

**Boletín de Investigación Jurídica Abogacía UB**

**Año I Volumen I Julio / 2022**



## **SEPARATA**

**Boletín Investigación Jurídica**

**Abogacía Universidad de Belgrano**

### **DERECHOS DE LOS PACIENTES EN ARGENTINA**

**Dra. María Fernanda Billone\*a.**

**Dra. María Belén Enríquez Pendino\*b**

**Dra. Antonela Varese\*c.**

La Ley 26.529 de Derechos de los Pacientes en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, fue sancionada el 21 de octubre del 2009 y promulgada de hecho el 19 de noviembre de 2009.

Esta ley, es la consecuencia de una serie de factores, tales como la relevancia de una nómina de temas trascendentes como son el consentimiento informado, la muerte digna; los avances de la doctrina autoral y judicial como es el caso del rechazo del tratamiento; el claro consenso acerca de la conveniencia de transformar los deberes éticos en deberes jurídicos cuyo incumplimiento acarrea responsabilidad civil o penal; el derecho fundamental de toda persona, paciente o no a la dignidad y privacidad y a ser considerado agente autónomo y libre; ; la incidencia en las cuestiones abordadas, en varias de ellas, derecho a la vida, integridad personal, derechos del niño; el

haber dejado de lado la ley 24240 de tutela de consumidor y usuarios, los servicios de profesionales liberales; necesidad sentida de esclarecer y por ende superar las controversias; un cambio de criterio, ya experimentado en otros temas de interés superior, de legislar para todos los argentinos, aunque sea fuera del código civil poniendo fin las controversias que suscitan las normas locales no siempre coincidentes.<sup>1</sup>

El artículo 1 de la ley delimita el ámbito de aplicación toda vez que no pretende tratar todos los temas que se origina en los contratos de servicio médico o que son propios de la persona humana deteriorada en su salud. Lo que la ley contempla es el ejercicio de los derechos del paciente que se encuentran contemplados en cuanto a la autonomía de la voluntad, la

---

<sup>1</sup>“Derecho del paciente-doctrina y jurisprudencia. JORGE MOSSET ITURRASPE. MIGUEL A. PIEDECASSAD. Editores RUBINZAL-CULZONI 2011 pag15

información y la documentación clínica.

Constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, los siguientes:

a) Asistencia. El paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, tiene derecho a ser asistido por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna, producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición. El profesional actuante sólo podrá eximirse del deber de asistencia, cuando se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente;

b) Trato digno y respetuoso. El paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes, le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad,

cualquiera sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes;

c) Intimidad. Toda actividad médico - asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la Ley N° 25.326;

d) Confidencialidad. El paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente;

e) Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o

biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo

de ese estadio terminal irreversible o incurable.

En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significarán la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente. *(Inciso sustituido por art. 1° de la [Ley N° 26.742](#) B.O. 24/5/2012).*

f) Información Sanitaria. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. El derecho a la información sanitaria incluye el de no recibir la mencionada información.

g) Interconsulta Médica. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria por escrito, a fin de obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud.

Creemos necesario como introducción, hacer hincapié a los modelos denominados de actuación, “que la doctrina, tanto médica como jurídica, clásica como actual, ha recordado, si bien tales modelos eran clasificados como

modelos éticos, entendemos que en los tiempos que corren, pueden o deben denominarse, con provecho, **modelos jurídicos de actuación médica**“ -la negrita me pertenece-.<sup>2</sup>

**Ahora bien, no encontramos frente a tres modelos de actuación jurídica:**

**Modelo de beneficencia:** se caracteriza porque expresa el punto de vista de la medicina, considera a los enfermos como incapaces, será el médico quien busque los mejores intereses de su enfermo, ignora o deja de lado el proyecto vital de cada persona, su preferencia o decisiones, considera que es la medicina quien proporciona un punto de vista objetivo, dice atender al criterio común de la ciencia en función del desarrollo y estado de la misma en cada momento, obliga a los médicos a sopesar los bienes con los males, los beneficios con los perjuicios, obliga al médico a mantener la capacidad profesional necesaria, aunque no suela expresarse con claridad. Este

modelo considerado tradicional protege a los profesionales de la salud por entender que procuran siempre lo mejor para el enfermo conforme a su ciencia y conciencia, niega la mala praxis y por lo tanto, la responsabilidad profesional se basa en errores u omisiones.

El modelo de autonomía se caracteriza por atender los intereses de los pacientes juzgándolos desde el punto de vista del enfermo, deja de lado el valor objetivo de la medicina, mirada que puede no coincidir con el criterio médico. Se guía por el juicio de valores de cada individuo respetando sus ideales, creencias y proyecto de vida, respeta el derecho de los pacientes a su autodeterminación, incluye la noción de paciente activo. Autonomía se vincula con aquellas vidas que nunca se someten al juicio de otro y conservan su poder de auto dirigirse basándose en información y comprensión adecuada.

**El modelo paternalista** se funda en la limitación de la voluntad, siendo el opuesto al de autonomía basándose en las siguientes razones: basado en la limitación de

---

<sup>2</sup>cita libro “derecho del paciente-doctrina y jurisprudencia. JORGE MOSSET ITURRASPE. MIGUEL A. PIEDECASSAD. Editores RUBINZAL-CULZONI 2011 pag21

la voluntad o autonomía del paciente en su propio beneficio, desconfía de la capacidad de juicio suficiente del paciente acerca de su enfermedad y estado, razón por la cual, se sustituye el criterio del paciente por el del médico. El paternalismo involucra el rechazo por el médico a aceptar o consentir los deseos y opciones del enfermo. Aquí, el acento aparece puesto en la privación al paciente capaz de su derecho a la autodeterminación con la invocación de que el modelo será el adecuado para encontrar los mejores intereses del paciente. Mientras señala con ánimo de distinguir este modelo del de beneficencia, en aquel se sustituye la voluntad del enfermo incapaz, ha tenido vigencia desde tiempos muy remotos el término paternalismo es relativamente reciente de 1880 formándose con una conjunción de beneficencia y poder.

Finalmente, en relación con el interés público, las buenas costumbres o la protección de los terceros o de la comunidad en general se menciona el denominado modelo de justicia. Este modelo tiene los siguientes criterios: puede existir motivo de salud pública por

ejemplo, vacunaciones obligatorias, aborda aspectos ajenos a la salud pero relacionado con las buenas costumbres. El ejemplo social es la preservación de formas de vida y/o de tradiciones.

Consideramos oportuno señalar que los derechos de los pacientes son la contracara de los deberes y derechos del médico. Los derechos, facultades o prerrogativas ahora reconocidos legalmente son, una consecuencia del principio de “autonomía” que caracteriza la nueva relación médico- paciente.

La situación del paciente en el pasado hasta mediados del siglo XX como “paciente sometido o atrapado, pero encierra una descripción elocuente de la vieja situación en oposición a los tiempos actuales, exhiben un paciente liberado, autónomo, dueño de su situación, autorizado a aceptar o rechazar un tratamiento, a aceptar o rechazar información, a opinar y decidir sobre los riesgos en su salud, a pedir y exigir que se le exhiba su historia clínica etc.”<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup>“Derecho del paciente-doctrina y jurisprudencia. JORGE MOSSET ITURRASPE. MIGUEL A. PIEDECASSAD. Editores RUBINZAL-CULZONI 2011 pag31

## **2.1- Derecho a la salud.**

Aquí cabe hacer la primera distinción, absolutamente necesaria, ya que en principio no se estaría refiriendo al derecho constitucional a la salud, situación ésta que debe ser previamente esclarecida para indagar luego la jurisprudencia nacional y qué reconocimiento han tenido hasta el momento los derechos que consagra el art 2 de la ley.

En la constitución no se ha enunciado expresamente el derecho a la vida y a la salud, sin perjuicio que se ha construido doctrinaria y jurisprudencialmente en base a las normas de los artículos 19 y 33 de la Carta Magna.

En el art 33 de la Constitución Nacional, dentro de los derechos implícitos, se ha sostenido la consagración del derecho a la vida y a la salud.

La doctrina nacional entendió que el derecho a la vida emergía necesariamente, del reconocimiento a la persona humana y su dignidad como centro del sistema de la democracia liberal.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación enfatizó el carácter de la vida como primer derecho natural, preexistente a toda legislación positiva, aunque reconocido en la constitución y las leyes. El Tribunal afirmó lo anterior, al autorizar un trasplante de órganos no admitido por la ley vigente, lo que obligó a los cortesanos a efectuar una interpretación armónica de aquellas normas con otras del sistema jurídico en especial de las cláusulas constitucionales.

Como una derivación del derecho a la vida y en palabras de Morello, a la vida digna, la Corte Suprema sostuvo que la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar con acciones positivas el derecho de preservación de la salud, comprendido en el derecho a la vida, más allá de las obligaciones que pesen sobre las obras sociales públicas o privadas y en virtud de los deberes que imponen los tratados con jerarquía constitucional.

El caso abordaba la situación de un menor nacido con una grave enfermedad quien su madre, a

través de la vía del amparo, solicitó los medicamentos específicos para continuar con el tratamiento requerido, a fin de preservar la salud de éste. La Corte Suprema ordenó a la demandada- Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación- entregar las dosis necesarias del remedio prescripto.

Por su parte, el Ministerio impuso dos cuestiones; en primer término, sostuvo que su responsabilidad era subsidiaria toda vez que el peticionante pertenecía a una obra social, y de la que correspondía a la autoridad local. En segundo término, adujo que la carga impuesta comprometía los recursos económicos disponibles para organizar los planes de salud.

La sentencia en "*Campodónico de Beviacqua*" deslindó las obligaciones y responsabilidades del Estado Nacional. Conforme a lo establecido por la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en orden a las acciones positivas, que debe desarrollar aquel en materia de salud el Estado, señaló que el Ministerio de Seguridad y Acción Social- como autoridad de aplicación de política de salud- debe

coordinar y articular los servicios asistenciales que presten las obras sociales, los establecimientos públicos y los prestadores privados, además de supervisar y fiscalizar las prestaciones sanitarias de las obras sociales.

En otros términos, según la regla establecida por el tribunal, el Estado Nacional tiene una responsabilidad subsidiaria en la prestación de los servicios de salud que se atribuye a las obras sociales y a los entes locales, pero primera y principal en la articulación de políticas sanitarias, en la supervisión y fiscalización de aquellas obligadas y en la respuesta urgente cuando las prestadoras del servicio de salud incumplen la prestación.

Este derecho a la salud se encuentra consagrado expresa y minuciosamente en muchas constituciones provinciales, como así también en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que regula distintas normas relacionadas con la protección de la vida y de la salud entre ellas los artículos 10, 12 y 36 inciso 8. La provincia de Santa Fe posee una



norma referida a la tutela de la salud en el artículo 19.

En la Declaración Americana Derechos y Deberes del hombre establece en su artículo 11 el derecho a la preservación de salud y el bienestar. Así señala que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica correspondiente al nivel que permitan los recursos públicos y los de la humanidad.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 12 señala que los Estados partes reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel de salud física y mental. En base a eso el Estado deberá adoptar determinadas medidas para asegurar la plena efectividad de este derecho y, de esta manera reducir la mortalidad y la mortalidad infantil, el sano desarrollo, el mejoramiento en todos los aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas profesionales y de otra índole, la

lucha contra ella y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad. El último apartado del artículo mencionado, analiza el interés del derecho de una persona a la preservación de su salud.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador, establece en sus artículos 9 y 10 las normas fundantes de este derecho a la salud.

Artículo 9: *“Derecho a la Seguridad Social 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o*

*jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto”.*

Este artículo refiere a un derecho instaurado en el marco de la Seguridad Social que protege a la persona contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que lo imposibiliten física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida decorosa. Asimismo, se establece que cuando las personas se encuentran trabajando tienen derecho a que la Seguridad Social cubra al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

El hecho de la salud está consagrado expresamente en el artículo 10 y lo establece claramente señalando que toda persona tiene derecho a la salud entendiendo como el disfrute de lo más alto nivel del bienestar físico mental y social:

*“Derecho a la Salud 1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más*

*alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.”*

Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud, los Estados parte se comprometen a reconocer la salud como un bien público y

particularmente adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho a la atención primaria de la salud entendiendo como tal la asistencia sanitaria puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; la extensión de los beneficios del servicio de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas o enfermedades de otra índole; la educación de la población sobre la prevención y el tratamiento de los problemas de salud; la satisfacción de la necesidad de salud de los grupos de más alto riesgo que por sus condiciones de pobreza sea más vulnerables.

Para garantizar el acceso de estos grupos, se ha reconocido la procedencia de medidas cautelares y también de la vía del amparo.

La Organización Mundial de la Salud ha dado tratamiento a este derecho a la salud, lo que informa inicial e informativa se transcribe a continuación:

*“El derecho a la salud: el goce del grado máximo de la salud que se puede lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social. El derecho a la salud obliga a los Estados a generar condiciones en las cuales todos puedan vivir lo más saludable posible. Esas condiciones comprenden la disponibilidad garantizada del servicio de salud, condiciones de trabajo saludables y seguras vivienda adecuada y alimentos nutritivos. El derecho a la salud no se limita al derecho de estar sano”<sup>4</sup>*

El derecho a la salud, como vimos, está consagrado en numerosos Tratados Internacionales y regionales de Derechos Humanos y en las constituciones de países de todo el mundo, tales como Tratado de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales 1966; Convención sobre la eliminación de toda forma de

---

<sup>4</sup>Derecho del paciente-doctrina y jurisprudencia. JORGE MOSSET ITURRASPE. MIGUEL A. PIEDECASSAD. Editores RUBINZAL-CULZONI 2011 pag180

discriminación contra la mujer 1979; Convención sobre los Derechos del Niño 1989; Carta Social Europea 196; Carta Africana de Derechos Humanos y de los pueblos 1981; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos sociales y culturales: Protocolo de San Salvador.

Según la Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales el derecho a la salud abarca cuatro elementos:

1. Disponibilidad: se deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud así como de programa de salud.
2. Accesibilidad: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos dentro de la jurisdicción del Estado-parte, no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica, acceso a la información.

3. Aceptabilidad: todos los establecimientos bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de la vida.

4. Calidad: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad.

## 2.2 Derecho a la asistencia médica

Debemos indicar que los derechos del paciente están en íntima relación con los profesionales de la salud como así también con los agentes llamados seguro de salud y cualquier efector de que se trate. No está limitado simplemente a una relación médico-paciente, sino que se amplía a las instituciones privadas, públicas o mixtas que actúen el sistema de salud.

El primero de los derechos que se consagra en el artículo dos

de la ley 26,529 es el denominado derecho de asistencia.

El inciso Arefiere que el paciente prioritariamente, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser asistidos por los profesionales de la salud sin menoscabo y sin distinción alguna, producto de sus ideas creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición.

El profesional actuante sólo podrá eximirse del deber asistencia cuando se hubiera hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente.

Se observa aquí que el derecho a ser asistido por los profesionales de la salud es una primera manifestación o enunciación del mismo. Apunta a que no se tenga en cuenta ningún actuar discriminatorio recogiendo así pauta de tratados internacionales.

Este artículo establece que los profesionales que ejercen la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones vigentes, obligados a prestar la colaboración que le sea

requerida por las autoridades sanitarias en caso de epidemia, desastres u otras emergencias; asistir a los enfermos cuando la gravedad de su estado así lo imponga y hasta tanto en caso de decidir la prosecución de la asistencia sea posible delegar la oficial o en el servicio público correspondiente.

### 2.3 Derecho a un trato digno y respetuoso

La ley consagra el derecho a un trato digno y respetuoso en el inciso b del artículo 2, expresando que el paciente tiene derecho a que los agentes del sistema de salud interviniente le otorguen un trato digno con respecto a sus condiciones personales y morales, principalmente la relacionada con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente y se haga extensivo a los familiares o acompañantes.

Cabe subrayar que este derecho debe ser el adecuado para el contexto subjetivo y colectivo del individuo y ha sido resaltado por diversos tratados internacionales

que exigen de forma clara y precisa que las personas con mayor vulnerabilidad reciban una atención adecuada.

#### 2.4 Derecho a la intimidad

El llamado derecho a la intimidad se encuentra contenido en el inciso “c” del artículo aquí desarrollado, que guarda íntima relación con la confidencialidad y la autonomía de la voluntad.

Esta norma se vincula con el artículo 11 de la ley 17.132 *“que establece que todo aquello que llega al conocimiento de las personas cuya realidad se reglamenta en la presente ley, con motivo o a razón de su ejercicio, no podrá darse a conocer, salvo los casos en que otras leyes así lo determinen o cuando se trate de evitar un mal mayor, y sin perjuicio de lo previsto en el código penal, sino a instituciones, o sociedades, revista o publicaciones científicas, prohibiéndose facilitarlos o utilizarlos confines de propaganda, publicidad, lucro o beneficio personal”*<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup>Derecho del paciente-doctrina y jurisprudencia. JORGE MOSSET ITURRASPE.

Debe señalarse la directa vinculación con la actividad médico asistencial, con una fórmula que descarta el aspecto subjetivo y pretende involucrar tanto a las personas físicas como jurídicas que de cualquier manera intervengan en la actividad aquí mencionada. Está claro que es más amplio que el simple deber de confidencialidad dado que la manipulación de información personal debe llevarse adelante respetando la dignidad humana y la autonomía de la voluntad.

La jurisprudencia ha recogido en diversas oportunidades cuestiones relativas a la intimidad y el derecho a la salud sin perjuicio de que sean precedentes que guardan sólo relación indirecta con el tema que estamos tratando, sin embargo, subsiste en ellos la necesidad de no afectar los derechos personalísimos de las personas, como son la intimidad la honra y la dignidad.

#### 2.5 Derecho a la confidencialidad

El artículo 2, inciso d de la ley 26,529 recoge el principio de confidencialidad como derecho del

---

MIGUEL A. PIEDECASSAD. Editores RUBINZAL-CULZONI 2011 pag195.

paciente, vinculándose, a su vez, con el derecho a la intimidad, a la autonomía de la voluntad y a la titularidad de información sanitaria y o datos que está contenga.

Siguiendo esa línea, su relación con el artículo 11 de la ley 17.132 con las normas especiales del Código Penal y también con las normas especiales en la Constitución Nacional, que remiten a la inviolabilidad de papeles privados, comprenden también el deber de confidencialidad.

Es necesario destacar que están en juego valores que hacen a la salud, a la intimidad y a la privacidad de las personas, en cuyo caso la confidencialidad, ubicándose ésta en el ámbito de los datos sensibles de las personas. De este modo, se consagra el derecho que tiene el paciente a que toda persona participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guardando la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente, que deberá ser por escrito.

Debemos resaltar el fallo alcanzado por la Cámara Civil y Comercial de Rosario, Provincia de Santa Fe, que en su análisis arribó a la conclusión de una violación al artículo octavo de la ley 23.798, Ley Nacional de Sida. Allí, señala que ante la detección del virus HIV o presunción fundada en la que, una persona portadora impone a los médicos el deber de informar su carácter contagioso, medios y forma de revisión. En el caso, el laboratorio que realizó el análisis omitió el deber de informar, no lo realizó de forma inmediata sobre la existencia de un primer resultado reactivo positivo. Por lo que el hecho ha sido encuadrado en el artículo 1071 bis del Código Civil de la Nación, toda vez que el demandado expuso los datos personales del paciente en un informe, lo que tornó procedente la reparación del daño moral causado.<sup>6</sup>

La violación del deber de confidencialidad, que se encuentra en el artículo segundo, inciso “e” de la ley 23,798, que fuera sancionada y promulgada en 1990, y declarada de interés nacional a la lucha contra

---

<sup>6</sup>Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala II, en autos “SR c/SISO y otra”

el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, manifiesta que en ningún caso se podrá individualizar a las personas sometidas al análisis de HIV, a través de fichas, registros o almacenamiento de datos, los cuales, a tales efectos, deberán llevarse en forma codificada.

Íntima vinculación al derecho a la intimidad, encontramos con el derecho a la confidencialidad. Tal como sostiene Angélica Gelli, *“los exámenes o análisis clínicos de la Policía Federal impone a sus agentes para constatar la buena salud de ellos a fin de decidir sus ascensos, fue considerada, por la Corte Suprema, una acción discrecional de la Institución, en principio no revisable judicialmente, aun cuando se efectuaron análisis para la detección del HIV, sin informar al agente de ello...el Tribunal confirmó la sentencia de Cámara que dejó sin efecto el acto administrativo por el que dispuso el retiro obligatorio del agente, sosteniendo la legitimidad del acto por no contener éste, una ponderación de los efectos reales de la deficiencia inmunitaria sobre la aptitud laboral del agente, quien además, era portador asintomático.*

*Es decir, la Corte Suprema efectuó un análisis adecuado de la razonabilidad del acto administrativo pero, al referirse a los fines de la ley 23.798, de lucha contra el SIDA- según el Tribunal de protección de la salud pública y no de la intimidad- equiparó la autorización de la norma para obligar al análisis de determinados casos, con la realización de éste sin conocimiento del afectado como regla general generando con ello un “acto intrusivo que desconoce los límites del Estado frente a la autonomía individual”<sup>7</sup>.*

## 2.6 Autonomía de la voluntad

La autonomía es la capacidad de autogobierno, cualidad inherente a los seres racionales, que les permite elegir y actuar de forma razonada, sobre la base de una apreciación personal de las futuras posibilidades evaluadas en función de su propio sistema de valores<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup>Gelli, María Angélica “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”. Segunda edición ampliada y actualizada. Buenos Aires, 2003, p. 205.

<sup>8</sup>Pellegrino, Edmund D “La relación entre la autonomía y la integridad en la ética médica” Bioética, Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana, vol 108, N 5 y 6, Washington, Mayo y Junio 1900, P 379



La autonomía de la voluntad toma como base el artículo 19 Constitución Nacional, vinculándose con los artículos 14 y 20 de la C.N., en el que en este último establece que la enunciación de derechos reconocidos a los habitantes en el artículo 14 en el que los derechos y garantías se extienden a todos los habitantes del territorio nacional sin distinción alguna.

Regulado en la ley 26.529 en su artículo segundo, hace saber que el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa como también contempla la posibilidad de revocar la manifestación de la voluntad. La ley de protección integral, 26.061, le da la posibilidad a los niños y niñas adolescentes a intervenir en la toma de decisiones sobre terapias o procedimientos médicos o biológicas que involucra su vida o salud. Resulta de gran importancia destacar la ley 17.132, en la cual se regula la obligación de los profesionales de respetar la voluntad del paciente, en consecuencia, de la negativa a internarse o tratarse, con excepción

de casos de inconciencia, alineación mental, lesiones graves por accidente y tentativa de suicidio o delitos.

La excepción a todo lo aquí expuesto será cuando se presente la situación en operaciones mutilantes, cuando la inconciencia, la alienación o la gravedad del caso no admitiera dilaciones. En caso contrario se requerirá la conformidad por escrito del enfermo. Respecto de la situación de los incapaces será fundamental la conformidad del representante.

Tal como sostiene Piedecabras *"...La persona humana, mantiene una esfera individual que no puede ser interferida por decisiones estatales contrarias a su voluntad...el paciente es el único e irremplazable árbitro de la situación planteada, y tal principio no puede ceder aunque medie amenaza a la vida...nadie puede ser constreñido a someterse contra su voluntad a tratamientos médicos de ninguna clase, e inclusive se ha resultado con claridad y contundencia que una*

*persona puede negarse a conocer que está enfermo*".<sup>9</sup>

Podemos señalar la situación de los Testigos de Jehová. Ante la intervención de la Corte Suprema de Justicia, a través del fallo Albarracín, ponderaron el derecho a la autodeterminación y la libertad del paciente, quien había firmado un testamento ante escribano público en que expresamente rechazaba la transfusión de sangre. Debemos destacar que el paciente se encontraba en estado crítico.

El Alto Tribunal falló sin apartarse de la doctrina instituida en 1993, en los autos "Bahamóndez", cuyos fundamentos relataron un "suicidio lentificado" por omisión propia, destacando que el derecho a la vida era un bien supremo.

Los miembros de la Corte centraron sus fundamentos en el respeto por la persona como valor fundamental. En esa línea, consideraron que desde un inicio de las actuaciones, estaba resuelto a favor del apelante, conforme a lo prescripto en el artículo 19 de la ley

17.132 (ejercicio de la medicina), que determina que los profesionales de la salud deben respetar la voluntad del paciente, especialmente cuando se plantea la negativa a recibir un tratamiento, señalando que, por otra parte, el artículo 19 de la Constitución Nacional garantiza la libertad de disponer del propio cuerpo y de la propia vida, en función del principio de reserva.

En este caso, Albarracínno buscaba el suicidio, sino mantener sus ideas religiosas, estimando que prevalece el respeto a la dignidad humana, aun cuando ello pueda significar poner en peligro su propia vida.

Finalmente, refirieron la antijuridicidad de una resolución que autorizara a someter médicamente a un adulto capaz en contra de su voluntad, cuando la decisión fuera efectuada con pleno discernimiento, intención y libertad, sin afectarse los derechos de terceros.

Actualmente, no sólo rige el inciso 3º del artículo 19 de la ley 17.132, sino que se adiciona el artículo 11 de la ley 26.529, Derechos del paciente, la que acoge

---

<sup>9</sup>"Derecho del paciente-doctrina y jurisprudencia. JORGE MOSSET ITURRASPE. MIGUEL A. PIEDECASSAD. Editores RUBINZAL-CULZONI 2011 pag 204

el principio constitucional de autodeterminación.

Debemos destacar el considerando 18 que señaló una restricción a ese derecho en los siguientes términos: *“La libertad de una persona adulta de tomar decisiones fundamentales que le conciernen a ella directamente, puede ser válidamente limitada en aquellos casos en que exista algún interés público relevante en juego y que la restricción del derecho individual sea la única forma de tutelar dicho interés”*.<sup>10</sup>

#### 2.7 Derecho a ser informado:

El artículo tercero de la Ley, define que la información sanitaria es *“aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos”*.

---

<sup>10</sup> CSJN “Albarracín Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias”. A. 523 XLVIII. Resuelta el 01/06/12.

Del artículo citado, se desprende que el derecho a la información sanitaria reside en los principios bioéticos de beneficencia y de respeto a la autonomía, por los cuales, el profesional de la salud interviniente debe proporcionar lo necesario para el bienestar del paciente (principio de beneficencia), pero, vinculando su praxis a la previa, comprensible y adecuada información que se brinde al paciente; para que pueda emitir su declaración de voluntad. La información sanitaria es fundamental para consentimiento informado<sup>11</sup>.

Vital importancia tiene el inciso “f” del artículo 2, segunda parte, toda vez que señala el derecho que tiene el paciente de renuncia voluntaria en forma expresa o el rechazo a recibir todo tipo de información. El principio de autonomía, a partir del ejercicio de la autodeterminación del involucrado respecto de derechos personalísimos sobre su cuerpo, debe prestar consentimiento para la práctica médica propuesta; y por el mismo principio, el enfermo puede

---

<sup>11</sup> “Manual sobre los Derechos de los/as pacientes para el Equipo de Salud”. Ministerio de Salud de la Nación. Octubre 2020.

rechazar el procedimiento médico propuesto; y puede decidir que no quiere recibir determinada información, ya que “*tiene absoluta confianza en el/la médico/a*”, que “*el/la médico/a es el/la que sabe*” y por ello, va a decidir lo mejor para su salud. “*Cuando el/la paciente exprese su deseo de no ser informado se documentará en la historia clínica su decisión y respetará la misma, sin perjuicio de dejar asentado su último consentimiento emitido.*”<sup>12</sup>

Debemos resaltar que la información sanitaria deberá de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos.

Ante la incapacidad o imposibilidad de comprensión de la información, el artículo cuarto contempla que ésta sólo podrá ser brindada a terceras personas, con autorización del paciente, y que, en el supuesto de incapacidad del

paciente o imposibilidad de comprender la información a causa de su estado físico o psíquico, la misma será brindada a su representante legal o, en su defecto, al cónyuge que conviva con el paciente, o la persona que, sin ser su cónyuge, conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad.

## 2.8 Derecho a la interconsulta médica

Una de las novedades de la Ley es el derecho aquí mencionado toda vez que el paciente podrá tener una segunda opinión por escrito vinculada al diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud, de acuerdo al inciso “g” del artículo 2.

La Declaración de Derechos de los Pacientes de Lisboa de la Asociación Médica Mundial (AMM, 1981, 1995, 2005, 2015), señala que “*el paciente tiene derecho a solicitar la opinión de otro médico en cualquier momento.*” La ley aquí analizada destaca el derecho del paciente de contar con “*la información sanitaria por escrito*” a

---

<sup>12</sup> Conf. Decreto Reglamentario 1089/2012, artículo 4.

fin de poder recurrir a una segunda opinión médica.

## 2.9 Derecho a un tratamiento adecuado

Si bien este derecho no se encuentra explícitamente desarrollado en la Ley, en la autonomía que la Constitución Nacional le arroga a las provincias, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en su cuerpo normativo, desarrolla en el artículo octavo, la garantía del acceso a la salud en todos los aspectos, incluyendo los terapéuticos.

Señala que debe existir una eficiente organización del servicio médico, adecuada atención del enfermo, adecuado tratamiento de salud, adopción de las precauciones necesarias para el resguardo de la integridad psicofísica, recursos humanos idóneos para atender el servicio de salud, el tratamiento aplicado debe demostrar un interés terapéutico correctamente comprobado, se deben satisfacer las prestaciones médicas necesarias y lo más importante, que el servicio de salud debe ser brindado en forma eficiente,

diligente, prudente y con clara pericia.

## 2.10 Derecho a la cobertura médica

La Constitución de la Organización Mundial de la Salud prescribe que "*La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*". Esta definición ha sido ratificado por la Declaración de Alma-Ata de 1978 y por la Declaración Mundial de la Salud de 1998 (OMS/OPS). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) coloca a los Estados parte en su artículo 12, que "*reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*" y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Protocolo de San Salvador (PSS) establecieron su décimo artículo que "*Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social*".

Ahora bien, a nivel nacional nos encontramos frente a un derecho que no está contemplado específicamente en la ley. Debemos destacar que el Estado como garante del derecho a la salud, debe proteger la integridad psicofísica de los habitantes por lo que debe garantizar el acceso con premura, sin demoras y en forma eficiente y adecuada, a través de garantías constitucionales.

2.11 Derecho al suministro de medicamentos y los elementos necesarios para la recuperación.

El artículo 38, inciso 6 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, señala que el suministro de medicamentos necesarios, oportunos y que deben ser fundados en el criterio de razonabilidad médica; ya que considera al medicamento como un bien social.

Respecto a la recuperación del paciente, sin un abordaje específico en la Ley, y ante la necesidad de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo “*Reynoso, Nilda Noemi c/INAES*”, resolvió que

“en virtud de la ley 24.754, las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deben cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico-asistencial las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales, dentro de las cuales deben incluirse todas las que requieran la rehabilitación de las personas discapacitadas”.

2.13 Derecho a no ser abandonado

La ley 26.529 señala que “*el paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, tiene derecho a ser asistido por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna, producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición. El profesional actuante sólo podrá eximirse del deber de asistencia, cuando se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente.*” Aquí, el artículo segundo, de forma explícita refiere a que una persona, sea cual fuera su dolencia, no podrá ser abandonado por el sistema de salud, sea

privado, público o mixto, toda vez que la asistencia deberá ser adecuada, eficiente, razonable e igualitaria.

#### 2.14 Derecho a su historia clínica

Contemplado en el artículo 43 de la Constitución Nacional y en el artículo 20 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la ley 25.326 contempla la protección de datos personales.

*“La Historia Clínica contiene datos personales, y sobre éstos existe un derecho personalísimo cuyo único titular es el paciente. La negativa a entregársela a su propio titular puede dar lugar al resarcimiento del daño causado.”<sup>13</sup>*

La norma aquí analizada, los Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, hace saber con claridad que el paciente es el titular de la historia clínica y que, ante su requerimiento, deberá ser provisto de una copia autenticada por la institución médica.

Se define legalmente a la Historia Clínica como “*el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud*”, artículo 12.

Las principales características del instrumento clínico; es el documento médico por excelencia; debe ser instrumentada de manera obligatoria para cada paciente, en todo establecimiento médico; siendo el obligado a su confección el profesional de la salud que atiende al enfermo; y, el director del establecimiento asistencial será el responsable de que la misma sea confeccionada y llevada en debida forma. Debe contener un registro cronológico de cada intervención profesional médico que debe ser rubricado por el agente que lo redacta a fin de identificar al profesional que lo indicó por el principio de responsabilidad. La H. C. debe ser correctamente foliada. Para un seguimiento ordenado de cada uno de las intervenciones médicas ya que los actos médicos volcados en la Historia Clínica son todos aquellos con relevancia médica y que coinciden con el obrar

---

<sup>13</sup>Código de Ética Para el Equipo de Salud de la Asociación Médica Argentina, artículo 179 [AMA, 2001/11].

médico respecto del paciente y que no hubo ninguna irregularidad: pérdida parcial, adulteración, ésta deberá ser foliada hoja por hoja, para su correcto control.

La ley determina que el documento debe ostentar el carácter de completitud. Su contenido debe reunir la característica de autosuficiencia; es decir, debe satisfacer el requerimiento médico que exige poder continuar la historia de estado de enfermedad del paciente, desde el principio hasta el fin, es decir el alta o fallecimiento. Debe constar todo lo que hace a la actuación del médico en relación con la persona y a las prácticas médicas y al tiempo, debiéndose describir de manera secuencial, circunstanciada y precisa, día y hora de todo estudio, examen, efectuado al paciente.

Entre las principales características de la Historia Clínica, encontramos la integridad la unicidad y la inviolabilidad.

La integridad comprende el registro de toda la información principal, datos objetivos, estudios, exámenes, con una integración entre la información y los estudios

de distinta complejidad; los datos médicos anotados deben respetar el principio de veracidad.

El artículo 16 señala que: *“Forman parte de la historia clínica, los consentimientos informados, las hojas de indicaciones médicas, las planillas de enfermería, los protocolos quirúrgicos, las prescripciones dietarias, los estudios y prácticas realizadas, rechazadas o abandonadas, debiéndose acompañar en cada caso, breve resumen del acto de agregación y desglose autorizado con constancia de fecha, firma y sello del profesional actuante”.*

La unicidad es la integración de varias historias clínicas en una Histórica Clínica Única por paciente en cada establecimiento sanitario. Referido en el artículo 17, hace saber que *“la historia clínica tiene carácter único dentro de cada establecimiento asistencial público o privado, y debe identificar al paciente por medio de una “clave uniforme”, la que deberá ser comunicada al mismo”.*

Finalmente, la inviolabilidad, contemplada en el artículo 18,



manifiesta que el documento médico debe guardar fidelidad con los datos personales registrados por el galeno. El sistema de resguardo y registro debe garantizar inviolabilidad y adulteración de la misma, siendo los establecimientos asistenciales públicos o privados, los profesionales de la salud, en su calidad de titulares de consultorios privados, tienen a su cargo su guarda y custodia, asumiendo el carácter de depositarios/as de aquélla, y debiendo instrumentar los medios y recursos necesarios a fin de evitar el acceso a la información contenida en ella por personas no autorizadas, aplicándose lo regulado por el Código Civil y Comercial de la Nación.

Contenido en el artículo 43 de la Constitución Nacional, la acción de hábeas data es el recurso que posee el paciente para acceder al conocimiento de los datos que consten en los registros médicos, e incorporarlos al proceso judicial.

Ante la negativa injustificada de la autoridad médica de entregar la copia requerida por el paciente, éste se encuentra legitimado a accionar judicialmente a través del recurso mencionado.

## 2.15 Derecho de los pacientes y salud mental

Articulado este derecho entre las leyes de los derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud y la ley de Salud Mental - 26.657-, aquí debe preponderarse el estado de vulnerabilidad del paciente y requerir una atención especial que proteja su dignidad, autonomía, y que, con las herramientas necesarias pueda mejorar su calidad de vida.

## 3. Consentimiento Informado.

La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, en su artículo 6 define el consentimiento informado como *“Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto*

*entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno”.*

El artículo 5 de la ley 26.529, manifiesta de forma expresa el contenido de dicho consentimiento.

El consentimiento informado es la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a su estado de salud; el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; los beneficios esperados del procedimiento; los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento o de los alternativos especificados.

Entre las consideraciones principales, debe tenerse en cuenta que el consentimiento debe incluir si el procedimiento propuesto

es diagnóstico o terapéutico y si la práctica es invasiva o no, la duración del tratamiento; el lugar donde se llevará a cabo, si requerirá anestesia o no, la clase de instrumental que se utilizará, las partes del cuerpo que serán afectadas.

Los objetivos del tratamiento serán de absoluta importancia en los casos que el procedimiento es diagnóstico y no terapéutico, caso en el cual el paciente debe saber que solo se intenta obtener información para luego iniciar el tratamiento propuesto.

La instrumentación del consentimiento será verbal con determinadas excepciones, dicho señalamiento se encuentra contemplado en los artículos 7 y 9 de la ley.

Estas excepciones son el consentimiento por internación; intervención quirúrgica; procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la ley y la revocación.

Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles son de las situaciones más importantes a informar, sugiriendo considerar la naturaleza del riesgo, su magnitud, la probabilidad de sumaterialización y la inminencia de tal posibilidad, existiendo un acuerdo en que deben informarse por lo menos los riesgos más graves y más frecuentes.

Los procedimientos alternativos permiten la posibilidad que el paciente elija la continuidad del tratamiento en otro establecimiento asistencial, por otro/a profesional, o decidirse por el no tratamiento, teniendo la posibilidad de elegir su libremente.

Destacamos la relevancia de los derechos de los pacientes quienes también tienen deberes que cumplimentar como ser el respeto y cuidado frente a los médicos y/ u otros profesionales de la salud como así también respecto a las instituciones públicas y/o privadas, toda vez que debe existir reciprocidad de ambas partes.

Se deben integrar las perspectivas de derechos humanos, de discapacidades, de género y

enfrentar los nuevos desafíos y construir de manera interdisciplinaria a los fines de ampliar la mirada con una visión ética que permita respetar los derechos de los y las pacientes y reconocer su dignidad y la del equipo médico.

Por otra parte, sostenemos que el consentimiento informado es un ideal para la relación médico y paciente, ya que éste último tendrá el derecho a saber y decidir sobre su vida, tratamiento e intervenciones y aquel brindará la información de manera que el paciente pueda asimilarlo emocional , conscientemente y que le sean respondidos cada uno de los interrogantes.

- a. Fiscal Instrucción y Juicio del Departamento Judicial de San Martín
- b. Abogada egresada de la Universidad de Belgrano.
  - a) Prosecretaria de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal

---

Universidad de Belgrano  
Zabala 1837 C1426 DQG, Ciudad  
de Buenos Aires.  
Argentina  
29 de Julio de 2022.