

## Derecho a la salud

Donato, Nora Adela

Abogada, UBA. Directora General de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la ANMAT.

El derecho a la salud constituye uno de los [derechos humanos fundamentales](#), que son aquellos que existen con anterioridad a la sociedad y al Estado, ya que corresponden a la [persona humana](#) por su condición de tal y por el sólo hecho de serlo.

Además de su reconocimiento, sin embargo, los ciudadanos tienen derecho a su protección no sólo por el Estado nacional sino asimismo en el ámbito internacional.

En tal sentido cabe señalar que la llamada pirámide jurídica, se ve significativamente modificada en lo relativo al orden de prelación de las diferentes normas, a partir de la reforma constitucional de 1994, que en el artículo 75, inciso 22, de la [Constitución Nacional \(CN\)](#) establece que *los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes*.

La protección de la vida y de la integridad psicofísica de la persona humana, desplazada de la órbita de los derechos individuales y en el marco de los derechos sociales y colectivos, se enfatizó a partir justamente de la referida reforma del texto constitucional, que otorgó jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, afianzando la supremacía de la persona (Galdós, Jorge Mario, La Ley, 2008).

En efecto y conforme el autor citado, *la salud es un derecho colectivo, público y social de raigambre constitucional, anclado en el artículo 42 de la [Constitución Nacional](#) que reza, en lo pertinente, lo siguiente: Los consumidores de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.*

Este derecho involucra no exclusivamente a la garantía de acceso a las prestaciones básicas de salud, sino asimismo de su mantenimiento y regularidad a través del tiempo, y que de acuerdo a jurisprudencia uniforme incumbe principalmente al Estado, más aún en los supuestos específicos de protecciones legales que involucran a personas vulnerables tales como los niños, ancianos, personas con discapacidad, niños en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y tiempo de lactancia (inc. 23, art. 75, CN).

### **El derecho a la salud en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales**

**incorporados.** En principio, cabe señalar que el derecho a la salud en el texto constitucional no se encuentra sistematizado, como resultaría deseable, pero la doctrina y la jurisprudencia de nuestros tribunales han suplido ampliamente esa falencia reconociéndolo como derecho fundamental.

Como fundamentos constitucionales del [derecho a la salud](#) en el texto mismo de nuestra Carta Magna debemos consignar los siguientes artículos:

Art. 14 bis: *...El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial la ley establecerá: el seguro social obligatorio...*

Art. 33: *Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados pero que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.*

Art. 41: *Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin*

*comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo...*

rt. 42: *Los consumidores de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.*

Art. 75, inc. 18: *Corresponde al Congreso... Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias...*

Art. 75, inc. 19: *Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social...*

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en Fallos 68:221-1897, habilita directamente al Congreso a incidir incluso en el ámbito de competencias reservadas a las provincias.

No hay duda que la salud se encuentra ínsita en el concepto de bienestar general al que hace referencia nuestra Constitución Nacional (CN), más aún es un parámetro del bienestar y como tal es un bien social, público y colectivo y un corolario del derecho a la vida, a la integridad psicofísica y a la libertad.

Asimismo la expresión *desarrollo humano*, contenida en el inciso 19 del artículo 75 de la CN ya referenciado, sólo será posible a través de la protección efectiva del [derecho a la salud](#).

El concepto de desarrollo humano ha sido definido por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), como un *proceso mediante el cual se amplían las oportunidades de los individuos, las más importantes de las cuales son: una vida prolongada y saludable, acceso a la educación y disfrute de una vida decente.*

Los fundamentos del [derecho a la salud](#), de conformidad a la doctrina especializada, se encuentran en el propio texto de la [Constitución Nacional](#) precedentemente señalado, en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los [tratados internacionales de derechos humanos](#) incorporados a nuestra Carta Magna y a las interpretaciones, observaciones y recomendaciones realizadas por los organismos pertinentes creados por dichos tratados para la aplicación de sus prescripciones.

Para el análisis de los documentos internacionales antes referidos, resulta importante señalar que en no todos ellos se hace una mención específica y literal sobre el derecho a la salud.

En primer lugar podemos referirnos a la [Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica, 1969-](#), que en su artículo 4º establece: *toda persona tiene derecho a que se respete su vida.*

El [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -1966-](#), establece en su artículo 6º que el *derecho a la vida es inherente a la persona humana.*

Por su parte la [Declaración Universal de Derechos Humanos -1948-](#) establece en su artículo 3º que *todo individuo tiene derecho a la vida* y, en el artículo 25, párrafo 1º, reza: *toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación y el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.*

Cabe destacar también la [Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial -1965-](#), que en su artículo 5º, apartado e), inciso IV), establece que *es deber de los Estados garantizar el derecho a la salud pública y a la asistencia médica.*

Ya con un mayor grado de precisión, la [Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -1948-](#) establece en su artículo 1º que *todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad*, y en su artículo 11 reza: *toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada.*

Asimismo la [Convención sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer -1979-](#), promulgada por la República Argentina en 1980, establece en su artículo 11, párrafo 1º, apartado f), la *protección de la salud*, y el artículo 12 prevé el *acceso a la atención médica*.

No menos trascendente por el universo que abarca, es la [Convención de los Derechos del Niño -1989-](#), que en su artículo 24 establece que *se reconoce el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y al servicio para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud*.

No podemos obviar por su trascendencia e importancia, al [Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales -1966-](#), que contiene las previsiones más completas y de mayor alcance sobre el [derecho a la salud](#) dentro del sistema internacional de los derechos humanos, entendiendo por salud conforme la Organización Mundial de la Salud (OMS), como *el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedad*.

En tal sentido resulta clarificadora la Observación General 14 del 11 de agosto de 2000, (apartado 8 del Pacto), que no sólo reconoce el *derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, sino que abarca *aquellas condiciones socioeconómicas que posibilitan llevar una vida sana*, a saber:

- Suministro adecuado de alimentos sanos.
- Una nutrición y una vivienda adecuada.
- El acceso a agua limpia potable.
- Condiciones sanitarias adecuadas.
- Condiciones de trabajo sanas y seguras.
- Medio ambiente sano.
- Acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.

Finalmente y en este aspecto, cabe recordar el apartado 33 del Pacto en análisis que expresa que al igual que en los casos de todos los [derechos humanos](#) fundamentales, el [derecho a la salud](#) impone tres (3) niveles de obligaciones a los Estados:

- El deber de Respetar.
- La obligación de Proteger.
- La obligación de Cumplir.

Esta última obligación implica dar plena efectividad al [derecho a la salud](#), y que su reconocimiento no se limite a meras declamaciones, sino que los Estados dicten todas las medidas necesarias tanto de carácter legislativo, como asimismo administrativas, presupuestarias y judiciales.

Tanto la nación como las provincias son responsables del debido cumplimiento de estas obligaciones internacionalmente contraídas, siendo el Estado nacional su garante último.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha sostenido reiteradamente que *a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar con acciones el derecho a la vida -ello sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales y las entidades de medicina prepaga-*.

Cabe señalar asimismo que el Supremo Tribunal ha dicho: *el Estado Nacional es la autoridad rectora en las políticas de salud y el garante de este derecho, en el caso particular, y el garante de la regularidad de los tratamientos sanitarios por lo que debe coordinar su accionar con los Estados Provinciales, aunque luego estos servicios en función de la organización federal se ejecuten descentralizadamente*.

La asignación de este lugar de rectoría del Estado nacional surge asimismo del fallo recaído en la causa "Campodónico", en el que sostuvo que *el Estado no puede desligarse del deber de promover y*

*facilitar las prestaciones de salud que requiera la comunidad so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas.*

En el fallo “Asociación Benghalensis”, sostiene la Corte que *el Estado Nacional está obligado a proteger la salud pública, y que las provincias son parte integrante del sistema y resultan indispensables para una eficiente implementación de la normativa vigente.*

A su vez destacó que *el derecho a la salud no sólo se encuentra contemplado en la [Constitución Nacional](#), sino también en las provinciales por lo que cabía inferir que las acciones tendientes a su protección constituían una responsabilidad compartida con las provincias.*

También ha sostenido el Alto Tribunal en autos caratulados “Galassi, Antonio s/ Recurso de Apelación”, que *frente a la forma federal adoptada por la Constitución, la regla y no la excepción es la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las Provincias.*

Las tareas de coordinación le competen al Estado nacional, que detenta el rol rector en cuanto a la salud y que en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene la función de *hacer un solo país para un solo pueblo.*

**El medicamento como bien social.** En primer lugar cabe señalar que los medicamentos constituyen uno de los temas de mayor importancia en las políticas sanitarias y económicas, tanto de los países desarrollados como en desarrollo, y hace años que se reconoce en los foros internacionales (OMS-OPS) que la política de medicamentos esenciales es un componente básico de la política sanitaria cuyo objetivo es asegurar a todos los sectores de la población, la accesibilidad y el uso racional de los productos farmacéuticos que respondan a sus principales necesidades de salud.

De conformidad a nuestra legislación ([decr. 150/92](#) -t.o. 1993-), se entiende por medicamento a toda preparación o producto farmacéutico, que está destinado a la prevención, diagnóstico o tratamiento de una enfermedad o estado patológico o para modificar un estado fisiológico en beneficio de la persona a quien se lo administra.

Según el documento elaborado por el Ministerio de Salud de la Nación del mes de mayo de 2002, denominado Política para la utilización de medicamentos por su nombre genérico. Una herramienta para el acceso a la salud, en el mundo de hoy, la producción y comercialización de medicamentos configura uno de los mercados globales más poderosos. Sin embargo los medicamentos no están al alcance de todos.

*Claramente -continúa dicho documento- el mercado de medicamentos no tiene las mismas implicancias políticas, sociales y económicas que el mercado de electrodomésticos o el de automóviles. Se puede vivir sin auto; pero no se puede curar si no se dispone de medicamentos esenciales.*

Resulta ilustrativo en esta temática hacer referencia a lo sostenido en la XXX Reunión del COFELESA, Honorable Congreso de la Nación realizada el 12 de agosto de 2014, en cuanto a que *la expansión en el uso de medicamentos tiene dos vertientes claramente diferenciadas. Por un lado, los medicamentos son parte de tecnologías sanitarias que permiten devolver a un individuo la salud (de esta manera es una de las tecnologías más utilizadas para mejorar la salud de la población) y su utilización masiva ha incrementado de forma impresionante la cantidad y calidad de vida de la población. Ayudan a tratar, paliar e incluso prevenir la mayoría de las enfermedades. No obstante, por otro lado este creciente uso de medicamentos genera desafíos de sostenibilidad en los sistemas sanitarios (aumentos en los gastos sanitarios), e inequidad (incrementando la brecha en salud entre ricos y pobres) en el sector y en la sociedad.*

Se señala asimismo en dicha reunión que *si bien en su fase de producción y comercio el medicamento podría ser considerado un bien privado, en cuanto se rige por las normas de la propiedad intelectual, sin embargo, en su acceso y uso de parte de la población, el medicamento es a todos los efectos un bien público ya que, conectado al derecho a la salud y a la vida permite*

realizar los cuidados médicos y proteger o recuperar la salud, así como paliar el dolor en casos terminales.

En el documento referenciado el representante de OPS-OMS en la Argentina sostiene que *la formulación implementación de políticas farmacéuticas es una tarea compleja del Estado y suele ocasionar tensiones y disyuntivas, principalmente porque involucra no solo aspectos sanitarios, sino también cuestiones industriales y de ciencia y tecnología. Esta tríada puede representarse en un triángulo en cuyos vértices se ubican la política industrial, la política de ciencia y tecnología y la política sanitaria.*

*Desde la perspectiva industrial –continúa– se busca principalmente la competitividad y la creación de empleo (...). Desde la perspectiva de la política de ciencia y tecnología la preocupación se centra, sobre todo, en la creación de incentivos para facilitar la investigación y desarrollo (...) y de la perspectiva de la política sanitaria se busca no solo velar por el acceso de la población a los medicamentos, sino también garantizar la calidad, seguridad y eficacia de los productos, por medio de una adecuada regulación y vigilancia, su buen desempeño terapéutico y la sostenibilidad del sistema público.*

Merece especial mención la Resolución CD45.R7 de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) aprobada en el año 2004, en la que solicita a los países lo siguiente:

- Políticas para abordar factores determinantes del acceso.
- Políticas de Medicamentos Genéricos.
- Políticas de prescripción de medicamentos por nombre genérico.
- Maximizar eficiencia (contención de los costos).
- Aprovechar flexibilidades del Acuerdo sobre los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) de la Organización Mundial de Comercio (OMC), a través de la Declaración de Doha (Qatar).
- Fortalecer Sistemas de Suministro.

El acceso a los medicamentos, entendidos éstos como bienes sociales, requiere de políticas farmacéuticas.

Garantizar un acceso de calidad a los medicamentos, es decir una disponibilidad equitativa y asequibilidad de los medicamentos esenciales requiere acciones que tiendan a la selección y uso racional, lo cual implica tareas firmes por parte del Estado de concientizar a la sociedad para que conciba al medicamento como un derecho, como un bien social y no como un bien de consumo; elaborar una lista de medicamentos esenciales, seleccionados en función de su relevancia terapéutica, basado sobre evidencias científicas de eficacia y seguridad y respaldados por estudios comparativos de coste-efectividad; asegurar la disponibilidad de medicamentos en las formas y cantidades necesarias a precios razonables; promover el uso racional de los medicamentos a fin de disminuir riesgos y aumentar la eficiencia, siendo en este aspecto trascendental el rol del profesional médico.

## **Bibliografía**

Constitución Nacional y tratados internacionales sobre derechos humanos.

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

GALDÓS, Jorge Mario, *La Salud y los Bienes Sociales Constitucionales.*, La Ley, 19-3-2008.

Documento del Ministerio de Salud de la Nación, mayo 2002, "Política para la utilización de medicamentos por su nombre genérico – Una herramienta para su acceso a la salud".

XXX Reunión de COFELESA, Honorable Consejo de la Nación, Buenos Aires, 12 de agosto de 2014. El Medicamento como un bien social.



-----  
Recibido: 11/10/2016; Publicado: 03/2017