



Edición N° 1. Junio de 2022

## **SUBSISTEMA DE SALUD.**

### **LA SALUD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL. LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES.<sup>1</sup>**

Por Patricio Jorge Torti Cerquetti<sup>2</sup>

Este derecho a la salud ha sido definido por la Organización Mundial de la Salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedad”<sup>3</sup>.

Cabe preguntarse cuál es la naturaleza del Derecho a la Salud. ¿Es un derecho individual o un derecho social?.

La idea de Derechos Individuales hace referencia a aquellos derechos que pertenecen al individuo y que no pueden ser restringidos por los gobernantes.

---

<sup>1</sup> Extracto de Torti Cerquetti, Patricio J. “El Derecho a la Salud en las Constituciones Provinciales”, Revista Argentina de Derecho de la Seguridad Social – Número 4, Marzo 2019, cita IJ-DXLII-49.

<sup>2</sup> Patricio Jorge Torti Cerquetti Secretario de la Fiscalía Federal de la Seguridad Social N° 1. Especialista en Derecho Judicial (UCES). Diplomado en Seguridad Social (UCES). Diplomado en Procedimiento Administrativo (UNLZ). Profesor Adjunto de las materias Derecho de la Seguridad Social (UNLZ) y Derecho Constitucional I y II (UCES). Director de la Revista Temas de Derecho Laboral y de la Seguridad Social de la Editorial Erreius. Director de la Revista Argentina de Derecho de la Seguridad Social de la Editorial IJ Editores.

<sup>3</sup> Conf. Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, firmada en Nueva York el 22/07/1946 y en vigencia desde el 07/04/1948.

Son derechos que nacen con el hombre y son superiores y anteriores al Estado, el que sólo los reconoce y debe respetarlos (derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad individual, a la libertad de expresión, a la libertad de reunión, etc.).

Los Derechos Sociales son aquellos que garantizan universalmente el acceso a los medios necesarios para tener una condición de vida digna. En ese sentido implica determinadas prestaciones de bienes o servicios, principalmente frente al Estado (derecho al trabajo, derecho a la educación, derecho a la seguridad social, derecho a una vivienda digna, etc.).

El Derecho a la Salud parecería tener una naturaleza mixta y compleja al participar de las características de los derechos individuales como de los sociales.

En efecto, a lo largo de nuestra historia constitucional -como en la del constitucionalismo comparado- se ha producido la evolución desde el constitucionalismo clásico o liberal, con el reconocimiento de los derechos individuales civiles y políticos, al constitucionalismo social con el reconocimiento de los derechos sociales.

En consecuencia, aquél derecho a la salud de la primera etapa, importaba actitudes abstencionistas del Estado para no dañar el derecho, esencialmente anclado en lo individual.

Pero luego, con el constitucionalismo social se produce un cambio profundo en la materia, y el Estado debe intervenir en estas cuestiones sociales, que significan prestaciones positivas de dar y de hacer y que se observan nítidamente en el derecho a la salud, con programas positivos que deben impulsar los respectivos órdenes gubernamentales de nuestro Estado.

Como derecho implícito dentro de los clásicos derechos civiles<sup>4</sup>, puede tener como contenido inicial el derecho personal a que nadie infiera daño a la salud, con lo que el sujeto pasivo cumpliría su única obligación omitiendo ese daño. Hoy, con el curso progresivo de los derechos humanos en el constitucionalismo social, aquel enfoque peca de exigüidad. El derecho a la salud exige, además de la abstención de daño, muchísimas prestaciones

---

<sup>4</sup> Artículo 33 CN.- Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la **Constitución** no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

favorables que irrogan en determinados sujetos pasivos el deber de dar y de hacer.<sup>5</sup>

Al respecto el Dr. Walter Carnota expresa que "...el Estado va a estar investido ya no de obligaciones negativas como en la etapa o fase anterior, sino positivas. Concretamente, el poder público va a tener que brindar determinadas prestaciones de ahí el nombre de derechos prestacionales o del bienestar), es decir, tendrá que cumplimentar obligaciones de dar"<sup>6</sup>.

En esos términos, nuestra Constitución Nacional responsabiliza al Estado por el otorgamiento de los beneficios de la Seguridad Social que tendrán el carácter de integral e irrenunciables. Y agrega el texto, "En especial, la ley establecerá el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado"<sup>7</sup>.

Esta fórmula constitucional dice a las claras que quien debe velar para que los habitantes del país gocen de los beneficios de la seguridad social, entre los cuales se encuentra la salud, es el Estado que, a través de su potestad legisferante, determina derechos y obligaciones *in cápite* de los habitantes<sup>8</sup>.

Hasta la reforma constitucional de 1994 no existía en el texto de nuestra Constitución artículo expreso sobre el derecho a la salud. Sin embargo, su reconocimiento y amparo era consecuencia de su vinculación con el derecho a la vida y a la integridad.

A partir de la reforma de 1994, el art. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental otorga jerarquía constitucional a diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, en los cuales la salud ha sido reconocida como valor y como derecho humano fundamental.

En tal sentido, el artículo referido establece que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes, enumerando cuáles son tales instrumentos que fueron elevados al rango constitucional.

Así en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se hace referencia de una manera especial al derecho que tienen las personas a la protección de la salud cuando dice: "Toda persona tiene derecho

---

<sup>5</sup> Bidart Campos, Germán, J., "Manual de la Constitución Reformada", T II, Ediar, Bs. As., 1997, pág.107.

<sup>6</sup> Carnota Walter F. y Maraniello Patricio A., "Derecho Constitucional", LL, 1° ed. Bs. As., 2008, pág. 92.

<sup>7</sup> Art. 14 bis CN.

<sup>8</sup> Bernabé Chirinos, "Tratado de Derecho de la Seguridad Social", T. II, pág. 118.

a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”<sup>9</sup>.

Por su parte la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece: “1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez entre otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derechos a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”<sup>10</sup>.

En lo concerniente al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>11</sup>, se insta que “Los Estados Partes [...] reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, y dispone diferentes medidas para el cumplimiento de ello<sup>12</sup>.

La Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial<sup>13</sup>, expresa que “Los Estados Partes se comprometen a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los siguientes derechos: [...]; IV) el derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales”<sup>14</sup>.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>15</sup>, al hablar de la igualdad entre hombres y mujeres, dispone<sup>16</sup> el acceso a la mujer al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de familia; y en el artículo

---

<sup>9</sup> Artículo X. Derecho a la preservación de la salud y al bienestar.

<sup>10</sup> Art. 25

<sup>11</sup> Ratificado por Ley N° 23.313

<sup>12</sup> Art. 12

<sup>13</sup> Ratificada por Ley N° 17.772

<sup>14</sup> Art. 5°

<sup>15</sup> Ratificada por Ley N° 23.179

<sup>16</sup> Art. 10, inc. h

siguiente, al hablar de las medidas a tomar en el campo laboral para eliminar toda discriminación, le reconoce a la mujer los mismos derechos que al hombre, entre los cuales menciona, el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción<sup>17</sup>.

Asimismo, establece “Los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre los hombre y las mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”<sup>18</sup>, garantizándole “servicios apropiados en relación al embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”<sup>19</sup>.

Por último, la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>20</sup>, establece: “Los Estados Parte reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”. Asimismo, aseguran que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios y diferentes medidas a fin de garantizar esos derechos<sup>21</sup>.

En síntesis, el programa trazado por los tratados, en la materia que nos ocupa, está formado por medidas de protección y preservación de la salud; de garantía de nivel de vida adecuado para asegurar la salud; de garantía de igualdad y no discriminación para el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y el derecho a la “salud pública y asistencia médica”: de información para contribuir a asegurar la salud; de reconocimiento del disfrute del más alto nivel de servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud, a través de los seguros sociales<sup>22</sup>.

A fin de completar esta idea en torno a la visión sobre el derecho a la salud reflejada en los tratados internacionales, no puede dejar de mencionarse

---

<sup>17</sup> Art. 10 inc. f

<sup>18</sup> Art. 12

<sup>19</sup> Art. 12 inc. 2

<sup>20</sup> Ratificada por Ley N° 23.849

<sup>21</sup> Punto 2.

<sup>22</sup> Conf. Bernabé Chirinos, ob. cit., T. II, pág.119/120.

la Observación General -OG- 14 del CESCR<sup>23</sup> “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”<sup>24</sup>, a través de la cual, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU –DESC–, ha puntualizado que el derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado parte<sup>25</sup>:

- **Disponibilidad:** cada Estado parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. Los servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS.

- **Accesibilidad:** los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: i) no discriminación; ii) accesibilidad física; iii) accesibilidad económica (asequibilidad); y iv) acceso a la información.

- **Aceptabilidad:** todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir, respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.

- **Calidad:** los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado,

---

<sup>23</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Organización de las Naciones Unidas

<sup>24</sup> Del 11/08/2000, en referencia al Art. 12 del PIDESC

<sup>25</sup> Apartado 12

medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

No parece ocioso recordar que, el derecho a la salud, al igual que todos los derechos humanos, impone al Estado 3 tipos de obligaciones, a saber:

*Respetar:* por cuanto los Estados deben abstenerse de toda medida que impida a la población satisfacer su derecho. A veces, para respetar, sólo basta que el gobierno se abstenga de ciertas prácticas, como por ej. emisión de gases tóxicos por parte de empresas estatales, o negarse a la firma de un tratado de comercio que encarezca medicamentos o abstenerse de torturar o maltratar presos/as.

*Proteger:* Aquí los gobiernos deben prevenir toda posible violación a los derechos no solo de sus agentes sino de posibles terceras partes, como consorcios, empresas, grupos multinacionales, etc. También deben crear mecanismos administrativos, legislativos o judiciales, para garantizar que una persona cuyos derechos han sido violados puede tener defensa. Ej. El derecho a la salud se vería protegido si el Estado impide que suban arbitrariamente los precios de los medicamentos, de manera que las personas de ingresos bajos pudieran continuar adquiriéndolos.

*Cumplir:* Esta obligación es netamente positiva e intervencionista. En esta categoría se plantean cuestiones de gastos públicos, reglamentación gubernamental de la economía, regulación del mercado (construcción de hospitales y centros de salud, fabricación, provisión y/o compra de medicamentos, provisión de alimentos básicos para evitar muertes por malnutrición, subsidios para viviendas sanas, garantizar la eliminación de residuos domiciliarios, agua potable, vestimenta, etc.) provisión de servicios públicos e infraestructuras afines, políticas de subsidios y otras obligaciones positivas.

El art. 75 inc. 22 de la CN establece la jerarquía constitucional del PIDESC<sup>26</sup>, el cual estipula el derecho a la salud con un contenido y alcance más específico, refiriendo a las obligaciones asumidas por el Estado.

Vale destacar que, el Pacto no obliga a que el Estado se haga cargo de toda cobertura, basta para cumplir la obligación “que toda persona pueda

---

<sup>26</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

acceder a servicios de salud”, teniendo en cuenta si fuera necesario, su capacidad contributiva, dada la finalidad de equidad que caracteriza el paradigma del derecho social.

Es por ello que el nivel de cobertura queda librado a la determinación política y a la discrecionalidad de cada Estado parte para la formulación y ejecución de sus políticas públicas en la materia.

El Pacto fija los objetivos que deben ser alcanzados por los Estado, mientras la discrecionalidad de estos radica, en la selección de los medios con los cuales cumplirá esas metas.

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha hecho una importantísima valoración respecto del derecho a la salud y su vinculación con el derecho a la vida, siendo su doctrina plasmada en algunos de los fallos que se mencionan a continuación.

Así el Tribunal Supremo dijo que “la vida de los individuos y su protección —en especial el derecho a la salud— constituyen un bien fundamental en sí mismo que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal (art. 19, Constitución Nacional). El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Constitución Nacional, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él. A su vez, el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de la autonomía personal (art. 19, Constitución Nacional), toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida -principio de autonomía-. A mayor abundamiento, el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22, Constitución Nacional), entre ellos, el art. 12 inc. c del PIDESC; inc. 1º arts. 4º y 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- e inc. 1º del art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva”<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Conf. “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986”, del 01/06/2000, Fallos: 323:1339

Con idéntico criterio, en “Campodónico de Beviacqua” la Corte Suprema expresó “que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes). Que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), ha reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud —comprendido dentro del derecho a la vida— y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga”.<sup>28</sup>

Los mismos parámetros fueron sentados en los casos que siguieron – “Etcheverry, Roberto Eduardo”<sup>29</sup>; “Hospital Británico”<sup>30</sup>; “Monteserín, Marcelino”<sup>31</sup>; “Ramos, Marta Roxana y otros”<sup>32</sup>; “Peña de Márques de Iraola, Jacoba María”<sup>33</sup>; “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta”<sup>34</sup>, entre otros muchos casos que llegaron al Tribunal Supremo.

Siguiendo estos lineamientos, la Corte ha erigido una suerte de doctrina sobre la materia, que permite establecer una serie de principios por los cuales, a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional se reconoce el derecho a la preservación de la salud, siendo obligación impostergable del Estado Nacional su tutela y garantía mediante acciones positivas, en aras de lograr progresivamente la plena efectividad de este derecho.

---

<sup>28</sup> Conf. Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas. 24/10/2000 - Fallos: 323:3229.

<sup>29</sup> Fallos: 324:677

<sup>30</sup> Fallos: 324:754

<sup>31</sup> Fallos: 324:3569

<sup>32</sup> Fallos: 325:396

<sup>33</sup> Fallos: 325:677

<sup>34</sup> Fallos: 326:4931

El Supremo Tribunal ha dicho que “el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional. El hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente-, su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental.”<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> Fallos 329:1638 “Reynoso, Nilda Noemí c/INSSJyP”, sent. del 16-05-06