

CARLOS A. GHERSI

RESPONSABILIDAD POR PRESTACION MEDICO ASISTENCIAL

Responsabilidad médica (diagnosis; cirugía; equipo médico; información al paciente y familiares).
Historia clínica. Importancia
Drogas y estupefacientes en el deporte. Daños por extirpación y trasplantes. Responsabilidad por informes pre-ocupacionales.
Seguro de responsabilidad civil por actividad médica.
Exoneración de responsabilidad médica (causas de excusación: hospitales y sanatorios).
SIDA. Daños a los médicos. Responsabilidad del Estado (deficiencias en el servicio: hospitales; obras sociales; funcionarios públicos). Autopsia. Ocultación de *mala praxis*.
Carga de la prueba. Tendencia jurisprudencial.
Responsabilidad por productos farmaceuticos y medicinales. (laboratorios; distribuidores; farmacéuticos; el Decreto de Desregulación; publicidad inductiva).

Criterios jurisprudenciales. Normas jurídicas de aplicación.

2ª EDICION, CORREGIDA Y AMPLIADA



hammurabi

JOSE LUIS DEPALMA | EDITOR

INDICE GENERAL

<i>PALABRAS PREVIAS</i>	9
-------------------------------	---

CAPITULO I

ENCUADRE JURIDICO DE LA RELACION MEDICAL

§ 1. Contenido de la obligación asumida.....	25
a) Concepto	25
b) Obligación de medio y de resultado	27
§ 2. Características particulares.....	34
a) Conducta científica.....	34
1. Ambito contractual y extracontractual	35
2. Apreciación del paciente respecto de la idoneidad del médico	35
3. Distinción entre conducta científica y conducta del hombre común	36
4. Relación entre conducta científica, enfermedad y fisiología del enfermo	38
b) Técnicas usuales. Técnicas admitidas por la medici- na	38
c) Aplicación profesional científico-técnica a la dolencia del ser humano	42
d) Especialidad científica. Asistencia médica. Respon- sabilidad del médico	43
e) Discrecionalidad científica.....	44
f) Corolario de la función asistencial del médico.....	45

CAPITULO II

**ENCUADRE JURIDICO DE LA HISTORIA CLINICA.
EFECTOS EN ESTABLECIMIENTOS HOSPITALARIOS
Y CLINICAS PRIVADAS**

§ 3. Historia clínica.....	49
a) Significación e importancia jurídica	49
b) Naturaleza jurídica de la historia clínica y sus efectos probatorios	50
1. Nociones generales.....	50
2. Historia clínica de establecimientos hospitalarios públicos nacionales, provinciales o municipales ...	55
I. Caracterización, clasificación y efectos jurídicos	55
II. Acto de registración	57
III. Consolidación del acto registrado.....	59
3. Historia clínica de establecimientos sanatoriales privados	60

CAPITULO III

**EL DEBER DE INFORMACION AL PACIENTE
Y/O FAMILIARES**

§ 4. Introducción: el derecho a la información	65
§ 5. La naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios médico-asistenciales bajo la óptica de la personalización	67
§ 6. La relación paciente-médico debe enmarcarse en una concepción ética	69
§ 7. Las obligaciones emergentes para los profesionales de la medicina.....	70
a) El deber de informar.....	71
b) Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial	73
c) El contenido de la información.....	75
§ 8. Conclusión.....	78

CAPITULO IV

INCUMPLIMIENTO Y RESPONSABILIDAD MEDICAL

§ 9. La relación medical en el ámbito contractual	81
§ 10. Implicancia del encuadre contractual.....	85

§ 11. Efectos de la relación jurídico contractual	90
a) Cumplimiento.....	90
b) Incumplimiento.....	92
c) Prueba del contrato médico-paciente.....	93

CAPITULO V

REPARACION DE DAÑOS AL PACIENTE

§ 12. Introducción.....	99
§ 13. Elementos comunes a toda situación de reparación	100
a) Hecho humano.....	100
1. Acción y abstención	101
2. La presencia del ser humano en la "cosa"	103
b) Daño reparable.....	104
1. Condiciones del daño reparable.....	105
— Daño estético reparable.....	106
2. Extensión del resarcimiento	106
— Valuación del daño	108
3. Prueba del daño.....	109
4. Daño moral	110
5. Consentimiento del damnificado	112
c) Relación de causalidad.....	113
1. Su problemática especial	113
I. Causa en el paciente y causa en el tratamiento: la concausa.....	115
II. La causa y la concausa.....	117
2. Las operaciones sucesivas.....	120
3. El cambio de profesional en la atención de la dolencia.....	121
4. Eximente	124
§ 14. Elementos específicos por responsabilidad subjetiva en la reparación de daños.....	125
a) Antijuridicidad	125
1. Concepto	125
2. Causas de exclusión de la antijuridicidad	126
b) Imputabilidad.....	127
c) Culpabilidad.....	129
1. Concepto	129
2. ¿Hay una culpa medical distinta de la culpa del hombre común?	131

3. Concreción de la culpa de los distintos aspectos conceptuales	135
I. Matices de la culpa.....	135
II. Impericia	135
III. Imprudencia.....	135
IV. Negligencia	136
4. Prueba de la culpa	136
5. Especialidad en la medicina: el factor de la especialidad como causa motivo de la contratación	140
6. Vigencia de la distinción entre culpabilidad por culpa o por dolo	141
I. Culpabilidad por negligencia	141
II. Culpabilidad por dolo	141
7. Eximentes de la culpabilidad	142
8. Dictamen del consultor técnico, contradictorio respecto del dictamen del perito oficial.....	143
§ 15. La frustración de la indemnización. Causales.....	144
a) Legales: prescripción.....	144
b) Naturales.....	145
c) Voluntarias.....	146

CAPITULO VI

LA EXCUSACION DE LA RESPONSABILIDAD MEDICA EN ESTABLECIMIENTOS HOSPITALARIOS ESTATALES. SIDA

§ 16. Introducción	149
§ 17. El cometido estatal	149
§ 18. El ámbito medical y paramédico	152
§ 19. Los establecimientos públicos y las empresas privadas prestadoras del servicio de salud	154
§ 20. Reflexiones en busca de una idea-base para la excusación de la responsabilidad medical.....	155
§ 21. Nuestra reflexión sobre esta primera problemática	160
§ 22. SIDA.....	161
§ 23. Las posibles vías de justificación para la negativa a examinar o atender pacientes sidosos, presumiblemente sidosos o grupos de riesgo, cuando no se proveen los elementos tecnológicamente aptos.....	162
a) La legítima defensa	163
b) Estado de necesidad	166

c) El derecho al trabajo y la obligación de provisión de elementos.....	168
d) El derecho a la propia vida.....	171
§ 24. Reflexión final.....	172

CAPITULO VII

REPARACION DE DAÑOS A LOS MEDICOS

§ 25. Introducción.....	175
§ 26. Daños derivados por la conducta del paciente hacia el médico. Diversos casos.....	175
a) La ocultación de enfermedades transmisibles.....	175
b) La ocultación de datos familiares o situaciones congénitas para la elaboración de diagnósticos o informes preocupacionales.....	176
c) La violación del secreto médico.....	177
§ 27. Daños derivados de máquinas terapéuticas.....	178
§ 28. Daños derivados de la actividad medical.....	179
§ 29. El servicio jurídico a los médicos.....	179

CAPITULO VIII

RESPONSABILIDADES ESPECIALES

§ 30. Equipo médico.....	183
a) Concepto e integración.....	183
b) Responsabilidad del jefe del equipo médico.....	183
c) Repetición.....	184
d) Distinción entre la responsabilidad con culpa (art. 1109) y la responsabilidad objetiva por la cosa (art. 1113).....	185
e) El paciente, el jefe de equipo y la entidad sanatorial.....	185
f) Responsabilidad colectiva.....	186
§ 31. Cirugía.....	186
§ 32. Cirugía estética.....	191
§ 33. Custodia del consultorio y su recetario.....	191
§ 34. Anestesista.....	192
§ 35. Diagnóstico.....	194
§ 36. Revisión de diagnóstico.....	196
§ 37. El dictamen pericial.....	198

§ 38.	Responsabilidad de clínicas y sanatorios	200
	<i>a)</i> Ambito contractual.....	200
	<i>b)</i> El fundamento de la responsabilidad	201
	1. La obligación de seguridad.....	202
	2. La dependencia.....	203
	3. Su culpa	203
	4. Obligación concurrente	204
	5. Actividad lucrativa.....	204
	6. La solidaridad.....	204
	7. Obligación de custodia del paciente con perturbaciones psiquiátricas.....	205
	<i>c)</i> La decisión de cambio de entidad sanatorial.....	205
§ 39.	El personal paramédico de clínica u hospital.....	208
	<i>a)</i> El médico interno	208
	<i>b)</i> Médicos ajenos al sanatorio o ente asistencial	209
	<i>c)</i> Personal auxiliar	210
§ 40.	Responsabilidad de los hospitales y del Estado	212
	<i>a)</i> El derecho a la salud, el Estado y la responsabilidad.....	212
	1. Introducción. Encuadre del tema.....	212
	I. En el sector público.....	216
	II. En el sector típicamente privado	217
	2. El derecho a la salud	218
	— Su recepción normativa.....	218
	<i>b)</i> La jurisprudencia.....	220
	1. La función del Estado. Lo atinente a su responsabilidad.....	221
	2. Operatividad o programaticidad de las cláusulas constitucionales y de los tratados internacionales que protegen el derecho a la salud.....	222
	I. La interrelación derecho y economía	223
	II. Su incidencia en materia de responsabilidad estatal	225
	3. El encuadre de esta temática en la teoría general de responsabilidad del Estado	227
	I. En la órbita contractual	228
	II. En la órbita extracontractual.....	231
	4. Presupuestos de la responsabilidad estatal	243
	I. El hecho o acto del Estado	243
	II. La existencia de un daño	243
	III. La relación de causalidad entre el accionar estatal y el daño indemnizable.....	244

IV. La posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a la actuación del Estado	247
5. El alcance de la indemnización	248
I. Posición de la Corte Suprema	248
II. Nuestra opinión	250
6. Responsabilidad de los funcionarios públicos.....	251
I. Responsabilidad del hospital.....	252
II. Eximición de responsabilidad de clínicas o establecimientos sanatoriales.....	254
§ 41. Responsabilidad de las obras sociales	255
§ 42. Responsabilidad del PAMI	259
§ 43. La prescripción	260

CAPITULO IX

RESPONSABILIDAD MEDICA POR EXTIRPACION, IMPLANTES Y TRASPLANTES DE ORGANOS

§ 44. Introducción.....	265
§ 45. La responsabilidad médica en la ablación y trasplante de órganos y piezas anatómicas.....	266
a) Información a los pacientes dador y receptor	267
1. El derecho de información del paciente	267
2. El contenido: riesgos, secuelas, evolución y limitaciones posteriores	268
b) Consentimiento documentado y registrado del paciente.....	269
c) Que la extracción no implique riesgo razonable a la vida del dador, o su incapacidad	269
d) Edad del donante y situación de parentesco.....	270
e) Conclusión: el daño reparable en el paciente	270
§ 46. Actos de disposición de órganos provenientes de personas fallecidas.....	273
§ 47. Responsabilidad por exámenes de compatibilidad y certidumbre de no transmisión de enfermedades, SIDA.....	274

CAPITULO X

SIDA Y RESPONSABILIDAD MEDICA. LEY 23.798

§ 48. Introducción.....	277
§ 49. Causas y casos enunciados de la ley 23.798	278

a) Afectación por daño moral.....	278
b) Diagnóstico erróneo.....	279
c) Transfusión de sangre.....	280
d) Donación y trasplante de órganos.....	281
e) Notificación de la enfermedad.....	282
f) Incumplimiento de normas de profilaxis.....	282
§ 50. Conclusión.....	283

CAPITULO XI

**LA RESPONSABILIDAD MEDICA Y FARMACEUTICA
POR PRESCRIPCION Y EXPEDICION
DE ESTUPEFACIENTES Y DROGAS**

§ 51. Introducción.....	287
§ 52. Ley 23.737. Diversos casos en lo atinente a la responsabilidad médica por prescripción de drogas y estupefacientes.....	288
a) Características generales.....	288
b) Prescripción fuera de los casos que indica la terapéutica científica medical.....	289
c) Prescripción de droga con innecesariedad.....	291
d) Prescripción de droga en abuso o dosis mayor.....	291
e) Entrega o suministro de drogas o estupefacientes.....	292
f) Facilitación del lugar para el acto de consumo.....	293
§ 53. Responsabilidad del farmacéutico por falta de control....	293
§ 54. Prescripción o entrega de estupefacientes para facilitar la comisión de delitos, por los cuales se producen daños a terceros.....	294

CAPITULO XII

**LA RESPONSABILIDAD MEDICA POR SUMINISTRO
DE DROGAS, ESTUPEFACIENTES, ESTIMULANTES
O DEPRESIVOS EN EL DEPORTE**

§ 55. Introducción.....	299
§ 56. La ley 20.665. Fomento y desarrollo del deporte.....	300
a) Daños al deportista.....	300
1. Suministro de estupefacientes o estimulantes sin consentimiento del deportista-damnificado.....	300

2. Suministro de estupefacientes o estimulantes con el consentimiento del deportista-damnificado	303
b) Daños a terceros	304
§ 57. La ley 23.737. Incorporación de los depresivos	305

CAPITULO XIII

SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA MEDICOS Y ESTABLECIMIENTOS ASISTENCIALES

§ 58. Introducción	309
§ 59. El profesional y la profesión. El problema de la especialidad.....	309
§ 60. Riesgo cubierto y las exclusiones.....	311
a) Riesgo cubierto	311
b) Exclusiones: dolo y culpa grave asimilable al dolo	311
c) Exclusiones específicas en la póliza	313
§ 61. Acaecimiento histórico-temporal del siniestro	313
§ 62. La dirección letrada o control judicial del proceso	315
§ 63. Principio general de interpretación de las cláusulas del contrato de seguro.....	315

CAPITULO XIV

RESPONSABILIDAD MEDICA O DE EMPRESAS PRESTADORAS DEL SERVICIO DE INFORMES PREOCUPACIONALES O PERIODICOS

§ 64. Introducción	319
§ 65. El examen preocupacional: contenido y alcances	320
a) Examen clínico	321
b) La historia clínica.....	324
§ 66. Una primera conclusión	325
§ 67. Los exámenes periódicos	326
a) Informe o examen anual.....	328
b) Examen semestral a menor lapso por riesgos especiales o de disminuidos.....	328
c) Obligación de examen post-licencia por enfermedad o accidente	329
d) Obligación de seguimiento en afectados por accidentes o enfermedad.....	330
§ 68. Conclusión.....	330

CAPITULO XV

**AUTOPSIA: OCULTACION DE MALA PRAXIS
Y RESPONSABILIDAD MEDICA**

§ 69. Concepto de autopsia	333
§ 70. Clasificación de las autopsias	334
§ 71. Régimen legal de la autopsia	335
§ 72. Formas de efectuar la autopsia	336
a) Autopsia sin consentimiento de los familiares	336
b) Reconocimiento y autopsia de cadáveres	337
c) Autopsia y cremación de cadáveres	338
§ 73. Muerte dudosa. Signos de violencia (interiores y exteriores). Hechos delictuosos	339

CAPITULO XVI

CARGA DE LA PRUEBA. TENDENCIA JURISPRUDENCIAL

§ 74. Introducción	343
§ 75. Importancia de la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires	343
§ 76. Aplicación del art. 1625 del PUC y C	350
§ 77. Art. 1625 del PUC y C. La prueba a cargo del profesional de haber obrado sin culpa en los términos del art. 514	351
§ 78. Conclusión	353

CAPITULO XVII

**RESPONSABILIDAD
POR PRODUCTOS MEDICINALES
Y LA DESREGULACION ECONOMICA**

§ 79. Introducción	357
§ 80. Primeras Jornadas sobre Responsabilidad por Productos Farmacéuticos y Medicinales	358
§ 81. La jurisprudencia, la protección registral y el derecho del consumidor	367
§ 82. El Proyecto de Ley de Defensa del Consumidor	368
§ 83. Desregulación económica	369
a) Comercialización de productos farmacéuticos y medicinales	369
b) La importación de productos medicinales	371

ANEXO I: APENDICE LEGAL

1. — Ley 17.132. Normas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración	375
2. — Ley 22.127. Sistema Nacional de Residencias de la Salud	409
3. — Ley 19.587. Ley de Higiene y Seguridad en el Trabajo ...	414
4. — Ley 23.798. Salud Pública. Se declara de interés nacional la lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida.....	419
5. — Resolución conjunta 470 y 268 - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y Ministerio de Salud y Acción Social.....	423
6. — Decreto 7436/69, B.M. 13.670, A.D. 460.60	431
7. — Ley 23.737. Estupefacientes	433
8. — Ley de Trasplante.....	444
9. — Decreto 3011/77. Reglamento de la Ley de Trasplante ...	453
10. — Ley 20.655. Ley de Fomento y Desarrollo del Deporte. Sustitución del Decreto ley 18.247/69.....	469

**ANEXO II: MODELO DE POLIZA DE SEGURO
DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDICO**

.....	477
BIBLIOGRAFIA GENERAL	489