

El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano

FELIPE JOHAN LEÓN FLORIÁN*

Resumen

En el presente informe nos vamos a centrar en los avances que ha registrado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano en el entendimiento de la salud como derecho fundamental y en la delimitación de sus contenidos y exigencias normativas.

Palabras clave: Derecho a la salud. Tribunal Constitucional del Perú. Jurisprudencia en salud.

Sumilla

Introducción

- I. Reconocimiento del derecho a la salud como derecho autónomo
- II. Fuentes normativas del derecho a la salud
- III. Fundamentos del derecho a la salud
- IV. Delimitación del contenido del derecho a la salud
- V. Relación con otros derechos fundamentales
- VI. El caso del derecho a la salud sexual y reproductiva
- VII. El caso de la salud mental
- VIII. La judicialización del derecho a la salud

* Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional peruano. Integrante del Círculo de Investigación y Debate en Derecho Constitucional «Constitucionalismo Crítico».

Introducción

La salud como derecho fundamental de todos los residentes en el territorio peruano¹ 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 salud², sobre todo de personas con escasos recursos económicos³, además de haber emprendido el reto de que dichos servicios sean otorgados en condiciones de oportunidad, integralidad, calidad y seguridad financiera⁴.

No obstante estos avances, el derecho a la salud en nuestro país enfrenta importantes problemas y grandes desafíos. En lo atinente al desarrollo de su dimensión

¹ El artículo 3 de la ley 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, ha incluido en el proceso destinado a otorgar «un seguro de salud que permita acceder a un conjunto de prestaciones de salud de carácter preventivo, promocional, recuperativo y de rehabilitación, en condiciones adecuadas de eficiencia, equidad, oportunidad, calidad y dignidad» a todos los residentes en el territorio nacional y no solo a los ciudadanos peruanos, dándole a la salud más el carácter de un derecho humano universal que de un derecho dependiente del estatus de ciudadanía.

² De acuerdo con el informe de gestión *Avances del proceso de implementación del Aseguramiento Universal en Salud (2009 -2011)*, elaborado por el Comité Técnico Implementador del Aseguramiento Universal en Salud, «El resultado más notorio que ha traído la implementación del Aseguramiento Universal en Salud es el significativo aumento de la cobertura de población asegurada. En tan solo 2 años, se ha incrementado el porcentaje de la población que cuenta con algún seguro de salud en 10 puntos porcentuales, para llegar a 64% en 2010. Cerca de 3.5 millones de personas que en 2008 no se encontraban protegidas por un seguro, lo están en 2010. El principal esquema de aseguramiento, y principal contribuyente al crecimiento de la cobertura horizontal, en el país es el Seguro Integral de Salud (SIS). El SIS concentra al 62% de la población asegurada y contribuyó con 9 puntos porcentuales del crecimiento en el aseguramiento del país». Este Informe puede revisarse en la siguiente dirección <http://www.minsa.gov.pe/portada/aseguramiento/Archivos/InformeAUSsetecsetin.pdf>.

³ Del mismo modo, el referido informe de gestión precisa: «Es bastante alentador que este incremento haya sido mayor en las zonas rurales y entre la población de mayor pobreza. Así, se encuentra que entre 2008 y 2010 el crecimiento en la cobertura en zonas rurales fue de 15 puntos porcentuales, para llegar a una cobertura de 75% de la población que reside en estas zonas. El mismo crecimiento lo tuvo la población que vive en condiciones de pobreza extrema, quienes en 2010 registran una cobertura del 80%. Asimismo, en los departamentos de Ancash, Apurímac, Cajamarca, Huancavelica, Loreto, Pasco y San Martín se presentó el mayor crecimiento de estos dos años; por encima de 15 puntos porcentuales. Este crecimiento, pone a Apurímac y Huancavelica como los departamentos con mayor cobertura de aseguramiento en el país. Este resultado marca claramente la característica prioritaria y los esfuerzos realizados en este ámbito».

⁴ La ley 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, incorporó como novedad en su artículo 5.3 un sistema de garantías explícitas de acceso, calidad, protección financiera y oportunidad. Estas garantías reproducidas en el artículo 112 del D.S. 008-2010-SA, Reglamento de la LMAUS, han sido recogidas parcialmente en el Plan Esencial de Aseguramiento Universal en Salud, que ha previsto dichas garantías para 34 condiciones asegurables, principalmente asociadas a las condiciones obstétricas, ginecológicas y pediátricas, previéndose incrementar dichas garantías a 60 en el año 2011, hasta cubrir las 185 condiciones asegurables en 2016.

normativa, la jurisprudencia de los tribunales en general, y del Tribunal Constitucional en particular, resulta aún muy escasa, intermitente y poco abarcativa. La propia Constitución de 1993 es muy escueta en cuanto al reconocimiento de los alcances de este derecho fundamental⁵. Por otro lado, no existe tampoco una presencia muy importante de organismos de la sociedad civil que reivindiquen la consideración del derecho a la salud como componente central de la política pública en salud⁶. Consustancial a ello, la conciencia de la salud como derecho, tanto entre la población como entre las autoridades estatales, resulta ser aún muy bajo, lo que no permite la formación de la base cultural necesaria para cualquier reforma de largo alcance que pretenda expandir el ámbito protegido por este derecho fundamental⁷.

Por su parte, 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. Por

⁵ La Constitución de 1993, en consonancia con el carácter escueto con el que ha regulado los derechos sociales, recoge el derecho a la salud en solo dos disposiciones:

Artículo 7.- Derecho a la salud. Protección al discapacitado

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

Artículo 9.- Política Nacional de Salud

El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.

⁶ Como ha documentado ampliamente Charles Epp, las revoluciones de los derechos o la ampliación de la importancia de estos en el escenario político y jurídico de diversos países ha dependido no solo de la atención que algunas cortes activistas les han brindado a los derechos, sino, fundamentalmente, del impulso y acompañamiento que le han dado distintas organizaciones de la sociedad civil al litigio estratégico en materia de derechos humanos. En opinión de Epp, solo el sostén técnico y financiero que brindan estas organizaciones puede hacer posible una verdadera transformación del lugar que ocupan los derechos en el debate público. Véase EPP, Charles: *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2013. En nuestro país, por ejemplo, el proceso de inconstitucionalidad contra la ley 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, no tuvo la participación de ningún organismo de la sociedad civil a pesar de la importancia de esta ley para la definición del sistema de salud en nuestro país.

⁷ En un estudio de campo efectuado por la Defensoría del Pueblo en mayo de 2007, se registró que el 84% de los encuestados (usuarios de los servicios de salud del Seguro Integral de Salud brindado a las personas con escasos recursos económicos) afirmaba desconocer los canales legales para efectuar sus reclamos o quejas, y el 92% alegaba desconocer cuáles eran sus derechos respecto al servicio que se les brindaba. Véase el Informe Defensorial N° 120, «Atención de salud para los más pobres: El Seguro Integral de Salud».

otro lado, no existe prácticamente una política pública que desarrolle el componente de adecuación cultural de los servicios de salud o el derecho a una salud intercultural a favor de los pueblos indígenas de nuestro país. En cuanto a la salud sexual y reproductiva subsisten graves obstáculos como la falta de un protocolo para el aborto terapéutico, la limitación para acceder a algunos métodos anticonceptivos, y la persistencia de elevadas tasas de embarazos en mujeres adolescentes y embarazos no deseados. En lo que respecta al componente de salud mental, si bien ha habido una preocupación por integrar dicho componente en los planes de aseguramiento, los recursos económicos, materiales y humanos con los que se pretende hacer frente a las demandas de salud mental son sumamente escasos. Por último, en lo que corresponde a los determinantes sociales de la salud, la falta de acceso a una vivienda adecuada, agua potable, trabajo en condiciones adecuadas, medioambiente sano, etc. exacerban los grandes problemas de salud pública que tiene que afrontar nuestro país.

En el presente informe nos vamos a centrar en los avances que ha registrado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano en el entendimiento de la salud como derecho fundamental y en la delimitación de sus contenidos y exigencias normativas. La jurisprudencia del Tribunal refleja, como veremos, aquello que hemos indicado en estas líneas introductorias: avances importantes, que han servido incluso para cambiar algunas realidades en el ejercicio práctico del derecho, pero también algunas deficiencias y, sobre todo, una cierta ausencia de activismo o audacia para dar mayores pasos en la búsqueda de mecanismos procesales que puedan hacer más efectivos los mandatos que el propio Tribunal dicta en los casos sobre derecho a la salud.

Así pues, si bien el Tribunal registra importantes avances en la consideración del derecho a la salud como derecho autónomo, en su fundamentación y respaldo en instrumentos internacionales, tanto como en la delimitación de sus exigencias en ámbitos tan importantes como el tratamiento retroviral para las personas con VIH, el derecho a la salud mental, los derechos al medioambiente y al agua potable como derechos interrelacionados, y el principio de equidad sanitaria como principio orientador de la política pública en salud, también presenta algunas deficiencias en el ámbito del derecho a la salud sexual y reproductiva y, sobre todo, una ausencia de mecanismos que permitan efectuar el seguimiento de sus principales decisiones de cara a transformar efectivamente el «estado de cosas» determinado como inconstitucional, en la línea de los avances efectuados por otros tribunales constitucionales en América Latina⁸. Este último tema, relacionado en general con

⁸ Como es sabido, hoy la preocupación de algunas cortes constitucionales en América Latina (Corte Constitucional colombiana y Corte Suprema argentina), influidas por el ejemplo sudafricano (Corte Constitucional), se centra en la etapa de seguimiento de sus sentencias que declaran la violación de derechos sociales. Estas sentencias al solamente declarar la existencia de la violación y fijar parámetros generales de actuación y responsabilidades, remiten la determinación de medidas específicas para superar los estados de cosas inconstitucionales a las auto-

la exigibilidad judicial de los derechos sociales, ha sido abordado por el Tribunal, y ha registrado una evolución importante que examinaremos luego en detalle, así como los vacíos que aún persisten.

En una perspectiva más amplia, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano sobre derechos sociales es muy escasa y bastante incipiente si vemos los pronunciamientos con relación al derecho a la educación, a la alimentación o a la vivienda⁹. Los avances efectuados por el Tribunal en el ámbito del derecho a la salud constituyen, en esta línea, una limitada aunque saludable excepción, la que será preciso reforzar en el futuro para aprovechar la última línea jurisprudencial sentada en el caso del Aseguramiento Universal que, como veremos, abre un importante espacio para la judicialización de estos derechos.

I. Reconocimiento del derecho a la salud como derecho autónomo

Uno de los primeros temas a los que se enfrentó el Tribunal al delinear los alcances del derecho a la salud fue el relacionado con su carácter de derecho fundamental. Aun cuando la Constitución de 1993 expresamente prescribe que «todos tienen derecho a la protección de su salud», el Tribunal fue receptor de alguna jurisprudencia

ridades competentes, por lo que requieren instaurar procedimientos especiales de seguimiento para verificar que dichas autoridades vayan adoptando las medidas tendientes a cumplir las obligaciones genéricas contenidas en la sentencia. Solo de este modo se puede considerar cerrado el *círculo de protección* que los órganos jurisdiccionales brindan a los derechos sociales. Sobre este tipo de jurisprudencia puede verse ampliamente RODRÍGUEZ GARAVITO, César y Diana RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá: DeJusticia, 2010; ESPEJO YAKSIC, Nicolás, «Derechos sociales, republicanismo y Estado de Derecho: un modelo de justiciabilidad», en *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Pilar Arcidiácono, Nicolás Espejo Yaksic y César Rodríguez Garavito (coords.), Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad Diego Portales, Centro de Estudios Legales y Sociales – CELS y Red (Latino) Americana y Europea de Derechos Humanos– LAEHR, Bogotá, 2010; ROACH, Kent, «Los retos de elaborar recursos judiciales para las violaciones de derechos económicos y sociales», en *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Malcolm Langford (editor), Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2013; LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan y Jose Miguel ROJAS BERNAL, «Posibilidades y peculiaridades de la protección procesal de los derechos sociales», en *Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional. Liber amicorum Néstor Pedro Sagüés*, Gerardo Eto Cruz (coordinador), Centro de Estudios Constitucionales-Adrus, Arequipa, 2011.

⁹ Con relación al derecho a la educación, al margen de algunos pocos pronunciamientos donde el Tribunal ha interdictado decisiones arbitrarias de algunas instituciones educativas específicas, el único caso donde se efectúa un desarrollo amplio de las exigencias fundamentales de este derecho es el referido a las *Filiales Universitarias*, donde se establecen obligaciones de cara a garantizar la *calidad* del servicio educativo universitario (STC 0017-2008-PI/TC). El derecho a la alimentación, por su parte, está totalmente ausente de la jurisprudencia del Tribunal. En cuanto al derecho a la vivienda, recién ha sido reconocido como derecho fundamental en el *caso del Fondo Nacional de Vivienda* (STC 0007-2012-PI/TC).

comparada que solo reconoce el carácter ius-fundamental del derecho a la salud cuando este se encuentra engarzado con el derecho a la vida o a la integridad física¹⁰.

Esta postura queda registrada tempranamente, por ejemplo, en el caso Juan Islas Trinidad y otros, o en el caso del Penal de Challapalca, donde el Tribunal ubica este derecho en la cláusula de los derechos innominados merced a su vinculación con el derecho a la vida, a la integridad y a la dignidad de la persona¹¹. Posteriormente ratifica este criterio en el caso Azanca Alhelí Meza García, donde a pesar de que se desarrolla este derecho en el marco más amplio de la dogmática de los derechos sociales, su carácter ius-fundamental solo lo reconoce cuando están en juego otros derechos fundamentales, básicamente la vida¹². Sin embargo, en el caso José Luis Correa Condori, el Tribunal reconoce tímidamente que el derecho a la salud tiene una categoría ius-fundamental autónoma, aunque persiste en el criterio de que dicha fundamentalidad depende en una importante medida de su relación con el derecho a la vida¹³. Finalmente, en el caso Internos de la Sala de Hospitalización de Adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado-Hideyo Noguchi, el Tribunal hace una inflexión de su jurisprudencia y sienta el criterio definitivo de que el derecho a la salud goza de un grado de *autonomía* ius-fundamental que no depende de su relación con el derecho a la vida u otros derechos fundamentales, puesto que el referido derecho contiene exigencias propias¹⁴.

¹⁰ Esta fue, por ejemplo, la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana durante muchos años; sin embargo, dicho criterio se explicaba en razón a que la Constitución colombiana de 1991 no recoge el derecho a la salud, salvo para el caso de los niños. Del mismo modo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dispuesto la protección de este derecho, pero como una concreción del derecho a la vida, dado que la Convención Americana de Derechos Humanos no recoge tampoco este derecho.

¹¹ STC 1429-2002-HC/TC, FJ. 14. En este caso se planteó la necesidad de cerrar el Penal de Challapalca, ubicado en una zona altoandina con duras condiciones climáticas, lo que no se concedía con el derecho a la salud de la población carcelaria. El Tribunal no llegó tan lejos y solo dispuso el traslado de los internos que sufran problemas médicos a un penal con menor altura.

¹² STC 2945-2003-AA/TC, FJ. 6. Aquí el TC relaciona el derecho a la salud con el derecho a la vida y a la dignidad, dado que el recurrente producto de la falta de provisión de los retrovirales contra el VIH se encontraba en riesgo de fallecer.

¹³ STC 2016-2004-AA/TC, FJ. 5.

¹⁴ STC 5842-2006-PHC/TC, FJ. 48. Remitiéndonos aquí a la forma cómo Robert Alexy nos ha enseñado a medir el grado de intervención en un derecho fundamental, bien se podría decir que en realidad el engarce que se hace del derecho a la salud con el derecho a la vida, tiene que ver no con la *fundamentalidad* que se le atribuya a aquel en mérito a la afectación de este, sino con el *grado de intervención* que sufre el derecho a la salud cuando se encuentran comprometidas funciones vitales de la persona (intervención fuerte). Además de ello, obviamente este grado de afectación grave del derecho a la salud significa también, en puridad, una amenaza de afectación del derecho a la vida. Cuando más de un derecho fundamental resulta afectado por una medida de intervención, la ponderación exige que la justificación de la medida de intervención sea especialmente relevante. Vid. ALEXY, Robert: «La fórmula del peso». En *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Lima: Palestra, 2007.

II. 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.

Es así que en la STC 3081-2007-PA/TC, el Tribunal precisa que las principales fuentes normativas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos donde está recogido el derecho a la salud son:

1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (Aprobada por resolución legislativa 13282 del 15 de diciembre de 1959), artículo 25.1

2. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ratificado bajo instrumento de adhesión de fecha 12 de abril de 1978, depositado el 28 de abril de 1978), artículo 12.
3. El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas ha precisado el contenido normativo del artículo 12 (Observación General N.º 14 (E/C.12/2000/4)).
4. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, 1948); el artículo XI establece:
5. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ratificado por el Perú el 4 de junio de 1995), artículo 10.

Asimismo, en una serie de casos el Tribunal ha recurrido a estándares internacionales con el objeto de verificar las exigencias que contiene este derecho fundamental. Así, en el caso del derecho a la salud mental, el Tribunal ha considerado, entre otras, las siguientes fuentes normativas:

1. Declaración de los Derechos del Retrasado Mental. (AG res. 2856 [XXVI], 26, U.N. GAOR Supp. [No. 29] p. 93, ONU. Doc. A/8429 [1971])
2. Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental. (AG.46/119, del 17 de diciembre de 1991)
3. Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (adoptado con fecha 06/07/99, en la XXIX Asamblea General de la OEA, ratificado por el Perú el 30 de agosto de 2001)
4. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: el Caso Ximenes Lopes vs. Brasil (Sentencia del 4 de julio de 2006)
5. La Declaración de Caracas (Organización Panamericana de la Salud AG/RES.1249-XXIII-O- 1993)
6. Los Diez Principios Básicos de las Normas para la atención de la Salud Mental. (Organización Mundial de la Salud/División de Salud Mental y Prevención del Abuso de Sustancias)¹⁵.

Por otro lado, es también recurrente la interpretación del derecho a la salud a partir de la interpretación oficial efectuada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General 14, además del constante auxilio que hace la jurisprudencia del Tribunal de diversos tratados y documentos de la Organización Mundial de la Salud. Así por ejemplo, en el caso de la Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco, el TC sustentó la obligación de reducir el consumo del tabaco a partir del Convenio Marco de

¹⁵ STC 3081-2007-PA/TC, FJ. 28; también estos y otros instrumentos internacionales fueron claves en el caso del Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado-Hideyo Noguchi (STC 5842-2006-PHC/TC).

la OMS para el Control del Tabaco, aprobado mediante resolución legislativa 28280, publicada el 17 de julio de 2004 (STC 0032-2010PI/TC, FJ. 82). Por su parte, en el caso del Aseguramiento Universal en Salud, el TC ha definido uno de los componentes de la equidad en salud recogiendo los objetivos indicados en el Informe de la 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» (OMS, 2009). Igualmente ha sustentado la necesidad de aumentar los ingresos globales de la salud, como componente de la equidad sanitaria, mediante el financiamiento público y el principio de solidaridad, teniendo en cuenta el Informe de la Organización Mundial de la Salud, titulado *La financiación de los sistemas de salud. El camino hacia la cobertura universal* (2010).

III. 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 engrazado 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 anti-retroviral 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 pleno¹⁶.

¹⁶ 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

Por otro lado, el Tribunal ha destacado también la necesidad de reconocer a la salud como un bien público cuya protección le compete, por tanto, a la sociedad en su conjunto. Y es que el hecho de que la salud se encuentre determinada por un conjunto de determinantes sociales hace a la sociedad responsable de la superación de obstáculos que impidan a las personas gozar de buena salud por causa de su falta de recursos económicos. El compromiso con los derechos sociales en este contexto, ha dicho el Tribunal, corresponde también a la sociedad y a los particulares como manifestación del principio de solidaridad. Así, el Tribunal ha interpretado que el deber de toda persona de contribuir al cuidado de la salud establecido en el artículo 7 de la Constitución exige que:

En relación con los problemas de salud que el tabaco genera en el hogar, los demandantes han sostenido que las prohibiciones normativas cuestionadas no son proporcionadas, pues no harán sino agravar tales problemas. En efecto, en la demanda se manifiesta lo siguiente: «prohibiendo el consumo de tabaco en lugares exclusivamente para fumadores, de acceso público o restringido, se está promoviendo de forma indirecta que aumente el consumo en los hogares de los fumadores, único espacio que les quedará para su consumo.

Existen dos razones fundamentales por las que el Tribunal Constitucional no puede compartir este criterio de los demandantes. En primer lugar, porque existen razones empíricas que permiten constatar que las conclusiones a las que arriban son falsas. La segunda razón por la que este colegiado discrepa del planteamiento de los demandantes es porque en él subyace una falta de reconocimiento del deber que también compete a los privados, y singularmente a los padres de familia, en la debida promoción de los valores constitucionales. En efecto, la pregunta de los recurrentes en el sentido de que ante las prohibiciones cuestionadas, «¿quién va a proteger al resto de los habitantes del hogar de la exposición al humo del tabaco?», pareciera sugerir que ante la decisión por parte del legislador de prohibir el consumo del tabaco —en ánimo de proteger el derecho fundamental a la salud y de cumplir las obligaciones internacionales asumidas en este sentido— en los locales públicos cerrados, se estaría obligando inevitablemente a los padres a fumar en sus casas, perjudicando seriamente la salud de sus hijos e incentivándolos a incursionar en esta actividad adictiva. Esta perspectiva olvida que, de conformidad con el artículo

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 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.

5° de la Constitución «[e]s deber de los padres [...] educar [...] a sus hijos» y que conforme al artículo 38° de la Constitución, «[t]odos los peruanos tienen el deber de [...] respetar, cumplir y defender la Constitución», lo cual exige asumir que todo padre tiene el deber constitucional de no llevar a cabo en el hogar conductas que puedan violar el derecho fundamental a la salud de sus hijos»¹⁷.

En términos generales, el TC ha establecido que:

Como ya se ha expuesto, la moderna concepción de los derechos sociales implica que no solo constituyan obligaciones de hacer del Estado, sino de toda la sociedad en su conjunto; por ello, la doctrina ha empezado a denominarlos ‘deberes de solidaridad’.

En una sociedad democrática y justa, la responsabilidad por la atención de los más necesitados no recae solamente en el Estado, sino en cada uno de los individuos en calidad de contribuyentes sociales. Es así como adquieren mayor sentido las sanciones jurídicas frente al incumplimiento de estos deberes, por ejemplo, las sanciones que se imponen ante la omisión del pago de impuestos, pues justamente a través de ellos se garantiza la recaudación y una mayor disponibilidad presupuestal para la ejecución de planes sociales¹⁸.

Es por estas razones que el Tribunal estableció en el caso del Aseguramiento Universal en Salud que el Estado podía legítimamente comprometer a la sociedad en su conjunto en el objetivo de incrementar los recursos globales para el sistema de salud, de modo que se superen las brechas de integralidad en el acceso a los servicios médicos y la atención de enfermedades de alto costo para las personas con menos recursos¹⁹-

IV. 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

¹⁷ STC 0032-2010-PI/TC, FEJJ. 132-134.

¹⁸ STC 2945-2003-AA/TC, FEJJ. 23-24.

¹⁹ STC 0033-2010-PI/TC, FJ. 47.

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 sentido²⁰.

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 remediables 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

²⁰ STC 2945-2003-AA/TC, FJ. 28.

²¹ STC 0033-2010-PI/TC, FJ. 32.

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» (OMS, 2009), en http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789243563701_spa.pdf.], son los siguientes:

- 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
 - 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» (2010, informe disponible en el siguiente enlace web http://whqlibdoc.who.int/whr/2010/9789243564029_spa.pdf).²²

²² STC 0033-2010-PI/TC, FJ. 34.

V. 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 Távora 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 salud²⁵.

²³ LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan. «El derecho a la salud». En *Derechos fundamentales. Estudios desde las diversas especialidades del Derecho*. Lima: Gaceta Jurídica, 2010.

²⁴ STC 0033-2010-PI/TC, FJ. 34.

²⁵ STC 6534-2006-PA/TC, FJ. 9.

VI. 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 como 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]. 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 quiere 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 sexual²⁷.

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,

²⁶ STC 2005-2009-PA/TC, FJ. 6.

²⁷ STC 0008-2012-PI/TC, FJ. 85.

sustentándose en que de la propia posología de los AOE parecía 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.

VII. 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 adolescentes²⁹.

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 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

²⁸ STC 2480-2008-PA/TC.

²⁹ 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.

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.³⁰.

VIII. La judicialización del derecho a la salud

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 indelible 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

³⁰ STC 3426-2008-PHC/TC.

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

³¹ El Penal de Challapalca se encuentra a 4280 m.s.n.m., y las condiciones climáticas, con bajas temperaturas, hacían difícil la detención; razón por la cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Defensoría del Pueblo, el Comité de las Naciones Unidas y la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos pidieron el cierre de dicho penal. El Tribunal, sin embargo, alegando que las dificultades se presentaban solo para quienes no podían adaptarse a estas alturas, no dispuso la clausura (Cf. STC 1429-2002-PHC/TC).

internacionales en materia de atención de salud mental, con preferencia del método comunitario sobre el intramural, aun 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 mentales³³.

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, 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

³² 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.

³³ STC 2480-2008-PA/TC.

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,

³⁴ STC 5842-2006-PHC/TC, puntos resolutivos 4, 6 y 7. 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.

fortaleciendo los niveles de coordinación con el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Economía y Finanzas, etc.³⁵.

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 Salud³⁶. 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 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

³⁵ STC 3426-2008-PHC/TC.

³⁶ Hemos comentado detalladamente esta sentencia 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.

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 medidas³⁷.

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.

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:

³⁷ STC 0033-2010-PI/TC, FJ. 29.

- 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 salud³⁸. 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, 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

³⁸ SEN, Amartya: «¿Por qué la equidad en salud?». En *Primero la gente*. Barcelona: Deusto, 2007, pp.74 y ss.

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 capacidades 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 *critérios 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 aun 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,

³⁹ Este listado ha previsto la protección de las siguientes enfermedades: cáncer de cuello uterino, cáncer de mama, cáncer de colon, cáncer de estómago, cáncer de próstata, leucemias, linfomas e insuficiencia renal crónica.

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 internacional⁴¹

⁴⁰ Esto es lo que parece estar sucediendo, dado que el actual gobierno de Ollanta Humala no ha incluido entre sus políticas de salud el afianzamiento del aseguramiento universal, además de no brindar información sobre los avances de dicho proceso, como sí sucedía en el gobierno de Alan García. En el portal web del Ministerio de Salud puede verse el lugar accesorio que ocupa hoy la política de aseguramiento universal: www.minsa.gob.pe.

⁴¹ Véase al respecto los «Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales», establecidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA/Ser.L/V/II.132), de 19 de julio de 2008). Específicamente para el caso del derecho a la salud: «Informe provisional del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental» (A/58/427, de 10 de octubre de 2003) e «Informe del Relator

, como a nivel de la doctrina⁴² y la jurisprudencia comparadas⁴³: 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 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 sistema⁴⁴. 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 salud⁴⁵.

La necesidad de ordenar el establecimiento de una línea de base,⁴⁶ que nos permita saber en qué grado de satisfacción de la equidad en salud nos encontramos ahora,

Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental» (E/CN.4/2006/48, de 3 de marzo de 2006).

⁴² Véase ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI, Laura (comps.). *La medición de derechos en las políticas sociales*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2010.

⁴³ 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.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ 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).

⁴⁶ COURTIS, Christian. «Apuntes sobre la elaboración y utilización de indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales». En *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*. Ob. cit. pp. 413 y ss.

—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, 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.