



PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

Esta obra ha sido publicada bajo la licencia Creative Commons  
Reconocimiento-No comercial-Compartir bajo la misma licencia 2.5 Perú.

Para ver una copia de dicha licencia, visite  
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/pe/>



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU**



**ESCUELA DE GRADUADOS**

**“Protección Constitucional del Derecho a la Salud Mental y su Aplicación  
en el Caso de los Afectados por el Conflicto Armado Interno”**

**TESIS PARA OPTAR AL GRADO ACADEMICO DE MAGISTER EN  
DERECHO CON MENCION EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**Presentada por:  
María Roxana Castellón Torrico**

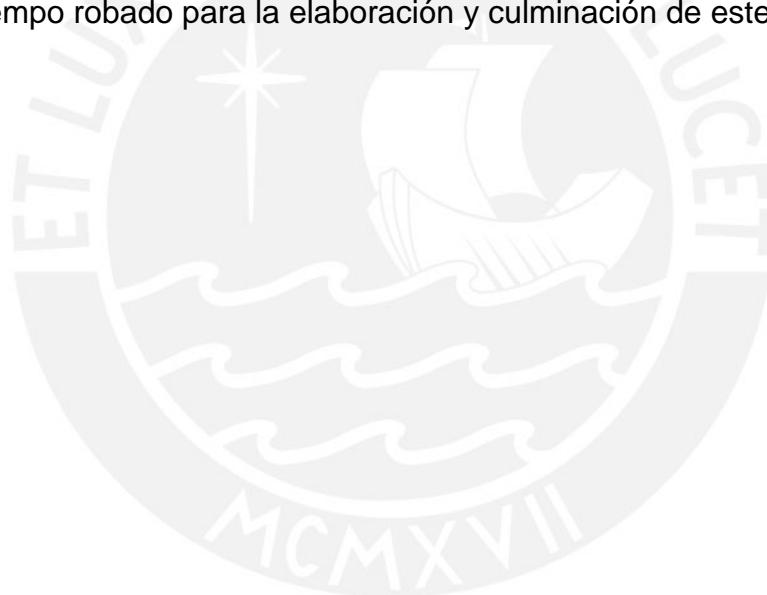
**Lima, 2006**

A David y Andres, con amor...



## AGRADECIMIENTOS

A todas aquellas personas que de una u otra forma, colaboraron o participaron en la realización de esta investigación, hago extensivo mi más sincero agradecimiento. En especial agradezco a la doctora Elizabeth Salmón, por su tiempo y valiosa asesoría en la absolución de mis consultas, a mi familia por su aliento incondicional, su comprensión y por el tiempo robado para la elaboración y culminación de este trabajo.



## INDICE

### **CAPITULO 1**

#### **EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LOS DERECHOS SOCIALES**

1.1	Estado de Derecho	1
1.2	Estado Liberal de Derecho	5
1.2.1	Derechos Liberales Clásicos	8
1.2.2	Derechos Liberales Clásicos como Derechos Públicos Subjetivos	11
1.3	Estado Social de Derecho	13
1.3.1	Estado Democrático y Social de Derecho	21
1.3.2	Armonización del Estado Social de Derecho y el Estado Democrático de Derecho	26
1.4	Estado Social de Derecho y naturaleza jurídica de los Derechos Sociales	27
1.5	Diferencia Artificial entre los Derechos Liberales Clásicos y los Derechos Sociales	35

### **CAPITULO 2**

#### **SITUACION DEL DERECHO SOCIAL A LA SALUD EN PERU**

2.1	Introducción Histórica del Derecho a la Salud	41
2.2	Consagración Constitucional del Derecho a la Salud	44
2.3	El Derecho a la Salud en la Constitución Política: Contenido y Alcance	46
2.4	Derecho a la Salud un Derecho Fundamental	54

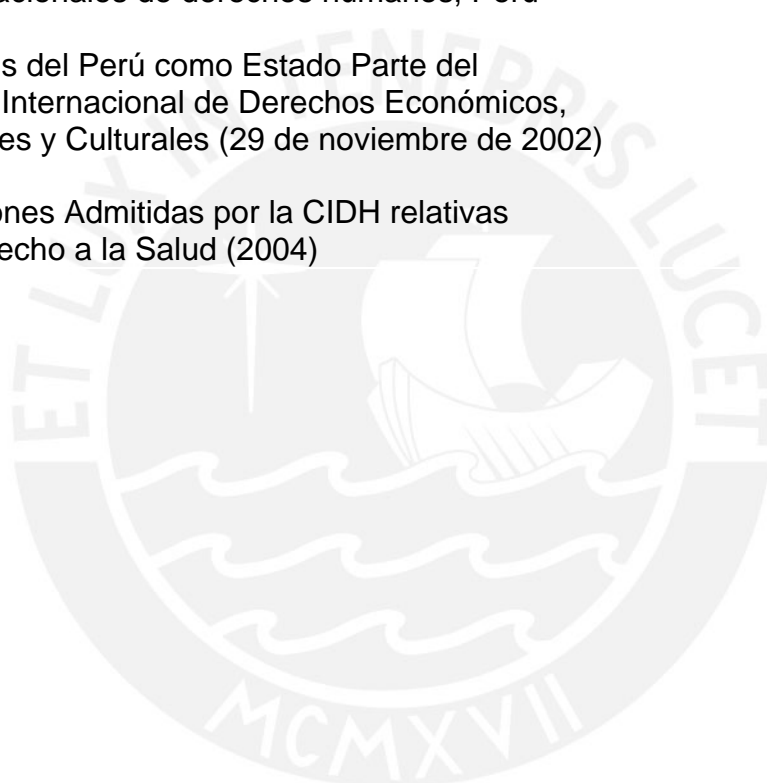
### **CAPITULO 3**

#### **SALUD MENTAL – UN DERECHO RECONOCIDO Y PROTEGIDO**

3.1	Reconocimiento de la Salud Mental como un Derecho Humano Fundamental y Desarrollo de su Protección	60
3.1.1	Definición de Salud Mental	62
3.1.2	Ampliando el Concepto de Salud Mental	65
3.2	Desarrollo de la protección del Derecho a la Salud Mental como un Derecho Humano	68

3.2.1	La Comisión de Derechos Humanos	70
3.2.2	El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	71
3.2.3	El Sistema Regional de protección a los Derechos Humanos	75
3.3	Obligaciones internacionales del Perú en materia del Derecho a la Salud Mental	82
3.3.1	Obligaciones Internacionales del Perú de acuerdo a los Tratados Internacionales	82
3.3.2	Criterios de Evaluación: Disponibilidad, Accesibilidad, Aceptabilidad, Calidad	84
3.4	Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en la Constitución y su Aplicación	88
<b><u>CAPITULO 4</u></b>		
<b><u>PROTECCION CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA SALUD MENTAL DE LOS AFECTADOS POR EL CONFLICTO ARMADO INTERNO</u></b>		
4.1	El Derecho a la Salud mental presentado por la Comisión de la Verdad y Reconciliación	95
4.1.1	Los Efectos del Conflicto Armado Interno en la Salud Mental: secuelas de la violencia política	96
4.1.2	Violaciones al Derecho a la Salud Mental reveladas por la Comisión de la Verdad y Reconciliación	99
4.1.3	El Derecho a la Reparación	100
4.2	El Plan Integral de Reparaciones (PIR)	103
4.2.1	El Programa Integral de Reparaciones (PRI) y Salud Mental	104
4.2.2	Implementación de las recomendaciones de la CVR	106
4.2.3	La nueva Ley del Plan Integral de Reparaciones	110
4.3	El Amparo como Protección al Derecho a la Salud Mental de los afectados por el Conflicto Armado Interno	111
4.3.1	El Contenido Constitucionalmente Protegido del Derecho a la Salud Mental	116
4.3.2	La Subsidiaridad Del Amparo	117
4.3.3	Prescripción	118
4.3.4	Titulares de la Acción	119

<b><u>CONCLUSIONES</u></b>	122
<b><u>BIBLIOGRAFIA</u></b>	124
<b><u>ANEXOS</u></b>	
1. Oficina de la Alta Comisionada de Derechos Humanos Estatus de los principales instrumentos Internacionales de derechos humanos, Perú	134
2. Estatus del Perú como Estado Parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (29 de noviembre de 2002)	136
3. Peticiones Admitidas por la CIDH relativas al Derecho a la Salud (2004)	137



## INTRODUCCION

La presente tesis titulada “Protección Constitucional del Derecho a la Salud Mental y su Aplicación en el Caso de los Afectados por el Conflicto Armado Interno”, tiene como finalidad presentar los resultados y conclusiones obtenidos por la tesista en base a un estudio jurídico que permite caracterizar el *amparo* como un recurso de importancia y necesidad fundamental para poder hacer exigible el Derecho a la Salud Física y Mental. Para ello fue necesario considerar la actualidad jurídica, social y política de la nación con la finalidad de entregar una propuesta jurídicamente viable, que se sustenta en la doctrina y la jurisprudencia disponibles.

El tema de salud mental ha ganado más atención en los años recientes gracias al trabajo de la Comisión de Verdad y Reconciliación (CVR), establecida el 2001 por el gobierno de transición a fin de apoyar al país a enfrentar el pasado con la finalidad de construir un futuro nuevo. En este contexto de transición democrática, la necesidad de atender las secuelas de las personas psicológicamente y mentalmente afectadas como resultado del Conflicto Armado Interno ha sido considerada por la CVR como un paso indispensable para la recuperación del país. De hecho, la CVR dedicó un capítulo entero al tema de secuelas psicosociales en su Informe Final publicado en agosto de



2003, y también incluyó en su Plan Integral de Reparaciones (PIR) un componente a la atención en salud mental.

Sin embargo después de dos años de la publicación de las recomendaciones de la CVR todavía hay una carencia significativa que no sólo consiste en la disponibilidad y accesibilidad a la atención de salud mental para la población afectada, sino también en una falta de voluntad política de parte del gobierno central a dar prioridad a este tema.

Esta situación refleja una tendencia histórica del Gobierno de no priorizar la salud mental en la agenda nacional aunque la Constitución lo reconozca como derecho. Simplemente, no ha habido una política consistente sobre salud mental, una ley nacional sobre salud mental, ni una oficina de salud mental reconocida en el plan orgánico del MINSA, ni tampoco un presupuesto consistente y adecuado para cubrir los costos de programas en salud mental. Si bien estos índices muestran una falta de compromiso por parte del Gobierno en cuanto a salud mental, también se evidencia que el Estado Peruano ha venido fallando en establecer los prerequisites básicos de proteger el derecho de salud mental de los ciudadanos en general. Sin embargo el Tribunal Constitucional ha avanzado en la tutela de este Derecho Constitucional.

En los últimos años se ha empezado a prestar más atención al Derecho a la Salud Mental, centrándose en cómo debe protegerse el Derecho de la Salud Mental mayormente con relación a los discapacitados, las enfermedades mentales, los refugiados y desplazados, pero muy poco con enfoque en poblaciones afectadas por conflictos armados internos que todavía se encuentra en su lugar de origen.

Por tal razón, el tema de salud mental para los afectados hasta la fecha tiene poca prioridad entre los tomadores de decisiones con la consecuencia de un marco de políticas y estándares débiles e inarticulados.

Considerando estos antecedentes, la experiencia del Perú proporciona un ejemplo importante de la forma como un país post-conflicto puede cumplir con su obligación de garantizar y tutelar el Derecho a la Salud Mental de los afectados. En particular, de cómo el derecho a la reparación puede convertirse en un vehículo para llevar beneficios a la salud mental que también corresponde con el derecho a la salud mental.

Es decir, si bien el marco jurídico de reparación no es igual que el marco del Derecho Social de Salud Mental, surge una relación interesante entre los dos. Por ejemplo, mientras en el Conflicto Armado Interno muchos de los actos y omisiones del Estado resultaron no sólo una violación grave de los Derechos Civiles y Políticos y del Derecho Internacional Humanitario, sino también indirectamente del Derecho a la Salud Mental, aunque la CVR nunca lo articuló como una violación *per se* de la salud mental. Sin embargo, la respuesta a estas violaciones se debería traducir en indemnizaciones, restituciones y otras medidas intentando reponer el estado anterior a la violación, es decir, recuperar la salud mental.

En este sentido, la hipótesis del presente trabajo es que si el Derecho a la Salud Física y Mental como un Derecho Social, puede ser también inmediatamente exigible como los Derechos Liberales Clásicos, a través del amparo, para lograr la tutela efectiva de este derecho acorde con la realidad

que se presenta en el mundo contemporáneo. De esta manera, en busca del perfeccionamiento del proceso de amparo, se propone que el amparo sirva como un canal de exigibilidad y justiciabilidad del Derecho de la Salud Mental.

Es así que, la investigación analiza la justiciabilidad del Derecho a la Salud, entendida como la posibilidad de reclamar ante un Juez o Tribunal de Justicia el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de este derecho. Considerar la salud mental como derecho es posible si el titular/acreedor, en este caso los afectados por el conflicto armado interno, están en condiciones de producir, mediante demanda, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación generada por el derecho, la condición de justiciabilidad requiere identificar las obligaciones mínimas del Estado Peruano en relación con el Derecho Social a la Salud y es quizá el principal déficit del Derecho Constitucional.

Para la comprobación de la hipótesis planteada, se aplicó una metodología inclusiva de métodos descriptivos, cuantitativos y cualitativos, procediendo a una revisión amplia de la realidad tanto como el debate y diálogo actual que se vienen realizando para la justiciabilidad constitucional del Derecho a Salud y Salud Mental en el ámbito nacional e internacional, así como, la doctrina y jurisprudencia referente a esta área de derechos sociales.

Específicamente se identificó la visión de las tendencias nacionales así como de otros países, y las experiencias locales en cuanto a la justiciabilidad constitucional del Derecho a la Salud en general y el Derecho a la Salud Mental de los afectados por el Conflicto Armado Interno, en particular. Esto se constituye en el procedimiento más provechoso para alcanzar un conocimiento integral, ya que una orientación "multimetodológica", es importante para asegurar la fiabilidad y validez del estudio.

Las etapas de desarrollo del estudio están ligadas al análisis del marco constitucional y la política pública del Derecho a la Salud mediante el análisis de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional peruano, las posiciones de otros Tribunales Constitucionales, la Ley de Salud, las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (CDESC).

Las fuentes incluyen a las instituciones nacionales como el Tribunal Constitucional y sus precedentes con relación al Derecho a la Salud y Salud Mental, y a las instituciones internacionales y sus opiniones, principios y resoluciones.

El presente trabajo está distribuido en cuatro capítulos. El objetivo del primer capítulo consiste en presentar un análisis del proceso del Estado Social de Derecho, proceso que se manifiesta a través del reconocimiento de los Derechos Sociales. De este modo, se realiza un análisis de dicho proceso y su impacto en el reconocimiento del Derecho a la Salud Física y Mental, y las obligaciones estatales generadas por este derecho. De esta manera, bajo una perspectiva histórica, social y jurídica, se presenta los elementos que dieron origen al surgimiento del Estado de Derecho y su transformación en Estado Liberal de Derecho y el reconocimiento de los Derechos Liberales Clásicos como derechos públicos subjetivos. Luego, se analiza la transformación del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho y el reconocimiento de los Derechos Sociales, deteniéndose en la armonización del Estado Social de Derecho y el Estado Democrático de Derecho, fórmula asumida por la Constitución Política de 1993. Por último, con el fin de demostrar que la categorización de estos derechos, más que responder a una diferenciación

conceptual, es una clasificación ligada al momento histórico, se realiza un análisis del cumplimiento de obligaciones tanto negativas como positivas del Estado para la garantía de ambos derechos.

Establecida la diferencia artificial entre los Derechos Liberales Clásicos y los Derechos Sociales, en el segundo capítulo el objetivo principal consiste en definir la situación del Derecho Social a la Salud, centrándose en la protección jurídica directa de los Derechos Sociales consagrados constitucionalmente. Para ello se aborda el origen, desarrollo y estado de evolución del Derecho a la Salud dentro del constitucionalismo social. Asimismo, se presenta la aparición del reconocimiento del derecho a la salud y su evolución en el constitucionalismo peruano. Por último, se analiza el contenido y alcance del Derecho a la Salud como un derecho fundamental y el amparo como un mecanismo de exigibilidad para lograr la tutela efectiva del Derecho a la Salud.

En el tercer capítulo se aborda el tema del reconocimiento y la protección del Derecho a la Salud Mental de acuerdo a los estándares y criterios establecidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), y la Comisión de Derechos Humanos (CDH). Para ello se analiza los diversos tratados, principios, resoluciones e informes internacionales, así como jurisprudencia del Sistema Interamericano que ha desarrollado el Derecho a la Salud Mental. Asimismo, se analiza los deberes específicos que deberá asumir el Estado con respecto al Derecho a la Salud, tales como el deber de garantizar el Derecho a la Salud, el deber de prevenir las violaciones a este derecho humano, el deber de investigar y sancionar a los responsables por la comisión de violaciones al Derecho a la Salud, y el deber de reparar adecuadamente a la víctima y/o sus familiares. Es en base a estas obligaciones se esboza una definición del

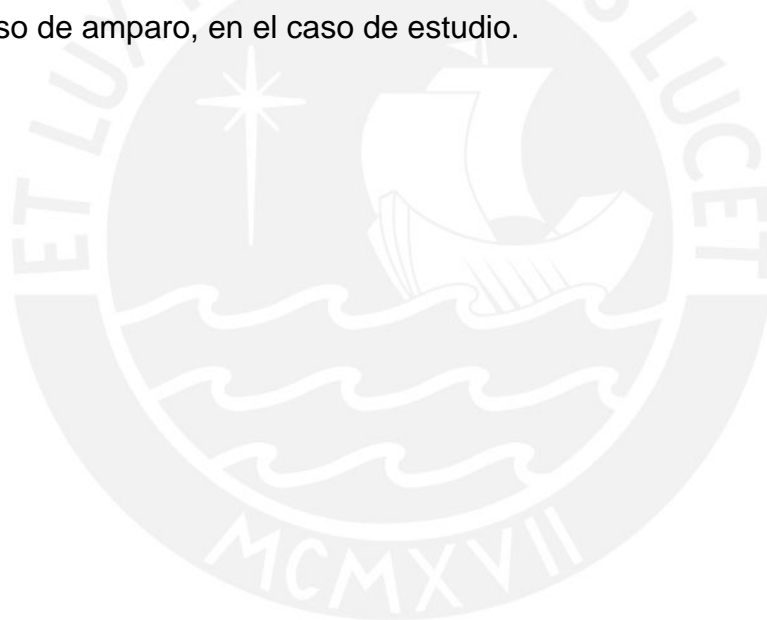
Derecho a la Salud Mental. A la construcción de esta definición se añade a su vez la vinculación inherente con otros derechos humanos, que se fundamentan en el Derecho a la Salud. Como corolario, se plantea la aplicabilidad de las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos y las obligaciones internacionales del Perú, y la importancia de la integración del Derecho Internacional con el Derecho Nacional al constituirse en fuente del derecho.

En el cuarto capítulo se expone la inmediata exigibilidad del Derecho a la Salud Mental a través del amparo en el caso concreto de los afectados por el Conflicto Armado Interno. Se ahonda así, en el papel que juega el Tribunal Constitucional en la protección del Derecho a la Salud Física y Mental, a través de sus decisiones. Asimismo, se realiza un análisis de los efectos del Conflicto Armado Interno en la Salud Mental, revelados por la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Asimismo, se plantea el derecho a la reparación y se analiza el Programa Integral de Reparaciones propuesto por la Comisión de la Verdad y Reconciliación y la nueva Ley del Plan Integral de Reparaciones aprobada por el gobierno. Por último, se realiza una propuesta sobre la viabilidad del proceso de amparo como garantía final de la efectividad de la realización del Derecho a la Salud Mental de los afectados por el Conflicto Armado Interno. Ello en el intento de afirmar que detrás de todo derecho, debe haber una acción judicial que posibilite su realización.

En cuanto a la terminología, se utiliza una propia del tema y aceptada con alcance internacional por los organismos mundiales relacionados con el medio; por lo tanto, se hace necesario identificarse con la terminología para poder comprender con mayor claridad la tesis en todos sus aspectos. Sin embargo, es importante y necesario acotar que los términos ‘Derechos Individuales’, ‘Derechos de Libertad’ y ‘Derechos Civiles y Políticos’ son utilizados como

sinónimos, al igual que 'Derechos Colectivos' y 'Derechos Sociales'. Asimismo, se ha utilizado el término 'Conflicto Armado Interno', adoptado por la Comisión de la Verdad y Reconciliación para referirse a 'Conflicto Armado No Internacional', denominación utilizada por el Derecho Internacional Humanitario a nivel internacional.

Por otro lado, al referirse a la exigibilidad del Derecho a la Salud, y más específicamente a la exigibilidad del Derecho a la Salud Mental, se alude a la justiciabilidad, más concretamente a su justiciabilidad constitucional a través del proceso de amparo, en el caso de estudio.



## CAPITULO 1

### EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LOS DERECHOS SOCIALES

El nacimiento del Estado Social de Derecho y el reconocimiento de los Derechos Sociales es el resultado de la convergencia de varios factores que se analizan a continuación.

#### 1.1 ESTADO DE DERECHO

Las sociedades humanas poco evolucionadas han tenido un derecho basado en un conjunto de reglas dirigidas a normar y regular las relaciones de convivencia entre sus miembros y de éstos con la autoridad política.

Se ha observado que en las sociedades primitivas las reglas imperantes eran las que dictaba la autoridad, ya sea esta el jefe guerrero, el supremo sacerdote o la



junta de ancianos. Conforme evolucionaron estas sociedades fueron produciendo un conjunto de reglas consuetudinarias que regulaban las relaciones entre sus miembros y la de éstos con la autoridad, y fueron integrando un orden normativo permanente de cumplimiento obligatorio y exigible por la fuerza de la autoridad. Sin embargo, en muchos casos la autoridad del jefe era tal que tenía la potestad aceptada por los miembros de la sociedad para cambiar e interpretar, e inclusive violar, las normas establecidas. (Jordán 1992, p 19-32).

Es así que, es a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX, nace la idea moderna de Estado de derecho, en el momento que las revoluciones demoliberales postulan la necesidad de superar el absolutismo monárquico mediante regímenes democráticos que, para proteger la libertad de los hombres, supeditarán el ejercicio del poder político al orden jurídico, principalmente a constituciones escritas. El sustento de esta concepción fue el respeto y protección de la dignidad de la persona humana. Estas ideas se recogieron en las monarquías constitucionales y en las repúblicas democráticas. (Cabo Martín 1993, pp. 269-282)

De esta manera, el concepto de Estado de Derecho se da paulatinamente dentro de un proceso. Inicialmente, en los orígenes del Estado Constitucional, el Estado de Derecho se manifestó en la exigencia de supeditar el ejercicio del poder político a un marco legal que fijara la estructura y las atribuciones de los órganos del Estado, los cuales sólo podrían actuar con base en facultades expresamente conferidas por el orden legal, en tanto que los particulares podían actuar en todo lo que no fuere prohibido por la ley. También, una idea central fue la necesidad de reconocer en el orden jurídico vigente un catálogo de libertades del individuo – los

derechos del hombre – que fueran un valladar contra el abuso de los poderes del Estado. (Pérez 2001, pp. 156-159)

Además, con el fin de evitar la concentración del poder, se estableció también la necesidad de dividir o separar el poder para que se repartiera en diversos órganos, generándose así mecanismos de frenos y contrapesos recíprocos.

Los autores clásicos de la teoría del Estado y el Derecho discutieron permanentemente el problema de las relaciones entre ambos. Ya decía George Jellinek en su conocida “Teoría General del Estado” que el derecho no es sino el mínimo ético que la sociedad precisa en cada momento de su vida para continuar su existencia. El derecho representa las condiciones de conservación de la sociedad, en tanto que estas condiciones dependan de la voluntad humana. De ahí que este autor afirmara que “el fin del Estado es fortalecer los intereses solidarios, individuales, nacionales y humanos en la dirección de una evolución progresiva y común”. Jellinek definió al Estado como la “Corporación formada por un pueblo, dotada de poder de mando originario y asentado en un territorio determinado” (1954, p. 135).

Otro autor clásico en este tema, Herman Héller, afirmó que el Estado es una realidad social, cultural y jurídica que está sometida a principios jurídicos suprapositivos, por lo que sin la forma del derecho no tendría poder ni legitimidad. Este autor definió al derecho como “un orden social establecido por la autoridad de la comunidad, a fin de limitar normativamente la conducta externa, es decir, la conducta social de los entes dotados de voluntad”. Como demócrata convencido,

Héller consideró al derecho como “el orden social establecido por el poder organizado de la comunidad soberana” (1985a, p. 146)

Hans Kelsen, otro gran clásico del siglo XX, subrayó la identidad de Estado y Derecho. Para él, el Estado y orden normativo son indispensables y consustanciales. (1959, p. 214).

Asimismo, Rodrigo Borja (1991, p. 308), señala que la característica fundamental del Estado de derecho es su entera sumisión a las normas jurídicas. Sólo así los derechos de las personas están garantizados y la sociedad puede parchar confiada y libre bajo el imperio de la ley, no de la arbitrariedad. A la certidumbre sobre los alcances y efectividad de la ley se le llama seguridad jurídica, por lo que este valor es deber primordial del Estado. Sin seguridad no florecen la libertad, la democracia y la justicia; sin seguridad no es posible el desarrollo de los pueblos. De ahí que la seguridad es el primer deber del estado.

De ahí que se puede definir que los elementos del Estado de derecho son una Constitución escrita como ley fundamental del orden jurídico, que garantice derechos básicos para los individuos, refiriéndose como garantías individuales a los ámbitos de libertad, de seguridad jurídica y de justicia; la integración democrática de los órganos superiores del Estado, mediante voto universal, directo y secreto de los ciudadanos, norma que se aplica a los órganos ejecutivos y legislativos y, en forma indirecta, por lo general, al Poder Judicial; el principio de legalidad respecto a todos los actos de autoridad, es decir, que la actuación del poder constituido debe estar ajustada al derecho; la separación o distribución de

las principales funciones del Estado (Legislativa, Administrativa y Jurisdiccional) en órganos diversos; y la existencia de tribunales independientes respecto de cualquier otro poder legal o fáctico.

Por último, el Estado de Derecho es un tipo de Estado. El Estado de Derecho es un concepto de teoría política, jurídica y moral. No cualquier Estado ni cualquier Derecho conforman un Estado de Derecho; únicamente, aquel Estado controlado por el Derecho y aquel Derecho legítimo (democrático). El principal rasgo del Estado de Derecho es el principio de legalidad también conocido como Imperio de la ley. El Estado de Derecho, además, es un Estado cuyo Derecho protege y garantiza determinados derechos y libertades que históricamente se consideran fundamentales y un rasgo característico es que dentro de sí, el Estado de Derecho mantiene una separación de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial.

Como bien se ha señalado, el Estado de derecho se identifica con un Estado regulado y limitado por la ley y, por tanto, su concepto se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto o totalitario, por ser de su naturaleza esencialmente un Estado en el que el poder está limitado y regulado jurídicamente, por lo que, el Estado de derecho comienza lógicamente e históricamente con el imperio de la ley, antes del control jurídico no hay Estado de derecho. Este concepto se desarrolla durante la época del liberalismo, que a continuación se expone.

## 1.2 ESTADO LIBERAL DE DERECHO

El Estado Liberal surgió como resultado de una crítica al Estado Monárquico Absolutista, de los siglos XVII y XVIII. Estado Monárquico- Absolutista, que estaba caracterizado porque el rey era el soberano, es decir, que por encima de su poder no había otro poder humano; porque el origen de su poder era de derecho divino, es decir, Dios y solamente Dios se lo otorgaba y sólo ante Él respondía. Porque concentraba todo el poder, es decir, el rey "hacía" la ley, el rey "aplicaba" la ley y el rey "interpretaba" la ley. Un Estado donde el soberano tenía concentrado todo el poder y tenía no sólo derecho sobre la vida, la libertad y la propiedad de todos sus súbditos, sino que además determinaba la vida económica. Pero, además el mercantilismo como teoría económica del Estado Absolutista afirmaba que la riqueza de las naciones se asentaba en el poder estatal y por tanto se configuró un sistema económico predominantemente estatista. (Anderson 1982, p. 24 y 24) De ahí que Bodino menciona en sus Seis libros de la República de fines del siglo XV: el rey tiene derecho a hacer y deshacer las leyes sin el consentimiento de sus súbditos. "El Estado soy yo" dirá el Rey Sol, Luis XIV, emblema del "Estado Absolutista" del siglo XV.

El primer desafío político al absolutismo ocurre en Inglaterra, con la Revolución Gloriosa (1688). Guillermo de Orange es coronado bajo la condición de que se someta a la *Petition of Rights* que le presenta el parlamento. Con ello se fijaban límites al poder regio. El "Estado liberal" aquí refigurado es precisamente poner un límite al poder del Estado para preservar las libertades individuales. El límite es el "límite de la ley". La ley ya no es producto de la voluntad de un príncipe que está *ab legibus solutus* como sentenciaba Bodino, sino de la voluntad, lo que Rousseau llamará "voluntad general", de los "individuos soberanos" expresada en el parlamento. Es así que nace la regla de la ley (*rule of law*). Ya el príncipe no estará, como en el absolutismo, por encima de la ley, sino será la ley la que estará por encima como gran límite del poder del Estado. Dos años después de la Revolución inglesa, John Locke publicará sus dos tratados sobre el Gobierno Civil, obra iniciadora del pensamiento liberal.

Este autor influenciará a los enciclopedistas franceses y los revolucionarios americanos. El Estado Liberal será producto de las luchas del individuo por arrebatar la soberanía concentrada en el déspota, es decir, por ganarle un mayor espacio al Estado. La Revolución Americana (1776-1787) y, finalmente, la Revolución Francesa (1789-1791), terminarán por disolver el Antiguo Régimen (*Ancien Régime*) e inaugurar el tipo de Estado contemporáneo. (Lucas 1955, p. 8 y ss.)

Entre los principales fundamentos del Estado Liberal se encuentran:

- La regla de la ley como producto de la voluntad general y como límite del poder del Estado. La nación es el único lugar de donde proviene toda soberanía, así lo han establecido Sieyès y también la Revolución Francesa.
- La Constitución, como gran pacto social que expresa aquella voluntad general, como límite de la ley, y a partir de la cual pueden sancionarse las leyes particulares. En aquélla quedan garantizados los derechos individuales frente al Estado y de los individuos entre sí.
- El principio de la generalidad de la ley, que impide privilegios y sienta el postulado de la igualdad de derechos.
- La separación y contrapeso de los poderes del Estado, que impide la reconstitución de un poder despótico de tipo absolutista. Con la Revolución inglesa se prefigura una primera división de los poderes entre Estado y gobierno, y entre rey y parlamento. Pero este principio no se presentará más acabadamente sino con Montesquieu, en *Del espíritu de las leyes* (1748) y las Revoluciones Americana y Francesa: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial. Particularmente, el gobierno será un fideicomiso de los

hombres privados, una mera instancia administrativa, será fiscalizado por el parlamento y será responsable ante la sociedad.

- La separación entre Estado e Iglesia, quedando abolido el Estado confesional y consagrándose el Estado liberal como un Estado secular.
- La delimitación de los espacios del Estado y la sociedad civil, es decir, de la frontera entre lo estrictamente público y la esfera privada de los individuos<sup>1</sup>.
- El antipaternalismo, por cuanto el individuo es independiente del Estado y debe proveer a su propia vida como sujeto racional. Esto es, con su actividad y en competencia con otros individuos; en igualdad de condiciones pero expresando y tolerando sus diferencias.

En consecuencia, el Estado liberal configurado con las Revoluciones Americana y Francesa será explicitado jurídicamente y será presentado como “Estado de Derecho”. La Constitución ampara y garantiza los derechos inalienables o imprescriptibles del individuo (de allí las “garantías constitucionales”) y una serie de libertades como la libertad de culto, de pensamiento, de expresión, de prensa, de asociación, de reunión, de movimiento, económica, y otros derechos fundamentales como el derecho a la propiedad y a ser juzgado por tribunales regulares.<sup>2</sup>

### 1.2.1 DERECHOS LIBERALES CLÁSICOS

---

<sup>1</sup> Uno de los principales aportes institucionales del período napoleónico fue la creación del Código Civil, es decir, el código de la sociedad civil, que más adelante será adoptado por muchos países.

<sup>2</sup> El Estado de derecho fue fundamentado filosóficamente por Immanuel Kant y Wilhelm von Humboldt a fines del siglo XV, y por Benjamin Constant a comienzos del XX, teniendo en este último siglo su mayor desarrollo jurídico. De los alemanes proviene la expresión *Rechtsstaat* para denotarlo. El término fue acuñado por Karl Welcker en 1813. El *Rechtsstaat* es una reacción contra el “Estado Policía” (*Polizeistaat*) dedicado a la felicidad de los súbditos. Además de Welcker fue desarrollado a lo largo del siglo XX por los juristas Robert von Mohl, Friedrich Julius Stahl, Kart von Rotteck y Rudolf von Gneist (Merquior 1997, p. 117 y ss.). A parte de los ya citados, establece una serie de otros principios como la jerarquía de las normas, la irretroactividad de la ley, entre otros.

El reconocimiento formal de los Derechos Civiles y Políticos, que para efectos de este trabajo se manejarán como sinónimos los conceptos “Derechos Liberales Clásicos”, “Derechos de Libertad” y/o “Derechos Individuales”, se dió con la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (Francia, 1789). Estos derechos fueron reconocidos en algunos países antes de que la comunidad internacional lo hiciera.

Los Derechos de Libertad conforman una especie de barrera fortificada frente a las eventuales arbitrariedades del poder. La libertad, la propiedad y la seguridad del individuo son las ideas básicas en torno a las cuales tales derechos se construyen.

Las libertades civiles, económicas y de pensamiento y las llamadas libertades-oposición, pertenecer a la *libertad*, son aquellas que establecen una especie de freno y que garantizan al individuo los derechos de discusión y de participación. A ellos pertenecen los llamados derechos políticos, las libertades de prensa, de reunión y de asociación. Por otro lado esta la *propiedad*, "ese derecho inviolable y sagrado", tal como la definió “La Declaración Universal de los Derechos del Hombre”. Además, la propiedad es el instrumento a través del cual se realiza adecuadamente la libertad individual. Por último, la *seguridad*, que es entendida como la protección que asegura el despliegue de la libertad y de la propiedad. La necesidad de seguridad sirve entonces de plataforma para el desarrollo de la protección jurídica sobre la que se construye la dogmática del Estado de Derecho.



Para la mayoría de los autores que sostienen la diferencia entre los Derechos de Libertad (Derechos Individuales) y los Derechos Colectivos (Derechos Económicos, Sociales y Culturales), manifiestan que cuando se trata de los Derechos de Libertad el Estado tendría obligaciones negativas o de abstención. Estas obligaciones negativas se agotarían en un no hacer por parte del Estado por ejemplo no aplicar penas sin previo juicio, no restringir la libertad de expresión, no interferir con la propiedad privada, no torturar, no censurar, etc. Por lo que, según su opinión, estas obligaciones negativas no requerirían solventarse con recursos del erario público.

Sin embargo, en la práctica ello no es así. Con Smith, se asigna un rol activo en la creación de las condiciones institucionales y legales para la consolidación, funcionamiento y expansión del mercado, con respecto a muchos otros derechos civiles y políticos: como el respeto de derechos tales como el debido proceso, el acceso a la justicia, el derecho de asociación suponen la creación de las condiciones institucionales por parte del Estado.

Aquellos derechos que pueden ajustarse a la característica de obligación negativa, es decir aquellos que requieren una limitación en la actividad del Estado a fin de no interferir la libertad de los particulares por ejemplo, la prohibición de detención arbitraria, la prohibición de violar la correspondencia y los documentos privados llevan una actividad estatal destinada a que otros particulares no interfieran esa libertad o la reparación del perjuicio una vez producida una interferencia indebida, de modo que la contra-cara del ejercicio de estos derechos este dada por el cumplimiento de funciones de policía, seguridad, defensa y justicia por parte del

Estado. El cumplimiento de estas funciones reclama obligaciones positivas, con la característica de la erogación de recursos, y no la mera abstención del Estado.

Por lo que, la estructura de los Derechos de Libertad (Derechos Civiles y Políticos) se caracteriza como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares. Por lo que, las diferencias entre Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales.

### 1.2.2 DERECHOS LIBERALES CLÁSICOS COMO DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS

Partiendo de los Derechos Civiles y Políticos clásicos del Estado Liberal de Derecho, todos son Derechos de Libertad, por tanto se podría decir que tienen carácter de Derechos Subjetivos<sup>3</sup>. Además, a partir del momento en que los derechos aparecen insertados en la normativa constitucional es que deberían constituirse en Derechos Subjetivos Públicos. La palabra "Público", ubica al hombre frente al estado, dentro del ámbito del derecho público. Estos derechos aparecen hacia fines del siglo XVIII, con el Constitucionalismo.

---

<sup>3</sup> Hace referencia a que lo subjetivo es lo propio de un sujeto, como es en el caso del hombre, nos estaría marcando de lo que le pertenece. Esta expresión viene en contraposición del "Derecho Objetivo".

Durante esta época, comienza la formulación de los Derechos de la Primera Generación, los Derechos Civiles y Políticos, los cuales en ese entonces fueron también denominados Derechos Públicos Subjetivos y Derechos Individuales. Es así que la universalización se funda especialmente en la difusión de estos principios, porque cada Estado fue introduciendo y formulando en sus constituciones los derechos del hombre. (Bidart Campos 1991, pp. 153-156.)

Por otro lado, la expresión Derechos Públicos Subjetivos (*die subjektive öffentlichen Rechte*) fue desarrollada en el lenguaje de la dogmática alemana del derecho Público a fines del siglo XIX, como una especificación del concepto más genérico de “Derechos Subjetivo”. Esta expresión se inicia como una respuesta a la terminología propia del iusnaturalismo, cuyo sentido se refería a algunos derechos del hombre que tenían una naturaleza estrictamente positiva. Derechos que se formulaban y tenían una validez jurídica al margen de cualquier connotación iusnaturalista, de modo que podrían tener exigibilidad como derechos sólo aquellas realidades jurídicas que el legislador había determinado que la tuviera.

Wilhelm Henke citado por Castillo (2005, p. 36), señala que con la expresión Derechos Públicos Subjetivos se quería significar a aquellos derechos que quedaban circunscritos al complejo de relaciones que existe entre el Estado y el ciudadano: El hombre tenía frente al Estado los derechos positivizados en la Ley, en primer lugar en la de mayor rango: la Constitución. En este caso, al ser derechos que se tienen frente al Estado, son derechos de autonomía, que resguardaban esferas de libertad individual de la persona, sobre las cuales el Estado no tenía poder de injerencia alguna. Si el Estado, o mejor dicho, cualquier

poder público intentaba o lograba penetrar cualquiera de esas esferas de libertad, el individuo tenía la posibilidad de invocar alguno de sus Derechos Públicos Sujetivos en defensa de su interés individual.

Dentro de esta línea, partiendo del concepto de que un Derecho Subjetivo es una facultad que se le reconoce al sujeto y que le otorga el poder de acción frente a las autoridades públicas para exigir su cumplimiento o un resarcimiento por su incumplimiento (Cabanellas de Torres 1998, p...), no se podría generalizar o universalizar una postura frente a si un determinado derecho es o no, en sí mismo, Derecho Subjetivo. Esto se considera así porque, dentro de los ordenamientos jurídicos contemporáneos la posibilidad de exigibilidad jurídica de los derechos está directamente relacionada con las prescripciones jurídicas positivas que al respecto recoja el propio ordenamiento.

Por lo que, para que un derecho sea un Derecho Subjetivo Público, no bastaría con ser positivizado en de la Constitución, sino habría que estudiar los mecanismos que garanticen el cumplimiento de ese derecho, tal como se desarrollará más adelante.

### 1.3 ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Lo que caracteriza a un Estado de Derecho es lo que permite definir al sistema constitucional. Con relación a ello, se pueden diferenciar cuatro tendencias significativas: la liberal, la social, la democrática y la cultural. A Inicios del siglo XX dominaba el constitucionalismo liberal que se forjó a todo lo largo del siglo

anterior. Las Constituciones de esa época estaban estructuradas en base a los Derechos de Libertad, Propiedad, Seguridad Jurídica e Igualdad, como bien se ha mencionado.

A nivel jurídico-político positivo en el constitucionalismo social que nace con las constituciones de Querétaro (1917) y de Weimar (1919)<sup>4</sup> se constató que el Estado Liberal de Derecho, al determinar una igualdad formal ante la ley produjo desigualdades económicas, desde un principio pudo notarse que las élites burguesas liberales trataron de limitar la participación política del *pueblo*; para ejercer los derechos políticos pusieron como requisitos la propiedad, la riqueza y hasta la raza. Así, la aparente perfección del Estado de Derecho escondía serias contradicciones. Hermann Heller (1985) vió claramente esta situación y propuso la transición del Estado Liberal (de Derecho) al Estado Social de Derecho.

De ahí que esta propuesta trae consigo que el movimiento obrero y la burguesía busquen alcanzar un equilibrio jurídicamente regulado. En otras palabras, se propone la viabilidad de un orden justo de la autoridad sobre la economía, particularmente mediante la limitación de la propiedad privada, la subordinación del régimen laboral al derecho, la intervención coercitiva del Estado en el proceso productivo y la traslación de la actividad económica del ámbito del derecho privado al campo del interés público.

---

<sup>4</sup> El constitucionalismo social apareció en la carta de Querétaro de 1917 y en la Constitución Alemana de Weimar de 1919. Fue ésta la que mayor influencia tuvo en Europa, mientras que la mexicana recibió mayor difusión en América Latina. Las tesis sociales de Weimar tuvieron resonancia en las sociedades industriales, sobre todo porque permitían hacer frente a las presiones obreras que encontraban inspiración en la revolución soviética. Las tesis mexicanas fueron más atractivas para quienes tenían que paliar la inquietud de las sociedades rurales.

Asimismo, para Heller el Estado de Derecho es el resultado provisional de un proceso de racionalización del poder conforme al cual se reivindica y fortalece a la burguesía. Progresivamente, empero, también los trabajadores, organizados en sindicatos y aún en partidos, logran establecer el “poder legislativo del pueblo”. Así, el económicamente débil procura, a través de una nueva legislación, “trabar” al económicamente poderoso y obligarlo a conceder mayores prestaciones.

Por otro lado, Zippelius (1987, p. 307) adopta el concepto “Estado Social Liberal” para caracterizar a la sociedad industrializada de Occidente donde se garantizan las posibilidades del desarrollo individual al mismo tiempo que se limita el egoísmo que perjudica la libertad del conjunto. En tanto que correctivo de las distorsiones del liberalismo, ese Estado Social debe intervenir siempre que la economía de mercado haga peligrar las condiciones mismas del mercado libre o pueda causar daños significativos a la economía nacional o al medio ambiente.

En síntesis, Herman Heller (1985, pp. 283 y ss.) y Elías Díaz (1969, pp. 125 y ss.) conciben al Estado Social de Derecho como una etapa de transición. Heller hacia el Socialismo y el segundo hacia el Estado Democrático de Derecho.

Mientras que, el concepto de Zippelius es más reservado, se refiere a una oscilación del desarrollo histórico entre el Estado de bienestar y el liberalismo a través del cual se evidencia el riesgo que enfrenta continuamente el Estado, que se traduce en reducir el umbral de la libertad, “sofocando así una necesidad elemental”, o extender los efectos de la libertad, “con lo cual abre la puerta a las posibilidades, gustosamente aprovechadas, de abusar de aquella”. Por eso,

concluye señalando que la inestabilidad de las formas del Estado liberal se origina en que “la libertad induce, una y otra vez, a abusar de ella”, y tal abuso conduce nuevamente a restringirla.

Por otro lado, Elías Díaz (1969, pp. 125 y ss.) observó tres puntos importantes que se deben tomar en cuenta cuando se trata del Estado Social de Derecho. El primero, que no todo lo que se denomina “imperio de la ley” es necesariamente Estado de Derecho. Esa manifestación puede ejemplificarse con la hipertrofia normativa de las dictaduras; el segundo, que el Estado Social de Derecho necesita de un poder “Ejecutivo fuerte”, capaz de hacer prevalecer el interés reivindicatorio de la sociedad y la aptitud intervencionista del Estado, sobre la vocación complaciente del parlamentarismo; y el tercero, que existe un evidente parentesco entre el Estado Social de Derecho y el Estado de bienestar. Este último en efecto, suele caracterizarse por la prestación creciente de servicios públicos de interés social como educación, vivienda, abasto, atención médica y asistencia social; un sistema impositivo progresivo; la tutela de los derechos urbano, obrero y agrario, y la redistribución de la riqueza.

Así mismo, la visión weimariana (o europea) del Estado Social de Derecho, lo identifica estrictamente con la clase obrera y con sus formas organizadas de lucha: el sindicato y el partido. La visión latinoamericana de la misma realidad, tiende a involucrar, como ya se mencionó en el párrafo anterior, a los sectores marginados de las ciudades y a los trabajadores agrícolas, la protección de cuyos intereses (muy difusos en el primero de los casos) apenas se produce con mediana efectividad por parte de organizaciones agrarias. De esta suerte el capítulo económico del Estado Social de Derecho en Europa y en Latinoamérica

se conforma por rubros diferentes: industrial y comercial en el primer caso, adicionado del urbano y agrícola en el segundo.

Con estas consideraciones, a los principios básicos del Estado de Derecho que señala Zippelius, deben sumarse dos más, que los complementen y que permiten encuadrar satisfactoriamente al Estado Social de Derecho: el principio de razonabilidad (la organización estatal debe tender a la integración y no a la estratificación de la sociedad), y el principio de equidad (la igualdad entre desiguales es meramente conjetural).

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el caso de los “cinco pensionistas” ha manifestado que:

El derecho a la pensión, como expresión del valor de igualdad, utiliza la técnica de la equiparación desde el punto de vista de los objetivos, y de la diferenciación, desde el punto de vista de los medios empleados; es decir, de tratar desigualmente a los desiguales, en base a un test de la razonabilidad. Tiene por finalidad equiparar al resto de personas que no están incluidas y no son titulares de este derecho.<sup>5</sup>

Cabe recordar que al igual que Kelsen (1982, p. 314 y ss.) cuestiona el concepto de Estado de Derecho, el de Estado Social de Derecho tampoco es admitido pacíficamente por la doctrina. Fortsthoft (1986, pp. 45 y ss.) ya argumentaba en 1961 que la relación entre Estado de Liberal de Derecho y Estado Social plantea

---

<sup>5</sup> EXP. N° 0050-2004-AI/tc (acumulados) de 03 de junio de 2005, párrafo 67.



serios problemas. Refiere que son dos Estados diferentes e incompatibles en el ámbito constitucional, indicando que, por una parte el Estado de Derecho tiene por eje un sistema de libertades, y por otra el Estado Social tiene por objeto un sistema de prestaciones. Este autor sustenta que la tendencia del Estado Social lleva a una expansión progresiva del poder organizado y a una dependencia creciente de la sociedad con relación a las prestaciones y a las acciones de distribución de la riqueza por parte de ese poder. Fortsthooff coincide en este punto, con la conclusión de Hayek (1945, pp. 32 y ss): el Estado Social acaba transformando al Estado Liberal de Derecho en un Estado totalitario.

Sin embargo, una década y media más tarde Fortsthooff (1986, pp 71 y ss.) matizó sus puntos de vista, aceptando que la presencia de instituciones democráticas podía atenuar la tensión entre los dos modelos de Estado, e incluso permitir su complementariedad. Esta conclusión se confirma parcialmente por las tendencias del constitucionalismo contemporáneo. En las constituciones de Colombia (a. 1º), Ecuador (a. a. 1º) y Paraguay (a. 1º), por ejemplo, aparece ya el concepto de Estado Social de Derecho; en las de Alemania (a. 28), España (a. 9.2), y Venezuela (a. 2), el principio social aparece acompañado por el democrático. Además, como ya se hizo referencia, el constitucionalismo social surgió con las Constituciones Mexicana de 1917 y Alemana de 1919, aunque no invocaron de manera expresa el término social. La naturaleza social de numerosas constituciones ha quedado implícita en su contenido, de la misma forma que ha ocurrido con el concepto mismo de Estado de Derecho.

Así como la lógica funcional del Estado se transforma en la ordenación de una estructura intervencionista y reguladora del orden social, se transforman los

valores propios del Estado con un enfoque principal en procura existencial de la población. Así, mientras que en la estructura del Estado Liberal Clásico los valores esenciales del Estado se concretaban en la garantía de la libertad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la propiedad, el Estado Social de Derecho busca esencialmente la potenciación de estos valores haciéndolos más efectivos para lo cual los dota de un nuevo contenido material estructurado sobre la base de que individuo y sociedad, antes que dos sistemas aislados, son partes de un todo de manera que “no pueden realizarse el uno sin el otro” (García-Pelayo 1984, p. 26).

Por lo que, el nuevo Estado social de derecho se sustenta en los valores de la justicia material y justicia distributiva, para lo cual pasa a ser un Estado fundamentalmente gestor (ya no sólo estado legislador) bajo el entendido de que la acción del Estado es lo único que logra asegurar la vigencia de los valores sociales; se trata pues de proteger los valores de la sociedad y a la sociedad misma *por* la acción del estado y no *de* la acción del Estado, como se planteara en el Estado Liberal de Derecho.

De ahí que para dar vivencia a estos valores, el Estado asume la garantía sobre la procura existencial que se extiende a todos los ciudadanos. Así, el Estado empieza a regular diferentes aspectos de la vida de los ciudadanos, especialmente en cuanto se refiere a la defensa del individuo frente a las contingencias económicas y sanitarias, ya que se entiende que sin una estabilidad mínima en estos aspectos, resulta casi imposible el pleno desarrollo de la vida humana en la sociedad contemporánea. Es aquí donde el Estado se convierte en garante, ya no sólo de los Derechos de Libertad tutelados por el Estado Liberal de

Derecho, sino de una serie de Derechos Sociales, incluyendo el Derecho a la Salud, cuya vigencia reclama una acción positiva de la administración con miras a proveer de los bienes y servicios necesarios para la plena efectividad de los mencionados derechos. La atención de una serie de prestaciones sociales tales como establecer un salario mínimo vital y que sea objeto de reajuste, la procura de lugares de trabajo y condiciones, la prestación del servicio educativo, la atención de las contingencias en salud, la atención a sectores desfavorecidos, la atención de discapacitados, la justa distribución de ingresos en todos los niveles, la eficacia del acceso a bienes culturales, entre otros, constituyen entonces los pilares de la intervención del Estado Social con miras a la procura existencial de la población. Dentro del contexto del Estado Social de Derecho, la garantía sobre un salario mínimos vital sujeto a reajuste asegura a los ciudadanos una participación mínima en los bienes económicos necesarios, y el conjunto de las prestaciones sociales, en materia de sanidad, educación, vivienda, acceso a la cultura, entre otros.

Ahora bien, una vez establecidos los fines del Estado Social de Derecho en el marco de la consecución de unos mínimos de justicia material para la población y de garantía de su procura existencial, cabe advertir que el modelo de actuación, esto es, la forma que adopten las políticas públicas tendentes a su consecución, puede ser variable conforme a las características propias de cada sistema político. De la misma manera, y dado que el carácter *social* del Estado se expresa realmente en la línea de acción política del mismo más que en su proclamación formal como tal, la consagración constitucional de la cláusula del Estado Social de Derecho no resulta indispensable para que tal fórmula irradie un determinado sistema político.

### 1.3.1 ESTADO DEMOCRATICO Y SOCIAL DE DERECHO

La expresión "Estado Democrático y Social" fue utilizada por primera vez durante la revolución de París de 1848 y un siglo más tarde la Ley Fundamental de Bonn (a. 28.1) de 1949, fue la primera disposición constitucional que incluyó el concepto de Estado democrático y social de derecho. En esta forma de Estado de derecho se incluyen la tutela del individuo y de sus derechos de participación política y las relaciones de clase, instituyendo mecanismos de distribución de riqueza a través del salario, del ejercicio de derechos colectivos y de un conjunto de prestaciones que atienden al bienestar.

En esta forma de Estado de derecho pretende alcanzar su máxima eficiencia y efectividad dotando a los derechos básicos del Estado de derecho (libertad, seguridad, propiedad privada e igualdad ante la ley) de una base y contenido material, a partir del supuesto de que la persona y la sociedad son entes recíprocos que no se los puede concebir en forma aislada o contradictoria.

Para García-Pelayo (1996, p. 26) no existe la posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real. Ello supone la existencia de un conjunto de principios que puedan fundamentar el sistema jurídico estadual, sustentar sus funciones e instrumentalizar las instituciones políticas.

Por otro lado, Hayek (1991, p. 43) señala que, siendo la dignidad humana el presupuesto de todos los derechos fundamentales, su reconocimiento es una condición para el ejercicio de la libertad, entendida como aquella condición humana según la cual ninguna persona se halla sujeta a coacción derivada de la voluntad arbitraria de los demás.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha manifestado que:

[E]xiste, pues, en el Estado social y democrático de derecho una estructura sustentada en la consecución de objetivos antes que en una reserva de actuaciones. Lo que el poder tiene de abstención opera en lo fundamental, respecto de los derechos individuales y políticos, lo que, en cambio, tiene de dinámico se reconduce al ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, y todo ello dentro de los imperativos expresamente reconocidos por la Constitución. Esta lógica permite considerar que así como el Estado incumple la Constitución cuando de la inobservancia de las prohibiciones frente a los derechos individuales y políticos se trata, de igual modo la incumple o la deja de lado cuando se abstiene de materializar las obligaciones que frente a los derechos sociales, económicos y sociales le impone el ordenamiento. La inconstitucionalidad, por tanto, puede ser motivada tanto por acciones como por omisiones de los poderes públicos, y queda claro que en cualquiera de ambas hipótesis, y dentro de lo ponderable de cada caso, se impone el correctivo por medio del proceso constitucional.<sup>6</sup>

Asimismo, lo que caracteriza a esta forma de Estado social y democrático de derecho es la vinculación entre los contenidos sociales y los concernientes al pluralismo. La participación ciudadana es indispensable tanto para ampliar los

---

<sup>6</sup> EXP. N° 1956-2004-AA/TC de 05 de octubre de 2004, fundamento 5.

derechos que corresponden al cuerpo social, cuanto para ejercer un efectivo control vertical sobre los órganos del poder. Un Estado que prescinde del pluralismo tiende aceleradamente al paternalismo, y de ahí a la adopción de formas dogmáticas de ejercicio de la autoridad.

La Constitución Política aprobada en 1993 mediante referéndum, promulgada a finales de ese mismo año y vigente desde el 1 de enero de 1994 establece que la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana (artículo 43°) y reconoce los derechos que la constitución garantiza, los de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad el hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno. (Artículo 3°)

El Tribunal Constitucional después de un análisis conjunto de los artículos 3° y 43° de la Ley Fundamental, ha concluido que, “el Estado peruano definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas de Estado social y democrático de derecho”.<sup>7</sup>

Es así que, hay dos condiciones necesarias para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, estas son la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley y se configuran en un marco de condiciones vitales mínimas y de una posición estadual vigilante a través de órganos autónomos y transparentes que promuevan el desarrollo del país en un marco de libre competencia e, igualmente, velen por el respeto de la dignidad de las personas.

---

<sup>7</sup> EXP. N° 0008-2003-AI/TC de 11 de noviembre de 2003, fundamento 10.

En el mundo de los valores, según Kant, todo tiene un precio o una dignidad. Lo que tiene precio puede ser sustituido por otra cosa equivalente. Es algo que tiene un valor relativo, condicionado, ya que existe simplemente como medio. Al contrario, aquello que no tiene valor relativo es superior a cualquier precio y no admite sustituto alguno. Es una *dignitas*. Se infiere, pues, que la dignidad es un atributo esencial de la persona, ser único que no tiene precio porque no admite sustituto ni equivalente alguno.

Siguiendo las raíces filosóficas kantianas, la *dignitas* de la persona humana no es una creación constitucional. Es un concepto a priori, preexistente a toda especulación, como la propia persona. La Constitución simplemente reconoce su existencia y lo transforma en un valor supremo del orden jurídico al afirmar que “[l]a defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad es el fin supremo de la sociedad y del Estado”. No se trata de un simple principio del orden jurídico. Por su carácter de valor supremo, es también un principio de orden político, social, económico y cultural. Se encuentra en la base de la sociedad y del Estado.

Como valor supremo, la dignidad es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución. Se proyecta sobre la totalidad del orden jurídico, sin que pueda reducirse o minimizarse a la defensa de los tradicionales Derechos Civiles y Políticos, sino que abarca también los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De ahí que la Constitución consagre en el artículo 7 que, “[t]odos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa”; en el

artículo 10º que, “[e]l Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”; en el artículo 13º que “[l]a educación tienen como finalidad al desarrollo integral de la persona humana” y en artículo 22º que “[e]l trabajo es un deber y un derecho, Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

Asimismo, el constitucionalista Cesar Landa Arroyo señala que:

La dignidad constituye la piedra angular de los derechos fundamentales de las personas y por ello es el soporte estructural de todo el edificio constitucional, tanto del modelo político, como del modelo económico y social. En tal sentido, fundamenta los parámetros axiológicos y jurídicos de las disposiciones y actuaciones constitucionales de los poderes políticos y de los agentes económicos y sociales, así como también establece los principios y a su vez los límites de los alcances de los derechos y las garantías constitucionales de los ciudadanos y de las autoridades.<sup>8</sup>

Por lo que, la dignidad humana no es un mero enunciado formal, sino es más bien un valor ético positivizado que convierte a todos los derechos constitucionales en normas eficaces de aplicación inmediata.

---

<sup>8</sup> LANDA Arroyo, Cesar (2000) “Dignidad de la Persona Humana” en Boletín mexicano de derecho comparado, N° 7, julio-diciembre 2002. En línea:  
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/7ard/ard/ard5.htm> (06 de septiembre de 2005).



### 1.3.2 ARMONIZACIÓN DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Las anteriores consideraciones demuestran que el significado de la fórmula Estado Social y Democrático de Derecho no está precisamente en el componente social, el componente democrático y/o el formalismo del Estado de Derecho tomados cada uno de ellos en forma aislada, ni tampoco en una simple agregación que no añadiría sentido nuevo a cada uno de ellos.

El significado de esta fórmula Estado Social y Democrático de Derecho está en la integración de los tres componentes vinculados entre sí, es decir el componente social, el componente democrático y el formalismo del Estado de Derecho, donde cada uno de ellos sin perjuicio de su propia autonomía está vinculado por los demás mediante relaciones de coordinación que, por un lado, establecen limitaciones a su desarrollo y, por el otro, amplían sus posibilidades de realización.

Es así que, los componentes del Estado social y democrático de derecho sólo cobran sentido y pueden ser comprendidos en una conexión e interdependencia, como sostiene García-Pelayo (1996, p. 104) “lo que dentro de la dialéctica de la triada signifique el Estado de Derecho en función de su conexión con el principio social y el principio democrático del estado”. El significado de esta fórmula sólo podrá comprenderse a través del análisis de cada uno de sus componentes y de sus relaciones.

#### 1.4 ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS SOCIALES

Se ha observado hasta aquí, que la existencia del Estado Social depende directamente de su eficacia material más que de su consagración constitucional, de lo cual se deriva que son sus características materiales y la vigencia de las mismas en un determinado sistema político lo que resulta más relevante. En este contexto, es el desarrollo de las políticas públicas tendentes a su consolidación, y con ellas, la eficacia de una serie de derechos sociales que garanticen la procura existencial de la población, las que en última instancia definen la existencia del Estado Social de Derecho.

El caso de la experiencia peruana nos demuestra cómo a partir de la formulación de una serie de cláusulas constitucionales que lo instituyen y desarrollan, los diferentes poderes públicos, entre ellos el judicial, se han dado a la tarea de materializar su eficacia. De allí deriva entonces la importancia de la definición o determinación de la naturaleza jurídica de la cláusula constitucional del Estado Social de Derecho y de los Derechos Sociales de prestación, y la posibilidad de exigibilidad jurídica de los mismos.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha manifestado que:

Queda, en todo caso, por reiterar que aunque la Constitución Peruana no consigne expresamente la existencia de un Estado social y democrático de derecho, el mismo es un concepto deducible de los preceptos que reconocen tanto el Estado democrático de derecho (artículo 3°) como el carácter de República Social (artículo

43°). La orientación democrática del Estado no supone, como a menudo se pretende, un componente exclusivamente político, sino elementos de variada connotación. Ello en tanto la Democracia, como valor, no sólo puede ser política, sino también social, económica, cultural y, por supuesto, ética. Por su parte, la denominada República Social no es otra cosa que una forma de gobierno que, además de sustentarse en el poder soberano del pueblo, apunta hacia el bienestar social como objetivo de toda decisión. De allí que la existencia del Estado social, bien que implícita, resulta inobjetable en sus alcances, siendo necesario un referente para toda decisión en la que sus componentes o elementos puedan encontrarse en entredicho.<sup>9</sup>

Asimismo, la formula del Estado Social y Democrático de Derecho que acoge la Constitución, implica que los poderes públicos habrán de garantizar a la persona una esfera de libertad, pero también las condiciones mínimas materiales de existencia sin las cuales no es posible vivir una vida digna, lo cual implica el deber de realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales. Su eficacia y preceptividad está condicionada a la existencia de recursos apropiados para su satisfacción, de modo que las obligaciones que asume el Estado respecto de ellos son de medio o comportamiento (libertades positivas). (Mesía 2004, p. 39)

Por lo que, la consagración del Estado social de derecho está indefectiblemente relacionada al reconocimiento de una serie de Derechos Sociales que en su mayoría son derechos de prestación, cuya eficacia va a depender de su viabilidad a través de la “asistencia” en términos de acción/prestación que al respecto ha de prestar el Estado. Así, la propia existencia del Estado Social de Derecho implica el cumplimiento de una serie de mandatos y deberes por parte del conjunto de los poderes públicos quienes deben llevar a cabo una intervención

---

<sup>9</sup> EXP. N° 1956-2004-AA/TC de 5 de octubre de 2004, fundamento 6.

finalista tendiente a la realización de la igualdad material de la población y a la eficacia de los derechos sociales, a través de acciones directamente relacionadas con la disposición de un determinado orden social y económico.

Estos derechos sociales, se traducen en el requerimiento de un dar o un hacer por parte del Estado persiguiendo el aseguramiento de determinadas condiciones de vida para todos. Como bien manifiesta Rivero (2000, pp. 41-42), el Estado Social de Derecho viene a ser tal en la medida en que se preocupa por procurar - mediante la eficacia de una serie de derechos sociales- a los individuos un mínimo de condiciones necesarias para una digna existencia, o lo que es lo mismo, un mínimo existencial que incluya los medios necesarios para poder desarrollar su existencia sobre un espacio social efectivo.

Es así que, el Estado se convierte entonces en agente distribuidor de bienes y servicios para lograr la igualdad material y la igualdad de oportunidades entre su población, y para que esto sea factible, es necesario el establecimiento de un modelo económico que permita hacer una reserva mínima que dirija los esfuerzos del Estado a la efectiva realización de estos Derechos Sociales para crear condiciones de igualdad y libertad reales. (Rivero 2000, p. 41)

Como se ha mencionado, la transformación del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho ha venido acompañada, en algunos casos, de la consagración constitucional tanto en la propia cláusula de Estado Social, como algunos derechos sociales propios de este tipo de Estado, dentro del marco de derechos económicos, sociales y culturales.

Siguiendo este proceso evolutivo del Estado de Derecho acompañado de la propia evolución del constitucionalismo contemporáneo hay que aceptar que una de las características del actual Estado de Derecho es su estructuración basada en una Constitución normativa. (García-Pelayo 1984, pp. 34-40) Es decir, habrá que aceptar que dentro de los Estados contemporáneos la Constitución es la norma fundamental del ordenamiento jurídico, siendo una norma jurídica y fuente de derecho con plena fuerza vinculante. (García de Enterraría 1983, p. 49).

En consecuencia, sólo si se coloca a la Constitución en la base de todo ordenamiento jurídico se podrá hablar de efectos vinculativos, y por lo tanto, se podrá estar ante una norma jurídica, una norma que somete efectivamente a sus destinatarios, y su cumplimiento puede ser sometido a control a través de mecanismos jurídicos o mecanismos políticos.

Se observa que la Constitución contiene disposiciones que llevan a concluir que se trata de una norma que esta llamada a regir de modo efectivo en cuanto vincula a sus mandatos, toda actuación de cualquier persona. Al respecto el artículo 38º señala que, “[todos los peruanos tienen el deber de (...) respetar, cumplir y defender la Constitución”. Dice *todos* incluyendo a gobernantes y gobernados.

Es así que, al aceptar este carácter normativo de la Constitución hay que preguntarse sobre el carácter normativo de los Derechos Sociales y las posibilidades de exigibilidad jurídica. En este campo, se puede mencionar que

dependiendo de la corriente doctrinaria que se siga, los derechos sociales consagrados constitucionalmente serán entendidos como plenos derechos, esto es como enunciados normativos con la fuerza vinculante que ello implica -e incluso, en algunos casos, como derechos subjetivos de aplicación directa, o como meros postulados programáticos.

Ante esta controversia, existen las corrientes que reconocen en las cláusulas constitucionales que consagran Derechos Sociales, son normas jurídicas de carácter plenamente vinculante y no meras normas programáticas o principios rectores de la políticas públicas. La postura de Zagrebelsky (1977, pp. 443-444) reconoce el carácter jurídico de los Derechos Sociales sin entrar a considerarlos como Derechos Subjetivos; a su entender, si bien es cierto que los Derechos Sociales no son iguales a los Derechos de Libertad, no lo es menos que estos derechos, más allá de un valor meramente político o ideológico, tienen un valor jurídico en cuanto a criterios de interpretación del sistema, cláusulas generales y cláusulas que determinan la inconstitucionalidad de las normas que les son contrarias, e incluso reconoce la posibilidad de valorarlos como Derechos Subjetivos.

Por lo tanto, a los derechos sociales consagrados constitucionalmente se les reconoce su carácter jurídico aún cuando resulte cuestionable la posibilidad de su exigibilidad directa. En este sentido, las reglas como los principios jurídicos constitucionales son normas jurídicas, y de que la Constitución, en tanto norma jurídica, consagra dentro de su articulado a unas y a otras.

Asimismo, Alexy (1993, p. 82-83 y 86) menciona que todo lo que forma parte del texto constitucional tiene valor normativo vinculante. Además señala que, la distinción entre reglas y principios, se centra en que mientras que las reglas son mandatos jurídicos de “todo o nada”, en la medida en que sólo pueden ser jurídicamente cumplidos o no, los principios son mandatos jurídicos de optimización, es decir, mandatos jurídicos que pueden ser cumplidos en diferente grado, pero ambos, esto es, reglas y principios, son normas en tanto que dicen lo que *debe ser*.

Ahora, la dificultad del reconocimiento de los Derechos Sociales se traslada del campo de su reconocimiento como norma jurídica, al campo de su aplicabilidad. La propuesta de Alexy (1993, p. 494) se centra, no en identificar cuales son los derechos sociales, sino mas bien en establecer cuales pueden ser y sus condiciones para su existencia.

Pérez-Luño (1998, p. 22 y 25) también comparte esta posición, señalando que el reconocimiento de Derechos Sociales, Económicos y Culturales en la Carta del Estado Social de Derecho se ha hecho inevitable en la medida en que “se ha adquirido conciencia de que el disfrute real de los derechos y libertades por todos los miembros de la sociedad exigía garantizar unas costas de bienestar económico que permitieran la participación activa en la vida comunitaria”. Por lo que según este autor, el reconocimiento de los Derechos Económicos Sociales y Culturales tiende entonces a “garantizar el pleno desarrollo de la subjetividad humana, que exige conjugar, a un tiempo, sus dimensiones personal y colectiva”.

Además, Pérez-Luño (1998, p. 209) sostiene que los Derechos Sociales positivizados en las constituciones serán siempre normas jurídicas de aplicación inmediata, y por ello mismo, hacen inconstitucional cualquier actuación contraria a su contenido, incluida la omisión legislativa injustificada en cuanto a su desarrollo se refiere.

Por tanto, los Derechos Sociales se ubican en la categoría "omnicomprensiva" de derechos fundamentales subjetivos, tras la constatación de que el disfrute real de los Derechos y Libertades de la población exige previamente la garantía de unos mínimos existenciales que le permitan una participación activa en la vida comunitaria.

Cabe resaltar que esta corriente no es la única, tal como se mencionó anteriormente, pues existe la doctrina que sustenta que, en contraposición a los Derechos Liberales Cásicos (Derechos de Libertad o Derechos Individuales), los derechos Sociales no son absolutos y se encuentran especialmente limitados por múltiples factores, entre ellos las costumbres y la opinión pública dominante en una determinada comunidad jurídica; igualmente, se plantea que para conseguir su eficacia jurídica real, los derechos sociales dependen de las posibilidades económicas de los Estados y no únicamente de su consagración positiva dentro de determinado ordenamiento jurídico.

Entre los autores que se encuentran dentro de esta segunda corriente se puede nombrar a Hesse (1983, pp. 26-27) quien señala que la posibilidad fáctica de realización de los contenidos constitucionales es determinante para establecer la



fuerza normativa de la Constitución, de manera que si la Constitución no tiene en cuenta la realidad posible carecerá tanto de carácter jurídico como de eficacia política. Según esta doctrina se considera entonces que los Derechos Sociales son derechos “relativos”, en contraposición a los Derechos de Libertad Clásicos que son derechos “absolutos”, toda vez que son derechos cuya realización depende de factores meta-jurídicos, esto es, de factores ajenos al derecho en tanto entidad jurídica, de manera que su eficacia no se puede asegurar jurídicamente. (García de Enterraría 1982, p. 98)

Siguiendo esta línea, también se considera la crítica de Stern (1988, pp. 263-264) a la Ley Fundamental del Bonn, quien argumenta que los Derechos Sociales como derechos fundamentales traería consigo más dificultades que ventajas, toda vez que los Derechos Sociales son estructuralmente diferentes a los Derechos de Libertad Clásicos en tanto que su garantía depende en gran medida del legislador o de las posibilidades presupuestarias estatales, de manera que no se podrá pretender su exigibilidad directa sin alterar los límites de la separación de poderes. Los Derechos Sociales, en este contexto, serían claro ejemplo de derechos de configuración legal que, de ser reconocidos como subjetivos, entrarían forzosamente en colisión con los Derechos Fundamentales de Libertad.

Bökenförde (1993, pp. 75 y 80) apoya esta doctrina, señalando que los Derechos Sociales, en tanto entidades jurídicas radicalmente diferentes a los Derechos de Libertad, no pueden ser tenidos como Derechos Fundamentales. Añadiendo que, si se aceptara la justiciabilidad constitucional directa de los Derechos Sociales el Estado de Derecho se convertiría en Estado Judicial.

Ahora bien, es importante considerar la caracterización entre los Derechos Sociales y los Derechos de Libertad, toda vez que la pretendida contraposición entre unos y otros es, generalmente, la base desde la cual se parte para la determinación de su naturaleza jurídica y para la asunción de una u otra posición frente a la misma. Polémica que merece atención y estudio pero sobrepasa los objetivos de esta investigación.

### 1.5 DIFERENCIA ARTIFICIAL ENTRE LOS DERECHOS LIBERALES CLÁSICOS Y LOS DERECHOS SOCIALES.

Como se ha podido observar de las corrientes doctrinarias expuestas anteriormente, existe una disputa sobre la naturaleza jurídica de los Derechos Sociales, y sobre todo, si estos derechos consagrados en la Constitución se constituyen o no en Derechos Subjetivos y por si cuentan con exigibilidad inmediata. Esta discrepancia se desprende, entre otras cosas, de una pretendida diferenciación entre los Derechos de Libertad y los Derechos Sociales.

Esta diferenciación se centra en establecer que mientras los Derechos de Libertad se caracterizan por el cumplimiento de “obligaciones negativas” por parte del Estado, es decir por obligaciones de no hacer o de no intervenir<sup>10</sup>, los Derechos Sociales se caracterizan por implicar el cumplimiento, por parte del Estado, de “obligaciones positivas”, es decir de obligaciones de dar o de hacer.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Por ejemplo en la obligación del Estado de no interferir en la libertad de expresión de los ciudadanos.

<sup>11</sup> Como es el caso de la obligación de prestar el servicio de asistencia sanitaria a la población.

Esta diferenciación entre los Derechos de Libertad y los Derechos Sociales, como se ha mencionado, se encuentra en la actitud que asume el Estado frente a cada uno de ellos. Respecto a los primeros, el Estado toma una postura meramente abstencionista, limitándose a vigilar que los mismos se ejerzan dentro de los límites previamente establecidos, mientras que en relación a los segundos, el Estado interviene activamente a través de políticas gubernamentales, programas sociales o reformas legales, con el objeto de satisfacer una necesidad pública.

En otras palabras, los Derechos de Libertad imponen al Estado una obligación de no hacer, es decir, le obligan a abstenerse de violarlos, en tanto que los Derechos Sociales conllevan obligaciones de hacer para el Estado; el Estado debe generar las condiciones necesarias para que el derecho social pueda ejercerse. (Mesía 2004, p. 29)

Los Derechos de Libertad se traducen entonces en derechos que son “gratis” ya que no le cuesta nada al Estado en la medida en que sólo exigen la abstención del Estado; mientras que los Derechos Sociales, por el contrario, son derechos costosos para su cumplimiento exigen erogaciones económicas por parte del Estado. Y dentro del enfoque de este estudio, se puede decir que los Derechos de Libertad son los derechos típicos del Estado Liberal de Derecho entendido como Estado mínimo, mientras que los Derechos Sociales se entienden vinculados al Estado Social intervencionista y preocupado por proveer a los ciudadanos una procura existencial.

A pesar de estas consideraciones, se observa que desde el tiempo de las doctrinas económicas clásicas como las de David Ricardo<sup>12</sup> o Adam Smith<sup>13</sup> se había planteado la necesidad de una interrelación entre uno y otro tipo de obligaciones, especialmente en materia de las garantías de la libertad de comercio, frente a las cuales se entendían que, además de la exigencia de la no intervención del Estado (obligación negativa), era necesario que el Estado cumpla con una serie de obligaciones positivas relacionadas con el establecimiento de seguridad, justicia y defensa que permitieran el ejercicio de esta libertad. (Santos 1991, pp. 175 y ss.)

Igualmente se puede señalar otra serie de Derechos Civiles y Políticos, que tradicionalmente se enmarcan dentro de los Derechos de Libertad, que para su eficacia es necesaria la intervención positiva del Estado mediante la creación de instituciones o la prestación de servicios específicos. En este sentido, se puede mencionar el Derecho a la Tutela Judicial, el mismo, además de implicar la existencia de juzgados y tribunales para la tramitación de los conflictos, exige,

---

<sup>12</sup> Economista británico que en su primer libro de teoría económica defendía el establecimiento de una unidad monetaria fuerte cuyo valor dependiera del de algún metal precioso. En su obra más importante, Principios De Economía Política y Tributación, Ricardo establecía varias teorías basadas en sus estudios sobre la distribución de la riqueza a largo plazo. Ricardo pensaba que el crecimiento de la población provocaría una escasez de tierras productivas. Defendió la teoría clásica del comercio internacional, subrayando la importancia de la especialización internacional y la libre competencia. Su teoría del valor trabajo, que influyó en el pensamiento de Carlos Marx, afirma que los salarios dependen del precio de los alimentos, que a su vez dependen de los costes de producción, los cuales dependen de la cantidad de trabajo necesario para producir los alimentos; en otras palabras, el trabajo es el principal determinante del valor.

<sup>13</sup> Economista y filósofo británico, que en su tratado "Investigación Sobre la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones", más conocido por su nombre abreviado la riqueza de las naciones (1776), constituyó el primer intento de analizar los factores determinantes de la formación de capital y el desarrollo histórico de la industria y el comercio entre los países europeos, lo que permitió crear la base de la moderna ciencia de la economía. En la riqueza de las naciones, Smith realizó un profundo análisis de los procesos de creación y distribución de la riqueza. Demostró que la fuente principal de todos los ingresos, así como la forma en que se distribuye la riqueza, radica en la diferenciación entre la renta, los salarios y los beneficios. La tesis central se explica la mejor forma de emplear el capital en la producción y distribución de la riqueza es aquella en la que no interviene el gobierno o lo que es lo mismo *laissez-faire laissez passer* y el libre comercio, según Smith, la producción y el intercambio de bienes aumenta, y por lo tanto también se eleva el nivel de vida de la población, el empresario privado puede actuar en libertad mediante una regulación mínima por parte del estado, estableció el principio de "la mano invisible" : al buscar satisfacer sus intereses, todos los individuos son conducidos por esa "mano invisible" que permite alcanzar el mejor objetivo social posible, por ello cualquier interferencia en la competencia entre los individuos por parte gubernamental será perjudicial.

como mínimo, la existencia de jueces y magistrados pagados por la administración y de letrados defensores de oficio que lleven las causas de aquellas personas que no cuentan con recursos económicos para costearse su defensa técnica, como requisitos esenciales para la garantía de los principios de juez natural y derecho de defensa.

Según Carlos S. Nino, incluso aquellos derechos se encuadran más claramente dentro de la exigencia de cumplimiento de obligaciones negativas por parte del Estado, como es el Derecho a la Legalidad de la Detención o Privación de la Libertad (la prohibición de la detención arbitraria) demandan el cumplimiento de obligaciones positivas por parte del Estado, como es el caso de la emisión de legislación que reglamente los supuestos de la detención, o la dirigida a los cuerpos de policía, seguridad y defensa, que encamina a que la privación de la libertad de los ciudadanos se lleve a cabo dentro de los parámetros establecidos para ello por el Estado. (Alexy 1989, p..) ¿??

De estas consideraciones, y habiendo visto que la garantía de los tradicionales Derechos de Libertad también implican prestaciones positivas a cargo del Estado, resulta argumentable la afirmación de que los derechos de libertad son derechos sin costo, que no suponen erogación alguna por parte de la administración.

Por otro lado, considerando el tipo de obligaciones estatales que se derivan de los Derechos Sociales, tampoco es razonable señalar que el Estado está solamente comprometido con obligaciones positivas o de carácter prestacional. Si bien es cierto que la cara más visible del derecho a la protección de la salud es

precisamente la que hace referencia a las prestaciones médico asistenciales que el Estado debe a sus ciudadanos, esto es la asistencia sanitaria propiamente dicha. Pero ello no deja de lado, la obligación estatal de no dañar la salud de las personas (obligación negativa), tema que será ampliamente desarrollado más adelante. Igualmente se puede decir del derecho a la educación que implica la obligación estatal de no evitar o impedir el acceso a la misma, o del derecho al medio ambiente sano que le implica al Estado la obligación de no deteriorarlo.

Una consideración básica y general de los derechos sociales conduce a afirmar que “los derechos sociales son tales por imponer al Estado la obligación de otorgar prestaciones tendientes al mejoramiento social” (Cossío 1989, p. 45), por lo que los derechos sociales pueden entenderse en un doble sentido, subjetivo y objetivo, como afirma Pérez-Luño (1979, p. 209) “en sentido objetivo, como el conjunto de normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora de las desigualdades sociales. En tanto que en sentido subjetivo, pueden entenderse como las facultades de los individuos y de los grupos a participar de los beneficios de la vida social, lo que se traducen en determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes públicos”.

Las consideraciones realizadas anteriormente nos demuestran que la categorización de los Derechos Civiles y Políticos y de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, como Derechos de Libertad y Derechos Programáticos de Prestación, respectivamente, más que responder a diferenciación conceptual, es una clasificación que seguramente estuvo ligado al momento histórico de reivindicación de cada uno de ellos. Por lo que, habría que aceptar que para la garantía los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y

culturales se requiere del cumplimiento de obligaciones tanto negativas, como positivas del Estado en diferentes proporciones.<sup>14</sup>

Hasta aquí, queda demostrado que la identificación entre Derechos de Libertad y obligaciones negativas del Estado, que sustenta la subjetividad de este tipo de derechos, no tiene razón de ser. Así como, tampoco es razonable la identificación entre Derechos Sociales y obligaciones positivas del Estado, sobre la cual se sustenta la imposibilidad de aplicación directa de los derechos sociales consagrados constitucionalmente.

No cabe duda que en términos generales los Derechos Sociales exijan en mayor proporción el cumplimiento de obligaciones positivas por parte del Estado y por tanto en su mayoría exigen de erogaciones económicas para su satisfacción, pero, no es menos cierto que buena parte de los Derechos de Libertad también exigen, para su cumplimiento, de importantes esfuerzos presupuestales. Por lo que, pretender vincular la subjetividad de un determinado derecho de acuerdo al costo que le implica al Estado garantizar su efectividad, resulta incomprensible.

---

<sup>14</sup> ARAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian "Los derechos sociales como derechos exigibles". En línea: [www.ov.es/^afd/CEFD/Index\\_4.html](http://www.ov.es/^afd/CEFD/Index_4.html) (18 de enero de 2004). La página Web señala que el mismo artículo se encuentra publicado en la Revista editada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina con la colaboración del alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU; No 7, Otoño de 2000.

## CAPITULO 2

### SITUACION DEL DERECHO SOCIAL A LA SALUD EN PERU

La experiencia de la jurisdicción constitucional en el campo del Derecho a la Salud revela fácilmente que cada derecho social está dotado de un régimen jurídico particular y, por tanto, requiere un tratamiento diferenciado. No se puede olvidar en este sentido, que la constitucionalización de estos derechos constituye un punto de referencia básico y fundamental, así como su ordenamiento jurídico en su conjunto, el mismo que nutre con disposiciones normativas de rango legal y reglamentario el régimen jurídico de este derecho. Ante ello, se analiza la protección constitucional de este derecho fundamental.

#### 2.1 INTRODUCCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO A LA SALUD

El nacimiento de lo que hoy se conoce como Derechos Sociales se inicia con las llamadas "Leyes de Protección" que comenzaron a aparecer en Europa occidental durante las dos últimas décadas del siglo XIX. Este fue un período en el que, además de tener gran fuerza el movimiento socialista, o tal vez a causa del mismo, tienen lugar diferentes manifestaciones y movilizaciones obreras reclamando por condiciones de trabajo dignas y por mínimos de bienestar social. En atención a estas reivindicaciones, en diversos países de Europa occidental se



empezó a aplicar diferentes estrategias de atención o protección social, especialmente mediante el recurso de la leyes de protección, como primera expresión de lo que hoy se entiende como sistema de seguridad social.

En el año 1881, la Alemania de Bismark es pionera en este campo al haber implantado un sistema de seguro social para la población trabajadora sobre la base de la solidaridad de trabajadores, empleadores y Estado. Y es precisamente en el marco de este proceso de reconocimiento en el cual se desarrolla por primera vez una aceptación de la "responsabilidad" del Estado en la salud de sus ciudadanos. La atención sanitaria, inicialmente extendida únicamente al campo de la prevención y atención de salud pública, entra a formar parte de las "políticas" de seguridad social para los trabajadores que, como se señaló, inician su carrera a finales del siglo XIX. (Carrillo 1981, p. 29 y ss.)

No se puede negar que desde esos tiempos ya se reconocía este tipo de prestaciones como garantías a favor de los ciudadanos, pero a su vez, este tipo de servicios prestacionales por parte de la Administración no permite derivar de dichas garantías Derechos Subjetivos. Es decir, a pesar de la existencia del compromiso del Estado en la prestación de los servicios de asistencia social no se deriva ningún derecho a los ciudadanos. Aunque fuera clara el compromiso estatal en la prestación de ciertos servicios de asistencia sanitaria, la protección de la salud no se constituía un derecho como tal de los ciudadanos, toda vez que no estaban claras la posibilidad de reclamarlo jurídicamente a las autoridades del Estado.

Esta claro entonces, que el reconocimiento del Derecho a la Salud no tuvo lugar en este periodo histórico. Este reconocimiento se da, como se ha señalado, en la segunda etapa del constitucionalismo social. En la segunda mitad del siglo XX los Estados occidentales en su mayoría se constituyen en Estado social de derecho y esa forma de Estado, como también ya se dijo,,dio un nuevo enfoque al reconocimiento y a la protección no sólo del Derecho a la Salud, sino en general a los Derechos de Prestación. En este siglo, los Derechos Sociales de Prestación, consagrados o no dentro las Constituciones, fueron reconocidos por los Estados a través de la implementación de planes de política social que atiendan a las necesidades de cada sociedad. En este contexto y en el marco señalado por las correspondientes legislaciones, está garantizaba también la posibilidad de que los ciudadanos puedan exigir jurídicamente al Estado las prestaciones sociales reconocidas como esenciales para la vida del ciudadano, entre ellas, las necesarias para garantizarle a cada uno el Derecho a la Salud.

En este grupo de Estados que hoy en día protegen y garantizan varios derechos sociales a la población mediante la emisión de políticas públicas dirigidas a su procura existencia, puede destacarse a un grupo de Estados que en sus Constituciones incluyen cláusulas que los reconocen, como es el caso de Argentina, Brasil, Chile, Paraguay, entre otros. Esto no significa, que el carácter vinculante de esas cláusulas sea homogéneo entre los diferentes ordenamientos jurídicos, es más, en la mayoría de los Estados donde se reconocen constitucionalmente los Derechos Sociales de Prestación, las cláusulas que los consagran son consideradas como cláusulas programáticas o principios ordenadores de la política social sujetos a un desarrollo legal para su aplicación, por lo que no pueden ser exigidos directamente por los ciudadanos en tanto no obliguen directamente a los poderes públicos.

A pesar de todo ello, la protección jurídica directa de los derechos sociales consagrados constitucionalmente se ha hecho una realidad en algunos países, generalmente como expresión del desarrollo de la propia cláusula del Estado Social de Derecho. La determinación de la naturaleza jurídica de los derechos sociales y muy especialmente del Derecho a la Salud en el ordenamiento jurídico peruano todavía se encuentra en sus primeros pasos pero con una perspectiva prometedora, según se presenta a continuación.

## 2.2 CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA SALUD

En los orígenes del Estado Liberal el concepto de Derechos Sociales es poco utilizado en los discursos políticos, resultando también incomprensible a la luz de las categorías jurídicas. Un paralelismo entre *imperium* y *dominium*, soberanía y propiedad dará lugar a un orden constitucional que se inspira en la idea de unos derechos subjetivos entendidos como límites al poder público. Así como el soberano tiene poder sobre sus súbditos, de la misma forma el individuo es considerado señor de las facultades que el ordenamiento objetivo le reconoce como propias de su esfera personal, como atribuibles a su espacio vital (*dominium*). La persona se identifica con el sujeto que crea relaciones jurídicas por medio de su voluntad, en cuanto señor absoluto de una esfera de acciones que el poder público no puede traspasar (*faltas agendi, agüere licere*). (Mesía 2004, p. 301).

Dentro de este contexto es imposible concebir que los derechos sociales puedan tener cabida. Ello se explica con las pocas Constituciones de la época donde

aunque aparecieron consagrados no se conciben como derechos subjetivos, sino sólo como deberes unilaterales de la sociedad.<sup>15</sup>

Baldasarre (2001, p. 162) citando a Rose señala que, en la época del Estado liberal la mayor parte de las prestaciones relativas a los derechos sociales estaban a cargo de instituciones no públicas, como la familia o por lo general religiosas, de caridad o de beneficencia, a tal punto que se ha hablado con razón de un “Sistema Privado de Asistencia Social”.

En el caso peruano, a partir de la Constitución de 1933 se eleva a rango constitucional la defensa de la salud física, mental y moral de la infancia, y se establece que el Estado tenía a su cargo “la sanidad pública y cuidado de la salud privada, dictando las leyes de control higiénico y sanitario que sean necesarias, así como las que favorezcan el perfeccionamiento físico, moral y social de la población”. (Artículo 50°)

Posteriormente, la Constitución de 1979, da un paso significativo al consagrar la salud como un derecho subjetivo de naturaleza integral. Es importante hacer notar que no sólo se refiere al bienestar físico, sino también al bienestar mental, psicológico, social y cultural. Textualmente su artículo 15° señala que, “[t]odos tienen derecho a la protección de la salud integral y el deber de participar en la promoción y defensa de su salud, la de su medio familiar y de la comunidad”

---

<sup>15</sup> Como se da con los artículos 21° y 22° de la Constitución Francesa de 1793.

Observando la historia del constitucionalismo peruano se cae en cuenta que la salud mental y la salud en general no fue considerada como un derecho sino hasta la Constitución de 1979. La salud no fue deber del Estado ni derecho de la persona, sino más bien fue considerada como un acto de caridad o beneficencia a cargo de la familia, los vecinos y la iglesia del cual quedaban exonerados los no cristianos.

### 2.3 EL DERECHO A LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA: CONTENIDO Y ALCANCE

A pesar que el Derecho a la Salud está constitucionalmente consagrado a partir de la carta de 1979, éste no ha dado origen a pronunciamientos doctrinarios tan copiosos y diferentes como es el caso de España y de Colombia en América Latina. Por lo que, la mayoría de los pronunciamientos sobre el contenido y el alcance del Derecho a la Salud se le debe a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Esta refleja referencias determinantes para el desarrollo del Derecho a la Salud en el Perú, ya que Colombia es un país cuya realidad se asemeja a la peruana al ser un país en desarrollo al igual que Perú. Con esta aclaración se pasa a abordar el estudio del Derecho a la Salud en el ordenamiento peruano.

En nuestro sistema jurídico, la realización del servicio público de la seguridad social y el Derecho a la Salud tienen como sustento los artículos 7, 9 y 11 de la Constitución, así como también por otros preceptos constitucionales como ser el artículo 2 inciso primero que consagra el derecho a la vida y a la integridad moral,

psíquica y física. Por lo que, este estudio esta dirigido en los términos consagrados en los artículo 7, 9 y 11 y su concordancia con el artículo 2 inciso primero.

Como se ha mencionado, el Derecho a la Salud encuentra su contenido específico, por disposición expresa de la misma Constitución – en atención de la reserva de ley que se encuentra contenida en su artículo 9° – en las disposiciones legislativas secundarias, a las cuales corresponde reglamentar y ampliar los contenidos de Derecho a la Salud constitucionalmente consagrado.

El artículo 7° de la Constitución peruana consagra el Derecho a la Salud en los siguientes términos:

Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

Este artículo a su vez es concordante el artículo 9°, que establece:

El Estado determina la política nacional de salud. El poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y

conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.

Y, el artículo 11º, que a su vez dispone:

El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.

Se observa que, la Constitución Peruana establece explícitamente el derecho de protección a la salud que tiene toda persona dentro de la sociedad, además, confirma el derecho de las personas con deficiencia física o mental. Esta protección al Derecho a la Salud puede realizarse en diferentes formas, las cuales han sido recogidas tanto por la Comisión de Derechos Humanos, así como por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, las mismas que se desarrollan en el Capítulo 3.

Para el estudio del Derecho a la Salud consagrado en la Constitución Peruana, también se toma en cuenta el Artículo 11 que hace referencia a las prestaciones de salud y pensiones, y esto debido a que en el contexto jurídico las prestaciones de salud y las pensiones por contingencias, son la esencia de la seguridad social. Lo que este artículo establece es que el Estado asume dos funciones: prestar los servicios y súper-vigilar.

La prestación de servicios por el Estado se hace a través de instituciones públicas y mixtas. El sector privado colaborara a través de las mismas instituciones mixtas (que tienen coparticipación de capital público y privado), y a través de las instituciones que el mismo sector privado establezca a su entero riesgo. Por otra parte, el Estado se reserva exclusivamente la supervisión del eficaz funcionamiento de todo tipo de instituciones que trabajan en el área de seguridad social. (Rubio 1999, p. 111).

El Estado asume el papel regulador de este derecho social con la expedición de la Ley General de Salud en 1997, en cumplimiento a tales mandatos constitucionales. La Ley General de Salud N° 26842 de 1997 se encarga de definir los propósitos que se persiguen con el reconocimiento del Derecho a la Salud. En ella se reconoce que, el Derecho a la Salud es fundamental para el desarrollo integral del ser humano y de la sociedad, señalando como finalidades el fomento de actitudes racionales, responsables y solidarias que, basadas en el conocimiento de los efectos de la salud sobre la vida individual y social, coadyuven al mejoramiento de la calidad de vida. Asimismo, consagra el impulso a la investigación científica y tecnológica, la educación en salud, la promoción de la medicina tradicional, así como promueve la participación de la comunidad en la gestión de los servicios públicos de salud.

Esta Ley tiene como objeto regular el derecho constitucional a la salud estableciendo funciones generales y específicas para garantizar este derecho, se constituye en el elemento que vela por los intereses de la sociedad y los del individuo, es el medio por el cual el gobierno adopta las medidas necesarias para responder al progreso de la ciencia y la tecnología, y garantizar la equidad en la



prestación de servicios. Entre las funciones específicas de la Ley General de Salud se puede mencionar, el combate a toda conducta perjudicial para la salud, la ejecución de programas y servicios para fomentarla, la asignación de recursos, sistematizar la participación de la sociedad, la vigilancia de la calidad de la atención y de los productos para su uso y consumo humano.

En el ámbito de los Derechos Sociales, la salud integral constituye el eje alrededor del cual giran todos los demás derechos. Por tratarse de un derecho que es esencial a la persona, tiene un valor que se remite a la categoría de los derechos fundamentales, básicos para la vida y el libre desarrollo de la personalidad, por lo que, debe entenderse como un derecho tutelable ante el juez sin la necesidad de la intervención por parte del legislador, como se explica más adelante.

Asimismo, el Derecho a la Salud tutela la integridad física y psíquica de la persona. Su realización no se circunscribe a la simple ausencia de enfermedades, sino que abarca la protección del equilibrio psicológico frente a cualquier amenaza proveniente del ambiente externo. Su protección se proyecta respecto de las agresiones a la salud que se deriven de las condiciones propias del lugar de trabajo, de la escuela, de la ciudad o de cualquier otro ambiente.

A pesar que la salud ha adquirido su carta de naturaleza con la llegada del constitucionalismo social, el Derecho a la Salud, considerando su relación con el individuo, tiene una estructura semejante a la de los derechos de libertad clásicos. Supone la titularidad de un bien natural y personal que todos están obligados a respetar. Según Baldasarre (2001, p. 168) “el Derecho a la Salud puede definirse

como derecho absoluto del individuo, que, como tal, puede hacerse valer tanto frente del Estado y de los poderes públicos en general como de las “autoridades” privadas (por ejemplo las empresas) o, más en general, en las relaciones (paritarias) entre particulares, como por ejemplo entre productor (-vendedor) y consumidor”.

Como Derecho Prestacional, la salud se entiende como una obligación a cargo del Estado de emprender políticas orientadas a asegurar, en el marco del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales: a) la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) el mejoramiento en todos sus aspectos de higiene del trabajo y del medio ambiente; c) la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

En el mismo sentido, el Protocolo de San Salvador, que reconoce en su artículo 10º el derecho de toda persona a la salud, “entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”, obliga a los Estados a reconocer a la salud como un bien público y a adoptar medidas para garantizarla. Estas medidas son las siguientes: a) la atención primaria de 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 en contra las principales enfermedades infecciosas; d) la prevención y 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.

La Organización Mundial de la Salud ha definido el concepto de salud como, el disfrute de bienestar físico, mental y social. En esta línea, Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

[L]a salud puede ser entendida como el funcionamiento armónico del organismo tanto del aspecto físico como psicológico del ser humano. Es evidente que, como tal, constituye una condición indispensable para el desarrollo y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo.<sup>16</sup>

Al respecto, Rivero (2000, p. 44) plantea, que el derecho a la vida y a la dignidad humana son el punto de arranque y la base para los demás derechos, y por el otro, que el derecho a la integridad personal es, en sí mismo, expresión del derecho a la vida. Adicionalmente, señala que el derecho a la protección de la salud contemplado en la Constitución española se encuentra íntimamente ligado al derecho fundamental a la vida, puesto que hay casos en los que la protección del Derecho a la Salud implica la protección del derecho a la vida o a la integridad física. Es así entonces que el derecho a la vida se protege de forma transversal sobre el derecho a la protección de la salud en diferentes niveles de protección y prestaciones sanitarias.

---

<sup>16</sup> EXP. N.º 2945-2003-AA/TC de 20 de abril de 2002, fundamento 30.

Haciendo esta conexitud, el Tribunal Constitucional manifiesta lo siguiente:

[L]a salud es derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida, y la vinculación entre ambos derechos es irresoluble, ya que la presencia de una enfermedad o patología puede conducirnos a la muerte o, en todo caso, desmejorar la calidad de la vida. Entonces, es evidente la necesidad de proceder a las acciones encaminadas a instrumentalizar las medidas dirigidas a cuidar la vida, lo que supone el tratamiento orientado a atacar las manifestaciones de cualquier enfermedad para impedir su desarrollo o morigerar sus efectos, tratando, en lo posible, de facilitar los medios que al enfermo le permitan desenvolver su propia personalidad dentro de su medio social.<sup>17</sup>

El Tribunal Constitucional ha considerado al Derecho a la Salud como un derecho fundamental por conexión, otorgándole así, en ciertas ocasiones, el carácter de derecho constitucional subjetivo. No se puede negar que el Derecho a la Salud se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida, sin embargo a mi criterio no es necesaria la conexitud que realiza el Tribunal Constitucional para otorgarle la categoría de Derecho Constitucional Subjetivo al Derecho a la Salud, toda vez que, el Artículo 24 de la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, estableció una relación, no taxativa, de derechos que podrían ser protegidos mediante el Amparo. Dicha relación no incluyó los derechos sociales más representativos como es el Derecho a la Salud. Sin embargo, el inciso 22 del mismo artículo<sup>18</sup> permitía considerar incluidos a dichos derechos, toda vez que, la constitución de 1979 consideraba a los Derechos Sociales como Derechos Fundamentales. Finalmente, el nuevo Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, en el Artículo 37° establece explícitamente que el Derecho a la Salud es un

<sup>17</sup> EXP. N.° 2945-2003-AA/TC de 20 de abril de 2004, fundamento 28.

<sup>18</sup> Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo. Artículo 24.- "La Acción de Amparo procede en defensa de los siguientes derechos: (...) 22) A los demás derechos fundamentales que consagra la Constitución.

derecho protegido por el Amparo. Por lo que, no hace falta realizar ninguna conexitud del Derecho a la Salud con otros derechos para su efectiva protección a través del Amparo.

## 2.4 DERECHO A LA SALUD UN DERECHO FUNDAMENTAL

En el Perú, como ya se mencionó, todavía no se ha desarrollado mucha doctrina sobre la naturaleza y el alcance del Derecho a la Salud, por lo que se pretende estudiar el pleno de las sentencias que en materia de protección del Derecho a la Salud ha dictado el Tribunal Constitucional desde el momento en que empezó a sesionar y se procura presentar lo que sería una línea jurisprudencial completa en materia de protección del Derecho a la Salud, toda vez que, dado el escaso monto de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional sobre este tema en sede de revisión, ello resulta posible.

La Constitución ha definido el Amparo en función de los derechos constitucionales que está destinado a proteger. Se ha dispuesto en la Norma Suprema en su Artículo 200°, inciso 2°, que:

La Acción de Amparo, procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento.

Entre los derechos que puede protegerse a través del Amparo están aquellos otros que siendo de rango constitucional no están protegidos por el hábeas corpus o por el hábeas data. De modo enunciativo, el Artículo 37° del Código de Procesal Constitucional ha recogido los derechos protegidos por esta garantía constitucional entre los cuales explícitamente figura el Derecho a la Salud (inciso 24).

La anterior norma que regulaba las garantías constitucionales (Ley de Hábeas Corpus y Amparo) señalaba que el Amparo es un proceso constitucional que tiene por objeto la protección de los derechos establecidos en el Artículo 24° de la Ley N.º 23506 (Ley de Hábeas Corpus y Amparo). Por su parte, el Artículo 25° de la referida norma, en concordancia con la Constitución de 1993, precisa que no dan lugar al Amparo, los derechos a que se refiere la undécima disposición final y transitoria de la actual Constitución, en tanto que la misma establece que las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente.

En este contexto, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que:

[L]os derechos fundamentales no sólo demandan abstenciones o que se respete el ámbito de autonomía individual garantizado en su condición de derechos subjetivos, sino también verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos”.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> EXP. N° 976-2001-AA-TC del 13 de marzo de 2003, fundamento 5.

Es así, que el Tribunal Constitucional reconoce que los Derechos Fundamentales, dentro de los cuales están incluidos los Derechos Sociales, no sólo son exigibles jurisdiccionalmente, como Derechos Individuales, sino que también demandan la actuación positiva del Estado.

Posteriormente, a pesar de que el Tribunal Constitucional haya aceptado a los Derechos Sociales como Derechos Fundamentales, ha manifestado que los Derechos Sociales son derechos de, “preceptividad diferenciada, prestacionales, o también denominados progresivos o programáticos (...) no se trata de derechos autoaplicativos; su vigencia y exigibilidad requiere de una participación protagónica del Estado en su desarrollo”.<sup>20</sup>

Esta posición del Tribunal Constitucional sobre los derechos sociales fue reformulada con sus pronunciamientos en los casos sobre la atención médica gratuita que el Estado debía brindar a los enfermos de SIDA<sup>21</sup>. Posición que nuevamente da paso atrás, con la nueva manifestación del Tribunal Constitucional que confunde la posición jurídica de los derechos sociales, manifestando que los derechos sociales, “tienen la naturaleza propia de un derecho público subjetivo, antes que la de un derecho a aplicación directa”.<sup>22</sup>

Con lo mencionado, se puede apreciar que, el Tribunal Constitucional ha retomado la antigua concepción de los Derechos Sociales donde no existe una visión clara sobre el carácter normativo de los Derechos Fundamentales Sociales.

---

<sup>20</sup> EXP. N° 2945.2003-AA/TC de 20 de abril de 2004 y EXP. N° 2016-2004AA/TC de 05 de octubre de 2004.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> EXP. N° 1417-2005-AA/TC de 08 de julio de 2005, fundamento 14.

A pesar de ello, el Tribunal Constitucional en la práctica ha cumplido una activa labor en la defensa del Derecho a la Salud, reconocido en el Artículo 7 de la Constitución.

La primera vez que el Tribunal Constitucional se manifestó sobre la protección al Derecho a la Salud fue en el caso de los internos de un centro penitenciario en el marco de un proceso de hábeas corpus, manifestando lo siguiente:

[E]l Derecho a la Salud se proyecta como la conservación y el restablecimiento de ese estado. Implica, por consiguiente, el deber de que nadie, ni el Estado ni un particular, lo afecte o menoscabe. Hay, desde tal perspectiva, la proyección de la salud como un típico derecho reaccional o de abstención, de incidir en su esfera. Pero también, como en la mayoría de derechos constitucionales, el de la salud presenta una dimensión positiva que lo configura como un típico derecho 'prestacional', vale decir, un derecho cuya satisfacción requiere acciones prestacionales"<sup>23</sup>.

Con este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional afirma que las obligaciones de respeto y protección son también parte de su competencia cuando se amenaza o vulnera un Derecho Fundamental, ya sea este de carácter liberal o social.

---

<sup>23</sup> EXP. Nº 1429-2002-HC/TC de 19 de noviembre de 2002, fundamento 13



Después de este primer pronunciamiento sobre los diferentes tipos de obligaciones que emanan del Derecho a la Salud, en los casos Azanca Alhelí Meza García y José Luís Correa Condori, el Tribunal Constitucional manifestó:

[E]l Estado debe proteger tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido.<sup>24</sup>

Por lo tanto, el Derecho a la Salud, como Derecho Social, no puede ser reclamado jurisdiccionalmente en todos los casos, dependiendo su exigibilidad de, “factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación con la afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando se compruebe que puede efectuar acciones concretas para la ejecución de políticas sociales”.<sup>25</sup>

Como se observa, el Tribunal Constitucional sin abandonar la tesis sobre las diferentes obligaciones del Estado en cuanto al respeto de los Derechos Fundamentales Sociales, añade estos nuevos argumentos que permiten brindar una tutela procesal rápida al Derecho a la Salud, dependiendo del caso concreto que se trate.

<sup>24</sup> EXP. N° 2945-2003-AA/TC de 20 de abril de 2004, fundamento 28 y EXP. N° 2016-2004-AA/TC de 05 de octubre de 2004, fundamento 27.

<sup>25</sup> EXP. N° 2945/2003.AA/TC de 20 de abril de 2004, fundamento 33 y EXP. N° 2016-2004-AA/TC de 05 de octubre de 2004, fundamento 32.

El Tribunal Constitucional recurre a los criterios de gravedad (inminencia de daño), al de vinculación o conexidad entre un derecho fundamental social y otro de carácter liberal, así como, según manifiesta Alvites (2004, p. 57), tal vez con la finalidad de conminar las posibles críticas “contramayoritarias”, acude al criterio económico y presupuestal para limitar sus acciones de protección de los Derechos Fundamentales Sociales.

Lo desarrollado precedentemente demuestra que Derecho a la Salud es susceptible de ser exigido inmediatamente a través del Amparo como mecanismo preferente y sumario para la protección inmediata de los Derechos Constitucionales Fundamentales cuando éste se encuentre vulnerado o amenazado de serlo.

A pesar de las limitaciones de este mecanismo tradicional de exigibilidad, el Amparo, de la forma que ha ido evolucionando, hoy en día resulta ser efectivo para la tutela de los derechos sociales que requieren una satisfacción urgente.

### CAPITULO 3

#### SALUD MENTAL - UN DERECHO RECONOCIDO Y PROTEGIDO

Para examinar el reconocimiento y protección del Derecho a la Salud Mental es necesario realizar una presentación del marco legal a nivel internacional relacionado con este derecho y como los Tratados Internacionales en derechos humanos son aplicados internamente. Para facilitar el análisis se presentara un resumen de los estándares y criterios típicamente utilizados como parámetros para evaluar el cumplimiento de las obligaciones que emanan del derecho a la salud, en general y el Derecho a la Salud Mental, específicamente.

#### 3.1 RECONOCIMIENTO DE LA SALUD MENTAL COMO UN DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL Y DESARROLLO DE SU PROTECCIÓN

Hoy en día la salud mental no es propiamente tratada como un derecho, todavía es percibida como una dádiva o un favor que el Estado brinda a sus ciudadanos.

Esta es una de las principales razones que obstaculiza su exigibilidad. Kofi Annan, Secretario General de las Naciones Unidas, claramente describe esta situación al afirmar: "Deseo que la salud se deje de considerar como una bendición esperada, y se conciba en cambio como un derecho humano por el que se ha de luchar." (OMS 2002, p. 1)

El Derecho a la Salud, salud física y mental, ha sido reconocido desde el inicio de la creación del Sistema Internacional de Derechos Humanos. En 1946 la Organización Mundial de la Salud (OMS) estableció una base fundamental sobre la que se ha venido desarrollando el Derecho a la Salud mental. En su Constitución se menciona:

El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social. (OMS 1946).

Más adelante, en 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el criterio de la OMS en la Declaración Universal de Derechos Humanos (posteriormente conocida como la Declaración Universal), en la que el párrafo 1 del Artículo 25 sienta las bases del marco Jurídico Internacional del Derecho a la Salud, señalando que, "[t]oda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar..."<sup>26</sup> Desde entonces, el reconocimiento de la salud mental como un derecho humano fue desarrollado paulatinamente a través de diferentes instrumentos universales y

<sup>26</sup> Resolución N° 217 A (III); la misma que es aprobada por Resolución Legislativa N° 13282 del 15 de diciembre de 1959.

regionales. Por ello es importante analizar si el derecho internacional se encuentra o no ligado de las necesidades de las personas y de las políticas públicas de un Estado.

### 3.1.1 DEFINICIÓN DE SALUD MENTAL

Es complicado encontrar un consenso universal en relación a la definición de salud mental. Este hecho se sustenta en diferentes razones, la razón fundamental es su carácter subjetivo asociado a los sentimientos, a la experiencia emocional de las personas. Sin embargo, se puede encontrar referencia específica al "Derecho a la Salud Mental" en varios instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

En el marco de las Naciones Unidas se encuentra este derecho en el Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), piedra angular de la protección del Derecho a la Salud dentro del Derecho Internacional. Dicha norma, en su primera parte, establece que "los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de *salud física y mental*." (énfasis añadido). Al haber firmado y ratificado el PIDESC, el Perú ha asumido obligaciones y responsabilidades para respetar, proteger y cumplir con el Derecho a la Salud y, en consecuencia, también con el Derecho a la Salud Mental.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Se aprobó este instrumento internacional por Decreto Ley N° 22129, instrumento de Adhesión, 12 de abril de 1978, depositado el 28 de abril de 1978. Esta serie de disposiciones jurídicamente vinculantes se aplican a todas las personas de los 146 Estados que lo han ratificado, incluyendo al Perú. Al someter su instrumento de adhesión, aceptado como ratificación por las Naciones Unidas, se constituyó como Estado Parte del PIDESC.

El estándar del disfrute del más alto nivel posible de salud mental ha sido recalcado por varias resoluciones y principios de diferentes órganos de las Naciones Unidas. Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) publicó en el año 2000 su “Observación General No. 14: El derecho al estándar accesible más alto de la salud”, en la cual interpreta la aplicación del Artículo 12 del PIDESC, donde plenamente incluye a la salud mental.<sup>28</sup> Igualmente, la Comisión de Naciones Unidas de Derechos humanos (UNCHR), en particular, comenzó a poner atención especial al derecho de la salud en 2002 publicando resoluciones pertinentes al principio del “derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.<sup>29</sup>

Quizás la demostración más grande de compromiso fue el reconocimiento internacional del Derecho a la Salud Mental que tuvo lugar en agosto del 2002, a partir de la 39ª Reunión Plenaria en julio de 2002. En esta reunión del Concilio Económico y Social tomó nota de la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos, designando al neocelandés, Paul Hunt, como Relator Especial del Naciones Unidas en Salud, teniendo su mandato un énfasis especial en el enfoque de derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.<sup>30</sup>

El Relator Especial Hunt, en su informe del 2003 para la ONU, establece los tres objetivos primarios de su mandato, “promover - y alentar a otros a promover - el Derecho a la Salud como un derecho humano fundamental; clarificar los contornos

---

<sup>28</sup> Aunque no es vinculante la Observación General 14, sin embargo tiene peso como fuente autoritaria en el Derecho a la Salud Física y Mental.

<sup>29</sup> Ver por ejemplo, los documentos de las Naciones Unidas referentes al *derecho de cada uno al disfrute del estándar más alto alcanzable de la salud física y mental*: E/CN.4/RES/2004/27; E/CN.4/RES/2003/28, y E/CN.4/RES/2002/31.

<sup>30</sup> Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. El derecho de cada uno al disfrute del estándar más alto alcanzable de la salud física y mental. Resolución 2002/31. E/DEC/2002/259 (22 abril 2002).

y el contenido del Derecho a la Salud; e identificar las mejores prácticas en los niveles nacionales e internacionales de operatividad del Derecho a la Salud en la comunidad.”<sup>31</sup> Además, durante esta primera etapa de su mandato, ha realizado viajes en comisión al Perú, Mozambique y Rumania, proyectando la presentación de sus informes finales de estas investigaciones en la sesión 61 del Comité de Derechos Humanos (CDH). El escogió la salud mental como uno de los seis puntos centrales que propone darles una atención particular.

En respuesta al crecimiento de la preocupación por el Derecho a la Salud y en relación al reconocimiento internacional del Derecho a la Salud Física y Mental, la Asamblea General de las Naciones Unidas ratificó recientemente varios tratados internacionales como la Constitución de la OMS y las resoluciones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre el estándar de la salud física y mental.<sup>32</sup> De la misma manera, la Asamblea General de los Naciones Unidas reafirmó el Derecho a la Salud Física y Mental en su sesión 58<sup>a</sup> realizada en diciembre del 2003. En esta oportunidad, en la resolución adoptada se establece que:

[E]l derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental es un derecho humano y que ese derecho emana de la dignidad inherente a la persona humana.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Concejo Económico y Social de las Naciones Unidas. La derecha de cada uno al disfrute del estándar alcanzable más alto de la salud física y mental. Resolución 2002/31. E/DEC/2002/259 (22 abril 2002). Párrafo 1.

<sup>32</sup> En su sesión 58 en diciembre 2003 han adoptando su propia resolución en el Derecho a la Salud y la Salud Mental, reafirmando: “que el derecho al disfrute del más alto estándar accesible de la Salud Física y Mental es un Derecho Humano, y ese derecho deriva de la dignidad inherente a la persona humana.” Asamblea General De Naciones Unidas. "el derecho de cada uno al disfrute del más alto estándar alcanzable de la salud física y mental". ARES/58/173.

<sup>33</sup> Resolución aprobada por la Asamblea General, 58/173. El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de Salud Física y Mental A/58.508/Add.2

A nivel regional, el Derecho a la Salud está reconocido por tratados regionales de Derechos Humanos, en el caso de las Américas se encuentra el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como “Protocolo de San Salvador”, cuyo Artículo 10 en su primera parte señala que “toda persona tiene Derecho a la Salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”. El Perú como Estado Parte asume también todas las obligaciones y responsabilidades que implica el reconocimiento del Derecho a la Salud Física y Mental.<sup>34</sup> (Ver Anexo N° 1)

### 3.1.2 AMPLIANDO EL CONCEPTO DE SALUD

Como se desprende de los párrafos anteriores, la salud mental va paralela a la salud física. Los tratados mencionados hacen inequívoco que ambos conceptos figuren dentro de la definición de salud en general, contemplando una visión de salud integral. Sin embargo, muy a menudo, se ignora o se niega la parte “mental” a pesar de que se encuentra dentro de estos instrumentos vinculantes.

No obstante, si se parte de la conocida definición que hizo la OMS de la palabra “salud”<sup>35</sup> y aceptándola como válida, se estaría reconociendo tácitamente que el estado mental también forma parte de la evaluación de la salud de cualquier sujeto.

---

<sup>34</sup> El Perú es signatario a partir del 17 de noviembre de 1988 del Protocolo de San Salvador; realizó su ratificación, aceptación y adhesión el 17 de mayo de 1995. Además, también es signatario de varios instrumentos regionales de Derechos Humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11) la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (art. 16), entre otros.

<sup>35</sup> Que dice: “Estado de completo bienestar mental, físico y social, y no meramente la ausencia de enfermedad o dolencia”. (OMS 1946)



Porque, sin duda, no se puede ostentar un nivel óptimo de salud y un deficitario estado mental. Por tanto, el concepto de salud mental va implícito en el concepto de *salud*, además como algo inseparable. Sin embargo, queda siempre como tarea interpretar el Derecho de Salud en general e incluir en él el Derecho a la Salud Mental. Esta inclusión debe darse aún cuando no sea explícita la referencia a lo "mental." Por ello, se cree que el tema de salud mental ha tenido una lucha interna para su reconocimiento.

Se considera que el reconocimiento creciente de la base legal para el Derecho a la Salud Mental es de gran importancia. Esto es debido a que se está abriendo una nueva perspectiva relacionada a la salud mental. Históricamente, el tema de la salud mental ha gozado de una posición no muy respetada, a veces llevando el estigma antiguo de vergüenza ya que al hablar de salud mental era "sólo para el loco", o un lujo para los países ricos y desarrollados. Asimismo, mucha gente hasta el día de hoy piensa en "enfermedad" mental cuando escucha la expresión salud mental.

No obstante, se ha interpretado la definición de salud mental como algo mucho más que la ausencia de trastorno mental, sino como algo fundamental para el desarrollo personal que a su vez contribuye directamente al desarrollo de la sociedad. (Morrall y Hazelton 2004, p. xi) Consecuentemente, se ha observado que el bienestar emocional de una persona ya dejó de ser simplemente una cuestión personal y ha pasado a ser de interés público, bajo la premisa de que las personas emocionalmente seguras son mejores ciudadanos y ciudadanas. (Pupavac 2004, p. 384)

La OMS ha determinado:

En las distintas culturas, los estudiosos han definido de formas diversas la salud mental, concepto que abarca, entre otros aspectos, el bienestar subjetivo, la percepción de la propia eficacia, la autonomía, la competencia, la dependencia intergeneracional y la autorrealización de las capacidades intelectuales y emocionales. (OMS 2001, p. 5, traducción propia)

Sin embargo, la OMS también subrayó que “desde una perspectiva transcultural es casi imposible llegar a una definición exhaustiva de la salud mental”. (OMS 2001, p. 5, traducción propia) Esta observación presenta implicaciones importantes en el discurso sobre los afectados y como se define salud mental para ellos.

Es interesante observar que en otros instrumentos de Derechos Humanos enuncian normas internacionales sobre el Derecho a la Salud Física y Mental relativas a determinados grupos de riesgo que necesitan protección adicional, donde se establecen una serie de medidas de protección que afectan el Derecho a la Salud en distintas situaciones, entornos y procesos.<sup>36</sup>

Si bien se podría interpretar estos instrumentos como una protección que fortalece el derecho de salud física y mental; existen grupos de población que requieren atención diferente a la de la población en general. Como se presenta en el

---

<sup>36</sup> La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra Mujeres, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, y la Convención sobre los Derechos del Niño. El Estado Peruano también ha ratificado estos instrumentos internacionales, y por lo tanto también asumió obligaciones y responsabilidades, más allá al proteger el Derecho de la Salud y Salud Mental. (ver Anexo N° 1).

próximo capítulo, la definición de salud mental se ha mantenido relativamente en forma estrecha, causando problemas para grupos minoritarios o de riesgo. En estos casos, usar los mecanismos de exigibilidad para que el Estado disponga de todos sus esfuerzos para la realización del Derecho a la Salud Mental hasta un nivel óptimo, es una meta aún no lograda.

### 3.2 DESARROLLO DE LA PROTECCION DEL DERECHO A LA SALUD MENTAL COMO UN DERECHO HUMANO

Para la vigilancia del respeto del Derecho Humano a la Salud Mental, existen mecanismos que supervisan la aplicación de los tratados básicos de los Derechos Humanos. Estos mecanismos están divididos en diferentes campos operacionales: El Universal y el Regional. El primero es el referente a la esfera de las Naciones Unidas y el segundo es existente en los continentes americano, europeo y africano. Dentro de ambos sistemas, a través de sus diferentes instrumentos creados para la protección de los Derechos Humanos, el concepto y el nivel de protección del Derecho Humano a la Salud y la Salud Mental ha ido ganado espacio paulatinamente.

Hay que destacar que en esos sistemas son los Estados los que tienen la responsabilidad o son juzgados por violaciones a los derechos humanos y no los individuos como ocurre en los tribunales penales. Son los Estados los denunciados por incumplimiento en sus obligaciones y responsabilidades respecto al Derecho a la Salud y la Salud Mental. En este ámbito no cabe denuncias contra instituciones privadas ni personas individuales que hayan violado el Derecho a la Salud y Salud Mental, ya que los Estados son a quienes se les aplica lo

establecido en los instrumentos internacionales respecto a la salud y la salud mental, al haber sido ellos los que suscribieron los tratados internacionales.

El sistema de Derechos Humanos esta diseñado para aquellos casos donde en que no se encuentra una respuesta satisfactoria en el ámbito nacional, entonces se puede recurrir a los mecanismos internacionales para reclamar el derecho. En tal sentido, es importante evaluar como se trata el Derecho a la Salud Mental en el nivel internacional para determinar si las personas tienen lograr la reparación del derecho violado o el resarcimiento en su defecto en caso de que no se lo haya encontrado usando los mecanismos en el propio Estado.

Como se presentó anteriormente, el derecho internacional de Derechos Humanos, particularmente a través de los tratados multilaterales, se ocupa de consagrar el Derecho a la Salud Física y Mental, el mismo que debe ser respetado y garantizado por el Estado frente a todo individuo sujeto a su jurisdicción. Para garantizar este proceso, este sistema contempla también mecanismos de supervisión del cumplimiento de estas obligaciones por parte de los Estados. Para el objeto de este estudio, nos interesan los que están relacionados al Pacto Relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). A través de él se ha impuesto obligaciones al Estado peruano como Estado Parte de este tratado internacional para respetar y cumplir con el Derecho a la Salud Mental, tales como la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, criterios que se utilizan para evaluar el respeto y cumplimiento del Derecho a la Salud Mental, como se explica posteriormente. (OMS 2002)

### 3.2.1 LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS

La Comisión de Derechos Humanos (CDH) es uno de los organismos creados para proteger los Derechos Humanos dentro del sistema universal de protección, la que partir del año 1967 fue capacitada por el Consejo Económico y Social (ECOSOC) para tomar conocimiento sobre situaciones que se presenten como cuadros persistentes de violaciones masivas y sistemáticas de los Derechos Humanos, con independencia de que los Estados implicados fueran partes en los tratados que les brindan una protección particular. (Remiro y otros 1997, p. 1035)

Asimismo, la Comisión periódicamente indica esferas en las que deben desarrollarse aún más las normas existentes para hacer frente a inquietudes nuevas o que están adquiriendo importancia creciente, tanto es así que ante la necesidad de fortalecer el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales mediante el establecimiento de mecanismos y de vías de recurso adecuados cuando esos derechos son violados, se designó a un Grupo de Trabajo de composición abierta de la Comisión con miras a estudiar las opciones relativas a la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.<sup>37</sup>

Como se observa, se ha afirmado el Derecho a la Salud y la Salud Mental como un Derecho Humano con las recientes resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos. Las resoluciones que emite la CDH pueden provocar una atmósfera de aislamiento o cuarentena, es decir una suerte de sofocamiento diplomático o

---

<sup>37</sup> Realizado a través de su resolución 2003/18 y se decidió su continuación del mandato por dos años más mediante su resolución 2004/29. Open-ended working group to consider options regarding the elaboration of an Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Geneva, 10 – 21 January 2005. Disponible en: <http://www.ohchr.org/english/issues/escr/group.htm> (01 de diciembre de 04)

movilización de la vergüenza que fuerza a los gobiernos a cambiar de actitud o, por lo menos, a moderarse en la represión. (Remiro y otros 1997, p.1039)

La Comisión puede determinar que se realicen Relatarías Especiales sobre la situación de Derechos Humanos en los diferentes países. A la conclusión de estas Relatarías, a través de informes se puede establecer la situación de los Derechos Humanos en los países, si éstos están siendo violados o no, y también se pueden proponer recomendaciones para que adopten medidas dirigidas a respetar, proteger y cumplir con los Derechos Humanos.

### 3.2.2 EL COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) establece el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC)<sup>38</sup>, un cuerpo integrado por expertos independientes que monitorean la implementación del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) por los Estados partes.<sup>39</sup>

Es importante resaltar que hasta el presente el CDESC no tiene competencia para recibir quejas individuales, y debe señalarse que el Comité del PIDESC (CDESC)

<sup>38</sup> Mmediante su Resolución ECOSOC 1985/17 del 29 de mayo de 1985.

<sup>39</sup> Las funciones de monitoreo están asignadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), establecidas en la parte IV del PIDESC. Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CESCR). Oficina del Alto comisionado de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.ohchr.org/english/bodies/cescr/index.htm>. (Visitada en 01.12.04). Una de las funciones del CESCR es la interpretación de las normas establecidas en el PIDESC y estas interpretaciones son publicadas en forma de Observaciones Generales. Los debates y las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales constituyen una referencia de primera importancia en cuanto a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en el respectivo Pacto Internacional. Ya hemos hablado sobre Observaciones Generales, más recientes figura la 14 (el disfrute del más alto nivel posible de salud, 2000). Esta Observación General del Comité señala que nos sirve como guía en la exigibilidad del derecho a salud mental.

es uno de los dos únicos Comités de los seis Pactos y Convenciones (el otro es el de los Derechos del Niño) que aún no lo tiene. (Centre Europe – Tiers Monde 2004)

Sin embargo, se está considerando establecer un Protocolo Facultativo del Pacto el mismo que le dará al CDESC competencia en este aspecto, como se mencionó anteriormente, existe un grupo de trabajo de la CDH que está investigando al respecto y aun no termina su mandato. Es una necesidad primordial contar con un Protocolo Facultativo, ya que a través de este se establecerá un recurso internacional de reparación de las violaciones al PIDESC.

No sólo a nivel internacional se está trabajando para la efectividad de la exigibilidad judicial de los derechos económicos, sociales y culturales, sino que el CDESC también ha emitido opinión sobre la obligatoriedad de los Estados para crear mecanismos judiciales efectivos para la tutela de estos derechos. En la Observación General N° 9 (1998), el Comité se pronunció acerca de la aplicación del PIDESC en el ámbito nacional, precisando los alcances de su Observación General N° 3, y menciona, entre otras cosas, que “a los derechos económicos sociales y culturales es aplicable el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (recurso efectivo) y que,

si bien el Pacto no contiene ninguna disposición similar al Párrafo 3 b) del Artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (recurso jurisdiccional) los “medios apropiados” de que habla el Artículo 2 del Pacto de Derechos Económicos, pueden resultar *inoperantes* si no están completados por recursos jurisdiccionales (énfasis añadido, párrafo 3 de la Observación General N° 9).

De acuerdo a la opinión del CDESC, el Estado peruano debe de contar con recursos judiciales efectivos para la defensa del Derecho a la Salud Física, así como de la Salud Mental, y además estos recursos efectivos de tutela del Derecho a la Salud deberían ser extensivos en el ámbito internacional.

Si bien se ha desarrollado y ampliado el concepto del Derecho a la Salud Mental a través de la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Humanos, el hecho de no contar con un protocolo facultativo que pueda convertir a este derecho en un derecho exigible cuando se aborda el tema de incumplimiento por parte de los Estados que se han adherido al PIDESC en lo referente al respeto, protección y cumplimiento del Derecho a la Salud Mental, este derecho no puede ser un derecho pleno si no existen mecanismos que establezcan su reparación en caso de violaciones.

Es por ello, que la necesidad de establecer un protocolo facultativo con un procedimiento cuasi jurisdiccional de denuncias ante el Comité del PIDESC se hace sentir desde hace tiempo<sup>40</sup> y es necesario impulsar su concretización.

Por otro lado, lo que sí puede hacer el CDESC es publicar informes acerca de Estados miembros, utilizando la técnica de presión y escrutinio público. Ya en el año 1997, el CDESC en las conclusiones y recomendaciones que emitió con

---

<sup>40</sup> Recordando que las iniciativas en torno a la adopción de un Protocolo Facultativo al PIDESC se originan en el marco de la II Conferencia Mundial de los Derechos Humanos, ocasión en la cual se solicita a la Comisión de Derechos Humanos que colabore con el CDESC sobre las posibilidades de preparar un proyecto de Protocolo Facultativo, cuyo primer texto es presentado por el CDESC en el año de 1997.



motivo de la presentación del Informe por parte del Gobierno peruano y de conformidad a los Artículos 16 y 17, consciente del elevado costo de la reconstrucción de la infraestructura destruida durante varios años de violencia interna, consideró como los obstáculos más importantes al ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales a la ineficiencia en la solución de los problemas persistentes y graves de la pobreza. Se señala que el 60% de los peruanos viven por debajo del umbral de la pobreza y no cuentan con servicios de salud y de educación adecuados, falta de servicios sanitarios adecuados y la drástica reducción del gasto público en el ámbito de la salud; en dicho documento no se hace mención explícita sobre salud mental.

También, el Comité observó con preocupación la precariedad de la situación de las poblaciones indígenas y mestizas del Perú en materia de salud y señaló su preocupación por la alta tasa de mortalidad entre los niños y las mujeres a causa de la falta o la deficiencia de los servicios de salud.<sup>41</sup>

Mientras que estos informes periódicos requieren ser presentados en general cada cinco años, el último informe del Perú presentado al Comité fue hecho hace más de 15 años atrás. (Ver Anexo N° 2) El relator especial de salud para las Naciones Unidas, Paul Hunt, con relación a este aspecto mencionó que tiene entendido que el gobierno ha comenzado a preparar este informe con bastante retraso, además, entre sus recomendaciones de su informe preliminar ha recomendado que este informe esté concluido y presentado con calidad de urgencia. (Hunt 2004a, párrafo 9).

---

<sup>41</sup> Conclusiones y recomendaciones del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Perú, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.14 (1997). Disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/esc/spanish/Sesc-peru1997.html> (01 de diciembre de 2004)

Asimismo, Hunt recomendó al Gobierno del Perú que si es que desea puede acceder al programa técnico de la cooperación de Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR) para la ayuda en lo referente a sus obligaciones de elevar los reportes sobre Derechos Humanos del PIDESC a la ONU. (Hunt 2004a, párrafo 9). En este tipo de procesos, hay que considerar que la participación de la sociedad civil es muy importante, porque es ella, como sujeto de derechos, quien más puede dar una evaluación objetiva del cumplimiento de los DESC en general.

### 3.2.3 EL SISTEMA REGIONAL DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

A parte del sistema universal de protección de los Derechos Humanos, también existen sistemas regionales que funcionan en el ámbito de continentes que también tienen sus propios instrumentos de protección al Derecho a la Salud y Salud Mental. Dentro de los Sistemas Regionales de Derechos Humanos encontramos el Sistema Interamericano, el Sistema Europeo y el Sistema Africano, como se mencionó anteriormente. Para el propósito de la presente investigación, es relevante sola lo concerniente a las Américas, ya que por la ubicación geográfica del Perú es el Sistema Interamericano el que tiene jurisdicción y competencia.

El sistema Interamericano funciona en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y sus principales fuentes legales son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y la Convención Americana sobre

Derechos Humanos (1969).<sup>42</sup> Este Sistema de protección y promoción de Derechos Humanos está compuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con sede en Washington D.C. y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica.

En cuanto a los mecanismos específicos que se prevén en el sistema interamericano de derechos humanos de la OEA se encuentra el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (más conocido como Protocolo de San Salvador)<sup>43</sup>, mencionado anteriormente.

El órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo mandato surge de la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que actúa en representación de todos los países miembros de la OEA.<sup>44</sup> La función principal de la CIDH es promover la observancia y la defensa de los Derechos Humanos, y en el ejercicio de su mandato recibe, analiza e investiga peticiones individuales que alegan violaciones de los Derechos Humanos, según lo dispuesto en los Artículos 44 al 51 de la Convención<sup>45</sup>, sometiendo los casos a

---

<sup>42</sup> El Perú ha Ratificado La Convención Americana Sobre Derechos Humanos "Pacto De San José De Costa Rica" En Fecha 07 De diciembre De 1978. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html>. Visitada el 23 de diciembre de 2004.

<sup>43</sup> Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) adoptado en San Salvador, El Salvador, en fecha 17 de noviembre de 1988, entrando en vigor en 16 de noviembre de 1999.

<sup>44</sup> La CIDH fue creada en 1959, reuniéndose por primera vez en 1960, como resultado de la aprobación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en Bogotá, Colombia, el primer documento Internacional de Derechos Humanos de carácter general, en abril de 1948. Está integrada por siete miembros independientes que se desempeñan en forma personal, que no representan a ningún país en particular y que son elegidos por la Asamblea General. <http://www.cidh.oas.org/que.htm>

<sup>45</sup> La Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en su Capítulo VII habla

la jurisdicción de la Corte Interamericana y actúa frente a la Corte en dichos litigios. Asimismo, solicita "Opiniones Consultivas" a la Corte Interamericana sobre aspectos de interpretación de la Convención Americana.

A diferencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Sistema Universal, la CIDH esta facultada para conocer casos donde se alegue violaciones a los Derechos Humanos, y si bien en esta instancia no se llega a una Sentencia, la CIDH se pone a disposición de las partes interesadas a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, la misma que debe ser fundada en el respeto de los Derechos Humanos que la Convención protege.<sup>46</sup> En caso de no arribar a un acuerdo, la CIDH emite recomendaciones al Estado parte, los mismos que tienen tres meses para acogerse a dichas recomendaciones, sin perjuicio de ello la Comisión puede decidir la remisión del caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>47</sup>

Estas decisiones de la CIDH no son vinculantes, como serian las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es decir, en caso de incumplimiento a las resoluciones emitidas por la CIDH por parte de aquellos Estados que no son parte en la Convención, no se exponen a ninguna consecuencia onerosa, ni pueden ser llevados a Corte. (Buergethal 1995, pp. 635-638.)

---

sobre la organización (art. 34-40), funciones (art. 41-43), competencia (art. 44-47) y procedimiento (art. 48-51) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos .

<sup>46</sup> Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo N° 48.1.f.

<sup>47</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, Artículos Nros. 40 y 51.1

Inicialmente, la CIDH hasta antes de mayo de 2001, en el marco del sistema de peticiones individuales no tuvo prácticamente actuación alguna en pos de la efectiva protección de los derechos económicos, sociales y culturales. (Centro de Estudios Legales y Sociales 1999, p 121). Sin embargo, en la actualidad se puede apreciar que comienza a surgir una nueva tendencia sobre la posibilidad de que en el sistema interamericano, a través de las peticiones individuales, se logre la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, de manera autónoma y a través de la invocación del artículo 26 de la Convención. Dentro de los casos publicados por la CIDH en la gestión 2004, aparecen 25 peticiones declaradas admisibles mediante Informes, de las cuales 3 están relacionados con el Derecho a la Salud. Una específicamente a salud mental y entre las 3 una fue presentada contra el Estado peruano. (Ver Anexo N° 3).

En cuanto a su competencia para conocer violaciones del Derecho a la Salud como un derecho económico y social, reconocido en la Declaración Americana, se puede mencionar el caso de Jorge Odir Miranda Cortez y otros contra El Salvador<sup>48</sup>, donde se denuncia el retardo de justicia en la reivindicación del derecho a la seguridad social, por afectación del Derecho a la Salud, al bienestar y a la vida, a través del cual se plantea la Competencia de la Comisión para atender violaciones- planteadas a través de denuncias individuales- a los derechos económicos, sociales y culturales previstos en la Declaración Americana.

El Informe adoptado por la CIDH en esta petición resulta de particular relevancia para la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito del sistema interamericano, incluyendo salud mental, ya que en el se declara

---

<sup>48</sup> Comisión Interamericana De Derechos Humanos. Informe N° 29/01. Caso 12.249 Jorge Odir Miranda Cortez Y Otros Contra El Salvador. 7 de marzo de 2001.

admisible el caso con relación a las presuntas violaciones, entre otras, de los derechos sociales previstos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. En otros términos, la Comisión sienta precedente en el reconocimiento de su competencia para entender de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, como es el Derecho a la Salud y Salud Mental, previstos en la Declaración Americana planteadas a través de denuncias individuales.

En este mismo caso, que establece un principio general a favor de la justiciabilidad del Derecho de Salud, se denuncia la falta de entrega de medicamentos de HIV y se solicita medidas cautelares para garantizar la entrega de medicamentos por violación del derecho a la igualdad, protección judicial y derechos sociales, así como el Derecho a la Salud como parte integrante del Artículo 26 de la Convención Americana y por ende materia de decisión por la CIDH en casos individuales. Criterio aplicable al resto de los derechos sociales aludidos en el artículo 26.<sup>49</sup>

Este caso de exigibilidad directa del Derecho a la Salud resulta de importancia ya que la Comisión Interamericana avanza firmemente en el camino hacia la efectiva vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales. En su interpretación de inestimable valor, la CIDH ha considerado que el Derecho a la Salud se encuentra protegido en la Convención Americana en su Artículo 26 y que por esa vía, está facultada para entender de violaciones en casos individuales. Igual criterio resulta aplicable al resto de los Derechos Sociales aludidos en el Artículo 26, incluyendo el de Salud Mental.

---

<sup>49</sup> El artículo 26° de la Convención Americana se refiere al Desarrollo Progresivo de los Derechos Económicos, Sociales Y Culturales.

Basta con observar los dos casos presentados para establecer que la CIDH admite su competencia *ratione materiæ* para conocer de peticiones individuales sobre violaciones presuntas a derechos económicos, sociales y culturales, en general, y en particular del Derecho a la Salud Mental, a través de la infracción al Artículo 26 del Pacto de San José, interpretado por el Protocolo de San Salvador, sin perjuicio de la necesaria vinculación e interpretación que dicho artículo tiene con las normas sobre el Desarrollo Integral de la Carta de la OEA, y con la Declaración Americana.<sup>50</sup> Además, la Comisión se ha pronunciado específicamente sobre el Derecho a la Salud, manifestando que al estar este derecho inserto en el Artículo 26 de la Convención, la CIDH tiene competencia para conocer los casos de violación del mismo. De todas formas, no se ha pronunciado sobre el tema de salud mental para los afectados por Conflictos Armados Internos.

En aquellos casos, cuando la CIDH ha adoptado una resolución final y ésta no ha sido acatada por el Estado Parte y no se ha llegado a un acuerdo satisfactorio, la Comisión puede decidir la remisión del caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)<sup>51</sup>, una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

---

<sup>50</sup> Sin embargo, llama la atención que la Comisión Interamericana, en el informe sobre admisibilidad 29/01 (caso 12.249) no refiriera la violación al artículo 26 de la Convención, a través del incumplimiento de las normas referentes de la Carta de la OEA —que tienen mención expresa en la redacción del artículo— de la cual son parte todos los Estados miembros de la OEA, y sí lo hiciera sólo con relación al Protocolo de San Salvador, del cual sólo son parte 12 Estados miembros (hasta la fecha: Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam y Uruguay).

<sup>51</sup> Convención Americana de Derechos Humanos. Artículos. Nros. 50 y 51.1

La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y su Estatuto, ejerciendo una función jurisdiccional y consultiva.<sup>52</sup> Como bien se dijo, dentro su función jurisdiccional, la Corte conocerá aquellos casos que presente la CIDH los mismos que concluirán con el dictamen de la Sentencia, la misma que si es vinculante entre los Estados miembros, y en el caso que nos ocupa, recordemos que el Perú si se constituye en Estado miembro.

Finalmente, vale mencionar que hasta el presente, no se ha encontrado jurisprudencia relevante en lo que se refiere al reconocimiento del Derecho a la Salud Mental por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>53</sup> Eric Rosenthal,<sup>54</sup> Director Ejecutivo de Mental Disability Rights Internacional, ha señalado que en este aspecto se trabajó y se presentó un caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, esta clase de Petición es la primera en el sistema americano. En respuesta a esta petición la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos (CIDH) aprobó medidas urgentes de proteger las vidas y la integridad física de 460 personas detenidas en una institución psiquiátrica en Paraguay. Este caso es importante ya que revela la consideración por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

---

<sup>52</sup> Su función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención Artículos que regulan la competencia y funciones de la Corte IDH en cuanto al sometimiento de casos a decisión de la Corte, reconocimiento de la competencia de la Corte por parte de los Estados, competencia de la Corte en cuanto a la interpretación y aplicación de la convención, garantías a lesionados por violaciones y medidas provisionales. Su función consultiva se rige por las disposiciones del Artículo 64 de la Convención, que regula la competencia y funciones de la Corte IDH en cuanto a las consultas por los Estados miembros de la Organización sobre los tratados y opiniones de la Corte acerca de la compatibilidad de leyes internas e instrumentos internacionales.

<sup>53</sup> Jurisprudencia disponible en <[http://www.corteidh.or.cr/inf\\_general/estatuto.html](http://www.corteidh.or.cr/inf_general/estatuto.html)>. También en <<http://www.corteidh.or.cr/>>. (30 de noviembre de 2004).

<sup>54</sup> Entrevista con Eric Rosenthal, director ejecutivo de Mental Disability Rights Internacional (MDRI), realizada en Lima el 16 de septiembre de 2004.



La jurisprudencia nacional e internacional existente sobre salud mental, en general está avocada a la discapacidad por “enfermedad mental” más que a un derecho económico y social exigible.

### 3.3 OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL PERÚ EN MATERIA DEL DERECHO A LA SALUD MENTAL

Los argumentos de promoción del Derecho a la Salud Mental han desarrollado y evolucionado hacia la comprensión de la importancia de que la salud mental gana más fuerza al encuadrarla en términos de derecho, implicando que es un derecho del individuo y no una discreción del Estado. (Leary 1994, sección IV) Al haber presentado el concepto de salud mental así como el hecho de mencionarlo en una serie de instrumentos internacionales y regionales de Derechos Humanos, es menester destacar que cuando se visualiza como un derecho, la promoción y protección de la salud mental llega a ser una obligación del Estado. Por ello, no sólo debe ser considerado como un bien social importante y público, sino también como una calidad inherente a la dignidad de la persona. (Observación General 14, párrafo 33) Al utilizar el enfoque de Derecho a la Salud Mental, esta deja de ser vista como un problema vergonzoso del enfermo mental, dándole prioridad en las agendas nacionales e internacionales.

#### 3.3.1 OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL PERÚ DE ACUERDO A LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Los gobiernos deciden libremente ser parte de los tratados de Derechos Humanos. Sin embargo, una vez que lo son, tienen la obligación de actuar de conformidad con lo dispuesto en el instrumento correspondiente. El Perú como

Estado parte del PIDESC, el Protocolo de San Salvador, y otros instrumentos internacionales de defensa del Derecho a la Salud Mental y Física, está en el deber de cumplir ciertas obligaciones. (Ver Anexo N° 1)

La Observación General N° 14 establece ciertos principios que un Estado debe de cumplir. Estos principios son los de respetar, proteger y cumplir las obligaciones contraídas en relación al Derecho a la Salud Física y Mental.

Los principios de respetar y proteger son un deber negativo, es decir, el mandato de no hacer o no permitir hacer algún acto en contra de la salud física y mental de una persona. Por ejemplo, según Observación General N° 14, la obligación de *respetar* requiere que el Estado peruano se abstenga de interferir en el goce del Derecho a la Salud Física y Mental, es decir que Perú no puede actuar de ninguna manera que viole este derecho, o infrinja la libertad de una persona de acceder a este derecho. Dentro de este concepto esta incluido el principio de no discriminación. De la misma manera, la obligación de proteger requiere que el Estado peruano impida la violación del Derecho a la Salud Mental y física por parte de terceros. Más adelante, en el capítulo 4 del estudio, se hablará cómo las violaciones a estos deberes crean una obligación adicional de reparar el daño sufrido, incluyendo la salud mental.

Por otro lado, el principio de cumplir, refleja un deber positivo, es decir, implica que el Estado debe tomar acciones para proporcionar y facilitar el Derecho a la Salud Física y Mental. Por ejemplo, se debe adoptar medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena

efectividad al Derecho a la Salud Mental y Física, al mismo tiempo, tomar medidas para promover el Derecho de Salud Física y Mental. (Observación General14, párrafo 33) Este deber afirmativo es lo que la presente investigación analiza, ya que justamente se relaciona con la forma de proporcionar y facilitar la salud mental para los afectados por la violencia interna en el Perú.

Este principio es un desafío para el Estado peruano ya que se ve plasmado en las pocas oportunidades que tiene esta población y las limitaciones del Estado en la exigibilidad del Derecho a la Salud Mental. Un ejemplo de ello se da en cuanto a la realización del Derecho a la Salud Física y Mental. La noción de facilitar exige que el Estado peruano lleve a cabo actividades que fortalezcan el acceso y la utilización de los recursos y medios que aseguren la efectividad del Derecho a la Salud Física y Mental. La obligación de hacer efectivo exige que el Estado peruano, quien está sujeto a la disponibilidad de recursos, tome las medidas necesarias para asegurar que cualquier persona de su jurisdicción pueda disfrutar del Derecho a la Salud Física y Mental por sus propios medios; de la misma manera que dicha persona obtenga todo lo que sea necesario “por todos los medios apropiados” para que se concrete la efectividad de dichos derechos.<sup>55</sup> Lo complicado es el hecho de determinar qué comprende “necesario” y “medios apropiados”. Esto complica el discurso, especialmente considerando las diferencias de cultura y las causas de los problemas mentales.

### 3.3.2 CRITERIOS DE EVALUACIÓN: DISPONIBILIDAD, ACCESIBILIDAD, ACEPTABILIDAD Y CALIDAD

---

<sup>55</sup>CDESC. Informe del quinto período de sesiones, anexo III, E/C.12/1990/8. En la Observación General 3 (1990), el Comité se pronunció acerca de la naturaleza de las obligaciones de los Estados Partes que derivan del Artículo 2, Párrafo 1, del Pacto.

Para asegurar la plena efectividad del Derecho a la Salud Física y Mental reconocido por el Artículo 12 del PIDESC, el Párrafo 2° del Artículo indica diversas medidas que deberán adoptar los Estados Partes “a fin de asegurar la plena efectividad” del Derecho de la Salud Física y Mental, pero no se enumera una lista cerrada, mas bien, da pautas que sirven de orientación “para definir las medidas que deben adoptar los Estados...ejemplos generales de las medidas que se pueden adoptar a partir de la definición amplia del Derecho a la Salud.” (Observación General 14, párrafo 13)

La efectividad del Derecho a la Salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el Derecho a la Salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley. (Observación General 14, párrafo 1)

Es menester señalar que la adopción de tal tipo de medidas no agota de manera alguna las obligaciones de los Estados partes.<sup>56</sup> El Estado tiene la obligación de obtener resultados. Esto se refiere específicamente a la adopción de medidas con el fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos de salud física y mental.<sup>57</sup> La Observación General 14 indica que "el Derecho a la Salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades,

---

<sup>56</sup> CDESC: Informe del quinto período de sesiones, Anexo III, E/C.12/1990/8.

<sup>57</sup> Este principio de progresividad no quiere decir que los Estados no tengan obligaciones inmediatas en el sentido de actuar con rapidez y eficacia para alcanzar los objetivos enunciados en el Pacto y que toda medida deliberadamente regresiva debe ser examinada con el mayor cuidado. Comisión de Derechos Humanos E/CN.4/2004/WG.23/CRP.5. Disponible en: [http://www.cetim.ch/es/interventions\\_details.php?iid=232](http://www.cetim.ch/es/interventions_details.php?iid=232). Visitada en: 20 de noviembre, 2004

bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud." (énfasis añadido, Observación General 14, párrafo 9)

Se quiere aclarar que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales explícitamente incluye atención a salud mental dentro de esta gama, considerando que,

la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad...tanto física como mental, incluye el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación... preferiblemente en la propia comunidad... y el *tratamiento y atención apropiados de la salud mental*. (énfasis añadido, Observación General 14, párrafo 17)

Por ello, se refiere a la obligación del estado de prestar servicios en los diferentes niveles en lo que es la aproximación en salud: atención, prevención y promoción de manera casi igual. Estos criterios deben estar claramente presentados en las políticas de estado para así cumplir con los estándares internacionales.

No es suficiente que el Estado peruano tenga una gama de servicios de salud para cumplir con el deber de proporcionar el Derecho a la Salud Física y Mental. El Estado debe asegurar la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de estos servicios para así afirmar que están cumpliendo con sus obligaciones.

La disponibilidad y accesibilidad tienen mucho más que ver con la garantía de igualdad entre toda la población. La disponibilidad requiere un número suficiente de establecimientos, bienes, servicios y programas públicos de salud y centros de atención de la salud,<sup>58</sup> La accesibilidad significa que ellos son accesibles a todos, sin discriminación alguna, incluyendo en especial los grupos vulnerables o marginados como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, entre otros, dentro de la jurisdicción del Estado Parte.<sup>59</sup>

En el curso de la investigación, se descubrió que la cuestión de disponibilidad y accesibilidad de establecimientos, bienes, servicios y programas clásicos ofrecidos para la atención en salud mental por parte del Estado peruano no contempla la problemática de los afectados por la violencia política. Se insiste que no es simplemente la existencia física de establecimientos, bienes, servicios y programas, y una política de la no discriminación, la que puede asegurar la satisfacción de los criterios de disponibilidad y accesibilidad. Al contrario, se ha observado que hay obstáculos subjetivos como el factor geográfico o cultural que contribuyen a generar una situación que de facto hace que las instituciones y servicios de salud no estén disponibles y/o accesibles.

En cuanto a los afectados, muchas veces la gama convencional de establecimientos, bienes y servicios no son aceptables porque no alcanzan a proporcionar lo que es apropiado para sus necesidades en salud mental. Citando

---

<sup>58</sup> Esos servicios deberán incluir 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 existan en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS.

<sup>59</sup> La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas de no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica (asequibilidad), y acceso a la información.

nuevamente la Observación General N° 14 donde se considera el criterio de “aceptable” éste incluye ser respetuosos de la ética médica, ser culturalmente apropiado y ser sensibles a las diferencias de género, el ciclo de vida, y que debería estar concebido para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas.

Considero que en el caso de los afectados por la violencia política el tema de cultura, y la peculiaridad de las causas de su sufrimiento, hacen más difícil la labor de proporcionar lo que es necesario para tratar su salud mental. Este último punto tiene que ver con el criterio de calidad, lo que requiere que los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad.<sup>60</sup> Por tal razón, habría que explorar en más detalle si los avances en salud mental realizados por el gobierno alcanzan los criterios de aceptabilidad y calidad.

### 3.4 LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA Y SU APLICACIÓN

La Constitución Peruana de 1993 contiene algunos artículos relativos a los tratados internacionales, su control constitucional y el carácter de fuente interpretativa del ordenamiento jurídico. Sin embargo, no establece explícitamente la posición de los tratados internacionales en la constitución, situación que se presta a un debate académico de la primacía de los tratados internacionales sobre la ley o de la ley sobre los tratados internacionales.

---

<sup>60</sup> Para ello se requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

Este vacío presenta un desafío tanto para la doctrina como para la jurisprudencia por la significación de la integración del Derecho Nacional con el Derecho Internacional. Ubicar la posición jurídica de los Tratados Internacionales, tanto en el sistema Constitucional como en el Derecho Internacional, es de importancia por cuanto constituyen fuentes del Derecho peruano, desde que son normas con mandatos aplicables directamente, y exigibles judicialmente. (Landa 2002, p. 320)

Landa plantea que en función a la interpretación constitucional la situación de la posición de los Tratados Internacionales en la Constitución Peruana puede ser vista desde diferentes posiciones. Aplicando la tesis del rango constitucional, este autor señala que si bien la Constitución Peruana actual no ha mantenido la cláusula establecida por el Artículo 105° de la Constitución de 1979, que señalaba: “los preceptos contenidos en los tratados relativos a Derechos Humanos, tiene Jerarquía Constitucional...”, una parte de la doctrina concluye que los tratados sobre Derechos Humanos ya no gozan de la misma jerarquía que la Constitución. Sin embargo, menciona el autor, la otra parte, sostiene que la cláusula de los derechos implícitos recogida en el Artículo 3° de la Constitución, dispone que,

la enumeración de los derechos establecidos en el capítulo relativo de los derechos fundamentalmente no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado Democrático de Derecho y de la forma Republicana de Gobierno. (Landa 2002, p. 325).



Tomando estas consideraciones, se puede mencionar que, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, como es el caso de PIDESC, al regular materia de rango constitucional -equivalente a lo dispuesto en el Capítulo II De los derechos sociales y económicos, del Título I De la Persona y la Sociedad, de la Constitución de 1993- tienen por su contenido material una jerarquía de carácter constitucional; motivo por el cual, este tratado goza del rango constitucional por la materia constitucional que aborda.

Por otro lado, siguiendo la tesis que se basa en el valor superior que tienen los Tratados Internacionales sobre las normas legales del derecho interno, tesis de rango supra legal, la Constitución Peruana ha establecido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución que “las normas relativas a los Derechos Humanos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú”.

Al respecto, Landa (2002, p. 326) señala que esta tesis busca armonizar el Derecho Interno con el Derecho Internacional; subordinando la Ley Nacional a los Tratados, es decir que, el ámbito o espacio propio del derecho y la jurisdicción basados en la ley se subordinan a los tratados y sentencias internacionales. Los Tratados Internacionales al regular una misma materia por el principio de jerarquía, el tratado prevalece sobre la ley.

Asimismo, Iguiguren (2003, p. 160) menciona que, si es que los derechos plasmados en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre Derechos Humanos, se atribuye a éstos el papel de parámetro o límite para el contenido de dichos derechos y su interpretación, lo que no podría ser posible si fueran normas de rango inferior a la Constitución. Es más, señala el citado autor que incluso podría argumentarse que este papel rector o delimitador de los tratados sobre Derechos Humanos, para efectos de la interpretación del contenido y alcances de los Derechos Constitucionales, los colocaría en una suerte de rango o posición supraconstitucional.

Por lo que, la existencia de esta norma y su contenido permiten sostener una interpretación que conduce a que los Tratados sobre Derechos Humanos tendrían rango Constitucional.

Por otro lado, en cuanto a la aplicación de las normas de los Tratados sobre Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional utiliza en forma cada vez más frecuente la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993. Del mismo modo, este colegiado ha precisado los alcances de esta Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, señalando que,

la interpretación conforme con los tratados sobre Derechos Humanos contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el

realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región.<sup>61</sup>

En cuanto a las obligaciones del Perú en materia de Derechos Humanos y la función interpretativa del Derecho Internacional, el Tribunal Constitucional haciendo referencia la disposición mencionada, ha señalado lo siguiente:

[Q]ue las normas relativas a los derechos y libertades, que la Constitución reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.<sup>62</sup>

Es así que, las obligaciones del Perú, en materia de Derechos Humanos, no sólo encuentran un asidero constitucional, sino también su aplicación y desarrollo se base en el Derecho Internacional, habiendo reconocido el Tribunal Constitucional que,

el mandato imperativo derivado de la interpretación en Derechos Humanos implica, entonces, que toda la actividad pública debe considerar la aplicación directa de normas consagradas en Tratados Internacionales de Derechos Humanos, así como en la jurisprudencia de las instancias internacionales a las que el Perú se encuentra suscrito.<sup>63</sup>

<sup>61</sup> EXP. N.º 218-02-HC/TC de 03 de agosto de 2002, fundamento 2.

<sup>62</sup> EXP. N.º 2798-04-HC/TC de 09 de diciembre de 2004, fundamento 6.

<sup>63</sup> EXP. N.º 2798-04-HC/TC de 09 de diciembre de 2004, fundamento 8.

Asimismo, ante el cuestionamiento de que si los Tratados Internacionales suscritos por el Perú pueden resultar o no exigibles en lo que respecta a los mandatos exigidos en sus normas, el Tribunal Constitucional ha reconocido que los Tratados Internacionales forman “parte integrante del Sistema Jurídico peruano, siendo plenamente aplicable en vía jurisdiccional ordinaria o especializada”.<sup>64</sup>

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha desarrollado este aspecto con la emisión de algunas decisiones en las cuales ha aplicado instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>65</sup>

Hasta aquí se puede observar, que el desarrollo del Derecho a la Salud en el ámbito internacional no puede dejar de ser considerado en el ámbito interno del Perú. La importancia de la integración del Derecho Internacional con el Derecho Nacional es vital, toda vez, que constituye las fuentes del Derecho peruano, desde que son normas con mandatos aplicables directamente y exigibles judicialmente.

---

<sup>64</sup> EXP. N.º 1277-99-AC/TC 13 de julio de 2002 Fundamento 7.

<sup>65</sup> Sobre aplicación de tratados internacionales sobre derechos humanos ver Sentencia del expediente 177-2002-HC/TC, publicada el 16 de agosto de 2002, fundamento 4, y Sentencia del expediente 309-2002-HC/TC, publicada el 16 de agosto de 2002, fundamento 2., entre otras. En lo que se refiere a la aplicación de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ver Sentencia del expediente 218-02-HC/TC, publicada el 3 de agosto de 2002, fundamento 2 y Sentencia del expediente 726-2002-HC/TC, publicada el 29 de agosto de 2002, fundamento 5, entre otras.

## CAPITULO 4

### LA PROTECCION CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA SALUD MENTAL DE LOS AFECTADOS POR EL CONFLICTO ARMADO INTERNO

Como se ha señalado, el Estado peruano, a través de los Tratados Internacionales donde se constituye en Estado parte, y también a través de su ordenamiento jurídico ha reconocido el Derecho a la Salud, y al hacerlo, incorpora compromisos sociales básicos para la institucionalización social de normas cuyo cumplimiento se puede exigir por procedimientos adecuados a las magistraturas estatales y, eventualmente, internacionales, encargadas de tutelarlos. El Estado peruano, a medida que asume el reconocimiento de más derechos queda institucionalmente comprometido con su tutela y cumplimiento y deviene en un Estado de Derecho. Por ello, debe velar por la realización y protección del Derecho a la Salud Mental.

#### 4.1 EL DERECHO A LA SALUD MENTAL PRESENTADO POR LA COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN

Como consecuencia del trabajo de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación (CVR), hoy día, el tema de salud mental de las poblaciones afectadas por el Conflicto Armado Interno se ha tomado una relevancia significativa. Conformada en el año 2000 por el gobierno interino de Valentín Paniagua, la CVR ha revelado los efectos psicosociales profundos a través de su trabajo, que consistió en aclarar los procesos, hechos y responsabilidades de las violaciones a los Derechos Humanos atribuibles tanto a las organizaciones terroristas así como a los agentes del Estado.

Como parte de este proceso miles de víctimas, que han sufrido la pérdida de personas queridas a través de las desapariciones o asesinatos, los desplazados, torturas y violaciones sexuales, así como encarcelamientos injustificados por terrorismo, se presentaron para dar testimonios públicos y privados. Aproximadamente fueron 16 mil personas, de las cuales en su mayoría ha realizado pedidos de ayuda para tratar las secuelas causadas por la violencia política.

Al final de sus investigaciones comprendidas en el período de 1980 hasta 2000, la CVR presentó las estadísticas del daño en términos humanos, sociales y económicos. Resaltante fue el aumento dramático en el número estimado de fallecidos y desaparecidos, un número de 69,280 personas, 75% de los cuales eran hablantes de lenguas nativas, 79% fueron campesinos, 56% dedicados a actividades agropecuarias y 68% con educación primaria e inclusive inferior, muchos de ellos analfabetos. (CVR 2003, "Conclusiones") En conclusión, aquellas

personas que se encuentran dentro la población históricamente marginada, discriminada y olvidada.

De hecho, la CVR concluyó que se puede explicar la violencia en parte por las condiciones económico-sociales, pues los agentes subversivos aprovecharon esta situación para insertarse en las comunidades más aisladas, abandonadas y pobres, haciendo promesas de rescate. La CVR llegó a la conclusión de que estas condiciones, ahora más agravadas por razones del conflicto, deben ser atendidas para evitar ciclos futuros de violencia. Más que nada, se concluyó que se debe atender a los afectados, quienes por sólo el hecho de haber nacido donde nacieron, sufrieron una pesadilla inconcebible.

No obstante, este tema está llamando más la atención no sólo por la revelación de la intensidad del sufrimiento asociado al conflicto armado y la violencia política, sino también a la importancia cada vez mayor que adquiere el fenómeno debido a que más y más países están viviendo una época de violencia política y conflictos armados internos, lo cual sugiere la necesidad de volver a través de la transición hacia la paz y democracia, a menudo marcada por mecanismos asociados con “justicia transicional”. Tal proceso viene revelando los efectos dramáticos que experimentan las comunidades y hace hincapié en la necesidad de responder a las secuelas psicosociales particulares del tipo de conflicto que ocurren en tiempos modernos.

#### 4.1.1 LOS EFECTOS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO EN LA SALUD MENTAL: SECUELAS DE LA VIOLENCIA POLÍTICA

Cuando la CVR publicó su Informe Final en agosto 2003, dedicó un capítulo entero a las secuelas causadas por el conflicto, con un énfasis especial en el bienestar mental de las víctimas. En el capítulo “Las Secuelas de la Violencia”, se habla

sobre los daños individuales y sociales, y las repercusiones profundas sobre la integridad física y psíquica de las personas afectadas. De hecho, Ana Maria Rebas nos comentó que “dentro de las secuelas más claras que ha sacado el informe [de la CVR] está el tema de salud mental como consecuencia de la violencia... es uno de los pocos temas más claros que resalta.”<sup>66</sup>

Las secuelas en este campo abarcan efectos perniciosos en las relaciones de convivencia, tanto familiares como comunitarias...este tipo de secuelas han dejado huellas permanentes, que requieren no sólo de la activa solidaridad de la sociedad, sino también de una atención profesional competente. (CVR 2003: Tomo VII, párrafo 133) El diagnóstico que realizó la CVR en cuanto al tema de salud ha establecido que los efectos del Conflicto Armado Interno repercuten tanto en el plano personal como en el colectivo.

En el plano personal se observan el miedo y la desconfianza, los daños en la salud mental como la depresión, estrés postraumático, y problemas psicosomáticos, los daños a la identidad personal, las conductas maladaptativas como el alcoholismo, violencia intrafamiliar, pandillaje juvenil y suicidios. En el plano colectivo se observa la afectación o desintegración de los vínculos familiares y comunitarios, la desprotección y vulnerabilidad, la alteración de la convivencia y la estigmatización. (PIR, Versión resumida 2003, 19) Se indica que,

En el ámbito personal, el daño en la salud mental se expresó en una serie de problemas que afectan el funcionamiento social y limitan las posibilidades de una vida digna. Se encuentran específicamente problemas

---

<sup>66</sup> Entrevista con Ana Maria Rebas funcionaria de OXFAM Perú. Lima. En fecha: 14 de septiembre de 2004.



psicosomáticos, depresión, duelo alterado o no completado, sentimientos de desamparo, pérdida de confianza en sí mismo y en los demás, dificultades de aprendizaje, angustia generalizada, hipervigilancia, insomnio. (CVR 2003: Tomo IX, p. 121)

Por ello, en su conclusión final No. 162, llegó a “la convicción de que las secuelas del Conflicto Armado Interno pesan como una grave hipoteca sobre nuestro futuro y afectan decisivamente nuestra construcción como comunidad nacional de ciudadanos libres e iguales en un país democrático y plural, que avance por el camino del desarrollo y la equidad.” (CVR 2003: Tomo VIII, p. 265). A pesar de que estos daños no son propiamente mensurables, la versión resumida del PIR señala que “la reparación es un gesto y una acción que reconoce y reafirma la dignidad y el estatus de las personas.” Aclarando, que “no sólo en lo material...sino fundamentalmente en la esperanza frente al futuro, en la irreparable pérdida de alguien cercano y querido, en la interrupción y frustración de un proyecto de vida.” (PIR, versión resumida 2003, p. 10).

Además, se consideró el plan de reparaciones como “el inicio de un proceso de resarcimiento y de dignificación de las víctimas” con “profundas implicaciones éticas y políticas, y es un componente importante del proceso de reconciliación nacional.” (CVR 2003: Tomo VIII, p. 265). Pues, en su totalidad, se ha visto el PIR como una forma de mejorar el bienestar, es decir la salud mental de los beneficiarios. Pero su visión, también, tiene consideraciones prácticas para la recuperación del país.

De hecho, la OPS reconoce que una medida juiciosa para evitar nuevos círculos de violencia es proveer atención psicosocial a las víctimas de la violencia. (OMS 2002a, p. 6) Se propone que “heridas psicológicas no resueltas de la comunidad” pueden provocar guerra y conflicto violento en el futuro. (Pupavac 2004, p. 386, traducción propia)

Entonces, los requerimientos para poder asegurar las necesidades de salud mental tienden a volverse especialmente relevantes cuando se considera que los individuos deben ser lo suficientemente saludables para poder ejercer su derecho a reclamar justicia, para acabar con la impunidad, y más aún, asegurar que la violencia pasada no se repita. (De la Aldea 2002; Butchart & Hamber y otros 1998; Lira 1996). Pues, atender la situación emocional de los afectados está vinculado a la reconstrucción post-conflicto, con el proceso de reconciliación, paz y democracia (Banco Mundial 2003) y también como prevención de la repetición en el futuro de violaciones de derechos humanos y opresión. (OMS 2002b)

#### 4.1.2 VIOLACIONES AL DERECHO A LA SALUD MENTAL REVELADAS POR LA COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN

La CVR presentó información concisa y conmovedora sobre las consecuencias de la violencia política y por el Conflicto Armado Interno mostrando como estos eventos implicaron la violación del Derecho a la Salud Mental. Además, debido a que la CVR responsabiliza a las condiciones estructurales por el inicio de la violación, también se presentó como estas condiciones causan violaciones al derecho a la Salud Mental. En ambos casos, el Estado debe asumir la obligación de reparar el daño resultante, incluyendo programas y atención en salud mental.

En un sentido, reclamar el derecho de la reparación es una forma de exigibilidad del Derecho a la Salud Mental. Es decir, en términos generales, reparar significa restaurar o rectificar por un acto injusto. Para las víctimas de la tortura el derecho a la reparación es una parte importante del proceso de curación. Su búsqueda puede dar poder a la víctima, permitiendo a las personas que la han sobrevivido transformar sus sentimientos de pena, aislamiento o estigmatización a través de un proceso público que puede resultar en un reconocimiento general que algo injusto fue cometido y que sus responsables serán castigados. (Cáritas Colombia 2005, p. 2)

Si bien el Derecho a la Salud Mental en si mismo debe ser exigible, se vuelve aún más exigible a través del derecho a la reparación. Además, parece que presenta una forma más flexible y más fuerte de exigir este Derecho a la Salud Mental por varias razones. Primero, la obligación de atender la salud mental surge de un acto u omisión violatorio del Estado, pues la condición de malestar, la falta de salud mental, es culpa del Estado, y no una condición causada de nacimiento o por un accidente natural. Segundo, porque se elimina el requisito del principio de progresividad, ya que el Estado debe proporcionar reparaciones inmediatas.

#### 4.1.3 EL DERECHO A LA REPARACIÓN

El derecho a la reparación existe tanto en el plano internacional como en lo nacional. El Tribunal Constitucional estableció un precedente muy importante acerca de las reparaciones para los afectados del Conflicto Armado el 13 de julio de 2000, cuando resolvió una Acción de Cumplimiento interpuesta por gente

injustamente condenada por delitos de terrorismo o traición a la patria, sobre la base de elementos probatorios insuficientes.<sup>67</sup> Estos peticionarios habían sido liberados a través de una Comisión Ad Hoc formada por la Ley 26655 con el propósito de corregir los errores cometidos por la administración de justicia, en la aplicación de la legislación antiterrorista, que permitió que se les condenara como si fueran culpables. Unas setecientas personas han sido liberadas bajo este régimen legal.

El Tribunal declaró fundada la Acción de Cumplimiento interpuesta por estas víctimas y en consecuencia ordenó a los funcionarios emplazados cumplir con el mandato indemnizatorio reconocido en el inciso 6 del artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el inciso 7 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, que indican que si el condenado es indultado por haberse producido un error judicial, la persona víctima de tal error deberá ser indemnizada, una vez que se haya determinado en sede judicial el monto de la reparación correspondiente a cada uno de los demandantes beneficiados con la Ley N° 26655.

En cuanto al Artículo 14 del Pacto Internacional, el Tribunal señaló que “el mismo forma parte de nuestro derecho y tiene rango de Ley conforme los Artículos 55° y 200°, inciso 4 de nuestra Constitución, de donde resulta plenamente exigible por medio de la presente Acción de Cumplimiento.” En su decisión, equiparó los Tratados Internacionales con las Leyes Nacionales.<sup>68</sup> Según lo ha establecido el

<sup>67</sup> Exp. N.° 1277-99-AC/TC de 13 de julio de 2000.

<sup>68</sup> Específicamente en el fundamento 7 dice: “Constitución Política del Estado reconoce en su Artículo 55° que ‘Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho Nacional’ y el Artículo 200°, inciso 4) consigna entre las diversas normas con jerarquía legal, a los tratados (sin distinción alguna), no cabe sino admitir que los mismos tienen valor normativo indiscutible y en consecuencia son plenamente aplicables por

Tribunal, el derecho a la reparación en el ámbito nacional esta plenamente reconocido.<sup>69</sup> En conclusión, el Tribunal Constitucional aclara:

Que finalmente este Colegiado no puede dejar de reconocer que la legitimidad de un reclamo como el formulado, no se encuentra exento de una significación especial. Un Estado de Derecho como el peruano, no sólo es tal porque sus instituciones funcionen acorde con las atribuciones y competencias asignadas por la Constitución, sino y sobre todo porque las mismas se encuentran orientadas al servicio de la persona humana. La filosofía de nuestra norma fundamental es justamente esa y viene proclamada desde su Artículo 1°, pues si la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, tal postulado sólo puede ser materializado, cuando efectivamente y ante el drama de una injusticia, le sigue como correlato una decisión reparadora, como la que este Tribunal Constitucional ahora y con toda convicción reconoce. (énfasis añadido)<sup>70</sup>

En esta decisión, el Tribunal Constitucional reconoce como fundamental el derecho de una reparación cuando el Estado falla al respetar y proteger los derechos fundamentales y la dignidad de las personas.

Además, el Tribunal reconoció que las víctimas “han perdido trabajo, estudio, bienes materiales y salud, y en su mayoría son de escasos recursos.” Además, en

---

los jueces y tribunales peruanos. Bajo dicha perspectiva y habiendo sido aprobado por nuestro país el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos mediante Decreto Ley N.º 22128 y posteriormente ratificado mediante instrumento de adhesión del doce de abril de mil novecientos setenta y ocho (incluso ratificado nuevamente mediante la Disposición General y Transitoria Décimo Sexta de la Constitución Política de 1979, al igual que a su respectivo Protocolo Facultativo) es un hecho que el citado instrumento supranacional forma parte integrante del sistema Jurídico Peruano, siendo plenamente aplicable en vía jurisdiccional ordinaria o especializada. (énfasis añadido)

<sup>69</sup> El fundamento 10 dice, “...el contenido esencial de cada derecho fundamental (y la indemnización lo es, en las circunstancias descritas) debe interpretarse de conformidad con los dispositivos internacionales relativos a Derechos Humanos, tal y como lo establece la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución, cuyo texto precisamente contempla que Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú.

<sup>70</sup> Exp. N.º 1277-99-AC/TC de 13 de julio de 2000, fundamento 18.

su opinión, reconoce que, “el drama de las personas a las que se refiere esta iniciativa y el de sus familias requiere antes que fórmulas jurídicas de perfección teórica, mecanismos rápidos para lograr que recuperen su libertad e impedir que su integridad física y moral siga deteriorándose purgando penas por delitos que nunca cometieron.”<sup>71</sup> Aunque no se mencione directamente la salud mental, dada la interpretación de la Corte Interamericana, daños morales equivale a lo mismo.<sup>72</sup> En este sentido, se puede interpretar que las violaciones de otros Derechos Humanos también resultan en la violación del Derecho a la Salud Mental.

El mandato de la CVR incluyó recomendar propuestas de reparación y dignificación a las víctimas y a sus familiares, el Estado peruano asumió y reconoció el deber jurídico de asegurar a las víctimas del Conflicto Armado Interno una adecuada reparación. Como salida por la magnitud y extensión del daño, la CVR planteó un Plan Integral de Reparaciones como la mejor forma de atender al número grande de víctimas.

#### 4.2 EL PLAN INTEGRAL DE REPARACIONES (PIR)

Cabe resaltar las bases legales del Plan Integral de Reparaciones (PIR) del Informe Final de la CVR, que ofrece la dimensión jurídica en su sección de fundamentos, escribiendo: “La obligación de reparar se fundamenta tanto en el Derecho Interno peruano como en el Derecho Internacional.” Continúa mencionando,

<sup>71</sup> En párrafo 12 dice: “...El Tribunal se refiere el Proyecto de Ley N.º 1531/96-CR, remitido por el Poder Ejecutivo de Perú, que eventualmente formo base por Ley 26655.

<sup>72</sup> Ver Caso Castillo Páez, Reparaciones, párrafo 86. Ver también Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones, párrafo 52.

Según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), la responsabilidad del Estado se plantea cuando un Estado viola la obligación primaria de respetar y hacer respetar Derechos Humanos internacionalmente reconocidos. Dicha obligación incluye el deber de garantía, que se refiere al deber jurídico de prevenir tales violaciones, de investigar seriamente las que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponer las sanciones pertinentes y el deber de proporcionar reparación a las víctimas” (PIR, Versión resumida 2003, p 11).

Tal responsabilidad se extiende a actores privados, es decir a los terroristas y por lo tanto, dentro de este marco, son beneficiarios, no sólo aquellos victimizados por los grupos estatales, sino también los que fueron víctimas de los grupos terroristas. El PIR ha establecido que,

El Gobierno peruano es responsable de reparar las violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el Conflicto Armado Interno, que sacudió el país entre 1980 y el 2000, pues es un principio básico del Derecho Internacional que los gobiernos sucesores siguen siendo responsables de los actos ilícitos cometidos por los gobiernos predecesores no reparados por esto, como expresión de la continuidad del Estado. (PIR, Versión resumida 2003, p. 11).

Con este pronunciamiento se establecieron los seis componentes de su plan incluyendo el de “Salud Integral”.

#### 4.2.1 EL PROGRAMA INTEGRAL DE REPARACIONES (PRI) Y SALUD MENTAL

El PIR como su nombre lo indica está concebido de manera integral. Cada uno de los programas del PIR, que están orientados a contribuir a la restitución de diversos derechos violados son todos complementarios y no excluyentes. Cada programa tiene objetivos de mediano y largo plazo que tienen que ver con un proceso de reparación de los daños ocasionados por la violencia y de reafirmación de la condición humana de cada uno de los afectados como individuos y como colectivo.

El PIR plantea entre sus programas complementarios, que se han organizado para el cumplimiento de los objetivos señalados dentro del marco conceptual establecido en este Plan. En particular, el Programa de Reparaciones en Salud, es uno de ellos y cuyo objetivo es la salud:

Es contribuir a que la población afectada por el Conflicto Armado Interno recupere la salud mental y física, que se reconstruyan las redes de soporte social y se fortalezcan las capacidades para el desarrollo personal y social. Todo ello contribuirá a favorecer en las víctimas el desarrollo de la autonomía necesaria para reconstruir su proyecto de vida, individual y colectivo, truncado por el Conflicto Armado Interno. (CVR 2003: Tomo IX, p. 122.)

En el grupo de beneficiarios contemplados para la atención biopsicosocial está incluido, “el universo de los beneficiarios individuales del PIR, quienes padecen algún problema físico o mental y los colectivos humanos beneficiarios.” Incluido en este universo están las familias de aproximadamente 70.000 personas muertas y desaparecidas estimadas por la CVR, y las otras miles torturadas, injustamente encarceladas, discapacitadas, y abusadas sexualmente. Como parte de la



reparación en salud, se contempla cinco componentes: Capacitación, Recuperación Integral desde la intervención comunitaria, Recuperación integral desde la intervención clínica, Acceso a la salud a través de Seguro Integral de Salud (SIS) y la Promoción y Prevención. (PIR, Versión resumida 2003, p. 19-21)

#### 4.2.2 IMPLEMENTACIÓN DE LAS RECOMENDACIONES DE LA CVR

Se considera que las recomendaciones de la CVR no son vinculantes porque la norma que dio inició su trabajo no incluyó tal tipo de provisión, y por tal razón, queda en manos de la voluntad política implementarlas. Sin embargo, las miles de solicitudes hechas a través de los testimonios de ser reparados y atendidos también corresponden al Derecho tanto Nacional como Internacional, pues en el último nivel, la recomendación de reparación es vinculante.

La Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (CNDDHH) en su evaluación de los pasos post-CVR al aniversario de la presentación de su informe, escribe “a un año de la entrega del Informe final podemos afirmar que no existe una política nacional que atienda las reparaciones.” (2004, p. 24). De hecho, había pasado tres meses de la entrega del Informe Final de la CVR antes de que Presidente de la Republica, Dr. Alejandro Toledo<sup>73</sup>, se pronunciara el 21 de noviembre 2003 públicamente sobre las reparaciones donde sus principales afirmaciones fueron las siguientes:

- Pidió perdón a todas las víctimas y afectados.

---

<sup>73</sup> Diario La República, 21 de noviembre de 2003

- No reconoció que las violaciones de los Derechos Humanos por parte de agentes del Estado fueran sistemáticas y generalizadas y que sólo hubieron excesos.
- Anunció medidas para conseguir fondos para la administración de justicia y el registro nacional de víctimas.
- Anunció que se iniciaría un programa de reparaciones colectivas para los departamentos afectados, que se llamaría Plan de Paz y Desarrollo.
- Anunció también reparaciones individuales en salud, educación, vivienda.
- Se creó el día de la reconciliación el 10 de diciembre, Día de los DDHH.
- Se anunció un mecanismo de seguimiento a las recomendaciones del CVR

Es así que, como respuesta por parte del Estado, se plantea priorizar El Plan de Paz y Desarrollo en las zonas más afectadas por la violencia, así como las medidas de reparación individual en materia de educación, vivienda y salud. Según lo manifestado por Toledo: “[A]tendiendo las recomendaciones de la Comisión de la Verdad y Reconciliación hemos decidido llevar a cabo un conjunto de acciones de atención a los más afectados y sus familiares directos.”<sup>74</sup>

Se designó 2,880 millones de nuevos soles para la ejecución de este Plan, reservando asistencia extranjera para inversión descentralizada de actividades y

<sup>74</sup> Pronunciamiento del Presidente Alejandro Toledo sobre el Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, 11 de noviembre de 2003. En línea: [http://www.db.idpproject.org/Sites/idpSurvey.nsf/0F5B71925BF6D160C1256DEF003890AE/\\$file/GoP+truth+comision+21Nov03.pdf](http://www.db.idpproject.org/Sites/idpSurvey.nsf/0F5B71925BF6D160C1256DEF003890AE/$file/GoP+truth+comision+21Nov03.pdf) (10 de octubre de 2004),

servicios para responder a las condiciones de pobreza extrema y para poblaciones de un grado de extrema marginalización a fin de elevar las condiciones de la vida, y asegurar la paz y reconocerlos como verdaderos ciudadanos.<sup>75</sup>

La crítica inmediata fue que el Presidente confundió Desarrollo Social con Reparaciones. Muchos actores sociales consideran que este plan no es un plan de reparaciones colectivas sino un agregado de obras y acciones que el Estado tenía previstas para las Regiones Ayacucho, Huancavelica y Apurímac, y además esta es otra obligación más del estado en materia de derechos sociales y económicos. Como nos comentó Iliana Estabridis de PCS, institución que está asesorando la implementación de estas recomendaciones (PIR) en varias regiones, “el tema que es sumamente difícil y complejo, porque, como en este país no hay una clara conciencia respecto a qué significa violación de derechos y, por lo tanto, qué significa reparación integral, hay una tremenda confusión entre lo que es desarrollo, pobreza y reparación.”<sup>76</sup>

Por lo expuesto, la propuesta de Presidente Toledo fue recibida con suspicacia, aunque todos están de acuerdo en que se hagan obras en las comunidades alto andinas más pobres. Lo grave es que se pretenda pasar este programa de desarrollo como un programa de reparaciones, lo cual confunde a la población. Como nos comentó un entrevistado<sup>77</sup>, “el desarrollo es un derecho que tenemos todos los peruanos. A acceder a servicios públicos de calidad, a participar de nuestra vida política. La reparación es el derecho de las víctimas a recuperar su

<sup>75</sup> Decreto Supremo No. 092-2003-PCM, Publicado en El Peruano (22 de noviembre de 2003).

<sup>76</sup> Entrevista con Liliana Estabridis, Coordinadora de Programa. CPS. Lima. En fecha: 30 de agosto de 2004.

<sup>77</sup> Entrevista con un afectado que por razones personales solicito reserva de su identidad, realizada en Lima el 3 de noviembre de 2004.

dignidad por las violaciones que se cometieron y a sancionar a aquellos que violaron sus derechos fundamentales.”

En esta reacción inmediata, grupos de afectados publicaron sus protestas contra el Plan diciendo que si bien el Plan será importante para la atención de las condiciones que permitieron la violencia en primer lugar, no obstante, no estaba atendiendo lo que era reparación a las víctimas de la violencia y además esta propuesta se pone en conflicto a las víctimas de pobreza con víctimas del Conflicto Armado Interno “las consecuencias de la violencia no son las mismas que aquellas de recursos inadecuados”<sup>78</sup> Por eso, las víctimas insisten en reparaciones individuales por el daño sufrido por la violación de sus derechos.<sup>79</sup> Respaldo esta perspectiva, la CNDDHH sostiene que el Plan “no es reparación colectiva...no responde al deber del Estado de reparar el daño causado.” (CNDDHH 2004, p. 24)

Otra indicación de la falta de coordinación en la implementación de reparaciones se demuestra en la formación de la Comisión Multisectorial de Alto Nivel encargada de las acciones y políticas del Estado en los ámbitos de paz, reparación colectiva y reconciliación<sup>80</sup> que en su formación no incluye representantes del Ministerio de Salud, Educación, Trabajo o vivienda, un mal inicio que finalmente fue corregido por la presión de la sociedad civil.

---

<sup>78</sup> Pronunciamento de la “Campaña con los afectados y las afectadas por Violencia Política”, (Lima, Perú: 26 feb. 2004) (archivo con autores).

<sup>79</sup> Alerta de Prensa, “APRODEH Exhorta Al Ejecutivo: Comisión De Alto Nivel Obvia Recomendaciones CVR” Lima, Perú (Feb. 19, 2004) <http://www.aprodeh.org.pe/notapress/notas/19feb2004ii.htm>.

<sup>80</sup> Decreto Supremo No. 003-2004-JUS (6 de febrero 2004).

A pesar que, la comisión sería representativa, en su pronunciamiento, el Presidente Toledo específicamente hizo referencia a Educación, Vivienda y Salud. Se quiere destacar que en su pronunciamiento del 21 noviembre de 2003, el Presidente incluyó lo siguiente, “en el ámbito de la salud, hemos decidido que los huérfanos y las viudas accedan al Seguro Integral de Salud (SIS). Del mismo modo se iniciará un Programa Nacional de Salud Mental.” Entre sus “primeras acciones” dice que se ejecutará la construcción y ampliación de puestos de salud. Sin embargo, hasta ahora no se cumplen estas promesas y todavía no se ha presentado un diseño de una política nacional de reparaciones, ni tampoco normas vinculantes para convertir al PIR en una obligación del Estado.

De hecho, en entrevista con el representante de sociedad civil dentro de la Comisión Multisectorial, Jaime Urrutia, presentó una copia de la propuesta para incluir a los huérfanos y viudas en el SIS, indicando que aunque fue firmado por el Presidente todavía no se ha publicado oficialmente en El Peruano por lo que no tiene vigencia aún.

#### 4.2.3 LA NUEVA LEY DEL PLAN INTEGRAL DE REPARACIONES

El 20 de julio de 2005, después de un largo debate, el Congreso aprobó por amplia mayoría la Ley de creación del Plan Integral de Reparaciones que establece el marco normativo del PIR para los afectados por la violencia interna. El 28 de julio, en su mensaje presidencial, el presidente Toledo la promulgó, estableciendo la ley 28592.

Esta Ley, que será manejada por la Comisión Multisectorial de Alto Nivel, recoge lo sustancial de la propuesta hecha por la CVR, en su informe final e incluye programas de restitución de derechos ciudadanos, reparaciones en educación, salud, colectivas, simbólicas, y de promoción y facilitación al acceso habitacional, pero no ha considerado las reparaciones económicas individuales, como ser pensiones, indemnizaciones, entre otras.

Una cosa destacable que propone es la creación del Registro Único de Víctimas, algo que se ha considerado fundamental para poder llegar a todos los afectados. La Comisión Multisectorial de Alto Nivel es la encargada para diseñar la organización y el funcionamiento del Consejo de Reparaciones que se hará cargo del Registro.

La promulgación de esta Ley es un paso sustantivo en el seguimiento a las recomendaciones de la CVR que demuestra que el Estado reconoce la violación a los DDHH que genera el derecho de las víctimas a recibir una reparación y la obligación del Estado de darla. Sin embargo, es necesario precisar que la referida Ley no considera en forma expresa las reparaciones individuales económicas, tal como lo propuso la CVR.

#### 4.3 EL AMPARO COMO PROTECCION AL DERECHO A LA SALUD MENTAL DE LOS AFECTADOS POR EL CONFLICTO ARMADO INTERNO.

Las consideraciones realizadas precedentemente demuestran que la actitud injustificada y arbitraria del Estado peruano violó el Derecho Constitucional a la

Salud Mental de los afectados por el Conflicto Armado Interno, por lo que, este derecho violado necesita una reparación urgente, que hasta el presente no se ha dado. Al tener carácter de urgente, no existe acción más rápida y segura para lograr un resultado favorable que la de utilizar el Amparo, toda vez que, el objeto de la demanda de Amparo es el reconocimiento del derecho a la reparación íntegra de los perjuicios sufridos por aquellas personas que han sido víctimas de violaciones a sus Derechos Humanos fundamentales.

La viabilidad del Amparo cumpliría acabadamente con los presupuestos procesales establecidos por el Código Procesal Constitucional, Ley 28237, así como también con lo dispuesto por el Artículo 200 de la Constitución Política. Presupuestos que se desarrollan más adelante.

Hay que considerar que la lesión que origina la acción proviene del Estado y que la lesión ha causado un daño real y actual a los derechos reconocidos no sólo por la Constitución, sino también por los Tratados Internacionales.

Los derechos a la salud física y mental, al desarrollo pleno de la personalidad, el de vida acorde con la condición humana tienen raigambre constitucional por imperio del Artículo 7 de la Constitución. Además, tal como lo señala el Artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, es mediante el esfuerzo de toda la comunidad y la acción del Estado como se debe garantizar el acceso a los bienes y servicios esenciales.

Al decir de Eduardo Barcesat, “para quien examine los Preámbulos de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de Naciones Unidas (1966/76), llamará la atención el énfasis con que se proclama en los mismos que un conjunto de derechos no es posible sin el otro.”<sup>81</sup>

Un ser humano que no come regularmente, que no tiene asistencia médica ni vivienda digna, difícilmente pueda ejercitar, en conciencia, el conjunto de los Derechos Civiles y Políticos.

Se concibe al Estado típicamente como una estructura destinada a violar Derechos Humanos. Y de hecho así ha sido en la historia de la humanidad. Pero no es menos cierto que la estructura estatal no tiene que, necesariamente, configurarse como el máximo hacedor en la violación de los Derechos Humanos. Puede concebirse un Estado que se comprometa, efectivamente, con el reconocimiento de los Derechos Humanos y con su realización.

Es así que, hay que trabajar para que el Estado pueda convertirse en instrumento de desmantelamiento de las desigualdades sociales, y que esa transformación del Estado sea parte de la lucha por la libertad, igualdad y fraternidad de los seres humanos.

---

<sup>81</sup> Ponencia de Eduardo Barcesat, Profesor Titular de Teoría General y de Filosofía del Derecho; de Derechos Humanos y Garantías Constitucionales (Universidad Buenos Aires), “La plena judiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”. En línea: <http://www.abogarte.com.ar/judiciabilidadecosoc.html> (18 de noviembre de 2005).



Sostener que se trata de derechos; eso sí, privándoles de su condición de exigibles, configura la mayor afrenta que se puede inferir a la doctrina de los Derechos Humanos. La exigibilidad del derecho es la esencia de la noción de lo jurídico. Como sostiene la clásica formulación de Ihering, citado por Eduardo Barcesat, "...el derecho es lo que generalmente puede ser realizado; lo que no puede genéricamente ser realizado, no puede constituirse en derecho..."<sup>82</sup> Por tanto, que todo derecho humano reconocido en un cuerpo normativo configura un resultado exigible. Esta caracterización de los Derechos Humanos como obligaciones de resultado se mejora, incorporando la noción de antijuridicidad objetiva para describir la situación previa de desposesión del derecho reconocido en la norma jurídica.

La noción clásica derivada de la responsabilidad religiosa y moral, que presupone un sujeto que conoce el bien y el mal y que obra intencionalmente, sea para producir el obrar querido, supuesto en que será recompensado, o el resultado dañoso, representándose el mismo, u obrando con negligencia tal que produce igualmente el resultado disvalioso, supuestos en los que será castigado, sancionado, es desplazada por una construcción en la que la sola verificación de haberse producido un resultado valorado socialmente como disvalioso, impone una obligación que repara ese resultado dañoso. Se piensa, por ejemplo, en "la salud mental de los afectados por el Conflicto Armado Interno". Encontrar en el viejo molde de la culpa y del castigo un sujeto responsable por ese resultado disvalioso, puede configurar un regreso mitológico a la "primera" falta o incumplimiento. Por otro lado, el sostenimiento en la noción de antijuridicidad objetiva, basta la verificación de la desposesión del derecho reconocido en la norma jurídica –en este caso el disfrute de buena salud mental- para que esa

---

<sup>82</sup> *Ibidem.*

situación de desposesión se configure como antijuridicidad objetiva y ponga en marcha el mecanismo de acceso al derecho.

Por tanto que el soporte del vínculo obligacional, de la obligación de resultado que comporta el reconocimiento de un Derecho Humano, reposa en la antijuridicidad objetiva de la desposesión del derecho reconocido.

Ahora bien, si se admite que se trata de derechos, la tutela jurisdiccional va de por sí incluida en el marco de soporte de todo derecho o garantía, en este caso constituido por la conjunción del Artículo 7 y el Artículo 200 de la Constitución. A pesar de que esta respuesta, si bien tiene la virtud de ser simple y breve, merece algunas profundizaciones.

En la acción típica para obtener el cese de la turbación, el reclamado es el infractor, el que ha incumplido el deber jurídico de no dañar a un tercero. En la acción reclamativa del acceso al derecho, el responsable de proveer la obligación de resultado es el Estado que ha incorporado en su normativa el derecho reclamado. Como se ha mencionado anteriormente, esa exigibilidad del derecho radica en la antijuridicidad objetiva de la situación de desposesión del reclamante frente al Estado que es responsable de la obligación de resultado comprometida por el reconocimiento del derecho en la norma jurídica positiva.

En definitiva, la acción judicial es la garantía final de la efectividad de realización del derecho comprometido. La plena justiciabilidad de los derechos económicos,

sociales y culturales, la que tiene soporte normativo, en nuestro orden jurídico nacional, en la promesa preambular de afianzar la justicia, en esta caso, en la conjunción de los Artículos 7 y 200 de la Constitución, que aseguran la defensa en juicio de la persona y los derechos, aportando un aparato jurisdiccional cuyo deber es conocer y decidir en toda causa que verse sobre puntos regidos por la Constitución, las leyes de la nación y los Tratados Internacionales ratificados por el Estado peruano. Además, la Ley 28237, regulatoria de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, configura, también aquí, una unidad irrevocable entre derecho reconocido y vía judicial de reclamo de su efectividad.

Y detrás de todo derecho, así se quiere sostener, debe haber una acción judicial que posibilite su realización.

En el caso de estudio, la lesión ha causado un daño real y actual al Derecho a la Salud Mental reconocido no sólo por la Constitución, sino también por los Tratados Internacionales.

En el presente caso, se puede advertir claramente y sin dudas que se está frente a una situación manifiestamente violatoria del Derecho a la Salud Mental.

#### 4.3.1 EL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DEL DERECHO A LA SALUD MENTAL

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional distinguió la salud como un servicio público capaz de generar derechos prestacionales y como un típico derecho reaccional o de abstención. En relación con el tema pueden verse la sentencias EXP N° 1429-2002-HC/TC del 29 de noviembre de 2002 “Caso Challapalca” f.j. 13, EXP N° 2945-2003-AA/TC de 20 de abril de 2004 “Caso Azanca Alheli Meza García” f.j. 28 y EXP N° 2016-2004/AA/TC del 5 de octubre de 2004 “Caso José Luis Correa Condori”. Así, la prestación de los servicios de salud, por su naturaleza prestacional, es un derecho y un servicio público de amplia configuración legal, pues corresponde a la ley definir los sistemas de acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo (Constitución Política Artículos 9 y 11).

Por lo tanto, el Derecho a la Salud, es un derecho social de contenido económico que impone distintas obligaciones económicas al Estado, pero al mismo tiempo es un derecho que tiene un contenido esencial que “esta sujeto a las garantías de protección procesal en la vía constitucional”, así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional en su sentencia correspondiente al EXP N° 0050-2004-AI-0051-2004-AI- 004-2005AI- 007-2005-AI- 09-2005-AI/TC del 3 de junio de 2005.

Es así que, se afirma la exigibilidad del Derecho a la Salud, como lo es la protección de su contenido esencial, aun cuando el desarrollo de ese contenido sea de configuración legal. Al respecto puede consultarse la sentencia mencionada en el párrafo precedente.

#### 4.3.2 LA SUBSIDIARIDAD DEL AMPARO

El Código Procesal Constitucional concibe al Amparo como un mecanismo excepcional. Su Artículo 5° inciso 2 dispone que no podrá ser utilizado el Amparo

cuando exista otra vía judicial igualmente efectiva que proteja los derechos amenazados o vulnerados.

Por lo que, para los afectados por el Conflicto Armado Interno, no existe otra vía idónea por la cual se pueda proteger el derecho a la salud mental vulnerado de los afectados. El Amparo se constituye en la única vía para reclamar al Estado la reparación del Derecho a la Salud Mental lesionado, a través de la atención en salud mental, brindando tratamiento integral de salud mental y provisión de medicamentos, y quede así restablecido este derecho a su uso y goce normal.

#### 4.3.3. PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la prescripción del Amparo, se realiza las siguientes consideraciones. Como se ha mencionado, las diversas conductas de los actores armados de las fuerzas de seguridad del Estado dejaron un saldo de decenas de miles de pérdidas humanas y de personas dañadas física y mentalmente. Pero debe señalarse, sin embargo, que los efectos de la violencia no terminan ahí, por el contrario, éstos se prolongan en los sobrevivientes y testigos de esos hechos bajo la forma de hondos sufrimientos. La CVR ha encontrado en sus investigaciones, numerosos testimonios de experiencias traumáticas que se agravaron por un obligado silencio de décadas que impidió a las víctimas afrontar adecuadamente sus dolorosas vivencias. Además, la falta de justicia, el hecho de que el Ministerio Público no desarrolle las investigaciones necesarias, como es el caso del juicio oral contra el denominado grupo paramilitar “Colina”, a cargo de la Sala Penal anticorrupción, el mismo que involucra a más de cincuenta miembros de las Fuerzas Armadas responsables de los hechos de Barrios Altos, Cantuta, El Santa y la muerte de Pedro Sauri, mega juicio que permitirá conocer y asignar responsabilidades a integrantes de las estructuras de poder que cometieron estos

crímenes, sin embargo mientras esto no prospere, es decir mientras no haya justicia, el daño a la salud mental de los afectados por el Conflicto Armado Interno sigue realizándose en forma permanente y continua.

Por otro lado, hay que considerar que el Estado peruano no cuenta con un sistema de salud que atienda la salud mental de los ciudadanos, lo cual es claramente lesiva del Derecho Constitucional a la Salud Mental del cual son titulares los habitantes de la Nación.

Es así que, la acción del Estado, al haber realizado diversas conductas que violaron Derechos Humanos, y su omisión, al no adoptar medidas para que se haga justicia y no garantizar la plena efectividad de este derecho, demuestra que la vulneración del Derecho a la Salud Mental de los afectados por el Conflicto Armado Interno es una afectación permanente, por lo que no podría aducirse la prescripción del Amparo. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha reconocido que “cuando los actos que constituyen la afectación sean continuados, no se produce la caducidad de la acción”.<sup>83</sup>

#### 4.3.4 TITULARES DE LA ACCIÓN

---

<sup>83</sup> EXP. N.º 539-99-AA de 26 de octubre de 1999, fundamento 1 y EXP. No. 1180-97-AA/TC de 11 de junio de 1998, fundamento 2. Sobre la prescripción del Amparo también ver, EXP. N.º 3407-2004-AC de 14 de enero de 2005, EXP. N.º 1049-2003-AA de 30 de enero de 2004, EXP. N.º 1686-2003-AA de 2 de septiembre de 2003, EXP. N.º 2641-2002-AA de 27 de enero de 2003, EXP. N.º 1021-2001-AA de 22 de agosto de 2002, EXP. N.º 960-2001-AA de 22 de agosto de 2002, EXP. N.º 973-2000-AC de 21 de diciembre de 2000, Exp. N.º 506-96-AA de 18 de septiembre de 1996, entre otros.

En el presente caso nos encontramos ante la tutela de derechos individuales homogéneos, los mismos que son de los derechos individuales que tradicionalmente han sido conocidos en el sistema de derecho civil como derechos subjetivos. Este nuevo concepto de derechos individuales homogéneos, según expresa Gidi (2004, p. 61), “sólo refleja la creación de un nuevo instrumento procesal para el tratamiento unitario de los derechos individuales relacionados entre si en una sola acción: la acción colectiva por daños individuales (*class actions for damages*).”

A partir de esta categoría, se puede hablar de derechos individuales homogéneos cuando se reclama una reparación por daños individuales generados por la contaminación ambiental o la publicidad engañosa. (Abad 2004, p. 151) Criterio que resulta ser aplicable al caso de la presente investigación.

Esta tutela de derechos individuales homogéneos, inicialmente fue reconocida por el Decreto Legislativo N° 613 de 1990, Código de Medio Ambiente y los Recursos Naturales, que agregó un párrafo final al Artículo 26 de la Ley 23506 reconociendo legitimación activa para la tutela de derechos fundamentales de naturaleza ambiental: a) a cualquier persona así no haya sido afectada directamente, y b) a las organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro (ONG) cuyo objetivo sea la defensa del medio ambiente.

Por otra parte, de conformidad con la Constitución Política, artículo 163 y con su Ley Orgánica 2652, la Defensoría del Pueblo tiene la función de la Defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad,

entre otros. Por lo que, en cumplimiento de este deber principal, esta entidad también tiene el deber de encargarse del patrocinio de procesos cuando se traten de intereses difusos.

Por su parte, el Código Procesal Constitucional, en su Artículo 40º, señala:

[P]uede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos.

A pesar de estas disposiciones, en ningún momento se hace referencia explícita a un “amparo colectivo”. La tutela constitucional de estos derechos difusos, en nuestro medio apenas empieza su desarrollo jurisprudencia. Uno de los casos que podemos citar es cuando el Tribunal Constitucional precisa los alcances del derecho al medio ambiente manifestando lo siguiente:

[N]o sólo es un derecho subjetivo, sino que se trata también de un derecho o interés de carácter difuso, puesto que es el derecho que lo tuitularizan todas y cada una de las personas.

Realizadas estas consideraciones, tienen una legitimación activa para la tutela del Derecho a la Salud Mental de los afectados por el Conflicto Armado Interno a cualquiera persona que haya sido afectada, las organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro (ONGs) cuya misión este dirigida a la defensa del derecho humano a la salud y/o la Defensoría del Pueblo.



## CONCLUSIONES

- 1 La categorización de los derechos civiles y políticos, y los derechos sociales, económicos y culturales como “derechos de libertad” y “derechos programáticos de prestación”, no responden a una diferencia conceptual, toda vez que, para la garantía de los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales, se requiere de obligaciones tanto negativas como positivas del Estado en diferentes proporciones.
- 2 El derecho a la salud física y mental es un derecho humano fundamental consagrado en la Constitución Política del Estado y su contenido esencial esta sujeto a las garantías de protección en la vía constitucional.
- 3 En la práctica del Tribunal Constitucional se observa la labor de defensa del derecho a la salud que ha realizado, afirmando su competencia para la protección de este derecho a través del proceso de Amparo.
- 4 El estándar del disfrute del más alto nivel posible de salud mental ha sido recalcado por varias resoluciones y principios de diferentes órganos de las Naciones Unidas, como la Comisión de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Observación General N° 14, entre otros.

- 5 El desarrollo del Derecho a la Salud Mental en el ámbito internacional no puede dejar de ser considerado en el ámbito interno. La importancia de la integración del Derecho Internacional con el Derecho Nacional es vital, toda vez, que constituye las fuentes del Derecho peruano, desde que son normas con mandatos aplicables directamente y exigibles judicialmente.
- 6 La actitud injustificada y arbitraria del Estado peruano durante los 20 años de violencia de origen político iniciados en el Perú en 1980, violó el Derecho Constitucional a la Salud Mental de miles de ciudadanos que han sufrido la pérdida de personas queridas a través de las desapariciones o asesinatos, desplazamientos, torturas y violaciones sexuales, así como encarcelamientos injustificados por terrorismo.
- 7 El Estado esta en la obligación de reparar el Derecho a la Salud Mental lesionado, brindando un tratamiento integral de salud mental a los afectados por el Conflicto Armado Interno y quede así restablecido este derecho a su uso y goce normal.
- 8 El Amparo se constituye en la única vía para conceder protección jurídica al Derecho a la Salud Mental de los afectados por el Conflicto Armado Interno.

## BIBLIOGRAFÍA

1. ABAD Yupanqui, Samuel B.  
2004 *El Proceso Constitucional de Amparo*. Lima: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
2. ABRAMOVICH, Víctor.  
2002 *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta.
3. ALEXY, Robert  
1993 *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
4. ANDERSON, Perry  
1982 *El Estado absolutista*. México: Siglo XXI.
5. ARAGON Reyes, Manuel  
2001 "Constitución, Estado Constitucional y Fuentes de Derecho" Tomo I en *Temas Básicos de Derecho constitucional*. Madrid: Civitas Ediciones.
6. BALDASARRE, Antonio  
2001 *Los Derechos Sociales*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.
7. BANCO MUNDIAL  
2003 *Mental Health and Conflict. Social Development Notes: Conflict Prevention and Reconstruction*. N°. 13. En línea: <http://www.Worldbank.Org/Conflict> (3 de octubre 2004),
8. BIDART CAMPOS, Germán José  
1978 *Algunas Reflexiones sobre las Cláusulas Económico-Sociales y el Control de Constitucionalidad en Derecho Comparado*, N° 2. Buenos Aires: Asociación Argentina de Derecho Comparado, pp. 54-59.
9. BIDART CAMPOS, Germán José  
1987 *Las Obligaciones en el Derecho constitucional*. Buenos Aires: EDIAR.

10. BIDART CAMPOS, Germán José  
1991 *Teoría General de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
11. BÖKENFÖRDE, Ernst Wolfgang  
1993 “Los Derechos Fundamentales Sociales en la Estructura de la Constitución” en *Escritos de Derechos Fundamentales*. Berlín: Nomos.
12. BORJA, Rodrigo  
1991 *Derecho Político y Constitucional*. México: Fondo de Cultura Económica.
13. BUERGENTHAL, Thomas y et al. .  
1995 “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos” en *Derechos Humanos Instrumentos Internacionales*. Gaceta Jurídica. Lima: Editores,
14. BUTCHART, Alex y et al.  
1998 “Violence, Power And Mental Health Policy In Twentieth Century South Africa” en Foster, D., Freeman, M. & Pillay, Y. (eds), *Mental Health Policy Issues in South Africa*. Cape Town: Medical Association Multimedia Publications, pp.236-262.
15. CABO Martín, Carlos de (1993)  
1993 *Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional*. Vol. II, Barcelona: Ppu.
16. CANO Valle, Fernando  
2001 *Percepciones Acerca de la Medicina y el Derecho*. Visitado en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/resulib.htm> (31 de agosto de 2005),
17. CARITAS COLOMBIA  
2005 “Que es Reparación” en *Boletín Electrónico Reveré*, N° 5. En Línea: <http://www.pastoralsocialcolombia.org/tevere.htm> ( 29 de noviembre de 2005)
18. CARRILLO Prieto, Ignacio  
1981 *Derecho de la Seguridad Social*. En línea: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=315> (03 de

setiembre de 2005),

19. CASCAJO Castro, José Luis  
1988 *La Tutela Constitucional de los Derechos Sociales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
20. CASTILLO Córdova, Luis  
2005 *Los Derechos constitucionales*. Lima: Palestra.
21. CENTRE EUROPE – TIERS MONDE - CETIM  
2004 *La Justiciabilidad de los Derechos Económicos Sociales y Culturales*. En línea:  
[http://www.cetim.ch/es/interventions\\_details.php?iid=232](http://www.cetim.ch/es/interventions_details.php?iid=232) (23 de noviembre de 2004),
22. CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL  
2004 *Construyendo una Agenda para la Justiciabilidad de los Derechos Sociales*. San José: Centro por la Justicia y el Desarrollo Internacional – CEJIL.
23. COMBILLAS, Ricardo  
1990 *Estado de Derecho, Crisis y Renovación*. Caracas: Jurídica Venezolana.
24. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS  
2005 *Principios y directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, aprobada en 56ª sesión, 19 de abril de 2005. En Línea:  
<http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/reparacion.html#2005/35> (5 de mayo de 2005),
25. COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN  
2003 *Informe Final*. En línea:  
<http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php> (15 de agosto de 2004),
26. COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACION  
2003a *Plan Integral de Reparaciones*, versión Resumida. Lima: Amarilys.

27. COMITÉ DE DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES -CDESC  
2000 *Observación General N° 14*, UN Doc. E/C.12/2000/4,
28. COORDINADORA NACIONAL DE DERECHO HUMANOS - CNDDHH  
2004 *Balance de las Acciones del Estado en la Implementación de las Recomendaciones del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*. Lima: Prado y Zegarra.,
29. COSSÍO Díaz, José  
1989 *Estado Social y Derechos de Prestación*. Madrid: CEC.
30. DE LA ALDEA, Elena  
2002 "Perspectivas en salud mental en la atención de casos de violencia". En Ana María Guerrero (ed). *Derechos Humanos y Salud: encontrando los lazos*. Lima: Asociación Civil para la Educación en Derechos Humanos con Aplicación en Salud (EDHUCAS), pp. 77-79.
31. DÍAZ, Elías  
1969 *Estado de Derecho y Sociedad democrática*. Madrid: EDICUSA,
32. EGUIGUREN Praeli, Francisco José  
2003 "Aplicación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en la Jurisprudencia Constitucional peruana". *Ius et Praxis*, no.1, pp.157-191,
33. ELY Yamin, Alicia  
2002 "Challenges and Possibilities for Innovative Praxis in Health and Human Rights: Reflections from Peru" en *Health and Human Rights*, vol.6, no. 1, pp. 35-62.
34. ESCRIBANO Collado, Pedro  
1976 "El Derecho a la Salud", Cuadernos del Instituto García Oviedo, Sevilla: Universidad de Sevilla.,
35. FORSTHOFF, Ernst,  
1986 "Problemas Constitucionales del Estado Social," en Abendroth, W. et al., *El Estado social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.,

36. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo  
1983 *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas.,
37. GARCÍA Macho, Ricardo  
1982 *Las Aporías de los Derechos Fundamentales Sociales y el Derecho a una Vivienda*. Madrid: Instituto de Administración Local.
38. GARCIA-PELAYO, Manuel  
1984 *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Universidad, Madrid.
39. GARCIA-PELAYO, Manuel  
1996 *Las Transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial.
40. GIDI, Antonio  
2003 *Las acciones colectivas y de tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
41. GONZÁLEZ Moreno, Beatriz  
2002 *El Estado Social: Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*. Madrid: Civitas.
42. HAYEK, Friedrich  
1945 "The road to serfdom", The Reader's Digest condensed version, 'Rediscovered Riches', The Institute of Economic Affairs, Great Britain. En línea: <http://www.iea.org.uk/files/upld-publication43pdf?.pdf> (07 de septiembre de 2005),
43. HELLER, Herman  
1985 *Escritos Políticos*. Madrid: Alianza Universidad.
44. HELLER, Herman  
1985a *Teoría del Estado*. Mexico: Fondo de Cultura Económica.,
45. HESSE, Konrad  
1983 *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

46. HUNT, Paul  
2004 *The Right Of Everyone To The Enjoyment Of The Highest Attainable Standard Of Physical And Mental Health*, Documento Naciones Unidas: E/Cn.4/2004/49,
47. HUNT, Paul  
2004a "Misión al Perú (junio 2004): Resumen de recomendaciones provisionales del Relator Especial de las Naciones Unidas". Lima,
48. JORDAN Quiroga, Augusto  
1992 *El Estado*. Cochabamba: AROL.
49. KELSEN, Hans  
1982 *Teoría pura del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
50. KELSEN, Hans  
1959 *Teoría General del Derecho*. España: Labor.
51. LANDA Arroyo, Cesar  
2002 "La Aplicación de los Tratados Internacionales en el Derecho Interno y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos" en *Derecho Internacional de los Derechos humanos*. Mexico:, Universidad Nacional Autónoma de México, pp.319-347.,
52. LEARY, Virginia A., JD. .  
1994 "El Derecho a la Salud en la Ley Internacional de los Derechos Humanos" en *Salud y Derechos Humanos: Un Diario Internacional*, Vol. 1. N° 1. En Línea : [www.hsph.harvard.edu/fxbcenter/V!N!.htm](http://www.hsph.harvard.edu/fxbcenter/V!N!.htm) (2 de octubre de 2004)
53. LIRA, Elizabeth; Isabel Piper  
1998 *Reparación, Derechos Humanos y Salud Mental*. Santiago de Chile: Instituto Latino Americano de Salud Mental y Derechos Humanos. ,
54. LUCAS Verdú, Pablo  
1955 *Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derechos*. Madrid: Universidad de Salamanca.,
55. MELISH, Tara



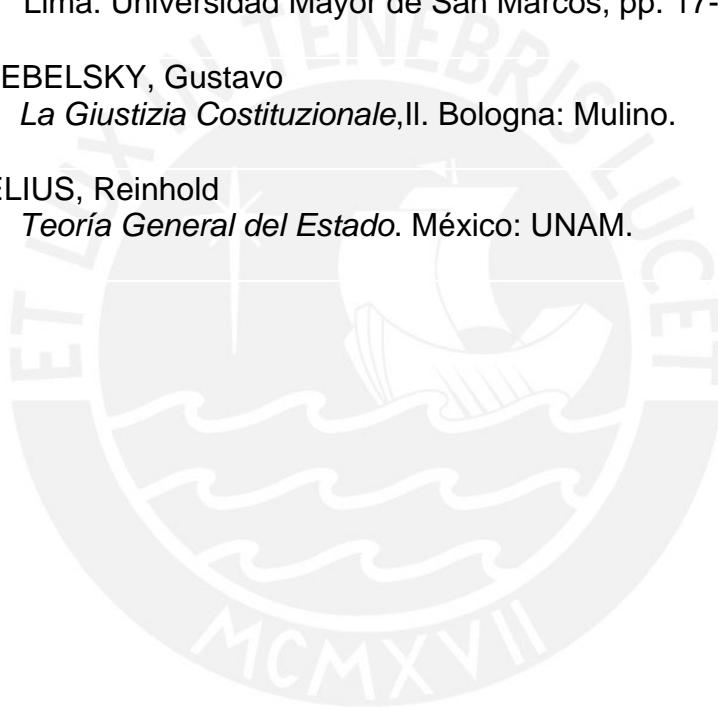
- 2003 *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Quito: Centro de Derechos Economicos y Sociales.
56. MERQUIOR, José Guilherme  
1997 *Liberalismo, Viejo y Nuevo*. México: Fondo de Cultura Económica.
57. MESÍA Ramírez, Carlos  
2004 *Derechos de la persona*. Lima: Fondo editorial del Congreso del Perú.
58. MINISTERIO DE SALUD - MINSA  
2004 *Lineamientos para la Acción en la Salud Mental*. Lima: Ministerio de Salud,
59. MINISTERIO DE SALUD - MINSA  
2004a “MINSA requiere más de 34 Millones para atender a 22 mil Familias Víctimas de la Violencia Política”. Nota de Prensa. En línea:  
[http://www.minsa.gob.pe/ocom/prensa/notadeprensa.asp?np\\_codigo=1637&mes=8&anio=2004](http://www.minsa.gob.pe/ocom/prensa/notadeprensa.asp?np_codigo=1637&mes=8&anio=2004) (26 de septiembre de 2004),
60. MINISTERIO DE SALUD - MINSA  
2004b *Estrategia Sanitaria Nacional de Salud Mental y Cultura de Paz*. Lima: Ministerio de Salud.
61. JELLINEK, George  
1954 *Teoría General del Estado*. Buenos Aires: Albatros.
62. MOLLICA, Richard F.; Laura Mcdonald,  
2003 “Project 1 Billion Health Ministers of post-conflict Nations Act on Mental Health Recovery.” *UN Chronicle*. En línea:  
<http://www.un.org/Pubs/Chronicle/2003/Issue4/0403p56.asp> # (20 de octubre de 2004),
63. MORRALL, Peter; Mike Hazelton  
2004 *Mental Health: Global Policies and Human Rights*. London: Whurr Publishers Ltd., p. XI.
64. NOVAC, Fabián y Elizabeth SALMON  
2002 *Las Obligaciones Internacionales del Perú en Materia de*

*Derechos Humanos.* Lima: PUCP Fondo Editorial

65. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE SALUD  
1946 *Constitución de la Organización Mundial de Salud. Adoptada en Nueva Cork, el 22 de julio de 1946.*
66. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE SALUD  
2001 *Informe sobre la Salud del Mundo 2001. Salud Mental: Nuevos Conocimientos, Nuevas Esperanzas,*
67. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE SALUD  
2002 *Informe Mundial de la Violencia y la Salud.* Ginebra,
68. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE SALUD  
2002a "Breaking The Vicious Circle" en *Health In Emergencies*, 12, p. 6.
69. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE SALUD  
2002b *Consultation On Health As A Bridge To Peace.* Ginebra: OPS.
70. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE SALUD  
2004 Preventing Violence: A Guide To Implementing The Recommendations Of The World Report On Violence And Health. Ginebra,
71. PEDERSON, Duncan  
2002 "Political Violence, Ethnic Conflict, And Contemporary Wars: Broad Implications For Health And Social Well-Being" en *Social Science & Medicine* 55, pp. 175 –190,
72. PÉREZ Royo, J.  
2001 "Estado de Derecho" en *Temas Básicos de Derecho Constitucional.* Madrid: Civitas Ediciones S.L.,
73. PÉREZ Luño, Enrique  
1979 *Los derechos humanos.* Sevilla: Universidad de Sevilla.
74. PÉREZ Luño, Enrique  
1998 *Los Derechos Fundamentales*, 4ª edición. Madrid: Tecnos.
75. PUPAVAC, Vanessa  
2004 "International Therapeutic Peace And Justice" en *Bosnia Social & Legal Studies.* Vol. 13(3), pp. 377–401.,

76. REMIRO, Antonio y et al.  
1997 "Protección Internacional de los Derechos Humanos" en *Derecho Internacional*. Madrid: McGraw-Hill, pp. 1021-1057,
77. RIVERO LAMAS, Juan  
2000 *Protección de la Salud y Estado Social de derecho*. Zaragoza: Real Academia de Medicina de Zaragoza..
78. RIVERA, Miryam; Ana REYES y Rosa María CUETO  
2003 *Ayacucho: Personas En Una Guerra, Apuntes Desde Salud Mental, Ayacucho*. Documento de Trabajo.
79. RUBIO Correa, Marcial  
1999 *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: PUCP Fondo Editorial,
80. RUIZ Massieu, José Francisco  
1983 "El contenido programático de la constitución y el nuevo derecho a la protección de la salud", Soberón et. Al., *Derecho constitucional a la protección de la salud*. México: Miguel Angel Porrúa,
81. SALMON, Elizabeth  
2004 *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Lima: PUCP Fondo Editorial.
82. SANTOS, Boaventura de Sousa  
1991 "Sobre los modos de producción del derecho y del poder social" en *Estado, derecho y luchas sociales*. Bogota: ILSA.,
83. SHELTON, Dinah  
2002 "Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility" *American journal of international law*, Vol. 96. En Línea: [www.asil.org/ajil/ilcsymp5.pdf](http://www.asil.org/ajil/ilcsymp5.pdf) (10 de septiembre de 2004),
84. STERN, Klaus  
1988 "El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal Alemana", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid,
85. SUMMERFIELD, Derek

- 1999 "A Critique Of Seven Assumptions Behind Psychological Trauma Programmes". En *War-Affected Areas, Social Science & Medicine*, 48, pp 1449-1462.
86. UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS  
2004 "Informe Ejecutivo". En *Violencia en Latinoamérica. Actas del Seminario-Taller Latinoamericano: "Formación y Capacitación de Recursos Humanos en Salud para la Atención Integral de Víctimas de la Violencia y Violación de Derechos Humanos*. Lima: Universidad Mayor de San Marcos, pp. 17-24.
87. ZAGREBELSKY, Gustavo  
1977 *La Giustizia Costituzionale*, II. Bologna: Mulino.
88. ZIPPELIUS, Reinhold  
1987 *Teoría General del Estado*. México: UNAM.



## ANEXO 1

### OFICINA DE LA ALTA COMISIONADA DE DERECHOS HUMANOS Estatus de los principales instrumentos Internacionales de derechos humanos, Perú

Los instrumentos de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos que establecen comités para vigilar la implementación de los mismos son los siguientes:

- 1) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), vigilado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- 2) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (CCPR), vigilado por el Comité de Derechos Humanos;
- 3) El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (CCPR-OP1), vigilado por el Comité de Derechos Humanos;
- 4) El Segundo Protocolo Facultativo destinado a abolir la pena de muerte (CCPR-OP2-DP);
- 5) La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD), vigilada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial;
- 6) La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), vigilada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer;
- 7) El Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW-OP);
- 8) La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT), vigilada por el Comité contra la Tortura;
- 9) La Convención sobre los Derechos del Niño (CRC), vigilada por el Comité de los Derechos del Niño (CRC);
- 10) El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niños (CRC), relativo a la participación de los niños en los conflictos armados (CRC-OP-AC);
- 11) El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niños (CRC), relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (CRC-OP-SC);
- 12) La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (MWC). La Convención entrará en vigor cuando sea ratificada por 20 Estados.

El siguiente cuadro corresponde al Perú como Estado Miembro de las Naciones Unidas y recoge si es parte (indicado por la fecha de aceptación) de los diversos instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas aquí recogidos.

Con fecha de 10 de enero de 2003, todos los 188 Estados Miembros y 5 Estados no-Miembros eran parte de por lo menos uno de estos instrumentos.

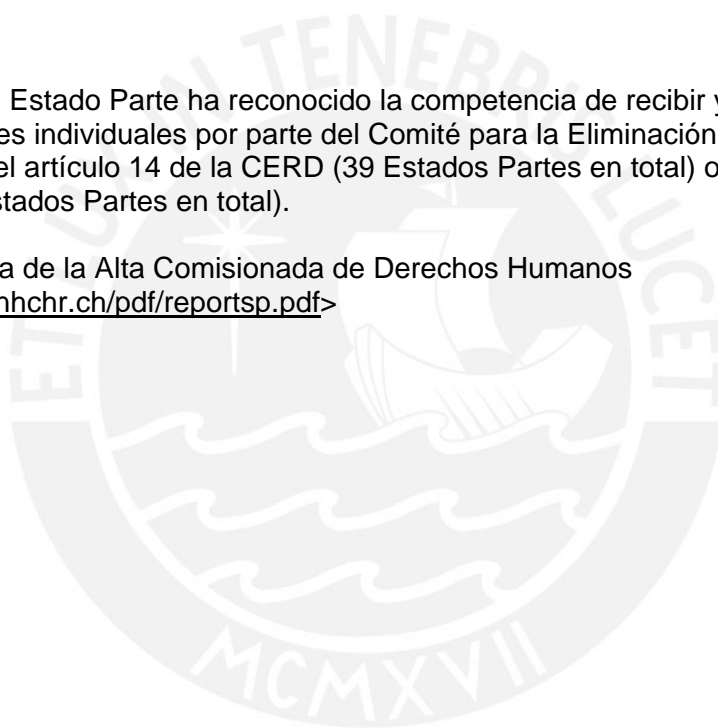
Instrumento internacional	CESCR	CCPR	CCPR-OP1	CCPR-OP2-DP	CERD	CEDAW	CEDAW-OP	CAT	CRC	CRC-OP-AC	CRC-OP-SC	MW
Fecha	28 de abril de 1978	28 de abril de 1978	3 de octubre de 1980 <sup>a</sup>		29 de setiembre de 1971*	13 de setiembre de 1982	9 de abril de 2001	7 de julio de 1988*	5 de setiembre de 1990	9 de mayo de 2002	9 de mayo de 2002	

Nota:

<sup>a</sup> adhesión

\* Indica que el Estado Parte ha reconocido la competencia de recibir y procesar comunicaciones individuales por parte del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial según el artículo 14 de la CERD (39 Estados Partes en total) o del Comité contra la Tortura (52 Estados Partes en total).

*Fuente:* Oficina de la Alta Comisionada de Derechos Humanos  
<<http://www.unhchr.ch/pdf/reportsp.pdf>>



## ANEXO 2

**ESTATUS DEL PERÚ COMO ESTADO PARTE DEL  
PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y  
CULTURALES  
(29 de noviembre de 2002)**

**A. Informes Iniciales y Segundos Informes Periódicos**

Estado Parte	Fecha de la entrada en vigor	Informes Iniciales			Segundos informes periódicos		
		Artículos 6-9	Artículos 10-12	Artículos 13-15	Artículos 6-9	Artículos 10-12	Artículos 13-15
( Expedientes sumarios de la consideración de informes)							
Peru	28 de julio de 1978	E/1984/6/Add.5 (E/1984/WG.1/SR.11 and 18)	E/1990/5/Add.29 (E/C.12/1997/SR.14-17)		Atrasado		

*Fuente:* Naciones Unidas. Comité de Derechos, Económicos Sociales y Culturales.  
(Traducción propia)

## ANEXO 3

**PETICIONES ADMITIDAS CIDH  
RELATIVAS AL DERECHO A LA SALUD(2004)**

## INFORME N° 25/04

Petición 12.361

Admisibilidad

Ana Victoria Sánchez Villalobos y Otros

Costa Rica

11 de marzo de 2004

## INFORME N° 16/04

Petición 129/2002

Admisibilidad

Tracy Lee Housel

Estados Unidos De América

27 de febrero de 2004 (salud mental)

## INFORME N° 12/04

Petición 4390/02

Admisibilidad

Internos del Penal de Challapalca

Perú

27 de febrero de 2004