



UNIVERSIDAD DE CHICLAYO
FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN



TÍTULO:

**“LA VULNERACIÓN AL DERECHO DE SALUD DEL
ASEGURADO EN LOS ESTABLECIMIENTOS DE
ESSALUD EN EL AÑO 2018”**

TESIS

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

BACHILLER

NILDA FLOR BRAVO NUÑEZ

ASESOR

Mg. JAVIER DIAZ DIAZ

Chiclayo – 2019

“LA VULNERACIÓN AL DERECHO DE SALUD DEL ASEGURADO EN LOS ESTABLECIMIENTOS DE ESSALUD EN EL AÑO 2018”

Tesis presentado por la Bachiller en Derecho, Sr. Nilda Flor Bravo Núñez, a la Facultad de Derecho y Educación de la Universidad Particular de Chiclayo, para optar el Título Profesional de Abogada.

Nilda Flor Bravo Nuñez

Bachiller

Mg. Javier Díaz Díaz

Asesor

APROBADO POR:

Mg. Lito Becerra Angulo

Presidente

Dr. Erwin Quispe Díaz

Secretario

Mg. Eleo Mitridates Grillo Paico

Vocal

DEDICATORIA

A **Dios** por darme el aliento de vida y quitarme el miedo para seguir, a mis Padres que desde la infancia me inculcaron innumerables valores, permitiéndome perseverar hasta el logro de mis objetivos los cuales permitieron no rendirme pese a las dificultades.

A mis hijas

Por su apoyo incondicional y aliento a seguir pese a mi ausencia en su desarrollo, a ellas por ser estímulo constante para el logro de mis objetivos.

Que siempre serán mi razón de ser y la fortaleza para seguir luchando y cumpliendo cada meta trazada.

A todas las personas que hicieron posible el presente trabajo.

AGRADECIMIENTO

A ésta prestigiosa universidad Particular de Chiclayo, Facultad de derecho, por contar con catedráticos de mucho prestigio que ayudan a la formación estudiantil, compartiendo sus experiencias profesionales con sus alumnos.

RESUMEN

En el Perú, la inequidad en salud se manifiesta en el hecho de que los pobres usan menos recursos públicos que los sectores de ingresos medianos y altos; los sectores socioeconómicos de menores ingresos son los más expuestos a enfermedades, y la disparidad en el impacto de estos aspectos sobre la salud y el bienestar son crecientes. La inequidad se observa en el hecho de que la seguridad social en salud no llega a los más pobres, ni a los de mayor edad; no llega a los trabajadores por cuenta propia y a los trabajadores de la economía informal, aunque también hay que decir que tampoco llega a amplios sectores de trabajadores de la economía formal (por la evasión patronal).

Otro de los problemas que aquejan a la seguridad social en salud es la falta de eficiencia en la atención al paciente que hace uso de su seguro de salud, existen muchas demandas por los malos servicios que viene otorgando, así mismo muchas de ellas han llegado hasta el Tribunal Constitucional con sentencias en favor de los asegurados.

Hay una falta de articulación entre los subsectores que financian la atención de la salud. Estos subsectores no han desarrollado una visión compartida. El sistema no sólo es disperso en el plano operativo sino también en los roles de rectoría, regulación y supervisión. En el caso de la seguridad social en salud, participan Essalud, el Ministerio de Trabajo, el Ministerio de Salud, el SIS y la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud (EPS).

ABSTRACT

In Peru, inequity in health is manifested in the fact that the poor use less public resources than the middle and upper income sectors; lower income socioeconomic sectors are the most exposed to diseases, and the disparity in the impact of these aspects on health and well-being are increasing. Inequality is observed in the fact that social security in health does not reach the poorest or the oldest; It does not reach self-employed workers and workers in the informal economy, although it also has to be said that it does not reach large sectors of workers in the formal economy (due to employer evasion).

Another problem that affects social security in health is the lack of efficiency in patient care that makes use of their health insurance, there are many demands for the bad services that are being granted, likewise many of them have reached the Constitutional Court with judgments in favor of the insured.

There is a lack of articulation between the subsectors that finance health care. These subsectors have not developed a shared vision. The system is not only dispersed at the operational level but also in the stewardship, regulation and supervision roles. In the case of social security in health, Essalud, the Ministry of Labor, the Ministry of Health, the SIS and the Superintendence of Healthcare Providers (EPS) participate.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	3
AGRADECIMIENTO	4
RESUMEN	5
ABSTRACT.....	6
ÍNDICE	7
INTRODUCCIÓN	10

CAPITULO I

MARCO DE INVESTIGACIÓN

1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA.	11
1.2.- Planteamiento del Problema.	12
1.3.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	14
1.4.- JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA.	14
1.5.- OBJETIVOS.....	15
1.5.1.- Objetivo general	15
1.5.2.- Objetivo específico.....	15
1.6.- HIPOTESIS	15
1.7.- VARIABLES.....	16
1.7.1.- Variable independiente	16
1.7.2.- Variable dependiente	16
1.8.- METODOLOGÍA.....	16
1.8.1.- Tipo de investigación	16
1.8.2.- Diseño de Investigación	16
1.8.3.- Método	16
1.8.4.- Técnicas e instrumentos	17
1.8.5.- Población y muestra	17

CAPITULO II

EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA SALUD

2.1.- LA SALUD: DERECHO CONSTITUCIONAL DE CARÁCTER PROGRAMÁTICO Y OPERATIVO.....	19
2.1.1.- Derecho a la seguridad social y prestaciones de servicio.....	20
2.1.2.- Derecho a la salud y seguridad social.....	21
2.1.3.- La naturaleza jurídica del asegurado facultativo independiente.....	23
2.2.- EL DERECHO UNIVERSAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SU INICIAL DIMENSIÓN PROGRAMÁTICA.	24
2.3.- EL PROBLEMA DE LA LIMITADA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS PROGRAMÁTICOS Y EL TRÁNSITO DEL DERECHO A LA SALUD A SU DIMENSIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL OPERATIVO, EXIGIBLE Y TUTELABLE O SUBJETIVO CONSTITUCIONALMENTE RECONOCIDO.....	33
2.4.- EL CONTENIDO ESENCIAL O CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DEL DERECHO A LA SALUD Y LA REPRESIÓN DE LAS CONDUCTAS REPROCHABLES.	37
2.5.- EL DERECHO A LA SALUD Y EL DERECHO AL ACCESO A LA SALUD.	44
2.6.- FUENTES NORMATIVAS DEL DERECHO A LA SALUD.....	46
2.7.- FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA SALUD.....	47
2.8.- DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA SALUD.	49
2.9.- RELACIÓN CON OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES	54
2.10.- EL CASO DEL DERECHO A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA.....	56
2.11.- EL CASO DE LA SALUD MENTAL.....	58

CAPITULO III

EL DERECHO A LA SALUD EN LOS ENTES INTERNACIONALES

3.1.- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.	63
3.2.- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.....	64

3.3.- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES	64
3.4.- EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	65
a) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, 1948).	65
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).	66
c) El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	66

CAPITULO IV

EL SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD

4.1.- ANTECEDENTES.	68
1. Seguro Social del Empleado (1948-1973)	69
2.-Seguro Social Del Perú SSP 1973 - 1980	73
3.- Instituto Peruano De Seguridad Social IPSS 1980 – 1999.....	73
4.- Seguro Social de Salud Essalud 1999 – Vigente (LEY N° 27056)	73

CAPITULO V

EL DERECHO A LA SALUD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

5.1.- ANALISIS.....	76
---------------------	----

CAPITULO VI

RESULTADO DE ENCUESTA

ENCUESTA

CONCLUSIONES.....	102
RECOMENDACIONES.....	104
BIBLIOGRAFIA.....	105

INTRODUCCIÓN

Sin bien es cierto la salud como derecho fundamental de todos los residentes en el territorio peruano ha registrado grandes avances en los últimos años, tanto en su recepción como exigencia jurídica de primer orden, como en la ampliación de su ámbito de protección real. Como evidencia de ello no solo puede citarse la conversión que ha hecho el Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, de algunos de sus contenidos genéricos y nominales en concretas obligaciones por ser cumplidas por el Estado, sino también la planificación e implementación efectuada por el Estado de un sistema de aseguramiento universal que está incrementando exponencialmente el acceso a los servicios de salud, sobre todo de personas con escasos recursos económicos, además de haber emprendido el reto de que dichos servicios sean otorgados en condiciones de oportunidad, integralidad, calidad y seguridad financiera.

En lo relativo a la protección brindada por el Estado a los diferentes componentes del derecho a la salud, se presentan también grandes deficiencias, si no omisiones absolutas en muchos aspectos. No solo la infraestructura, equipamiento y recursos humanos con que cuentan los servicios de salud son muy insuficientes, sino que se encuentran distribuidos de un modo centralista, lo que supone un gran obstáculo para el logro de la equidad sanitaria. También existen grandes problemas en la calidad de la atención, no solo en cuanto a la oportunidad e integralidad del servicio, sino en cuanto a la proscripción del principio de no discriminación.

CAPITULO I

MARCO DE INVESTIGACIÓN

1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA.

La problemática existente respecto al abandono de salud, moral, y físico por parte de ESSALUD hacia sus asegurados, quienes son víctimas de todo tipo de maltrato al querer hacer uso de su derecho como aportantes a una Institución que debería brindarle su derecho a la recuperación de su Salud.

El derecho a la salud debe tener como elementos esenciales: i) disponibilidad, cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas; ii) accesibilidad, los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna (tiene como dimensiones específicas a la no discriminación, a la accesibilidad física, accesibilidad económica y el acceso a la información); iii) aceptabilidad, todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados; y, iv) la calidad, además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. (cfr. Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Continuamente se divulgan, en los diversos medios de información, quejas que desdican de la calidad de la atención médica que reciben los usuarios de la Seguridad Social en Salud (ESSALUD). El diferimiento de citas en consulta

externa, la postergación de intervenciones quirúrgicas por falta de cupos en los quirófanos, la imposibilidad de hospitalizar pacientes por el alto porcentaje de ocupación de las camas hospitalarias, que en algunos servicios sobrepasa el 100%, la falta de medicamentos, los equipos biomédicos obsoletos incapaces de cubrir la demanda de exámenes auxiliares, etc.; son algunas de las de mayor interés en vista de la mala imagen que causan a la institución por la falta de atención oportuna, terminando algunas de ellas en conflictos médico-legales con altos costos de no calidad.

Si bien EsSalud no puede brindar directamente la atención médica a la recurrente, si tiene regulado un procedimiento para que se pueda acceder a dicho tratamiento. Sin embargo, también existen casos de autos la normatividad de esa fecha no es clara y no brinda un procedimiento célere a pesar de la naturaleza de una atención de alta especialidad.

1.2.- Planteamiento del Problema.

La posición de la presente investigación es que se pretende sustentar que es inadmisibles la actuación de los funcionarios de EsSalud ante el grave estado de salud de los pacientes asegurados, demostrando una total indiferencia ante la necesidad de atención urgente, incumpliendo sus obligaciones de brindar las prestaciones de salud en su oportunidad, tanto así que en algunos casos se tiene que recurrir a un proceso constitucional para obligarlos a que cumplan con sus funciones. (Expediente 7814-2013 PA/TC).

La demanda por los servicios de salud de la Seguridad Social no disminuye, más bien se incrementa y diversifica cada vez más lo que impone a sus presupuestos

una carga pesada que se trata de controlar mediante el uso eficiente de los escasos recursos. Por otro lado, la oferta no tiene la misma capacidad de respuesta ante esta creciente demanda lo que motiva que la brecha entre demanda y oferta se amplíe cada vez más. Tampoco los servicios de salud se desarrollan dentro de los “mercados perfectos” porque no logran un equilibrio a través de las fuerzas del mercado y, por lo tanto, necesitan de la intervención de un agente colectivo, el Estado, para garantizar su buen funcionamiento y lograr el bienestar social.

- La entrega de medicamentos es incompleta
- La calidad de los medicamentos es mala
- No se protege los derechos de los pacientes
- El Seguro Integral de Salud ha empeorado
- El trato del personal de salud es malo,
- Falta de servicios y especialidades
- Falta de hospitales o centros donde atenderse
- Los trámites para la atención de salud son más engorrosos

Situaciones extremas como la presente deben de servir para hacer un llamado al Estado respecto al continuo mejoramiento que debe darse en el sector salud, ya sea en su infraestructura, insumos, procedimientos o personal. En ese sentido, se debe resaltar la estrecha relación del sector salud con el desarrollo científico y tecnológico que se da a nivel internacional, lo que conlleva a que los servidores y funcionarios encargados del sector salud busquen adaptarse a los constantes cambios a los que está sujeto dicho sector, siempre en la búsqueda de una mejor

atención a los pacientes. Adicionalmente a ello, cabe precisar que otro factor primordial es que el personal de salud cuente con los conocimientos especializados necesarios para poder brindar el mejor tratamiento posible al paciente, incluso, que también se encuentren lo suficientemente capacitados en otorgar un trato adecuado a las personas que concurren a los centros de salud, teniendo como principio básico de actuación el artículo 1 de la Constitución en cuanto establece que la dignidad de la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado.

1.3.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿De qué manera se produce la vulneración al derecho de salud del asegurado en los establecimientos de Essalud en el año 2018?

1.4.- JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA.

La presente investigación se justifica por que realiza un análisis a la vulneración al derecho de salud del asegurado en los establecimientos de Essalud en el año 2018, teniendo como referencia el hospital Almanzor Aguinaga Asenjo en el año 2018. Y de ésta manera encontrar una propuesta que contenga solución a este problema identificado.

Además, es necesario debido a que la salud es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente en su art. 9° de la Constitución Política del Perú, que define que sea el Estado encargado de diseñar la política de Salud, pero vemos que ésta viene siendo inadecuada puesto de que los hospitales vienen teniendo una serie de problemas que influye en los pacientes y por ende en su salud.

Por otro lado la investigación beneficia a todas las personas en el sentido de que tengan una mayor protección y atención a su salud, así como también un acceso equitativo a los servicios de salud, derecho fundamental que se debe cumplir cabalmente puesto de que su mala aplicación afectaría la integridad física, mental y social, y no meramente la ausencia de enfermedad.

1.5.- OBJETIVOS

1.5.1.- Objetivo general

Determinar la vulneración al derecho de salud del asegurado en los establecimientos de Essalud en el año 2018.

1.5.2.- Objetivo específico.

- Analizar el derecho constitucional a la salud.
- Determinar los aspectos generales del derecho del Asegurado en Essalud.
- Analizar la problemática de la vulneración de derechos a la salud.
- Analizar la normatividad legal respecto a los derechos de los Asegurados en Essalud.

1.6.- HIPOTESIS

Si, el derecho a la salud del asegurado viene siendo vulnerado en los establecimientos de Essalud; entonces el Estado mediante sus diversas políticas públicas debe hacer cumplir con lo estipulado por la Constitución en su artículo 9° así como lo previsto en el artículo 10, para brindar una verdadera protección al derecho a la salud de los asegurados al año 2018.

1.7.- VARIABLES

1.7.1.- Variable independiente

- Vulneración del derecho constitucional a la Salud.

1.7.2.- Variable dependiente

- El asegurado en Essalud.

1.8.- METODOLOGÍA

1.8.1.- Tipo de investigación

Investigación descriptiva - correlacional.

1.8.2.- Diseño de Investigación

Cualitativo, no experimental.

1.8.3.- Método

Métodos inductivo y deductivo (que son métodos científicos).

Método Inductivo.- se inició la investigación partiendo de premisas para llegar a conclusiones generales.

Método deductivo.- nos ha permitido concluir, deducir, conceptos en nuestro trabajo.

Método de análisis y síntesis.- se ha descompuesto el tema de investigación en capítulos, o partes. Los capítulos de nuestro trabajo contienen partes que permite el uso del método del análisis.

1.8.4.- Técnicas e instrumentos

Las técnicas e instrumentos de investigación han permitido obtener la información necesaria para procesarla y medir nuestras variables.

En la presente Tesis se utilizó la técnica del análisis de expediente, sentencias y su instrumento el cuestionario, es decir, la serie de preguntas articuladas a los objetivos de la investigación.

Se utilizó la técnica del Registro, la cual permitió obtener y analizar la información obtenida de los registros de las instituciones comprendidas en nuestro trabajo de investigación.

Finalmente, la técnica de la Observación puesto que por medio del registro visual se identificó y seleccionó la información de la realidad de acuerdo con nuestro esquema previsto y el problema que se estudia. Se complementa con la técnica del Fichaje que permite ordenar la información válida para demostrar nuestra hipótesis.

1.8.5.- Población y muestra

Población:

Provincia de Chiclayo.

Muestra:

Denuncias, sentencias, entrevistas

MARCO TEÓRICO

CAPITULO II

EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA SALUD

2.1.- LA SALUD: DERECHO CONSTITUCIONAL DE CARÁCTER PROGRAMÁTICO Y OPERATIVO.

El derecho a la salud es reconocido hace casi cien años como derecho universal de segunda generación, dentro de los clasificados derechos sociales, económicos y culturales de la humanidad. Inmediatamente, surge su carácter programático - es decir como un derecho fundamental de las personas/deber de hacer del Estado-, cuando en las principales cartas constitucionales de esa época se pone de relieve el cuidado de la salud pública, sentido que es recogido y ampliado en las primeras convenciones de derechos humanos en el mundo y en las constituciones de un importante número de países en la actualidad.

El tránsito de su condición exclusiva de derecho programático a su afirmación como derecho fundamental de las personas de carácter operativo, exigible y tutelable o subjetivo constitucionalmente reconocido -derecho fundamental de las personas/obligación de respetar del Estado (deber que se extiende a las instituciones que prestan servicios de salud y a las que gestionan fondos de aseguramiento en salud)-, no ha venido casualmente del texto expreso en las normas constitucionales, sino de la interpretación de éstas por la jurisprudencia constitucional en desarrollo; cuestión que ha provocado, en nuestro país, su posterior declaración en una norma jurídica de naturaleza adjetiva, como es el Código Procesal Constitucional¹, que en su Artículo 37°, inciso 24), incorpora a

¹ Promulgado el 28 de mayo de 2004, mediante la Ley N° 28237, Artículo 37.- Derechos protegidos El amparo procede en defensa de los siguientes derechos: (...) 24) A la salud (...)"

la salud como derecho protegido por el proceso de amparo, asimilándolo a los derechos de las personas contenidos en el Artículo 2° de la Constitución Política del Perú; aunque podría afirmarse, sin ninguna duda, que ya se encontraba implícitamente regulado en su Artículo 3°, a pesar de que no necesariamente fuera ese un criterio aceptado en el mundo jurídico y respetado por todos los actores del sistema de salud.

De esa manera, en el Perú para ampliar la protección al derecho fundamental a la salud en ambos ámbitos: programático y operativo (el deber de hacer y el de respetar del Estado y los demás actores del sistema de salud), se ha fundado la potestad administrativa sancionadora en salud, que reprocha los comportamientos indebidos (hechos que constituyen infracciones), a cargo del órgano regulador y fiscalizador del sector salud²; actividad que se sustenta en las acciones de supervisión para el ámbito programático y las quejas, denuncias o las intervenciones de oficio, en la parte operativa. En ambas esferas, se han implementado acciones inmediatas, con el fin de procurar protección oportuna ante vulneraciones al derecho a la salud que causen peligro o daño: medidas de seguridad y medidas provisionales; que constituyen acciones sumarísimas de parte de las autoridades, en este caso administrativas.

2.1.1.- Derecho a la seguridad social y prestaciones de servicio

El artículo 10.-

La Constitución Política reconoce a la seguridad social como un derecho humano fundamental, que supone el derecho que le "asiste a la persona para que la

² La Superintendencia Nacional de Salud (SUSALUD).

sociedad provea instituciones y mecanismos a través de los cuales pueda obtener recursos de vida y soluciones para ciertos problemas preestablecidos", de modo tal que pueda obtener una existencia en armonía con la dignidad, teniendo presente que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado

En la STC 09600-2005-PA/TC se ha precisado que en igual medida que la seguridad social se convierte, en tanto garantía institucional, en el soporte sobre el cual se erige el derecho fundamental a la pensión, las prestaciones de salud, sean éstas preventivas, reparadoras o recuperadoras, también encuentran sustento en aquélla. En este caso la salud, o más precisamente su alteración, se convierte en la contingencia a ser protegida a través de la seguridad social, buscando con ello el mantenimiento de la calidad de vida.

2.1.2.- Derecho a la salud y seguridad social

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, pues es la variación del estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, la que se busca resguardar. Por ello en el Estado recae 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. Los servicios de salud por consiguiente, cobran vital importancia en una sociedad, pues de su existencia y funcionamiento depende no solo el logro de mejores niveles de vida para las personas que la integran, sino

que incluso en la eficiencia de su prestación se encuentran en juego la vida y la integridad de los pacientes.

En la Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denominada “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, ha precisado que los elementos esenciales del derecho a la salud son: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

Y bajo dicha premisa ha advertido la relación que tienen dichos componentes con las prestaciones en salud que brinda la seguridad social. Por tal motivo concluye en que de existir compatibilidad, similitud o relación entre los componentes básicos del derecho a la salud y las disposiciones legales que regulan el sistema de seguridad social en cualquiera de los elementos que lo conforman, el derecho a la salud asumirá su característica de “condición habilitante para el ejercicio de otros derechos”, como es el caso del derecho a la seguridad social.

Las prestaciones de salud y el principio de universalidad de la seguridad social

Una breve reseña de la evolución de la seguridad social en el Perú. Se sostuvo, partiendo de lo previsto en el Decreto Ley 18846, que es notoria la transición de un modelo de responsabilidad empresarial hacia un modelo de seguro social, en el que la previsión social se convierte en un fin del Estado al brindar de manera obligatoria medidas reparadoras a trabajadores que desarrollan actividades de riesgo. Este progreso –se indicó– “se orienta a la protección de toda la población, cualquiera 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. Por ello, es que el proceso evolutivo del instituto ha llevado a que se brinden medidas protectoras no solo a los trabajadores dependientes sino a sus familiares, a los trabajadores y profesionales independientes.” (Artículos 3 de la Ley 26790, de Modernización de la Seguridad Social en Salud, y 24 del Decreto Supremo 009-97-SA, y artículo 14 de la Ley 27050).

La inclusión del profesional independiente en el sistema de la seguridad social en salud, sin embargo, no se estableció con la promulgación de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, en tanto que el Decreto Ley 22482, Régimen de Prestaciones de Salud de Seguro Social del Perú, fue el mecanismo por el cual se extendió los beneficios derivados de la seguridad social a quienes ejercían actividad económica independiente mediante un trabajo no subordinado y también a los familiares de los asegurados. Con dicho tratamiento se inicia la ampliación de las medidas protectoras propias de la seguridad social a otros estamentos distintos a los trabajadores dependientes, lo que constituye una demostración de la vigencia del principio de universalidad en el Perú.

2.1.3.- La naturaleza jurídica del asegurado facultativo independiente

La extensión de la seguridad social al asegurado facultativo independiente, así como a otros beneficiarios distintos al trabajador dependiente (p.e. trabajadores del hogar) determinó que la relación típica de la seguridad social que gira en

torno al empleador, el trabajador y la entidad gestora, adquiera particularidades al relacionar exclusivamente a quien realiza actividad económica independiente con la entidad administrativa encargada de la gestión. En dicha situación el beneficiario se convierte en el responsable de efectuar los aportes y la entidad en percibirlos y administrarlos, salvo que haya delegado dichas facultades en un tercero. En este marco la ausencia del empleador obliga a que la actividad administrativa del ente responsable adquiera mayor importancia en la relación jurídica que se genera, debiendo cumplir con informar oportunamente a sus asegurados de la condición en que se encuentra su seguro, sobre todo cuando advierta situaciones que pueden generar un menoscabo en el derecho de los beneficiarios.

2.2.- EL DERECHO UNIVERSAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SU INICIAL DIMENSIÓN PROGRAMÁTICA.

Etimológicamente, derecho viene de dos voces latinas: “di” (mantenerse, reeditarse) y “rectum” (lo recto, lo opuesto a lo torcido). De la unión de las dos voces resulta el vocablo “directus” (la recta constante, que se mantiene y renueva siempre como recta, que no se tuerce). Si bien el derecho se produce y mantiene en el tiempo, en su menester de conservarse recto, se restaura constantemente. Evidencia práctica de dicha evolución, está a la vista, aunque, generalmente, no la percibimos por la fuerza de la costumbre y por el frecuente ejercicio, lo que nos provoca la ilusión de que siempre fue así, nos impide notar que poco tiempo atrás no se otorgaba el derecho, incluso, era inadmisibile -aunque hoy su ausencia de reconocimiento sería indignante-. Tres ejemplos: la desigualdad entre los

hijos legítimos y los ilegítimos³, la proscripción del voto femenino⁴, la limitación de los derechos laborales en los albores de la revolución industrial.

Sería interminable extender la lista. Así, debemos concluir que el paradigma actual no es el producto final, es, solamente, la base del cambio al nuevo paradigma, esperemos mejor.

En el 2017, el derecho a la salud cumplirá cien años de su afirmación como derecho universal de segunda generación, ciertamente, no se puede negar su presencia anterior a ese reconocimiento, pero su condición de valor superior de la humanidad es jurídicamente aceptada a partir de ese momento. En el derecho, pensar en la existencia de valores superior ubicados por encima de las reglas legales comunes en todo sistema jurídico no es una innovación de nuestra época. El respeto a la vida, la búsqueda de la libertad, el derecho a la propiedad, el derecho a la opinión o al credo, entre otros valores de similar importancia, esenciales para el desarrollo del hombre, son de antigua data. Para Francisco Fernández Segado⁵, la idea de la existencia en el derecho de valores superiores

³ En el Perú, hasta la vigencia de la Constitución de 1933 y del Código Civil de 1936, se hacía la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos. Hoy esa desigualdad no existe más, cambió incluso la terminología a hijos matrimoniales y extramatrimoniales (Código Civil de 1982), gracias a que en la Constitución de 1979 -criterio sostenido por la actual de 1993-, se regula en el Artículo 6°: "(...) Todos los hijos tienen iguales derechos (...)"

⁴ Se otorga el 07 de septiembre de 1955, con la dación de Ley N° 12931, Ley del Voto Femenino, que modifica la Constitución Política de 1933, Artículos 84°, 86° y 88°.

⁵ Francisco Fernández Segado, "La Obsolescencia de la Bipolaridad: "Modelo Americano-Modelo Europeo-Kelseniano" como Criterio Analítico del Control de Constitucionalidad y la Búsqueda de una Nueva Tipología Explicativa", Anuario Parlamento y Constitución (España, N° 6, año 2002), 9 a 73: "(...) la idea de la defensa de un determinado orden supremo es casi consustancial a la historia de la humanidad, y en ella podemos encontrar, lejanamente, algunos intentos de institucionalización en esta misma dirección. Tal podría ser el caso de los Eferos espartanos o del Aerópago y los Nomofilacos en la antigua Atenas, en donde también surgió la diferenciación entre las normas superiores (Nomoi) y los decretos ordinarios (Psefismata). Roma no sería ajena a esta preocupación, de lo que constituye buena prueba la existencia de instituciones tales como la doble magistratura, el Senado o el Tribunado en la época republicana. En la Edad Media, nos encontramos con la superioridad de la ley divina y del Derecho natural sobre el Derecho positivo. Y la gran Escuela iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que va de Hugo Grocio a Jean Jacques Rousseau, sustentaría la existencia de

encumbrados por encima de los actos del poder tiene antecedentes históricos en Atenas, en Roma y la Edad Media, siendo relevante en 1610 la doctrina del juez Coke en el Bonham's Case.

En el Caso Bonham, se ventiló ante el tribunal del juez Coke la cuestión planteada por Bonham versus el Colegio Médico de Londres. Bonham había estudiado medicina y obtenido su maestría en Cambridge y el doctorado en Oxford, desempeñando la medicina en Londres. El Colegio Médico de Londres convocó a Bonham y cuestionó su capacidad para practicar la profesión, imponiéndole una multa y ordenándole se abstenga de ejercer en el lugar. Ante el desacato, Bonham fue sancionado con pena de cárcel, logrando salir de prisión gracias a un habeas corpus; luego de lo cual, éste demandó al colegiado. El asunto fue resuelto por el juez Coke en contra de la corriente de la época y la tradición británica, netamente monárquica y parlamentaria. El colegio profesional alegó que la facultad para aplicar sanciones respecto al ejercicio de la medicina había sido otorgada por el Rey. El magistrado estableció la supremacía del common law por encima de las decisiones de los reyes y de los actos parlamentarios que se oponen al derecho común y la razón; igualmente, instituyó el papel de la judicatura: “un pretendido derecho sin respaldo judicial no es más que una declaración de papel”, para terminar fallando a favor de la anulación de la sanción, ya que aun contando el Colegio Médico de Londres con la competencia para sancionar otorgada por el Rey, esta no se puede aplicar a

derechos innatos, inmanentes al ser humano, intangibles e irrenunciables, o, lo que es igual, la existencia de límites frente al ius cogens proveniente del mismo legislador. En este ámbito de inquietudes históricamente compartidas, no ha de extrañar la conocida doctrina formulada por el Juez Edward Coke en el celeberrimo Bonham 's case (1610), en defensa del common law y de su tradicional supremacía frente al Parlamento (...)”

quienes no otorgó licencia; además, encontró un conflicto de intereses, pues el demandado percibía una parte de las multas que imponía.

Si bien es cierto la doctrina Coke fue cuestionada en Inglaterra, logró arraigo primero en la colonia americana; más adelante, fundada la nación norteamericana, en la Constitución de 1787 se establece la cláusula de supremacía de la Constitución, con una forma de gobierno basada en el principio de “checks and balance” (o pesos y contrapesos, control y equilibrio del gobierno), reflejo de la lucha permanente de los seres humanos por su libertad frente al poder político, a través de un orden jurídico superior, que vincula íntimamente a la justicia constitucional y la democracia, así como la incompatibilidad de la primera con los regímenes dictatoriales⁶.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos se suscribe en 1948. El Artículo 25º, numeral 1, prescribe: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y bienestar, y en especial alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”; posición, consolidada en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷, Artículo 12º, inciso 1: “Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”⁸.

⁶ Francisco Fernández Segado, “La Obsolescencia de la Bipolaridad: “Modelo Americano-Modelo Europeo-Kelseniano” como Criterio Analítico del Control de Constitucionalidad y la Búsqueda de una Nueva Tipología Explicativa”, en *Anuario Parlamento y Constitución* (España, N° 6, año 2002), 9 a 73.

⁷ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200, de 16 de diciembre de 1966, que entra en vigor el 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.

⁸ Texto completo de citado Artículo: “Artículo 12 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de

La Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS)⁹, de 1946, precisa que el derecho a la salud es el goce máximo de salud que se puede lograr y es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social es un derecho que depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados; por ello, se asigna a los gobiernos la responsabilidad de la salud de sus pueblos a través de la adopción de “medidas sanitarias y sociales adecuadas”, lo que “incluye el acceso a una atención sanitaria oportuna, aceptable, asequible y de calidad satisfactoria”, siendo una obligación de los Estados “crear las condiciones que permitan que todas las personas puedan vivir lo más saludablemente posible”, comprendiendo “la disponibilidad garantizada de servicios de salud, condiciones de trabajo saludables y seguras, vivienda adecuada y alimentos nutritivos”. Dicha visión programática del derecho a la salud fue ratificada por la Observación General N° 14, del año 2000¹⁰, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (ONU), referida al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, al precisar que el derecho a la salud, respecto a los establecimientos, bienes y servicios de salud, abarca cuatro elementos:

asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

⁹ <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/SP/constitucion-sp.pdf?ua=1>.

¹⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Informe sobre los Períodos de Sesiones Vigésimo Segundo, Vigésimo Tercero y Vigésimo Cuarto (25 de abril a 12 de mayo de 2000, 14 de agosto a 01 de septiembre de 2000 y 13 de noviembre a 01 de diciembre de 2000)”, (Naciones Unidas: Consejo Económico y Social, documentos oficiales, Suplemento N° 2, 2001), 121 - 142.

- a. Disponibilidad: número suficiente y programas de salud, ambos como un deber.
- b. Accesibilidad: física, económica y de información, sin discriminación.
- c. Aceptabilidad: respeto de la ética médica, ser culturalmente apropiados y sensibles a los requisitos del género y al ciclo de vida.
- d. Calidad: ser apropiados desde el punto de vista científico y médico, asimismo, de buena calidad.

También impone a los Estados un deber de adoptar medidas deliberadas, concretas y específicas hasta el máximo de los recursos que dispongan, para avanzar hacia la realización del derecho a la salud, lo que implica el cumplimiento de tres tipos de obligaciones:

- a. Respetar: no perjudicar el disfrute de este derecho.
- b. Proteger: adoptando medidas -como la regulación-, para impedir que terceros (actores no estatales), interfieran en el disfrute del derecho a la salud.
- c. Cumplir: tomar medidas -como leyes, políticas u otras-, para dar plena efectividad al derecho a la salud.

De las tres obligaciones impuestas a los Estados, la de “respetar” es la más próxima al ámbito operativo del derecho a la salud, las de “proteger” y “cumplir” están íntimamente ligadas a su dimensión programática: deber de hacer del Estado. En esa línea, el nivel mínimo elemental del derecho a la salud, también comprendería obligaciones primordiales: servicios esenciales de atención primaria, alimentación mínima nutritiva, saneamiento, agua potable,

medicamentos básicos y adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacional de salud pública considerando las preocupaciones en salud de toda la población.

Esta concepción programática del derecho a la salud, es recogida por la mayoría de constituciones en los cinco continentes. A continuación veremos algunos ejemplos:

- Constitución de la República Federativa del Brasil: regula el derecho a la salud en el capítulo de derechos sociales (Artículo 6°), asigna a los diferentes niveles de gobierno la competencia de cuidar de la salud y legislar sobre protección y defensa de la salud (Artículos 23°, numeral II, y 24°, numeral XII, respectivamente).
- Constitución de la República de Colombia: igualmente, el derecho a la salud se ubica en el capítulo de derechos sociales (Artículo 6°), estableciendo que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, garantizando a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, correspondiéndole también establecer las políticas, organizar, dirigir y reglamentar la prestación de los servicios de salud (Artículo 49°).
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: si bien es la citada como Constitución de Querétaro de 1917, no es sino hasta la reforma de 1983 que se incorpora en el Artículo 4°, la norma actualmente vigente sobre el derecho a la salud: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la

conurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general”.

- Constitución de España: en el capítulo de los principios rectores de la política social y económica (Artículo 43º), se reconoce el derecho a la protección de la salud y se precisa que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.
- Constitución de la República de Italia: el Artículo 32º señala: “La República protegerá la salud como derecho fundamental del individuo e interés básico de la colectividad y garantizará asistencia gratuita a los indigentes”.
- Constitución de Japón: “Todos los ciudadanos tendrán el derecho de mantener un nivel mínimo de vida saludable y cultural. En todos los órdenes de la vida humana, el Estado conducirá sus esfuerzos a la promoción y acrecentamiento del bienestar y la seguridad y la salud pública” (Artículo 25º).
- Constitución de la República Popular China: “El Estado, para mejorar la salud pública, debe generalizar el establecimiento de servicios para la protección de la salud y un sistema de servicio médico público” (Artículo 157º).
- La Constitución de la Commonwealth de Australia, consolidada el 25 de julio de 2003, sobre los poderes del Parlamento, prescribe: “51. Sujeto a las disposiciones de la presente Constitución el Parlamento tendrá la facultad de promulgar leyes tendientes a lograr la paz y el

orden y mejorar la forma de gobierno del Commonwealth, con referencia a: (...) (XXIII) (...) prestaciones por enfermedad y hospitalización, medicinas (...) servicios médicos y odontológicos (...).”.

- La Constitución de la República de Sud África de 1996, en el Capítulo 2, de la Declaración de Derechos (Artículo 27°), respecto a los cuidados de la salud, alimentos, agua y seguridad social, señala:
 - (1) toda persona tiene derecho a tener acceso a servicios de: (a) atención de la salud, incluyendo salud reproductiva; (b) suficiente comida y agua; y (c) la seguridad social, incluyendo, si no son capaces de mantenerse ellas mismas y sus familiares, asistencia social.
 - (2) el estado debe tomar las medidas legislativas y otras razonables, dentro de sus recursos disponibles, para lograr la realización progresiva de cada uno de estos derechos.
 - (3) nadie puede negarse el tratamiento médico de emergencia”.

En el Perú, también, regulamos el derecho a la salud en la Constitución en orden a su contenido programático: “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”¹¹; más adelante: “El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación.

¹¹ Constitución Política del Perú, Artículo 7°

Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud”.¹²

2.3.- EL PROBLEMA DE LA LIMITADA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS PROGRAMÁTICOS Y EL TRÁNSITO DEL DERECHO A LA SALUD A SU DIMENSIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL OPERATIVO, EXIGIBLE Y TUTELABLE O SUBJETIVO CONSTITUCIONALMENTE RECONOCIDO.

Un común denominador, en las constituciones citadas, es que el derecho a la salud es expresamente reconocido en su dimensión de derecho fundamental programático; es más, aquellas con un catálogo de derechos de las personas (derechos operativos), no incorporan en la nómina al derecho a la salud. Así, se podría presumir que ante la falta en éstas de un reconocimiento expreso del derecho a la salud como derecho fundamental operativo habrían muchas dificultades para ejercer una acción constitucional contra hechos que amenacen o violen los derechos constitucionales de las personas referidos a la salud, por acción u omisión de parte de una autoridad o funcionario público o persona privada.

Como lo he mencionado en otro momento¹³, existe una notable distinción entre los derechos fundamentales sociales y económicos o derechos programáticos (obligaciones mediatas del Estado: deber de hacer), y los derechos

¹² Constitución Política del Perú, Artículo 9°.

¹³ Oscar Quijano, *Protección de Derechos en Salud en Perú: Reflexiones y Aprendizaje desde el Rol Fiscalizador de la Superintendencia Nacional de Salud*, por publicarse en la *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*. (Número 3, Volumen 33, 2016).

fundamentales operativos o exigibles y tutelable o subjetivos reconocidos constitucionalmente (obligaciones de ejecución inmediata: deber de respetar).

El Tribunal Constitucional, en su momento, fijó una posición²⁰: las “obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena”. Tal afirmación del máximo tribunal no es improvisada, tiene coherencia con lo establecido en la Constitución, Disposición Final y Transitoria Undécima: “Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente”.

Se observa, entonces, que un derecho programático es un derecho de los ciudadanos que constituye un deber de hacer por parte del Estado, un mandato de optimización, una obligación de conferirlo en la medida de sus posibilidades, maximizando sus escasos recursos; en otras palabras, se trataría de disposiciones de carácter organizativo del Estado, instrucciones para la construcción de políticas públicas, el compromiso de crear condiciones favorables. En consecuencia, los derechos programáticos no facultarían a los ciudadanos a exigir judicialmente su ejecución inmediata, en principio.

El problema salta a la vista, si se concibe el derecho a la salud sólo en su concepción programática ¿cómo se podría defender una persona cuando su derecho a la salud se ve afectado directamente por una autoridad o persona pública o privada? Esta no es una cuestión trivial.

Las primeras soluciones al dilema, ante la carencia de una estipulación constitucional expresa, vino desde los máximos intérpretes de la Constitución:

los Tribunales Constitucionales¹⁴, quienes con su doctrina jurisprudencial han dado respuesta a la situación con dos posiciones aparentemente similares, pero cuya diferencia la apreciaremos desde la nomenclatura que le hemos brindado a cada postura.

El enfoque conservador subordina la protección constitucional del derecho a la salud a que éste se encuentre vinculado con otros derechos fundamentales: la integridad personal o física, la vida o el libre desarrollo de la personalidad. Para el Tribunal Constitucional de España “... el derecho a la salud o, mejor aún, el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal (...) si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma”.

El Tribunal Constitucional del Perú, precisa que en en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la salud no se encuentra contemplado entre los derechos fundamentales formalmente establecidos en el Artículo 2° de la Constitución, y más bien se le reconoce en el Capítulo de los Derechos Económicos y Sociales a que se refieren los Artículos 7° y 9° de la Carta; sin embargo, considera que cuando la vulneración del derecho a la salud compromete otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la integridad física o el libre desarrollo

¹⁴ La primera referencia a la cuestión la realice en el artículo: Oscar Quijano, “Potestad Sancionadora Administrativa en Materia de Salud”, en *Revista Derecho & Sociedad, Derecho Regulatorio e Inversión Privada* (Edición 45, Año XXVI, 2015), 136. Más adelante, en: Oscar Quijano, “Protección de Derechos en Salud en Perú: Reflexiones y Aprendizaje desde el Rol Fiscalizador de la Superintendencia Nacional de Salud”, empleo por primera vez los términos “enfoque conservador” y “enfoque progresista” aunque de manera sutil

de la personalidad, tal derecho acentúa su carácter fundamental y, por tanto, su afectación merece protección vía proceso de amparo²³; más adelante, en la misma sentencia²⁴: “La salud es derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida; y la vinculación entre ambos es irresoluble”²⁵; como consecuencia, ordena se incluya al demandante entre los pacientes que recibirán tratamiento integral contra el VIH/SIDA por parte del Ministerio de Salud, con la provisión correspondiente de medicamentos y análisis, conforme lo dispongan los médicos tratantes; asimismo, se exhorta a los poderes públicos a que cumplan con lo dispuesto en la Ley N° 2662626, Artículo 8°, debiendo considerarse como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA.

El enfoque progresista, la otra respuesta al problema planteado, viene desde la Corte Constitucional de Colombia, quien considera per se al derecho a la salud como derecho fundamental operativo, independientemente de su no inclusión expresa en el catálogo de derechos de las personas de su Constitución, por considerar que se trata de un derecho implícito en la norma, pues ésta englobaría a todos los derechos fundamentales, no sólo a los de la nómina.¹⁵

En la Sentencia T-760/08, reconoce el carácter fundamental del derecho a la salud, en base a la idea de que se trata de derechos subjetivos de aplicación inmediata y la esencialidad e inalienabilidad del derecho para la persona; así, el carácter fundamental de un derecho no se debe a que el texto constitucional lo

¹⁵ *Lo que en nuestro país equivale a lo prescrito en la Constitución, Artículos 3°: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”*

diga expresamente, o a que ubique el artículo correspondiente dentro de un determinado capítulo, se debe evitar una lectura textualista y restrictiva de la carta de derechos y adoptar una concepción generosa y expansiva teniendo en cuenta que no todos los derechos están consagrados expresamente en el texto, pues no pueden negarse como derechos aquellos que siendo inherentes a la persona humana, no estén enunciados en la Carta (F. 3.2.1); continuando concluye:

“Siguiendo esta línea jurisprudencial, entre otras consideraciones, la Corte Constitucional en pleno ha subrayado que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presente un déficit de protección constitucionalmente inadmisibile.”¹⁶

2.4.- EL CONTENIDO ESENCIAL O CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DEL DERECHO A LA SALUD Y LA REPRESIÓN DE LAS CONDUCTAS REPROCHABLES.

El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud, ha sido establecido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 2016-2004-AA/TC, caso José Luis Correa Cóndor:

“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

¹⁶ *Fundamento 3.2.1.4.*

de restablecimiento; acciones que el Estado debe efectuar tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida”.

No se debe confundir esta posición con la referida a los elementos esenciales del derecho a la salud (disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad), que citando a la ya mencionada Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominada “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, nuestro Tribunal Constitucional ha replicado en la Sentencia N° 09600-2005-PA/TC, caso Rosana Podestá Torres.

No habría ningún problema con el concepto de contenido esencial del derecho a la salud esgrimido por nuestro Tribunal Constitucional, si no fuera porque éste termina, finalmente, remitiéndonos, irremisiblemente, al carácter programático del derecho a la salud: conservar y restablecer la salud, mediante “acciones que el Estado debe efectuar tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida”.

Cuando hablamos de derechos fundamentales operativos no se trata del deber de hacer del Estado, sino de la obligación de respetar que éste tiene. De esa forma, para determinar el contenido esencial del derecho a la salud, no necesariamente debemos mirar aquello que el Estado debe hacer; es preciso considerar todo lo que los ciudadanos esperan sea respetado por el Estado o los particulares en materia de salud: atención adecuada y oportuna, no privación de la cobertura a la que se tiene derecho, no sufrir dañado o merma en la salud o muerte o lesión por negligencia -esto es, fuera de las circunstancias naturales o imponderables propias de nuestra condición de seres humanos-, trato digno y sin discriminación

en ninguna de sus formas, derecho a información y consentimiento informado, violación a nuestros derechos como usuarios o consumidores de los servicios en salud por problemas generados por la falta de idoneidad del servicio, asimetría de la información o cláusulas abusivas; entre otras varias cosas que diariamente vemos ocurren en nuestro sistema de salud.

Queda claro que, en el espacio programático, el Estado sería el llamado a proteger el derecho a la salud de todos los ciudadanos. En el ámbito operativo, es el afectado quien ejerce su derecho a exigir la tutela de su derecho a la salud. Si una comunidad se viera afectada por la acción irresponsable de quien ejerce una actividad económica perjudicial a la salud de las personas que, por ejemplo, contamina la única fuente de agua, las víctimas podrán, directamente, ejercer su derecho de tutela jurídica.

Es en este punto donde cobra relevancia la acción administrativa del Estado. Frente al problema de la judicialización del derecho a la salud, el derecho administrativo brinda herramientas igualmente satisfactorias para su defensa, a través del ejercicio por la administración pública de la función fiscalizadora y la potestad sancionadora. Ya hemos hablado de la configuración de la supervisión y la potestad administrativa sancionadora en materia de salud, de su estructura, los órganos que participan, las medidas de seguridad, las medidas provisionales, las medidas correctivas y las sanciones que se pueden imponer³¹; por eso, ahora solo tocaremos un aspecto original que tiene estricta relación con la doble dimensión programática y operativa del derecho fundamental a la salud: las circunstancias que atentan contra el derecho a la salud que constituyen infracciones administrativas.

El Decreto Legislativo N° 1158, que dispone medidas destinadas al fortalecimiento del órgano regulador y fiscalizador de la salud, señala que es infracción toda acción u omisión que afecte:

- a) El derecho a la vida, la salud, la información de las personas usuarias de los servicios de salud y la cobertura para su aseguramiento.
- b) Los estándares de acceso, calidad, oportunidad, disponibilidad y aceptabilidad con que dichas prestaciones sean otorgadas.

Algo que puede, rápidamente, verificarse es que el primer concepto obedece a la protección de la dimensión operativa del derecho a la salud porque refiere a afectaciones a los derechos subjetivos de las personas, ante las mismas se puede activar, rápidamente, la acción punitiva del Estado y las actividades en pro de la restitución del derecho; el otro criterio refiere al carácter programático del derecho a la salud. En la práctica esto se apreciará mejor si citamos algunas infracciones¹⁷.

Ejemplo de algunas infracciones referidas al ámbito operativo del derecho a la salud:

- Emitir prescripciones farmacológicas sin atender a la denominación común internacional
- No contar o no cumplir oportunamente con el procedimiento de derivación, referencia o contra referencia de pacientes para garantizar la continuidad de la atención

¹⁷ Del Reglamento de Infracciones y Sanciones de SUSALUD, aprobado por Decreto Supremo N° 034-2014-SA.

- Realizar cobros indebidos en la prestación de salud
- Postergar, injustificadamente, el acceso de los usuarios a las prestaciones de salud, provocando o no el agravamiento de su enfermedad o generando secuelas o complicaciones o poniendo en grave riesgo su vida.
- Exhibir o difundir imágenes del asegurado o de la información relacionada a su enfermedad en contravención de la normativa vigente, salvo la requerida por SUSALUD
- Entregar productos farmacéuticos o dispositivos médicos vencidos o deteriorados o falsificados o sin registro sanitario
- Negar o condicionar la atención de salud de un usuario en situación de emergencia.
- No brindar atención oportuna en situaciones de emergencia, incluyendo a los productos farmacéuticos y/o dispositivos médicos críticos, de acuerdo a su nivel de Resolución.
- Muerte o lesión grave de un paciente como resultado de la falta de diligencia en el seguimiento del caso o seguimiento de los resultados exámenes de ayuda al diagnóstico y tratamiento.
- Muerte o lesión grave del paciente asociada con el uso de productos farmacéuticos o dispositivos contaminados, vencidos, deteriorados, falsificados o sin registro sanitario, provistos en la IPRESS

Ejemplo de algunas infracciones referidas al ámbito programático del derecho a la salud:

- No realizar monitoreo del cumplimiento de la normativa vigente o calidad de los procesos en las Unidades Productoras de Servicios de Salud (UPSS) de las IPRESS
- No contar con las unidades productoras de servicios implementadas según corresponda a su categoría
- No contar o no cumplir con el plan de mantenimiento preventivo o correctivo de infraestructura o instalaciones o equipos médicos en cualquier área de la IPRESS a excepción de las áreas críticas
- No contar o no ejecutar el plan de contingencia para eventos de riesgo operativo, diferentes de las emergencias y desastres, que afecten el acceso, calidad, oportunidad y disponibilidad de los servicios de salud esenciales, de acuerdo a la normatividad vigente
- No entregar la información requerida por SUSALUD dentro de la periodicidad o plazos determinados
- No contar o no cumplir con el plan de mantenimiento preventivo o correctivo de infraestructura o instalaciones o equipos médicos en áreas críticas
- Proporcionar a SUSALUD información falsa o adulterada
- Resistir, obstruir, impedir u obstaculizar de cualquier forma la realización y/o desarrollo de la diligencia de supervisión, vigilancia, o investigación de quejas, reclamos o denuncias. En el caso de visitas inopinadas, se admitirá una demora razonable de hasta un (1) día hábil, cuando se sustente en causas de fuerza mayor

- Brindar el servicio de salud con personal no autorizado por la normatividad vigente.

Como se aprecia, el cambio de paradigma trajo consigo alternativas diferentes para solucionar antiguas dificultades. Respecto a los problemas que se resuelven en la vía administrativa actualmente en el Perú, hace algunos años las opciones de tutela eran limitadas, ahora se suma, además, la promoción de la conciliación y el arbitraje para resolver conflictos originados en presuntas violaciones al derecho a la salud. Otros países, en contraste con el nuestro, el camino los llevó a la judicialización de la salud, generando grandes problemas al sistema de justicia y a los justiciables por la falta de magistrados especialista y por la importante concurrencia de casos¹⁸.

A, prácticamente, cien años de derecho a la salud como derecho universal de segunda generación, estamos consolidando una visión que reconoce sus dos dimensiones: la de derecho fundamental programático y de derecho fundamental operativo, exigible y tutelable o derecho subjetivo constitucionalmente reconocido. La evidencia es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el acceso al proceso de amparo a efecto de proteger y defender el derecho a la salud, aspecto que se ha extendido con un expreso reconocimiento en el Código Procesal Constitucional. De la misma manera, hemos establecido mecanismos idóneos y efectivos para la protección y restitución del derecho a la salud de las personas en la vía administrativa, frente a una amenaza o vulneración que

¹⁸ Santiago Pereira Campos, “Los Dilemas que Plantea la Judicialización del Derecho a la Salud en Relación a Medicamentos y Otras Prestaciones de Alto Costo”, explica que: “(...) la situación se ha vuelto de extrema gravedad en Brasil, Colombia y Costa Rica. Es también preocupante en Argentina. En Chile y Uruguay el fenómeno es más incipiente pero igualmente relevante...” [Citado también en: “Protección de Derechos en Salud en Perú: Reflexiones y Aprendizaje desde el Rol Fiscalizador de la Superintendencia Nacional de Salud”].

provenza de cualquier de los actores institucionales del sistema de salud, fijando mecanismos de prevención y corrección.

2.5.- 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 López¹⁹, sostiene que la expresión ‘derecho a la salud’, no es del todo adecuada, ya que nuestra salud depende de muchos factores, entre otros de la constitución genética, sobre los cuales la sociedad no tiene propiamente control.

¹⁹ 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.

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 Ramírez²⁰, 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

²⁰ 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.

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.

2.6.- FUENTES NORMATIVAS DEL DERECHO A LA SALUD

A diferencia de la Constitución de 1979, que recogía disposiciones más detalladas sobre la protección de la salud y más tuitivas de este derecho fundamental, la Constitución de 1993 se muestra, de hecho, mucho más lacónica. Así, mientras en la anterior Carta Política se hacía mención expresa, en su artículo 15, a una protección de la salud tanto personal, como familiar y comunitaria «integral», la Carta de 1993, en su artículo 7, solo menciona el derecho a la protección de la salud. Por otro lado, mientras en la Constitución de 1993, en el artículo 9, solo se hace referencia a la obligación del Estado de dirigir la política nacional de salud y de facilitar un acceso equitativo a los servicios de salud, en el Texto de 1979, de acuerdo con el artículo 16, dicha obligación incluía «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»» (negritas agregadas).

Finalmente, en lo atinente a la protección del incapaz, ambas constituciones son similares. Así, el artículo 7 de la de 1993 establece: «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».

Es obvio que las diferencias entre ambas regulaciones obedecen al trasfondo ideológico en el cual se ubican cada uno de los textos constitucionales. Así, mientras podemos identificar a la Constitución de 1979 con los fundamentos del Estado benefactor, la Carta de 1993 responde al contexto ideológico del neoliberalismo, donde prima un modelo de atención minimalista en materia de prestaciones sociales. Con todo, la lectura de las disposiciones contenidas en la Constitución de 1993 sobre el derecho a la salud debe realizarse teniendo en cuenta lo establecido por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos por el Perú, de conformidad con la interpretación que sobre los mismos hayan efectuado los organismos internacionales encargados de vigilar su cumplimiento, tal y como lo disponen la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

2.7.- FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA SALUD.

El Tribunal ha encontrado, al margen de su reconocimiento positivo, que el derecho a la salud supone una facultad principalísima en el ordenamiento jurídico dada su centralidad para el propio individuo como para la sociedad en su conjunto.

Así, el TC ha engarzado su carácter fundamental, en primer lugar, no solo con la importancia de la salud para preservar la propia vida en condiciones dignas, sino con la necesidad de maximizar su protección como condición para el ejercicio pleno y real de la autonomía personal.

En este contexto, no solo ha sustentado la necesidad de entregar tratamiento antirretroviral para personas de escasos recursos con el objeto de que puedan enfrentar su enfermedad en condiciones dignas (caso Azhanca Alhelí, STC 2945-2003-PA/ TC, FJ. 22), sino que ha fundamentado la presencia de una obligación especial del Estado de priorizar la atención en salud a las personas en condiciones de pobreza y pobreza extrema, dada no solo la dificultad de estas personas de preservar su salud por sí mismas, sino también la dificultad de alcanzar una verdadera autonomía por consecuencia de los costos excesivos a los que se ven sometidos ante la ocurrencia de una enfermedad (STC 0033-2010-PI/TC, FJ. 15). En dicha línea, el Tribunal parece asumir la tesis imperante en el Derecho Internacional de que el derecho a la salud no es solo un derecho a un mínimo que permita evadir situaciones de inhumanidad, sino un derecho a las mejores condiciones posibles que permitan a las personas ejercer su autonomía de modo pleno²¹.

²¹ Recordemos que el artículo 12, inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce «el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental». Este derecho al máximo posible en salud ha sido reconocido explícitamente en el caso de la Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco (STC 0032-2010PI/TC, FJ. 143), donde el Tribunal establece que este derecho al máximo supone no solo el reconocimiento del principio de progresividad en el logro de mejores condiciones de salud, sino también la prohibición de retroceder en los alcances efectuados por el Estado en la protección de este derecho. Para el caso de la lucha contra la epidemia de tabaquismo, el Tribunal establece que la medida adoptada por el Estado de prohibir la existencia de locales cerrados donde se permita fumar es una medida de avance en esta línea y que, en principio, no se podrán producir retrocesos respecto de ellas. El Tribunal justifica esta medida en el hecho de que si bien el Estado no puede prohibir el acto

2.8.- DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA SALUD.

El TC peruano inicialmente ha sido bastante escueto en la delimitación de las exigencias normativas que se desprenden del derecho a la salud. Así, se ha centrado primero en resaltar las dos facetas que encierra este derecho: la preventiva y la recuperativa, y las obligaciones genéricas que el Estado asume en función a dichas facetas: la promoción de una adecuada calidad de vida y la provisión de servicios de salud adecuados. Aunque en estos elementos puede encontrarse gran parte del contenido de este derecho, su formulación ha sido excesivamente lacónica. El Tribunal ha definido pues, en las primeras fases de su jurisprudencia, el derecho a la salud como:

[...] 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 las 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 sentido²².

de fumar, dado que constituye un ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, sí puede establecer medidas que desincentiven dicha actividad, como la prohibición de creación de locales solo para fumadores. Y es que mediante dicha prohibición solo se restringe en un grado leve su libertad, dado que el fumar no es un bien primario para la vida ni existe una voluntad libre en el acto de fumar, mientras que el bien que se pretende proteger sí es perseguido con un grado de importancia elevado, pues la salud sí constituye un bien primario y los costos derivados del tratamiento de la enfermedad del tabaquismo son grandes.

²² STC 2945-2003-AA/TC, FJ. 28.

Ha sido recién con la sentencia emitida en el caso del Aseguramiento Universal en Salud (publicada el 11 de abril de 2012) que el Tribunal establece de un modo exhaustivo y claro cuáles son las exigencias normativas que se desprenden del derecho a la salud. Para hacerlo, el Tribunal recurre a una interpretación bastante amplia del principio de equidad en salud, recogido en el artículo 9 de la Constitución. El Tribunal empieza estableciendo la premisa según la cual «[...] todas las personas tienen derecho a disfrutar de las condiciones y acceder a los servicios de salud, de forma equitativa y con la calidad adecuada». De aquí el Tribunal deriva la obligación del Estado de procurar por diversos medios que las personas puedan alcanzar el nivel más alto posible de salud, sin que en dicho fin la condición social o económica de las personas pueda constituir un obstáculo. En dicho contexto, el Tribunal estima que el principio de igualdad sustantiva, aplicado al campo de la salud, exige que el Estado adopte una preocupación especial por las personas situadas en condiciones especiales de vulnerabilidad, entre ellas por aquellas que no cuentan con los recursos económicos para facilitarse el acceso a los servicios de salud. En síntesis, el Tribunal define el principio de equidad en salud como el más importante que orienta la política pública en salud y que exige «la ausencia de diferencias sistemáticas y potencialmente remediabiles en uno o más aspectos de la salud»²¹. Más allá de esta definición, sin embargo, como ya dijimos, lo importante de esta sentencia es que delimita cuáles serían los aspectos fundamentales en los que debe incidir la política pública para satisfacer el ideal de equidad sanitaria. Así, el principio de equidad en salud tendría como parte de su contenido constitucionalmente protegido los siguientes elementos:

a) En primer lugar, la exigencia de enfrentar las desigualdades sociales que tienen un efecto negativo y dificultan el logro de una buena salud. Como se recoge en la Observación General 14, «[...] el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano [...]» (párrafo 4). Desde que el principio de equidad en salud pretende una equiparación en el goce del más alto nivel posible de salud física y mental, y no solo en la prestación de los servicios de salud, este exige que se ataquen diversas inequidades sociales que afectan la posibilidad de gozar de buena salud. En particular, los denominados determinantes sociales de la salud, que conforme a la Organización Mundial de la Salud [Comisión de Determinantes Sociales de la Salud, «Subsanar las desigualdades en una generación. Alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud» son los siguientes:²³

- Educación y atención desde la primera infancia
- Entornos urbanos y rurales saludables
- Prácticas justas en materia de empleo y trabajo digno
- Protección social a lo largo de la vida
- Atención universal de salud
- Políticas y programas sanitarios equitativos

²³ (OMS, 2009), en http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789243563701_spa.pdf],

- Financiamiento, deuda y ayuda internacional equitativa
- Responsabilidad de los mercados y los sectores privados
- Equidad de género
- Expresión y participación políticas
- Gobernanza mundial eficaz

b) En segundo lugar, ha de considerarse en el principio de equidad en salud el reconocimiento de la interdependencia de los derechos fundamentales y, por lo tanto, la posibilidad de disfrutar equitativamente de ellos, especialmente de los que tienen incidencia en el goce del derecho a la salud. Como se ha afirmado en la Observación General 14, «El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud» (párrafo 3). De modo que para el acceso equitativo a la salud puede ser tan importante la provisión adecuada de un servicio de salud, así como la no exclusión de la capacidad de hacer oír la voz frente a un trato discriminatorio por parte del Estado.

c) En tercer lugar, el principio de equidad en salud supone también la posibilidad de acceder a los servicios de salud de modo integral, esto es, con prestaciones que supongan la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud, en condiciones adecuadas de calidad, oportunidad, aceptabilidad y accesibilidad física y económica, en tanto elementos esenciales de la atención

sanitaria, de acuerdo con lo recogido en la Observación General 14 [párrafo 12]. Para la satisfacción de este principio es preciso contar con la posibilidad de «tener un seguro de salud» que cubra determinadas contingencias sanitarias. Es preciso, además, que la persona pueda acceder físicamente al servicio (lo que supone la presencia cercana y suficiente de centros de salud), y que sea tratada con atenciones que efectivamente prevengan o recuperen su salud (lo que supone la provisión de servicios de calidad), además de ser ética y culturalmente aceptables (lo que exige, por ejemplo, el desarrollo de procedimientos de salud intercultural).

d) En cuarto lugar, el principio de equidad en salud supone también el respeto al principio de no discriminación en la provisión de los servicios médicos, de acuerdo con lo previsto en el párrafo 12 b) de la Observación General 14. Esta exigencia, contenida en el principio de igualdad formal o igualdad de trato, supone que en la distribución de los servicios de salud no debe restringirse desproporcionadamente el acceso a servicios de salud a un grupo de personas determinadas, sobre la base de motivos prohibidos, o solo porque de ese modo se pueda lograr mejores resultados globales en salud.

e) Por último, el principio de equidad en salud exige también una asignación de recursos para la salud y una distribución equitativa de dichos recursos. Reconocida la centralidad de la salud en las posibilidades humanas de afrontar una vida digna, la única forma de brindar a todas las personas —dadas las diferencias de recursos económicos entre ellas— un acceso adecuado a los servicios de salud es asignar recursos amplios a este sector, sea a través de la solidaridad de todos los residentes en el país (por medio de impuestos), o de la solidaridad de los usuarios de salud (a través de aportes).

También es preciso que una vez obtenidos los recursos para la salud, estos se distribuyan equitativamente, teniendo en cuenta la prioridad en la atención de las poblaciones más desfavorecidas, tal como antes se ha explicitado. Por lo demás, en el uso de los recursos para la salud es necesario guardar niveles adecuados de transparencia y eficiencia, pues dada la escasez de recursos públicos y la competencia entre las distintas necesidades de la población, es preciso que se dé a los recursos el mejor uso posible. La preocupación por esta última dimensión del principio de equidad en salud, en sus facetas de mayores ingresos, mayor equidad y mayor eficiencia, ha sido puesta de manifiesto en el último Informe de la Organización Mundial de la Salud titulado «La financiación de los sistemas de salud. El camino hacia la cobertura universal»

2.9.- RELACIÓN CON OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el derecho internacional de los derechos humanos se reconoce ampliamente el principio de interdependencia de los derechos humanos, de acuerdo con el cual la vigencia de algún derecho humano depende, a su vez, de la protección de diversas manifestaciones de otros derechos humanos, por lo que en puridad no es admisible plantear divisiones u oposiciones entre grupos diferentes de derechos.²³ En el caso del derecho a la salud, el Tribunal ha reconocido la interrelación del derecho a la salud con otros derechos fundamentales, de cuya vigencia depende finalmente el goce integral y adecuado de este derecho fundamental.²⁴ Así por ejemplo, ha establecido la relación estrecha entre el derecho a la salud y el derecho al medioambiente adecuado y equilibrado; en el caso de la población contaminada con plomo en La Oroya, se determinó que los niveles elevados de plomo en la sangre de estos pobladores, en especial de niños

y madres, se debía sustancialmente a la grave contaminación del aire producto de la actividad minera. En este contexto, se determinó que el Ministerio de Salud era responsable de la elaboración de los estudios necesarios para definir la línea base a partir de la cual se implemente un sistema de atención que permita a las personas superar los problemas de salud ocasionados por el plomo, además de elaborar el plan más adecuado para la recuperación de la calidad del aire en la ciudad de La Oroya (caso Pablo Miguel Fabián Martínez, STC 2002-2006-PC/TC). Por otro lado, en el caso Santos Távara Ceferino, el Tribunal dejó sentado que otro elemento indispensable para un adecuado goce del derecho a la salud es la provisión del agua potable, el que debido a su importancia y a su conexión con el principio de dignidad de la persona debe ser reconocido también como un derecho fundamental autónomo contenido en la cláusula de los derechos innominados, previstos en el artículo 3 de la Constitución. El Tribunal razonó pues en este caso de la siguiente manera: El agua potable, como luego se verá, constituye un elemento indispensable para la vida y para la salud de la persona, por lo que su provisión constituye una condición «mínima» de su existencia. Tal condición mínima se debe a que con ella se provee el elemento insustituible, indispensable y básico para la ingesta de líquidos, la preparación de alimentos y para el aseo, aspectos estos que forman lo que puede denominarse como el «elemento básico» para el goce de un mínimo de salud. Por ello, la suspensión del servicio de agua ha de ocasionar una alteración y un perjuicio

grave del estado de salud. En tal sentido, la cláusula analizada constituye una afectación grave del derecho fundamental a la salud²⁴.

2.10.- EL CASO DEL DERECHO A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

Definitivamente el Tribunal ha dado un paso importante al reconocer el ámbito del derecho a la salud que tiene que ver con la autodeterminación de la vida sexual y la función reproductiva de las personas. En efecto, en el caso de la Anticoncepción Oral de Emergencia, el Tribunal reconoció un derecho a la autodeterminación reproductiva de la siguiente manera:

El derecho a la autodeterminación reproductiva es un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho consiste en la autonomía para decidir en los asuntos que solo le atañen a la persona. Pero también puede afirmarse que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que le es inherente. Dignidad y libertad concretizadas a partir de la necesidad de poder optar libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones. Libertad para poder decidir cómo ser racional, con responsabilidad, sobre:

- 1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción;
- 2) la persona con quién procrear y reproducirse; y,
- 3) la forma o método para lograrlo o para impedirlo [STC 7435-2006-PC/TC].

²⁴ León Florián, Felipe Johan. «El derecho a la salud». En *Derechos fundamentales. Estudios desde las diversas especialidades del Derecho*. Lima: Gaceta Jurídica, 2010.

En consecuencia, toda mujer tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, lo que está directamente relacionado con su decisión acerca de cuántos hijos quieren tener, con quién y cuándo²⁶. Del mismo modo, en el caso de la despenalización de las relaciones sexuales de los adolescentes, el Tribunal también reconoció este derecho, afirmando la titularidad del mismo también a los adolescentes entre 14 y 18 años.

El Tribunal delimitó el contenido del derecho a la salud, en el ámbito sexual y reproductivo, del siguiente modo: Es claro que algunas de las más importantes manifestaciones del derecho a la salud se relacionan con el ámbito sexual y reproductivo, es decir, con aquellas propiedades, entre otras, que permitan al hombre y a la mujer el ejercicio normal de su actividad sexual, la protección de su integridad física y psíquica, la autodeterminación en cuanto a las posibilidades de reproducción, la atención médica prenatal y posnatal (atenciones de salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos independientemente de su condición social o ubicación geográfica), así como, relacionado con los derechos a la información y a la educación, el acceso rápido y eficaz a información y educación sexual²⁵.

No obstante el terreno ganado en la definición de los elementos del derecho, en el terreno práctico, el Tribunal, en una de sus decisiones más controvertidas, dispuso la suspensión de la distribución gratuita del anticonceptivo oral de emergencia, sustentándose en que de la propia posología de los AOE parecía

²⁵ STC 0008-2012-PI/TC, FJ. 85

desprenderse un efecto abortivo de dichas píldoras, por lo que en aplicación de los principios precautorios y pro homine, estableció que no podían distribuirse dichas píldoras por constituir una posible violación del derecho a la vida del concebido. Esta sentencia ha sido criticada por tres razones: i) porque asume, sin mayor fundamento, una teoría sobre el inicio de la vida, de acuerdo con la cual esta se inicia con la fecundación del óvulo por el espermatozoide y no con la implantación del óvulo fecundado, premisa que finalmente le permite hablar de ‘efecto abortivo’, pues la AOE actuaría no solo para impedir la fecundación sino la implantación del óvulo fecundado; ii) porque esta sentencia se opone diametralmente a una sentencia anterior del propio Tribunal (caso Susana Chávez Alvarado, STC 7435-2006-PC/ TC), donde sobre la base de varios estudios científicos se determinó que la AOE no era abortiva, por lo que cabía exigir al Ministerio de Salud su distribución gratuita; y iii) finalmente porque no empece hablar de un supuesto efecto abortivo, no prohibió su venta en los establecimientos privados.

2.11.- EL CASO DE LA SALUD MENTAL.

En nuestro país uno de los aspectos privilegiados del derecho a la salud atendidos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es el relacionado a la salud mental. Cuatro han sido las principales resoluciones que el Tribunal Constitucional ha emitido en esta materia. En la primera de ellas, STC 3081-2007-PA, el TC abordó por vez primera la fundamentación y desarrollo de este derecho. Destaca de esta sentencia, el amplio reconocimiento que hace de los tratados internacionales en esta materia y de los principios que subyacen en ellos, concluyendo que los mismos están destinados al logro de la rehabilitación y a un

tratamiento que estimule la independencia personal, la autosuficiencia y la integración social del discapacitado con proscripción del método intramural y a ser tratado en igualdad de condiciones, sin discriminación y en estricto respeto de sus derechos fundamentales (FJ. 34). En lo que respecta al caso concreto, el TC estima que si bien es cierto lo recomendable es el método de tratamiento comunitario y la proscripción del método intramural, tal y como lo prescribe la Declaración de Caracas, ante la realidad de nuestro país y la situación concreta de la madre del paciente que no podía asumir sus cuidados, y en pos de un adecuado seguimiento del tratamiento médico, debe brindarse hospitalización permanente al paciente, dejando sin efecto el Alta Médica que prescribía un régimen de «Hospital de Día»

La segunda sentencia es la del caso Ramón Medina Villafuerte, donde se reproducen los fundamentos del anterior precedente respecto a la necesidad de hospitalización permanente del paciente pero se avanza en exhortaciones concretas respecto a dos puntos centrales: a) la implementación de un órgano de línea o unidad rectora en políticas de salud mental; y b) la inclusión de la cobertura del Seguro Integral de Salud de las enfermedades y trastornos mentales²⁸. Por último, la sentencia más reciente en este tema es la del caso Internos de la Sala de Hospitalización de Adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado-Hideyo Noguchi.

En este, el Tribunal se plantea básicamente dos problemas: el consentimiento para el ingreso a un centro de salud psiquiátrico y las condiciones del tratamiento intramural. Aun cuando no estaban determinadas las personas afectadas en su libertad individual y en las condiciones adecuadas para el restablecimiento de su

salud mental, es importante la labor del Tribunal en procurar resolver el caso, solicitando la información del propio Instituto y la intervención de la Defensoría como *amicus curiae*, debido a la gravedad de la afectación iusfundamental alegada y a la ausencia de control constitucional anterior respecto al respeto de los derechos fundamentales en los centros de atención psiquiátrica.

Básicamente aquí el Tribunal decide, además de exponer una serie de lineamientos sobre todo extraídos de los tratados internacionales sobre tratamiento de las personas con enfermedades mentales, declarar fundada la demanda por considerar que se ingresaron al centro psiquiátrico a menores sin el consentimiento de sus padres o tutores, y de personas mayores sin su consentimiento propio; además de ordenar, con arreglo al presupuesto del Instituto, la separación de los espacios entre hombres y mujeres, y entre personas mayores y adolescentes²⁶.

Finalmente, el cuarto caso (Pedro Gonzalo Marroquín Soto) tiene que ver con los problemas sufridos por el favorecido con el hábeas corpus para lograr su internamiento en un centro de salud mental de la ciudad de Lima, el cual había sido dispuesto por sentencia de la Segunda Sala Penal de Lima Norte. El favorecido, autor del delito de homicidio calificado y que se encontraba recluido en el Penal de Lurigancho, fue declarado inimputable, por haberse establecido que padecía del síndrome psicótico esquizofrénico paranoide, ordenándose

²⁶ STC 5842-2006-PHC/TC. *Sobre la problemática en los establecimientos de salud mental también puede verse Defensoría del Pueblo: Informe Defensorial N° 102. Salud mental y derechos humanos: La situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental. Lima, 2005.*

como medida de seguridad su internamiento en un centro de atención psiquiátrica.

Sin embargo, y luego de una serie de trámites efectuados por el Director del Centro Penitenciario, el traslado al centro de salud mental no había podido efectuarse, básicamente por falta de capacidad logística de los hospitales de salud mental: el favorecido llega a ocupar el lugar número 71 en la lista de espera en un centro que solo cuenta con 12 camas para este tipo de internamiento. El Tribunal entiende, adecuadamente, que en el caso no solo está en juego el cumplimiento de un fallo judicial, o la tranquilidad y la paz social, sino también el derecho a la salud mental del favorecido, y decide declarar fundada la demanda y ordenar al director del Hospital Víctor Larco Herrera admitir al favorecido, empleando todos los medios materiales necesarios para dicho fin. Pero no solo ello. Luego de apreciar la dimensión colectiva y estructural del problema, a través de Informes de la Defensoría del Pueblo, documentos oficiales del Ministerio de Justicia y otros casos vistos en sede constitucional, el TC procede a declarar el estado de cosas inconstitucional y a ordenar: i) al Ministerio de Economía y Finanzas 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 de país, ii) 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, iii) exhortar 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, y iv) exhortar al Poder Ejecutivo que adopte las medidas necesarias que tengan por objeto superar de manera inmediata y eficaz las situaciones de hecho que dan lugar al quebrantamiento de la Constitución, fortaleciendo los niveles de coordinación con el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Economía y Finanzas, etc.²⁷.

²⁷ STC 3426-2008-PHC/TC.

CAPITULO III

EL DERECHO A LA SALUD EN LOS ENTES INTERNACIONALES

3.1.- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.

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 1993.²⁸

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

²⁸ 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.

los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”

3.2.- 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.

3.3.- 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 de 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° 14²⁹, 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 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”.

3.4.- 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”.

²⁹ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General N° 14, aprobada en el 22º período de sesiones (2000). Pág. 13. 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). Extraído el 26 de noviembre de 2016.

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 internacional 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 26º de la Convención³⁰, 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)³¹

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 10º del denominado “Protocolo de San Salvador”, se

³⁰ El artículo 26º 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”

³¹ Entra en vigor en 1999. Ratificado por el Estado peruano el 4 de junio de 1995.

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”.

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”.

CAPITULO IV

EL SEGURO SOCIAL DE SALUD -ESSALUD

4.1.- ANTECEDENTES.

Desde el año de 1936, EsSalud conmemora el nacimiento de la seguridad social en el Perú que se inició con los obreros, con la Caja Nacional de Seguro Social; y se extendió, en paralelo, el año de 1948 hacia los empleados con el Seguro Social del Empleado. Ambos con sus respectivos derechohabientes. Posteriormente, estos seguros se fusionaron en el año de 1973 como Seguro Social del Perú. Por lo tanto, somos la primera institución que a través de sus funciones y competencias ha estado comprometida a tan dedicado y loable servicio al asegurado.

Continuando con los orígenes de la seguridad social, presentamos la gestión del Seguro Social del Empleado que brindó cobertura a los empleados públicos y particulares desde los años 1949 a 1973. Aquella que se inició, desarrolló, fortaleció y reorganizó con el fin de estar a la vanguardia en el registro y afiliación de los asegurados, gestionar los aportes que eran necesarios para brindar los diversos pagos de subsidios, préstamos hipotecarios y pago de pensiones, de acuerdo a ley, contando con una adecuada infraestructura, equipamiento, medicinas y capital humano para alcanzar los objetivos y metas en favor de sus asegurados.

Los orígenes de la seguridad social en el Perú se encuentran registrados en los documentos custodiados en el Archivo Central y en los libros de la Biblioteca Central de EsSalud; asimismo, en otras fuentes de información que registran una parte importante de nuestra historia republicana.

1. Seguro Social del Empleado (1948-1973)

A finales del año 1948, en un contexto de crisis política se dio el golpe de Estado denominado “Revolución Restauradora” por el general Manuel A. Odría Amore quien tomó el mando del Perú a través de la Junta Militar de Gobierno.

De esta manera, se instauró una política liberal con menor intervención en el aparato productivo y con un mayor control y represión de los movimientos políticos y sociales de la época.

En las siguientes semanas, con la finalidad de extender los beneficios de la seguridad social para cubrir las necesidades de los empleados, el presidente de la Junta Militar de Gobierno promulgó el 19 de noviembre de 1948 el Decreto Ley N° 10902, que creó el Seguro Social Obligatorio del Empleado para brindar protección al empleado público y particular en los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y muerte. Para tales fines, se le encargó al Cuerpo Organizador del Seguro Social del Empleado – COSSE realizar los estudios para el funcionamiento institucional, construcción del Hospital Central de Lima, una Red de Hospitales Regionales, entre otros. Dicho cuerpo estuvo presidido en sus inicios por el ministro de Justicia y Trabajo.

En el año de 1952, mediante el Decreto Supremo del 17 de octubre de la cartera de Salud y Asistencial Social, se estableció la autonomía del SSE que pone fin a la gestión administrativa que realizaba la CNSS. Por ello, en la 35° reunión del COSSE, de fecha 17 de noviembre, se designó al señor Jorge Aubry Bravo como gerente general del Seguro Social del Empleado, el primero de la

institución. Asimismo, se designaron a funcionarios para diversos puestos, lo que demostraba su desarrollo organizacional. En este año, se estimó que las construcciones de los hospitales debían iniciarse en el año 1953 y finalizarse en el mes de octubre de 1955.

Se estableció el 27 de octubre como el “Día del Seguro Social del Empleado” que fue celebrado en las instalaciones del Palacio de Gobierno, siendo agasajado Manuel A. Odría en mérito a su apoyo a los empleados. Dicha celebración fue replicada en Chiclayo y Arequipa.

El señor Carlos Roldán Seminario, uno de los fundadores del SSE, asumió como representante del Gobierno, siendo designado como Vicepresidente del COSSE, continuando la gestión para la construcción de los hospitales y la adecuada administración institucional.

En el año de 1953, se modificaron los contratos de los hospitales a fin de asegurar la adecuada construcción de los mismos; asimismo, se propuso el reglamento interno institucional y se planificó contar con un cuerpo de enfermeras y auxiliares para los futuros hospitales. En el mes de noviembre, después de obtener el Master of Public Health en la Jhon Hopkins University (estudios de 3 años en Baltimore – EE.UU.), el doctor Guillermo Kaelin de la Fuente retornó a Lima para asumir las funciones como director general de Asistencia Social y Hospitalaria y replicar sus conocimientos adquiridos en el SSE.

En 1952, en medio de un crecimiento institucional e independencia administrativa, se designó al primer gerente general y al cuerpo de funcionarios

quienes buscaron desarrollar los fines institucionales. En 1956, consigue la autonomía institucional bajo el régimen de Manuel Prado Ugarteche.

Posteriormente, en 1958, mediante la Ley N° 13016 se instaló la Caja Nacional del Seguro Social del Empleado, con la cual se completó la organización institucional que fue liderado por su Consejo Directivo que estuvo presidido por el ministro de Salud Pública y Asistencia Social.

En el año de 1961, a través de la Ley N° 13724, se aprobó la Ley del Seguro Social del Empleado - SSE que ratificó su autonomía, contando con fondos propios y diferentes del Estado. De esta manera, se instaló con autonomía e independencia la Caja de Enfermedad - Maternidad y la Caja de Pensiones.

Esta etapa estuvo liderada por el Consejo Superior del SSE.

1. Seguro Social del Empleado (1948-1973)

En el año de 1968, el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas de Juan Velasco Alvarado inició un proceso de integración de la Caja Nacional de Seguro Social y Seguro Social del Empleado a través del Consejo Directivo Único. De ambas instituciones, nació el Seguro Social del Perú.

En el año de 1954 se unió como integrante del COSSE el representante del Fondo Nacional de Salud y Bienestar Social. Además, en sustitución de la Escuela de Enfermería, con iniciativa del doctor Kaelin, se propuso el proyecto del Instituto de Enfermería del SSE que contaba con el apoyo de la Kellogg Foundation y Rockefeller Foundation a través del otorgamiento de becas y el suministro de material de biblioteca y de laboratorio para formar al futuro personal del Hospital Central y Regionales del SSE. Para ello, se requería que

el COSSE autorice un presupuesto inicial de S/ 600,000.00, el cual se consiguió.

En el año de 1955 llegó al Perú el doctor Antonin Zelenka, actuario de la OIT, quien conjuntamente con funcionarios del SSE estuvieron elaborando el Estatuto Definitivo del Seguro Social del Empleado.

El 11 de julio de 1958 se emitieron la Ley 13016 y el Decreto Supremo respectivo que autorizaban al Poder Ejecutivo la vigencia del Estatuto Definitivo del Seguro Social del Empleado de carácter obligatorio, pero provisional, con un régimen de financiación tripartito de contribuciones: empleadores, empleados y del Estado. Las fechas de las prestaciones del Hospital Central fueron previstas para el mes de noviembre.

Mediante la Ley N° 13724, se aprobó la Ley del Seguro Social del Empleado que fue liderado por su Consejo Superior, conformado por: el representante del presidente de la República, 10 delegados del Poder Ejecutivo, 10 delegados de los asegurados, 10 delegados de empleados particulares, 3 delegados de las profesiones médicas y el gerente general del SSE. Entre los personajes que se dieron a conocer fueron Edgardo Rebagliati Meyer, representante de la Sociedad Nacional de Pesquería; el doctor Aurelio Diaz Ufano, representante del Federación Médica Peruana; Manuel Fernández Stoll como gerente general del SSE; entre otros.³²

³² 2008 *Historia de la Salud en el Perú. Vol. 3. Periodo de la República (segunda parte)*. Autor: Bustios, Carlos.

2.-Seguro Social Del Perú SSP 1973 - 1980

3.- Instituto Peruano De Seguridad Social IPSS 1980 – 1999.

4.- Seguro Social de Salud Essalud 1999 – Vigente (LEY N° 27056)

La Ley de Creación del Seguro Social de Salud (ESSALUD), Ley N° 27056, crea una entidad que nace sobre la base del Instituto Peruano de Seguridad Social, en el marco de la política de salud y seguridad social del gobierno del Presidente de la República, Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, normada por los artículos 7°, 9°, 10°, 11° y 12° de la Constitución Política del Perú.

Esta nueva ley permite que la seguridad social de nuestro país se dedique en forma exclusiva a brindar servicios integrales de salud, subsidios económicos y beneficios sociales a más 6'541,000 asegurados regulares (trabajadores dependientes, pensionistas, agricultores, pescadores, artistas, bomberos voluntarios, héroes del Cenepa, trabajadoras del hogar y sus familiares), así como a quienes en el futuro adquieran este derecho. De esta manera, la Oficina de Normalización Previsional (ONP) tendrá a su cargo el manejo integral de las pensiones correspondientes a los Decretos Leyes N° 19990, 20530 y 18846.

Otro de los cambios notables que se introducen con esta ley, es que los pensionistas, pequeños y medianos empresarios y profesionales de la salud tendrán presencia en el Consejo Directivo, ya que por primera vez en la historia de la seguridad social, la Ley de ESSALUD permite la presencia en el Consejo Directivo de representantes de los pequeños y medianos empresarios y de los profesionales de la salud, quienes junto a los representantes de los trabajadores, de la gran empresa y del Estado, constituirán un

cuerpo colegiado más plural, como expresión real de una auténtica democracia. Esta situación constituye pleno reconocimiento del rol trascendente de cada uno de los sectores participantes en el desarrollo de la economía y, en general, de la sociedad peruana.

El Seguro Social de Salud, EsSalud, es un organismo público descentralizado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Tiene por finalidad dar cobertura a los asegurados y sus derechohabientes, a través del otorgamiento de prestaciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, prestaciones económicas, y prestaciones sociales que corresponden al régimen contributivo de la Seguridad Social en Salud, así como otros seguros de riesgos humanos.

Visión:

“Ser líder en Seguridad Social de Salud en América Latina, superando las expectativas de los asegurados y de los empleadores en la protección de su salud y siendo reconocida por su buen trato, con una gestión moderna y a la vanguardia de la innovación”.

Misión:

“Somos una entidad pública de Seguridad Social de Salud que tiene como fin la protección de la población asegurada brindando prestaciones de salud, económicas y sociales con calidad, integralidad, eficiencia y buen gobierno corporativo, colaborando con el Estado Peruano en alcanzar el Aseguramiento Universal en Salud”.

Derecho a la seguridad social.

- **Artículo 10.-** Derecho a la Seguridad Social 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.
- **Artículo 12.-** los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en forma y bajo la responsabilidad que señala la ley.

CAPITULO V

EL DERECHO A LA SALUD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

5.1.- ANALISIS.

A partir de los casos Azanca Alhelí Meza García (STC 2945-2003-AA/TC) y José Luis Correa Condori (STC 2016-2004-AA/TC), el TC afirma categóricamente que los derechos sociales, —entre ellos el derecho a la salud—, constituyen derechos jurídicamente exigibles y no meras normas programáticas sin ninguna eficacia práctica. En ambos, basado en la unidad indesligable entre vida y salud, y apelando al principio de dignidad, el Tribunal ordena al Ministerio de Salud incluir a los reclamantes en la lista de beneficiados con el tratamiento que debían recibir, según el artículo 8 de la ley 26626, una provisión constante de medicamentos para combatir el VIH/SIDA y la realización de exámenes periódicos, como las pruebas CD4 y carga viral, según indicación del médico tratante. No obstante, la afirmación categórica hecha por el Tribunal acerca de la exigibilidad de los derechos sociales (que repetirá en varios casos futuros) y la resolución favorable de estos casos, estas dos sentencias están llenas de ambigüedades en cuanto a la determinación de la forma cómo los derechos sociales pueden ser reclamados en la vía judicial. Y es que si bien, por un lado, se afirma que los derechos sociales no pueden depender absolutamente de la política esperando indefinidamente su atención pública, por otro lado se afirma que estos derechos no pueden ser reclamados en todos los casos, sino solo cuando se verifique un accionar del Estado tendiente a reconocer las facultades

derivadas de estos derechos en el ordenamiento jurídico, con lo cual parece hacer depender a los derechos de la ley y no a la ley de los derechos, como en la concepción contemporánea del Estado Constitucional. Esta percepción se confirma cuando vemos en el caso Anicama Hernández que los derechos prestacionales pasan a ser definidos básicamente como «derechos de configuración legal», es decir, derechos que completan su contenido con la ley y que solo se reclaman en función a la determinación efectuada por el legislador.

En los propios casos Azanca Alhelí y Correa Condori, el Tribunal afirma esta interpretación, precisando que los supuestos para la judicialización de un derecho social son los siguientes: a) la gravedad del caso, dada por lo agresivo de esta enfermedad y el riesgo de vida; b) la afectación adicional del derecho a la vida; y c) la disponibilidad presupuestal del Estado que, en estos casos, se configura por la existencia previa de un programa gratuito de antirretrovirales. La pregunta más importante, en el caso de los derechos sociales, sin embargo, quedaba pendiente: ¿qué sucede en los casos, ciertamente recurrentes, donde el Estado no ha programado una protección específica para un derecho social, ni ha dispuesto ninguna ley ni política pública al efecto, o habiéndolo dispuesto no ha iniciado ninguna acción tendiente a su concretización, careciendo dicho reconocimiento de un presupuesto destinado a realizar dicho derecho social?

Estos casos tienen que ver pues con la principal problemática que atraviesa la judicialización de los derechos sociales: cómo hacerlos efectivos ante la omisión o negligencia del Estado. Estos casos son ciertamente los más complejos y suelen enfocarse desde perspectivas y técnicas especiales insertas en lo que se conoce como el litigio estructural o complejo. Este litigio se caracteriza porque su

solución no involucra solo a la autoridad o funcionario que deniega la atención del derecho, sino porque supone la superación de un estado de cosas complejo y estructural que implica una coordinación compleja de diversas instituciones del Estado que permitan diseñar la política pública adecuada que realice el derecho social a favor de un grupo amplio de personas que se encuentran privados de su goce efectivo. Estos casos, sin embargo, se encuentran marcados también por fuertes controversias respecto a su viabilidad y legitimidad, tanto por la mentada falta de capacidad técnica e institucional de los jueces para hacerse cargo de asuntos complejos, como por la aludida invasión de competencias de los jueces en asuntos que les correspondería a las autoridades políticas.

Aun cuando el Tribunal Constitucional peruano no ha ingresado, en toda su magnitud, a este tipo de litigio, ha dado algunos pasos en la dirección de lograr una protección más integral de los problemas del sistema de salud que afecten especialmente a poblaciones vulnerables.

El Tribunal Constitucional peruano ha tenido oportunidad de examinar algunos casos de hábeas corpus colectivos, relativos a derechos sociales, específicamente en lo que respecta al derecho a condiciones adecuadas de internamiento y al derecho a la salud mental. En el caso Juan Islas Trinidad o caso del Penal de Challapalca, por ejemplo, la pretensión estuvo dirigida a efectuar el traslado de un grupo de 34 internos del penal de Challapalca a otro penal, dadas las difíciles condiciones del mencionado penal para asegurar una detención digna³¹. Aunque el caso no alcanza las dimensiones de los anteriormente estudiados, pues no se compromete la política del sector ni se pretende una reforma estructural del sistema penitenciario, el Tribunal requiere adoptar algunos remedios de orden

colectivo, dado el riesgo que suponía para la salud de algunos reos la permanencia en dicho penal. Así, no solo ordena el traslado de todos los detenidos que, previa evaluación médica, se encuentren en un delicado estado de salud, sino que ordena atenciones médicas prioritarias para todos los demás internos, así como la habilitación a los familiares, por parte del Estado, de la movilidad necesaria para acceder a este penal, ubicado en una zona geográficamente poco accesible.

Asimismo, y aun cuando no era necesario para resolver el caso concreto, en la STC 3081-2007-PA, el TC ingresa a examinar diversos aspectos relacionados con la política del Estado en materia de salud mental, sobre todo a través del análisis de los principales documentos que existen en este rubro, tales como los «Lineamientos para la Acción en Salud Mental», la «Estrategia Sanitaria Nacional de Salud Mental y Cultura de Paz» y el «Plan Nacional de Salud Mental», emitido por el Consejo Nacional de Salud y aprobado por resolución ministerial 0943- 2006-MINSA. Aquí el TC detecta los siguientes problemas en las políticas de salud mental: a) La ausencia de culminación del Plan de Reparaciones recomendado por la Comisión de la Verdad y la falta de sensibilidad en el tratamiento de los problemas postraumáticos de la violencia política; b) la falta de un estudio completo de la forma como los problemas sociales de migración, desarraigo, corrupción y violencia afectan la salud mental de la sociedad en su conjunto; c) a pesar de los avances en el establecimiento de normas y planes que recogen los lineamientos internacionales en materia de atención de salud mental, con preferencia del método comunitario sobre el intramural, aún existe desidia por parte de las autoridades en la implementación

de los planes, presupuesto sumamente insuficiente y falta de prioridad en el sector, ausencia de apoyo a la Dirección de Salud Mental como órgano rector de las políticas; d) falta de sensibilización comunitaria sobre los derechos de las personas con enfermedades mentales, que permita la instauración del método de tratamiento comunitario; y e) la falta de cobertura en EsSalud respecto a enfermedades mentales y el déficit de acceso a los medicamentos (FJ. 43)³². Como ya se adelantó, en el caso Ramón Medina Villafuerte, el Tribunal avanza en exhortaciones concretas respecto a dos puntos centrales de la política pública en salud mental: a) la implementación de un órgano de línea o unidad rectora en políticas de salud mental; y b) la inclusión de la cobertura del Seguro Integral de Salud de las enfermedades y trastornos mentales.³³

Otro caso, referido en esta ocasión al derecho a la salud mental y a las condiciones adecuadas de internamiento en centros de salud mental es el caso Internos de la Sala de Hospitalización de Adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado-Hideyo Noguchi. En este proceso, la asociación demandante ONG Pan y Vino plantea básicamente dos problemas: i) el consentimiento para el ingreso a un centro de salud psiquiátrico, y ii) las condiciones adecuadas del tratamiento intramural para la protección del derecho a la salud mental. En este caso, es preciso destacar el carácter proactivo del Tribunal para verificar las condiciones adecuadas del tratamiento intramural.

Dada la ausencia de elementos de evaluación brindados por la parte demandante,

³³ Sobre los problemas de políticas públicas en salud mental también puede verse: Defensoría del Pueblo, Informe Defensorial N° 140. Salud Mental y Derechos Humanos. Supervisión de la política pública, la calidad de los servicios y la atención a poblaciones vulnerables, Lima, 2008; Bustamante, Elsa, «Avances, limitaciones y retos en salud mental», en Informe de los DESC a un año de Gobierno. Del cambio responsable al continuismo irresponsable, APRODEH, Lima, 2007, pp. 80-106.

y merced a la gravedad de la afectación ius-fundamental alegada y la falta de definición jurisprudencial de los derechos fundamentales de los pacientes en los centros de atención psiquiátrica, el Tribunal procede a solicitar de oficio información al propio Instituto así como la intervención de la Defensoría del Pueblo en calidad de *amicus curiae*. En este contexto, el TC peruano pide que se informe acerca de la disposición de los ambientes en el centro psiquiátrico y si estos dividen adecuadamente a las distintas clases de pacientes, además de las condiciones en que se brinda el servicio de salud mental. Luego de apreciar la información correspondiente, el Tribunal resuelve declarar fundada la demanda, y al margen del tema de los pacientes que habían ingresado sin el consentimiento informado correspondiente, en el asunto de las condiciones adecuadas de internamiento, ordena i) que, dentro de las previsiones presupuestarias la Sala de Hospitalización de Adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado-Hideyo Noguchi ejecute las correcciones adecuadas en el espacio destinado a sus pacientes (*hábeas corpus* correctivo) en el sentido de una mejor separación entre los pacientes hombres y mujeres, y crear un espacio destinado al tratamiento diferenciado de los pacientes adolescentes, ii) que se continúe desarrollando programas de formación y capacitación para el personal vinculado a la atención de salud mental, con particular incidencia en los principios que deben regir el trato de las personas que padecen problemas de salud mental, en consonancia con el inicio de una campaña de concientización social para evitar la estigmatización de las personas con problemas de salud mental, y iii) que las autoridades legislativas contemplen la promulgación de una ley de salud mental, la que representaría un importante progreso en la tutela de los derechos

fundamentales de las personas que sufren problemas de dicha índole, sobre todo en el caso de adicciones³⁴. El caso del Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado-Hideyo Noguchi es uno de los más importantes en materia de salud mental, y se asemeja en algunas cosas al litigio de tipo complejo, sobre todo por el carácter colectivo de la acción, la predisposición activista del Tribunal, la recolección de pruebas de oficio y la emisión de órdenes complejas no solo para mejorar la atención en el hospital demandado, sino también para mejorar el estado general de la protección de este derecho en nuestro país.

Finalmente, como también ya se precisó, en el caso Pedro Gonzalo Marroquín Soto, luego de apreciar la dimensión colectiva y estructural del problema, el TC procede a declarar el estado de cosas inconstitucional y ordenar: i) al Ministerio de Economía y Finanzas 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, ii) 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, iii) exhortar 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, y iv) exhortar al Poder Ejecutivo que adopte las medidas necesarias que tengan por objeto superar de manera inmediata y eficaz las situaciones de hecho que dan lugar al quebrantamiento de la Constitución, fortaleciendo los niveles de

coordinación con el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Economía y Finanzas, etc.

Al margen del impacto real de las órdenes dadas por el Tribunal en estos casos, sobre lo que poco se conoce, evidentemente hay algo ausente en la jurisprudencia de este organismo: es la forma cómo se puede resguardar el cumplimiento de este tipo de decisiones tan trascendentales que, sin embargo, pueden quedar subvaluadas por un déficit en la etapa de ejecución. Hoy por hoy, la última fase de evolución de la jurisprudencia sobre derechos sociales tiene que ver con la implementación de procesos de seguimiento de las decisiones judiciales, que permitan la suficiente flexibilidad para que las medidas efectivas para la superación de los estados de cosas inconstitucionales no sean producto de la imposición de las cortes, sino del proceso democrático abierto como consecuencia de la emisión de la sentencia, a la vez que dichos procesos sean lo necesariamente jurídicos como para que los jueces puedan controlar las nuevas omisiones, obstáculos o deficiencias en que incurran las autoridades políticas y que no permiten la superación de las situaciones de hecho inconstitucionales.

Finalmente, una puerta abierta a nuevas formas de judicialización de los derechos sociales, entre ellos de modo prioritario el derecho a la salud, lo constituye la sentencia del caso del Aseguramiento Universal en Salud³⁴. En esta sentencia, el Tribunal procede a circunscribir mejor la forma cómo dicha judicialización opera y que había quedado algo confusa en las primeras sentencias sobre el otorgamiento de retrovirales. En efecto, aquí el Tribunal

³⁴ en León Florián, Felipe Johan: «La política de Aseguramiento Universal en Salud y su examen por el Tribunal Constitucional». *Gaceta Constitucional*, tomo 54. Lima: Gaceta Jurídica, junio de 2012.

afirma que no solo es posible judicializar los casos donde el Estado ya haya reconocido y regulado los aspectos del derecho a la salud afectados, sino que precisamente es posible judicializar aquellos aspectos que corresponden al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud, definido según estándares internacionales y nacionales, que no hayan merecido la consideración de las autoridades políticas. Y es que para el Tribunal el deber de los Estados de realizar los máximos esfuerzos para lograr los mejores niveles posibles de salud supone una serie de obligaciones concretas tendientes a desarrollar todos los aspectos relacionados con este derecho. Estas obligaciones concretas no tienen que ver con las medidas específicas que tienen que adoptar los Estados en cada caso para satisfacer todos los aspectos del derecho a la salud, pues respecto de dichas medidas concretas los Estados cuentan con amplios márgenes de discrecionalidad. Dichas obligaciones concretas tienen que ver más bien con las condiciones generales que siempre los Estados deben cumplir para que exista una acción del Estado razonablemente orientada a la satisfacción de todos los aspectos del derecho a la salud.

En concreto, el Tribunal Constitucional peruano ha destacado que el deber de progresividad ínsito en los derechos sociales es un deber jurídicamente exigible que cabe a los jueces controlar:

- i) en primer lugar, verificando la existencia de planes concretos, debidamente estructurados, que se encuentren dirigidos a lograr la ampliación progresiva de la ampliación de cobertura de salud de los afiliados independientes de EsSalud;
- ii) en segundo lugar, controlando la realización de acciones concretas dirigidas a llevar dicho plan o programa al plano de realidad, puesto que una prolongación

indefinida en la ejecución de dicha política afecta la eficacia del deber de progresividad ; iii) en tercer lugar, evaluando que dichos planes hayan sido diseñados respetando un enfoque de derechos fundamentales, esto es, que tomen en cuenta los niveles de protección mínimo de los derechos y la protección de poblaciones especialmente vulnerables; iv) en cuarto lugar, examinando la inclusión de indicadores de evaluación de los programas y la transparencia en la rendición de cuentas, de modo que pueda verificarse, como lo exige el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que el Estado ha destinado «hasta el máximo de los recursos disponibles» para lograr progresivamente la satisfacción del derecho; y, finalmente, v) controlando si en la elaboración y seguimiento de dicha política se han brindado espacios de participación para la intervención y control de los ciudadanos, especialmente de los grupos involucrados en dichas medidas³⁵

Por otro lado, el caso del Aseguramiento Universal en Salud es trascendente porque es uno de los pocos casos donde el Tribunal ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la adecuación de una política pública integral al marco del contenido y de las exigencias que se derivan del derecho a la salud; es decir, de leer y examinar la política pública bajo una perspectiva de derechos. Así, en la STC 0033-2010-PI/ TC, el máximo intérprete de la Constitución ha procedido a analizar, desde la perspectiva del derecho a la igualdad, a la salud y a la equidad en salud, la política pública de aseguramiento universal en salud dispuesta en la ley 29344.

³⁵ STC 0033-2010-PI/TC, FJ. 29.

La sentencia dictada por el Tribunal en el Exp. 0033-2010-PI/TC aborda, respecto a esta nueva política de aseguramiento universal en salud, algunos cuestionamientos hechos por la bancada nacionalista (25% del número legal de congresistas) contra la ley 29344, como también trata algunos otros temas, accesorios a los planteados en la demanda pero de vital importancia en el examen de adecuación constitucional de la política pública en cuestión. De este modo, los temas abordados por la sentencia del Tribunal los podemos sintetizar de la siguiente manera:

- a) El examen de afectación del principio de igualdad formal, que fue demandado al coexistir en el sistema tres formas de aseguramiento diferenciado, con una cobertura distinta: completa para los del régimen contributivo (afiliados a EsSalud) y básica para los del régimen subsidiado y semicontributivo (personas ubicadas por debajo de la línea de la pobreza). El Tribunal resuelve el tema afirmando que si bien la cobertura era diferenciada, esto no se debía a razones discriminatorias, dado que no podían equipararse, en puridad, los tres regímenes, pues estos eran financiados y administrados por instituciones distintas, de los que dependía la cobertura brindada a cada asegurado (STC 0033-2010-PI/TC, FF.JJ. 8-11).
- b) El examen de afectación del principio de igualdad sustantiva, que es adonde el Tribunal reconduce el debate respecto a la legitimidad de la diferenciación entre las coberturas de los tres regímenes de aseguramiento en salud. Aquí el colegiado constitucional empieza afirmando que, en efecto, el principio de igualdad sustantiva exige que todas las personas tengan la igual oportunidad

de acceder a un bien básico como la salud. Sin embargo, también afirma que dicha exigencia, en un contexto de escasez de recursos, solo puede realizarse progresivamente. Lo que hay que comprobar, en todo caso, es si existe una política pública orientada a la realización progresiva de dicha igualdad sustantiva en materia de salud. En dicha línea, el Tribunal valora que la política de aseguramiento universal haya sido estructurada con el objetivo de alcanzar dicha igualdad sustantiva, de modo progresivo, tanto en lo que se refiere a la ampliación de la cobertura de salud a todas las personas residentes en el territorio nacional, especialmente a los más pobres, a la ampliación de la cobertura de las necesidades de salud asegurables, y la ampliación de la calidad del aseguramiento en salud.

- c) Otro tema abordado por el TC, derivado del anterior, es la legitimidad de la priorización hecha por la ley 29344 en el aseguramiento de la población pobre del país, y dentro de esta, la que se encuentra en situación de pobreza extrema lo que, como ya dijimos, justifica en la dificultad de estas personas de acceder a los servicios de salud y en la vulnerabilidad a la que se encuentran expuestos producto de esta falta de acceso, tanto en su salud como en su autonomía.
- d) El Tribunal también afronta el cuestionamiento hecho por los demandantes en el sentido de que la ley 29344 excluye a los afiliados independientes de EsSalud de los beneficios de planes complementarios y de las atenciones de alto costo, beneficios que sí poseen los demás afiliados al régimen subsidiado, semicontributivo y contributivo. En este punto, el TC establece que en realidad

los planes complementarios también se encuentran regulados para los afiliados independientes y que, en todo caso, existe el deber de ampliar progresivamente dichos planes a efectos de alcanzar la cobertura completa brindada a los afiliados dependientes de EsSalud. En lo que respecta a las atenciones de alto costo, el Tribunal detecta el primer vacío en la ley 29344, pues no ha sido previsto ningún mecanismo que permita a este tipo de afiliados la atención ante el evento de una enfermedad de alto costo, por lo que ordena al Ministerio de Salud que en coordinación con EsSalud diseñen un plan que posibilite el acceso a este tipo de atenciones.

- e) Una vez corroborada la existencia de un plan destinado a lograr la tan anhelada igualdad sustantiva en materia de aseguramiento en salud, lo que empieza otorgándole legitimidad a la política pública dispuesta en la ley 29344, el Tribunal procede a efectuar la lectura de la política de aseguramiento universal en una perspectiva de derechos. Esta lectura la realiza a partir del principio de equidad en salud, recogido en el artículo 9 de la Constitución. La equidad en salud no resulta ser otra cosa que las exigencias específicas que tendría el principio de igualdad en materia del derecho a la salud³⁶. Entonces de lo que se trataría es no solo de verificar la existencia de una política orientada al logro de la igualdad sustantiva en materia sanitaria, sino de cotejar si dicha política se encuentra —como se dijo al inicio de este artículo— razonablemente formulada y si es acorde con las exigencias que se derivan del contenido constitucionalmente protegido del principio de equidad en salud; en definitiva,

³⁶ Sen, Amartya: «¿Por qué la equidad en salud?». En *Primero la gente*. Barcelona: Deusto, 2007, pp.74 y ss.

si la política de aseguramiento universal es conforme o no con los límites y mandatos fijados en la Constitución. Así, el Tribunal procede a analizar:

- La necesidad de garantizar la vigencia de otros derechos esenciales para el logro de la equidad sanitaria. En este aspecto, el TC reconoce que conjuntamente con los determinantes sociales es preciso que otros sectores del gobierno avancen en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de derechos tan importantes para la salud, como los derechos a la vivienda, a la educación, al agua potable, entre otros. En lo que respecta al propio sistema de salud, el TC valora que la ley 29344 haya reconocido, por lo menos formalmente, los derechos a la participación en la formulación y seguimiento de la política pública, y a reclamar administrativamente en el caso de infracción a las normas que rigen el aseguramiento universal.
- La necesidad de garantizar que los servicios brindados por el sistema, en cualquier régimen sanitario, sean prestados de conformidad con los elementos esenciales del derecho a la salud, esto es, que sean disponibles, accesibles, de calidad y culturalmente aceptables (Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 12). Esta exigencia —afirma el TC— es recogida por la ley 29344 a través de la incorporación de «garantías explícitas» de acceso, calidad, oportunidad y protección financiera.

- La necesidad de garantizar que la atención brindada, en cualquier régimen de aseguramiento, sea ofrecida de modo integral, esto es, que la atención incorpore los aspectos de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud, que permitan la superación de la enfermedad y el restablecimiento pleno de la salud (Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 12). Aquí es donde el Tribunal encuentra el segundo vacío en la ley 29344, pues si bien formalmente se mencionan estos aspectos en la ley, el Plan Esencial de Aseguramiento Universal en Salud, vigente para los afiliados a los regímenes subsidiado y semicontributivo, recoge prestaciones limitadas según la condición asegurable de que se trate. Esto supone la posibilidad de que un tratamiento, necesario para preservar la vida o capacidad funcionales esenciales de una buena salud, pueda ser interrumpido si excede la cobertura brindada por el PEAS. La amenaza grave que esto implica para el derecho a la vida y a la salud llevan al Tribunal a ordenar al Ministerio de Salud a que «Establezca un plan de contingencia que permita cubrir las atenciones necesarias para preservar las capacidades esenciales de una buena salud o los riesgos contra la vida, cuando dichas atenciones superen el límite máximo de prestaciones establecidas en el PEAS» (STC 0033-2010-PI/TC, punto resolutivo 3 b).
- La necesidad de garantizar que el sistema de salud, en cualquier de sus regímenes, no incluya criterios discriminatorios en la financiación o prestación del servicio de salud. Aquí el Tribunal destaca que a pesar de que el modelo de «competencia regulada» incentiva la competencia entre

entidades administradoras y prestadoras de salud, lo que puede incidir en la elección tendenciosa de usuarios de salud económicamente rentables, el sistema ha incorporado mecanismos de control de la llamada «selección adversa», así como ha dispuesto órganos encargados exclusivamente de vigilar la presencia de este fenómeno (Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud).

- La necesidad de que los recursos destinados a la política encargada de alcanzar la equidad sanitaria sean suficientes, como parte del acuerdo adoptado en el Estado de incrementar el gasto en salud. La equidad no supone pues solo la inversión adecuada de los recursos sanitarios en el logro de la igualdad sustantiva, sino una mayor inversión en salud que suponga el cumplimiento de todas las exigencias previamente establecidas. El Tribunal aquí destaca cómo, desde la promulgación de la norma, el presupuesto en salud se ha ido incrementando significativamente. Además, resalta la promulgación de la ley 29761 (Ley de Financiamiento Público de los Regímenes Subsidiado y Semicontributivo del Aseguramiento Universal en Salud), que recoge un sistema de financiamiento más predecible y regular, en aras de alcanzar la protección financiera y las metas de equidad fijadas en la Ley. Por otro lado, en un contexto de limitación financiera, el principio de equidad exige también, según el Tribunal, un uso eficiente de los recursos con los que se cuenta y un manejo transparente y honesto de los mismos, exigencias que han sido plasmadas a través de la intercambiabilidad de servicios y de la supervisión de la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud.

f) Finalmente, el Tribunal ha destacado el hecho de la ausencia de regulación del mecanismo de atenciones de alto costo, dispuesto en el artículo 21 de la LMAUS. Ha denunciado aquí la existencia de una inconstitucionalidad latente producto de dicha falta de regulación y ha ordenado que se publique en el plazo más breve el Listado de Enfermedades de Alto Costo y el procedimiento destinado para acceder a dicho sistema. Aquí habría que precisar que si bien el Ministerio de Salud ha avanzado en la publicación del Listado de Enfermedades de Alto Costo mediante resolución ministerial 325-2012/MINSA39, no ha cumplido aún con definir e informar cuál sería el procedimiento aplicable para acceder a este beneficio.

Hay dos cosas que cuestionar, sin embargo, a esta importante sentencia. En primer lugar, que hay ausencia de un procedimiento de seguimiento a las tres órdenes dispuestas por el Tribunal, a saber: a) el diseño de un plan de contingencia progresivo que permita cubrir las enfermedades de alto costo de los afiliados independientes de EsSalud, b) el establecimiento de un plan de contingencia que permita cubrir las atenciones necesarias para preservar las capacidades esenciales de una buena salud o los riesgos contra la vida, cuando dichas atenciones superen el límite máximo de prestaciones establecidas en el PEAS, y c) la regulación, mediante decreto supremo, del Listado de Enfermedades de Alto Costo y del procedimiento para acceder a este mecanismo. Este proceso de seguimiento no necesariamente debía ser efectuado por el Tribunal, sino que podía realizarlo también el Congreso de la República, al cual el Ministerio de Salud debe informar de los avances de la política de

aseguramiento, de acuerdo con lo establecido en la propia ley 29344, o la Defensoría del Pueblo, en cumplimiento de sus funciones constitucionales (véase el Informe No. 15: Problemas advertidos en la Implementación del Aseguramiento Universal en Salud, del 29 de octubre de 2011). No debía dejarse, creemos, abierta esta cuestión, pues como ya se ha hecho práctica en nuestro sistema constitucional, las órdenes dictadas por el Tribunal Constitucional en procesos de inconstitucionalidad no son cumplidas por los órganos encargados de hacerlas efectivas.

El segundo aspecto cuestionable tiene que ver con el análisis excesivamente formal en la sentencia del Tribunal respecto a la promesa de progresividad efectuada por la ley 29344. El Tribunal parece confiar ciegamente en lo que se recoge en el articulado de la norma en cuestión y en los planes dispuestos por el Estado, sin una referencia a la forma cómo funciona nuestro sistema de salud en la realidad. En defensa del Tribunal podría decirse, sin embargo, que el modelo recién empezaba a funcionar y, por tanto, solo podía evaluarse el texto de la norma y su conformidad con los principios constitucionales, además de alguna alusión al incremento sustantivo de recursos para el sistema de aseguramiento universal y la priorización que se estaba haciendo de las zonas más deprimidas del país. Sin embargo, en contra del Tribunal debe decirse que una reforma seria del sistema sanitario, que lo aleje de una mera política de gobierno y lo convierta en una verdadera política de Estado⁴⁰, debió haber incluido, como prioridad la fijación de indicadores de derechos humanos que midan el avance y los logros de la política de aseguramiento universal, especialmente de los componentes de la equidad en salud establecidos por el Tribunal. Solo de esta manera podría

saberse, con un cierto grado de confiabilidad, si se está progresando o no, y cuáles son los problemas para arribar a la meta de equidad planteada por la ley 29344.

No obstante ello, el Tribunal solo hace una referencia a la necesidad de que la política de aseguramiento incluya indicadores de derechos humanos, componente que incluso —afirma el Tribunal— puede ser reclamado judicialmente si se encuentra ausente en la política pública. Sin embargo, de un modo contradictorio, el Tribunal abandona esta premisa y se abstiene de evaluarla al momento de decantarse por la constitucionalidad de la LMAUS. Y es que uno de los grandes déficits de la política de aseguramiento, como de casi todas las políticas públicas y sociales que se proyectan en nuestro país, es precisamente la ausencia de indicadores de derechos humanos. La importancia de indicadores específicos de derechos humanos, en la medición de las políticas públicas, ha sido recientemente destacada, tanto en el ámbito internacional.

,como a nivel de la doctrina³⁷ y la jurisprudencia comparadas³⁸: exigencias normativas de los derechos tan concretas como el enfoque diferencial de la política, con medidas de protección especial a favor de poblaciones desfavorecidas, o los aspectos de calidad, aceptabilidad cultural y no discriminación en la prestación de los servicios, así como el nivel de participación y transparencia solo pueden ser captados, se ha dicho, por indicadores con un marco conceptual de derechos humanos, que no posee el

³⁷ Véase Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (comps.). *La medición de derechos en las políticas sociales*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2010.

³⁸ Autos de Seguimiento de la Corte Constitucional de Colombia 109/2007, 233/2007 y 116/2008, emitidos en seguimiento a la Sentencia T-025/04.

conjunto de indicadores sociales que solo se concentran en la medición de cuestiones más generales como el acceso, la cobertura y la cantidad de recursos ingresados al sistema³⁹. Aunque estos últimos también son importantes para evaluar el esfuerzo que está haciendo el Estado para mejorar el sistema de salud y saber si se está cumpliendo o no con el mandato establecido en el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que prescribe que el Estado debe utilizar hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente la vigencia efectiva de los derechos sociales; la importancia de los indicadores de derechos humanos es central pues permite saber justamente si los procesos de mejora del sistema de salud implementados por el Estado están siendo dirigidos de un modo tal que satisfagan las exigencias normativas del derecho a la salud⁴⁰.

—con todas las variables que ella supone—, para poder compararlo después con los resultados de los indicadores previstos para la medición del sistema de pluralismo estructurado (cuya elaboración también debía ordenarse), constituía,

³⁹ Pérez Murcia, Luis Eduardo. «¿Es posible medir los derechos? De la medición del acceso a bienes y servicios a la medición del disfrute de los derechos». En *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*. Ob. cit., pp. 463 y ss.

⁴⁰ Así lo ha entendido también el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en sus «Observaciones finales al Informe presentado por el Estado peruano en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto», del 18 de mayo de 2012 (E/C.12/per/CO/2-4), ha dispuesto que el Estado garantice el cumplimiento de la política de aseguramiento universal priorizando las zonas más pobres e informando de los avances efectuados, desglosados según regiones (esto es, mediante indicadores de derechos humanos que permitan medir el enfoque diferencial al que aquí se ha aludido). El Comité de DESC ha establecido lo siguiente: «El Comité está preocupado por el alto porcentaje de la población que no se beneficia de la cobertura de atención en salud. También le preocupa el acceso insuficiente y la calidad de los servicios de salud, especialmente en las zonas rurales y remotas (art.12). El Comité recomienda que el Estado Parte vele por la aplicación efectiva de la Ley Marco para el Aseguramiento Universal en Salud (ley 29344). El Comité también recomienda que el Estado Parte adopte medidas para mejorar el acceso y la calidad de servicios, especialmente en las zonas rurales y remotas, tomando en cuenta las barreras económicas, culturales y sociales para dicho acceso. El Comité pide al Estado parte que incluya en su próximo informe periódico, datos sobre el acceso y la calidad de los servicios de salud, desglosados por región» (párrafo 20).

en nuestra opinión, un imperativo en la solución de la controversia constitucional sometida a examen del Tribunal. Alguna orden en este sentido no se encuentra, sin embargo, en la sentencia del colegiado constitucional. Aunque el tema de los indicadores de derechos humanos no es muy conocido en nuestro país, su inclusión debió haber cerrado el avance que el Tribunal tuvo, en la sentencia objeto de análisis, en la definición de los componentes del principio de equidad sanitaria y de las posibilidades para la judicialización de las políticas que pretenden realizar los derechos sociales.

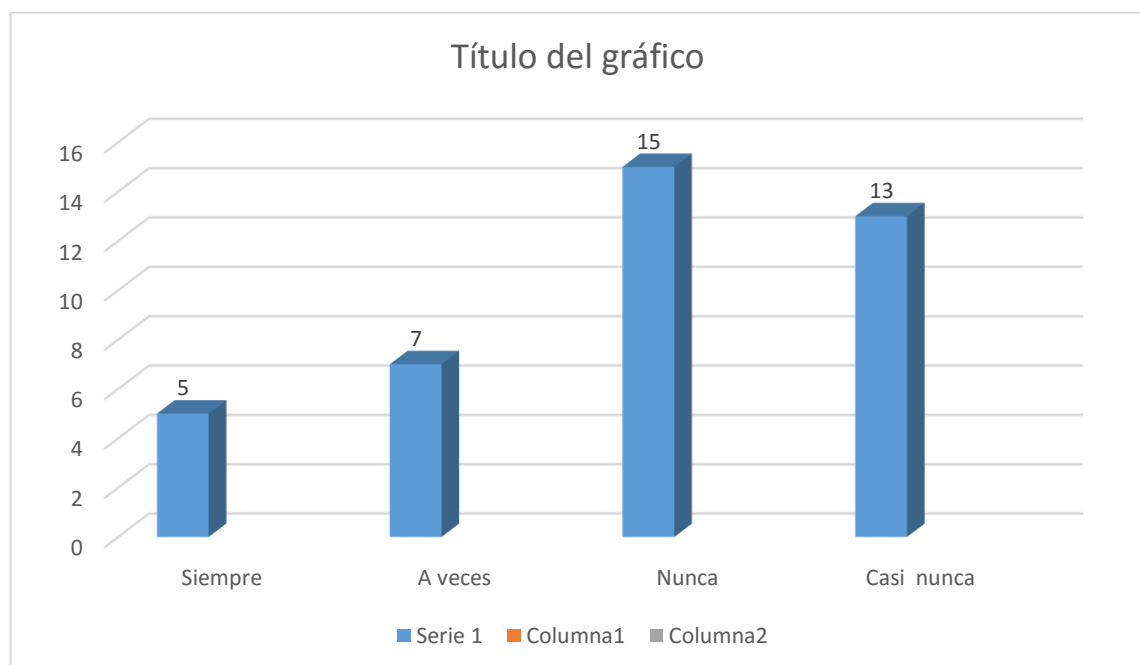
CAPITULO VI

RESULTADO DE ENCUESTA

Señor asegurado, la presente encuesta tiene por finalidad evaluar la percepción del asegurado en cuanto a su derecho a la salud, le rogamos ser lo más objetivo en su respuesta.

1.- puede conseguir citas médicas a las diversas especialidades.

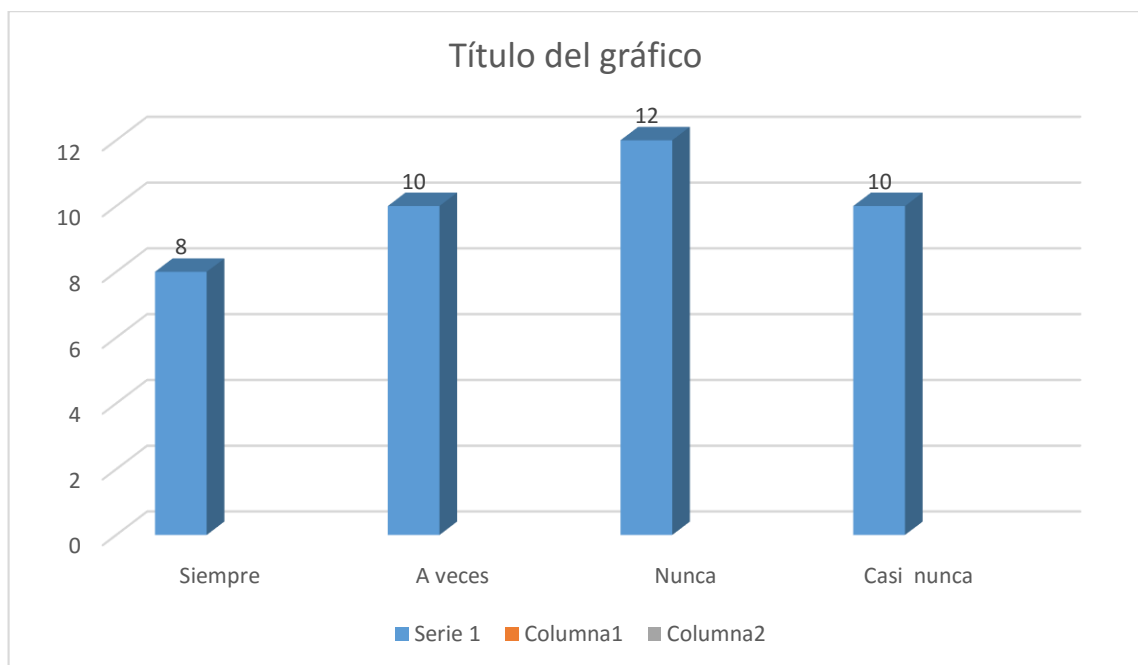
Siempre	05
A veces	07
Nunca	15
Casi nunca	13



El 90% de los encuestados en sumatoria refieren dificultades para conseguir consulta médica en Essalud.

2.- Es atendido con respeto y oportunidad en el nosocomio de Essalud que se atiende.

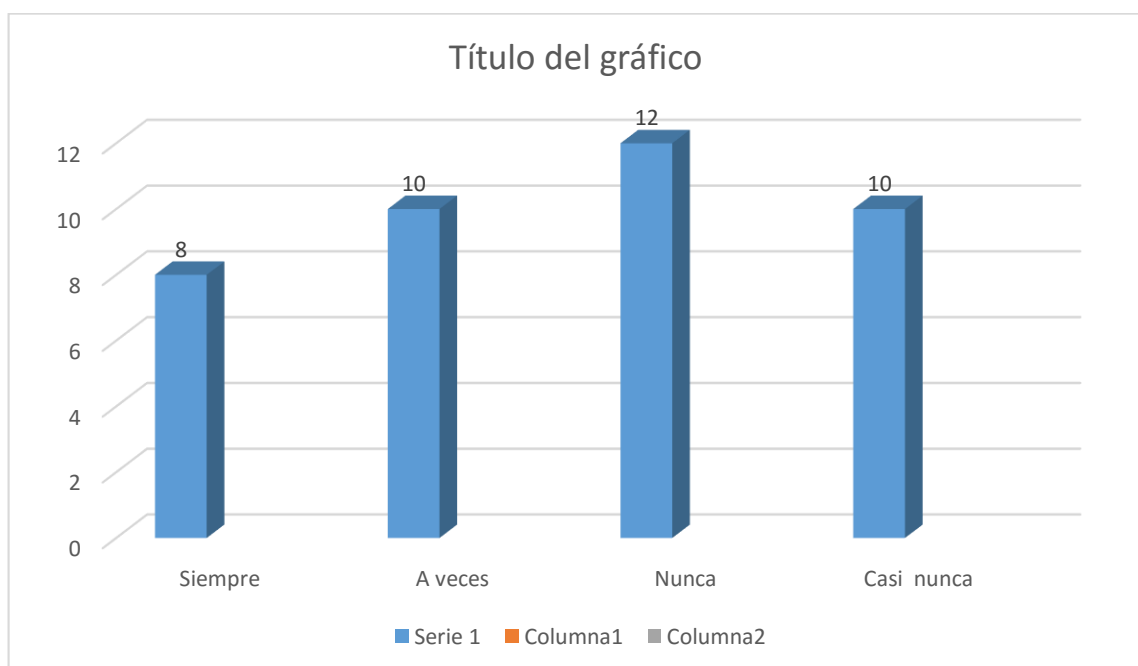
Siempre	08
A veces	10
Nunca	12
Casi nunca	10



El 75% de encuestados refieren que no son atendidos con respeto

3.- Considera Usted que el tratamiento médico quirúrgico es el adecuado y oportuno.

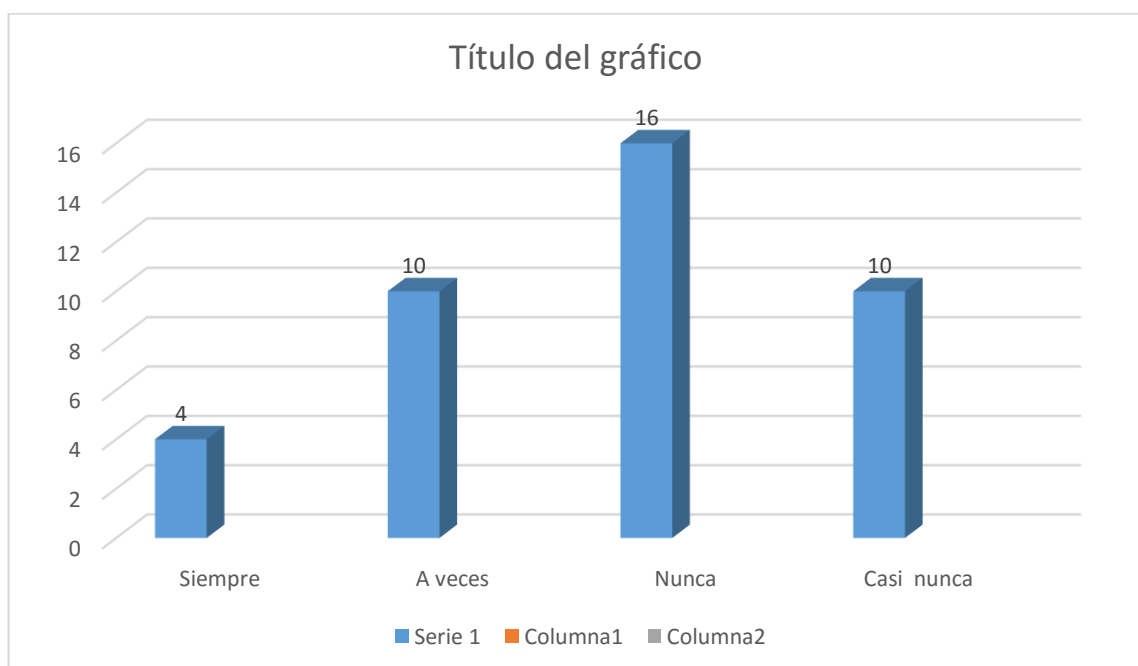
Siempre	04
A veces	10
Nunca	16
Casi nunca	10



El 82% de los encuestados refieren que el tratamiento médico quirúrgico es el adecuado y oportuno, siendo la opción de nunca con un 28%. El más alto.

4.- es Usted, atendido a la hora que indica en su cita por el personal médico.

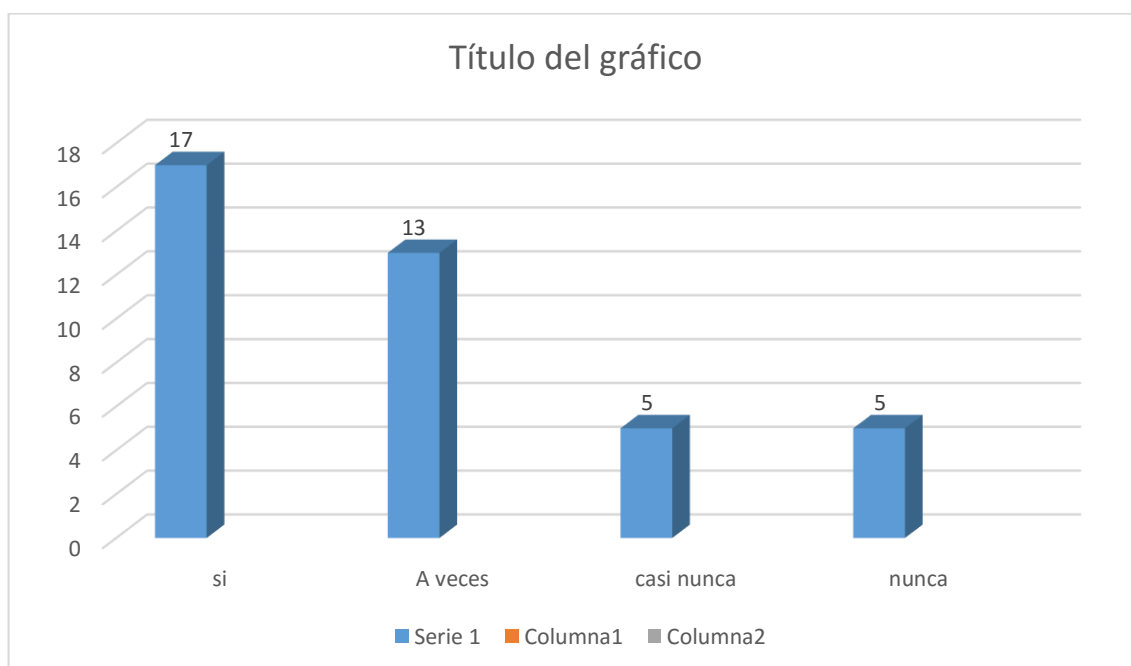
Si	04
A veces	10
Casi nunca	16
nunca	10



El 85% de los encuestados manifiesta que no está siendo atendido a la hora que indica en su cita por el personal médico.

5.- Usted cree que existe discriminación en cuanto a la infraestructura de los hospitales.

Si	04
A veces	10
Casi nunca	16
nunca	10



Los encuestados en un 80% consideran si existe discriminación en cuanto a la infraestructura de los hospitales.

CONCLUSIONES

1. El impacto que tienen los problemas de EsSalud en la calidad de la prestación de la salud de sus asegurados y, en general, sobre el funcionamiento del sistema peruano, el tema de su modernización no se encuentra suficientemente tratado en la agenda nacional de las reformas pendientes. Cabe señalar que no se encuentra en los puntos concordados en el Acuerdo Nacional, “Los objetivos de la Reforma de Salud”.
2. 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.
3. La demora en la que ha incurrido el personal administrativo y médico de EsSalud ha contribuido con el menoscabo de la salud de la recurrente, lo cual, además de haber conculcado su derecho fundamental, podría, incluso, constituir un ilícito de carácter penal. Por tanto, corresponde remitir los actuados al Ministerio Público para los fines pertinentes, en atención a lo dispuesto en el artículo 8 del Código Procesal Constitucional.
4. 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.

5. La Constitución reconoce en su artículo 7 que todos tienen derecho a la protección de su salud. El Tribunal Constitucional ha sostenido reiteradamente que el derecho a la salud se orienta a la conservación y el restablecimiento del funcionamiento armónico del ser humano en sus aspectos físico y psicológico, por lo que guarda una especial conexión con los derechos a la vida, integridad y dignidad (cfr. sentencia recaída en el Expediente 03981-2013-PHC/TC).
6. Existe alta insatisfacción de los usuarios se explica tanto por el crecimiento exponencial de la demanda por encima de la posibilidad de oferta, como por temas de deshumanización de las nuevas generaciones de personal de salud, cuyo origen está en la formación de pre y posgrado. Superar esta situación demandará años de esfuerzo intra e interinstitucional.

RECOMENDACIONES

1. 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.
2. Se recomienda a Essalud, reforzar la implementación de los Consultorios de Alivio Inmediato – CAI en los centros de atención primaria de la región Lambayeque, especialmente (Hospital Regional Almanzor Aguinaga Asenjo, Policlínico Oeste, entre otros). Esto permitirá aumentar la capacidad operativa de los centros, descongestionar la emergencia.
3. Se recomienda priorizar la solución de las deficiencias en servicios de citas, así como activar la recuperación de las áreas de emergencias de la seguridad social, en beneficio de sus 11 millones de asegurados.
4. Se debe implementar equipos médicos de contingencia y, ampliar en los Hospitales los espacios administrativos, debiendo ser reemplazados por camas hospitalarias.

BIBLIOGRAFIA

1. 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.
2. FRANCISCO FERNANDEZ SEGADO, "La Obsolescencia de la Bipolaridad: "Modelo Americano-Modelo Europeo-Kelseniano" como Criterio Analítico del Control de Constitucionalidad y la Búsqueda de una Nueva Tipología Explicativa", Anuario Parlamento y Constitución (España, N° 6, año 2002),
3. 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.
4. OSCAR QUIJANO, Protección de Derechos en Salud en Perú: Reflexiones y Aprendizaje desde el Rol Fiscalizador de la Superintendencia Nacional de Salud", por publicarse en la Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública. (Número 3, Volumen 33, 2016).
5. SANTIAGO PEREIRA CAMPOS, "Los Dilemas que Plantea la Judicialización del Derecho a la Salud en Relación a Medicamentos y Otras Prestaciones de Alto Costo".
6. LEÓN FLORIÁN, FELIPE JOHAN. «El derecho a la salud». En Derechos fundamentales. Estudios desde las diversas especialidades del Derecho. Lima: Gaceta Jurídica, 2010.
7. 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.
8. LEÓN FLORIÁN, FELIPE JOHAN: «La política de Aseguramiento Universal en Salud y su examen por el Tribunal Constitucional». Gaceta Constitucional, tomo 54. Lima: Gaceta Jurídica, junio de 2012.
9. PÉREZ MURCIA, LUIS EDUARDO. Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina. Ob. cit., pp. 463 y ss.

OTRAS FUENTES:

10. Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General N° 14, aprobada en el 22º período de sesiones (2000). Pág. 13. 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). Extraído el 26 de noviembre de 2016.
11. Defensoría del Pueblo, Informe Defensorial N° 140. Salud Mental y Derechos Humanos. Supervisión de la política pública, la calidad de los servicios y la atención a poblaciones vulnerables, Lima, 2008; Bustamante, Elsa, «Avances, limitaciones y retos en salud mental», en Informe de los DESC a un año de Gobierno. Del cambio responsable al continuismo irresponsable, APRODEH, Lima, 2007, pp. 80-106.

NORMATIVA:

12. Ley N° 28237, Artículo 37.- Derechos protegidos El amparo procede en defensa de los siguientes derechos: (...) 24) A la salud (...)"

13. SENTENCIAS:

14. STC 2945-2003-AA/TC, FJ. 28.
15. STC 0008-2012-PI/TC, FJ. 85
16. STC 5842-2006-PHC/TC.
17. STC 3426-2008-PHC/TC.
18. STC 0033-2010-PI/TC, FJ. 29.