

Universidad Católica de Santa María
Escuela de Postgrado
Maestría en Derecho Constitucional



**EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y LA JURISPRUDENCIA EN EL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO**

Tesis presentada por la Bachiller:

Rosado Torres, Iris Marina

Para optar el Grado Académico de:

Maestro en Derecho Constitucional

Asesor: Dr. Cáceres Arce, Jorge Luis

AREQUIPA, PERÚ

2018

DICTAMEN

A : DR. HUGO TEJADA PRADELL
Director de la Escuela de Postgrado

DE : DR. JORGE LUIS CÁCERES ARCE
Profesor Dictaminador

ASUNTO : Proyecto de Tesis titulado: "EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA
SALUD Y LA JURISPRUDENCIA EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PERUANO"

FECHA : 19 de diciembre de 2017

Señor Director, he revisado el levantamiento de las observaciones al plan de tesis titulado "EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y LA JURISPRUDENCIA EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO", de la autoría de la Bachiller en Derecho Doña IRIS ROSADO TORRES, quién pretende optar el grado académico de Maestro en Derecho Constitucional.

La investigadora ha procedido a levantar las observaciones de fondo y de forma del borrador de tesis y considero que se encuentra apto para ser sustentado, conforme a la reglamentación de la Escuela Postgrado.

Es todo cuanto informo a Usted.

Sinceramente,

Jorge Luis Cáceres Arce
Profesor Dictaminador



DICTAMEN

A : DR. HUGO TEJADA PRADELL
Director de la Escuela de Posgrado

DE : DR. MARCO FALCONÍ PICARDO
Profesor Dictaminador

REF Proyecto de Tesis "EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y LA
JURISPRUDENCIA EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL"

FECHA : Arequipa, diciembre 28 del 2017

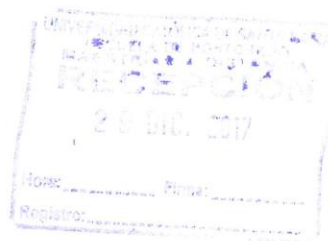
La señorita Bachiller IRIS MARINA ROSADO TORRES, ha cumplido con levantar las observaciones que se formularan al Proyecto de Tesis intitulado "EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y LA JURISPRUDENCIA EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL".

Por ésta razón considero que se encuentra apta para ser sustentada conforme al Reglamento de la Escuela de Posgrado para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho Constitucional.

Salvo mejor parecer.

Muy atentamente,


Marco Falconí Picardo
Profesor Dictaminador



Arequipa, 21 de diciembre de 2017

Señor Doctor

HUGO TEJADA PRADELL

Director de la Escuela de Post Grado de la
Universidad Católica de Santa María de Arequipa


CIUDAD.

Referencia: Dictamen

Tengo el agrado de dirigirme a Ud. a fin de manifestarle que se ha procedido a revisar el proyecto de tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Constitucional titulado: *El derecho fundamental a la salud y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*; presentado por la bachiller Iris Marina Rosado Torres.

Habiéndose subsanado las observaciones formuladas, consideramos que el borrador de tesis reúne las condiciones para su aprobación y posterior sustentación oral.

Es cuanto informo a Ud.



DR. EDUARDO J. MEZA FLORES



La libertad de buscar y decir la verdad es un elemento esencial de la comunicación humana, no sólo en relación con los hechos y la información, sino también y especialmente sobre la naturaleza y destino de la persona humana, respecto a la sociedad y el bien común, respecto a nuestra relación con Dios.

Juan Pablo II

Tuvimos la ocasión de afirmar que la paz es inconcebible si no reposa en el respeto de los derechos humanos. Es necesario construir un mundo aceptable para todos. Los derechos humanos son una fuente de vida y concordia, su manantial puede nutrirnos para toda la eternidad, siempre que nosotros queramos beber de él.

René Cassin



DEDICATORIA

*A mi querido Papá Víctor Román Rosado
Linares, por su gran amor, por su valioso apoyo
y por ser mi guía, mi maestro, y por motivarme a
salir adelante, y enseñarme el hábito del estudio,
sin su apoyo no lo hubiera logrado.*



AGRADECIMIENTOS

Doy gracias a Dios por las cosas buenas y también doy gracias a Dios por las cosas malas; ya que de cada una de estas cosas me han quedado grandes lecciones.

Doy gracias, también a todas las personas que me han ayudado, mi corazón tiene un espacio para cada una de ellas por las que siento una inmenso cariño y gratitud.

INTRODUCCIÓN

Señor presidente y Señores miembros del Jurado de la Escuela Profesional de Posgrado de la Universidad Católica de Santa María:

Pongo a vuestra consideración, el presente Trabajo de Investigación que lleva como título:

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y LA JURISPRUDENCIA EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO.

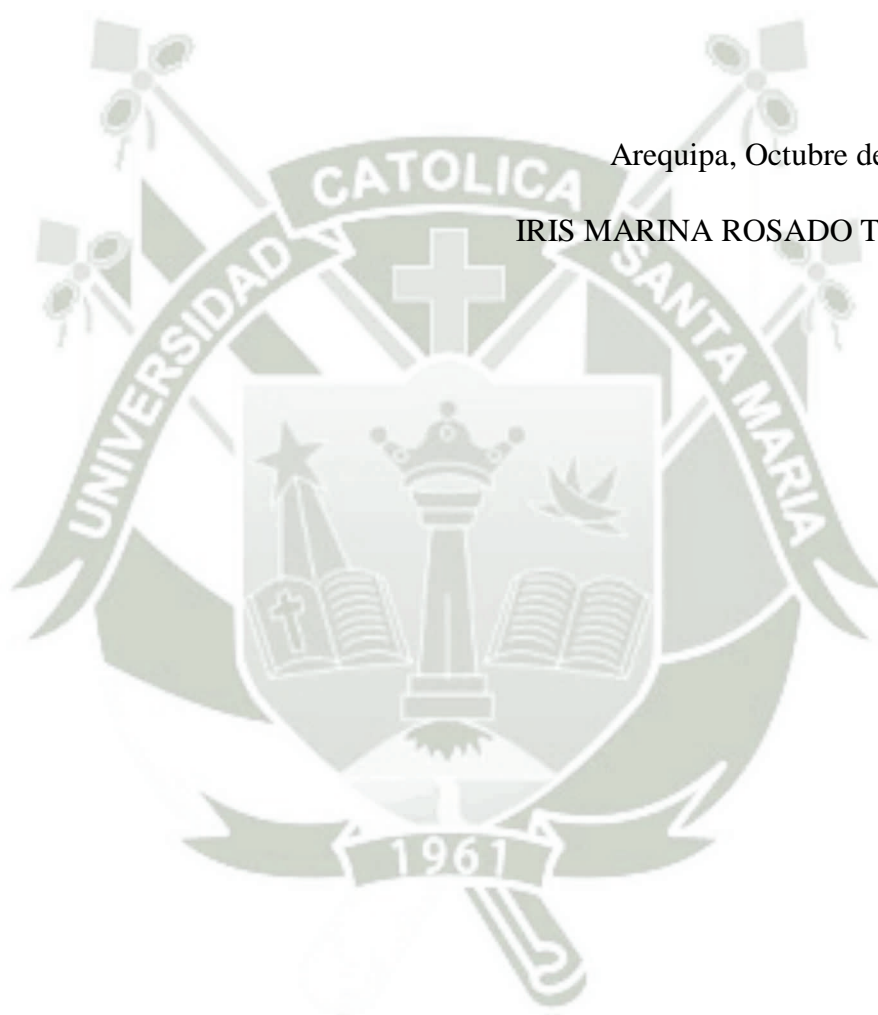
El trabajo comprende cinco capítulos: el capítulo primero está referido al desarrollo de la evolución del derecho a la salud a nivel convencional, constitucional y legislativo, en el capítulo segundo se desarrolló el derecho fundamental a la salud, en el capítulo tercero el conflicto de intereses entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales, en el capítulo cuarto se analiza el derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y finalmente en el capítulo quinto se analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano sobre el derecho fundamental a la salud.

El presente trabajo de investigación surgió a partir de las siguientes interrogantes: ¿Por qué los derechos sociales, económicos y culturales no tienen la misma valoración que los derechos civiles y políticos?, ¿Se puede hacer exigible el derecho social a la salud, en una sociedad en donde el Estado basa el aseguramiento de los derechos civiles, sociales y culturales en el presupuesto nacional?, ¿Hasta qué punto, los mecanismos judiciales pueden corregir o disminuir la constante vulneración del derecho a la salud de manera efectiva y eficaz, frente a las políticas públicas peruanas?; motivo por el que se fijaron los siguientes objetivos: delimitar porque los derechos sociales, económicos y culturales no tienen la misma valoración que los derechos civiles y políticos; establecer si se puede hacer exigible el derecho social a la salud, en una sociedad en donde el Estado basa el aseguramiento de los derechos civiles, sociales y culturales en el presupuesto nacional; y determinar hasta qué punto, los mecanismos judiciales pueden corregir o disminuir la constante vulneración del derecho a la salud de manera efectiva y eficaz, frente a las políticas públicas peruanas

La conclusión a la que se arribó fue la siguiente: el Tribunal Constitucional peruano, ha sostenido que los derechos económicos, sociales y culturales, si bien dependen, de las políticas públicas, estos derechos han dejado de ser programáticos, para pasar a ser derechos progresivos, lo que amerita, una mayor intervención del Estado, en la promoción y protección de estos derechos; asimismo, con respecto a la dependencia de la ejecución presupuestal en las políticas sociales, el Tribunal ha señalado, que estas deben dejar de ser vistas como meros gastos, sino más bien se les debe considerar como una inversión social, para el bienestar común.

Arequipa, Octubre de 2017

IRIS MARINA ROSADO TORRES



RESUMEN

El objetivo principal del tema de investigación es abordar el derecho a la salud como un derecho fundamental y la jurisprudencia en el Tribunal Constitucional peruano. La investigación nace en primer lugar, por la enorme inquietud e importancia que tenemos sobre la verdadera concretización del derecho fundamental a la salud y en segundo lugar, considerando que el Perú es una República democrática, social, independiente y soberana, resulta exigible un compromiso claro de las autoridades para hacer efectivo el derecho de las personas a tener acceso y protección a la salud.

Los Derechos del hombre surgen de la toma de conciencia del valor supremo de los Derechos Humanos surgida de los horrores perpetrados en la Segunda Guerra Mundial. Los Estados, las organizaciones Internacionales, las organizaciones no gubernamentales, se consagraron a un análisis de la acción emprendida a favor de la promoción y de la protección de los derechos del hombre. Los derechos fundamentales protegen a todos los seres humanos por igual y son el producto de la evolución humana. Su realización solo se hará posible cuando el Estado, la sociedad, las instituciones y las personas asuman su compromiso, con la plena vigencia de los derechos, sino también a los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos de solidaridad. Ya que todos somos responsables de la protección de los derechos fundamentales.

No sólo se deben tener protección a los derechos civiles y políticos sino también a los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos de solidaridad; puesto que los derechos humanos son universales, indivisibles e interrelacionados entre sí. Los derechos fundamentales, tienen una efectiva protección al derecho a la vida, a la dignidad, al desarrollo de la personalidad y al derecho fundamental a la salud. Estos son la base de nuestro ordenamiento constitucional; y se requiere que las personas gocen de condiciones básicas que les permitan un ejercicio real de sus capacidades y libertades.

El derecho fundamental a la salud está consagrado en los Tratados Internacionales y Regionales de derechos humanos y en las constituciones de países de todo el mundo. Su contenido ha sido especificado por la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacional como internacional; lo que implica obligaciones para las autoridades, de proteger, respetar, real y concretizar este derecho.

En la Declaración de los Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Sociales y Económicos se reconoce que toda persona, tiene el derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure a él como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

Los Estados firmantes de estos pactos internacionales, entre ellos el Perú, se comprometen a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, la plena efectividad de los derechos reconocidos.

Esto explica que la Constitución Política del Perú de 1993, haya incorporado un catálogo amplio de derechos sociales y haya conferido una especial fuerza jurídica a los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú; entre los cuales, se encuentran aquellos relativos a los derechos sociales y económicos, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Entre esos derechos se encuentra el que las personas puedan gozar el máximo nivel de salud física y mental, reconocido por el artículo 12° del mencionado Pacto y por los artículos 6° y 7° de nuestra Constitución Política.

Sin embargo, a pesar de lo antes descrito, como en primer lugar se dijo el verdadero problema, se presenta precisamente, porque estos derechos son muchas veces (por cuestiones económicas o de políticas sociales no eficaces), vulnerados, no reconocidos y muy difíciles de concretizarse igualitariamente en la colectividad; es por eso, que la raíz del problema, radica en que el acceso y la protección a la salud, previsto en tantos pactos internacionales y nacionales, como derecho fundamental autónomo, no se efectúa igualitariamente en la sociedad.

El derecho fundamental a la salud se relaciona con el derecho que tienen todas las personas a la vida y a vivir con dignidad. Es decir a gozar del nivel más alto posible de salud, pero no solo se limita a ello.

Palabras Claves: El Derecho Fundamental a la Salud, Jurisprudencia.

ABSTRACT

The main objective of the research topic is to address the right to health as a fundamental right and jurisprudence in the Peruvian Constitutional Court. The research is born in the first place, due to the enormous concern and importance we have about the real concretization of the fundamental right to health and secondly, considering that Peru is a democratic, social, independent and sovereign Republic, a clear commitment is required. of the authorities to enforce the right of people to have access and protection of health.

The Rights of Man arise from the awareness of the supreme value of Human Rights arising from the horrors perpetrated in World War II. The States, the international organizations, the non-governmental organizations, devoted themselves to an analysis of the action undertaken in favor of the promotion and protection of human rights. Fundamental rights protect all human beings equally and are the product of human evolution. Its realization will only be possible when the State, society, institutions and people assume their commitment, with full respect for human rights. Since we are all responsible for the protection of fundamental rights.

Not only civil and political rights must be protected, but also economic, social and cultural rights, and solidarity rights; since human rights are universal, indivisible and interrelated. Fundamental rights have an effective protection to the right to life, to dignity, to the development of the person and to the fundamental right to health. These are the basis of our constitutional order; and it is required that people enjoy basic conditions that allow them a real exercise of their capacities and freedoms.

The fundamental right to health is enshrined in International and Regional Human Rights Treaties and in the constitutions of countries throughout the world. Its specified by doctrine and jurisprudence, both nationally and internationally; obligations for the authorities to protect, respect, realize and concretize this

The Declaration of Human Rights and the Covenant of Social and Economic Rights recognize that every person has the right to an adequate standard of living, which assures a person as well as his family, health and well-being, and especially food, clothing, housing, medical

assistance and necessary social services. It also has the right to insurance in case of unemployment, illness, disability, widowhood, old age or other cases of loss of their means of subsistence due to circumstances beyond their control

The signatory States of these international agreements, including Peru, undertake to adopt measures, both separately and through assistance and international cooperation, especially economic and technical, to the maximum of the resources available to progressively achieve, by all appropriate means, the full effectiveness of the rights recognized.

This explains why the 1993 Political Constitution of Peru has incorporated a broad catalog of social rights and conferred a special legal force on human rights treaties ratified by Peru; among which are those related to social and economic rights, such as the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Among these rights is that people can enjoy the highest level of physical and mental health, recognized by Article 12 of the aforementioned Covenant and Articles 6 and 7 of our Constitution.

However, despite what has been described above, as in the first place the real problem was said, it arises precisely because these rights are often (due to economic or ineffective social policies), violated, unrecognized and very difficult to implement. be concretized equally in the community. That is why, the root of the problem lies in the fact that access and protection to health, provided for many international and national pacts, as an autonomous fundamental right, is not carried out equally in society.

The fundamental right to health is related to the right that all people have to life and to live with dignity. That is, to enjoy the highest possible level of health, but not only limited to it.

Keywords: The fundamental right to health, Jurisprudence.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

RESUMEN

ABSTRACT

CAPÍTULO I:EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

1. Historia de la evolución del derecho a la salud	18
1.1. Evolución Convencional	18
1.1.1. En el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos	18
a) La Declaración Universal de Derechos Humanos.....	18
b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	19
c) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	19
1.1.2. En el sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos	20
a) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.	20
b) La Convención Americana de Derechos Humanos.....	20
c) El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	21
1.2. Evolución del derecho a la salud en el Perú.....	22
1.2.1. Evolución Constitucional.....	22
1.2.1.1. Constituciones del siglo XIX	22
□ Constitución de 1823.....	22
□ Constitución de 1826.....	23
□ Constitución de 1834.....	23
□ Constitución de 1856.....	23
□ Constitución de 1860.....	23
1.2.1.2. Constituciones del siglo XX.....	23
□ Constitución de 1920.....	23
□ Constitución de 1933	24
□ Constitución de 1979.....	24
□ Constitución de 1993	25
1.2.2. Evolución Legislativa	25

CAPÍTULO II: EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

2.2.	El derecho a la salud como derecho fundamental.....	36
2.3.	El derecho a la salud y el derecho al acceso a la salud.....	37
2.4.	Políticas Públicas sobre el derecho a la salud.....	44
2.5.	Sistemas de salud en el Perú.....	47
2.6.	El derecho a la salud es multidimensional.....	54

CAPÍTULO III: CONFLICTO ENTRE LOS DERECHOS CIVILES Y POLITICOS, LOS DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

3.1.	¿Existe un conflicto entre los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales?.....	55
3.2.	¿Cuál es la posición del TC sobre este tema?.....	60
3.3.	¿Cuáles son los problemas derivados de su adecuada clasificación entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales? ¿Incide en la aplicación de Políticas Públicas?.....	63

CAPÍTULO IV: EL DERECHO A LA SALUD Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

4.1.	El derecho a la salud y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	65
4.2.	Tipología del derecho a la salud y sentencias de la Corte Interamericana de derechos humanos.....	67
-	Caso de la Tribu Aché contra Paraguay.....	68
-	Caso de la Comunidad Yanomami contra Brasil.....	68
-	Caso Cinco Pensionistas contra Perú.....	69
-	Caso comunidad Yakyea indígena Vs. Paraguay.....	70
-	Caso Suárez Peralta vs. Ecuador.....	71
-	Caso Gonzales Lluy y otros contra Ecuador.....	71

CAPÍTULO V: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO A LA SALUD

5.1.	Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2002.....	79
-	STC N° 1429-2002-HC/TC, caso Juan Islas Trinidad y otros.....	79
-	STC N° 0011-2002-AI/TC, caso Ángel Guillermo Herrera Otiniano y más de 5,000 ciudadanos.....	80
-	STC N° 0964-2002-AA/TC, caso Alida Cortes Gómez de Nano.....	80

5.2.	Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2003	81
-	STC N° 2945-2003-AA/TC, caso Azanca Alhelí Meza García	81
5.3.	Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2004	82
-	STC N° 1711-2004-AA/TC, caso Sergio Antonio Sotomayor Roggero	82
-	STC N° 2333-2004-HC/TC, caso Natalia Foronda Crespo y otras	83
-	STC N° 4635-2004-AA/TC, caso Sindicato de Trabajadores Toquepala y anexos.....	83
5.4.	Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2005	84
-	STC N° 1711-2005-PHC/TC, caso César Ramírez Polanco.....	84
-	STC N° 9600-2005-PA/TC, caso Rosana Francisca Podestá Torres	85
5.5.	Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2006	85
-	STC N° 5842-2006-PHC/TC, caso Miguel Angel Morales Denegri a favor de los Internados en la Sala de Hospitalización de Adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental “Honorio Delgado-Hideyo Noguchi.....	85
-	STC N° 2002-2006-PA/TC, caso sobre la protección de los niños y mujeres gestantes contaminados con plomo en La Oroya.....	86
-	STC N° 7435-2006-PC/TC, caso Susana Chávez Alvarado y otras	87
-	STC N° 6534-2006-PA/TC, caso Santos Eresminda Távara Ceferino	88
5.6.	Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2007	88
-	STC N° 3081-2007-PA/TC, caso R.J.S.A. Vda. De R.....	88
5.7.	Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2008	89
-	STC N° 3610-2008-PA/TC, caso World Cars Import	89
-	STC N° 03426-2008-PHC/TC, caso Pedro Gonzalo Marroquín Soto	89
-	STC N° 2480-2008-PA/TC, caso Ramón Medina Villafuerte.....	90
5.8.	Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2009	90
-	STC N° 2005-2009-PA/TC, caso ONG “Acción de Lucha Anticorrupción.....	90
-	STC N° 2034-2009-PA/TC, caso Andrea Cristina Dongo Coronado.....	91
-	STC. N.º 00925-2009-PHC/TC, caso Roxen Luis Gálvez Mendoza	91
5.9.	Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2010	92
-	STC. N.º 03425-2010-HC/TC, caso Carlos Gonzales La Torre.....	92
-	STC. N.º 01019-2010-HC/TC, caso Milton Hans Flores Castañeda.....	92
-	STC N.º 01637-2010-PHC/TC, caso Lincoln Percy Flores Matías.....	93

- STC N° 00032-2010-PI/TC, caso cinco mil ciudadanos contra el artículo 3° de la Ley N° 28705 – Ley General de la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco.....	94
- STC N° 0033-2010-PI/TC, caso 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley N° 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud y se interpreta el artículo 21 de la Ley N° 29344 en el sentido de que las enfermedades de alto costo de atención que no están incluidas en el PEAS son financiadas para la población bajo el régimen subsidiado y semicontributivo con el Fondo Intangible Solidario de Salud (FISSAL).	95
5.10. Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2011.....	96
- STC N° 00361-2011-PA/TC, Caso, Empresa Minera de Servicios Generales S.R.L. y otros.....	96
5.11. Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2012.....	97
- STC. N° 00008-2012-PI/TC, caso interpuesto por diez mil seiscientos nueve ciudadanos, contra el artículo 1° de la Ley N.° 28704 que modifica el artículo 173°, inciso 3°, del Código Penal, sobre delito de violación sexual contra víctima entre 14 y 18 años de edad.....	97
- STC N° 04009-2012-PHC/TC, caso Freddy Ortiz Nishihara.....	98
- STC N° 03228-2012-PA/TC. Caso Carmen Cristina Chávez Cabrera.....	98
- STC N° 2437-2013-PA/TC, <i>Caso Jane Margarita Cósar Camacho y otros</i>	99
- STC N° 0014-PI/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-PI/TC y 007-2015-PI/TC, Caso Ley Universitaria.	100
CONCLUSIONES	101
REFERENCIAS.....	103
ANEXOS.....	107
PROYECTO DE INVESTIGACIÓN	¡Error! Marcador no definido.

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

1. Historia de la evolución del derecho a la salud

1.1. Evolución Convencional

1.1.1. En el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos

- a) La Declaración Universal de Derechos Humanos (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1948).

En esta declaración se reconocen los derechos que corresponde gozar a todas las personas sin discriminación alguna; pero también se sentaron las bases de los principios de indivisibilidad, interdependencia e igual valor de los derechos humanos, sean estos civiles y políticos o los económicos, sociales y culturales y los derechos colectivos o de solidaridad. Estos principios se ratificaron y reforzaron en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrados en Viena en 1993¹.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25 consagra el derecho a la salud, al establecer: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud, el bienestar y, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene, asimismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos, como pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”

¹ COURTIS, Christian y ÁVILA, Ramiro. La protección judicial de los derechos sociales. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador. p.p. IX- X. Disponible en: <http://www.oas.org/en/sedi/dsi/docs/derechos-sociales.pdf>. Extraído el 25 de octubre de 2016.

- b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala en su artículo 6 que el derecho a la vida es inherente a la persona humana, este derecho está protegido por la ley, y nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

- c) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. En vigor desde el 3 de enero de 1976).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece en su artículo 12 el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, reconoce que existe un conjunto de factores que pueden facilitar o limitar el ejercicio del derecho a la salud, los cuales se encuentran determinados por los avances científicos, los factores sociales, las restricciones de los recursos públicos, entre otros.

Asimismo, el Pacto en el mismo artículo establece la obligación de los Estados de adoptar ciertas medidas orientadas a asegurar la plena efectividad del derecho a la salud. Entre ellas, podemos destacar la indicada en el inciso 2) literal d) del citado artículo, referida a la obligación de crear condiciones que aseguren a todas las personas asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Al respecto, la interpretación que realiza el Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de la Observación General N° 14², es especialmente relevante debido a su condición de órgano competente para interpretar el citado pacto. Dicho comité internacional entiende el derecho a la salud como un “Derecho Humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene

² Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General N° 14, aprobada en el 22° período de sesiones (2000). Pág. 13. Disponible en: [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.2000.4.Sp?Open](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.2000.4.Sp?Open). Extraído el 26 de noviembre de 2016.

derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”. Asimismo, precisa que el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y que depende de esos derechos, en particular el derecho a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a la vivienda, al trabajo, a la alimentación, a la dignidad humana, entre otros. Todos ellos configuran los “componentes integrales del derecho a la salud”.

El Comité también señala que el derecho a la salud no se limita al derecho a la atención de la salud, sino que se hace extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, es decir, a aquellos que hacen posible que las personas lleven una vida sana. De esta manera el derecho a la salud es interpretado como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.

1.1.2. En el sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

Destacan los siguientes instrumentos internacionales, en el ámbito regional.

- a) **La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre** (Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, 1948).

En su artículo XI establece que: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos”.

- b) **La Convención Americana de Derechos Humanos** (firmada el 22 de noviembre de 1969 en San José, Costa Rica, y que entró en vigencia el 18 de julio de 1978).

La convención otorga protección a los derechos económicos, sociales y culturales, en el Artículo 26, al establecer que es compromiso de los Estados partes adoptar las providencias

tanto a nivel interno como de cooperación interna nacional para lograr progresivamente la plena efectividad de las normas económicas, sociales, de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA.

Si bien la Convención Americana no hace referencia específica al derecho a la salud, el Artículo 26° de la Convención³, al establecer que “Los Estados parte se comprometen a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos derivados de la Carta de la OEA”, protege de manera indirecta el derecho a la salud.

c) El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)⁴.

En su Artículo Primero señala que los Estados se obligan a adoptar las medidas necesarias hasta el máximo de sus recursos disponibles, para lograr el desarrollo progresivo, y en el artículo 10° del denominado “Protocolo de San Salvador”, se reconoce y define el derecho a la salud como “el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social”, y compromete a los Estados parte a reconocer la salud como un bien público y a adoptar una serie de medidas para garantizar este derecho.

El Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha entendido este precepto y, por ende, reconoce el derecho a la salud, como un derecho fundamental indispensable para el ejercicio de los demás derechos, principalmente, el derecho a la vida, discriminación al trabajo, la alimentación y la vivienda digna, etc., concluyendo que para el Comité todos estos derechos constituyen componentes integrales del derecho a la salud. A tal punto, que frente a su ausencia no es viable alcanzar “el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”.

³ El artículo 26° de la Convención Americana denominado “Desarrollo Progresivo” señala que “Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

⁴ Entra en vigor en 1999. Ratificado por el Estado peruano el 4 de junio de 1995.

El Tribunal Constitucional peruano, en el fundamento 29, de la STC N° 3081-2007-PA/TC⁵ ha señalado que desde la perspectiva del Sistema Internacional de los Derechos Humanos, el Estado no puede garantizar la buena salud ni otorgar protección frente a todas las causas posibles que pueden afectar la salud de un ser humano, como son los factores genéticos, la propensión de enfermedades o la adopción de ciertas formas de vida. El concepto del “disfrute del más alto nivel posible de salud”, a que se hace referencia en el artículo 10° del Protocolo de San Salvador, significa que el derecho a la salud debe entenderse como el derecho a disfrutar de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarias para alcanzar el más alto nivel posible de salud”.

1.2. Evolución del derecho a la salud en el Perú

1.2.1. Evolución Constitucional

Según Mario G. Chávez Rabanal,⁶ en el Perú en las constituciones del siglo XIX, no se encuentra un capítulo o un articulado que haga referencia a los derechos sociales en forma sistemática o a las mal denominadas garantías sociales, tampoco hay una regulación de las garantías destinadas a proteger el derecho a la salud. Es recién en el Siglo XX, donde aparece legislado el derecho a la salud.

1.2.1.1. Constituciones del siglo XIX

- **Constitución de 1823:** En el capítulo V, de las Garantías Constitucionales establece en el artículo 193⁷ que de estar consignados los derechos sociales e individuales se

⁵ Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03081-2007-AA.html>. Fund. 29. Extraído el 24 de junio de 2016.

⁶ CHÁVEZ, Mario G. Los Derechos Sociales y su configuración en el ordenamiento constitucional peruano. Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Tomo I (16-19 de setiembre de 2009), págs. 195-2015.

⁷ Constitución de 1823, artículo 193° señala que.- Sin embargo de estar consignados los derechos sociales e individuales de los peruanos en la organización de esta ley fundamental se declaran inviolables: La libertad civil, la seguridad personal y la del domicilio, la propiedad, el secreto de las cartas, El derecho individual de presentar peticiones o recursos al Congreso o al Gobierno, La buena opinión, o fama del individuo, mientras no se le declare delincuente conforme a las leyes, la libertad de imprenta en conformidad de la ley que la arregle, *la libertad de la agricultura, industria, comercio y minería, conforme a las leyes*, la igualdad ante la ley, ya premie, ya castigue.

declaran inviolables. En este artículo se puede observar que en los derechos sociales no estaba incluido el derecho a la salud.

- **Constitución de 1826:** En el Título XI de las Garantías, Capítulo Único, del artículo 148,⁸ se hace mención a la seguridad, y a la salubridad de los peruanos, podemos observar que no está considerado el derecho a la salud.
- **Constitución de 1834:** En el Título IX, Garantías Constitucionales, en el artículo 162,⁹ podemos observar que sólo está considerado, el término de salubridad de los ciudadanos.
- **Constitución de 1856:** Dada el 13 de octubre de 1856 y promulgada el 19 del mismo mes, podemos observar que no hay ningún artículo que aborde el derecho a la salud.
- **Constitución de 1860:** En el Título IV de las garantías individuales, encontramos a los artículos 23 y 24¹⁰ referidos al derecho a la educación, sin embargo no hay artículo alguno referido al derecho a la salud.

1.2.1.2. Constituciones del siglo XX

- **Constitución de 1920:** En el Título IV, sobre las Garantías Sociales, podemos observar que en los artículos 46 y 47,¹¹ establecen por primera vez, la salud y la seguridad pública, la vida y la higiene.

⁸ Constitución de 1826, artículo 148° precisa que.- Ningún género de trabajo, industria o comercio puede ser prohibida, a no ser que se oponga a las costumbres públicas, a la seguridad, y a la salubridad de los peruanos.

⁹ Constitución de 1834, artículo 162° señala que.- Es libre todo género de trabajo, industria o comercio, a no ser que se oponga a las buenas costumbres o a la seguridad y salubridad de los ciudadanos, o que lo exija el interés nacional, previa disposición de una ley.

¹⁰ Constitución de 1860, Artículo 23°.- La Nación garantiza la instrucción primaria gratuita y los establecimientos públicos de ciencias, artes, piedad y beneficencia.

Artículo 24°.- Todos los que ofrezcan las garantías de capacidad y moralidad prescritas por la ley, pueden ejercer libremente la enseñanza y dirigir establecimientos de educación bajo la inspección de la autoridad.

¹¹ Constitución de 1920, artículo 46° establece que.- La Nación garantiza la libertad de trabajo pudiendo ejercer libremente todo oficio, industria o profesión que no se oponga a la moral, a la salud ni a la seguridad pública. La ley determinará las profesiones liberales que requieran título para su ejercicio, las condiciones para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.

Artículo 47°.- El Estado legislará sobre la organización general y la seguridad del trabajo industrial y sobre las garantías en él de la vida, de la salud y de la higiene. La ley fijará las condiciones máximas del trabajo y los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las

- **Constitución de 1933:** En los artículos 42, 44, 46, 48 y 50,¹² el Estado por primera vez garantiza la salud, los derechos civiles, políticos y sociales, la vida y la salud, la higiene, la previsión de invalidez, enfermedad y muerte, fomentando las instituciones de solidaridad social, el Estado tiene a su cargo la sanidad pública y cuida de la salud privada, dictando las leyes de control higiénico y sanitario.
- **Constitución de 1979:** En el Capítulo III, de la Seguridad Social, Salud y Bienestar, en los artículos 15, 16 y 19,¹³ el Estado garantiza el derecho a la protección de la salud integral y la Política Nacional de Salud. Por primera vez se habla de Políticas Nacional de Salud.

condiciones y necesidades de las diversas regiones del país. Es obligatoria la indemnización de los accidentes del trabajo en las industrias y se hará efectiva en la forma que las leyes determinen.

¹² Constitución de 1933, establece en el artículo 42.- El Estado garantiza la libertad de trabajo. Puede ejercerse libremente toda profesión, industria u oficio que no se oponga a la moral, a la salud ni a la seguridad pública.

Artículo 44.- Es prohibida toda estipulación en el contrato de trabajo, que restrinja el ejercicio de los derechos civiles, políticos y sociales.

Artículo 46.- El Estado legislará sobre la organización general y la seguridad del trabajo industrial, y sobre las garantías en él de la vida, la salud y la higiene. La ley fijará las condiciones máximas de trabajo, la indemnización por tiempo de servicios prestados y por accidentes, así como los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país.

Artículo 48.- La ley establecerá un régimen de previsión de las consecuencias económicas de la desocupación, edad, enfermedad, invalidez y muerte; y fomentará las instituciones de solidaridad social, los establecimientos de ahorros y de seguros, y las cooperativas.

Artículo 50.- El Estado tiene a su cargo la sanidad pública y cuida 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.

¹³ Constitución de 1979, artículo 15.- Todos 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.

Artículo 16.- El Poder Ejecutivo señala la política nacional de salud. Controla y supervisa su aplicación. Fomenta las iniciativas destinadas a ampliar la cobertura y calidad de los servicios de salud dentro de un régimen pluralista. Es responsable de la organización de un sistema nacional descentralizado y desconcentrado, que planifica y coordina la atención integral de la salud a través de organismos públicos y privados, y que facilita a todos el acceso igualitario a sus servicios, en calidad adecuada y con tendencia a la gratuidad. La ley norma su organización y funciones. Artículo 19.- 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. Las entidades que sin fines de lucro prestan los servicios previstos en este régimen, así como quienes tienen incapaces a su cargo, no tributan sobre la renta que aplican a los gastos correspondientes. Tampoco tributan las donaciones dedicadas a los mismos fines.

- **Constitución de 1993:** En el Capítulo II, de los Derechos Sociales y Económicos, en los artículos 7, 9, 10 y 11,¹⁴ se establece el derecho a la vida a la salud, a la protección de la salud y la política nacional de salud. Podemos observar que la Constitución no considera a la salud como un derecho fundamental.

Podemos concluir que en el Perú se encuentra la aparición de los derechos sociales en el siglo XX con las Constituciones de 1920, 1933, 1979 y 1993.

1.2.2. Evolución Legislativa

Previamente al desarrollo de la evolución legislativa peruana, es pertinente resaltar el reconocimiento legal del derecho a la salud en las legislaciones de países europeos y latinoamericanos que sirvieron de guía para el legislador peruano.

Alemania se convirtió en el primer país del mundo en adoptar un programa de seguro social para la vejez, diseñado por Otto Von Bismarck.¹⁵ El sistema concebido por Bismarck, constituye uno de los grandes modelos de la seguridad social. Las motivaciones del canciller alemán para introducir el Seguro Social en Alemania fueron promover el bienestar de los trabajadores –a fin de que la economía alemana siguiera funcionando con la máxima eficiencia. Estas leyes –de aseguramiento social en casos de enfermedad, accidentes laborales, vejez y discapacidad- constituyen la base sobre la cual comenzó a desarrollarse todo lo que hoy conocemos como Seguridad social.

¹⁴ Constitución de 1993, establece en el Artículo 7°.- 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.

Artículo 9°.- 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.

Artículo 10°.- El 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.

Artículo 11°.- 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.

¹⁵ Historia de la Seguridad Social: La influencia de Otto von Bismarck. Extraído de: <http://seguridadsocial.perublog.info/historia-de-la-seguridad-social>. Extraído el 12 de junio de 2017.

En Inglaterra, desde finales del Siglo XIX se legisló en materia de seguridad social. El 10 de junio de 1941, el gobierno inglés creó una Comisión Interdepartamental para la seguridad social y servicios afines, a cargo de Sir William Beveridge.¹⁶

Beveridge ha constituido, junto con el modelo de seguros sociales de Bismarck, uno de los grandes modelos de cobertura y financiamiento de la seguridad social. Su labor resalta por proponer un modelo integrado, un servicio nacional de salud para la población, la garantía de un ingreso para determinados sectores de la sociedad en función de ciertas eventualidades y un servicio de empleo en caso de desempleo.¹⁷

En 1919, en la República de Weimar, por primera vez se elevó a rango Constitucional el papel del Estado en el progreso social y se extendieron los beneficios para atender además de la seguridad social (salud, trabajo, maternidad, vejez, enfermedad), vivienda y educación.

En Latinoamérica, Chile en 1924, fue el primer país que reguló por primera vez – adoptando el modelo bismarckniano- el seguro obligatorio de enfermedades y accidentes de trabajo; declarándose obligatorio el seguro de enfermedad, invalidez y accidentes del trabajo, para toda persona, de cualquier edad o sexo, que no tenga otra renta o medio de subsistencia que el sueldo o salario que le pague su patrón.¹⁸

En el Perú, como muy bien ha sostenido Ipanaqué Luyo¹⁹, el Sistema de Salud tiene sus orígenes a comienzos del siglo XX, cuando fueron creadas sus primeras instituciones públicas, desde entonces han surgido diferentes actores públicos y privados que ha dado origen a un sistema segmentado y fragmentado. Ipanaqué precisa los hitos históricos más importantes del Sistema de salud del Perú como se aprecia en el gráfico N° 1.

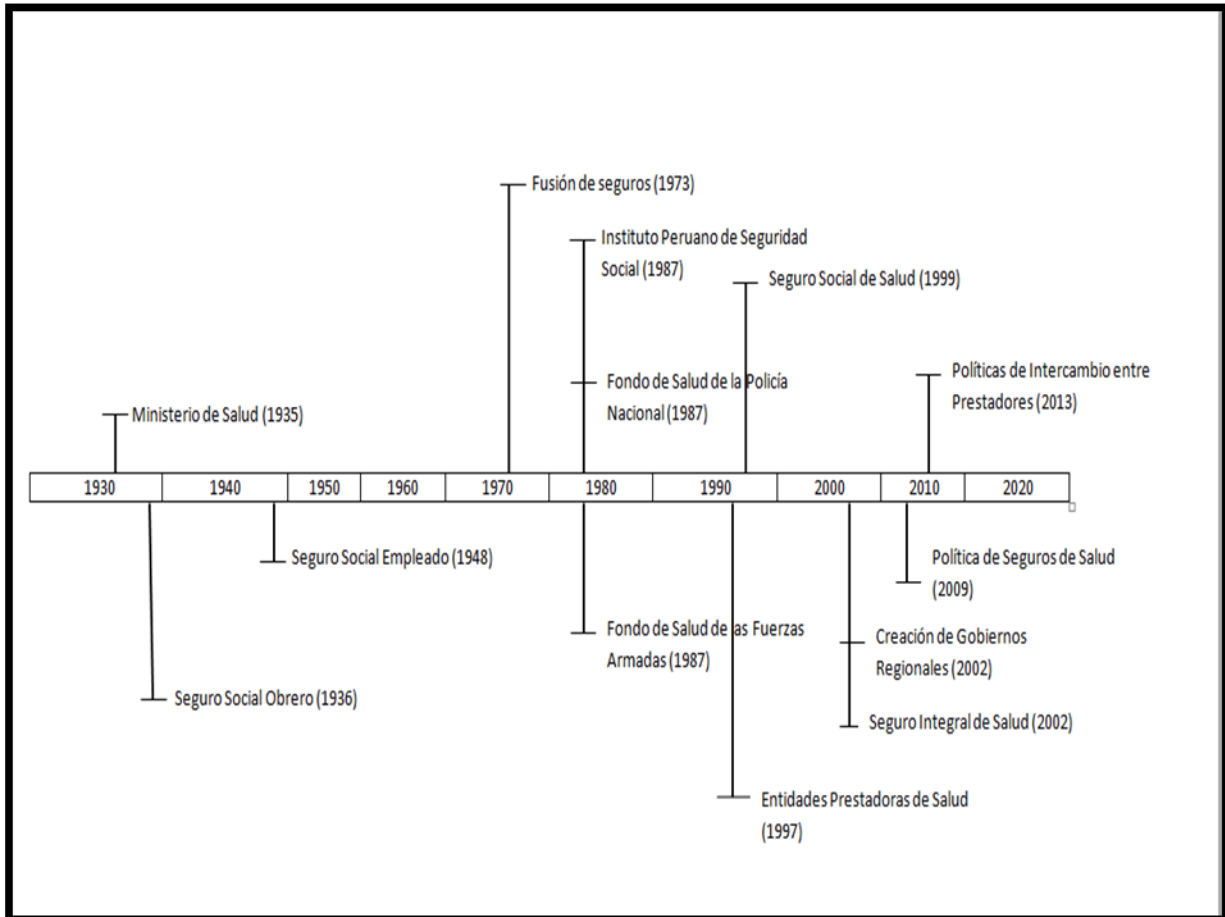
¹⁶ Principales modelos de seguridad social y Protección Social. Biblioteca Virtual Jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. págs. 5,8,12. Disponible en: www.juridicas.unam.mx.Capítulo. Extraído el 25 de Agosto de 2017.

¹⁷ BEVERIDGE, William. Las bases de la seguridad social (The Pillar of Security and War-time Essay and Addresses) versión española de Teodoro Ortiz. México, FCE, 1944, págs. 66-69.

¹⁸ Palma Eric Eduardo. Estado Constitucional Liberal Católico en Chile (1812-1924). Nueva historia constitucional. 2ª ed. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2012, p. 678.

¹⁹ Ipanaqué, Pedro. Utilización de los servicios de salud Ambulatorios en la población afiliada a los Seguros de Salud del Perú. Lima 2014. Tesis presentada como requisito parcial para la obtención del grado de Magister en Salud Pública de la Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz. Dissertação (Mestrado) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Río de Janeiro, 2014. Pág. 4

**GRÁFICO N° 1
HITOS HISTÓRICOS MÁS IMPORTANTES
DEL SISTEMA DE SALUD DEL PERÚ**



Fuente: Pedro Josué Ipanaqué Luyo. Utilización de los servicios de salud Ambulatorios en la población afiliada a los Seguros de Salud del Perú (2014).

Es en el siglo XX en donde aparecen las primeras leyes, de protección al derecho a la salud.

En 1935 se creó el Ministerio de Salud – MINSA (Ley N° 8124), esta institución pública tomó a su cargo la atención de la población pobre y aquellas personas que no cuentan con seguro de salud, además de otras funciones de salud pública.

En 1936 y 1948 se crearon, el Seguro Social del Obrero (Ley N° 8433) y el Seguro Social del Empleado (Decreto Legislativo N° 10902), y en 1973 se fusionaron para dar lugar al Seguro Social del Perú (Decreto Ley 20212), el cual en 1980 pasó a denominarse el Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS), según el Decreto Ley 23161.

En 1987, mediante Decreto Supremo N° 015-B-87-IN, se creó el Fondo de Salud para el Personal de la Policía Nacional (FOSPOLI) para financiar la atención de salud del servicio de Sanidad de la Policía Nacional. Mientras que en 1989, mediante Decreto Supremo N° 245-89-EF, se creó el Fondo de Salud del Personal Militar de las Fuerzas Armadas (FOSPEMFA) con el propósito de financiar, con fondos separados, la atención de salud del Servicio de Sanidad de cada instituto armado (Fuerza Aérea, Marina de Guerra y Ejército).

En 1996, mediante la Ley N° 26626, se encomienda encargar al Ministerio de Salud la elaboración del Plan Nacional de Lucha contra el Virus de Inmunodeficiencia Humana, el SIDA y las enfermedades de transmisión sexual de (15 de junio de 1996), publicado el 19 de junio de 1996.

En 1997 se creó la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Ley N° 26790 (de 15 de mayo de 1997), que establece en concordancia con los preceptos constitucionales, que uno de los fundamentos de la seguridad social en salud es la garantía de libre acceso a prestaciones a cargo de entidades públicas, privadas y mixtas. Igual tratamiento está previsto en el artículo 1 del Decreto Supremo 009-97-SA, que aprueba el reglamento de la Ley 26790. A partir de tal estipulación se crean las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), que son definidas por el artículo 13 de la ley indicada como aquellas empresas e instituciones públicas o privadas distintas del Instituto Peruano de Seguridad Social -IPSS- (ahora Essalud), cuyo único fin es el de prestar servicios de atención para la salud. En el artículo 15 del texto legal comentado se establece que las entidades empleadoras que otorgan coberturas de salud a sus trabajadores en actividad, pueden hacerlo a través de los planes de salud que contraten con una EPS o mediante servicios propios.

En el artículo 2 del reglamento de la Ley 26790, establece que la seguridad social (...) se orienta hacia el logro de la universalidad en el acceso a los servicios de salud a fin de cubrir toda la población”.

En el mismo año se creó la Ley General de Salud Ley N° 26842 (15 de julio 1997)²⁰, mediante la cual se establece en el artículo III de su Título Preliminar que toda persona tiene derecho a la protección de su salud. Asimismo, señala en su artículo 9° que toda persona con

²⁰ Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 20 de julio de 1997.

discapacidad física, mental o sensorial, tiene derecho a recibir tratamiento y rehabilitación. El Título Preliminar de la Ley General de Salud establece que la salud es condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo, la protección de la salud, es de interés público. Por tanto, es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla. Asimismo, se establece en los cuatro primeros artículos del Título Preliminar cuatro principios bajo los cuales debe regirse todo órgano de la administración en los temas referidos a la sustanciación de procedimientos que involucren el derecho a la salud de la persona; así tenemos que la ley establece que: “La salud es condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo; la protección de la salud es de interés público. Por tanto, es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla; toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley. El derecho a la protección de la salud es irrenunciable; y la salud pública es responsabilidad primaria del Estado. La responsabilidad en materia de salud individual es compartida por el individuo, la sociedad y el Estado”.

En 1999, mediante Ley de Creación del Seguro Social de Salud (EsSalud), Ley N° 27056 (29 de enero de 1999), el IPSS pasó a denominarse el Seguro Social de Salud (EsSalud).

En el 2002, mediante Ley 27657, se creó el Seguro Integral de Salud (SIS) con el encargo de administrar los recursos públicos destinados a la atención de la población pobre y los grupos vulnerables. A su vez, se creó el Fondo Intangible Solidario de Salud-FISSAL (Ley N° 27812), con la función de financiar las prestaciones dirigidas a las enfermedades de alto costo y las enfermedades rara o huérfanas que afectaban a los afiliados del SIS.

Además, en el 2002, se creó la Ley Orgánica de Bases de la Descentralización, Ley N° 27867 (18 de noviembre de 2002), donde se descentralizaron y se crearon 25 gobiernos regionales. El MINSA realizó un proceso de transferencia de los establecimientos de salud hacia los gobiernos regionales; proceso que concluyó en el 2008.

En el 2004, mediante Ley N° 28243 (publicada el 01 de junio de 2004), se modifica la Ley N° 26626, estableciendo que la atención integral de salud es continua y permanente, indicando

que la gratuidad es progresiva para el tratamiento antirretroviral, con prioridad en las personas en situaciones de vulnerabilidad y pobreza extrema.

En el 2009 se aprobó la Ley N° 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud (AUS), publicada el 9 de abril de 2009 en el Diario Oficial El Peruano, que sentó las bases para expandir los seguros de salud públicos y privados. Se sienta los principios de Aseguramiento Universal en Salud, los principios de Universalidad, Solidaridad, Unidad, Integralidad, Equidad, Irreversibilidad y Participativa, con las características de Obligatorio, Progresivo, Garantizado, Regulado, Descentralizado, Portable, Transparente y Sostenible.

Esta ley tiene por objeto el marco normativo del aseguramiento universal y normar el acceso y las funciones de regulación, financiamiento, prestación, y supervisión del aseguramiento. La finalidad del aseguramiento de la ley sería el derecho pleno y progresivo de toda persona a la seguridad social en el Perú.

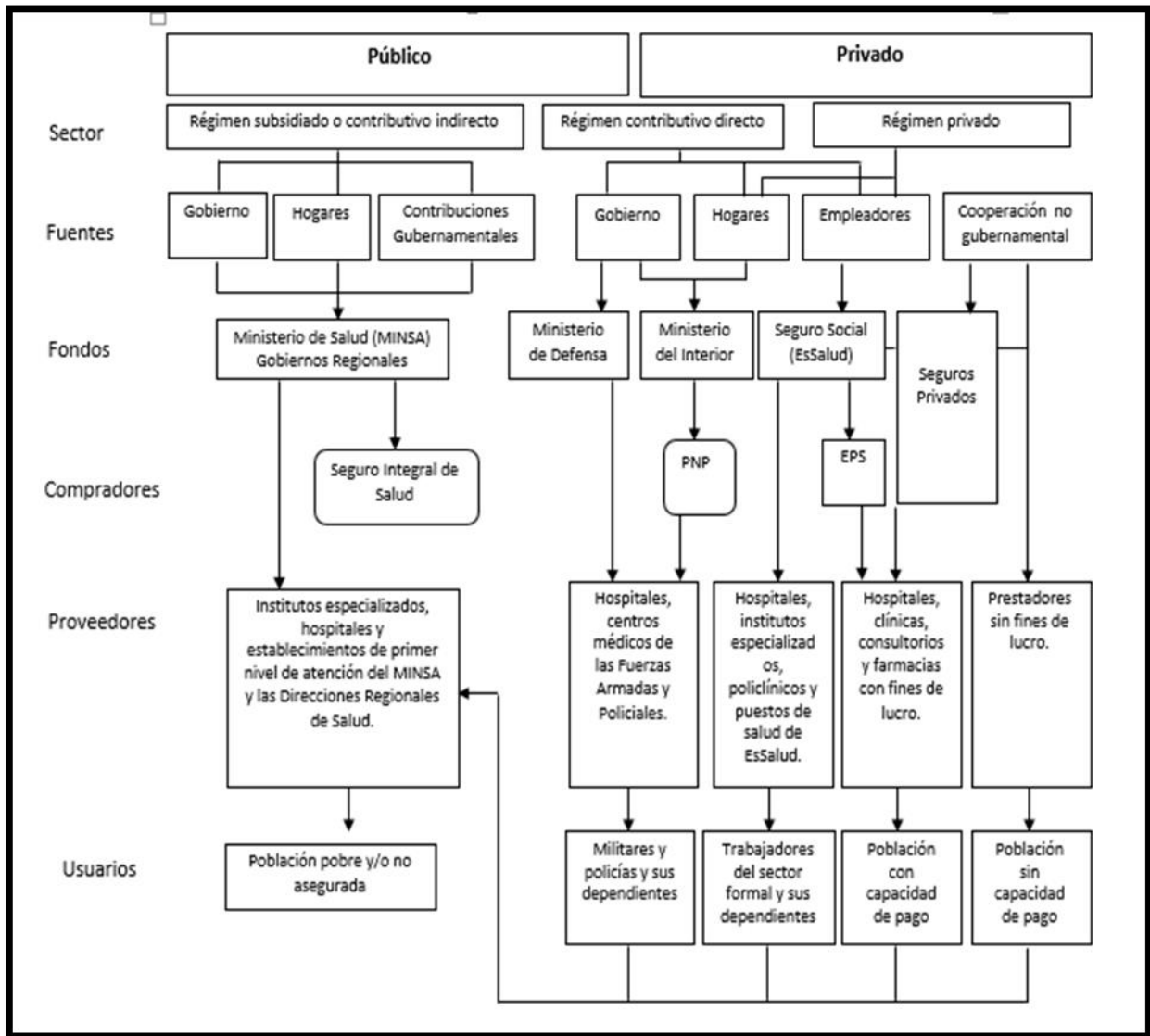
Consideramos, que la referida ley no es aseguramiento universal, porque no asegura a todas las personas de todas las enfermedades, sino sólo un grupo de enfermedades. Esta ley, no norma sobre el acceso de las personas, sino sobre las exclusiones, qué significa esto, significa que excluye de la atención médica en las enfermedades que no están incluidas en el plan, es decir aleja a las personas de la seguridad social, porque el aseguramiento universal no asegura a las personas, sino asegura las enfermedades, no está dirigida a las personas sino solo a algunas personas, no considera la condición económica de las personas que están afectadas en su salud.

En el 2013 se inició un proceso para complementar prestaciones entre las redes asistenciales públicas y privadas, con el apoyo del MINSA, ESSALUD, los gobiernos regionales y el SIS; no obstante aún falta evaluar los resultados de estas acciones en el mediano y largo plazo.

Ipanaqué sostiene que el sistema de salud en el Perú se encuentra segmentado debido a la presencia de varios prestadores y financiadores que forma parte del subsistema de salud público o del subsistema de salud privado. A su vez, al interior de estos existen otros subsistemas de acuerdo a la tenencia y tipo de seguro de salud.

En el gráfico 2, que muestra Ipanaqué, se aprecia el esquema desarrollado por Alcalde-Rabanal y Col, donde se retrata esta segmentación.

**GRAFICO N°2
CARACTERISTICAS DEL SISTEMA DE SALUD DEL PERÚ**



Fuente: Fuente: Alcalde – Rabanal JE et al. (2001, Pág. 24)

La evolución del modelo de protección a la salud se orienta a la protección de toda la población, cualquiera que sea su concreta situación laboral. Se trata de un sistema universal y uniformizado de prestaciones sociales, financiado por las contribuciones y unificado a través de un servicio público único que se encuentra bajo la autoridad estatal. La universalidad, principio de la seguridad social moderna, busca la inclusión de otros sectores de la colectividad en su marco protector.

En la STC 00141-2005-PA/TC²¹, el Tribunal Constitucional, ha hecho una breve reseña de la evolución de la seguridad social en el Perú. Al respecto, se ha indicado que: “En efecto, el último considerando del Decreto Ley 18846, publicado el 21 de abril de 1971, señalaba que el Seguro Obligatorio de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales se crea (...) con criterio eminentemente social ajeno a todo espíritu de lucro y con la única finalidad de defender y cuidar debidamente la salud de los trabajadores (...)”.

Finalmente debemos indicar que el Estado debe promover la seguridad social universal y esta debe ser un sistema que brinde protección integral a la salud, pensiones, riesgos profesionales y cesantía. Debiendo preocuparse por las Políticas sociales, ya que estas normas deben ser progresivas y no regresivas.

²¹ Ver STC 00141-2005-PA/TC (caso Mariano Ortega Huanay). Extraído el 14 de junio de 2016. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00141-2005-AA.pdf>.

CAPÍTULO II

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

2.1 Derecho a la salud. Concepto.

El derecho a la salud es un derecho consagrado en nuestra Constitución peruana, como un derecho social y económico, que posteriormente fue reconocido por el Tribunal Constitucional como un derecho fundamental²². Asimismo, el derecho a la salud ha sido reconocido por los instrumentos internacionales contenidos en los tratados sobre derechos humanos, que fueron ratificados por el Perú²³.

La Constitución política del Perú, en su artículo 7° establece que: “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”.

El Tribunal Constitucional del Perú, ha señalado que la salud es un derecho fundamental, por su relación inseparable con el derecho a la vida, definiendo la vinculación entre ambos derechos como irresoluble.²⁴ Asimismo, ha sostenido que el artículo 7° de la Constitución hace referencia ‘al derecho a la protección de la salud, reconociendo el derecho que tiene toda persona a alcanzar y preservar un estado de plenitud física y psíquica’.²⁵

Juan Álvarez Vita²⁶ señala que el derecho a la salud no está exento de las dificultades que suelen presentarse en el proceso de conceptualización de todo derecho humano, que algunos expertos han calificado como de ‘cierta confusión de conceptos’ dado que indistintamente se

²² Ver STC N° 1429-2002-HC/TC. Fund 14. Extraído el 15 de julio 2016.

Disponible en : www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01429-2002-HC.html.

²³ CÁRDENAS, Elena. Alcances del derecho a la salud en Colombia: Una revisión constitucional, legal y jurisprudencial. Universidad del Norte (Colombia). Revista de Derecho N° 40, Barranquilla, 2013. Pág. 213. Disponible en: www.Corteidh.or.cr/tablas/r33921.pdf. Extraído el 16 de abril de 2017.

²⁴ Ver STC. N° 2945-2003-AA/TC. Fund. 28. Extraído el 18 de julio 2016.

Disponible en: www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02945-2003-AA.pdf.

²⁵ *Ibíd.* Pág. 30.

²⁶ ÁLVAREZ, Juan. El Derecho a la Salud como Derecho Humano. Cultural Cuzco S.A. Editores Lima – Perú 1994. Pág. 33.

están usando expresiones como ‘derecho a la salud’, ‘derecho relativo a la salud’ y ‘derecho a los cuidados de la salud’, tema que fue debatido durante el Seminario sobre los indicadores a utilizar para medir los progresos obtenidos en la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, que se realizó en Ginebra del 25 al 29 de enero de 1993. En la referida oportunidad se señaló que el derecho a la salud en el marco de los derechos humanos consistía en el derecho a los cuidados de salud así como al derecho de beneficiarse de condiciones de salubridad, lo que significa implícitamente que la salud del hombre es inseparable del medio humano en el cual vive. Algunos participantes afirmaron que el derecho a la salud debía ser considerado como un derecho compuesto del derecho a los cuidados médicos y a la vigilancia médica, el derecho a beneficiarse de disposiciones permanentes en materia de seguridad social, el derecho a gozar de servicios sociales eficaces, el derecho a los servicios de planificación familiar y el derecho a acceder a estos servicios diferentes en condiciones de equidad; otros subrayaron que el derecho a la salud estaba ligado al principio de la equidad en lo referente a la situación frente a las enfermedades.

A decir de Gustavo Zagrebelsky²⁷, en la práctica de la aplicación judicial, el carácter ‘razonable’ del derecho se evidencia en sus dos momentos: la categorización de los casos a la luz de los principios y la búsqueda de la regla aplicable al caso. Precisa que es razonable la categorización de los hechos que toma en cuenta todos los principios implicados; es razonable la regla, individualizada en el marco de las condiciones limitadoras del derecho como ordenamiento, que responde a las exigencias del caso. Concluye que en la búsqueda de esta ‘razonabilidad’ de conjunto consiste la labor de unificación del derecho que tiene asignada como tarea la jurisprudencia. Podemos concluir que es importante que se unifique la jurisprudencia.

Asimismo ha señalado Gustavo Zagrebelsky, que en líneas generales, esto debe llevar a reconocer que el necesario carácter razonable o no arbitrario de la ley, es decir, la relación de tensión entre el caso y la regla, introduce inevitablemente un elemento de equidad en la vida del derecho. O, mejor dicho, lo reintroduce, al restaurar una relación esencial después de que el positivismo jurídico hubiese pretendido eliminar todo vestigio de la misma en nombre del

²⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Colección Estructuras y Procesos Serie Derecho. Editorial Trotta, S.A., 1995, 1997, 1999 Sagasta, 33. 28004 Madrid. Pág. 148.

valor absoluto de una voluntad cualquiera, con tal de que estuviese revestida de la forma legislativa. La separación positivista entre jurisdicción de equidad y jurisdicción de derecho respondía a la presupuesta separación entre las dos nociones y servía para identificar el derecho sólo con la ley.

Asimismo, citando a Ruth Roemer, sostiene que el Estudio titulado “Derecho a la atención de la Salud”, recuerda, al igual que lo hiciera Walter P. Von Wartburg, que ya en el siglo IV a.c., Aristóteles había señalado la importancia del derecho a la salud con las siguientes palabras: *“Si creemos que los hombres como seres humanos, poseen derechos que les son propios, entonces tienen un derecho absoluto de gozar de buena salud en la medida que la sociedad, y sólo ella, sea capaz de proporcionársela”*. Llegando a las siguientes conclusiones:

- Si partimos de la idea aristotélica de que la salud es un derecho natural, debemos aceptar también que existe un derecho a la protección a la salud.
- La salud es un derecho tanto individual como social, principio, el primero, sobre el cual podemos añadir que está reconocido en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y el segundo, en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo.
- Su ejercicio depende de las condiciones en que se encuentre la sociedad, pues aunque el derecho sea válido en todo momento y lugar, su ejercicio está supeditado a las condiciones en que se encuentre la sociedad.

Carlos Iván Fuentes Alcedo²⁸, sostiene que el derecho a la salud, es uno de aquellos derechos que se encuentran definidos en los instrumentos del Sistema Interamericano, pero que permanece entre los que no pueden ser exigidos a través del sistema de petición individual que contempla la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto, en la misma línea que Carlos fuentes consideramos que hay un vacío, que debe ser considerado por la Convención que estos derechos sean exigibles, contando con poca protección en los ordenamientos jurídicos nacionales, Carlos Fuentes señala que la Carta Social Europea define

²⁸ Ver FUENTES ALCEDO, Carlos Iván. Protegiendo el Derecho a la Salud en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Estudio Comparativo sobre su Justiciabilidad desde un punto de vista Substantivo y procesal. American University International Law Review. Volume 22 / Issue 1. Article 3 (2006). Págs.11-33. Disponible en: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1111&context=auilr>. Extraído el 8 de julio de 2016.

el derecho a la salud en los mismos términos que el Protocolo de San Salvador y el Pacto DESC, y enumera las obligaciones de los Estados partes bajo este derecho. Concluye que el Sistema Europeo como el de las Naciones Unidas ya ha implementado o están en proceso de implementar métodos para hacer estas obligaciones justiciables, por lo que consideramos siguiendo la misma línea que el autor que surge la obligación de una revisión judicial a nivel nacional e internacional.

El Tribunal Constitucional del Perú, en la STC 02002-2006-PC/TC²⁹, en el fundamento 17, precisa que: “(...) El derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe proteger tratando de que todas la personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido “(...) La protección del derecho a la salud se relaciona con la obligación por parte del Estado de realizar todas aquellas acciones tendientes a prevenir los daños a la salud de las personas conservar las condiciones necesarias que aseguren el efectivo ejercicio de este derecho, y atender, con la urgencia y eficacia que el caso lo exija, las situaciones de afectación a la salud de toda persona, prioritariamente aquellas vinculadas con la salud de los niños, adolescentes, madres y ancianos, entre otras.”

En conclusión la salud es un componente del bienestar del hombre; y tiene como objetivo fundamental la protección de la persona humana.

2.2. El derecho a la salud como derecho fundamental

El derecho a la salud es un derecho que está consagrado en nuestra Constitución peruana, como un derecho social y económico y a pesar que en la Constitución peruana el derecho a la salud no está considerado como un derecho fundamental. Es el Tribunal Constitucional

²⁹ Ver STC 02002-2006-PC/TC (caso Pablo Miguel Fabián Martínez), Extraído el 18 de julio de 2016. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02002-2006-AC.pdf> . Fundamento 17.

peruano, que en la sentencia N° 1429-2002-HC/TC³⁰, precisó que el derecho a la salud es un derecho fundamental. Además, el Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha entendido el derecho a la salud como un derecho fundamental de la persona. Siendo ello así, podemos concluir, que no hay ninguna duda al respecto que el derecho a la salud es un derecho fundamental.

2.3. El derecho a la salud y el derecho al acceso a la salud

La salud es un derecho que tiene todo ser humano por el solo hecho de ser persona y la salud es un derecho fundamental. El profesor Víctor García Toma³¹ señala que la salud puede ser entendida como el normal desenvolvimiento de las funciones biológicas y psicológicas del ser humano, y es evidente que la salud es una condición indispensable para el desarrollo y medio fundamental para alcanzar el bienestar en nuestro país y que su regulación constitucional se inicia con las constituciones de 1920 y 1933, así también, está contemplado en el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; los artículos 9 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales; y en los artículos 9 y 18 del Protocolo Adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¿Qué entendemos por derecho a la salud este se puede sostener racionalmente, existe un derecho humano a la salud, mejor dicho, o dicho de otro modo, la salud, el acceso a la salud, a la protección de la salud están debidamente garantizados en nuestro país?, Según Antonio Marlasca López³², sostiene que la expresión ‘derecho a la salud’, no es del todo adecuada, ya

³⁰ Ver STC N° 1429-2002-HC/TC (caso Juan Islas Trinidad y Otros) .Estableció que si bien “El derecho a la salud no está contenido en el Capítulo de Derechos Fundamentales, su inescindible conexión con el derecho a la vida (art. 2°), a la integridad (art. 2°) y el principio de dignidad (art. 1 y 3), lo configuran como un derecho fundamental indiscutible, pues, constituye “condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo (art. 1°, Título Preliminar de la Ley N° 26842, General de Salud)”. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01429-2002-HC.pdf>. Extraído el 20 de julio de 2016.

³¹ GARCÍA TOMA, Víctor. Los Derechos Humanos y la Constitución. Edición, Febrero 2001. Grafica Horizonte. Págs. 218 y 219.

³² MARLASCA LÓPEZ, Antonio. El derecho a la salud y el racionamiento en los servicios de salud. Rev. Filosófica Univ. Costa Rica, XLVII (122), 9-10 Setiembre-Diciembre 2009 / ISSN: 0034-8252. Pág. 10.

que nuestra salud depende de muchos factores, entre otros de la constitución genética, sobre los cuales la sociedad no tiene propiamente control.

Al respecto el Profesor García Toma, señala que la protección de la salud tiene un correlato inescindible con la satisfacción de las más elementales necesidades básicas; que por tales constituyen el *mínimum* razonable para la existencia y coexistencia social. Que en buena medida, la existencia de una política social que incluye la salud pública, la prestación de servicios sociales y de salud, la educación sanitaria, la educación física y la práctica de los deportes, contribuye a la satisfacción de dicho derecho. El profesor Andrés Solidoro señala que la población usuaria de los servicios de salud representa el grupo más desprotegido de nuestras sociedades.

Elena Cárdenas Ramírez³³, ha precisado que la Corte Constitucional de Colombia, ha reconocido que la salud “(...) es un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo”. Asimismo, señala que la salud, por tanto, no es una condición que la persona tiene o no. Se trata de una cuestión de grado, que ha de ser valorada específicamente en cada caso. Así, conforme a esta posición, el derecho a la salud comprende: *“La facultad que tiene todo ser humano de mantener la orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presenta una perturbación a la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento. [...] el Estado protege un mínimo vital, por fuera del cual, el deterioro orgánico impide una vida normal. (Corte Constitucional, Sentencia T-597 de 1993)”*.

Sostiene además que la salud no solo es un fenómeno biológico; sino también, que es un fenómeno social, que alcanza una determinada situación de acuerdo a la posición relativa que alcancen los factores condicionantes del ambiente natural y social, y en donde la decisión política tiene gran significación por ser la variable que en última instancia interviene en el cambio y movilización social, así como el funcionamiento, producción y productividad de los servicios de salud.

³³ CÁRDENAS, Elena. Alcances del derecho a la salud en Colombia: una revisión constitucional, legal y jurisprudencial”. Revista de Derecho N° 40, Barranquilla, 2013. Pág. 215.

Felipe A. Robledo-Martínez³⁴, señala que la salud tanto en su concepción individual como colectiva es producto de complejas interacciones entre procesos biológicos, ecológicos, culturales y económico-sociales que se dan en la sociedad. Por lo tanto está determinada por la estructura y dinámica de la sociedad, por el grado de desarrollo de sus fuerzas productivas, por el tipo de relaciones sociales que establece, por el modelo económico, por la organización del Estado y por las condiciones en que la sociedad se desarrolla. Salud es un proceso social de constante tensión y conflicto, en la búsqueda permanente de mejores condiciones para el desarrollo de la calidad de vida y bienestar. La salud de una sociedad se expresa en cómo interactúan las personas pertenecientes a una cultura, entendiendo la salud social como la habilidad de interactuar apropiadamente con la gente y el contexto satisfaciendo las relaciones interpersonales.

En ese contexto el Tribunal Constitucional, en la STC recaída en el Exp. N° 2945-2003-AA/TC, caso *Azanca Alhelí Meza García*, fundamento 30, ha sostenido que: “La 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”.

Robledo-Ramírez indicó que el artículo 7° de la Constitución peruana, cuando hace referencia al derecho a la protección de la salud, reconoce el derecho de la persona de alcanzar y preservar un estado de plenitud física y psíquica. Por ende, tiene el derecho de que se le asignen medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica, correspondiente al nivel que lo permiten los recursos públicos y la solidaridad de la comunidad. Finalmente señaló que el derecho a la salud debe ser abordado desde cada persona en particular, dentro de un contexto familiar y comunitario.

Por lo expuesto, los servicios públicos de salud cobran vital importancia en normal desarrollo funcional de nuestro organismo, lo que ha motivado que la Organización Mundial de la Salud (OMS) estime que dicho concepto no se limita a asociarlo con la ausencia de enfermedad,

³⁴ ROBLEDO, Felipe A. Identidad cultural, salud social y Estado Social de Derecho. El caso “Tesoro Quimbaya” Quindío, Colombia. Rev. Salud pública. 17 (4): 646, 2015. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.15446/rsap.v17n4.48601>. Extraído el 12 de julio de 2017.

sino con el reconocimiento de una condición física mental saludable, pues de ellos depende, no sólo el logro de mejores niveles de vida de las personas, sino que incluso en la eficiencia de su prestación está en juego la vida y la integridad de los pacientes.

El Tribunal Constitucional en la STC N° 1429-2002-HC/TC, en el fundamento 12 ha precisado que: El artículo 7° de la Constitución Política del Estado señala que “(...) todos tienen derecho a la protección de su salud (...) así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La salud es entendida como el estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones, así como condiciones físicas en que se encuentra un organismo en un momento determinado”. Puede considerarse, entonces, como la facultad inherente a todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como psíquica, así como de restituirlo ante una situación de perturbación del mismo.

Asimismo, en la referida sentencia el Tribunal Constitucional, en el fundamento 13, manifestó que el derecho a la salud se proyecta como la conservación y el restablecimiento de ese estado. Que implica, por consiguiente, el deber de que nadie, ni el Estado ni un particular, lo afecten 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. Esta dimensión del derecho se manifiesta con especial énfasis en el artículo 12° del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

Los Instrumentos Internacionales protegen el derecho a la salud y a la protección de su salud, Alba L. Vélez-Arango³⁵ ha señalado que la protección de la salud instrumentalizada a través del sistema de salud es condición necesaria para el desarrollo de la vida que cada individuo tiene razones para valorar. Su protección debe darse dentro de los umbrales mínimos de justicia y la meta social debería entenderse en el sentido de lograr que los ciudadanos se sitúen por encima de este conjunto de capacidades entre las que se encuentra la salud.

³⁵ VÉLEZ-ARANGO, Alba L. El derecho a la salud: una visión a partir del enfoque de capacidades. Págs. 93-100. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/120/12033879012.pdf>. Extraído el 15 de agosto de 2017.

De otro lado Vélez-Arango, precisa en sus conclusiones, que es evidente ‘que la salud, y más específicamente su protección, es una capacidad humana básica’. Que la protección del derecho a la salud debe entenderse como una condición sin la cual los individuos no pueden ejercer sus potencialidades ni sus proyectos de vida buena, para el desarrollo de una vida auténticamente humana. Su no reconocimiento coloca al ciudadano en una condición que dista de ser una vida acorde con la dignidad humana. Tres de las capacidades humanas básicas, sin desconocer la importancia de las otras, están en estrecha relación con el campo de protección y el goce efectivo del derecho a la salud, así su reconocimiento y su protección nos ubica en un mundo que cumple unas condiciones mínimas de justicia y decencia y, por esto, uno de los fines principales de la cooperación social es establecer principios e instituciones que garanticen que todos los seres humanos poseen las capacidades de lista y su reconocimiento pueda ser demandado de forma efectiva de no ser reconocida.

Agrega que en una sociedad que merezca llamarse justa debe existir un entendimiento claro acerca de las necesidades de protección del derecho a la salud y de sus variaciones a lo largo del ciclo de vida; de períodos de salud y bienestar; se tiene ciclos de morbilidad y de discapacidad que ameritan el acceso a los servicios de salud, en los diferentes grados de complejidad; en muchos casos, estos períodos de invalidez y discapacidad parcial o total, son permanentes. Además sostiene la necesidad de asistencia en salud como un requisito de justicia social. Las contingencias del ser humano, desde el nacimiento hasta su muerte, enfermedad, discapacidad, invalidez, ameritan ser asistidas por el Estado y la sociedad a través de los servicios de salud. Es claro, que la necesidad de asistencia, en momentos de dependencia, forma parte de las necesidades primarias de los ciudadanos y, su satisfacción hasta un nivel adecuado, constituirá uno de los rasgos definitorios de una sociedad justa.

Sobre la necesidad de asistencia, citando a Nussbaum que señala que:

“Los seres humanos nacen siendo bebés, crecen lentamente y necesitan mucha asistencia durante su crecimiento. Sólo cuando están en la plenitud de su vida tienen las necesidades normales [...] pero también pueden tener otras necesidades derivadas de accidentes o de enfermedades que los sitúen en una posición de dependencia asimétrica durante un período más o menos largo de tiempo”.

También Vélez-Arango afirma, que sin duda, cada contingencia del ser humano que menoscabe su salud, le limita el desarrollo de sus planes de vida, razones para valorar, y su no protección se torna en una vulneración de la justicia y le restringe al ciudadano libertad de elección, puesto que para ello es menester contar con las condiciones generales necesarias para el funcionamiento humano.

Que siendo ello así, no es posible elegir un plan de vida cuando no se tiene acceso a los recursos materiales, sociales, económicos necesarios para su realización y dentro de estos la garantía de protección y acceso a los servicios de salud se torna en condición necesaria de justicia social. El derecho a la salud está incurso dentro de los derechos sociales o los también llamados derechos económicos, sociales y culturales.



CUADRO N°1
ACCESO A SEGURO DE SALUD, SEGÚN ÁMBITO GEOGRÁFICO,
2004-2013

Ámbito geográfico	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Total	37.3	36.2	38.3	42.1	53.7	60.5	63.5	64.5	61.9	65.5
Área de residencia										
Urbana	40.5	38.7	40.1	43.1	50.9	56.6	59.0	59.6	58.5	62.3
Rural	29.9	30.3	33.9	39.4	61.0	71.1	75.9	78.4	71.8	75.1
Departamento										
Amazonas	39.4	38.6	40.8	42.2	55.9	63.0	68.3	69.9	66.6	75.2
Áncash	37.2	30.0	32.1	35.3	44.7	55.1	63.3	65.4	64.9	68.9
Apurímac	48.1	43.7	46.0	49.6	71.6	82.7	89.1	87.8	87.9	89.9
Arequipa	42.5	43.6	42.9	45.8	53.5	57.8	62.5	65.0	57.9	57.1
Ayacucho	34.9	39.1	39.4	50.6	72.8	82.0	85.3	85.4	77.3	80.8
Cajamarca	25.5	30.4	33.6	38.8	57.4	68.6	74.6	78.1	73.8	77.6
Callao	-	-	-	48.3	54.4	61.6	64.3	61.0	63.7	70.2
Cusco	31.4	34.9	38.5	47.8	56.3	64.8	67.7	73.7	70.9	70.9
Huancavelica	38.7	39.7	44.4	48.7	64.4	82.9	88.3	90.1	85.3	87.4
Huánuco	31.5	30.7	38.1	43.5	70.2	77.9	81.9	81.3	79.3	80.2
Ica	47.6	44.9	45.3	43.6	49.4	55.9	60.1	63.8	61.1	61.9
Junín	29.2	27.1	30.3	32.2	43.3	45.6	51.3	52.6	48.3	53.8
La Libertad	32.3	31.7	34.7	40.7	57.3	66.7	67.3	64.4	62.9	64.1
Lambayeque	38.4	38.5	40.1	42.2	59.3	66.6	65.8	59.0	49.4	56.9
Lima	-	-	-	44.5	48.7	52.8	54.1	56.3	58.8	62.6
Loreto	41.3	39.4	46.6	49.5	66.0	76.0	83.6	81.8	66.8	74.2
Madre de Dios	38.2	34.0	34.5	39.1	42.9	49.1	51.6	55.6	47.3	46.5
Moquegua	41.2	41.5	45.0	47.9	53.5	61.7	66.8	64.8	64.4	62.8
Pasco	44.6	39.5	41.3	39.9	46.6	56.4	62.1	59.6	53.3	64.6
Piura	35.8	33.0	35.0	37.0	51.2	62.8	66.0	63.6	55.1	61.7
Puno	23.5	24.0	28.6	31.9	54.5	57.4	54.0	62.5	57.6	60.7
San Martín	35.3	31.7	32.0	35.4	58.9	67.2	74.6	75.4	67.3	66.4
Tacna	35.0	33.0	36.2	35.8	45.8	46.7	51.9	40.1	40.9	44.0
Tumbes	40.0	37.6	40.8	41.7	59.1	64.9	65.0	69.3	61.2	68.7
Ucayali	35.2	37.7	37.6	38.6	56.0	64.0	67.8	65.2	60.9	61.8
Lima y Callao 1/	42.3	40.2	40.9	44.8	49.2	53.6	55.0	56.7	59.2	63.3
Lima Provincias 2/	-	-	-	38.7	48.4	55.7	57.9	58.5	60.9	65.5

Nota técnica: Las estimaciones de los indicadores provenientes de la Encuesta Nacional de Hogares-ENAHO- han sido actualizados teniendo en cuenta los factores de ponderación estimados en base a los resultados del Censo de Población del 2007 por sexo y grupos de edad, las cuales muestran las actuales estructuras de la población urbana y rural del país.

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática- Encuesta Nacional de Hogares

En el Cuadro N° 1: Se desprende que en la ciudad de Arequipa, el acceso a seguro de salud, de la población arequipeña en los años 2010 y 2011, fue del 63%, aproximadamente, con un incremento del 5%, en comparación con el año 2009, donde el porcentaje de la población de

Arequipa con acceso a un seguro de salud fue del 57.8%; sin embargo, en los años 2012 y 2013, disminuyó en un 8%, observándose, que descendió el porcentaje de acceso a un seguro de salud en la ciudad de Arequipa.

2.4. Políticas Públicas sobre el derecho a la salud

En la II Conferencia Nacional de Salud “hacia una reforma por el derecho a la salud”³⁶ se ha señalado que: *“Las políticas de salud hasta ahora han venido adecuándose a una concepción fragmentada del desarrollo y de las políticas sociales. Las políticas de salud ‘sectorizadas’ responden a un enfoque incorrecto en el que se separan las políticas económicas de las políticas sociales y las políticas sociales se restringen al alivio o la compensación de la pobreza. Como consecuencia de ello, en el Perú es muy marcada la compartimentación en el Estado, en especial desde inicios de la década del noventa, cuando el Gobierno dejó la planificación como un elemento central de la política nacional y desactivó el Instituto Nacional de Planificación, lo que produjo un accionar fragmentado del Estado y de las instituciones que realizan intervenciones de desarrollo social. De esta forma, no existen políticas sociales integradas. Este problema ocurre en los ámbitos nacional, regional y local. Como consecuencia de ello, se carece de metas que articulen las políticas y metas sectoriales a las particulares necesidades locales y regionales. Hay dispersión de programas entre diversos sectores, e incluso dentro de un mismo sector; la atención está segmentada en compartimentos estancos, con lo cual se duplica el trabajo, se dilapidan los recursos y se confunden los objetivos.*

Podemos concluir, en esa misma línea, que hay una crisis, un caos, en la salud, en el sector de atención a la salud, que está estancado, por parte del Estado; por lo que, se desprende, que no hay, y no existen Políticas sociales integradas, en el ámbito nacional, regional y local, careciendo de metas a nivel nacional, que articulen las políticas; y metas sectoriales locales y regionales; todo ello se debe en gran medida, a la desactivación del Instituto Nacional de Planificación, la falta de planificación de políticas sociales, por parte del Estado.

³⁶ Foro Salud. II Conferencia Nacional de Salud. Hacia una reforma sanitaria por el derecho a la salud. Lima, febrero de 2005. Consorcio de Investigación Económica y Social Observatorio del Derecho a la Salud. ISBN 9972-804-34-8. Pág. 76.

En el Foro Salud, se sostuvo además que una visión política, económica y ética del desarrollo del sistema sanitario del Perú y del desarrollo social de su población, se basa en la dignidad humana, los derechos humanos, la igualdad de oportunidades, la justicia social, el respeto, la paz, la democracia y el pleno reconocimiento de las diversidades en el país. Señalan también, que otorgan la máxima prioridad a la promoción y garantía del derecho a la salud –integrado al conjunto de los derechos humanos e interdependiente con éstos-, y al mejoramiento de las condiciones y la calidad de vida, sobre la base de la plena participación de todos los ciudadanos y ciudadanas.

Ariel Frisancho³⁷ precisa que las políticas públicas de salud son, particularmente, las que determinan si el dinero va a los hospitales o al primer nivel de atención; si va a las madres a los niños o si va a las personas de la tercera edad.

Consideramos, que el Estado debe promover las políticas públicas, con equidad, igualdad y justicia social. Finalmente, de ello dependerá el éxito o el fracaso de estas.

Asimismo, Frisancho sostiene que el éxito de las políticas públicas depende, al menos, de cuatro elementos claves: el contenido, el proceso desplegado para su implementación, el contexto en el que se implementan y los actores involucrados. Además, afirma que, en lo que se refiere al proceso de implementación, conocemos diversas experiencias de instalación de nuevas políticas y sistemas, particularmente las vividas durante las denominadas reformas del sector salud, que no tuvieron el cuidado de diseñar con propiedad la manera en la que los cambios serían realizados, descuidando la adecuada comunicación interna y externa, el desarrollo de capacidades, los arreglos institucionales necesarios ni los recursos que dichos procesos demandaban.

Además, afirma que en algunas oportunidades, los contenidos pueden ser muy buenos y se puede planificar cuidadosamente su proceso de implementación, pero su resultado es como el de aquella semilla de la parábola del sembrador, que cae en terreno bueno o cae en terreno malo: dependiendo del contexto en el cual las políticas son aplicadas, algunas soluciones

³⁷ FRISANCHO, Ariel. Conferencia Ifhhro-Edhucsalud 2006. Exclusión de los profesionales de la salud. Buscando Políticas de Salud más inclusivas y sostenibles: El rol de la participación ciudadana. Perú, 2004-2006. Pág. 337.

sirven para unos y no para otros. Por ello, el tercer elemento clave para el éxito de las políticas públicas es el contexto en el que éstas se desarrollan.

Finalmente Frisancho sostiene que “(...) el derecho a la salud está ligado a las políticas públicas y el éxito de éstas depende en gran medida de los actores, en nuestra sociedad, la participación ciudadana juega un rol decisivo en la realización del derecho a la salud hoy, no mañana, no en cincuenta años ni en cien”.

Más adelante, refiere que el derecho a la salud requiere procesos de participación ciudadana en los cuales el ciudadano ejerza su derecho a la participación, y que esta participación, a su vez, abra espacios para un conjunto de procesos de desarrollo y empoderamiento.

Consideramos importante señalar, que las Políticas Públicas, en un país son importantes y trascendentales, porque van a garantizar el derecho a la salud de las personas.

Ana Angarita³⁸ señala que la salud, como derecho fundamental, se traduce en políticas y planes para la equidad, la justicia social y la igualdad de oportunidades. Por lo tanto, las políticas públicas y los derechos humanos se plasman en un conjunto de acciones que responden a un modelo de desarrollo en un momento y lugar específicos, y que aseguran el derecho a la participación ciudadana, a la toma de decisiones respecto al ejercicio de derechos y al aumento de las responsabilidades compartidas. El eje de estas acciones son los sujetos sociales de derechos y las relaciones entre éstos y su entorno social, económico y cultural. *“Estas acciones se plasman, además, en el resultado de demandas y de exigibilidades ciudadanas, y se dirigen prioritariamente a grupos marginados y excluidos”*.

Al respecto el Tribunal Constitucional peruano en la STC N° 2945-2003-AA/TC³⁹, *caso Azanca Alhelí Meza García*, en el fundamento 18, ha precisado que “(...) Toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primordial el resguardo de derechos tomando como base el respeto a la dignidad de la persona, y que en el

³⁸ ANGARITA, Ana. Conferencia Ifhro-Edhucasalud 2006. Exclusión y derecho a la salud. La función de los profesionales de la salud. Pobreza, enfoque de derechos humanos y derecho a la salud. Pág. 325. Disponible en: http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/435/Pon_YaminAE_AplicarDerechosHumanos_2007.pdf?sequence=1. Extraído el 22 de mayo de 2017

³⁹ STC. N° 2945-2003-AA/TC. Fundamentos 18, 43 y 44. Disponible en: https://www.escri-net.org/sites/default/files/Decision_Azanca_A_Meza_Garcia.html. Extraído el 18 de febrero 2016.

caso de la ejecución presupuestal para fines sociales, esta no debe considerarse como un mero gasto sino como una inversión social.”

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha sostenido que los derechos sociales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, no solo es una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución.

En los fundamentos 43 y 44, ha precisado su posición respecto a la ejecución de políticas sociales para la máxima realización de los derechos que estas involucran y, en ese sentido, considera que es responsabilidad del Estado priorizar la recaudación y la distribución presupuestal en este tipo de planes.

Finalmente, el Tribunal Constitucional, ha señalado que la ejecución presupuestal en las políticas sociales deje de ser vista como un ‘mero gasto’ y se piense, más bien, en ‘inversión social’ en aras del cumplimiento de un fin comunitario. Únicamente cuando todos los ciudadanos gocen de garantías mínimas de bienestar, podrán realizar satisfactoriamente sus planes de vida y, por consiguiente, brindar un mejor aporte a la sociedad en su conjunto, lográndose, de este modo, un mayor desarrollo como país.

Consideramos, importante y oportuna esta precisión del Tribunal Constitucional peruano, que con mucho acierto, ha señalado que al establecer las políticas sociales, estos deben dejar de verlas como meros gastos, sino más bien, deben ser consideradas como una inversión social para el bienestar común.

2.5. Sistemas de salud en el Perú

El Sistema de Salud en el Perú es una necesidad de todas las personas, en especial de los grupos más vulnerables, esta imperiosa necesidad de la utilización de los seguros de salud en el Perú, podemos señalar con mucho acierto que se expresa con desigualdades con relación a su condición laboral y la posición social de las personas, ya que tienen mayor oportunidad las personas que están aseguradas, en comparación, con las personas que no son aseguradas, podemos observar que existen desigualdades en el uso de los servicios de salud, siendo una constante que se debe atender de inmediato.

En el Informe Defensorial N° 102 de la Defensoría del Pueblo⁴⁰ se señala que el derecho humano a la salud ha sido reconocido en diversos instrumentos internacionales. Asimismo cita la definición adoptada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), que reconoce a la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de infecciones o enfermedades. Asimismo, señala que la OMS manifiesta que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de toda persona, sin ningún tipo de distinciones. De lo cual compartimos que el derecho a la salud es un derecho fundamental de la persona.



⁴⁰ Defensoría del Pueblo. Salud mental y derechos humanos: La situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental. Informe Defensorial N° 102. Pág. 13. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/69F8CC82E26FA27305257C9A005540D0/\\$FILE/Informe102DefensoriaPeru.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/69F8CC82E26FA27305257C9A005540D0/$FILE/Informe102DefensoriaPeru.pdf). Extraído el 30 de julio de 2017

CUADRO N°2
POBLACIÓN ASEGURADA EN EL SEGURO SOCIAL DE SALUD-Essalud,
SEGÚN TIPO DE ASEGURADO, 2005-2013

Tipo de asegurado	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Total	5 905.5	6 441.9	6 792.6	7 633.2	8 056.6	8 627.4	9 128.9	9 786.9	10 285.4
Asegurados titulares	3 240.9	3 546.8	3 714.8	4 332.2	4 607.4	4 928.1	5 068.3	5 375.5	5 628.4
I. Regulares	2 976.7	3 297.7	3 472.0	4 062.9	4 327.9	4 641.8	4 728.8	5 037.7	5 301.1
Trabajadores Activos	2 228.2	2 480.0	2 650.1	3 305.4	3 409.3	3 684.4	3 639.5	3 894.6	4 117.1
Pescador y Procesador Artesanal Independiente	0.8	1.1	1.4	1.3	1.4	1.5	1.9	2.1	2.0
Trabajador del Hogar	35.5	33.4	33.3	35.8	49.7	52.0	58.8	61.3	61.9
Trabajador de la CBSSP	-	6	6	6	6	6.2	6.8	7.7	9.8
Solicitantes de Pensión	-	1	4	5	1	1.2	1.3	0.9	0.8
Pensionistas	712.2	766.4	766.2	697.5	704.6	721.2	824.4	851.4	850.9
Pensionistas de la CBSSP	-	10	10	12	14	13.2	10.9	10.2	8.1
Otros Seguros	0	-	-	-	142	162	185	209.6	250.5
II. Seguro de salud agrario	122.3	193.3	202.2	236.6	249.7	251.2	260.0	272.7	277.7
Dependientes	115.7	160.5	175.4	212.0	228.0	228.8	237.0	249.9	248.4
Independientes	6.5	32.8	26.8	24.6	21.7	22.4	23.0	22.8	22.9
Actividad Acuicola	-	-	-	-	-	-	-	-	6.4
III. Régimenes especiales 1/	-	-	-	-	-	-	-	-	-
IV. Seguros potestativos	142.0	55.8	40.6	32.6	29.7	35.1	79.5	65.1	49.6
Asegurados derechohabientes	2 664.6	2 895.1	3 077.8	3 301.1	3 449.3	3 699.3	4 060.6	4 411.4	4 657.0
I. Regulares	2 508.7	2 753.2	2 927.7	3 109.4	3 256.4	3 504.3	3 838.7	4 168.4	4 405.8
Trabajadores Activos	2 208.6	2 403.0	2 576.6	2 787.2	2 839.6	3 056.4	3 341.5	3 633.5	3 849.0
Pescador y Procesador Artesanal Independiente	1	2	2	2	2	2.3	2.9	3.2	3.2
Trabajador del Hogar	20.4	20.7	20.7	21.5	30.4	26.6	27.9	29.6	29.6
Trabajador de la CBSSP	-	3	4	3	4	3.9	4.5	5.0	19.0
Solicitantes de Pensión	-	1	1	1	0	0.2	0.1	0.1	0.1
Pensionistas	278.5	311.9	308.8	275.6	289.4	293.6	317.9	329.0	325.7
Pensionistas de la CBSSP	-	11	14	19	21	20.8	19.4	19.3	4.8
Otros	-	-	-	-	70	100.5	124.5	148.7	174.4
II. Seguro de salud agrario	92.9	126.9	144.8	188.2	189.8	191.2	214.7	234.1	243.8
Dependientes	86.2	115.6	127.1	150.9	163.0	166.8	191.3	211.5	215.8
Independientes	6.8	11.3	17.7	37.3	26.8	24.4	23.4	22.7	21.6
III. Régimenes especiales 1/	-	-	-	-	-	-	-	-	6.4
IV. Seguros potestativos	63.0	14.9	5.3	3.5	3.1	3.8	7.2	8.9	7.4

Nota: Para el año 2010 el sector ha actualizado las cifras con información oficial del 20/05/2011.
1/ Vigente solo a Diciembre 2 004.

Fuente: Seguro Social de Salud Essalud) – Gerencia Central de Aseguramiento- Gerencia Técnica de

En el Cuadro N° 2: Podemos observar que el menor porcentaje de trabajadores asegurados en el Seguro Social de Salud durante los años 2005-2013, son aquellos trabajadores que perciben menores ingresos económicos, existiendo una notable desigualdad con relación a su condición laboral y posición social. Siendo preocupante estas diferencias entre los trabajadores asegurados.

CUADRO N° 3
POBLACIÓN DEL ÁREA URBANA ASEGURADA EN EL SEGURO
INTEGRAL DE SALUD SUBSIDIADO, SEGÚN DEPARTAMENTO, 2007-2013

Departamento	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Total	3 096 824	4 749 529	5 527 750	5 933 638	5 583 600	5 337 390	6 909 729
Amazonas	37 168	54 073	65 560	65 487	60 737	58 409	71 682
Áncash	76 112	129 534	173 552	212 803	220 538	229 300	286 616
Apurímac	52 797	70 623	71 838	80 391	87 014	85 971	91 739
Arequipa	153 457	198 947	228 679	240 863	215 519	176 567	235 367
Ayacucho	121 107	156 033	147 291	169 713	169 719	162 042	183 620
Cajamarca	74 572	102 464	133 069	144 181	139 768	128 757	154 305
Callao	98 717	153 209	177 989	212 218	204 475	221 668	294 691
Cusco	129 579	170 498	193 877	212 158	197 663	186 475	236 479
Huancavelica	18 199	27 204	31 189	36 118	42 525	39 591	42 514
Huánuco	89 875	134 218	150 737	158 547	130 960	114 038	127 704
Ica	67 359	101 897	115 809	137 748	133 663	143 780	188 833
Junín	105 838	158 903	179 585	198 563	190 205	194 457	258 614
La Libertad	199 297	363 753	442 213	409 160	334 666	288 334	396 347
Lambayeque	199 180	306 396	360 612	351 563	299 937	249 309	328 654
Lima	727 774	1 170 901	1 362 904	1 566 742	1 587 146	1 675 321	2 264 612
Loreto	153 866	240 464	301 002	299 228	252 400	225 959	255 320
Madre de Dios	15 405	22 997	24 256	30 111	28 502	26 823	37 538
Moquegua	22 893	29 545	29 630	33 359	29 300	26 536	39 700
Pasco	21 723	29 267	34 211	37 627	33 509	34 587	44 147
Piura	323 679	476 734	572 190	598 529	516 323	424 762	535 164
Puno	70 211	102 470	111 673	133 842	136 368	136 189	168 635
San Martín	156 727	264 555	314 651	319 226	290 728	251 741	313 412
Tacna	47 286	65 998	73 243	62 147	40 869	39 528	73 513
Tumbes	58 430	82 896	90 107	86 062	85 092	83 744	104 593
Ucayali	75 573	135 950	141 883	137 252	155 974	133 502	175 930

Nota: El ámbito geográfico está referido al distrito de residencia del asegurado.

Fuente: Seguro Integral de Salud (SIS) – Base de Datos – Central

En el Cuadro N° 3: En el año 2010, en la ciudad de Arequipa, en el área urbana, se desprende, que 240,863 personas contaban con el Seguro Integral de Salud Subsidiado; siendo el año con mayor número de asegurados entre el 2007 y 2013.

**CUADRO N° 4
POBLACIÓN DEL ÁREA RURAL ASEGURADA EN EL SEGURO INTEGRAL
DE SALUD DUBSIDIADO, SEGÚN DEPARTAMENTO, 2007-2013**

Departamento	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Total	3 817 498	5 547 655	6 236 281	6 406 174	7 144 704	5 990 643	6 591 634
Amazonas	154 227	230 127	278 246	280 293	292 826	246 208	271 647
Áncash	166 510	286 928	342 043	368 114	411 221	368 985	382 629
Apurímac	179 965	234 659	225 002	234 388	292 792	253 506	262 723
Arequipa	59 478	76 738	85 833	86 493	82 858	64 062	80 182
Ayacucho	247 979	297 945	271 032	316 398	362 514	302 559	321 689
Cajamarca	541 753	753 128	871 237	877 961	1 023 533	890 428	954 602
Callao	-	-	-	-	-	-	-
Cusco	424 810	516 785	516 699	527 679	638 102	504 771	575 474
Huancavelica	200 999	281 920	293 264	300 294	366 954	302 162	313 022
Huánuco	327 070	491 759	550 714	531 462	616 039	450 212	480 727
Ica	15 776	23 355	27 707	31 664	30 207	29 331	35 391
Junín	156 305	244 278	259 601	253 988	298 951	244 623	300 741
La Libertad	218 359	357 744	431 832	433 202	466 837	384 406	408 685
Lambayeque	107 289	164 644	188 517	176 705	186 022	150 469	173 234
Lima	44 614	66 238	75 414	81 646	77 887	66 595	81 406
Loreto	263 279	447 195	558 692	553 981	586 147	478 333	528 941
Madre de Dios	12 640	17 696	17 118	19 482	18 617	16 031	23 177
Moquegua	4 855	6 640	5 753	6 718	5 858	4 909	5 739
Pasco	44 460	63 503	73 640	84 518	90 108	86 400	99 359
Piura	170 865	276 122	358 022	364 361	402 260	339 796	381 159
Puno	255 846	361 866	394 179	463 129	486 654	462 229	515 762
San Martín	120 965	202 048	245 582	243 804	255 047	221 140	250 358
Tacna	5 881	7 622	7 955	7 578	6 165	5 292	7 879
Tumbes	4 310	6 310	6 926	6 179	6 833	6 544	7 144
Ucayali	89 263	132 405	151 273	156 137	140 272	111 652	129 964

Nota: El ámbito geográfico está referido al distrito de residencia del asegurado.

Fuente: Seguro Integral de Salud (SIS) – Base de Datos – Central

En el cuadro N° 4: En el año 2010, en la ciudad de Arequipa, en el área rural, se desprende, que 86,493 personas contaban con el Seguro Integral de Salud Subsidiado; siendo el año con mayor número de asegurados entre el 2007 y 2013; pero esta cifra es menor en comparación con el área urbana.

CUADRO N° 6
GASTO DESTINADO AL SECTOR SALUD, 1994-2012

Año	Total del gasto en Salud del Gobierno Central	Gasto en el Sector Salud	
		Público	Privado 1/
1994	3 232 659	742 383	2 490 276
1995	3 751 692	843 366	2 908 326
1996	4 572 265	1 156 035	3 416 230
1997	5 515 042	1 452 136	4 062 906
1998	6 212 503	1 722 121	4 490 382
1999	7 403 565	2 069 078	5 334 487
2000	7 876 441	2 233 206	5 643 235
2001	8 245 114	2 235 916	6 009 198
2002	9 016 766	2 688 398	6 328 368
2003	9 377 200	2 650 230	6 726 970
2004	9 979 719	2 860 879	7 118 840
2005	10 415 117	3 003 634	7 411 483
2006	11 154 242	3 190 614	7 963 628
2007	11 766 787	3 382 505	8 384 282
2008	12 561 045	3 474 247	9 086 798
2009 P/	14 123 218	4 158 215	9 965 003
2010 P/	15 750 207	5 012 539	10 737 668
2011 P/	17 175 569	5 554 374	11 621 195
2012 E/	18 910 254	6 385 774	12 524 480

1/ El gasto privado en salud corresponde al Valor Bruto de la Producción de la actividad de Salud Privada.

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática

En el Cuadro N° 6: Podemos observar que, el Gobierno Central, ha ido aumentando el presupuesto al sector salud; dicho incremento, se puede apreciar desde el año 1994 hasta el año 2012.

2.6. El derecho a la salud es multidimensional

Los problemas de salud que puedan presentarse son diversos, como muy bien lo ha señalado Jonatan Rapaport⁴¹, sosteniendo que hay que reconocer que la salud es un concepto multidimensional, vago y dinámico que depende del juicio de la persona que lo emite: médico, enfermo, familia o comunidad. Es decir que dependen de muchas personas y factores involucrados.

Asimismo señala que en 1986, en la Carta de Ottawa, la OMS volvió a definir la salud como un recurso para la vida cotidiana, no el objetivo de la vida en sí. Un concepto positivo que hace hincapié en los recursos personales, sociales y culturales además en las capacidades físicas, no siendo la salud un estado abstracto, sino un medio para un fin que puede ser expresado de manera funcional como un recurso que permite a las personas llevar una vida individualmente, socialmente y económicamente productiva. Es decir, la habilidad de un individuo de alcanzar su potencial y responder de manera positiva a los desafíos de su entorno. Esta amplia concepción tiene una implicación importante: todas las políticas e intervenciones (proyectos de desarrollo, por ejemplo) tienen que tener en cuenta que los cambios socioeconómicos tendrán un importante impacto sobre la salud y el bienestar individual y colectivo.

⁴¹ RAPAPORT, Jonatan. Salud y enfermedad. Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo. Universidad del País Vasco. Disponible en: <http://dicc.hegoa.efaber.net>. Extraído el 14 de agosto de 2017

CAPÍTULO III

CONFLICTO ENTRE LOS DERECHOS CIVILES Y POLITICOS, LOS DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

3.1. ¿Existe un conflicto entre los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales?

Antes de abordar el tema debemos de mencionar los antecedentes históricos del reconocimiento de estos derechos. Según Manuel E. Ventura Robles⁴², sostiene que los derechos económicos, sociales y culturales recibieron un reconocimiento posterior a la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, emitida en 1789, la cual se refería a lo que hoy en día llamamos derechos civiles y políticos. Asimismo, sostiene que en junio de 1793 se emite la Declaración de Derechos Jacobina, en la que hay indicios de los derechos económicos, sociales y culturales, y que en el desarrollo histórico de las constituciones políticas se vieron reconocidos en casi todas ellas durante el siglo XIX y no fue, sino posteriormente, que se manifiestan en esos textos los derechos económicos, sociales y culturales.

Estos derechos aparecieron luego de la revolución mexicana, en la Constitución de 1917 de la revolución socialista rusa y del movimiento constitucional posterior a la primera Guerra Mundial. En esa misma línea Ventura Robles señaló que más adelante, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en 1966 los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, a saber: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; considera que si bien con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se da un reconocimiento internacional por parte de las Naciones Unidas de estos derechos, la elaboración de dos instrumentos que tratasen separadamente las dos categorías consagró una división artificial entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales.

⁴² VENTURA ROBLES, Manuel. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Revista IIDH/Vol.40. Pág. 88

Renata Bregaglio Lazarte⁴³ establece una diferencia en la naturaleza de los derechos humanos, sobre la base de dos grandes argumentos: la aparición histórica de los derechos humanos en las demandas sociales y la diferente naturaleza de estos derechos (que justamente generó su aparición en diferentes momentos de la historia). Así, tomando como punto de partida los conceptos que guiaron la Revolución Francesa: libertad, igualdad y fraternidad, así como el contenido de las reivindicaciones sociales, citando a Vasak señala que plantea que serán derechos de “Primera generación” aquellos derechos de libertad, nacidos a fines del Siglo XVIII con la Constitución de los Estados Unidos de América (1776) y la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre de 1789. En esta generación comprendería a los Derechos Civiles y Políticos, en el entendido que son derechos que generan obligaciones de aplicación inmediata y requieren una abstención por parte del Estado (obligación negativa o de no hacer). Los de “Segunda generación” ocuparían los derechos de igualdad, aparecidos en el siglo XX con la Constitución Mexicana de 1917, la Revolución Rusa y la Constitución de Weimar (1919). En esta generación, compuesta por aquellos derechos que arrojan a los Estados obligaciones de actuación (obligación positiva o de hacer)⁴⁴ se encontrarían los Derechos Económicos, Sociales y Culturales bajo la consideración que de la satisfacción de estas obligaciones de actuación debía darse progresivamente. Finalmente, los de “Tercera generación” ocuparían los derechos de fraternidad, también llamados derechos de solidaridad”, integrada por los derechos emergentes a la paz, al medio ambiente, entre otros.⁴⁵

Bregaglio señala además que resulta cuestionable considerar una evolución de los derechos civiles y políticos aislada de los derechos económicos, sociales y culturales, porque la indivisibilidad e interdependencia marca su devenir. Asegura que al revisar la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, que en su artículo 21 dispone que *“La asistencia social es una deuda sagrada. La sociedad debe asegurar la subsistencia de los ciudadanos desprotegidos, ya sea procurándoles un trabajo, ya sea asegurando los medios de existencia a los que no estén en condiciones de Trabajar”*. Afirma que no parece

⁴³ BREGAGLIO LAZARTE, Renata. La Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales desde una concepción dinámica y evolutiva de la progresividad, indivisibilidad e interdependencia: Más allá de los tratados. (Tesis). Lima, 10 de agosto de 2010. Págs. 37, 38 y 39.

⁴⁴ CANCADO TRINDADE, Antonio. El Derecho Internacional de los derechos humanos en el siglo XXI. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 93 y 94

⁴⁵ CANESSA, Miguel. Los derechos humanos laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Lima: PUCP/PLADES, 2007, p. 91.

tan acertada la tesis de las generaciones desde el punto de vista de su planteamiento histórico, al postular que no es sino hasta el siglo XX que surgen las demandas por los derechos económicos, sociales y culturales. En todo caso, al margen de las consideraciones históricas, lo cierto es que esta separación normativa en categorías derechos, que como ha señalado toma como fundamento la entendida progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, impactó en la jerarquía asignada, por tanto, en las limitaciones en torno a la posibilidad de crear mecanismos de judicialización directa, limitación que recién hoy pareciera estar siendo superada desde el sistema universal con la adopción del Protocolo Facultativo a Protocolo Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Astrid Cabezas Poma⁴⁶ señala que el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, en la primera etapa, se les consideraba a éstos como derechos declarativos, cuyo cumplimiento y desarrollo estaba sujeto a la discrecionalidad estatal, por lo que no eran considerados exigibles. Asimismo, señala que los derechos económicos, sociales y culturales han sido denominados “derechos de segunda generación”, por haber sido reconocidos más de un siglo después que los derechos civiles y políticos. Sostiene que después de la Segunda Guerra Mundial, los Estados buscarían crear un mecanismo internacional de protección de los derechos humanos, de esta manera se suscribió la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. También señala que en esta Declaración se reconoció los derechos civiles, políticos, económicos sociales y culturales y, con ella, se dispuso que la Comisión de Derechos Humanos redacte un Tratado Internacional que desarrollara todos los derechos que la Declaración había reconocido.

Cabezas sostiene en su tesis que la diferencia de ideologías e intereses de dos bloques de países se impuso sobre la redacción de este nuevo tratado. Que, los estados con tendencia liberal sostenían que sólo se debía considerar en éste a los ‘derechos civiles y políticos’ por ser consustanciales a la democracia, mientras que el grupo de países comunistas abogaba por otorgarles prioridad a los ‘derechos económicos, sociales y culturales’, por ser éstas las metas de la sociedad socialista.

⁴⁶ CABEZAS POMA, Astrid Kelly. “Los derechos económicos, sociales y culturales, las obligaciones que generan y sus particularidades en el caso del derecho a la salud reproductiva. Tesis para presentar el grado de abogada. Universidad de San Martín de Porres Facultad de Derecho. Lima-Perú 2016. Págs. 16-18.

Al respecto, otros autores consideran que la diferencia más importante entre ambos bloques de países es que el sector de occidente sostenía que los derechos civiles y políticos podían ser protegidos de modo inmediato, y que los derechos económicos, sociales y culturales sólo podían serlo progresivamente. Para Astrid Cabezas, esta discrepancia dio como resultado la adopción de dos pactos por separado: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; sosteniendo que ‘una de las diferencias que trajo consigo la adopción de distintos cuerpos normativos fue el sistema de control’. Que, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos previó un órgano de control al que los individuos puedan recurrir en caso de incumplimiento de las obligaciones que estipula; y que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sólo previó un examen de informes periódicos de los Estados partes por el Consejo Económico y Social. Otra distinción que señala es que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se establece que los Estados Partes se comprometen a respetar y a garantizar los derechos reconocidos en el Pacto, y que en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se señala que los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto. Por cuya razón, en consecuencia, Cabezas sostiene que la elaboración de los dos Pactos por separado y las diferencias entre ambos, contribuyó a la concepción *errónea* de que ambas categorías de derechos (derechos civiles y políticos por un lado y derechos económicos, sociales y culturales por el otro) tendrían diferente naturaleza y valor.

Hablar o señalar la existencia de tres generaciones de derechos, como lo señalan algunos doctrinarios consideramos que es una falacia y que es un error; 1) Los Derechos Individuales, que surgen en el constitucionalismo clásico de fines del siglo XVIII; 2) Los Derechos Sociales y Económicos, que afloran en el constitucionalismo de entreguerras, muy especialmente con la Constitución de México de 1917 y con la de Weimar de 1919; y 3) Los derechos de tercera generación, de reciente aparición, que constituyen un ciclo aún no cerrado, como se ha advertido, pero en cuyo curso se aglomeran los llamados derechos al desarrollo, el derecho a la paz, el derecho a la preservación del medio ambiente, el derecho a los recursos naturales, el derecho al patrimonio cultural, solidaridad, etc.

Cabezas señala que hablar de generaciones de derechos es errado puesto que estas categorías de derechos tienen el mismo valor, al partir de la dignidad humana. Citando a Bazán señala que:

“Partimos de una base indiscutible: la dignidad humana es unitaria; razón por la cual la bifurcación de los derechos humanos en ‘categorías’ pretendidamente diversas y estancas (derechos civiles y políticos, por una parte, y Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por la otra) sólo conduce a la creación de falsas dicotomías que poco aportan en favor de la indivisibilidad, la universalidad y la interdependencia de los derechos humanos.

Manifiesta que entre las dos ‘categorías’ de derechos, señala cabezas no puede existir sino complementación e interacción y no compartimentación y antinomia ¿podría por ejemplo negarse la estrecha relación entre el derecho a la vida y el derecho a la salud?. En otras palabras, se hace aconsejable adoptar una visión sistémica de los derechos humanos, sean éstos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales, puesto que –como afirma Cançado Trindade- la óptica escindida de aquéllos pertenece al pasado y, como reflejo de la confrontación ideológica de otra época, se encuentra desde hace tiempo superada. El citado autor sostiene que no es correcto considerarlas como categorías antinómicas y estancas, sino, por el contrario, como categorías complementarias e interdependientes, ya que para poder disfrutar de los derechos civiles y políticos, es necesario que se garanticen los derechos económicos, políticos y culturales y viceversa.

Aleksey Herrera Robles⁴⁷, ha precisado que los derechos por generaciones tienen en cuenta el momento histórico de reconocimiento y se diferencian, desde el punto de vista material, por la manera como afectan al individuo. Así, los ‘derechos de primera generación’ son los denominados ‘fundamentales’, y fueron reconocidos a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. Constituyen derechos básicos, esenciales y naturales. Los ‘derechos de la segunda generación’ son los derechos ‘asistenciales’, conocidos

⁴⁷ HERRERA ROBLES, Aleksey. Aspectos generales del Derecho Administrativo Colombiano. Colección Jurídica. 3ª edición revisada y aumentada. Barranquilla – Bogotá Colombia, 2012. Universidad del Norte, editorial. Grupo Editorial Ibañez. Pág. 17, 18.

como económicos, culturales y sociales, y si bien tuvieron como antecedentes la expedición de la Constitución alemana de Weimar en 1919 y los grandes avances obtenidos a través de la presencia del comunismo en Europa a finales del siglo XIX y comienzos del XX, su consagración general tuvo lugar a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Los ‘derechos de la tercera generación’, ‘derechos solidarios’ o ‘derechos de la fraternidad’. También se ha señalado que los servicios asistenciales o de segunda generación son los que requieren mayor atención del Estado, pues si bien este tiene a su cargo las garantías tanto de los fundamentales como de los de tercera generación, se impone respecto a estos una gestión pública necesaria para su consecución.

En este sentido es conveniente precisar los alcances inmediatos que tienen estos derechos en cuanto a la función administrativa, pues si bien se reconoce su carácter progresivo, como se desprende, del artículo 1º del Protocolo de San Salvador, no menos cierto es que en forma insistente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido su vínculo indivisible con los derechos civiles y políticos, como quiera que toda distinción entre unos y otros constituyen una formulación categorizante de los Gobiernos de asegurar, de acuerdo con los recursos materiales de que dispone el Estado, el avance gradual y constante hacia la plena realización de tales derechos. Podemos concluir que los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes entre sí.

3.2. ¿Cuál es la posición del TC sobre este tema?

El Tribunal Constitucional en la sentencia N° 1417-2005-AA/TC, caso Manuel Anicama Hernández, señala en el fundamento 2 que el concepto de los derechos fundamentales comprende “tanto los presupuesto éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.”⁴⁸ Que consecuentemente, si bien el

⁴⁸ PECES-BARBA, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, pág. 37.

reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado.

El Tribunal Constitucional⁴⁹ en el fundamento 3 ha sostenido que el Capítulo I del Título I de la Constitución denominado “Derechos Fundamentales de la Persona”, además de reconocer al principio-derecho de la dignidad humana como el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales (artículo 1°) y de enumerar a buena parte de ellos en su artículo 2°, prevé en su artículo 3° que dicha enumeración no excluye los demás derechos reconocidos en el texto constitucional (vg. Los derechos fundamentales de carácter social y económico reconocidos en el Capítulo II y los políticos contenidos en el Capítulo III), “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”.

Asimismo, el Tribunal Constitucional peruano, en el fundamento 4 señala que “la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales.

En la STC N° 00607-2009-PA/TC⁵⁰, el Tribunal Constitucional (caso Flavio Roberto Jhon Lojas) ha sostenido en el fundamento 4 que la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares cobra especial sentido en un contexto donde la presencia e importancia de la

⁴⁹ STC N° 1417-2005-AA/TC Caso Manuel Anicama Hernández. Fundamentos 2, 3 y 4.

⁵⁰ STC N° 00607-2009-PA/TC. Fund. 4. Disponible en: www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00607-2009-AA.html. Extraído el 15 de mayo 2016.

empresa privada en la vida económica social del país es cada vez mayor, lo cual puede generar, además de grandes beneficios en atención al progreso material, serios peligros en el ejercicio de determinados derechos ius-fundamentales. En este marco, es también de especial preocupación la prestación que las empresas privadas brindan, hoy, de servicios considerados esenciales y que atienden necesidades básicas de la población, calificadas por nuestra Constitución como derechos fundamentales, como es el caso por ejemplo de la salud, la educación y las pensiones de cesantía.

En ese sentido, la eficacia frente a particulares no se proyecta sólo al ámbito de los clásicos derechos civiles y políticos, como el honor, la asociación o el debido proceso, sino que encuentra un particular terreno de desenvolvimiento en los denominados derechos económicos, sociales y culturales o derechos de segunda generación. En este fundamento el Tribunal Constitucional cita al profesor Gerardo Pisarello, quien ha manifestado que:

“Frente a la creciente privatización de recursos y servicios que conforman el objeto de los derechos sociales, le incumbe más que nunca a los poderes públicos, si no ya la gestión directa de dichos recursos, la irrenunciable obligación de proteger los intereses de las personas en los mismos frente a afectaciones provenientes de agentes privados. Esta obligación exige ampliar el ámbito de aplicación de la llamada *Drittwirkung* constitucional, es decir, la posibilidad de vincular a los poderes sociales y económicos al cumplimiento, en materia de derechos sociales, a las obligaciones de respeto, promoción y no discriminación. Sobre todo, en situaciones de especial *subordinación* e *indefensión* de los destinatarios frente a prestadores privados (empleadores, proveedores de servicios públicos de salud, educación, agua potable, alimentos, electricidad, arrendadores de tierra o vivienda), así como en aquellas otras que, bajo el amparo de la Constitución, pudieran crearse por vía legal”.

En el fundamento 15 señalo que:

“La educación es un bienpreciado en muchos aspectos. En nuestros países, en vías de desarrollo, constituye no sólo parte primordial e inescindible de la formación personal, sino un medio –el más importante– para aspirar a una sociedad más justa e igualitaria. Allí donde la educación haya llegado con sus raíces de cultura y

humanidad, de ciencia y tecnología, los hombres podrán declararse libres y más humanos, no sólo para luchar por su propia superación, sino para procurar soluciones colectivas que permitan a más personas disfrutar de los derechos que la Constitución recoge. En la tarea de hacer a la sociedad más humana y más justa, por medio de la educación, las empresas privadas juegan un rol trascendental. Ellas no deben perder nunca de vista que tienen frente a sí un derecho esencial para el desarrollo de todo ser humano y primordial para alcanzar la justicia que tanto reclaman nuestros países. Por ello, su labor no debe desarrollarse sólo en la búsqueda de un mero interés económico, sino que debe representar ese espíritu de solidaridad y humanidad que toda institución universitaria tiene como esencia misma de su función social y educativa.

El Tribunal Constitucional en esta sentencia toma una posición sobre los derechos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales y los derechos de solidaridad, una posición muy tímida al respecto.

3.3. ¿Cuáles son los problemas derivados de su adecuada clasificación entre los derechos civiles y políticas y los derechos económicos, sociales y culturales? ¿Incide en la aplicación de Políticas Públicas?

Renata Bregaglio Lazarte señala que al margen de las consideraciones históricas, lo cierto es que esta separación normativa en categorías de derechos, que como se ha señalado toma como fundamento la entendida progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, impactó en la jerarquía asignada éstos y, por tanto, en las limitaciones que recién hoy pareciera estar siendo superada desde el sistema universal con la adopción del Protocolo Facultativo a Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Citando a Rabossi señala:

“La positivización de los derechos humanos en dos pactos diferentes tuvo efectos importantes. De un lado, incentivó la idea de que la división responde, en realidad, a una diferencia conceptual básica entre dos tipos de derechos y, consiguientemente, de que la prioridad de un tipo de derechos sobre el otro obedece a razones teóricas. Del otro lado, dado los términos de los respectivos pactos, dio pie a la idea de que el goce

de los derechos civiles es garantizable, discrecional y condicionado a que se produzcan cambios profundos en la estructura socio-económica de un país. En suma, la división fortaleció en los foros institucionales (formales y no formales), técnicos, políticos y académicos una distinción teórica y práctica hasta discutible, que ha tenido efectos contundentes en cuanto a la manera de conceptualizar los derechos humanos y a la forma de encarar sus violaciones”.

Es de la opinión de que incluso si se acepta el argumento histórico, la aparición temprana de uno u otro grupo de derechos no deberían generar relaciones de jerarquía entre estos, ni menos aún un diferente tratamiento jurídico. Cita a Canessa, quien señaló que la consideración en torno a la diferente naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales contribuyó a la restricción de los mecanismos de judiciabilidad, restricción que perdura en la actualidad, a su vez, cita a Ruiloba, quien ha señalado que al considerar que las objeciones acerca de la naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales fue la causa que impidió a los Estados aceptar los mismos mecanismos de control para las dos categorías de derechos. En el mismo sentido, es de resaltar lo señalado por Ferrajoli, que señala que el problema de esta supuesta diferencia entre las obligaciones contenidas en los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, ha llevado a los Estados a sostener que estos últimos no son coercibles ni justiciables.

CAPÍTULO IV

EL DERECHO A LA SALUD Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

4.1. El derecho a la salud y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El derecho a la salud se encuentra comprendido dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, es así que analizaremos lo que ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias respecto a este derecho.

Previamente, reviste importancia mencionar lo manifestado por Joaquín Mejía Rivera⁵¹, quien ha señalado que el derecho a la salud se encuentra reconocido en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el Protocolo de San Salvador y en el artículo 26° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El artículo XI de la Declaración Americana señala que el derecho a la salud consiste en su preservación “por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad (...)”.

El artículo 10° del Protocolo de San Salvador reconoce que:

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:
 - a) La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;

⁵¹ MEJÍA RIVERA, Joaquín Armando. Análisis de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos desde la Teoría y la Filosofía del Derecho. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. (Tesis). junio de 2009. Universidad Carlos III de Madrid. Pág.404.

- b) La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
- c) La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
- d) La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
- e) La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud; y
- f) La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

Mejía Rivera sostiene que en las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA, se podría determinar el derecho a la salud mediante su derivación de los artículos 34 literales *i*) y *l*), y 45° literal *h*) de la Carta de la OEA, los cuales establecen, en su orden, la extensión y aplicación de los conocimientos médicos, las condiciones urbanas que posibiliten una vida sana y digna, y el acceso a la seguridad social. De acuerdo con el artículo 19° del Protocolo de San Salvador, las medidas de protección de este derecho se limitan a un sistema de informes periódicos que los Estados tienen la obligación de presentar.

Asimismo, manifiesta que en los años iniciales de funcionamiento la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), enfocó sus esfuerzos en promover y proteger algunos derechos civiles y políticos, que en el marco de la inestabilidad política, la existencia de dictaduras militares y de gobiernos autoritarios que caracterizaban a la región, requerían de una atención urgente. De esta manera, los derechos económicos, sociales y culturales apenas ocupaban un lugar marginal en su agenda de trabajo, tal como se puede corroborar mediante la lectura de sus primeros informes anuales, en los que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), solamente hace un recuento de algunas normas constitucionales, legales o administrativas y decisiones judiciales que implican progresos en el ejercicio de los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos Humanos.

Mejía también ha señalado que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su Informe Anual de 1973 aplaudió varias medidas tomadas por algunos Estados con el fin de garantizar el derecho a la preservación de salud y el bienestar, tales como, la creación de un

Centro Nacional de Reeducción Social para asistir integralmente a las personas adictas a sustancias estupefacientes o psicotrópicas; la disposición de una Política Nacional del Medio Ambiente con carácter obligatorio y que incluye la prevención, regulación, control y prohibición de los contaminantes y sus causas (Argentina); la reglamentación especial para el funcionamiento de una Junta de Desarrollo Social encargada de elaborar una política de protección y desarrollo social integral para la infancia, la juventud y los adultos (Bolivia); la adopción de normas encaminadas a conservar la salud y el bienestar de los trabajadores rurales (Brasil); la creación del Consejo Nacional de Salud Mental (Colombia); y la adopción de una ley que obliga al Ministerio de Salubridad Pública y la Caja Costarricense de Seguro Social dar medicina asistencial y preventiva en el campo de las enfermedades infecciosas y protección materno infantil a la población bajo la responsabilidad de cada una de dichas instituciones (Costa Rica).

En esa misma línea ha sostenido que la CIDH en su *Informe Anual de 1979-1980*, se indicó que los Estados están en la obligación de procurar la realización de las aspiraciones sociales y económicas de su pueblo, siguiendo un orden que dé prioridad a las necesidades básicas de salud, nutrición y educación. Para la CIDH, el derecho a la salud se constituye en un “derecho de supervivencia” y en una “necesidad básica” que es una consecuencia natural del derecho a la seguridad personal. Por ello, exhortó a los Estados miembros a que le proporcionen toda la información relativa a los niveles de salud y sobre las medidas adoptadas para mejorar tales niveles con el fin de que la CIDH pueda expandir sus esfuerzos para la realización de este derecho.

4.2. Tipología del derecho a la salud y sentencias de la Corte Interamericana de derechos humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha hecho pronunciamientos sobre el derecho a la protección de la salud, por la vía de la interdependencia de los derechos o la conexión entre los mismos.

En la presente tesis, hemos seleccionado algunas sentencias, que refieren como derechos vulnerados, entre otros, el derecho a la salud. Consideramos interesante e importante destacar que el derecho a la protección de la salud, está interconectada con otros derechos.

- Caso de la Tribu Aché contra Paraguay⁵².

Referente a la persecución de esta comunidad, entre otros el asesinato de miembros de ésta y la venta de los niños, la negación de atención médica y medicinas durante epidemias, malos tratos y tortura, condiciones de trabajo inhumano.

La Comisión concluyó que el estado violó el derecho a la preservación de la salud y al bienestar (artículo XI), derecho al trabajo y a una justa retribución (artículo XIV) y el derecho al descanso y a su aprovechamiento (artículo XV) de la Declaración Americana.

- Caso de la Comunidad Yanomami contra Brasil (resuelto el 5 de marzo de 1985).

Se alegó, además de la violación de ciertos derechos civiles y políticos, también la violación del derecho a la preservación de la salud y al bienestar (artículo XI) y el derecho a la educación (artículo XII) de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Todo ello a raíz del descubrimiento de minerales en la región donde habitaban los Yanomami, el territorio que por tiempos inmemoriales habitaban fue invadido, sin una adecuada protección de su seguridad y salubridad, dando como resultado numerosas muertes por epidemias de influenza, tuberculosis, sarampión, malaria, enfermedades venéreas, etc.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó que el estado de Brasil no adoptó “oportunas y eficaces medidas a favor de los indios Yanomami”, lo cual produjo, en lo que a Derechos Económicos, Sociales y Culturales se refiere, la violación del derecho a la preservación de la salud y bienestar, contenido en el artículo 9 de la Declaración Americana⁵³.

⁵² Salmón, Elizabeth y Bregaglio, Renata. Estándares jurisprudenciales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano. Pág. 387. Disponible http://idehpuc.pucp.edu.pe/images/publicaciones/jurisprudencia_cidh_desc_tomo1.pdf. Extraído el 14 de agosto de 2017.

⁵³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Caso de la Comunidad Yanomami vs. Brasil, Caso 7615, de 5 de marzo de 1985.

- Caso Cinco Pensionistas contra Perú (el 28 de febrero de 2003)⁵⁴

En el fundamento 147 de la sentencia se indicó que los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva; su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.

En el voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, se pronuncia en el punto 3 sobre la Progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, señalando que este tema resulta novedoso, todavía, para la jurisdicción interamericana. En diversos casos, la Corte ha examinado derechos civiles que lindan con cuestiones económicas, sociales y culturales, pero aún no ha tenido la oportunidad de entrar de lleno en esta última materia, por sí misma, y tampoco ha podido pronunciarse acerca del sentido que posee la denominada progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales que contempla el artículo 26 de la Convención y recoge el Protocolo de San Salvador.

⁵⁴ Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas). El 4 de diciembre de 2001 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sometió ante la Corte una demanda contra el Estado del Perú, la cual se originó en la denuncia N° 12.034, recibida en la Secretaría de la Comisión el 1 de febrero de 1998. La Comisión presentó la demanda con base en el artículo 51 de la Convención Americana, con el fin de que la Corte decidiera si el Estado violó los artículos 21 (Derecho a la Propiedad Privada), 25 (Protección Judicial) y 26 (Desarrollo Progresivo) de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1. (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de dicho tratado, debido a la modificación en el régimen de pensiones que los señores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Reymert Bartra Vásquez y Maximiliano Gamarra Ferreyra, venían disfrutando conforme a la legislación peruana hasta 1992, y por el incumplimiento de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional del Perú “que ordenaron a órganos del Estado peruano pagar a los pensionistas una pensión por un monto calculado de la manera establecida en la legislación vigente para el momento en que éstos comenzaron a disfrutar de un determinado régimen pensionario”. Fundamentos 116, 145, 147 148 y pág. 3 del voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez.

Señaló que cabe suponer que la Corte Interamericana de Derechos Humanos podrá examinar esta relevante materia en el futuro y que habrá ocasión de subrayar de nueva cuenta la jerarquía de esos derechos, que no tienen menor rango que los civiles y políticos. En rigor, ambas categorías se complementan mutuamente y constituyen en su conjunto, el “estatuto básico” del ser humano en la hora actual; que, el Estado, comprometido a observar sin condición ni demora los derechos civiles y políticos, debe aplicar el mayor esfuerzo a la pronta y completa efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, disponiendo para ello de los recursos a su alcance y evitando retrocesos que mermarían ese “estatuto Básico”.

- **Caso comunidad Yakyea indígena Vs. Paraguay.**

La comunidad alegaba que el Estado no ha garantizado el derecho de propiedad ancestral de la comunidad ya que desde 1993 se encontraba en tramitación la solicitud de reivindicación territorial de la citada comunidad, sin que se haya resuelto satisfactoriamente.

Al respecto, la corte señaló en su fundamento 163 si el Estado adopto las medidas apropiadas para generar condiciones que agudizaran las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye en las que se tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevado, afectando su forma de vida diferente y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del corpus juris internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y del artículo 10 (Derecho a la Salud); artículo 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); artículo 12 (Derecho a la alimentación); artículo 13 (Derecho a la Educación) y artículo 14 (Derecho a los beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos económicos, sociales y culturales, y las disposiciones pertinentes del Convenio N° 169 de la OIT.

Además, es de resaltar lo establecido en el fundamento 168, en el que señaló que se habría vulnerado el derecho a una vida digna de los miembros de la comunidad ya que los habría privado de acceder a sus medios de vida tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades.

- **Caso Suárez Peralta vs. Ecuador (21 de mayo de 2013)**⁵⁵

La Corte de Derechos Humanos en el fundamento 131 consideró pertinente recordar que la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí, y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.

Asimismo, la Corte en el fundamento 132 ha señalado que, “a los efectos de dar cumplimiento a la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal y en el marco de la salud, los Estados deben establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en dichas prestaciones. Asimismo, el Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, así como procedimientos de tutela administrativa y judicial para el damnificado (...)”.

- **Caso Gonzales Lluy y otros contra Ecuador (resuelto el 1 de septiembre de 2015)**

La Corte Interamericana Derechos Humanos, ha dejado a la dimensión de la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, como un aspecto de justiciabilidad del derecho a la salud como un derecho cuyo cumplimiento será verificar a través sólo del artículo 26⁵⁶ de la Convención Americana de Derechos Humanos y la

⁵⁵ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf. Extraído el 24 de junio de 2016.

⁵⁶ El artículo 26 de la Convención Americana (Pacto de San José) refiere al desarrollo progresivo “de los derechos que se derivan de las normas económicas y sociales (...), contenidas en la Carta de la OEA (...) en la

Carta de la Organización de Estados Americanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, como instrumentos aplicables. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en materia del derecho a la salud, ha elaborado a través del uso de la técnica y su interdependencia con otros derechos, la protección del derecho a la salud.

En el fundamento 171 de la sentencia en comento, señala que en lo que respecta a la relación del deber de garantía (artículo 1.1) con el artículo 5.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana ha establecido que el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención a la salud, y que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del artículo 5.1 de la Convención. En este sentido, ha sostenido que la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación.

En el fundamento 172 de la sentencia, precisa que considera pertinente recordar la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ellos. Al respecto, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su Artículo XI que toda persona tiene el derecho “a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a (...) la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los

medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”. Dentro de ellos se encuentra el derecho a la salud. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respecto a las obligaciones los Estados en relación con Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha señalado que “si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plano razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. En la sentencia Caso Gonzales Lluy y familia contra Ecuador, se ha señalado que tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto”. Asimismo, indicó que “entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. El Comité observó, que el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de manera apropiada, en parte mediante la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos”. *Cfr.* Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 3, E/1991/23, 14 de diciembre de 1990, párrs. 2 y 5.

recursos públicos y los de la comunidad”. Por su parte, el Artículo 45 de la Carta de la OEA requiere que los Estados Miembros “dediquen sus máximos esfuerzos para el desarrollo de una política eficiente de seguridad social”. En este sentido, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público.

En el fundamento 193 de la sentencia, la Corte Interamericana nota que el Protocolo de San Salvador establece que entre las medidas para garantizar el derecho a la salud, los Estados deben impulsar ‘la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas’; ‘la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra ‘índole’, y ‘la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables’. Obligaciones similares establece el artículo 12.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En este marco de obligaciones se insertan diversos deberes en relación con el acceso a medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS.

Cuadro N° 01

Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2002

N°	Sentencia N°	Caso	Materia
01	1429-2002-HC/TC	Juan Islas Trinidad y otros	Habeas Corpus
02	0011-2002-AI/TC	Ángel Guillermo Herrera Otiniano y más de 5000 ciudadanos	Acción de Inconstitucionalidad
03	0964-2002-AA/TC	Alida Cortes Gómez de Nano	Acción de Amparo

Cuadro N° 02

Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2003

N°	Sentencia N°	Caso	Derecho afectado
01	2945-2003-AA/TC	Azanca Alhelí Meza García	Acción de Amparo

Cuadro N° 03

Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2004

N°	Sentencia N°	Caso	Derecho afectado
01	1711-2004-AA/TC	Sergio Antonio Sotomayor Roggero	Acción de Amparo
02	2333-2004-HC/TC	Natalia Foranda Crespo y otras	Habeas Corpus
03	4635-2004-AA/TC	Sindicato de Trabajadores Toquepala y anexos	Acción de Amparo

Cuadro N° 04

Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2005

N°	Sentencia N°	Caso	Derecho afectado
01	1711-2005-PHC/TC	César Ramírez Polanco	Proceso de Habeas Corpus
02	9600-2005-PA/TC	Rosana Francisca Podestá Torres	Proceso de Amparo

Cuadro N° 05

Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2006

N°	Sentencia N°	Caso	Derecho afectado
01	5842-2006-PHC/TC	Miguel Ángel Morales Denegri a favor de los internados en la Sala de Hospitalización de Adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental "Honorio Delgado-Hideyo Noguchi"	Proceso de Habeas Corpus
02	2002-2006-PA/TC	Protección de los niños y mujeres contaminados con plomo en la Oroya	Proceso de Amparo
03	7435-2006-PC/TC	Susana Chávez Alvarado y otras	Proceso de Cumplimiento
04	6534-2006-PA/TC	Santos Eresminda Távara Ceferino	Proceso de Amparo

Cuadro N° 06

Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2007

N°	Sentencia N°	Caso	Derecho afectado
01	3081-2007-PA/TC	R.J.S.A. Vda de R.	Proceso de Amparo

Cuadro N° 07

Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2008

N°	Sentencia N°	Caso	Derecho afectado
01	3610-2008-PA/TC	World Cars Import	Proceso de Amparo
02	3426-2008-PHC/TC	Pedro Gonzalo Marroquín Soto	Proceso de Habeas Corpus
03	2480-2008-PA/TC	Ramón Medina Villafuerte	Proceso de Amparo

Cuadro N° 08

Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2009

N°	Sentencia N°	Caso	Derecho afectado
01	2005-2009-PA/TC	ONG “Acción de Lucha Anticorrupción”	Proceso de Amparo
02	2034-2009-PA/TC	Andrea Cristina Dongo Coronado	Proceso de Amparo
03	00925-2009-PHC/TC	Roxen Luis Gálvez Mendoza	Proceso de Habeas Corpus

Cuadro N° 09

Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2010

N°	Sentencia N°	Caso	Derecho afectado
01	03425-2010-PHC/TC	Carlos Gonzales La Torre	Proceso de Habeas Corpus
02	01019-2010-PHC/TC	Milton Hans Flores Castañeda	Proceso de Habeas Corpus
03	01637-2010-PHC/TC	Lincoln Percy Flores Matías	Proceso de Habeas Corpus
04	00032-2010-PI/TC	Cinco mil ciudadanos contra el artículo 3° de la Ley N° 28705 – Ley General de la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco.	Proceso de Inconstitucionalidad
05	0033-2010-PI/TC	25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley 29344 Ley Marco de Aseguramiento en Salud	Proceso de Inconstitucionalidad

Cuadro N° 10

Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2011

N°	Sentencia N°	Caso	Derecho afectado
01	00361-2011-PA/TC	Empresa Minera de Servicios Generales S.R.L. y otros	Proceso de Amparo

Cuadro N° 11

Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2012

N°	Sentencia N°	Caso	Derecho afectado
01	00008-2012-PI/TC	Diez mil seiscientos nueve ciudadanos, contra el art.1° de la Ley N° 28704 que modifica el art. 173° inciso 3° del Código Penal, sobre delito de violación sexual contra víctima entre 14 y 18 años de edad.	Proceso de Amparo
02	04009-2012-PHC/TC	Freddy Ortiz Nishihara	Proceso de Habeas Corpus
03	03228-2012-PA/TC	Carmen Cristina Chávez Cabrera	Proceso de Amparo

Cuadro N° 12

Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2013

N°	Sentencia N°	Caso	Derecho afectado
01	2437-2013-PA/TC	Jane Margarita Cósar Camacho y otros	Proceso de Amparo

Cuadro N° 13

Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2014 y 2015

N°	Sentencia N°	Caso	Derecho afectado
01	0014-2014-PI/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-PI/TC y 007-2015-PI/TC	Ley Universitaria	Proceso de Inconstitucionalidad

CAPÍTULO V

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO A LA SALUD

5. El Tribunal Constitucional y el derecho a la salud

El desarrollo de los derechos fundamentales se ha debido a la labor tutelar e interpretativa de estos derechos por parte del Tribunal Constitucional, como principal fuente del derecho Constitucional. Los criterios de interpretación se reflejan en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y cada vez que realiza esta tarea encuentra los alcances, límites o restricciones a los cuales se encuentran sujetos éstos derechos.

La noción “jurisprudencia constitucional” se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad.⁵⁷

Jorge Luis Cáceres⁵⁸ nos indicó que es innegable que las resoluciones que dictan estos Tribunales peritos en justicia constitucional o en jurisdicción constitucional (desde el primer Tribunal instalado en la desaparecida República de Checoslovaquia – febrero de 1920 y el Tribunal Austriaco de mayo 1920, en pleno funcionamiento) deben estar motivadas, fundamentadas y sólidamente desarrolladas en contenidos no solo de orden jurídico, sino en algunos casos, cuando las circunstancias lo exigen, en razones de índole social y de carácter político, estas últimas relacionadas a los intereses difusos, públicos, es decir a los del Estado como organización política, y de la Nación, como elemento fundante en la identidad de un pueblo, como expresión del alma humana.

En ese orden de ideas el Tribunal Constitucional peruano ha precisado en su jurisprudencia que el derecho a la salud (derecho social) es un derecho fundamental, ha resaltado la

⁵⁷ AGUILA, Guido. El Precedente Constitucional, guía de estudio sistemático. Primera edición: abril 2017. En la Biblioteca Nacional del Perú. Reg. N° 2017-04835. Pág. 19.

⁵⁸ CÁCERES ARCE, Jorge Luis. El Tribunal Constitucional y su Desarrollo Constitucional. IV Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. Los Retos del Derecho Procesal Constitucional a partir del Análisis de las Sentencias Constitucional. Libro de Ponencias. 18, 19 y 20 de abril de 2013 Arequipa-Perú. Editorial ADRUS S.R.L. Primera edición-abril 2013. Pág. 332.

protección al derecho a la salud y se ha ocupado de precisar los elementos esenciales del derecho fundamental a la salud.

César Landa⁵⁹ sostiene que el Tribunal Constitucional peruano ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre “la exigibilidad de los derechos sociales”. Sin embargo, este no ha sido un tema que el Tribunal haya emprendido con claridad en sus primeras sentencias en las que tuvo oportunidad de pronunciarse. Que en efecto, en una de las primeras sentencias en las que se manifiesta sobre la naturaleza de los derechos sociales, el Tribunal afirmó que: “(...) aunque la dignidad de la persona es el presupuesto ontológico común a todos los derechos fundamentales, no menos cierto es que entre ellos es posible establecer diferencias de distinto orden. La heterogeneidad que presentan los derechos fundamentales entre sí, no sólo reposa en cuestiones teóricas de carácter histórico, sino que estas disimilitudes, a su vez, pueden revestir significativas repercusiones prácticas. Tanto el derecho a la seguridad social como el derecho a la protección de la salud forman parte de aquellos derechos fundamentales sociales de perceptibilidad diferida, prestacionales, o también denominados progresivos o programáticos (...), la *ratio* de dichas denominaciones estriba en que no se trata de derechos autoaplicativos; su vigencia y exigibilidad requiere de una participación protagónica del Estado en su desarrollo (...)”. Afirmando que se requiere del Estado una participación protagónica de los derechos sociales estos deben ser vigentes y exigibles.

Al respecto Landa, ha sostenido que, es del caso resaltar como el Tribunal aludía, indistintamente, a los derechos sociales ya sea como “derechos progresivos” o ya como “derechos programáticos”; que sostener que “los derechos sociales son derechos progresivos o decir que constituyen derechos programáticos no es una mera cuestión de términos, pues existen diferencias y un trasfondo no sólo teórico sino también político que no es para nada irrelevante, lo cual se refleja precisamente en el ámbito de su exigibilidad judicial. La diferencia entre “el derecho programático” y “el derecho progresivo”, se encuentra en que el primero implica que los derechos sociales no constituyen más que simples declaraciones y, por ende, pueden ser respetados o no, por otro lado entenderlos como derechos progresivos comporta, ya de por sí, un deber jurídico ineludible para el Estado de proveer las condiciones materiales mínimas para su mayor realización posible.

⁵⁹ LANDA ARROYO, César. Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Palestra, 2010; pp. 13-17.

Finalmente, Landa señala que actualmente el Tribunal Constitucional peruano ha superado el reconocimiento “programático” de los derechos sociales y económicos perfeccionando los mandatos sociales de la Constitución, así como la obligación del Estado, en la cual se impongan objetivos concretos para garantizar la vigencia de los derechos sociales. Esta nueva visión de los derechos sociales permite reconocer, en su contenido esencial, principios como la solidaridad y el respeto a la dignidad de la persona, los que, a su vez, constituyen pilares fundamentales del Estado Social de Derecho.

A continuación, se mencionara algunas sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional peruano en la que este órgano se pronuncia con respecto al derecho a la salud, como derecho fundamental desde diferentes vertientes y analiza las políticas públicas peruanas.

5.1. Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2002

- STC N° 1429-2002-HC/TC⁶⁰, caso Juan Islas Trinidad y otros

El Tribunal Constitucional peruano ha sostenido que si bien el derecho a la Salud no está contenido en el Capítulo de los derechos fundamentales, su inescindible conexión con el derecho a la vida, a la integridad y el principio de la dignidad lo configuran como un derecho fundamental.

Asimismo en el presente caso ha señalado que el Estado asume la responsabilidad por la salud de los internos. En esta sentencia se recomienda modificar la Política Pública de reclusión.

⁶⁰ Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01429-2002-HC.pdf>. Extraído el 16 de julio de 2016.

- STC N° 0011-2002-AI/TC⁶¹, caso Ángel Guillermo Herrera Otiniano y más de 5,000 ciudadanos

El Tribunal Constitucional ha señalado que la dignidad de la persona es el presupuesto ontológico común a todos los derechos fundamentales; que el derecho a la seguridad social y el derecho a la protección de la salud, forman parte de los derechos fundamentales sociales, progresivos o programáticos. Siendo un importante aporte respecto a la protección de la salud.

También el Tribunal ha precisado que “El Estado determina la política nacional de salud”, siendo su responsabilidad de facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.

- STC N° 0964-2002-AA/TC⁶², caso Alida Cortes Gómez de Nano

El Tribunal Constitucional sostiene que la Constitución no sólo garantiza que el hombre se desarrolle en un medio ambiente equilibrado, sino también alude a que ese ambiente debe ser “*adecuado para el desarrollo de la vida humana*”, pues es un componente esencial para el pleno disfrute de otros derechos igualmente fundamentales. Siendo obligación del Estado, pero también de los propios particulares, de mantener las condiciones naturales del ambiente a fin de que el ser humano viva en condiciones dignas.

Asimismo, sostuvo que los derechos sociales, como la salud pública no pueden ser exigidos de la misma manera en todos los casos, porque dependen de la ejecución presupuestal para que se dé cumplimiento a lo exigido.

⁶¹ Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00011-2002-AI.pdf>. Extraído el 20 de julio de 2016

⁶² Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00964-2002-AA.pdf>. Extraído el 21 de julio de 2016

5.2. Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2003

- STC N° 2945-2003-AA/TC⁶³, caso Azanca Alhelí Meza García

El Tribunal Constitucional peruano, admitió por primera vez la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, como el caso el derecho a la salud pública a propósito del estado crítico de la demandante y su situación de pobreza. También, dejó sentada su posición respecto a la ejecución de políticas sociales, priorizo la ejecución presupuestal en las políticas sociales, señaló que se dejen de ser vistas como un “mero gasto” y más bien se piense, en “inversión social”, donde todos los ciudadanos gocen de garantías mínimas de bienestar para realizar sus planes de vida.

Además ha señalado que los derechos sociales deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado dentro de una visión que busca revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales y, por ende, la vigencia de la Constitución.

El Tribunal Constitucional dejó sentado que la salud es un 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. Que el derecho a la salud debe ser abordado en tres perspectivas, a saber: la salud de cada persona en particular, dentro de un contexto familiar y comunitario.

Finalmente, manifestó que los derechos económicos, sociales y culturales en cuya concreción reside la clave del bien común, no deben aparecer como una mera declaración de buenas intenciones, sino como un compromiso con la sociedad dotado de metas claras y realistas. Que, la Constitución concede protección jurídica al derecho social, como lo es el derecho a la salud, fundándose no sólo en la afectación potencial del derecho fundamental a la vida, sino en la propia legislación de la materia que ha dispuesto los cauces para la máxima protección de los enfermos de SIDA.

⁶³ Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02945-2003-AA.pdf>. Extraído el 25 de julio de 2016.

De este modo, el Tribunal Constitucional peruano concluyó concediendo protección jurídica a un derecho social como lo es el derecho a la salud, fundándose no sólo en la afectación potencial del derecho fundamental a la vida, sino en la propia legislación interna y los instrumentos internacionales, declarando fundada la demanda.

5.3. Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2004

- STC N° 1711-2004-AA/TC⁶⁴, caso Sergio Antonio Sotomayor Roggero

El Tribunal Constitucional señaló que según lo dispone la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, del 2000, abarca los elementos esenciales: disponibilidad (número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud), accesibilidad (en cuatro dimensiones: no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica –o asequibilidad- y acceso a la información), aceptabilidad (establecimientos deben ser respetuosos de la cultura de las minorías, comunidades y pueblos) y calidad (capacitación del personal, equipamiento hospitalario, medicamentos y suministro de agua potable), concluyo que el derecho a la salud se termina integrando con el derecho a la igualdad.

El Tribunal Constitucional precisó que la igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2°, inciso 2, de la Constitución, asimismo, señaló que el derecho a la igualdad presenta dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales; el Tribunal Constitucional al final concluyó que un trato igual a los desiguales trae consigo una consecuencia injusta, agravada por la desnaturalización del sistema de Essalud, que puede conducirlo a su colapso. Que en el presente caso el principio de igualdad no impide que el legislador diferencie.

⁶⁴ Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01711-2004-AA.pdf>. Extraído el 26 de julio de 2016.

- STC N° 2333-2004-HC/TC,⁶⁵ caso Natalia Foronda Crespo y otras

El Tribunal Constitucional precisó que el derecho a la integridad personal se encuentra consagrado en la Constitución, y que en puridad, se trata de un atributo indesligable vinculado con la dignidad de la persona, y con el derecho a la vida, la salud, a la seguridad personal y al libre desarrollo y bienestar.

El Tribunal Constitucional, también señaló que el derecho a la integridad personal tiene implicancia con el derecho a la salud, en la medida que esta tiene como objeto el normal desenvolvimiento de las funciones biológicas y psicológicas del ser humano, como condición indispensable para el desarrollo existencial y fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo. Siendo la integridad física, el derecho de conservar la estructura orgánica del ser humano, a preservar la forma, disposición y funcionamiento de los órganos del cuerpo humano y, en general, la salud del cuerpo.

- STC N° 4635-2004-AA/TC⁶⁶, caso Sindicato de Trabajadores Toquepala y anexos

El Tribunal Constitucional con relación a los riesgos de salud de los trabajadores mineros, en el fundamento 12 ha afirmado que: el principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano solo puede ser lograda a través de la protección de las distintas gamas de derechos en forma conjunta y coordinada. El principio-derecho de la dignidad humana fundamenta, la configuración de nuestro parámetro constitucional.

El Tribunal Constitucional en el presente caso, desde el derecho a la salud, señaló que el problema central de los trabajadores mineros es la reducción de su esperanza de vida, que en el caso particular de los trabajadores mineros, la jornada razonable de trabajo no puede ser

⁶⁵ Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02333-2004-HC%20Resolucion.pdf>. Extraído el 28 de julio de 2016.

⁶⁶ Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04635-2004-AA.pdf>. Extraído el 30 de julio de 2016.

mayor de ocho horas diarias, por estar expuestos alrededor de treinta enfermedades profesionales entre otros factores.

5.4. Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2005

- STC N° 1711-2005-PHC/TC⁶⁷, caso César Ramírez Polanco

El Tribunal Constitucional en el fundamento 12 ha señalado que toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primordial el resguardo de derechos tomando como base el respeto a la dignidad de la persona; y en el caso de la ejecución presupuestal para fines sociales, esta no debe considerarse como un gasto sino como una inversión social; por tanto la exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales.

También el Tribunal Constitucional, ha precisado que el derecho a la salud se proyecta como la conservación y el restablecimiento de ese estado, lo que implica un deber de que nadie, ni el Estado ni un particular, lo afecten o menoscabe, es decir; una 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, presenta una dimensión positiva que lo configura como un típico derecho “prestacional”. Concluyendo que el derecho a la salud deviene en un derecho de primer orden cuya protección y tutela es una de las obligaciones primarias que todo Estado debe implementar y el cual debe garantizar una progresiva y cada vez más consolidada calidad de vida, promoviendo mediante políticas, planes y programas su correcto funcionamiento, y generando acciones positivas por parte de los poderes públicos o por quienes a su nombre lo representan.

⁶⁷ Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01711-2005-HC.pdf>. Extraído el 30 de julio de 2016.

- STC N° 9600-2005-PA/TC⁶⁸, caso Rosana Francisca Podestá Torres

El Tribunal ha señalado que el acceso a las prestaciones de salud previsto en el artículo 11 de la Constitución constituye una manifestación -no única por cierto- de la garantía institucional de la seguridad social. Estas prestaciones, que corresponden a un sistema contributivo, se concretizan a través del derecho a la salud. Recayendo en el Estado el deber de garantizar una progresiva y cada vez más consolidada calidad de vida, invirtiendo en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo para tal efecto adoptar políticas, planes y programas en ese sentido.

Asimismo, indicó que el artículo 10 de la Constitución reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social y los objetivos que se busca alcanzar con su consagración constitucional, es brindar protección frente a las contingencias previstas legalmente, y la elevación de la calidad de vida. De otro lado, señaló que el artículo 11 de la Carta Política precisa la forma en que el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a las pensiones en la seguridad social, poniendo en relieve que éste se logra a través de la participación de entidades públicas, privadas y mixtas y rescatando su función supervisora en el caso de que las prestaciones sean brindadas por estas últimas.

5.5. Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2006

- STC N° 5842-2006-PHC/TC⁶⁹, caso Miguel Angel Morales Denegri a favor de los Internados en la Sala de Hospitalización de Adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental “Honorio Delgado-Hideyo Noguchi

El Tribunal señaló que los principios que deben inspirar la actuación de los establecimientos de salud mental deben estar destinados al logro de la autosuficiencia y la integración social, a ser tratado en igualdad de condiciones, sin discriminación y en estricto respeto de los derechos fundamentales de los pacientes.

⁶⁸ Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/09600-2005-AA.pdf>. Extraído el 1 de agosto de 2016.

⁶⁹ Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/05842-2006-HC.pdf>. Extraído el 1 de agosto de 2016.

Es importante resaltar que precisó que para que los pacientes reciban un tratamiento correcto deben concurrir varios elementos, como por ejemplo, la correcta distribución de los espacios, la separación entre hombres y mujeres, así como la separación entre adolescentes y adultos.

También ha enfatizado que las personas que padezcan una enfermedad mental tienen derecho a vivir y trabajar, en la medida de lo posible, en la comunidad, siempre en un esquema de tratamiento extramural. Por esta razón, hay una tendencia actual a reducir en su máxima expresión el tratamiento intramural y a favorecer el tratamiento ambulatorio.

Precisó que en el caso de las personas con problemas de salud mental la regla general es que ellos mismos den su consentimiento para su internamiento en un establecimiento de salud mental, salvo las siguientes excepciones: el consentimiento de los padres o tutores en el caso de los menores, el consentimiento del tutor en caso de que el mayor de edad no cuente con la debida capacidad civil, una potencial amenaza sustentada en una conducta agresiva comprobada, una manifiesta y comprobada incapacidad de sostenimiento económico provocada por la enfermedad mental en personas mayores de edad, y cuando haya sido condenado por delito doloso por hechos derivados de la adicción.

En esta línea, el Tribunal Constitucional exhortó a las autoridades legislativas a que contemplen la promulgación de una ley de salud mental, a fin de tutelar los derechos fundamentales de las personas que sufren problemas de dicha índole, sobre todo, en el caso de adicciones.

- STC N° 2002-2006-PA/TC⁷⁰, caso sobre la protección de los niños y mujeres gestantes contaminados con plomo en La Oroya

El Tribunal ha sostenido que en un Estado democrático y social de derecho, los derechos sociales (*como el derecho a la salud*) se constituyen como una ampliación de los derechos civiles y políticos, y tienen por finalidad, al igual que ellos, erigirse en garantías para el individuo y para la sociedad, de manera tal que se pueda lograr el respeto de la dignidad humana.

⁷⁰ Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02002-2006-AC.pdf>. Extraído el 1 de agosto de 2016.

Asimismo, el Tribunal ordenó que el Ministerio de Salud, a través de Digesa, en el plazo de 30 días, cumpliera con realizar todas aquellas acciones tendientes a la expedición del diagnóstico de línea base conforme lo exige los estándares Nacionales de Calidad Ambiental del aire, de modo tal que con la mayor brevedad pudieran implementarse los respectivos planes de acción para el mejoramiento de la calidad del aire en la ciudad de La Oroya. El Tribunal Constitucional ordenó al Ministerio de Salud que, en el mismo plazo, cumpliera con adoptar todas las medidas pertinentes para declarar el Estado de Alerta en la ciudad de La Oroya. Todo ello en salvaguardia y protegiendo el derecho a la salud de los pobladores.

- STC N° 7435-2006-PC/TC⁷¹, caso Susana Chávez Alvarado y otras

El Tribunal precisó que el Ministerio de Salud debe poner la información sobre el AOE al alcance de los ciudadanos, al igual que la información relativa a otros métodos anticonceptivos. Ello, en estricto acatamiento de las normas debidamente aprobadas por el Ministerio de Salud, de sus mandatos vigentes, del mandato constitucional de eficacia de las normas legales y de los actos administrativos; teniendo en cuenta los diversos informes *amicus curiae* así como de las instituciones involucradas (los cuales han determinado que en el estado actual de la medicina los efectos del AOE son anticonceptivos).

En este proceso de Cumplimiento, de acuerdo al pedido de los demandantes se comprobó que el Ministerio de Salud se mostraba renuente a cumplir sus propias normas emitidas hacía más de cinco años, por lo que conforme a dicho procedimiento el Tribunal Constitucional debía ordenar que se cumplan todas las disposiciones que regulaban la entrega gratuita de este medicamento. En consecuencia, se declaró fundada la demanda.

⁷¹ Disponible en: <https://tc.gov.pe/jurisprudencia/2006/07435-2006-AC.pdf>. Extraído el 1 de agosto de 2016.

- STC N° 6534-2006-PA/TC⁷², caso Santos Eresminda Távora Ceferino

El Tribunal manifestó que el derecho a la salud está garantizado en el artículo 7° de la Constitución, el cual establece que todos tienen derecho a la protección de su salud, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa, por ser un derecho fundamental; y que su inescindible conexión con el derecho a la vida, a la integridad y el principio de dignidad, lo configuran como un derecho fundamental indiscutible, pues, constituye condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo.

5.6. Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2007

- STC N° 3081-2007-PA/TC⁷³, caso R.J.S.A. Vda. De R.

En el presente caso, la recurrente interpone demanda de amparo contra EsSalud, solicitando que se deje sin efecto la orden de alta de su hija G.R.S (46 años), la misma que padece esquizofrenia paranoide, alegando que dicha orden se sustenta en el informe médico de alta otorgado por el Dr. Jorge Vega Rázuri, médico psiquiatra del Centro de Rehabilitación Integral para pacientes crónicos (CRIPC), Hospital 1 Huarica EsSalud y que se le otorgue atención médica permanente e indefinida en dicho centro hospitalario alegándose que dicha orden es violatoria al derecho a la salud.

El Tribunal Constitucional, considera que la salud debe o puede ser enfocada desde tres perspectivas, individual, familiar y en un contexto comunitario o colectivo. Asimismo este Supremo Tribunal ha señalado que se ha dejado de lado la visión programática de los derechos sociales y que no obstante el carácter progresivo del derecho a la salud debe tenerse en cuenta que la exigibilidad de un derecho social depende de tres factores, la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación con otros derechos fundamentales y la disponibilidad presupuestal.

⁷² Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06534-2006-AA.pdf>. Extraído el 2 de agosto de 2016.

⁷³ Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03081-2007-AA.pdf>. Extraído el 3 de agosto de 2016.

5.7. Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2008

- STC N° 3610-2008-PA/TC⁷⁴, caso World Cars Import

El Tribunal Constitucional señaló que las consecuencias generadas por la importación de vehículos usados, vulneran el derecho a la salud y la vida de la población en el Perú. Reconoció el desinterés tanto del Estado como de la sociedad en su conjunto, sobre la problemática del aire, razón, por la que, considero hacer necesaria, una intervención concreta, dinámica y eficiente del Estado dado que el derecho a la salud se presenta como un derecho exigible y, como tal, de ineludible atención, no siendo constitucionalmente admisible el diferimiento de tales políticas públicas.

- STC N° 03426-2008-PHC/TC⁷⁵, caso Pedro Gonzalo Marroquín Soto

El Tribunal Constitucional declaró como un estado de cosas inconstitucional, la falta de una política de tratamiento y rehabilitación de la salud mental de las personas, que se encuentran sujetas a medidas de seguridad de internación por padecer de una enfermedad mental; y ordenó al Ministerio de Economía y Finanzas para que adopte las medidas necesarias que permitan el incremento gradual del presupuesto destinado al Ministerio de Salud, y concretamente a los centros hospitalarios de salud mental del país, y al Poder Judicial la adopción de las medidas correctivas para que todos los jueces del país emitan pronunciamiento oportuno sobre los informes médicos que les son remitidos por las autoridades de salud, que recomiendan el cese de la medida de seguridad de internación; exhortó al Congreso de la República para que proceda a la aprobación de una ley que regule el tratamiento, supervisión, procedimiento, ejecución y cese de las medidas de seguridad de internación; asimismo, exhortó al Poder Ejecutivo se adopte las medidas necesarias para superar de manera inmediata y eficaz las situaciones de hecho que dan lugar al quebrantamiento de la Constitución.

⁷⁴ Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03610-2008-AA.pdf>. Extraído el 2 de agosto de 2016.

⁷⁵ Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03426-2008-HC.pdf>. Extraído el 2 de agosto de 2016.

- STC N° 2480-2008-PA/TC⁷⁶, caso Ramón Medina Villafuerte

El Tribunal Constitucional, en el presente caso abordó, la doble naturaleza de la salud, como derecho fundamental y como derecho público. Como derecho fundamental, precisó que la salud presenta una doble dimensión, una de libertad y otra prestacional; y como servicio público, señaló que la salud garantiza el otorgamiento de prestaciones eficaces, regulares, continuas, oportunas y de calidad, que sean, universales e integrales.

Precisó que el derecho a la salud mental es un derecho fundamental cuyo sustento se encuentra contenido en el principio-derecho de dignidad humana y en los derechos a la salud y a la integridad psíquica.

Asimismo, el Tribunal estableció que el derecho a la salud comprende tanto el derecho a acceder a tratamientos adecuados e idóneos cuando las personas tengan problemas para disfrutar del más alto nivel posible de salud mental como el derecho a la atención médica sea integral.

5.8. Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2009

- STC N° 2005-2009-PA/TC⁷⁷, caso ONG “Acción de Lucha Anticorrupción

En el presente caso la demandante solicitaba que el Estado deje de entregar gratuitamente la denominada “píldora del día siguiente” por ser abortiva. El Tribunal Constitucional entró a conocer el fondo de la demanda analizando las posiciones de las partes, en donde no pudo llegar a la conclusión de que sea o no abortivo este medicamento, por lo que ante esta duda, y por tratarse del derecho a la vida, resolvió declarar fundada la demanda y ordenó al Ministerio de Salud que se abstenga de distribuir en forma gratuita esta píldora.

El Tribunal Constitucional prohibió al Ministerio de Salud desarrollar como una política pública la distribución gratuita de la píldora del día siguiente. En el fundamento 53 de la sentencia, se argumentó que el derecho a la vida del concebido se ve afectada por “acción del mencionado producto”. Al respecto nos preguntamos ¿la píldora del día siguiente afecta o no

⁷⁶ Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02480-2008-AA.pdf>. Extraído el 3 de agosto de 2016.

⁷⁷ Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.pdf>. Extraído el 2 de agosto de 2016.

afecta el derecho a la vida?, el Tribunal Constitucional señala que para quienes se iban a ver beneficiados con su distribución gratuita por el MINSA, la píldora sí atenta contra el derecho a la vida. Para quienes pueden comprarla, no.

- STC N° 2034-2009-PA/TC⁷⁸, caso Andrea Cristina Dongo Coronado

El Tribunal Constitucional, establece que en los acuerdos internacionales se establece un reconocimiento explícito o implícito del derecho a la salud como un derecho intrínseco a la naturaleza humana, y que, por consiguiente, se torna como fundamental e indispensable para el pleno ejercicio de los demás derechos fundamentales. Por lo que, el Estado peruano se encuentra obligado a adoptar medidas adecuadas asegurando la plena efectividad del derecho a la salud, y a crear condiciones que aseguren a todas las personas asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad, desempleo, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

Además señaló que sobre la atención a la salud, que entre brindar o no un servicio asistencial, siempre se debe privilegiar la atención a la salud, evitándose con ello eventuales casos de irreparabilidad.

El Tribunal Constitucional consideró que, de manera independiente a si en el momento de acontecidos los hechos la recurrente contaba o no con un seguro asistencial vigente que le permitiese obtener una atención asistencial inmediata, la existencia de una investigación administrativa en curso destinada a verificar o desestimar el carácter irregular de la afiliación de la demandante de ninguna manera puede ser óbice para dejarla en una situación de desprotección absoluta.

- STC. N.º 00925-2009-PHC/TC⁷⁹, caso Roxen Luis Gálvez Mendoza

El Tribunal Constitucional ha sostenido, que si bien es cierto, el derecho a la salud no está contenido en el capítulo de derechos fundamentales de la Constitución, también lo es, que su inescindible conexión con el derecho a la vida, a la integridad y el principio de dignidad, lo

⁷⁸ Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02034-2009-AA.pdf>. Extraído el 3 de agosto de 2016.

⁷⁹ Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00925-2009-HC.pdf>. Extraído el 4 de agosto de 2016.

configuran como un derecho fundamental indiscutible. En cuanto derecho constitucional, la salud de las personas reclusas es también una obligación del Estado.

Precisó que los reclusos, como el demandante de la presente causa, son titulares del derecho constitucional a la salud al igual que cualquier persona que se encuentra en libertad. Pero, en este caso, es el Estado el que asume la responsabilidad por la salud de los internos. Que, en consecuencia, existe un deber de no exponerlos a situaciones que pudieran comprometer o afectar su salud. Por esta razón el Instituto Nacional Penitenciario, como órgano competente encargado de la dirección y administración del sistema penitenciario, es el responsable de todo acto que pudiera poner en riesgo la salud de las personas reclusas y debe, por tanto, proporcionar una adecuada y oportuna atención médica. Asimismo, ante esta situación el Estado debe asumir una política pública que no sólo esté orientada a velar por la salud de las personas reclusas, sino también a que las condiciones en las que se cumple condena no se condigan con la dignidad de la persona y no terminen afectando otros derechos fundamentales.

5.9. Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2010

- STC. N.º 03425-2010-HC/TC⁸⁰, caso Carlos Gonzales La Torre

El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la salud presenta una dimensión positiva que lo configura como un típico derecho ‘programático’, vale decir, un derecho cuya satisfacción requiere acciones prestacionales y con carácter ‘progresivo’ en función de las posibilidades presupuestales del Estado.

- STC. N.º 01019-2010-HC/TC⁸¹, caso Milton Hans Flores Castañeda

El Tribunal Constitucional respecto al derecho a la salud, señaló, que el derecho a la salud de las personas que se encuentran reclusas en un establecimiento penitenciario (procesados y condenados) merecen una especial consideración en la medida en que se encuentran bajo una

⁸⁰ Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/03425-2010-HC.pdf>. Extraído el 2 de agosto de 2016.

⁸¹ Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/01019-2010-HC.pdf>. Extraído el 2 de agosto de 2016.

especial relación de sujeción frente a la Administración penitenciaria, resultando que esta asume la responsabilidad de la salud de los internos. Preciso que el derecho a la salud de los internos guarda una innegable relación directa con el derecho a la libertad personal. Por tanto, una deficiente administración penitenciaria o responsabilidad de sus funcionarios constituye un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto de la forma y condiciones en que el recluso cumple el mandato de detención o la pena.

- STC N.º 01637-2010-PHC/TC⁸², caso Lincoln Percy Flores Matías

El Tribunal Constitucional consideró que el Estado debe asumir una política pública que no sólo esté orientada a velar por la salud de las personas reclusas, sino también a que las condiciones en las que se cumple la detención provisoria o la condena, se condigan con la dignidad de la persona, y no terminen afectando otros derechos fundamentales.

Asimismo, indicó que la Administración Penitenciaria asume la responsabilidad de la salud de los internos, siendo su deber el de proveer lo necesario para la prevención, promoción, recuperación, y desarrollo de las acciones; entonces, no puede retardarse la obligación constitucional para con el derecho a la salud de los reclusos a la espera de demandas de hábeas corpus de naturaleza correctiva.

En consecuencia, declaró infundada la demanda en lo que respecta al pretendido traslado de establecimiento penitenciario; declaró fundada en parte la demanda de hábeas corpus al haberse acreditado la vulneración del derecho a la salud en conexidad con el derecho a la libertad individual del favorecido Lincoln Flores Matías, esto es, respecto del tratamiento penitenciario en cuanto a la adecuada alimentación ordene de manera inmediata la continuación del tratamiento médico del actor en la que cuente con una adecuada alimentación conforme le ha sido prescrita, esto es, de conformidad con lo prescrito por la Administración Penitenciaria y el centro médico correspondiente.

⁸² Disponible en: <https://tc.gov.pe/jurisprudencia/2010/01637-2010-HC.pdf>. Extraído el 2 de agosto de 2016.

- STC N° 00032-2010-PI/TC⁸³, caso cinco mil ciudadanos contra el artículo 3° de la Ley N° 28705 – Ley General de la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco

El Tribunal ha sostenido que el Estado tiene el deber de proteger el derecho a la salud en el máximo nivel posible, que el tabaquismo es una epidemia, que los derechos deben ser protegidos a través de medidas progresivas, lo cual implica que, salvo circunstancias altamente excepcionales, las medidas legales adoptadas para proteger la salud, marcan un punto de no retorno, y que de acuerdo al artículo 3 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, la finalidad de reducir el consumo y la exposición al humo del tabaco debe ser alcanzada de manera “continua”, se encuentra constitucionalmente prohibido que en el futuro se adopten medidas legislativas o de otra índole que protejan en menor grado el derecho fundamental a la salud frente a la epidemia del tabaquismo, en comparación a la manera cómo lo hace la legislación actual.

En conclusión el Tribunal Constitucional, en el presente caso precisó que respeta el derecho de las personas que decidan libremente fumar, sin embargo, indicó que el Estado no debe incentivar el consumo de tabaco, todo lo contrario, debe lograr disminuir ésta práctica a favor de la salud de la comunidad.

⁸³ Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00032-2010-AI.pdf>. Extraído el 2 de agosto de 2016.

- **STC N° 0033-2010-PI/TC⁸⁴, caso 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley N° 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud y se interpreta el artículo 21 de la Ley N° 29344 en el sentido de que las enfermedades de alto costo de atención que no están incluidas en el PEAS son financiadas para la población bajo el régimen subsidiado y semicontributivo con el Fondo Intangible Solidario de Salud (FISSAL).**

El Tribunal Constitucional, precisa que la Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud no vulnera el derecho a la igualdad en su dimensión sustantiva, ya que su finalidad es lograr el acceso universal de la salud, sobre todo, para la población que debido a sus condiciones económicas y sociales no ha tenido acceso, o lo ha hecho en condiciones inadecuadas. Precisó que, la necesidad de enfrentar las desigualdades sociales, mediante el principio de equidad en la salud facilita a todos los peruanos el acceso equitativo a los servicios de salud; se debe dar el reconocimiento a la interdependencia de los derechos fundamentales, ya que el derecho a la salud permite el ejercicio pleno de ellos, como son el derecho a la vida, el derecho al trabajo, el derecho a la dignidad, etc; debe haber la posibilidad de acceso a los servicios de salud de forma integral, de modo que sea en condiciones adecuadas de calidad, oportunidad, aceptabilidad y accesibilidad física y económica; no debe existir la discriminación en los servicios de salud, debiendo tener todas las personas igualdad de trato sin restricciones; por último debe existir una adecuada asignación de los recursos al sector salud, así como una plena distribución de ellos, teniendo en cuenta la necesidad de las poblaciones más desfavorecidas, dándoseles el mejor uso posible de forma transparente y eficaz.

El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda, sin embargo, indicó que la igualdad en el aseguramiento universal de salud, debe estar relacionada a la capacidad de acceso de cada una de las personas que la integren, dando más apoyo a las personas que se vean más imposibilitadas, por lo que la sentencia pone en conocimiento una serie de acciones a realizar por parte del Ministerio de Salud, como son los planes de contingencia progresivos que permitan cubrir las enfermedades de alto riesgo de los afiliados independientes, así como

⁸⁴ Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00033-2010-AI.pdf>. Extraído el 3 de agosto de 2016.

cuando estas prestaciones superen el límite máximo establecido, y el listado de enfermedades de alto costo y el procedimiento para acceder a este mecanismo.

5.10. Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2011

- **STC N° 00361-2011-PA/TC⁸⁵, Caso, Empresa Minera de Servicios Generales S.R.L. y otros.**

El Tribunal Constitucional en el fundamento 7 afirmó, que ‘en la STC 3343-2007-PA (Caso *Cordillera Escalera*) se estableció que el carácter social de nuestro régimen determina que el Estado no pueda permanecer indiferente ante las actividades económicas de los particulares, lo que, por cierto, en modo alguno supone la posibilidad de interferir de manera arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos. En una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado, y la actuación de los particulares.

Ha sostenido que “la figura del amparo ambiental es construida a partir de la doctrina y legislación sobre derechos colectivos y difusos, así como del derecho procesal colectivo y de principios ambientales, debe ser analizada bajo una perspectiva que integre todas estas posturas a fin de brindar un resultado que optimice los derechos fundamentales en ponderación”.

Asimismo, el Tribunal Constitucional señala que el denominado amparo ambiental que tiene ciertas características especiales a partir de las cuales la jurisprudencia del Tribunal ha desarrollado reglas procesales, integrando el principio de desarrollo sostenible o sustentable, el principio de conservación, el principio de prevención, el principio de restauración, el principio de mejora, el principio precautorio y el principio de compensación.

⁸⁵ Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00361-2011-AA%20Resolucion.pdf>. Extraído el 2 de agosto de 2016.

5.11. Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2012

- STC. N° 00008-2012-PI/TC⁸⁶, caso interpuesto por diez mil seiscientos nueve ciudadanos, contra el artículo 1° de la Ley N.° 28704 que modifica el artículo 173°, inciso 3°, del Código Penal, sobre delito de violación sexual contra víctima entre 14 y 18 años de edad.

El Tribunal Constitucional en este caso señala que la libertad sexual, es la facultad que tienen las personas para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, y que si bien es cierto, la titularidad del derecho lo tienen las personas mayores de 18 años, los menores de edad entre los 14 y 18 años, también pueden ejercerla tomando en cuenta lo señalado en la Convención sobre los Derechos del Niño y el adolescente, que refiere que el Estado debe garantizar el pleno desarrollo del niño, relacionada con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el adolescente ejerza los derechos reconocidos en la Convención; indica que el artículo cuestionado al sancionar a todo aquel que tenga relaciones sexuales con menores de 14 años de edad a menos de 18 años, independientemente si hay consentimiento o no, genera una intervención en la libertad sexual como componente al libre desarrollo de la personalidad y limitando su libre autodeterminación en el ámbito de su sexualidad.

En el caso específico, el Tribunal Constitucional reconoció que el derecho a la salud está relacionado con el ámbito sexual y reproductivo, que permitan al hombre y la mujer el ejercicio normal de su actividad sexual, la protección de su integridad, la autodeterminación en la reproducción, así como los relacionados al derecho a la educación e información sexual, reconoce también el derecho a la intimidad que constituyen los datos hechos o situaciones reservadas; indica por lo tanto, que si bien es cierto las personas mayores de 18 años ejercen la titularidad de su libertad sexual, los menores entre 14 y menos de 18 años, también la pueden ejercer, conforme su libre desarrollo de la personalidad vinculada a su libertad sexual y declaró fundada la demanda.

⁸⁶ Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00008-2012-AI.pdf>. Extraído el 2 de agosto de 2016.

- STC N° 04009-2012-PHC/TC⁸⁷, caso Freddy Ortiz Nishihara

El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la salud forma parte del contenido del derecho a la libertad individual (y, por lo tanto, susceptible de ser tutelada vía el hábeas corpus) en tanto su agravio se manifiesta en personas cuya libertad personal se encuentra coartada, tal es el caso de las personas privadas de su libertad en cumplimiento de una pena, detención judicial o policial". En consecuencia, declaró improcedente la demanda.

- STC N° 03228-2012-PA/TC⁸⁸. Caso Carmen Cristina Chávez Cabrera

El Tribunal Constitucional, ha precisado en el fundamento 27, que el derecho a la salud comprende una serie de posiciones iusfundamentales que van desde el derecho a las servicios de salud hasta el derecho a que los determinantes sociales no impidan el goce de una buena salud. Con respecto a los servicios de salud, estos deben ser disponibles, accesibles, aceptables y de calidad.

En el fundamento 28 el Tribunal Constitucional, precisó que los servicios de salud deben ser brindados de modo integral, esto es, con prestaciones que supongan la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud. Un servicio de salud otorgado de acuerdo a estas características es, parte del contenido protegido constitucionalmente por el derecho a la salud.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento 29 que la posibilidad de que el Estado establezca un sistema sanitario orientado a brindar los servicios de salud que la población requiere depende, de una serie de decisiones de política institucional, este modelo requiere decisiones de política institucional, que permita que toda la población acceda a un seguro de salud, en condiciones adecuadas de acceso, calidad, protección y oportunidad, para alcanzar que los servicios de salud se presten de acuerdo a las condiciones de disponibilidad, accesibilidad y calidad se requiere de importantes decisiones de política institucional que

⁸⁷ Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/04009-2012-HC%20Resolucion.pdf>. Extraído el 4 de agosto de 2016.

⁸⁸ Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/03228-2012-AA.pdf>. Extraído el 3 de agosto de 2016.

definan cómo se puede ampliar la oferta de establecimientos médicos (disponibilidad), cómo se puede permitir que las personas de escasos recursos accedan a los servicios de salud (accesibilidad económica), cómo es posible impulsar y fortalecer la salud intercultural en nuestro país (aceptabilidad), y cómo garantizar que los servicios médicos se brinden en condiciones adecuadas de seguridad, oportunidad y profesionalismo (calidad).

Consideramos que el Tribunal Constitucional propone una visión integral de los derechos políticos y civiles con los derechos económicos, sociales y culturales, ello en razón a que desconoce la jerarquización entre los mismos, de esta manera la promoción, protección y evaluación de estos últimos debe alcanzar el nivel de los derechos civiles y políticos dado que las actuaciones del Estado no responden a tal interpretación.

- STC N° 2437-2013-PA/TC⁸⁹, Caso Jane Margarita Cósar Camacho y otros.

En el presente caso los demandantes en su condición de personas con discapacidad visual, solicitan que la demandada Supermercados Plaza Vea permita ingresar en todas sus cadenas de tiendas a nivel nacional con la compañía de un animal de asistencia (perros guía). Que la prohibición del ingreso, viola los derechos de los demandantes al libre desarrollo y bienestar, a la libertad de tránsito, a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, a la igualdad y no discriminación, y a la accesibilidad y movilidad personal, de acuerdo con los artículos 9° y 20° de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad.

El Tribunal Constitucional en el fundamento 34 ha señalado que el derecho al libre desarrollo no debía confundirse con el derecho *al libre desenvolvimiento de la personalidad*. Este último era un derecho implícito, que se derivaba de la dignidad humana, cuyo objeto de protección “es la simple y llana conducta humana, desprovista de algún referente material que le otorgue algún sentido”. A diferencia de este derechos, el derecho al libre desarrollo y bienestar protege la libertad de actuación de toda persona orientada a alcanzar su propia realización personal y, en lo que al caso importa, su propio acomodo y tranquilidad, en cuanto ser espiritual, dotado de autonomía y dignidad, y miembro de una comunidad de seres libres e iguales.

⁸⁹ Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/02437-2013-AA.pdf>. Extraído el 3 de agosto de 2016.

- STC N° 0014-PI/TC⁹⁰, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-PI/TC y 007-2015-PI/TC, Caso Ley Universitaria.

El Tribunal Constitucional, en el fundamento 12, ha señalado que cabe preguntarse ahora si este Tribunal si tienen capacidad para controlar las políticas públicas adoptadas por los órganos competentes, llegando a la conclusión, como lo precisó en el fundamento 22, que el Tribunal entiende que tiene el deber de controlar la legitimidad constitucional de las políticas públicas e incluso la ausencia de estas, en el contexto de sus deberes de respeto y garantía de los derechos.

Finalmente, como hemos podido advertir en las sentencias analizadas, que la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional propone una visión integral de los derechos políticos y civiles con los derechos económicos, sociales y culturales; todo ello, en razón a que desconoce la jerarquización entre los mismos, de esta manera la promoción, protección y evaluación de estos últimos debe alcanzar el nivel de los derechos civiles y políticos dado que las actuaciones del Estado no responden a tal interpretación.

⁹⁰ Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00012-2014-AI.pdf>. Extraído el 3 de agosto de 2016.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El Tribunal Constitucional peruano, ha sostenido que los derechos económicos, sociales y culturales, si bien dependen, de las políticas públicas, estos derechos han dejado de ser programáticos, para pasar a ser derechos progresivos, lo que amerita, una mayor intervención del Estado, en la promoción, prevención y protección de estos derechos. Con respecto a la dependencia de la ejecución presupuestal en las políticas sociales, el Tribunal ha señalado, que estas deben dejar de ser vistas, como meros gastos, sino más bien, se les debe considerar como una inversión social, para el bienestar común.

En el Perú, hay una crisis, un caos, en el sector salud, debido a que el Estado peruano, no tiene Políticas sociales integrales, tanto en el ámbito nacional, regional y local, careciendo de metas que articulen dichas políticas; todo ello se debe, en gran medida, a la desactivación del Instituto Nacional de Planificación. Esta falta de planificación de Políticas Públicas, deja en abandono a las personas más vulnerables, desprotegiendo así el derecho fundamental a la salud.

La protección del derecho fundamental a la salud ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional peruano y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no como un derecho autónomo, sino más bien, ha sido reconocido en conexidad con el derecho a la vida, integridad personal y a la dignidad de la persona humana.

SEGUNDA: Es importante dejar sentado el reconocimiento de la igual importancia entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, estos se interpretan de manera conjunta, valorando la protección y garantía de unos derechos sobre otros para su implementación efectiva, reconocidos por los instrumentos internacionales, el Tribunal Constitucional peruano y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es necesaria una interpretación prevalente del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos en forma sistemática, teleológica, evolutiva, más favorable para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, entre ellos el derecho a la salud.

TERCERA: Si bien es cierto, el Tribunal Constitucional peruano, en su diversa jurisprudencia ha venido desarrollando y protegiendo el derecho fundamental a la salud de las personas, también es cierto, que el Estado, no ha avanzado al ritmo del Tribunal Constitucional, en una eficaz y eficiente, protección del derecho a la salud, de los más desprotegidos, en sus políticas públicas. También es cierto, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su jurisprudencia ha reconocido la inexistencia de la jerarquización entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, por ser interdependientes e indivisibles entre sí, no reconociendo así la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales.

CUARTA: El Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, en forma eficiente, eficaz y efectiva, así como procedimientos de tutela administrativa y judicial para todos los afectados; siendo necesario, una cobertura sanitaria universal y una estrategia de financiación mayor de parte del Estado, que cada año aumente y no disminuya la financiación económica, teniendo en cuenta la creciente demanda de atención a los enfermos crónicos, la desaceleración económica, además, es importante la prevención, promoción y la protección de la salud para el bienestar del ser humano.

El Estado no tiene políticas eficientes y claras, en consecuencia, este debe garantizar el derecho fundamental a la salud, mediante un marco normativo adecuado, que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo, los estándares de calidad, para las instituciones públicas y privadas, que permitan prevenir, cualquier amenaza de vulneración al derecho fundamental a la salud de la persona humana.

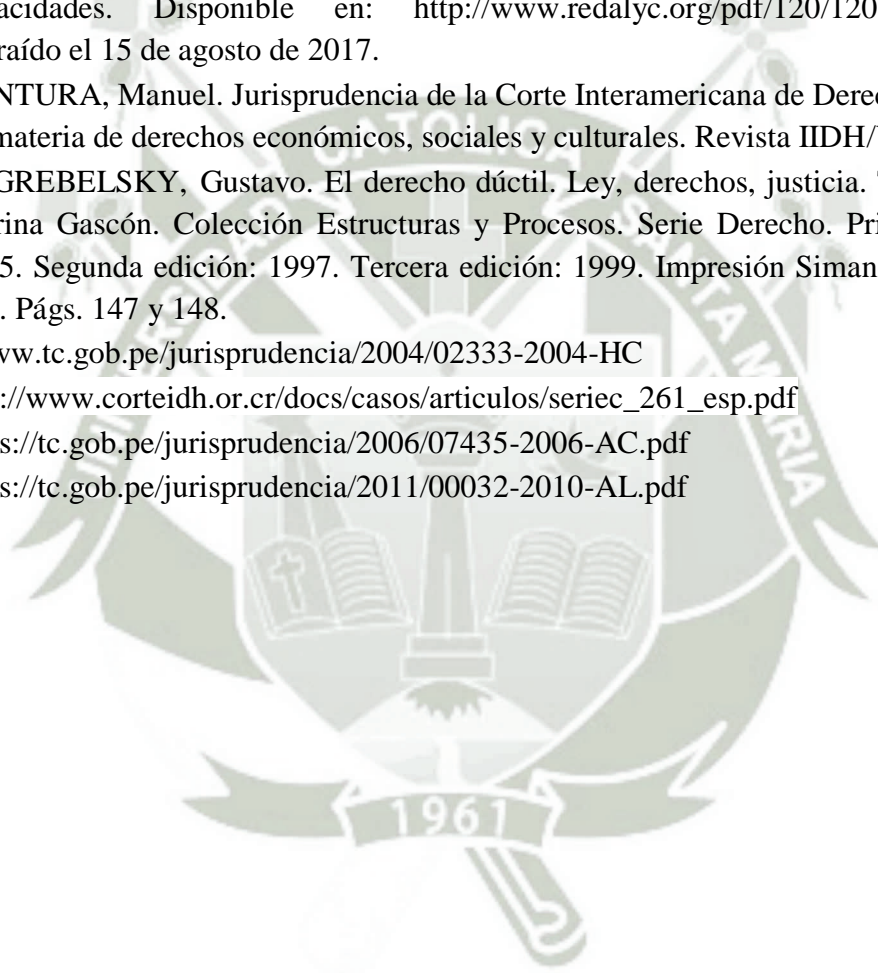
REFERENCIAS

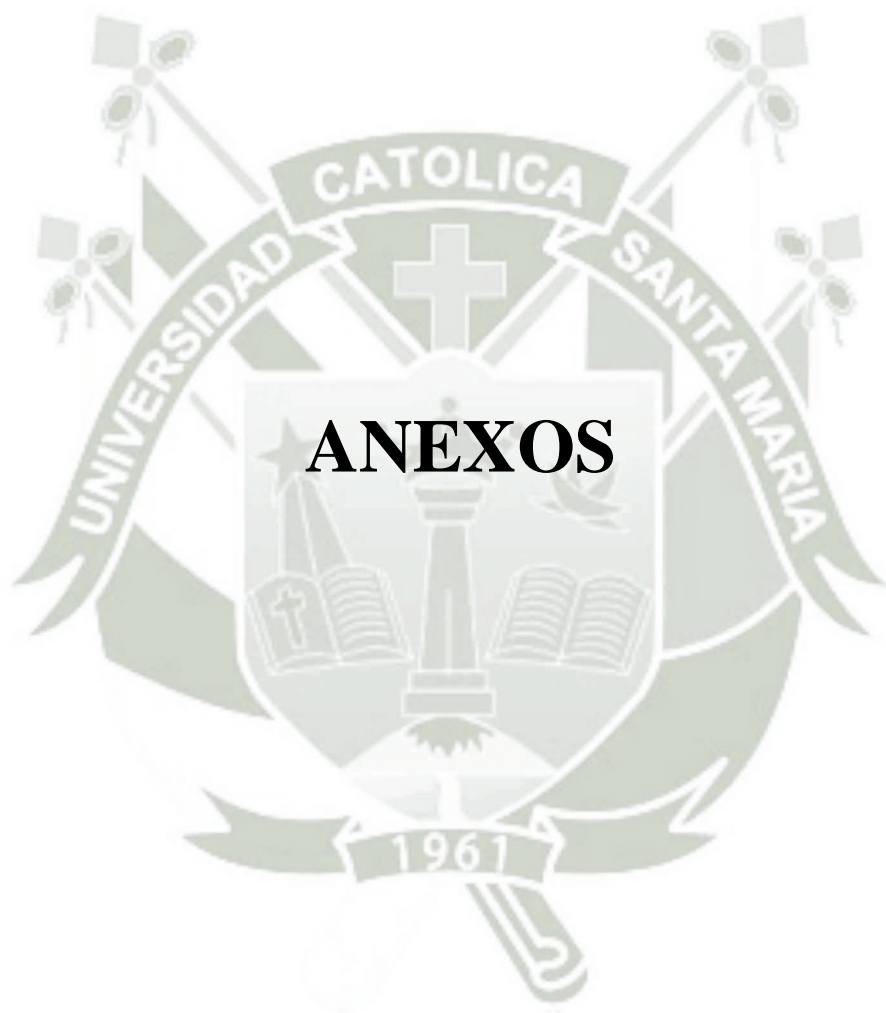
- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian; “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, Sociales y Culturales. Estándares internacionales y criterio de aplicación ante los tribunales locales” en www.pnvd.org.verchivo/documento/dato3300/332.htm.
- AGUILA, Guido. El Precedente Constitucional, guía de estudio sistemático. Primera edición: abril 2017. En la Biblioteca Nacional del Perú. Reg. N° 2017-04835.
- ÁLVAREZ, Juan. El Derecho a la Salud como Derecho Humano. Cultural Cuzco S.A. Editores Lima – Perú 1994.
- ANGARITA, Ana. Conferencia Ifhro-Edhucasalud 2006. Exclusión y derecho a la salud. La función de los profesionales de la salud. Pobreza, enfoque de derechos humanos y derecho a la salud. Pág. 325. Disponible en: http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/435/Pon_YaminAE_AplicarDerechosHumanos_2007.pdf?sequence=1.
- ARANZAMENDI, Lino. La investigación jurídica. Diseño del proyecto de investigación estructurada y redacción de la tesis. Editorial Grijley. 2010.
- ÁVILA, Roberto. Metodología de la Investigación. Editorial: Estudios y Ediciones R.A. 2001.
- BERNEDO, Jorge. Metodología de la Investigación. Guía de Practicas. Universidad Católica de Santa María. 2011
- BEVERIDGE, William. Las bases de la seguridad social (The Pillar of Security and War-time Essay and Addresses) versión española de Teodoro Ortiz. México, FCE, 1944.
- BREGAGLIO, Renata. La Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales desde una concepción dinámica y evolutiva de la progresividad, indivisibilidad e interdependencia: Más allá de los tratados. (Tesis). Lima, 10 de agosto de 2010.
- CABEZAS POMA, Astrid Kelly. “Los derechos económicos, sociales y culturales, las obligaciones que generan y sus particularidades en el caso del derecho a la salud reproductiva. Tesis para presentar el grado de abogada. Universidad de San Martín de Porres Facultad de Derecho. Lima-Perú 2016.
- CANCADO TRINDADE, Antonio. El Derecho Internacional de los derechos humanos en el siglo XXI. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- CANESSA, Miguel. Los derechos humanos laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Lima: PUCP/PLADES, 2007.

- CÁCERES ARCE, Jorge Luis. El Tribunal Constitucional y su Desarrollo Constitucional. IV Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. Los Retos del Derecho Procesal Constitucional a partir del Análisis de las Sentencias Constitucional. Libro de Ponencias. 18, 19 y 20 de abril de 2013 Arequipa-Perú. Editorial ADRUS S.R.L. Primera edición-abril 2013. Pág. 332.
- CÁRDENAS, Elena. Alcances del derecho a la salud en Colombia: una revisión constitucional, legal y jurisprudencial”. Revista de Derecho N° 40, Barranquilla, 2013.
- CHÁVEZ, Mario G. Los Derechos Sociales y su configuración en el ordenamiento constitucional peruano. Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Tomo I (16-19 de setiembre de 2009).
- Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General N° 14, aprobada en el 22° período de sesiones (2000). Disponible en: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.2000.4.Sp?Open](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.2000.4.Sp?Open).
- COURTIS, Christian y ÁVILA, Ramiro. La protección judicial de los derechos sociales. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador. p.p. IX- X. Disponible en: <http://www.oas.org/en/sedi/dsi/docs/derechos-sociales.pdf>.
- Defensoría del Pueblo. Salud mental y derechos humanos: La situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental. Informe Defensorial N° 102. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/69F8CC82E26FA27305257C9A005540D0/\\$FILE/Informe102DefensoriaPeru.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/69F8CC82E26FA27305257C9A005540D0/$FILE/Informe102DefensoriaPeru.pdf).
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales. Tercera edición revisada y puesta al día 2004. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Foro Salud. II Conferencia Nacional de Salud. Hacia una reforma sanitaria por el derecho a la salud. Lima, febrero de 2005. Consorcio de Investigación Económica y Social Observatorio del Derecho a la Salud. ISBN 9972-804-34-8.
- FRISANCHO, Ariel. Conferencia Ifhhro-Edhucsalud 2006. Exclusión de los profesionales de la salud. Buscando Políticas de Salud más inclusivas y sostenibles: El rol de la participación ciudadana. Perú, 2004-2006.
- FUENTES ALCEDO, Carlos Iván. Protegiendo el Derecho a la Salud en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Estudio Comparativo sobre su Justiciabilidad desde un punto de vista Substantivo y procesal. American University International Law Review 22, No. 1 (2006).
- GARCÍA TOMA, Víctor. ExPresidente del Tribunal Constitucional. Los Derechos Fundamentales en el Perú. Jurista editores E.I.R.L. Primera edición: abril 2008.
- GARCÍA TOMA, Víctor. Los Derechos Humanos y la Constitución. Grafica Horizonte. Edición, Febrero 2001.

- GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter/ MESÍA RAMÍREZ, Carlos. Instrumentos Internacionales y Teoría Derechos Humanos. Compilación. Edición Oficial Ministerio de Justicia. Primera Edición Setiembre 1995.
- HERRERA, Aleksey. Aspectos generales del Derecho Administrativo Colombiano. Colección Jurídica. 3ª edición revisada y aumentada. Barranquilla – Bogotá Colombia, 2012. Universidad del Norte, editorial. Grupo Editorial Ibañez.
- Historia de la Seguridad Social: La influencia de Otto von Bismarck. Extraído de: <http://seguridad-social.perublog.info/historia-de-la-seguridad-social>.
- <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06534-2006-AA-pdf>
- IPANAQUÉ, Pedro. Utilización de los servicios de salud Ambulatorios en la población afiliada a los Seguros de Salud del Perú. Lima 2014. Río de Janeiro, 2014.
- LANDA ARROYO, Cesar “Dignidad de la persona Humana”, en Revista IUS ET VERITAS N° 21. PUCP.
- LANDA ARROYO, Cesar. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Palestra Editores Lima-2005.
- LANDA ARROYO, César. Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Palestra, 2010.
- MARLASCA LÓPEZ, Antonio. El derecho a la salud y el racionamiento en los servicios de salud. Rev. Filosófica Univ. Costa Rica, XLVII (122), 9-10 Setiembre-Diciembre 2009 / ISSN: 0034-8252.
- MEJÍA RIVERA, Joaquín Armando. Análisis de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos desde la Teoría y la Filosofía del Derecho. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. (Tesis). junio de 2009. Universidad Carlos III de Madrid. Pág.404.
- PALMA Eric, Eduardo. Estado Constitucional Liberal Católico en Chile (1812-1924). Nueva historia constitucional. 2ª ed. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2012.
- PAZO PINEDA, Oscar Andrés. Los Derechos Fundamentales y el Tribunal Constitucional. Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición enero 2014.
- PECES-BARBA, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, pág. 37.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique; “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”, Madrid-España. Tecnos. Sexta Edición. 1999.
- Principales modelos de seguridad social y Protección Social. Biblioteca Virtual Jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: www.juridicas.unam.mx.Capítulo.
- RAPAPORT, Jonatan. Salud y enfermedad. Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo. Universidad del País Vasco. Disponible en: <http://dicc.hegoa.efaber.net>.

- ROBLEDO, Felipe A. Identidad cultural, salud social y Estado Social de Derecho. El caso “Tesoro Quimbaya” Quindío, Colombia. Rev. Salud pública. 17 (4): 646, 2015. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.15446/rsap.v17n4.48601>.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. Cómo hacer una Tesis de Derecho y no envejecer en el intento. Gaceta Jurídica S.A. Tercera Edición julio 2005.
- SALMÓN, Elizabeth y BREGAGLIO, Renata. Estándares jurisprudenciales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano. Disponible http://idehpu.pucp.edu.pe/images/publicaciones/jurisprudencia_cidh_desc_tomo1.pdf . Extraído el 14 de agosto de 2017.
- VÉLEZ-ARANGO, Alba L. El derecho a la salud: una visión a partir del enfoque de capacidades. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/120/12033879012.pdf>. Extraído el 15 de agosto de 2017.
- VENTURA, Manuel. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Revista IIDH/Vol.40.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Primera edición: 1995. Segunda edición: 1997. Tercera edición: 1999. Impresión Simancas Ediciones, S.A. Págs. 147 y 148.
- www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02333-2004-HC
- http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf
- <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/07435-2006-AC.pdf>
- <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00032-2010-AL.pdf>





Universidad Católica de Santa María

Escuela de Postgrado

Maestría en Derecho Constitucional



**EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y LA JURISPRUDENCIA EN EL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO**

Proyecto de tesis presentada por la Bachiller:
Rosado Torres, Iris Marina

Para optar el Grado Académico de:
Maestro en Derecho Constitucional

Asesor: Dr. Cáceres Arce, Jorge Luis

AREQUIPA-PERÚ

2015

CONTENIDO

PREÁMBULO.....	110
I. PLANTEAMIENTO TEÓRICO.....	111
1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	111
1.1. ENUNCIADO DEL PROBLEMA.....	111
1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.....	111
1.2.1. CAMPO, ÁREA Y LÍNEA DE ACCIÓN.....	112
1.2.2. ANÁLISIS DE VARIABLES.....	112
1.2.3. INTERROGANTES.....	113
1.2.4. NIVEL Y TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	113
1.3. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.....	113
2. MARCO CONCEPTUAL.....	115
3. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS.....	119
4. OBJETIVOS.....	120
5. HIPÓTESIS.....	120
II. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL.....	121
1. CUADRO DE SISTEMATIZACIÓN DE TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.....	121
2. CAMPO DE VERIFICACIÓN.....	122
2.1. Ubicación espacial.....	122
2.2. Ubicación temporal.....	122
2.3. Unidades de estudio.....	122
3. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	123
3.1. Fuentes de consulta:.....	123
3.2. Estrategia metodológica:.....	123
4. CRONOGRAMA DE TRABAJO.....	125
REFERENCIAS.....	126
ANEXOS.....	129

PREÁMBULO

La Constitución Política del Perú de 1993 en el Capítulo II, ha incorporado un catálogo amplio de derechos sociales y económicos, a raíz de la suscripción del Perú del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Entre estos derechos, se reconoce el derecho a la salud de toda persona y a la protección de su salud. El derecho a la salud significa que toda persona tiene el derecho a que el Estado se abstenga de todo acto que ponga en riesgo la salud de la persona humana o de la comunidad.

Ello implica un compromiso claro de las autoridades peruanas por hacer efectivo el derecho fundamental a la salud; y por una eficaz protección de la vida, a la integridad física y mental, a la dignidad de la persona humana, y a la prohibición de la tortura; en este contexto, se requiere que las personas gocen y disfruten del más alto nivel de salud y de unas condiciones materiales básicas que le permita a la persona un ejercicio real de sus capacidades y libertades.

Sin embargo, en el Perú este derecho, calificado dentro del bloque de derechos económicos, sociales y culturales es muchas veces (por cuestiones económicas, de políticas sociales) muy difícil de concretizarse igualitariamente en la población; razón por la cual amerita realizar una revisión y un análisis de la valoración que el Tribunal Constitucional le ha dado a este derecho dentro de su jurisprudencia y las acciones u omisiones del Estado peruano frente a esta valoración e interpretación del derecho fundamental a la salud.

Arequipa, 25 de octubre de 2017

I. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

“El derecho fundamental a la salud y la jurisprudencia en el Tribunal Constitucional peruano”

1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.

Los derechos sociales, económicos y culturales han contado con escasa protección judicial desde las constituciones europeas de principios del siglo XX. En la actualidad muchos gobiernos, aún consideran que no están en la obligación de brindar mecanismos judiciales para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales; incluso hay Estados que han afirmado que tales derechos no encuentran cabida en una constitución por su naturaleza positiva. Por su parte, en la doctrina internacional y la práctica de los organismos internacionales especializados han afirmado que existe una indivisibilidad e interdependencia entre los llamados derechos humanos civiles y políticos, y los derechos sociales, económicos y culturales.

En el Perú, se considera que los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho fundamental a la salud, no cuentan con una protección eficiente y eficaz de la misma forma que los derechos civiles y políticos, debido a que estos dependen de las políticas públicas y del presupuesto nacional.

De esta manera, el derecho fundamental a la salud que tiene toda persona (el acceso y la protección) se ha visto muchas veces vulnerado por las actuaciones del Estado peruano al contar con políticas públicas deficientes y también por los particulares, lo que ha conllevado a actuaciones vulneradoras del derecho fundamental a la salud, a la vida y a la dignidad de la persona y a la no concretización igualitaria de su protección en la población.

Arequipa, 25 de octubre de 2017

1.2.1. CAMPO, ÁREA Y LÍNEA DE ACCIÓN

El problema a investigarse se encuentra ubicado en el:

Campo : Ciencias Jurídicas

Área : Derecho Constitucional

Línea : El enfoque de los derechos fundamentales a la salud y la jurisprudencia en el Tribunal Constitucional peruano.

1.2.2. ANÁLISIS DE VARIABLES

VARIABLES	INDICADORES	SUBINDICADORES
El derecho fundamental a la salud	El acceso al derecho a la salud	- Efectos que tiene el actual modelo de desarrollo económico.
	Las prestaciones de la salud	
	La prevención de la salud	
	Seguridad Social	- Características de quienes no tienen seguridad social.
	Los Sistemas de Salud	- Sistemas Privados de Salud - Sistemas Públicos de Salud
	Cobertura horizontal	
	Cobertura Vertical	
La jurisprudencia en el Tribunal Constitucional Peruano	En lo formal: Mecanismos de protección de los derechos.	
	En lo material: La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano	- Análisis de la jurisprudencia constitucional

1.2.3. INTERROGANTES

1.2.3.1. INTERROGANTE GENERAL

- ¿Hasta qué punto, los mecanismos judiciales pueden corregir o disminuir la constante vulneración del derecho a la salud de manera efectiva y eficaz, frente a las políticas públicas peruanas?

1.2.3.2. INTERROGANTES ESPECIFICAS

- ¿Por qué los derechos sociales, económicos y culturales no tienen la misma valoración que los derechos civiles y políticos?
- ¿Se puede hacer exigible el derecho social a la salud, en una sociedad en donde el Estado basa el aseguramiento de los derechos civiles, sociales y culturales en el presupuesto nacional?

1.2.4. NIVEL Y TIPO DE INVESTIGACIÓN

La investigación será:

- **Nivel** : Descriptivo y Comparativo.
- **Tipo** : Bibliográfico y de campo

1.3. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

- **Relevancia Jurídica:**

El derecho a la salud por su conexidad con el derecho a la vida, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona humana, es uno de los más importantes dentro de los derechos económicos, sociales y culturales.

Actualmente, somos testigos de la constante vulneración y desvalorización del derecho fundamental a la salud por parte del Estado peruano, ello en razón a que este derecho, comprendido dentro del catálogo de los derechos sociales, económicos y culturales, dependen de las políticas públicas y del presupuesto nacional, aun cuando este derecho ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional como un derecho progresivo y se ha apartado de la idea de ser considerado como un derecho programático.

Es por ello, que es conveniente y necesario desarrollar la presente investigación, a efecto de poder determinar la evolución de la valorización del derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y analizar si tal evolución jurisprudencial es acorde con la evolución legislativa y la dirección de las políticas públicas peruanas.

- **Relevancia Académica:**

La investigación pretende dar a conocer e incentivar a los operadores del derecho, la exigibilidad al Estado peruano de la prevención, promoción y protección del derecho a la salud, como derecho fundamental, y erradicar la falsa justificación de la inexigibilidad por depender de políticas públicas y del presupuesto nacional para su efectiva tutela. Asimismo, se busca despertar el interés del estudio de la evolución, protección y análisis de la efectiva valoración de los derechos comprendidos dentro del abanico de los derechos económicos, sociales y culturales.

El Tribunal Constitucional en su reiterada jurisprudencia ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales, dentro de ellos el derecho a la salud, son derechos progresivos; en consecuencia estos no deben ser considerados como ‘meros gastos’ sino más bien como ‘inversión social’, para el bienestar común de la persona humana.

2. MARCO CONCEPTUAL

2.1. Derecho a la Salud

- La Organización Mundial de la Salud (OMS)⁹¹ define la salud como un estado completo de bienestar físico, mental, espiritual, emocional y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.
- En el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo” o “Protocolo de San Salvador”)⁹²; cuyo texto reza así:

Art. 10. Derecho a la salud

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

⁹¹ Disponible en: http://www.who.int/features/factfiles/mental_health/es/. Extraído el 20 de agosto de 2016.

⁹² Disponible en: http://derechoshumanos.pe/wpcontent/woo_uploads/congreso/PROTOCOLO_SAN_SALVADOR.pdf. Extraído el 17 de agosto de 2016.

- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo XI señala: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”⁹³.
- Carlos Mesía⁹⁴ señala que en el ámbito de los derechos sociales, la salud constituye el eje alrededor del cual giran todos los demás. Por tratarse de un derecho primario y absoluto su valor se remite a la categoría de los derechos fundamentales, básicos para la vida y el libre desarrollo de la personalidad. Por consiguiente, debe entenderse como un derecho directamente tutelable ante el juez sin la necesidad de interposición por parte del legislador. 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 psicofísico frente a cualquier amenaza proveniente del ambiente externo. Su haz protector 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.

b. Derecho Fundamental:

- Víctor García Toma⁹⁵ define a los derechos fundamentales como aquella parte de los derechos humanos que se encuentran garantizados y tutelados expresa o implícitamente por el ordenamiento constitucional de un Estado en particular. Su denominación responde al carácter básico o esencial que estos tienen dentro del

⁹³ Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>. Extraído el 16 de mayo de 2016.

⁹⁴ MESÍA RAMÍREZ, Carlos. Derechos de la persona Dogmática Constitucional. Fondo Editorial del Congreso del Perú. Impreso en el Perú 2004. Pág. 302.

⁹⁵ GARCÍA TOMA, Víctor. ExPresidente del Tribunal Constitucional. Los Derechos Fundamentales en el Perú. Presentación de Luis Claudio Cervantes Liñan. Jurista Editores E.I.L. Primera Edición: abril 2008. Pág. 27.

sistema jurídico instituido por el cuerpo político”. (Los Derechos Fundamentales en el Perú. Jurista Editores E.I.R.L. Primera edición: abril 2008 pág. 27)

- Carlos Mesía⁹⁶ en su libro Derechos de la persona señala que los Derechos fundamentales, son aquellos derechos del hombre que se hallan jurídicamente institucionalizados en la Constitución, dotados de ciertas garantías procesales (amparo, hábeas corpus, hábeas data, etc.), pero limitados en un espacio-temporal.
- Antonio Truyoli Serra dice que: “Existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes; y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política han de ser por ésta consagrados y garantizados”.⁹⁷
- Todos los derechos humanos, sean éstos derechos civiles y políticos, como el derecho a la vida, la igualdad ante la ley y la libertad de expresión; los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho al trabajo, la salud, seguridad social y la educación; o los derechos colectivos, como los derechos al desarrollo y la libre determinación, todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interrelacionados e interdependientes, entre si, la privación de un derecho afecta negativamente a los demás⁹⁸.

c. Derechos Civiles y Políticos

- Los derechos civiles encuentran su fundamento en la libertad, de tal manera que se impone una barrera a los poderes del Estado, impidiéndole que menoscabe ciertos derechos que se reconocen, en principio como intocables. Estos derechos se basan en

⁹⁶ MESÍA RAMÍREZ, Carlos. Derechos de la Persona. Fondo Editorial del Congreso de la República. Impreso en el Perú 2004. Pág. 27.

⁹⁷ GARCÍA TOMA, Víctor, Expresidente del Tribunal Constitucional. Los Derechos Fundamentales en el Perú. Presentación de Luis Claudio Cervantes Liñán. Jurista Editores E.I.R.L. Primera Edición: abril 2008. Pág. 25.

⁹⁸ Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>. Extraído el 10 de agosto de 2016.

el principio fundamental de distribución, propia del Estado de Derecho, según el cual el ser humano cuenta con ciertos derechos y atribuciones absolutas, en principio mientras que el Estado no cuenta con facultades de intervención sobre estos mismos derechos, también en principio. Esto es, esta clase de derechos no puede ser vulnerados por el Estado, a menos que se presente una excepción a la misma detallada en la Constitución o la ley⁹⁹.

- Los derechos civiles y políticos nacen de la lucha contra el abuso de poder por parte de las autoridades, su característica principal es que imponen al estado el deber de respetar los derechos y libertades de las personas. Estos derechos se reconocen en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos creados en 1966, estos derechos son: la vida, integridad física y moral, libertad personal, igualdad ante la ley, libertad de pensamiento, de conciencia y religión, libertad de movimiento y libertad de tránsito, la justicia, la nacionalidad, participar en la dirección de asuntos políticos, poder elegir y ser elegido en cargos públicos, formar un partido y afiliarse a uno, y participar en elecciones democráticas¹⁰⁰.

d. Derechos Sociales, Económicos y Culturales

- Según la Red-Desc, los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) son los derechos humanos relativos a las condiciones sociales y económicas básicas necesarias para una vida en dignidad y libertad, y hablan de cuestiones tan básicas como el trabajo, la seguridad social, la salud, la educación, la alimentación, el agua, la vivienda, un medio ambiente adecuado y la cultura.¹⁰¹
- Los derechos económicos, sociales y culturales, son derechos de contenido social para procurar mejores condiciones de vida, su característica es que se extienden a la esfera de responsabilidad del Estado, por medio de dos vías: la satisfacción de necesidades y

⁹⁹ VALCARCEL, J. y GONZALES, A. Derechos Civiles y Políticos. En el periodo revolucionario. Bogotá, D.C, Colombia- Volumen XI- N° 22-Julio-Diciembre 2008-ISSN 0121-182X.Pag, 75-84.

¹⁰⁰ Disponible en: http://www.alfonsozambrano.com/corte_constitucional_ec/doctrina/260211/cce-doc-volante_DDHH.pdf. Extraído el 10 de junio de 2016.

¹⁰¹ Disponible en <http://www.escri-net.org/es/derechos>. Extraído el 14 de julio de 2016

la prestación de servicios, seguridad social, trabajo, tener un igual salario por igual trabajo, remuneración equitativa y satisfactoria, que aseguren una existencia conforme a la dignidad humana, fundar un sindicato y a sindicalizarse, al descanso y al tiempo libre, un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar (alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica), seguros en casos de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos independientes de la propia voluntad, la protección de la maternidad y de la infancia, la educación, la participación en la vida cultural de la comunidad y derecho de autor.¹⁰²

3. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

3.1. A nivel local:

De la revisión bibliográfica, y los catálogos de tesis realizadas en las Bibliotecas de las Universidades locales, esto es, Universidad Católica de Santa María, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa y Universidad Católica San Pablo, hemos verificado que no existen estudios referidos al tema de investigación.

3.2. A nivel Nacional:

- BREGAGLIO LAZARTE, Renata Anahí. Tesis “La Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales desde una concepción dinámica y evolutiva de la progresividad, indivisibilidad e interdependencia: más allá de los Tratados”. PUCP para optar el grado de magister en derechos humanos. Lima, 10 de agosto de 2010. Págs. 37, 38 y 39.
- CABEZAS POMA, Astrid Kelly. Tesis “Los derechos económicos, sociales y culturales, las obligaciones que generan y sus particularidades en el caso del derecho a la salud reproductiva. Para presentar el grado de abogada. Universidad de San Martín de Porres Facultad de Derecho. Lima – Perú 2016. Págs. 16 a 18.

¹⁰²Disponible: http://www.alfonsozambrano.com/corte_constitucional_ec/doctrina/260211/cce-doc-volante_DDHH.pdf. Extraído el 21 de julio de 2016

- MEJIA RIVERA, Joaquín Armando. Tesis. “Análisis de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Junio de 2009. Universidad Carlos III de Madrid. Pág. 404.

4. OBJETIVOS

4.1. OBJETIVO GENERAL

- Determinar hasta qué punto, los mecanismos judiciales pueden corregir o disminuir la constante vulneración del derecho a la salud de manera efectiva y eficaz, frente a las políticas públicas peruanas.

4.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Delimitar porque los derechos sociales, económicos y culturales no tienen la misma valoración que los derechos civiles y políticos.
- Establecer si se puede hacer exigible el derecho social a la salud, en una sociedad en donde el Estado basa el aseguramiento de los derechos civiles, sociales y culturales en el presupuesto nacional.

5. HIPÓTESIS

Dado que en el Perú, se considera que los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho fundamental a la salud, no cuentan con una protección eficiente y eficaz de la misma forma que los derechos civiles y políticos, debido a que estos dependen de las políticas públicas y del presupuesto nacional.

Es probable que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, el derecho fundamental a la salud ha sido reconocido y amparado con la misma jerarquía de los derechos civiles y políticos, lo que amerita un rediseño en la política pública peruana en la defensa del derecho fundamental a la salud.

II. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1. CUADRO DE SISTEMATIZACIÓN DE TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

VARIABLES	INDICADORES	SUBINDICADORES	UNIDADES DE ESTUDIO	TÉCNICA	INSTRUMENTO
El derecho fundamental a la salud	El acceso al derecho a la salud	Efectos que tiene el actual modelo de desarrollo económico.	Legislación Nacional	De observación	FICHA BIBLIOGRÁFICA
	Las prestaciones de la salud				
	La prevención de la salud				
	Seguridad Social	Características de quienes no tienen seguridad social.			
	Los Sistemas de Salud	Sistemas Privados de Salud. Sistemas Públicos de Salud			
	Cobertura horizontal				
	Cobertura Vertical				
La jurisprudencia en el Tribunal Constitucional Peruano	En lo formal: Mecanismos de protección de los derechos.		Jurisprudencia	De observación	FICHA DE OBSERVACIÓN ESTRUCTURADA
	En lo material: La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano	Análisis de la jurisprudencia constitucional			

2. CAMPO DE VERIFICACIÓN

2.1. Ubicación espacial

- **Ubicación Genérica:** Se desarrollara en la Ciudad de Arequipa.
- **Ubicación Específica:** Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

2.2. Ubicación temporal

La presente investigación es de carácter coyuntural.

Ubicación Temporal Genérica : a nivel nacional e internacional.

Ubicación Temporal Específica : Jurisprudencia

Para la segunda variable que se refiere a la revisión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

2.3. Unidades de estudio

UNIDADES DE ESTUDIO	F	%
Expedientes Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	30	100%
TOTALES	30	100%

3. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE DATOS

3.1. Fuentes de consulta:

Legislación y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional peruano.

3.2. Estrategia metodológica:

La recolección de los datos se realizará con la revisión de los expedientes jurisdiccionales tendrá una duración de un (2) meses, para lo cual, lo primero que se hará es analizar la jurisprudencia constitucional; en cuanto a la primera variable el instrumento correspondiente que es una ficha de observación bibliográfica, y en cuanto a la segunda, emplearé la ficha de observación estructurada.

Con respecto al tratamiento estadístico en el informe de investigación, será de carácter cualitativo.

A) RECURSOS HUMANOS

Una vez recolectados los datos, estos se sistematizarán para su análisis, interpretación y conclusiones finales.

B) RECURSOS MATERIALES

DENOMINACIÓN	Nº	COSTO
Procesamiento de los Resultados	30	S/. 100.00
Papel Bond y otros	06	S/. 85.00
Impresión	01	S/. 100.00
Total		S/.235.00

C) BIENES Y SERVICIOS

DENOMINACIÓN	TOTAL
Uso de Equipos (Computador, impresora)	S/. 150.00
Movilidad	S/. 80.00
TOTAL	S/. 230.00

D) VALIDACIÓN DEL INSTRUMENTO

Para una mayor validez y confiabilidad de los resultados de la presente investigación, se aplicó una prueba en vacío de los instrumentos para su perfeccionamiento.

E) NOMBRE DE LA RECOGIDA DE DATOS

Respecto al nombre de la recogida de datos se utilizará la sigla: **JURIS**; que significa Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo que servirá de fuente de cuadros y gráficos.

F) CRITERIO PARA EL MANEJO DE LOS RESULTADOS

Una vez recolectados todos nuestros datos, éstos se sistematizarán en cuadros estadísticos.

4. CRONOGRAMA DE TRABAJO

FECHA ACTIVIDADES	JULIO				AGOSTO				SEPTIEMBRE				OCTUBRE			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
1. Presentación de Proyecto de Investigación	x															
2. Aprobación de Proyecto de Investigación		x	X													
3. Recopilación de Información				x	x											
4. Elaboración del Marco Teórico						x	x	x								
5. Marco Operacional									x	x	x					
6. Redacción de sugerencias y conclusiones												x				
7. Redacción de Informe Final													x	x	x	X

REFERENCIAS

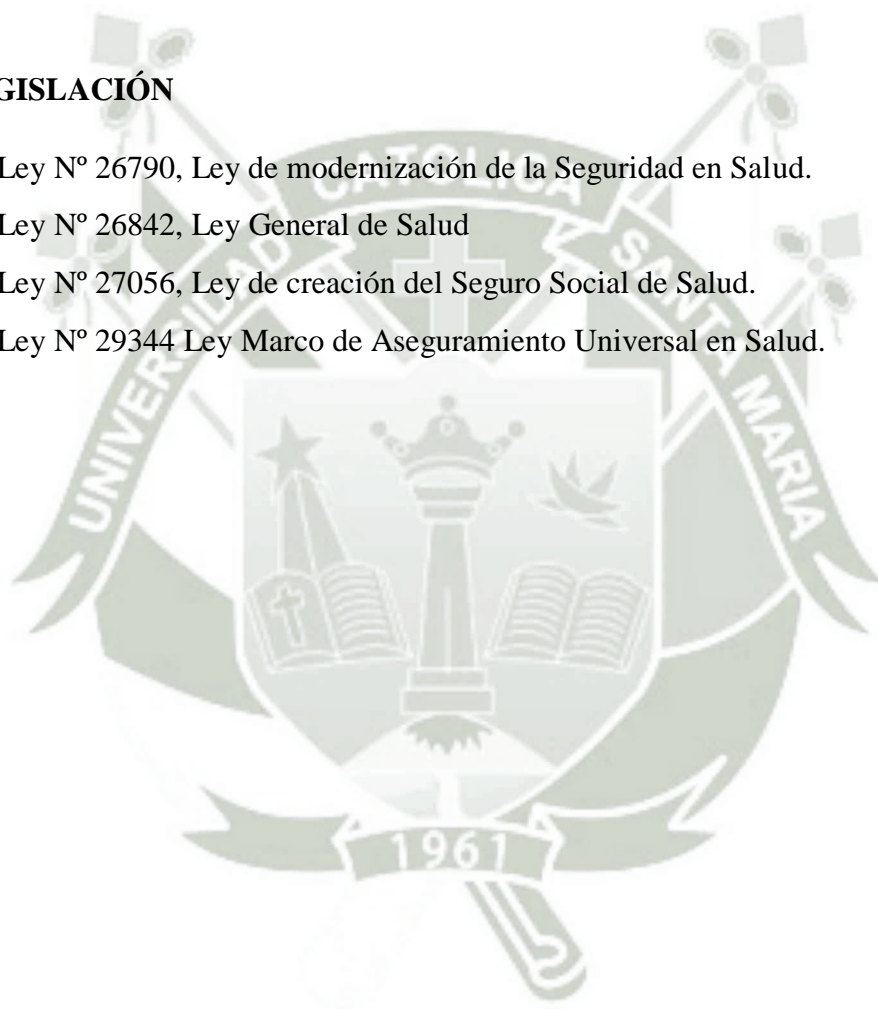
- ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios, Universidad Externado en Colombia, 2003.
- ARANZAMENDI, Lino. La investigación jurídica. Diseño del proyecto de investigación estructurada y redacción de la tesis. Editorial Grijley. 2010.
- ÁVILA, Roberto. Metodología de la Investigación. Editorial: Estudios y Ediciones R.A. 2001.
- BERNAL PULIDO, Carlos, El Derecho de los Derechos, Universidad Externado de Colombia 2005.
- BERNEDO, Jorge. Metodología de la Investigación. Guía de Practicas. Universidad Católica de Santa María. 2011
- GARCÍA TOMA, Víctor. ExPresidente del Tribunal Constitucional. Los Derechos Fundamentales en el Perú. Presentación de Luis Claudio Cervantes Liñan. Jurista Editores E.I.L. Primera Edición: abril 2008.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, Interpretación y Argumentación Jurídica. Consejo Nacional de la Judicatura. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, ISSN 1138-039X, N° 5, 2001, págs. 997-1001. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5435226>.
- HÄBERLE Peter, La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional
- HÖFFE Otfried, Estudios Sobre Teoría del Derecho y la Justicia.
- LUMIA Guiseppe, Principios de Teoría e Ideología del Derecho, Tercera reimpresión, marzo 1981.
- MESÍA RAMÍREZ, Carlos. Derechos de la persona Dogmática Constitucional. Fondo Editorial del Congreso del Perú. Impreso en el Perú 2004.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, Lección de Derechos Fundamentales, Editorial –Librería Jurídica Dykinson 2004.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos, Cómo hacer una Tesis de Derecho y no envejecer en el intento. Gaceta Jurídica. Tercera Edición revisada aumentada 2005.
- ROSS Alf, Teoría de las Fuentes del Derecho, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1999.

- RUDOLF VON, Jhering, La Dogmática Jurídica, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1946.
- SERNA, Pedro, La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales Una Alternativa a los Conflictos de Derechos. Revista, ISSN-e 0120-8942, N°. 12, 2003. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2107660>
- STAMMLER, Rudolf, Modernas Teorías del Derecho y del Estado, Ediciones librerías Botas, Mexico, D.F. 1955.
- VALCARCEL, J. y GONZALES, A. Derechos Civiles y Políticos. En el periodo revolucionario. Bogotá, D.C, Colombia- Volumen XI- N° 22-Julio-Diciembre 2008-ISSN 0121-182X. Disponible en: <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2445>
- WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Ernst, Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia, Editorial Trolta, S.A., 2000.
- www.observatorio.cies.org.pe
- www.peru.ayudaenaccion.org/hacemos/derecho-a-la-salud
- www.puntoedu.pucp.edu.pe
- www.care.org.pe
- www.defensoria.gob.pe/temas.
- www.humanium.org/es/derecho-salud
- www.observatoridesc.org/es/derecho-la-salud
- www.ohchr.org.pe
- www.otramirada.pe/¿en-qué-consiste-el-derecho-la-salud-en-el-perú
- www.palestraeditores.com
- www.saludintegralincluyente.com/proyecto/.../derecho-a-la-salud.html
- www.sunasa.gob.pe
- www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02016-2004-AA.html
- www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/
- www.wma.net/es/20activities/20humanrights/10health
- <http://www.escr-net.org/es/derechos>.

- http://www.alfonsozambrano.com/corte_constitucional_ec/doctrina/260211/cce-doc-volante_DDHH.pdf
- http://www.who.int/features/factfiles/mental_health/es/.
- http://derechoshumanos.pe/wpcontent/woo_uploads/congreso/PROTOCOLO_SANN_SALVADOR.pdf.
- <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>.
- <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>.

LEGISLACIÓN

- Ley N° 26790, Ley de modernización de la Seguridad en Salud.
- Ley N° 26842, Ley General de Salud
- Ley N° 27056, Ley de creación del Seguro Social de Salud.
- Ley N° 29344 Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud.



ANEXOS

a) Ficha bibliográfica

FICHA BIBLIOGRAFIA N°	
Autor	
Título	
Editorial	
Lugar y Año	
Biblioteca	

b) Ficha de observación estructurada

Ficha de observación N°	
Expediente	
Fecha	
País	
Juzgado/ Sala	
Relevancia	
Sentido del fallo	