

## **LAS OBLIGACIONES ESENCIALES DE LOS MÉDICOS FRENTE A LOS PACIENTES EN CONSULTORIOS PRIVADOS**

Carlos A. Gherzi

Profesor de Derecho Sanitario y Seguros de Daños

Universidad de Buenos Aires, República Argentina.

Dirección de contacto: [ghkarl@yahoo.com.ar](mailto:ghkarl@yahoo.com.ar)

## LAS OBLIGACIONES ESENCIALES DE LOS MÉDICOS FRENTE A LOS PACIENTES EN CONSULTORIOS PRIVADOS

Carlos A. Ghersi

Profesor de Derecho Sanitario y Seguros de Daños

Universidad de Buenos Aires, República Argentina.

Dirección de contacto: [ghkarl@yahoo.com.ar](mailto:ghkarl@yahoo.com.ar)

### Resumen

El derecho del paciente a concertar una entrevista - requerimiento con un medico es un derecho constitucional y personalísimo a la salud y su proyecto de vida. La medicina como ciencia, investiga, estudia la prevención, de / y enfermedades o patologías, por ende, el médico, como cualquier profesional, necesita realizar un diagnóstico, es decir conocer la naturaleza de la patología. Establecido el diagnóstico el paciente o en defecto de éste, su representante legal tiene el derecho de conocerlo. La medicina actual reconoce valor terapéutico a distintos tratamientos, no siendo exigible al médico la sujeción a un método en particular. Lo esencial es que ese método o tratamiento debe presentar la objetiva idoneidad terapéutica par la dolencia del paciente, teniendo en cuenta el estado de la ciencia y la adecuación del caso en concreto. Queda por analizar las cuestiones relativas a la confidencialidad.

**Palabras clave:** relación médico paciente, consultorio privado, lex artis.

### Abstract

The patient's right to make an appointment with a doctor is a constitutional right. Medicine as a science, research and studies the prevention of diseases or conditions, therefore, the physician needs to make a diagnosis, ie to know the nature of the pathology. After diagnosis, the patient or in his absence, his legal representative has the right to know. The medicine recognizes the therapeutic value to different treatments, the doctor was not yet due subjection to a particular method. The essential thing is that this method or treatment should present the objective therapeutic appropriateness taking into account the state of science and the adequacy of the particular case. It remains to discuss issues relating to confidentiality.

**Key words:** physician-patient relationship, private practice, lex artis

## **LAS OBLIGACIONES ESENCIALES DE LOS MÉDICOS FRENTE A LOS PACIENTES EN CONSULTORIOS PRIVADOS**

### **Sumario**

- 1.-El consultorio privado y el razonable derecho de admisión.
- 2.- La ciencia Medica y derecho.
- 3.- La formulación del diagnóstico. Requisitos.
- 4.- La información contenido: los riesgos conocidos y previsibles .
- 5.-La importancia de la discrecionalidad científica.
- 6.- El secreto médico y el deber de confidencialidad.- Terceros y parientes.

El principio general de la regulación de las relaciones medico – paciente rige la Ley de Derechos del Paciente , el ejercicio en el consultorio privado, excluido por el art. 2 de la L.D. Consumidor, salvo lo atinente a la publicidad.

### **1.-El consultorio privado y el razonable derecho de admisión.**

El derecho del paciente a concertar una entrevista - requerimiento con un medico es un derecho constitucional y personalísimo a la salud y su proyecto de vida (1), de allí que el derecho de admisión esta sumamente restringido y fundamentalmente apunta la colisión de ese derecho, con los derechos personalísimos del paciente y del propio médico.- (así puede ejercerse,por ejemplo, cuando el médico advierte que puede esta en riesgo su propia vida, etc.

GICF IGFS

).- En este sentido es claro el art. 1071 del C. C. en cuanto que los derechos deben ejercerse conforme a su teleología y sin abuso ( art. 1198 y 953 del C. C. ).

## 2.- La ciencia Medica y derecho.

GICF IGFS

La medicina como ciencia, investiga, estudia la prevención, de / y enfermedades o patologías, por ende, el médico, como cualquier profesional, necesita realizar un diagnóstico, es decir conocer la naturaleza de la patología, para lo cual se requiere, no solo un eficiente interrogatorio a los pacientes, sino estudios, análisis, investigaciones con tecnología, etc.

GICF IGFS

En este sentido la jurisprudencia ha señalado cual es su finalidad : " El diagnóstico constituye una serie de actos médicos que tiene por objeto recoger todos los signos susceptibles para iluminar al médico, interpretarlos y deducir del conjunto de hechos comprobados, la naturaleza de la afección que tiene el enfermo para así, encajar esta situación particular en el cuadro de protocolo conocido " ( 2 ).

GICF IGFS

El diagnóstico, entonces, es el elemento o herramienta central, para proyectar sobre la patología del paciente.

GICF IGFS

En cuanto a la terapéutica, se trata de un tratamiento para la disminución o desaparición de la patología, disminuir el dolor, etc.

GICF IGFS

Estos actos – diagnóstico y terapéutica- son regidos por la ciencia médica y desde el desde el derecho, son juridizados por los principios generales del derecho; los principios de la contratación y los principios generales de la reparación de daños y la Ley de Derechos del paciente. (3)

GICF IGFS

## 3.- La formulación del diagnóstico, como inicio de la causalidad.

GICF IGFS

La formulación del diagnóstico (4) tiene una serie de obligaciones científicas mínimas : el conocimiento como modo de elaboración necesita de información del

o de la paciente como primer paso, para luego establecer un camino de investigación.

Ese interrogatorio desde lo legal - científico aborda: la identificación y la identidad del paciente; su grupo familiar y descripción habitacional (sociológico), etc.-

Todo ello será plasmado en la historia clínica que debe abrir el profesional en la primera entrevista e interacción con el paciente:

Valoración del estado general de salud, determinación de peso, talla, tensión arterial, pulso, temperatura, exploración del abdomen y especialmente su contorno, regiones inguinales, etc.

Investigaciones con tecnología, debemos mencionar las resonancias nucleares o magnéticas, estudios cervical, tomografía axial computadorizada, etc.-

Cada resultado debe incorporarse en la historia clínica, de tal forma que el profesional y su paciente tengan un desarrollo claro y específico de la actividad.

(5)

En determinados supuestos cuando considere que para un mejor diagnóstico sea necesario la toma de tejido para estudio histológico o realizar interconsultas, como lo establece la Ley de Derechos del Paciente.

#### **4.- La información contenido: los riesgos conocidos y previsibles .(6)**

Establecido el diagnóstico el paciente o en defecto de éste ( cuando se encontrara en estado transitorio de inconciencia o con declaración de demencia o fuere menor de edad ) su representante legal tiene el derecho de conocerlo, conforme lo establece la Ley de Derechos del Paciente y nos remitimos a lo expuesto en el capitulo correspondiente.

En cuanto a los menores, consideramos que debe hacerse una distinción

GICF IGFS

importante, conforme al la Convención de Derechos del Niño, entre aquellos niños y niñas que no tiene la aptitud para asimilar la información pero que deben ser oídos y los adolescentes, que estén en condiciones de oír y participar y donde su opinión debe ser tomada en cuenta en la realización de los actos medicales.(Convención de los derechos del niño; niñas y adolescentes ).

GICF IGFS

GICF IGFS

Una vez conocido el diagnóstico el paciente tiene derecho a conocer y ser informado de los riesgos (7) del no tratamiento y de las alternativas de los distintos tratamientos, así por ejemplo, fármacos y sus efectos conocidos adversos, actos quirúrgicos, etc.

GICF IGFS

De acuerdo a los conocimientos científicos actuales y adecuados (8) deberá informarlo alternativas terapéuticas, de las cuales le informará sobre los riesgos al paciente: "El consentimiento informado implica una declaración de voluntad efectuada por el paciente, que deviene tras proponérsele como médicamente aconsejable un tratamiento para que decida prestar su conformidad y someterse al mismo".(9)

GICF IGFS

GICF IGFS

Cuando se trate de alternativas quirúrgicas, sobre las cuales deberá brindarle las mas claras explicaciones y adversidades, sobre tipos de anestesia, duración del acto, posibles riesgos específicos, (directos e indirectos), etc.

GICF IGFS

GICF IGFS

En el caso de los acto quirúrgicos debe tenerse muy en cuenta la calificación del médico ( especialidad ): "Es admisible la demanda por daños producidos a la accionante por el medico que efectuó una intervención quirúrgica de extracción de un ganglio o tumor en la paciente pues el informe elaborado por el Cuerpo Médico Forense surge la relación de causal entre el acto quirúrgico efectuado a la accionante y las secuelas que esta presenta. Que el tipo de procedimiento debió

GICF IGFS

ser efectuado por un profesional especializado cirujano general o cirujano plástico y que no era prudente y solitariamente por un médico dermatólogo, especialidad básicamente clínica.(10)

GICF IGFS

En este sentido debe juzgarse la actividad el médico, tanto en la obtención del diagnóstico, como la terapéutica, conforme a un estándar científico objetivamente determinado, sin perjuicio de considerar los condicionamiento a las circunstancias de tiempo y lugar : "En materia de responsabilidad médica se debe necesariamente recurrir a los estándares de conducta concretos, para establecer parámetros comparativos ". (11)

GICF IGFS

GICF IGFS

Se aplica las prescripciones para los profesionales médicos derivadas de la específica ley 17.132 con particularidad en los arts. 1 y 2 . (12)

GICF IGFS

En cuanto a las obligaciones derivadas de la Ley 24.240 y la actual modificación por la Ley 26.361, al menos la publicidad, está expresamente incorporada, debemos diferenciar especialmente en cuanto a las formas de contratación que en este caso es directa y las obligaciones específicas establecidas en la Ley de Derechos del Paciente. (13)

GICF IGFS

GICF IGFS

##### **5.- La discrecionalidad científica como conducta adecuada.**

La medicina actual reconoce valor terapéutico a distintos tratamientos, no siendo exigible al médico la sujeción a un método en particular. Lo esencial es que ese método o tratamiento debe presentar la objetiva idoneidad terapéutica par la dolencia del paciente, teniendo en cuanta el estado de la ciencia y la adecuación del caso en concreto.

GICF IGFS

De allí que el médico sólo satisface (cumple jurídicamente) su prestación mediante una actividad técnica y científicamente adecuada, conforme al desarrollo

GICF IGFS

progresivo de la medicina, y que normal y ordinariamente puede conducir a cierto resultado, aunque ésta no pueda garantizarse. ( art. 901 C. C. ).

GICF IGFS

El análisis de la conducta medica nos va a permitir determinar qué daños le son atribuibles y cuáles otros caen en el campo de la propia víctima, ya que es de tener presente que en ocasiones el resultado dañoso es la consecuencia de la evolución natural del proceso patológico al que el paciente está sometido desde el inicio o bien puede también obedecer al riesgo propio o álea que el tratamiento aplicado conlleva, aun con el adecuado empleo de los recursos que la ciencia brinda.

GICF IGFS

GICF IGFS

Si el obrar del médico se encuadra dentro de la discrecionalidad científico terapéutica, ello impide considerar a su conducta como causante del daño.

GICF IGFS

El rol del médico es el de observar una conducta científica adecuada; si se comporta conforme a ese estandar de comportamiento científico y objetivo y si aparece un daño, éste es un riesgo asumido por el paciente que bloquea toda posibilidad de reparación.(en cada caso en particular debe considerarse esta situación).

GICF IGFS

Ello por cuanto el actuar discrecional también puede producir daños, que son propios e inherentes al tratamiento en sí mismo y que por ello se sitúa en el ámbito del propio paciente y reviste la categoría jurídica de daño necesario no reparable.

GICF IGFS

Todo paciente debe aceptar ciertos riesgos necesarios e inevitables que hacen al normal desarrollo del obrar médico; así sucede en la ejecución de aquellas prácticas o intervenciones (quizás más complejas o riesgosas) en donde existe un alto grado de probabilidad de que resulte un daño al paciente previsible pero inevitable. Este daño aparece así como la derivación normal u ordinaria del tipo de

GICF IGFS

GICF IGFS

acto practicado y que forma parte de la sanción del riesgo del sujeto frente a la medicina.

GICF IGFS

En otras palabras, no todos los daños son reparables, siempre que el médico actúe dentro de las técnicas médicas aceptadas científicas, es decir, obre discrecionalmente, cualquier daño que pudiera acaecer cae dentro de la esfera de riesgo del paciente, pues no deviene de conducta antijurídica alguna .-

GICF IGFS

Lo expresado guarda relación con la obligación de información, porque esas consecuencias o riesgos específicos que el facultativo sabe que el acto médico puede llegar a producir son las que deben ser puestas en conocimiento del paciente, para que de este modo tenga la posibilidad de asumir o no el eventual riesgo de dañosidad de la ejecución de la terapéutica a realizar. Si esas posibles complicaciones son desconocidas, mal puede asumirlos (y ello con independencia de que la estrategia sea la adecuada), de lo contrario, el facultativo soporta el riesgo por sí solo .-

GICF IGFS

Esa es precisamente la función que la información cumple, sólo la de dar a conocer los riesgos que razonablemente y de acuerdo a los conocimientos científicos, la estrategia terapéutica conlleve, es decir aquellos que con cierto grado de probabilidad ocurren según el curso normal y ordinario de las cosas.

GICF IGFS

Pero conocer los riesgos no implica que la prestación se realice de cualquier modo o empleando cualquier técnica o procedimiento, ya que es el médico, y no el paciente, que configura el contenido del contrato, es decir su técnica o estrategia.

GICF IGFS

En consecuencia la responsabilidad del médico esencialmente y sin perjuicio del análisis de otras cuestiones en cada caso en particular surge:

GICF IGFS

➤ a.- La ausencia de historia clínica.-

GICF IGFS

GICF IGFS

➤ b.- Insuficiencia u omisión de información;

GICF IGFS

➤ c.- La negligencia en la confección del diagnóstico o la terapéutica, para los que sostienen el factor de atribución subjetivo y la falta de eficiencia científica para los que sostenemos el factor de atribución objetivo, pues consideramos que tanto el diagnóstico como la terapéutica son productos científicos elaborados por el profesional ; ( art. 1113 C. C. y 40 L.D.C. ).-

GICF IGFS

➤ d.- La inseguridad como soporte de la prestación médico asistencial, violación del secreto médico o trato indigno.-

En los daños causados por mala praxis médica es fundamental la pericia médica:(14)

GICF IGFS

La moderna ciencia procesal (cargas probatorias dinámicas) así como las presunciones de causalidad y responsabilidad en la Ley de Derechos del Paciente constituye una base para señalar que ambas partes debe colaborar en la realización de las pruebas y especialmente aquel que esta en mejor posición de aportarlas.(15)

GICF IGFS

Nos encontramos en autos con la falta del instrumento contractual o contrato (habitualmente así sucede en materia de relación médico-paciente) de allí que haya que hurgar en las situaciones fácticas, sobre las cuales se asienta la relación contractual y en este sentido, como lo que debe acreditarse son hechos que perfilan las conductas atrapadas en el negocio económico base del contrato como forma jurídica, desaparecen toda clase de limitaciones.

GICF IGFS

Es importante resaltar la problemática de las presunciones, pues ellas deben, como señala el Camarista, reunir el “grado de probidad”, que debe asentarse en circunstancias fácticas de base, precisas, inequívocas y concordantes, de tal

GICF IGFS

forma que la deducción lógica hacia el consecuente, sea según un curso ordinario y normal (art. 901, Cód. Civil).

La acreditación de circunstancias fácticas de base debe ser fehaciente y para ello deberá meritarse toda la prueba acercada a autos por ambas partes –como lo indica el moderno derecho procesal- de tal forma que las pruebas del actor que aparecen suficientemente controvertidas por pruebas del demandado (testimonial, pericial, historia clínica) no pueden generar acerca de este último una obligación, pues no aparece suficientemente probado el antecedente, la relación jurídica contractual.

Muchas veces se pierden de vista las secuencias interfases del razonamiento, y cuando ello acaece, dificulta el análisis de las consecuencias concatenadas.

Como conclusión, podemos señalar que hoy los demandados deben asumir, sin duda, un rol activo en el campo procesal de la prueba, pues ya no basta la simple negativa de los hechos, pues su actividad, como auxiliares de la justicia (partes y abogados) requiere precisiones concretas de la conducta asumida perjudicialmente, para que su evaluación judicial resulte lo más ajustada a la reconstrucción de la realidad histórica.- ( 16 )

#### **5.- El secreto médico y el deber de confidencialidad.- Terceros y parientes.**

En párrafos precedentes hemos desarrollado las obligaciones esenciales (luego en cada caso se adiciona otros que debe ser analizadas en cada supuesto en particular) y algunas cuestiones particulares por el rol o la función en determinados establecimientos o en consultorios privados, ahora, todos los profesionales de la salud independiente del rango o lugar de trabajo ( público p privado ) tiene dos

GICF IGFS

obligaciones esenciales: el secreto médico ( solo con la posibilidad de vulnerarlo a través de la orden judicial en casos muy extremos, así por ejemplo investigación de delitos ) y el deber de confidencialidad, de las informaciones obtenidas por interrogatorio a los pacientes o por medio de investigaciones, análisis; interconsultas o aparatología tecnológica, que solo debe informar al paciente , salvo lo establecido en la Ley de Derechos del Paciente , sobre terceras personas y parientes.

GICF IGFS

GICF IGFS

Este aspecto se analizará monográficamente en un próximo trabajo.

## BIBLIOGRAFÍA

GICF IGFS

1.- Los seres humanos se encuentran en el mundo social en condición de portadores de un rol, esto es, como personas que han de administrar determinado segmento del acontecer social conforme a un determinado estandar. Entre autor, víctima o terceros, según los roles que desempeñen, ha de determinarse a quien compete, por sí solos o junto con otros, el acontecer relevante, es decir, quien por hacer quebrantado su rol administrándolo de modo deficiente responde jurídicopenalmente –o si fue la víctima quien quebrantó su rol, debe asumir el daño por sí misma-. Si todos se comportan conforme al rol, sólo queda la posibilidad de explicar lo acaecido como desgracia “GUNTHER, Jacoks”, La imputación objetiva en Derecho Penal”, p. 102, Ed. Civitas, 1996).

GICF IGFS

GICF IGFS

GICF IGFS

2.- M.M.N. c/ Medicus S. A. s / daños y perjuicios.- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil .- Sala J.- ( 16 / 8 / 2008 ).- MJJ16058.

3.- Ghersi- Weingarten, Derecho Médico. N º 4.- Responsabilidad de los médicos. Ed. Nova Tesis. Rosario. 2006.

GICF IGFS

GICF IGFS

4.- El consentimiento para la realización de un acto quirúrgico, basado en un diagnóstico errado, no libera de responsabilidad al médico ginecólogo, que diagnostica miohiperplasia uterina, extirpó el útero y causó una fístula, que se equivocó groseramente. Cam de Apelac. Civil y Comercial. San Isidro. Sala I; F.C. c/Clínica Privada Derqui. L.L. Bs. As. 2002, pag. 120.

GICF IGFS

GICF IGFS

5.- De Palo, Guillermo. Colposcopia y patología del tracto genital. Ed. Panamericana. Bs. As. 1992.

GICF IGFS

6.- “A los fines de acreditar la existencia de la relación causal entre el tratamiento terapéutico brindado por el médico demandado y el daño sufrido por el actor, por referirse a la prueba de un hecho en sí, no existe al respecto limitación probatoria alguna pudiendo acudirse aún a la prueba presuncional” (Cám. 1ª Civ. y Com. San Isidro, Sala II, 1/6/90, “Basavilbaso, María A. c. Prata, Ernesto”, inédito).

GICF IGFS

GICF IGFS

7.- “En la muerte de una persona, producida por un *shock* anafiláctico al suministrársele una inyección de antibióticos, no pueden dejar de considerarse los riesgos naturales del medicamento de que se trata y que las precauciones del farmacéutico interviniente deben extremarse cuando ese medicamento es conocido por su peligrosidad” (En el caso, se declara la irresponsabilidad del profesional, dadas las circunstancias que rodearon al hecho) [CNCiv., Sala B, 10/5/67, LL, 127-128].

GICF IGFS

GICF IGFS

8.- La obligación principal a prestar por los profesionales del arte de curar consiste en una actividad cualificada técnica y científicamente en pos de la curación, mejora o alivio del paciente, pero sin prometer ni obligarse a tal curación o alivio. Lo prometido el núcleo de su obligación, es desplegar sus buenos oficios profesionales, con toda la diligencia y esmero posibles y de conformidad a lo que

GICF IGFS

la ciencia y el arte médico le indican, para lograr la cura o mejoría del enfermo.

GICF IGFS

Pero la cura o mejoría, si bien es la finalidad última y el resultado esperado de sus buenos oficios, no es el objeto de su obligación ".- (Escalada Margarita c/ Sanatorio Privado San Martín s / daños y perjuicios.- Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. ( 13 / 4 / 2007 ).-MJJ11878.

GICF IGFS

**9.-** Aranda Héctor. c / Osde Binario s/ daños y perjuicios..- Cámara Nacional de Apelaciones Sala H.- ( 16 / 8 / 2007 ).- MJJ15738.

GICF IGFS

**10.-** D.D.N. c/ Universidad Nacional de Bs. As. y otro. s/ daños y perjuicios.- Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Federal.- Sala III.- ( 30 /10 / 2007 ) .- MJJ17600.

GICF IGFS

**11.-** Consult. Derecho Medico N ° 4 .-Responsabilidad de los médicos.- Ed. Nova Tesis Rosario. 2006.

GICF IGFS

**12.-** AGUADO, Joseph Llobet, "El deber de información en la formación de los contratos", Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1996.

GICF IGFS

**13.-** Corresponde hacer lugar a la demanda de daños y perjuicios iniciada por mala praxis médica en virtud de la cual falleció el paciente del instituto medico demandado. Ello por cuanto, en estos casos, en los cuales se trata de inquirir sobre la configuración de mala praxis, es indudable que la pericia médica se constituye en determinante. Surge de dicha pericia, realizada por el Cuerpo Medico Forense que la atención médica brindada al paciente por parte de los profesionales del instituto demandado, no se adecuó a las reglas del arte médico, las posibilidades de sobrevivencia del paciente hubieran sido mejores si se hubiera iniciado su terapéutica en tiempo y forma. El tratamiento brindado, fue mal realizado. Rontadelli Mónica B c/ Institutos Médicos Antártica Samic. s/ daños y

GICF IGFS

GICF IGFS

perjuicios.. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil . Sala J.( 20 / 11 / 2007 )  
MJJ18.122.

GICF IGFS

**14.-** Podemos citar como síntesis de la posición jurisprudencial : “ En el juicio de responsabilidad médica ambas partes deben asumir una actitud de cooperación activa frente a la prueba: el actor, deberá demostrar la concurrencia de los elementos que condiciona la responsabilidad civil del galeno ( daño, culpa- en responsabilidad. subjetiva - y nexo de causalidad ) y el profesional de la medicina- por su parte- deberá argumentar y acreditar que el hecho dañoso invocado no configuró la clásica tipificación de falta médica o mala praxis reprochable.. En el proceso por responsabilidad médica son trascendentes cuatro elementos de prueba: a) el peritaje medico – legal.- b ) la historia clínica .- c) consentimiento informado .- d ) la autopsia en los casos en que resulta la muerte del paciente.-”

GICF IGFS

GICF IGFS

Monicci de Hosp., Miriam. c/ Carignani Jorge. s/ ordinario. Recurso de Casación.- T. S Córdoba.- Sala Civil y Comercial. ( 22/ 5 / 2007 ) El Dial.8/6/2007.

GICF IGFS

**15.-**Carnelutti, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1956, ps. 198-199; Vázquez Ferreyra, *Prueba de la culpa médica*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

GICF IGFS

GICF IGFS

GICF IGFS