

Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente



Edición Nº 3. Julio de 2023

El derecho a la salud en el Perú: Entre los avances de la jurisprudencia constitucional y la insatisfacción de las necesidades humanas básicas y el desarrollo humano integral

Por Eloy Espinosa-Saldaña Barrera¹

I. ALGUNAS ANOTACIONES SOBRE NUESTRA VISIÓN DEL SUSTENTO DE

¹ Posdoctor en Derecho por la Universidad de Bolonia. Doctor en Derecho con mención sobresaliente summa cum laude y Premio Extraordinario en Madrid (España). Ex vicepresidente del Tribunal Constitucional del Perú. Conferencista invitado, Profesor visitante o Profesor invitado en el Instituto Max Planck, el Tribunal Constitucional Federal, el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Fundación Konrad Adenauer (Alemania); la Corte Constitucional y las universidades de Bolonia, La Sapienza y Pisa (Italia); las universidades París Sorbona y Lorena (Francia), entre otros Tribunales o Cortes Constitucionales, Cortes Supremas, universidades y centros de estudio de España, Suiza, Rusia, Polonia, Bélgica, Andorra, México, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, República Dominicana, Puerto Rico, Colombia, Ecuador, Perú, Chile, Argentina, Uruguay, Brasil, Bolivia, Venezuela, Qatar, Marruecos y Corea del Sur.

Integrante de la mesa directiva de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo, y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Ex integrante de las mesas directivas de las Asociaciones Peruanas de Derecho Constitucional y Derecho Procesal, así como de la Red peruana de docentes en Derecho Constitucional. Integrante del Instituto Internacional, la Asociación Internacional y el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo; y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, entre otras entidades. Perito por la Comisión ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Autor, coautor o director de diversas publicaciones en materia de su especialidad. Código ORCID 0000-0003-1205-448x.

El autor agradece la colaboración del profesor Omar Sar en la recopilación de la mayor parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano citada en este trabajo. Sin embargo, es solamente el autor de este texto el único responsable de lo consignado en cada apartado y conclusión del mismo.

LOS DERECHOS EN GENERAL, Y DEL DERECHO A LA SALUD EN PARTICULAR (Y ACERCA DE LAS FRUSTRACIONES EN SU EJERCICIO A PESAR DE UN INTERESANTE DESARROLLO JURISPRUDENCIAL.

La comprensión del Constitucionalismo ha cambiado con los años. En primer lugar, se daba un Constitucionalismo de límites, donde lo principal era garantizar restricciones al ejercicio del poder, y, sobre todo, del poder político. La consignación de lo que hoy entendemos como derechos eran inicialmente más bien mandatos al poderoso (básicamente primero el rey(reina) absoluto(a), y luego el legislador), pero no exigencias de quién se considera titular de algo.

En Europa Continental, y sobre todo luego de la Segunda Guerra Mundial, los límites al poder siempre fueron importantes para el constitucionalismo, pero el centro de su comprensión se deslizó hacia el reconocimiento de la Constitución como norma normarum (en realidad, ese aporte kelseniano en Europa Continental ya había sido recogido por la Corte Suprema de los Estados Unidos a principios del siglo diecinueve, en el famoso caso “Marbury versus Madison”) y, principalmente, pasar a reconocer a los derechos (entendidos como aquellas potestades de ser, no hacer o dar que son exigibles ante terceros) como centro de constitucionalismo. Ahora bien, esos derechos tenían que contar con un sustento, y se planteó que la dignidad sería el sustento de dichos derechos.

Sin embargo, como ya he dicho en otros trabajos, desde un principio a la dignidad resultaba un sustento de los diferentes derechos no tenía justamente esa certeza que reclamaban. De entrada, cuando ya la Ley Fundamental de Bonn establecía que las personas jurídicas son titulares de derechos en aquello que les resulte conveniente para alcanzar sus fines, el mismo sustento de los derechos en la dignidad comienza se pone en entredicho. Sí a lo expuesto se añade la diferente comprensión que suele tenerse de la dignidad, nos encontramos ante un elemento que no sustenta precisamente de manera contundente los diferentes derechos vistos entonces (y los nuevos derechos que se puedan acreditar hoy).

Es en este contexto, si bien desde posturas como las de la Iglesia Católica, el pensamiento kantiano o la postura Rawlsiana hay diversas consideraciones que pudieran considerar a la dignidad como una misma base o sustento de los derechos, lo cierto en mi opinión es que se requiere una visión distinta, la cual nos va progresivamente llevando a un Constitucionalismo de las capacidades para satisfacer nuestras necesidades básicas y nuestro desarrollo humano integral.

Aquí es primordial el aporte de Amartya Sen y su enfoque de las capacidades. en su diversa y valiosa obra, que le llevó a ganar el premio Nobel de economía, Sen propone hacer un marco moral como sustento del enfoque de capacidad que a continuación desarrolla. Sen, para tratar de poner su razonamiento en los términos más sencillos posibles, parte de preguntarse sobre cómo alcanzar la justicia, el desarrollo (y no el mero crecimiento) y el bienestar, en principio los aspectos en que se buscan obtener a través de los diferentes derechos. Frente a ello, se plantea esta perspectiva distinta a las teorías convencionales de la justicia. Entregado a la reducción de la injusticia y cómo debería pronunciarse la justicia, nos señala que la actuación de las personas para alcanzar esos logros se debe contar con cierta libertad y ciertas condiciones que permitan poder maximizar nuestras potencialidades humanas, y para ello se tiene que proporcionar, a todos y todas, un mayor marco de opciones vitales.

Dicho con otras palabras, para alcanzar lo que se busca, dentro de una sociedad tiene que conjugarse la posibilidad de decidir con las condiciones para una proyección progresiva y sostenida en el tiempo (lo que, lejos de la connotación ambiental que en otros contextos se le da, se denomina aquí “desarrollo sostenible”), y permitir la consolidación de ciertas conductas, de determinadas pautas éticas. Explicado en términos más propios de Sen, los arreglos sociales deberán ser evaluados principalmente (más no únicamente) según el grado de libertad que tienen que promover o lograr los funcionamientos que se valoran (en ese sentido, nítidamente destaca lo señalado por Sen en su “Desarrollo y Libertad”. Barcelona, Planeta, 2000).

Así, por ejemplo, el trabajo permite tener contactos sociales, demostrar habilidades, alcanzar una tranquilidad psicológica o mejorar la autoestima.

Y es que la toma de nuestras decisiones (tanto las que tienen que ver con lo económico, como las que no son de naturaleza económica) hay elementos sociales e interpersonales que están al margen de la utilidad personal y de la exclusiva maximización del beneficio personal de corte predominantemente individualista.

Ahora bien, para ejercer esas libertades y alcanzar el desarrollo buscado (como fin y medio de estas libertades) se debe contar con ciertas capacidades, capacidades para satisfacer esas necesidades humanas básicas, y ese desarrollo humano integral que son a vez el verdadero sustento de lo que habitualmente entendemos como derechos. Así es como se pronuncia Amartya Sen, en libros como el ya mencionado “Desarrollo y Libertad”; “La idea de la justicia” (Madrid, Penguin Random, Grupo Editorial España, 2012); “El nivel de la vida” (Madrid, Editorial Complutense, 2001; “Bienestar, justicia y mercado” (Barcelona, Paidós, 1997; “Nuevo examen de la desigualdad” (Madrid,

Alianza, 1995; o “Sobre ética y economía” (Madrid, Alianza, 1984); o en inglés, “The economics of life and death”. En: Scientific American, 268, 5. Los Ángeles, 1993, p.40-47; o “Parenty and famines: an essay on entitlement and depresión”. Oxford, Oxford University Press, 1981, entre otros².

Allí es donde aparece su teoría de las capacidades para satisfacer nuestras necesidades humanas y nuestro derecho humano integral. La idea es que el sustento de aquello que buscamos y se expresa a través de lo que hoy entendemos como derechos, es precisamente la satisfacción de sus condiciones que, en libertad, permiten nuestro desarrollo humano integral. Por ende, el enfoque de la teoría de las capacidades que Sen impulsa implica dos reclamos normativos centrales. Primero, el reclamo de que la libertad es de indispensable importancia para lograr lo que Sen llama una moral primaria. Y, en segundo término, que la libertad, para lograr el bienestar, tiene que entenderse en términos de las personas capaces. Dicho en otros términos, sus actividades reales de hacer y ser son lo que tienen que valorar³. Este enfoque de las capacidades se ha desarrollado en una variedad de teorías normativas más específicas, como las de Justicia, y en una serie de relatos, como los relatos de la ética del desarrollo.

Pero este enfoque también ha dado lugar a una nueva literatura con un componente altamente interdisciplinar con las Ciencias Sociales, que se refleja en nuevas estadísticas e indicadores sociales. Y, finalmente, este enfoque genera un nuevo paradigma de políticas, las cuales se utilizan principalmente en estudios de desarrollo: el enfoque de desarrollo humano o de bienestar humano.

Con la teoría de las capacidades para satisfacer nuestras necesidades humanas básicas pretende que la libertad para lograr el bienestar (y el desarrollo, pero nunca solamente el crecimiento) es una cuestión de lo que las personas pueden hacer y ser; y, por lo tanto, responde al tipo de vida que pueden llevar efectivamente. Y es que, tal como argumenta Sen, los productos básicos o la riqueza que tienen las personas o sus reacciones mentales proporcionan información ilimitada o indirecta cómo va su vida. Sen ilustra su punto de vista con su famoso ejemplo de una bicicleta estándar.

² Existen muchos textos que intentan explicar con claridad el pensamiento de Amartya Sen. Recomiendo revisar PRESSMAN, Steven y SUMMERFIELD, Gale “The economic contributions of Amartya Sen”. En: Review of Political Economy. Volume 12, Issue 1, 2000, p.99-114; o LONDON, Silvia y FORMICELLA, María. “El concepto de desarrollo en Sen y su vinculación con la educación”. En: Economía y Sociedad volumen XI, número 17. Morelia, enero-junio 2000, p.17-32.

³ El subrayado es extraído de DEL VALLE FELIBERT CENTENO, Rebeca. “Teoría de las capacidades por Amartya Sen. ”En: cmi@cmiuniversal.com, publicado el 28 de setiembre de 2020)

De allí lo señalado en “Desarrollo y Libertad”. Allí, Sen concibe el desarrollo como “un proceso integrado de expansión de las libertades fundamentales y relacionadas entre sí, que integra las consideraciones, económicas, sociales y políticas y permite reconocer el papel de los valores sociales y de las costumbres”. Y para ello, Sen se aferra a la idea de que “las libertades no solo son el fin principal del desarrollo, sino que se encuentran, además, entre sus principales medios”, reconociendo a su vez la importancia de las relaciones entre los distintos tipos de libertades.

Y por ello siempre entiende que las libertades están intercaladas entre sí y no siempre con resultados favorables. Por ende, un mal uso de la idea de libertad económica, en forma de extrema pobreza, puede hacer de una persona una víctima indefensa frente a la violación de otros tipos de libertad, como la falta de libertad social, y de la misma forma, la falta de libertad social o política. Y también puede fomentar la falta de libertad económica (por ejemplo, con la configuración de un paro laboral).

Como puede apreciarse, Sen ofrece una alternativa a las teorías convencionales de la Justicia. El núcleo de la reflexión de Sen es el respeto de las diferentes proporciones de la “sociedad justa” (en ello ver claramente su “La idea de la justicia”). Y es que muy distintas convicciones pueden también ofrecer soluciones claras, directas y defendibles. Sen hace un uso de esa pluralidad con el fin de construir una teoría de la justicia para el mundo, capaz de absorber distintos puntos de vista y resolver las cuestiones de injusticia global.

Ahora bien, se puede desarrollar e incluso satisfacer nuestras necesidades humanas básicas y nuestro desarrollo integral humano, pero no de cualquier manera. Hay varias vías o acuerdos para alcanzar las capacidades buscadas, que nos llevan a objetivos (la satisfacción de necesidades humanas básicas, el alcanzar un desarrollo humano integral básico), que se expresan a través de lo que hoy llamamos derechos. Los derechos son expresores o expresiones del requerimiento de obtener estas necesidades, este desarrollo.

Frente a esta dinámica es que, según Sen, una persona, dentro de la teoría de las capacidades, hace cosas que inciden directamente en la calidad de vida, y que se analizan en términos de los conceptos centrales de “funcionamientos” y “capacidad”. Sen argumenta que el enfoque correcto para evaluar es el que las personas se encuentran en capacidad para vivir una vida que tenemos razones para valorar, y no su riqueza de recursos subjetiva.

En este escenario, el tener capacidades le permite a toda persona alcanzar una

representación de la libertad efectiva de una persona para vivir una vida valiosa, sobre lo que pueda hacerse en favor de satisfacer nuestras humanas básicas y nuestro desarrollo humano integral. Uno es libremente efectivamente cuando tiene condiciones de satisfacer sus necesidades humanas básicas y su desarrollo humano integral. Esto le distingue de enfoques más difundidos para realizar una evaluación ética, que se centran exclusivamente en la disponibilidad de medios para lo que se considera una buena vida.

Sen no pone especial interés en hacer una lista de las que serían necesidades básicas a satisfacer. Ese es un esfuerzo en el cual se involucra Martha Nussbaum (ver al respecto su "Las fronteras de la justicia". Barcelona, Paidós, 2007, especialmente p. 88-89), y aunque la misma Martha Nussbaum reconoce que su lista es enunciativa, lo principal es si se plantea como parte de su lista a la vida; integridad física; sentidos; imaginación y pensamiento; emociones; razón práctica; afiliación; y, lo que es especialmente importante en este trabajo, la salud (en principio, física, aunque también se proyecta a un nivel psicológico). La salud es un derecho en tanto y en cuanto es la expresión de una de nuestras necesidades humanas básicas que se busca satisfacer, así como una expresión de las necesidades a satisfacer para alcanzar nuestro desarrollo humano integral básico.

Y es que, si la salud no se presenta en y con ciertas condiciones, nuestra propia vida e integridad se encuentran gravemente comprometidas. Y, por ende, hay que exigir que sea necesario garantizar su cumplimiento. Y como la exigencia de estas necesidades o de la de nuestro desarrollo humano integral están directamente vinculadas a lo ya objetivamente anotado, estamos frente a elementos que pueden expresarse, exigirse y manifestarse mediante lo que reconocemos como derechos.

En síntesis, y como bien puede apreciarse, me encuentro entre quienes consideran que los derechos en general, y el derecho a la salud (física, pero también psicológica) en particular, se sustentan y son expresiones de nuestras necesidades humanas básicas y nuestro desarrollo humano integral. Frente a ellos hay que otorgar libertades, pero también capacidades, para llegar al cabal ejercicio de dichos derechos, la plena satisfacción de nuestras necesidades, y nuestro completo desarrollo integral. Y allí es precisamente donde las cosas no andan bien en lo referido al derecho a la salud en el Perú.

No cabe duda que la plasmación de una jurisprudencia tuitiva, como la dictada por el Tribunal Constitucional peruano sobre la salud es una condición necesaria, más no suficiente, para crear capacidades que permitan satisfacer todas las necesidades

humanas básicas y alcanzar un desarrollo humano integral al respecto. Es más, coyunturas como las vividas hace muy poco con el COVID, y las actualmente presentes gracias al dengue en el Perú, ponen en evidencia el limitado nivel de tutela que en los hechos tiene la salud física en el escenario de mi país. Y por si esto no fuese suficiente, los problemas vinculados con la salud mental son de extrema gravedad: según estadísticas confiables difundidas en diversos medios de comunicación, solamente dos de diez personas con problemas de salud mental en el Perú (donde incluimos desde situaciones de depresión y ansiedad hasta casos con patologías de altísima peligrosidad) reciben un adecuado tratamiento frente a aquello que les toca vivir. Y eso que estamos hablando de un país que, a pesar de la reciente crisis mundial, todavía se encuentra entre los que en promedio pueden ser calificados como de ingresos medios, y con un nivel de crecimiento económico por encima de la media de la región.

El sentido del presente trabajo es precisamente el de hacer notar, repito, que el avance jurisprudencial es condición necesaria, más no suficiente, para tener la capacidad de satisfacer nuestras necesidades humanas, alcanzar nuestro desarrollo humano integral y, en puridad, poder ejercer ya ni siquiera a cabalidad, sino únicamente en el ámbito de lo razonable, derechos como nuestro derecho a la salud. Pasaré entonces a emprender la tarea ofrecida.

II. EL TRATAMIENTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DADO AL DERECHO A LA SALUD EN EL CASO PERUANO

2.1 Lo previsto a nivel normativo en el Perú

El Estado peruano ha suscrito algunos tratados a proteger la vigencia del derecho a la salud. Basta con tener presente lo señalado, y ratificado por el Perú, en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el particular:

“[...]Artículo 12.-

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberían adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
 - a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en casos de enfermedad. [...]"

Basta también con revisar aquello a que apunta el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y su búsqueda de una mayor protección, en forma progresiva, de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales., y con rotunda claridad en el artículo 10 del Protocolo de San Salvador, donde expresamente se señala lo siguiente:

"[...] Artículo 10,- Derecho a la salud

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

Ahora bien, y a pesar de que la redacción del artículo 19.6 pareciera limitar la posibilidad de que se ejerza la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en estos casos, es de conocimiento general que la misma evolución de la jurisprudencia de la Corte ha abierto la posibilidad de tutelar el derecho a la salud, y de judicializar casos en que se haya vulnerado este derecho.

Además, el Perú ha ratificado o se ha adherido a tratados destinados a proteger el

derecho a la salud frente, a, por ejemplo, las emisiones y liberaciones antropógenicas de mercurio y compuestos de mercurio (el Convenio de Minamata, adoptado en Kunamoto (Japón) en 2013, incorporado al ordenamiento jurídico peruano el 21 de enero de 2016, y vigente desde agosto de 2017); o de Contaminantes Orgánicos Persistentes (el Convenio de Estocolmo , incorporado en el ordenamiento jurídico peruano el 14 de setiembre de 2005, y vigente desde el año 2004).

Especial importancia tiene el reconocimiento constitucional dado en el Perú al derecho a la salud, y a aspectos directamente vinculados a este derecho. En este sentido, vale la pena consignar los textos de los artículos 7, 9 y 11 de la Carta peruana de 1993.

“[...] Artículo 7.- Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como al 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 respecto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

[...]

Artículo 9.- El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios.

[...]

Artículo 11.- El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.

La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado. [...]"

2.2 El desarrollo de la jurisprudencia constitucional peruana sobre el derecho a la salud.

2.2.1 Consideraciones preliminares

Para efectos del presente trabajo, solamente haré referencia a jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano vinculada a los artículos 7 y 9 de la Carta de 1993, pues la jurisprudencia relacionada con el artículo 11 gira en torno a la materia previsional, la cual va más allá de los alcances del presente texto. También haré referencias especiales a tres casos muy particulares dentro de la jurisprudencia de

nuestro Tribunal: el caso “Chávez Cabrera”, y el riesgo que genera a la salud el reúso de material quirúrgico; el caso “Pablo Miguel Fabián Martínez y otros”, frente al riesgo que genera a la salud la contaminación por la actividad minera en La Oroya, importante ciudad del interior del país; y, finalmente, el reciente caso “Violeta Cristina Gómez Hinostroza”(STC 00238-2021-PA/TC, sobre salud sexual y reproductiva, a partir de lo dispuesto sobre la “píldora del día después”. Procedo entonces a desarrollar la actividad ofrecida.

2.2.2 Lo previsto en función del Artículo 7 de la Constitución de 1993

2.2.2.1 Sobre la cobertura del derecho a la salud

“[...]El hecho de supeditar el acceso al servicio de salud a esa suerte de identidad formal de domicilios introduce, en los hechos, una barrera burocrática que no se condice con la finalidad que pregona Es Salud en el documento que obra a fojas 6, esto es “[...]” facilita(r) la atención de la población asegurada al centro asistencial más cercano a su domicilio”, y que desconoce un dato que fluye de la realidad: los continuos desplazamientos de compatriotas al interior del territorio nacional, respecto de los cuales el Estado debe mantener una alerta uniforme -y no restringida a un único punto de atención- del servicio de salud” (STC 03962-2010-AATC, caso Luis Antonio Tapia Ponce, fundamento jurídico cinco).

2.2.2.2 Doble dimensión del derecho a la salud

“[...] En cuanto al derecho a la salud, la Constitución establece en el artículo 7 que “todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa [...]”. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de establecimiento; acciones que el Estado debe proteger tratando que todas las personas, cada día, tengan una mayor 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 este sentido” (STC 02945-2003-AA/TC, caso Azanca Alhelí Meza García, fundamento 28).

Asimismo, el Tribunal Constitucional peruano ha sostenido que “no puede ser entendido (el derecho a la salud) como una norma que requiere de desarrollo legal para su efectividad, siendo así, podemos afirmar que posee una doble dimensión: a) el derecho de todos los miembros de una determinada comunidad de no recibir por parte del Estado un tratamiento que atente contra su salud; y b) el derecho de exigir del Estado las atenciones necesarias para el goce de parte de los ciudadanos de servicios de calidad en lo relacionado a la asistencia médica, hospitalaria y farmacéutica” (STC 03599-2007-PA/TC caso Avelina del Carmen Irigoyen Jiménez, fundamento segundo).

Es claro que algunos de las más importantes manifestaciones del derecho a la salud se relacionan con el ámbito sexual y reproductivo, es decir, como 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, su autodeterminación en cuanto a las posibilidades de reproducción, la atención médica prenatal y postnatal (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 educación sexual” (STC 00008-2012-AL/TC (caso 10609 ciudadanos, fundamento 85).

2.2.2.3 Relación entre el derecho a la salud y la integridad personal

“[...] siempre que el derecho a la salud resulte lesionado o amenazado lo estará también el derecho a la integridad personal e incluso en ciertos casos ello se proyectará en una afectación el mantenimiento del derecho a la vida (...) En cuanto al derecho a la salud de las personas recluidas, es también un derecho que vincula al Estado. En consecuencia, existe un deber de no exponerlos a situaciones que pudieran comprometer, afectar o agravar su salud” (STC 02775-2011-HC/TC, caso Luis Alberto Otoyá López, fundamentos jurídicos 4 y 5).

2.2.2.4 El derecho a la salud de las personas privadas de su libertad personal

“[...] La Constitución reconoce en su artículo 7 el derecho que tiene toda persona a la protección de su salud, así como el deber estatal de contribuir a la promoción y defensa de ésta, exigencia que se presenta con mayor énfasis respecto de las personas cuya libertad se encuentra limitada por un mandato judicial. En ese sentido, el derecho a la salud se orienta a la conservación y al restablecimiento armónico del ser humano en su aspecto físico y psicológico; por tanto, guarda una especial conexión con los derechos a la vida, a la integridad y a la dignidad de la persona humana, derecho éste cuya esencia es indiscutible, pues, como dice el artículo 1 del Título Preliminar de la Ley General de Salud, número 26842, constituye la “condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo”. Por ello, siempre que el derecho a la salud resulte lesionado o amenazado lo estará también el derecho a la integridad personal, e incluso en ciertos casos podría resultar afectado el mantenimiento del derecho a la vida. Debe tenerse presente que la vida no es un concepto circunscrito a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino que se consolida como un concepto más amplio del que puede concebirla como la simple y limitada posibilidad de existir, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas.

Po esta razón, es indispensable la consideración de la vida en dignidad que, en el caso de autos, se manifiesta como vida saludable. En cuanto derecho constitucional, la salud de las personas recluidas es también una facultad vinculante al Estado. Por esta razón, el Código de Ejecución Penal establece en su artículo 76 que “(e)l interno tiene derecho a alcanzar, mantener o recuperar el bienestar físico y mental. La

Administración Penitenciaria proveerá, lo necesario para el desarrollo de las acciones de prevención, promoción y recuperación de la salud”. Por lo tanto, los reclusos, obviamente, gozan del derecho constitucional a la salud al igual que cualquier otra persona humana, sin embargo, en este caso, es el Estado el que asume la responsabilidad por la salud de los internos.

En consecuencia, existe un deber de no exponerlos a situaciones que pudieran comprometer, afectar o agravar su salud. Por esta razón, el Instituto Nacional Penitenciario, como órgano competente encargado de la dirección y administración del sistema penitenciario, es el responsable de todo acto u omisión indebida que pudiera afectar la salud de las personas recluidas, sino también a que las condiciones en las que se cumple la detención provisoria o la condena se condigan con la dignidad de la persona y no termine afectando otros derechos fundamentales” (STC 01362-2010-HC/TC, caso Luis Antonio Loayza Morales, fundamentos 4 y 5).

2.2.2.5 El derecho a la salud es derecho fundamental innegable y necesario para el propio ejercicio del derecho a la vida.

“[...] La Constitución en su artículo 7 reconoce el derecho que tiene toda persona a la protección de su salud, así como al deber del Estado de contribuir a la promoción y defensa de aquella. Si bien es cierto que el derecho a la salud no se encuentra contenido en el Capítulo de Derechos Fundamentales de la Constitución, también es cierto que su inherente conexión con los derechos a la vida, a la integridad personal y el principio de dignidad de la persona, lo configura como un derecho fundamental innegable y necesario para el propio ejercicio del derecho a la vida, toda vez que constituye, como lo señala el Artículo I del Título Preliminar de la Ley 26842 – Ley General de Salud, “condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo”.

En este sentido, este Tribunal ya ha tenido oportunidad de precisar que el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, así como de prevenirlo y restituirlo ante una situación de perturbación del mismo, lo que implica que el Estado debe efectuar acciones de prevención, conservación y establecimiento, a fin de que las personas disfruten del más alto nivel de bienestar físico y mental, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas. En ese sentido, ver la STC 2945-2003-AA/TC, caso “Azanca Alhelí Meza García”, fundamento 28.

El segundo párrafo del Artículo 7 de la Constitución ordena que la persona incapacitada para velar por sí mismo a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad. Ahora, en cuanto al derecho a la salud mental, este Tribunal ha precisado que: a) el derecho a la salud mental es parte integrante del derecho a la salud; b) el

derecho a la salud tiene como único titular a la persona humana; c) el derecho a la salud mental tiene como ... el derecho a disfrutar del mayor nivel posible de salud mental que le permita a la persona humana vivir dignamente; y, d) la salud protegida no es únicamente la física, sino que comprende también todo aquellos componentes propios del bienestar psicológico y mental de la persona humana” (STC 024-2008-PA/TC, caso Ramón Medina Villafuerte, fundamento once).

“[...] Entonces, el derecho a la salud presenta una dimensión positiva que lo configura como un típico derecho “programático”, vale decir, un derecho cuya satisfacción requiere acciones ... y con carácter progresivo en función de las posibilidades presupuestales del Estado.

En este punto es pertinente advertir que el derecho a la salud forma parte del derecho a la libertad individual (y, por lo tanto, susceptible de ser tutelada vía el habeas corpus) en tanto su agravio se manifiesta en personas cuya libertad personal se encuentra coartada, tal es el caso de las personas privadas de su libertad en cumplimiento de una pena, detención judicial o policial.

En lo que concierne al derecho a la integridad personal, la Constitución señala en su artículo 2, inciso 1, que toda persona tiene derecho a su integridad moral, física y psíquica y a su libre desarrollo y bienestar. De ello se deriva que el derecho a la integridad personal, como todos los demás derechos fundamentales, se encuentre vinculado con el derecho – principio de la dignidad de la persona humana. Es así, que el derecho a la dignidad de la persona humana permanece indemne en determinadas circunstancias de detrimento económico, cultural, educativo o cuando la persona se encuentre justificadamente limitada en su libertad individual como consecuencia de su conducta desplegada. Tal es el caso de las medidas de seguridad impuestas” (STC 03425-2010-HC/TC, caso Carlos Gonzáles La Torre, fundamentos del seis al diez).

2.2.2.6 Protección especial para con las personas que padecen de VIH

“[...] teniendo en cuenta que el Estado ha puesto en marcha, tal como se sugirió en la STC 02945-2003-AA/TC (caso “Azanca Alhelí Meza García”), medidas concretas para la satisfacción de los derechos sociales en los pacientes de VIH/SIDA, este Colegiado considera que es oportuno hacer extensiva la especial protección consagrada en el artículo 7 de la Constitución a las personas que padecen de una deficiencia física producto de la infección con VIH o el desarrollo del SIDA, pues, es evidente que el estado de vulnerabilidad manifiesta en que se encuentra este sector de la población necesita de una protección reforzada para que puedan ejercer sus derechos fundamentales a plenitud, sin que se vean sometidos a medidas discriminatorias o a acciones arbitrarias por el solo hecho de padecer de la referida patología.

Con esta afirmación se reitera, tal como lo señala el mencionado artículo 7, que este gran Sector de la población tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad. La postura asumida por el Tribunal Constitucional coloca a las personas con VIH/SIDA en un nivel superlativo de

protección respecto al resto del grupo poblacional, lo que demandará del Estado y de la Comunidad medidas tuitivas, sustentadas en el deber de solidaridad, con el objeto que no se generen acciones peyorativas o arbitrarias en el ejercicio de sus derechos fundamentales (STC 04749-2009-AA, caso “Francisco Villacorta Guevara” fundamentos 31 y 32).

2.2.2.7 La conexión del derecho a la salud con otros derechos fundamentales

“[...] La Constitución reconoce en su artículo 7 el derecho que tiene toda persona a la protección de su salud, así como el deber estatal de contribuir a la promoción y defensa de ésta, exigencia que se presenta con mayor análisis respecto de las personas cuya libertad se encuentre limitada por un mandato judicial. En este sentido, el derecho a la salud se orienta a la conservación y el restablecimiento del funcionamiento armónico del organismo en su aspecto físico y psicológico del ser humano. Por tanto, guarda una especial conexión con el derecho a la vida, la integridad y a la dignidad humana que concluye por configurarla como un derecho fundamental indiscutible, pues, como dice el artículo I del Título Preliminar de la Ley General de Salud número 264842 constituye la “condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo”.

Por ello, siempre que el derecho a la salud resulte lesionado o amenazado lo estará también el derecho a la integridad personal e incluso pudiéndose proyectar en ciertos casos en una afectación al mantenimiento del derecho a la vida. Debe tenerse presente que la vida no es un concepto circunscrito a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino que se consolida como un concepto más amplio del que puede concebirse con la simple y limitada posibilidad de existir, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condición saludable y digna.

En cuanto derecho constitucional, la salud de las personas reclusas es también una facultad vinculante al Estado. Por esta razón, el Código de Ejecución Penal establece en su artículo 76 que “el interno tiene derecho a alcanzar, mantener o recuperar el bienestar físico y mental. La Administración Penitenciaria proveerá lo necesario para el desarrollo de las acciones de prevención, promoción y recuperación de la salud”. Por lo tanto, los reclusos, obviamente, gozan del derecho constitucional a la salud al igual que cualquier persona humana. Sin embargo, en este caso, es el Estado el que asume la responsabilidad por la salud de los internos. En consecuencia, existe un deber de no exponerlos a situaciones que pudieran comprometer, afectar o agravar su salud” (STC 02814-2010-HC/TC. Caso “Carlos Alberto Tomasino de Lambarre, fundamentos 4 y 5).

2.2.2.8 Derecho a la salud mental y recibir un adecuado tratamiento.

“[...] Este Tribunal, en reiterada jurisprudencia, ha precisado que, cuando se alegue la afectación (amenaza o violación) de los denominados derechos conexos, tales como el derecho al debido proceso, a la defensa, salud, etc., dicha afectación también debe manifestarse, de manera concurrente a posterior, en alguno de los concretos derechos que comprende el género de la libertad individual (libertad personal, libertad de tránsito,

etc.). En efecto, la violación del derecho fundamental a la salud mental puede suponer a la vez la violación de otros derechos fundamentales, como son el derecho a la vida, a la integridad física o al libre desarrollo de la personalidad.

En el caso, ha quedado acreditado de manera objetiva que la permanencia del favorecido Marroquín Soto en un centro destinado para personas consideradas a pena privativa de la libertad (E.P. Lurigancho), en lugar de encontrarse internado en un centro hospitalario a efectos de recibir un tratamiento especializado que le permita conservar su estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, por padecer de síndrome psicótico esquizofrénico paranoide, vulnera por omisión y de manera concurrente los derechos fundamentales a la salud y a la integridad personal.

En efecto, este Tribunal considera que el particular estado del favorecido, quien se encuentra en una situación de riesgo palpables, toda vez que no recibe tratamiento médico especializado que haga posible la rehabilitación de su salud mental por estar en un establecimiento de naturaleza distinta a la que sus necesidades exigen de acuerdo con la enfermedad que padece, a lo que debe agregarse el hecho de que se encuentra alejado de su familia y de la atención que ésta le pueda brindar, debe ser trasladado e internado de manera inmediata en un centro hospitalario, superando para ello cualquier imposibilidad material que se presente, a fin de que reciba la atención integral que requiere su enfermedad, en atención a los fines sobre los cuales se basan las medidas de seguridad (internación) y las que se señalan en la sentencia que dispuso dicha medida. Por lo demás, prolongar la permanencia del favorecido en un lugar que carece de condiciones para el tratamiento médico especializado de este tipo de dolencias, supondría la agravación de la violación de sus derechos a la salud mental y a la integridad personal, incluso hasta convertirse en irreparable” (STC 03426-2008-HC/TC, caso Pedro Gonzalo Marroquín Soto, fundamentos 34 y 35).

2.2.2.9 Proyección del derecho a la salud

“[...] La Constitución Política, en su artículo 7, reconoce el derecho que toda persona a la protección de su salud, así como el deber estatal de contribuir a la promoción y defensa de esta. En la STC que recae en el expediente número 2945-2003-AA/TC, caso Azanca Alhelí Meza García, el Tribunal, refiriéndose al derecho a la salud, señala que ésta puede ser entendida como “el funcionamiento armónico. Lo que implica, el deber de que nadie, ni el Estado, ni un particular, lo afecta o menoscabe. Hay desde tal perspectiva, la proyección de la salud como un típico derecho reaccional o de abstención, de medir en su esfera. Pero también, como en la mayoría de derechos constitucionales, el de la salud presenta una dimensión positiva que lo configura como típico derecho cuya satisfacción requiera acciones prestacionales. Esta dimensión del derecho se manifiesta con especial énfasis en el Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Asimismo, si bien es cierto que el derecho a la salud no está contenido en el capítulo de derechos fundamentales de la Constitución, también lo es que su imprescindible conexión con el derecho a la vida, a la integridad y el principio de dignidad, lo que

configura como un derecho fundamental indiscutible, pues constituye, como dice el artículo I del Título Preliminar de la Ley General de Salud, número 26842, "condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo". Por ello, deviene en condición necesaria del propio ejercicio del derecho a la vida, y en particular, a la vida digna.

De otra parte, siempre que el derecho a la integridad resulte lesionado o amenazado, lo estar también el derecho a la salud, en alguna medida. Sin embargo, son también el derecho a la salud, en alguna medida. Sin embargo, son también posible supuestos en que se afecta de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales. La salud resulta un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que incide en mayor o menor medida en la vida del individuo, dependiendo de sus condiciones de adaptación teniendo como base esta apreciación gradual de la salud, la protección del derecho a la salud, importa la tutela de un mínimo vital, fuera del cual el deterioro orgánico impide una vida normal o un grave deterioro de ésta" (ver CTC 00925-2009-HC/TC, caso Roxen Luis Gálvez Mendoza, fundamentos 5 y 6).

2.2.2.10 El derecho a la salud les pertenece a todas las personas, sin condición alguna.

"[...] La pena no es, por tanto, una venganza que el Estado debe aplicar retributivamente al condenado, como tampoco es un título habilitante para desconocer sus derechos fundamentales. Y es que, así como las personas no pierden su condición humana o su dignidad por el hecho de purgar condena en un penal, así tampoco la protección de sus derechos puede ser vista como una "comisión" o una "gracia" que pueda otorgarse discrecional o excepcionalmente, o cuando las circunstancias así lo aconsejan

Ahora bien, conviene tener en cuenta que, si algo caracteriza a los derechos fundamentales, ello es precisamente que su aplicación no hace distinciones entre las personas que son sus titulares. Mal haríamos, por tanto, entendiendo que la protección de los derechos de los reclusos significa atentar contra los fines que persigue la pena en el Estado Constitucional de Derecho, del mismo modo que sería errado interpretar que dicha proyección implica perdonar, avalar o premiar el delito perpetrado, u ofender a las víctimas.

Dentro de este orden de ideas, no cabe duda que el derecho a la salud constituye precisamente uno de aquellos derechos que el Estado está obligado a proteger, y que, ciertamente, reviste la condición de presupuesto básico para la efectiva resocialización del interno. Siendo ello así, parece evidente que las autoridades penitenciarias no sólo tienen el deber de respetar el contenido constitucionalmente protegido de ese derecho (para lo cual basta con que se abstengan de realizar cualquier acto que termine vulnerándolo, sino que también pesa sobre ellas la obligación de disponer todas las medidas que sean necesarias para optimizar las exigencias de que se derivan de ese

contenido” (STC 05559-2009-HC/TC, caso Giovanni Dante Gamarra Puertas, fundamentos once y doce).

2.2.2.11 El derecho a la salud, en conexión con el derecho al medio ambiente adecuado y equilibrado

“[...] es necesario recordar que, de acuerdo a la propia jurisprudencia de este Colegiado, y, en consonancia con la interpretación efectuada por el Comité de Derechos Económicos y Sociales de la Organización de Naciones Unidas (ONU) respecto al derecho a la salud, en conexión con el derecho al medio ambiente adecuado y equilibrado, recogido en la Observación General número catorce, este derecho fundamental comprende, dentro de su ámbito constitucionalmente protegido, las siguientes obligaciones para el Estado, extensibles también a los particulares:

- a) Obligación de respeto, que implica que los Estados y particulares se abstengan de injerir, directa o indirectamente, en el disfrute del derecho a la salud, esto es, que no lleven a cabo acciones que dañen o amenacen el ejercicio de este derecho (párrafo 34 de la Observación General número catorce).
- b) Obligación de protección, que supone la obligación del Estado y de particulares de adoptar las medidas que impidan la vulneración del derecho por parte de terceros, es decir, es el establecimiento de toda suerte de medidas destinadas a evitar la producción de daños a la salud de las personas (párrafo 35 de la Observación General número catorce).
- c) Obligación de satisfacción, que requiere de todas las medidas tendientes a dar plena efectividad al derecho, esto es, de la prestación efectiva de bienes y servicios destinados a cumplir con la protección efectiva de la salud de las personas (párrafo 36 de la Observación General número catorce).
- d) Obligación de facilitación, que tiende al establecimiento de medidas para permitir a los particulares y comunidades disfrutar de su derecho a la salud, cuando por alguna razón no puedan ejercerlo por sí mismos, y la
- e) Obligación de promoción, que supone el compromiso activo del Estado para el disfrute del nivel más alto de salud por parte de la población (párrafo 37 de la Observación General número catorce).

De acuerdo a este marco de obligaciones, que conforman, a su vez, el contenido del derecho a la salud, puede apreciarse que una de las dimensiones más importantes en el disfrute efectivo de este derecho lo constituye el derecho de protección. Y es que, como lo ha sostenido con claridad el profesor Juan Arroyo, “en realidad la definición clásica de la salud hecha por la Organización Mundial de la Salud (OMS), conceptuándola como bienestar físico, espiritual e integral, desplaza al sistema de salud del terreno de la calidad de vida, que es responsabilidad general del Estado y la sociedad. La mayoría de salubrista defendemos esta concepción amplia de la salud, lo que se expresa en el requerimiento de políticas de salud no sólo curativas como preventivas y de promoción de la salud”. (Ver ARROYO), Juan. “La salud inmóvil: Parálisis del Sistema de salud en un ciclo expansivo de la economía” En: Informe de los DESC a un año de gobierno. Del cambio responsable al continuismo irresponsable. Lima, APRODEH, 2007, p. 90).

Es así que en el marco general de las obligaciones del Estado respecto a este derecho y al medio ambiente adecuado y equilibrado, juega un rol trascendente las políticas y medidas adoptadas con el objeto de proteger la salud de posibles y potenciales daños, evitando su producción o minimizando sus efectos nocivos. Sucede que, en el caso del derecho a la salud, la función específica que cumple la salud, como bien primero que posibilita el ejercicio de los demás derechos y el libre desarrollo de la personalidad obliga a adoptar todas las medidas encaminadas no solo a recuperar dicho estado cuando una persona lo pierde, sino principalmente a evitar que dicha disminución de las capacidades vitales se produzca. Por ello, es que este Colegiado ha atendido de modo especial, al abordar la problemática de las antenas de Telefonía circular, esta dimensión del deber de protección del Estado, respecto al derecho a la salud, asentado finalmente, en la función de prevención” (STC 0560-2008-AA/TC, fundamentos seis y siete).

2.2.2.12 Límites del hábeas corpus, respecto a su aplicación para la tutela del derecho a la salud.

“[...] al analizar los hechos expuestos en la demanda, fluye que la pretensión principal está dirigida a cuestionar el supuesto retardo malicioso en el trámite para la adquisición de ampollas para el tratamiento de la Hepatitis “C” que padece el favorecido, tema relacionado con el derecho a la salud. Sin embargo, el Tribunal Constitucional es categórico al afirmar que lo único que puede solicitarse a través de una demanda de hábeas corpus es la tutela de derechos fundamentales específicos, exclusivamente el derecho a la libertad individual y derechos conexos a él, sin que la vulneración de estos derechos está en relación directa con el derecho-zócalo de este proceso constitucional, cual es la libertad individual.

La conexidad, por ende, no puede ser vista de manera abstracta entre los derechos fundamentales, sino bajo las circunstancias específicas de un caso concreto. Que, de acuerdo a lo expresado en el fundamento anterior, la vía procesal adecuada para la demanda de autos es el proceso de amparo (...), y no el hábeas corpus, porque la interrelación entre el derecho a la salud invocado y la libertad personal del actor no existe, dado que es innegable que el demandante no está sometido a restricciones físicas, internamiento, reclusión o retención voluntaria, elementos que tornarían visible tal correlación” (STC 5842-2006-PHC/TC, caso Miguel Ángel Morales Denegri a favor de internados en Sala de Hospitalización de Adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental “Honorio Delgado-Hideyo Noguchi”, fundamentos 36 y 37; STC 04100-2009-HC/TC, Julio César Torres a favor de César Francisco Cortez Vega, fundamentos 4 y 5.).

2.2.2.13 Elementos esenciales del derecho a la salud

“[...] No podrá entenderse qué es salud sino se insiste en que sus elementos esenciales son: I) su disponibilidad; II) su accesibilidad (que comprende a su vez

cuatro dimensiones: no discriminación; accesibilidad física; accesibilidad económica; y, acceso a la información; (III) su aceptabilidad; y, IV su calidad (punto doce de la Observación General número catorce (E/C.12/2000/4)

El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del PIDESC), emitido por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas – en adelante, 0614- en el 22 período de Sesiones Ginebra, 2000 [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/EC.1_2.2000.4.Sp? Open Document](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/EC.1_2.2000.4.Sp?OpenDocument)) enumeración que conlleva la exigencia de la adecuada asignación de medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica, correspondiente al nivel que lo permiten los recursos públicos y la solidaridad de la Comunidad (artículo XI de la DADDDID).

Los servicios de salud, especialmente los públicos, cobran vital importancia en la sociedad, pues en la eficiencia de su prestación radica la vida y la integridad de los pacientes (fundamento 30 de la STC 2945-2003-AA/TC (caso Azanca Alhelí Meza García); fundamento 29 de la STC 2016-2004-AA/TC (caso José Luis Correa Condori). Ha de permitirse, por ende, su tutela en el ámbito individual, en el familiar y en el comunitario o colectivo, toda vez que no incluye como exclusividad el cuidado de la salud personal, sino también el acceso a condiciones mínimas de salubridad a fin de vivir una vida digna.

Este derecho está dirigido a lograr tanto su conservación como su restablecimiento, a fin de lograr una consolidación de calidad de vida gracias al acceso a prestaciones de salud adecuadas, con médicos competentes y con políticas públicas coherentes, máxime si es condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo (artículo I del Título Preliminar de la LGS) la cual se logra plenamente gracias a prestaciones preventivas y promocionales que involucren educación, evaluación y control de riesgos sanitarios (artículo 10 del Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Decreto Supremo 009-97-SA).

Los programas de salud, y en especial de salud mental, están designados a contribuir tanto al desarrollo de la responsabilidad individual y familiar como a la promoción de una calidad de vida lo más elevada posible [artículo 1 de la Declaración de Derechos Humanos y de la Salud Mental -en adelante, DDHSM-, adoptada por la Federación Mundial de la Salud Mental, en Auckland, 1989]. En ese sentido se ha configurado el derecho-principio a la salud como aquél según el cual todo ser humano tiene la potestad de exigir la no-afectación de su salud, y al mismo tiempo, la obligación de coadyuvar en la promoción de dicho derecho (STC 05842-2006-HC/TC, caso Miguel Ángel Morales Denegri a favor de interesados en Sala de Hospitalización de Adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental “Honorio Delgado Hideyo Noguchi”, fundamentos 45 a 47).

2.2.2.15 El derecho a la salud en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

“[...] El derecho a la salud mental se encuentra reconocido en las fuentes normativas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, según el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, toda persona tiene derecho al “disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Por su parte, el Protocolo de San Salvador prevé, en su artículo 10, que toda “persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”.

Teniendo presente el contenido de los artículos referidos, puede concluirse que en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: a) el derecho a la salud mental es parte integrante del derecho a la salud; b) el derecho a la salud tiene como único titular a la persona humana; c) el derecho a la salud mental tiene como contenido el derecho a disfrutar del mayor nivel posible de salud mental que le permita a la persona humana vivir dignamente; y, d) la salud protegida no es únicamente la física, sino que comprende, también, todos aquellos componentes propios del bienestar psicológico y mental de la persona humana.

Por ello, en armonía con los Tratados sobre Derechos Humanos antes referidos, en el artículo 7 de la Constitución se estableció que la “persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia [...] mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”. Concordantemente, el inciso 1) del artículo 2 de la Constitución reconoce que toda persona tiene derecho a su integridad psíquica.

De acuerdo con los artículos constitucionales referidos, es evidente que la Constitución reconoce a las personas con discapacidad mental como sujetos de especial protección debido a las condiciones de vulnerabilidad manifiesta por su condición psíquica y emocional, razón por la cual les concede una protección reforzada para que puedan ejercer los derechos que otras personas, en condiciones normales, ejercen con autodeterminación.

Por consiguiente, la obligación que asume el Estado como garante del derecho a la salud mental consiste en adoptar las medidas positivas adecuadas para reducir las desventajas estructurales y dar el trato preferente y apropiado a las personas con discapacidad mental, a fin de conseguir los objetivos de su plena participación y readaptación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas.

En este orden de ideas, este Tribunal considera que el derecho a la salud mental es un derecho fundamental cuyo sustento se encuentra contenido en el principio-derecho de dignidad humana y en los derechos a la salud y la integridad psíquica. Ello debido a que la preservación de la vida humana no se limita solamente a proteger la supervivencia biológica de la persona humana, sino que también se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud. Considerar al ser humano integralmente, como una unidad física y psíquica, es imperativo, en vista de cautelar su desenvolvimiento vital dentro

de unas condiciones mínimas de dignidad (STC 02480-2008-AA, caso Ramón Medina Villafuerte, fundamentos del diez al catorce).

2.2.2.16 Procedencia del amparo en materia laboral.

“[...] si en virtud de la Legislación Laboral Pública (Decreto Legislativo 276, Ley 24041 y Reglamento Público sujetos a la Carrera Administrativa) y del proceso contencioso administrativo es posible la reposición. Entonces las consecuencias que se derivan de los despidos de los servidores públicos o del personal que, sin tener tal condición laboral, trabaja para el Sector Público (Ley 24041), deberían dilucidarse en la vía contencioso-administrativa por ser la idónea, adecuada e igualmente satisfactoria, en relación al proceso de amparo, para resolver las controversias laborales públicas.

Sin embargo, el referido precedente ha establecido también una excepción a tal criterio en el Fundamento 24 in fine, según el cual “[...] el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos o cuya causa sea su afiliación sindical o cargo sindical; por discriminación en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental conforme a los fundamentos 10 al 15 ut supra”.

Del análisis del caso materia de autos se desprende que la recurrente puede ser subsumida en este último supuesto, en tanto tiene una finalidad obtener la reposición en su puesto de trabajo al haberse vulnerado sus derechos constitucionales a la dignidad como discapacitada, a la libertad de trabajo y al debido proceso. En consecuencia, conforme fue señalado líneas arriba, corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre el proceso” (STC 04184-2007-AA, fundamentos seis a ocho).

2.2.2.17 Protección especial para las personas con discapacidad

“[...] el recurrente, en su calidad de persona discapacitada, acredita según Resolución Ejecutora número 00647-200007-SC/REG-CONADIS, de fecha 26 de enero de 2007, tiene derecho a una protección especial por parte del Estado, a tenor de los artículos 7 y 23 de la Constitución, y de conformidad con el artículo 18 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económico, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”, sobre protección a los minusválidos, pues toda persona afectada por una disminución en sus capacidades física o mental, tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad y ser protegido especialmente por el Estado, con el respeto a su dignidad personal y laboral.

En consecuencia, la emplezada debió respetar los derechos fundamentales teniendo en cuenta que el recurrente, en su calidad de discapacitado, gozaba de una protección especial ante medidas de esa naturaleza, máxime cuando de

acuerdo al artículo 33 de la Ley 27050 la emplazada está en la obligación de contratar personas con discapacidad de una proporción no inferior al 3% de la totalidad de su personal” (STC 05540-2007-AA/TC, caso “Narciso Córdova Junco”, fundamentos ocho y nueve).

2.2.2.18 El Derecho a la Salud no requiere desarrollo legal para su efectividad.

“[...] El derecho a la salud reconocido en el artículo 7 de la Constitución no puede ser entendido como una norma que requiere el desarrollo legal para su efectividad. Siendo así, podemos afirmar que posee una doble dimensión; el a) El derecho de todos los miembros de una determinada comunidad de no recibir por parte del Estado un tratamiento que atente contra su salud y b) El derecho de exigir del Estado las actuaciones necesarias para el goce de parte de los ciudadanos de servicios de calidad en lo relacionado a la asistencia médica, hospitalaria y farmacéutica.

A lo señalado debemos añadir que el derecho a la salud invocado por el demandante es considerado por este Tribunal como un derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida. Esto en uso del criterio de conexidad. Así el derecho a la salud podrá ser exigido vía proceso de amparo cuando se encuentre vinculado en forma directa e inmediata con otros derechos fundamentales (el derecho a la vida y a la integridad física, etc.).

Siendo ello así, creemos necesario mencionar que son elementos esenciales del Derecho a la Salud: a) Su definición: Debe ser entendido como un indiscutible derecho fundamental; b) Los beneficiarios: Debe estar reconocido para toda persona humana, tutelando de manera especial la salud de aquellas personas con pronóstico no favorable de curación o aquellas otras que se encuentran en situaciones especiales (adultos mayores, minorías étnicas, mujeres embarazadas en abandono); c) Acceso al servicio: Debe garantizarse la igualdad de oportunidades en el acceso en el servicio a la salud; y d) La calidad del servicio. Debe garantizar un obrar adecuado y un estándar mínimo en la actuación de las entidades prestatorias (privadas o públicas) del servicio de salud” (STC 03599-2007-AA, caso Fortunato Velásquez Navarro, fundamento dos).

2.2.2.19 Es el Estado quien debe asumir la responsabilidad por la salud de las personas privadas de su libertad.

“[...] Los reclusos, así como el demandante de la presente causa, tiene su derecho constitucional a la salud al igual que cualquier persona. Pero, en este caso, es el Estado el que asume la responsabilidad por la salud de los internos. Existe, en consecuencia, un deber de no exponerlos a situaciones que pudieran comprometer o afectar su salud. Por esta razón, el Instituto Nacional Penitenciario, como órgano competente encargado de la Dirección y Administración del Sistema Penitenciario, es el responsable de todo acto que pudiera poner en riesgo la salud de las personas reclusas y debe, por tanto, proponer una adecuada y oportuna atención médica.

Asimismo, ante esta situación, el Estado debe asumir una política pública que no sólo esté orientada a velar por la salud de las personas reclusas, sino también a que las condiciones en las que se cumple condena se contradigan con la dignidad de la persona y no terminen afectando otros derechos fundamentales” (STC 05408-2007-HC/TC, caso Emilia Elsa Verme Rocha, fundamento diez).

2.2.2.20 Efectividad de los Derechos Sociales

“[...] No se trata, sin embargo, de meras normas programáticas de eficacia mediata, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticas de eficacia mediata, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. De este modo, sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e independientemente (STC 2945-2003-AA/TC, caso “Azanca Alhelí Meza García”, fundamento II).

2.2.3 Lo resuelto en función del Artículo 9 de la Constitución de 1993.

2.2.3.1 La especial protección de las personas que sufren algún tipo de discapacidad

“[...] Frente al derecho-principio a la salud se puede encontrar el derecho-regla de la prestación de la salud de la persona con problemas de salud mental. La Constitución ha reconocido expresamente la especial protección de las personas que padecen de algún tipo de discapacidad, precisando que son titulares de derechos fundamentales susceptibles de protección no sólo por parte del Estado, sino por parte de la colectividad en pleno. En tal sentido se señala que “[...] 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 7 de la Constitución), por lo que es responsabilidad del Estado vigilarla, cautelarla y atenderla (Artículo V del Título Preliminar de la Ley General de Salud).

Como es sabido, la discapacidad puede ser tanto física como psíquica, como este último en el que se hará referencia a las personas con problemas mentales, las que por diversos motivos se ven afectadas en sus relaciones de raciocinio y capacidad de actuación, lo cual incide en el normal desenvolvimiento de su personalidad en la sociedad” (STC 05842-2006-HC/TC, caso “Miguel Ángel Morales Denegri a favor de internados en Sala de Hospitalización de Adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental “Honorio Delgado-Hideyo Noguchi”, fundamento 61).

2.2.3.2 La dimensión de libertad del derecho a la salud

“[...] La protección del derecho a la salud en el Artículo 13 de la Constitución se plantea como un principio rector de la política pública, social y económica del Estado, que se ejecuta a través del Poder Ejecutivo, el cual a su vez se encarga de diseñar, normar y supervisar su aplicación en forma plural y descentralizada.

En su dimensión de libertad, el derecho a la salud implica la facultad adherente a todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto psíquica y social, así como de la preservarlo y restituirlo ante una situación de perturbación del mismo. Es decir, garantizar el derecho de las personas a alcanzar y preservar un estado de plenitud física, psíquica y social, razón por la cual el Estado debe efectuar acciones de prevención, conservación y restablecimiento, con la finalidad de que todas las personas disfruten del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, para que tengan, cada día, una mejor calidad de vida; y ello porque el concepto de persona humana comprende aspectos tanto materiales, físico y biológicos, como espirituales, mentales y psíquicos” (STC 02480-2008-AA/TC, caso Ramón Medina Villafuerte, fundamentos cinco y seis).

2.2.3.3. El Derecho a la Salud es fundamental y es deber del Estado garantizarlo.

“(...) si la salud es un derecho cuyas condiciones el Estado se encuentra obligado a promover mediante políticas, planes o programas, o a garantizar su correcto funcionamiento en casos de que estos ya existan, el hecho de que el mismo Estado, o quienes a su nombre lo representan, opten por decisiones que desconozcan de forma unilateral o irrazonable la concretización o aplicación de los mismos, sobre todo para quienes ya gozan de prestaciones individualizadas, supone un evidente proceder inconstitucional que en modo alguno puede quedar justificado.

O la salud es un derecho constitucional indiscutible, y, como tal, generador de acciones positivas por parte de los poderes públicos, o simplemente se trata de una opción de actuación discrecional, y como tal, prescindible de acuerdo con la óptima disponibilidad de recursos. Entre ambas alternativas, y por lo que ya se ha puntualizado, el Estado social sólo puede ser compatible con la primera de las descritas, pues resulta inobjetable que allí donde se ha reconocido la condición fundamental del derecho a la salud, deben promoverse, desde el Estado, condiciones que lo garanticen de modo progresivo, y que se le dispense protección adecuada a quienes ya gocen del mismo” (STC 06057-2007-HCTC, caso Teófanés Ronquillo Cornelio, fundamento doce).

2.3.3.4. El Estado debe garantizar el acceso a prestaciones de salud adecuadas

“[...] Visto desde el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la salud no debe entenderse como un derecho por el cual se exige que el Estado garantice a todos sus súbditos el funcionamiento normal de su sistema orgánico, tanto en sus aspectos físicos, biológicos y psíquicos, sino más bien como uno que garantice el acceso a prestaciones de salud adecuadas, de calidad, con médicos competentes y con políticas públicas coherentes.

Sin embargo, lo expuesto condujo al supremo intérprete de la Constitución a la

conclusión de que la salud no puede ser entendida desde un ámbito negativo de ausencia de enfermedad, sino que exige también una contraparte, una faceta positiva, en el sentido de que todos tienen “[...] el derecho de que le asignen medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica correspondiente al nivel que lo permiten los recursos públicos y la solidaridad de la comunidad”.

En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional considera que la salud puede ser enfocada desde tres perspectivas: a) individual; b) familiar; y, c) en un contexto comunitario o colectivo. Este último aspecto -el comunitario o colectivo- tiene como consecuencia directa que su exigibilidad se vea condicionada a aspectos presupuestales.

En el caso “Azanca Alhelí Meza” el Tribunal lo puso de relieve:

“(...) 52. Como se ha señalado anteriormente, los derechos sociales, como la salud pública, no pueden ser exigidos de la misma manera en todos los casos, pues no se trata de prestaciones específicas, en tanto dependen de la ejecución presupuestal para el cumplimiento de lo exigido. Lo contrario supondría que cada individuo podría exigir judicialmente al Estado un puesto de trabajo o una prestación específica de vivienda o salud en cualquier momento.” (STC 3081-2007-AA/TC), caso “R.J.S. viuda de R.”, con mención a los “Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, del 17 de diciembre de 1991, entre otros Tratados. Aquí se hace referencia a los fundamentos 19 y 20 de la sentencia.

2.2.3.6 Las acciones y omisiones del Estado y el control constitucional

“[...] Existe, pues, en el Estado social y democrático de Derecho una estructura sustentada en la consecución de objetivos antes que en una reserva de actuaciones. Lo que el poder tiene de abstención, opera, en lo fundamental, respecto de los derechos individuales y políticos; lo que, en cambio, tiene de dinámico se reconduce al ámbito dentro de los imperativos expresamente reconocidos por la Constitución. Esta lógica permite considerar que, así como el Estado incumple la Constitución cuando a la inobservancia de las prohibiciones frente a los derechos individuales y políticos se trata, de igual modo, la incumple o la deja de lado cuando se abstiene de materializar las obligaciones que frente a los derechos sociales, y económicos le impone el ordenamiento. La inconstitucionalidad, por tanto, puede ser motivada tanto por acciones como por omisiones de los poderes públicos, y queda claro que cualquiera de estas hipótesis, y dentro de lo pertinente en cada caso, se impone el correctivo por medio del proceso constitucional” (STC03208-2004-AA/TC, caso Jorge Carlos Castañeda Espinoza, fundamento cuatro).

2.2.3.7 La protección del Derecho a la Salud a través de la vía del amparo.

“[...] Si bien en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la salud no se encuentra contemplado entre los derechos fundamentales establecidos en el artículo 2 de la Constitución, sino más bien se lo reconoce en el Capítulo de los Derechos Económicos y Sociales a que se refieren los artículos 7 y 9 de la Constitución, este Tribunal, al igual que nuestro similar colombiano, considera que cuando la vulneración del derecho a la salud compromete otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, tal derecho adquiere carácter de derecho fundamental y, por tanto, su afectación merece protección vía la acción de amparo (STC T-499 de la Corte Constitucional de Colombia).

No se trata, sin embargo, de meras normas programáticas de eficacia mediata, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos. De este modo, sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e independiente” (STC 02945-2003-AA/TC, caso “Azanca Alhelí Meza García”, fundamentos jurídicos 6 y 11).

2.2.3.8 Función supervisora del Estado en la privatización de los servicios de salud.

“[...] aunque es perfectamente posible la intervención de entes privados en el otorgamiento de servicios de salud y seguridad social, también es inherente al Estado, cuando menos como supervisor permanente, la protección de estos derechos sociales, manteniéndose siempre intente la posibilidad de su participación directa cuando se quebranten los mínimos presupuestos que aseguren la identidad del servicio. Debe quedar claro que, siendo el Estado la expresión más acabada de la vocación y el compromiso natural del hombre por la convivencia, su función social no quede en modo alguno desvirtuada por la “delegación” de aquellas facultades que, en principio, aparentan como consubstanciales al mismo [...]”. (STC 00011-2002-AL/TC, caso Ángel Guillermo Herrera Otiniano y más de 5,000 ciudadanos, fundamento once).

2.2.4 El caso Pablo Miguel Fabián Martínez y otro.

2.2.4.1 Consideraciones generales

El 12 de mayo de 2006, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de aquel entonces emitió la Sentencia “Pablo Miguel Fabián Martínez y otro” (STC 02002-2006-PC/TC). Allí se abordan diversos aspectos relacionados con el contenido y el ejercicio del derecho a la salud, como la protección indirecta del de derecho a la salud por el Proceso de Cumplimiento; la consideración de la salud como uno de los fines de contenido social en el Estado Democrático y Social de Derecho; la efectividad de los derechos sociales (y entre ellos, el derecho a la salud); el alcance y la exigibilidad del derecho a la salud (y otros derechos sociales); el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud; y la actuación del Ministerio

de Salud de la población de La Oroya, ciudad con una fundición minera de enorme importancia, y ubicado justo en el centro de importantes campamentos mineros. Consigno aquí algunos fundamentos de la Sentencia que ejemplifican los temas que acabo de reseñar.

2.2.4.2. La protección indirecta del derecho a la salud por Proceso de Cumplimiento

[...] 2. En el presente caso, teniendo en cuenta que la protección de los demandantes en cuanto a la exigencia del cumplimiento de los mandatos contenidos en las referidas disposiciones legales y reglamentarias, no solo se relaciona con el control de la inacción administrativa sino, precisamente, con que tal inacción vulnera los derechos a la salud y a un medio ambiente equilibrado y adecuado, es preciso analizar, previamente, tales derecho, toda vez que detrás de la cuestionada inacción administrativa se encuentre la denuncia sobre la vulneración de los derechos fundamentales iniciados.

3. Como se apreciará más adelante, lo antes expuesto supone que si bien los derechos a la salud y a un medio ambiente equilibrado y adecuado, no podrían ser protegidos adecuadamente mediante el proceso de Cumplimiento, si pueden ser tutelados de modo "indirecto", siempre y cuando exista un mandato claro, concreto y vigente, dispuesto en una ley o un acto administrativo, que se encuentra indisolublemente ligado a la protección de tales derechos fundamentales [...]"

[...] 50. Los demandantes exigen el cumplimiento, entre otros, de los siguientes artículos de la Ley 26482 (artículos 103, 105 y 106).

[...] 52. Los demandantes sostienen que el Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA) han omitido cumplir las mencionadas disposiciones legales, entre otras, las concernientes a la prevención y control de la salud en la ciudad de La Oroya, incumplimiento que ha generado una situación en extremo crítica y de emergencia que viene perjudicando sobre todo a los sectores más vulnerables, es decir, a los niños y madres gestantes. El referido marco normativo, argumenta, obliga a los emplazados a diseñar e implementar una estrategia de salud que bien podría denominarse "Plan de Emergencia de Salud Pública" para la ciudad de La Oroya y poblaciones críticas afectadas", el mismo que deberá tener como objetivo proteger y recuperar la salud de la población, definir medidas de remediación, establecer un entorno más saludable, y difundir de manera seria y consistente los riesgos de salud a los cuales están expuestos los pobladores de La Oroya (...)"

2.2.4.3 La consideración de la salud como uno de los fines de contenido social en el Estado Democrático y Social de Derecho.

[...] 7. Precisamente, entre los fines de contenido social que identifican a este modelo de Estado se encuentran el derecho a la salud, el derecho al trabajo y el derecho a la educación, entre otros: por lo tanto, para lograr una mayor efectividad de tales derechos, tal como se ha mencionado en los párrafos precedentes, el Estado tiene tanto "obligaciones de hacer" (realizar acciones que tiendan al logro de un mayor disfrute del derecho) como "obligaciones de no hacer" (abstenerse de

interferir en el ejercicio de los derechos) por lo que no resultan válidas aquellas posiciones que sólo ven en los derechos civiles y políticos (libertad, seguridad y propiedad, entre otros) obligaciones estatales de “no hacer”, y en los derechos sociales (salud, trabajo, educación), sólo obligaciones de “hacer”.

8. En el Estado democrático y social de Derecho, la consecución de la mencionada participación activa de los ciudadanos en el sistema democrático, así como el logro del desarrollo social, requieren de una decidida labor del Estado expresada en “realizar acciones” que garanticen un efectivo disfrute de derechos tales como la libertad, seguridad, propiedad (por ejemplo, optimizando los servicios de seguridad, la función jurisdiccional o los registros de propiedad) a la salud, el trabajo y eliminando el analfabetismo), entre otros; y en la “abstención” de afectar tales derechos (por ejemplo, no interferir irrazonable y desproporcionadamente en la libertad o propiedad y no afectar o perjudicar los servicios educativos y de salud existentes).

2,2,4.4. Efectividad de los Derechos Sociales

Se reproduce tal cual el fundamento doce de la STC 0008-2003-AL/TC en el fundamento nueve de esta Sentencia y exigibilidad del derecho a la salud (y otros derechos sociales).

[...] 11. Por tanto, en un Estado democrático y social de Derecho, los derechos sociales (como el derecho a la salud) se constituyen como una ampliación de los derechos civiles y políticos, y tienen por finalidad, al igual que ello, erigirse en garantías para el individuo y para la sociedad, de manera que se puede lograr el respeto de la dignidad humana, una efectiva participación ciudadana en el sistema democrático y el desarrollo de todos los sectores que conforman la sociedad; en especial de aquellos que carecen de las condiciones físicas, materiales o de otra índole que les impidan un efectivo disfrute de sus derechos fundamentales.

12. El Tribunal Constitucional ha subrayado en anterior oportunidad que, aunque la dignidad de la persona es el presupuesto ontológico común a todos los derechos fundamentales, no menos cierto es que entre ellos es posible establecer diferencias de distinto orden. La heterogeneidad que presentan los derechos fundamentales entre sí, no sólo reposa en cuestiones teóricas de carácter histórico, sino que estas disimilitudes, a su vez pueden revertir significativas repercusiones prácticas”. Determinados derechos “forman parte de aquellos derechos fundamentales sociales de preceptividad diferida, prestacionales o también denominados progresivos o programáticos”.

13. Sin lugar a dudas, esta preceptividad diferida no implica en modo alguno el desconocimiento de la condición de derechos fundamentales que ostentan los derechos sociales, o que el reconocimiento de estos como derechos fundamentales vaya a depender de su nivel de exigibilidad que cuenten con mecanismos jurisdiccionales para su protección). Como se verá más adelante, los derechos sociales son derechos fundamentales por su relación de identificación con la dignidad de la persona y porque así se encuentran consagrados en nuestra Constitución. En la Norma Fundamental establece, en su artículo 3, que:

“[...] La enumeración de los derechos establecidos en este Capítulo, no incluye los demás que la Constitución garantiza, ni de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno”.

2.2.4.5 Contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud.

“[...] 16. El Tribunal Constitucional ha sostenido también que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud [...] comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental; y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento: acciones que el Estado debe proteger tratando de que todas 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 protección del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en este sentido”.

2.2.4.6 La actuación del Ministerio de Salud ante el grave estado de salud de la población de La Oroya.

“[...] 38. Antes de ingresar al análisis de las pretensiones planteadas por los demandantes, así como de la actuación del Ministerio de Salud y, en especial, de la Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA), es preciso saber cuál es el estado de salud de la población de La Oroya, toda vez que tal examen va a resultar disuasivo para determinar el nivel de “eficacia” de las medida adoptadas por los referidos órganos administrativos en cumplimiento de la Ley 26842, General de Salud, y del Decreto Supremo 074-2001-PCM, Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental del Aire.

39. A fojas 48 de autos aparece la clasificación de niveles de plomo en sangre y las respectivas acciones recomendadas, elaborada por el Centro de Control de Enfermedades de Estados Unidos (CDC), la misma que se consigna en calidad de Anexo del “Estudio de Niveles de Plomo en la Sangre de la Población en La Oroya 2000-2001”, realizado por la Empresa Doe Run Perú [...]

44. De otro lado, es menester mencionar alguna de las condiciones extraídas del “Estudio de Niveles de Plomo en la Sangre de la Población en La Oroya” [...]

45. Asimismo, conforme aparece a fojas 553 vuelta, el Ministerio de Salud, mediante la Dirección Regional de Salud de Junín, en el documento denominado “Plan Operativo 2005 para el Control de los Niveles de Plomo en Sangre en la Población Infantil y Gestantes de La Oroya Antigua”, elaborado en el mes de febrero de 2005, sostuvo que “La situación ambiental en La Oroya se ha venido degradando desde la entrada en operación de la fundición, con la constante acumulación de pasivos ambientales en la zona de influencia, degradando suelos, flora y fauna, así como de plano en la población existente en La Oroya.

46. A fojas 623 se corre el documento elaborado por el Ministerio de Salud,

denominado “Dosaje de plomo en sangre en niños menores de seis años. La Oroya, Junín, Perú”, elaborado entre los meses de noviembre de 2004 y enero de 2005[...].”

49. Como se aprecia en los citados estudios, desde el año 1999 la propia Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA) así como diferentes instituciones acreditaron la existencia de exceso de contaminación en el aire de la ciudad de La Oroya, y, que en el caso de contaminación por plomo en la sangre, especialmente en los niños, se sobrepasó el límite máximo establecido por la Organización Mundial de la Salud [...], lo que exigía, por parte del Ministerio de Salud, en su condición de ente rector del Sector Salud (artículo 2 de la Ley 27657 del Ministerio de Salud), la adopción de inmediatas medidas de protección, recuperación y rehabilitación de la salud de las personas que habitan en la ciudad, entre otras acciones. [...]

56. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional considera que la pretensión de los demandantes debe estimarse en parte, toda vez que, si bien el Ministerio de Salud ha adoptado determinadas medidas, establecidas en la Ley 26842, General de Salud, y en el Decreto 074-2001-PCM, Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental del Aire, su cumplimiento no ha sido eficaz, sino más bien parcial e incompleto.

59. No obstante lo expuesto, debe tenerse en cuenta el mandato dispuesto en el mencionado artículo 106, que establece que “Cuando la contaminación del ambiente signifique riesgo de nivel nacional dictará las medidas de prevención y control indispensables para que cesen los actos o hechos que ocasionan dichos riesgos y daños”, así como el mandato del artículo 2 de la Ley 27657, que dispone que “El Ministerio de Salud es [...] el ente rector del sector Salud que conduce, regula y promueve la intervención del Sistema Nacional de Salud, con la finalidad de lograr el desarrollo de la persona humana, a través de la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de su salud y del desarrollo de un entorno saludable, con pleno respeto de los derechos fundamentales de la persona, desde su concepción hasta su muerte natural”, cuyo cumplimiento también es exigido en la demanda de autos (fundamentos 13 y 15), pues en conjunto dichos mandatos exigen al Ministerio de Salud, en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Salud, la protección, recuperación y rehabilitación de la salud de las personas, no solo mediante la implementación de un “sistema ordinario”, sino también mediante la implementación de un “sistema de emergencia” que establezca acciones inmediatas ante situaciones de grave afectación a la salud [...].”

60. En el caso concreto de la población de la ciudad de La Oroya, sobre todo de los niños y mujeres gestantes, ocurre que, desde 1999, año en que se realizaron los primeros estudios que determinaron la existencia de población contaminada sin plomo en la sangre, hasta la actualidad, han transcurrido más de siete años sin que el Ministerio de Salud implemente un sistema de emergencia que proteja, recupere y rehabilite la salud de la población afectada. Por ello, cabe preguntarse: ¿cuánto más se debe esperar para que el Ministerio de Salud cumpla su deber de dictar las medidas indispensables e inmediatas para que se otorgue atención médica especializada a la población de La Oroya cuya sangre se encuentra contaminada con plomo? [...].

65. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional considera que la pretensión de los

demandantes debe estimarse, toda vez que en el presente caso el Ministerio de Salud no ha realizado, con la urgencia que el caso concreto exige, las acciones eficaces tendientes a declarar en estado de alerta la ciudad de La Oroya, pese a la evidente existencia de exceso de concentración de contaminantes del aire, en la mencionada localidad, incumpliendo el mandato contenido en el artículo 23 del Decreto Supremo 074-2001-PCM, así como en el artículo 105 de la Ley 26842.

66. En efecto, cabe mencionar, en primer término, que el mandato contenido en el Decreto Supremo 074-2001-PCM (publicado el 24 de junio de 2001), es claro cuando dispone, en primer lugar, que el Ministerio de Salud es la autoridad componente para declarar los estados de alerta (artículos 233 y 25, inciso c).

En segundo lugar, que para declarar tales estados de alerta se debe verificar básicamente que “se exceda o se pronostique exceder severamente la concentración de contaminante del aire” (artículo 23). En tercer lugar, que es precisamente el Ministerio de Salud la autoridad competente para “establecer” y “verificar” el cumplimiento de las medidas inmediatas que deberán aplicarse. En cuarto lugar, que, una vez producido el estado de alerta, el Ministerio de Salud debe hacer de conocimiento público tal estado y activar las medidas previstas con el propósito de disminuir el riesgo de salud (...)

68. Como se desprende de autos, el Ministerio de Salud ha realizado determinados estudios y acciones tendientes al cumplimiento de los artículos 105 y 106 de la Ley 26842 y 23 del Decreto Supremo 074-2001-PCM. Sin embargo, pese a que el propio Ministerio de Salud acreditó en el año 1999 la existencia de contaminación por plomo en la sangre de la población de la ciudad de La Oroya, no ha realizado las acciones pertinentes para SOLUCIONAR la grave situación existente en esta ciudad, pese a que transcurrieron dos años entre la emisión del Decreto Supremo 074-2001-PCM y la expedición del Decreto Supremo 009-2003-SA, Reglamento de los Niveles de Estados de Alerta Nacionales para Contaminantes del Aire (publicado el 25 de junio de 2003. [...]).

71. La existencia de un convenio suscrito entre el Ministerio de Salud y la empresa Doe Run (Convenio 008-2003-MINSA, suscrito el 4 de julio de 2003), obrante a fojas 363 y ss., cuyas cláusulas se han centrado en establecer una “cultura de prevención, a fin de que la población adopte hábitos saludables que disminuya su exposición al plomo [...]”, implementar un sistema de vigilancia ambiental en la ciudad de La Oroya priorizando la zona de La Oroya Antigua [...] “reducir paulatinamente los niveles de plomo en sangre en la población infantil de la ciudad de La Oroya [...], e impulsar y propugnar la suscripción de Convenios de Cooperación y Gestión con las diversas instituciones públicas y privadas, sin cuya participación no se lograría el objeto de este Convenio [...]”

73. Sobre el particular, este Colegiado considera que, si bien en la labor de atención de la salud de la población es importante una actuación conjunta entre el Ministerio de Salud y entidades privadas, ante situaciones de grave alteración de la salud como la contaminación por plomo en sangre, como sucede en el caso de los niños y mujeres gestantes de la ciudad de La Oroya, el Ministerio de Salud, dada su condición de ente Rector del Sector Salud, es el principal responsable de la recuperación inmediata de la salud de los pobladores afectados, debiendo priorizarse a los niños y las mujeres gestantes. En consecuencia, teniendo en

cuenta que, conforme se ha acreditado en los párrafos precedentes, existe exceso de concentración de contaminantes en el aire de la ciudad de La Oroya, debe ordenarse al Ministerio de Salud la realización de todas las acciones dirigidas a declarar el estado de alerta, conforme lo dispone el artículo 23 del Decreto Supremo 074-2001-PCM, de modo tal que se establezcan medidas inmediatas con el propósito de disminuir el riesgo de salud en esta localidad [...]

77. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional considera que la pretensión de los demandantes debe estimarse, toda vez que en el presente caso el Ministerio de Salud ha omitido establecer “eficazmente” acciones destinadas a establecer programas de vigilancia epidemiológicas y ambientales, incumpliendo el mandato contenido en el Artículo 15 del Decreto Supremo 074-2001-PCM [...]

79. En el presente caso, los demandados no han acreditado haber dado cumplimiento, en su totalidad, al mandato del referido artículo 15, pues, no han desarrollado programas de vigilancia epidemiológica y ambiental en la ciudad de La Oroya. En consecuencia, debe estimarse esta pretensión y ordenarse al Ministerio de Salud la implementación de los referidos programas de vigilancia [...].

2.2.5 El caso “Chávez Cabrera” y sus múltiples referencias al derecho a la salud.

2.2.5.1 Consideraciones generales

Si tenemos que ubicar un caso en donde se toquen diversos aspectos vinculados con el Derecho a la Salud, probablemente uno de los más notorios es el presentado por Carmen Cristina Chávez Cabrera, caso en el cual tuve el honor de ser su Ponente. Aquí, a propósito de los problemas a la salud que podían generarse, existen varias precisiones al respecto.

Carmen Cristina Chávez Cabrera, Secretaria General del Sindicato Base del Hospital Edgardo Rebagliati Martins, uno de los más graves, denuncia el riesgo en que se estaría incurriendo al realizarse un reuso de material descartable o desechable. Como consecuencia de esta denuncia, Chávez Cabrera es suspendida, sin goce de haber, por doce meses, frente a ello Chávez Cabrera interpone entonces una Demanda de Amparo en tutela general de los Derechos a la Salud, la vida, la integridad física y la información de los pacientes usuarios de Es Salud; y, en un plano más estrictamente personal, invoca la protección de sus derechos al trabajo y a la sindicalización.

En puridad, Chávez Cabrera pide que se ordene a Es Salud (entidad responsable de la seguridad social y del Hospital Rebagliati), lo siguiente:

- i) La “suspensión definitiva “(con todo respeto, toda suspensión tiene carácter temporal y modificativo) del reuso del material descartable o desechable”;
- ii) Informar a los pacientes que fueron tratados(a) con material reusable.
- iii) Identificar a los(as) funcionarios(as) que emplearon discrecionalmente (debió decirse arbitrariamente) material reusable, para así determinar las eventuales responsabilidades que puedan presentarse al respecto.

iv) Suspender la sanción que le habían impuesto a Chávez Cabrera por informar de estos temas.

2.2.5.2 Argumentos de la parte demandante en tutela del derecho a la salud.

“[...] 15. La recurrente sostiene que el reuso de material biomédico descartable o desechable por parte de Es Salud viola el Derecho a la Salud, pues desconoce el deber del Estado de proteger a la persona contra el alto riesgo que supone para el paciente ser internado con este tipo de material. Afirma que por las características de este material médico (es invasivo porque entra en contacto con los fluidos y la sangre de los pacientes) existe un riesgo potencial de contagio.

16. La recurrente señala, además, que a ello se suma el hecho de que la esterilización de dicho material para su reuso no puede ser completa, por las características de no desarmabilidad ni desmontabilidad de estos productos, como, por ejemplo, en el caso del trocar y las pinzas utilizadas en operaciones laparoscópicas y cirugías de vesícula o apéndice.

Asimismo, esgrime que no existen estudios científicos concluyentes que avalen esta práctica, y que la misma no ha sido autorizada por la Organización Mundial de la Salud. Alude que en el caso de su instancia regional (la Organización Panamericana de la Salud), ésta ha expresado que dicha práctica no es recomendable y que importa una severa amenaza para la salud del paciente.

17. Por otro lado, la demanda alega que la decisión de Es Salud de reusar material médico descartable viola el artículo 49 de la Ley 26842, Ley General de Salud, el cual establece que el Ministerio de Salud, a través de la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas (DIGEMID), tiene a su cargo el control sanitario de los productos farmacéuticos y médicos, por lo cual éste debió ser reformado por parte de la demandada del establecimiento de esta práctica. Igualmente, esgrime que se contraviene el artículo 4 del D.S 010-97-SA, Reglamento para el Registro, Control y Vigilancia Sanitaria de Productos Farmacéuticos y Afines, el cual precisa que no pueden circular para su expendio productos con características diferentes de las autorizadas en el Registro Sanitario. Por esta razón, no podría emplearse un dispositivo médico para un segundo o tercer uso, cuando su Registro Sanitario sólo autoriza uno.

18. Asimismo, la demandante señala que se infringen los Artículos 28 y 127 del referido Reglamento, que establecen que el control de calidad de estos productos se realiza de acuerdo a la metodología determinada por el fabricante. Entonces, si éste prescribe, de conformidad con las pruebas efectuadas, que el producto de referencia es de un solo uso, la calidad no se encuentra garantizada para más usos del mismo.

19. Del mismo modo, considera que se vulnera el Artículo 119 del mismo Reglamento, el cual, prescribe que las acciones de control y vigilancia de los dispositivos médicos corresponden exclusivamente a la DIGEMID, exigencia obviada en la práctica del reuso por parte de Es Salud, dado que ésta cumple dicha función a través de los Centros Supply de Reesterilización. Además, sostiene que se refungen en los Artículos 111, literal j) y 115, literal b) del Reglamento, que precisan que para la obtención de un registro sanitario se debe indicar en el titulado del producto de instrucciones de uso, y que, por ende, para efectuar un uso distinto

de dichas instrucciones se debe solicitar un nuevo registro sanitario.

20. Por último, precisa que dicha práctica vulnera el Artículo 40 de la Ley 26842, Ley General de Salud, la cual establece que los establecimientos de salud tienen el deber de informar al paciente y sus familiares sobre las características del servicio y demás términos y condiciones del servicio, así como acerca de los aspectos esenciales vinculados con el acto médico. Esa situación no se presenta en el caso del reuso de material médico descartable con los pacientes de Es Salud [...]"

2.2.5.3 Argumentos de la parte demandada alegando que no se vulnera o amenaza el derecho a la salud.

"[...] 21. El Seguro Social de Salud ha defendido la práctica del reuso de material médico de un solo uso, básicamente afirmando que el Informe Técnico 111-D-ESS/2009-CNSS-INS, emitido por el Instituto Nacional de Salud, ha arrojado que las muestras para cirugías laparoscópicas Liga Sure Atlas y de Titanio reesterilizado en el Hospital Rebagliati se encontraban estériles, lo que demuestra que dicha práctica es segura. Igualmente, ha alcanzado la Directiva 001-GCPS-ESSALUD 2011, Norma el reproceso y reuso de dispositivos médicos de un solo uso del Seguro Social de Salud Es Salud y el Informe Técnico 001-CTS/EMMQR-DMUS-ESSALUD-2010, expedido por el Comité Nacional de Evaluación de Material Médico y Quirúrgico Reusable y los Dispositivos Médicos Quirúrgicos de un solo uso -DMUS de ESSALUD, que ha tenido de sustento para la emisión de la Directiva 001-GCPS-ESSALUD-2011.

22. Por su parte, en el mencionado Informe Técnico se alegan como justificaciones de la práctica del reuso: i) "algunos estudios que demuestran que algunos dispositivos no muestran diferencias en funcionalidad ni evidencias de contaminación luego de haber sido reprocesados" (fojas 172-173 del Cuaderno del Tribunal Constitucional), y, ii) "la situación económica actual ... de nuestra Institución, conduce a la necesidad de implementar un programa de reprocesamiento de los DMUS".

23. La demandada señala, además, que actualmente el cuidado de la salud tiende a medir fuerzas entre la contención de costos y las demandas de consumidora en calidad, seguridad y efectividad. Añade, que no se busca hacer una defensa fundamentalista del reuso, sino que estos procedimientos deben interpretarse como una respuesta y estrategia de supervivencia institucional, ante la aparición de un, cada vez mayor, número de dispositivos rotulados como de un solo uso (no por condiciones de seguridad del paciente, sino por medidas estrictamente comerciales o mercantiles) y de cada vez mayores costos para cumplir con las exigencias de atención a sus pacientes (fojas 172 y 174 del Cuaderno del Tribunal Constitucional).

2.2.5.4 Consideraciones del Tribunal Constitucional sobre el reconocimiento del derecho a la salud.

"[...] 24. El derecho a la salud se encuentra reconocido en el artículo 7 de la Constitución de 1993, con el siguiente enunciado: "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”. Igualmente, se encuentra recogido en el Artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual expresa que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar [...] y en especial, la asistencia sanitaria [...]”

25. Del mismo modo, ha sido prescrito por el Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDSC), el cual precisa que “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el presente Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurando las necesarias para [...] d) la creación de condiciones que asegure a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

26. Por último, el Artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, ha recogido el Derecho a la Salud del siguiente modo: 1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2. Con el fin de hacer efectiva el Derecho a la Salud los Estados Partes se comprometan a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a) La atención primaria de la salud, entendida como tal la asistencia sanitaria especial, puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b) La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción (competencia) del Estado [...].”

2.2.5.5 Consideraciones del Tribunal Constitucional sobre el contenido del derecho a la salud.

[...] 27. El Derecho a la Salud comprende una serie de posiciones iusfundamentales que van desde el derecho a los servicios de salud hasta el derecho a que los demandantes sociales no impidan el goce de una buena salud (STC 0033-2010-PL/TC, fundamento 34). A su vez, estas dos posiciones iusfundamentales, por ejemplo, tienen alguna exigencia específica que forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud. En el caso del derecho a los servicios de salud, conforme lo precisado, la Observación General número catorce del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) sobre “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, este derecho supone que los servicios de salud brindados por el Estado para el goce de este derecho tengan las características de disponibilidad, accesibilidad económica, o asequibilidad, y acceso a la reformación, aceptabilidad y calidad (párrafo doce) [...].”

[...] 31. Dicho con otras palabras, el contenido normativo del Derecho a la Salud lo encontramos definido en nuestra Constitución, los Tratados Internacionales, la interpretación autorizada del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la jurisprudencia de este Tribunal incluso en Leyes de Desarrollo Constitucional. Allí se nos precisa cuáles son los fines perseguidos por este Derecho y cuáles los principios que orientan su otorgamiento, los medios a través de los cuales se pueden materializar dichos fines y respetar dichos principios. En

síntesis, estamos ante opciones adoptadas por las autoridades políticas en el ámbito de sus competencias [...]”.

“[...]”41. A modo de conclusión de este acápite de nuestros procedimientos, tanto los aspectos sustantivos objetivos a los fines y principios conformantes del Derecho a la Salud como las condiciones que deben poseer las políticas en salud para ser constitucionalmente adecuadas (como las explicitadas en el fundamento anterior) forman parte del contenido constitucionalmente protegido del Derecho a la Salud. Suponer, entonces, al ámbito de sustantividad que los cabe a los(as) jueces(as) constitucionales controlar, sin que ello implique invadir las competencias constitucionalmente asignados a los órganos políticos en salud [...]”

2.2.5.6 Consideraciones del Tribunal Constitucional sobre las condiciones y alcances del ejercicio a la salud (políticas institucionales y margen de acción del juez(a))

“[...]” 28. Del mismo modo, de acuerdo a lo interpretado por este Tribunal, los servicios de salud deben ser brindados de modo integral, esto es, con prestaciones que expongan la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud (STC 0033-2010-PI/TC, fundamento 34. c) Un servicio de salud otorgado de acuerdo a estas características es, pues, parte del contenido protegido constitucionalmente por el Derecho a la Salud.

29. La posibilidad de que el Estado establezca un sistema sanitario orientado a brindar los servicios de salud que la población requiere, depende, sin embargo, de una serie de decisiones de política institucional. El modelo adoptado en la materialización de ese sistema sanitario llamado de “pluralismo estructurado” o “competencia regalada”, recogido en la Ley 29344, Ley Marco del Aseguramiento Universal en Salud, a través del cual se pretende que toda la población acceda a un seguro de salud, en condiciones adecuadas de acceso, calidad, prácticas financiera y oportunidad (garantías explícitas).

Dicho modelo está centrado, por ejemplo, en la cobertura de la demanda, y no en el subsidio de la oferta.

30. Del mismo modo, para alcanzar que los servicios de salud se presten de acuerdo a las condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad se requiere de otro número importante de decisiones de política institucional. Nos estamos refiriendo a decisiones de política institucional que definan cómo se puede ampliar la oferta de establecimientos médicos (disponibilidad), cómo se puede permitir que las personas de escasos recursos acceder a los servicios de salud (accesibilidad económica), cómo es posible impulsar y fortalecer la salud intercultural en nuestro país (aceptabilidad); y, cómo garantizar que los servicios médicos se brinden en condiciones adecuadas de seguridad, oportunidad y profesionalismo (calidad)[...].

“[...]” 32. Por otro lado, la importancia de las decisiones de política institucional en el ámbito de la salud se ve reforzada cuando se aprecia que las diversas exigencias derivadas de este derecho no pueden cumplirse todas al mismo tiempo. La limitada disponibilidad de recursos y la creciente cantidad de necesidades y exigencias en salud hace que este derecho, sin que ello implique no se plasme su cumplimiento,

adquiere la naturaleza de un derecho de progresiva materialización. Dicho con otras palabras, estamos ante un derecho cuya realización se produce a través de la adopción de medidas apropiadas, legislativas, económicas y técnicas, cuyo objeto es el de alcanzar progresivamente la plena efectividad de todos los componentes de este derecho, conforme lo prescribe el Artículo 2.1 del PIDESEC.

33. No estamos entonces ante una alegación destinada a postergar indefinidamente la materialización del derecho a la salud, es un derecho cuyo ejercicio muchas veces se plasma progresivamente, mediante acciones continuas destinadas a cumplir los fines que impone su reconocimiento normativo. Aquello, además, permite reconocer que existen otros ámbitos adicionales donde la decisión política tomada o por tomarse resulta fundamental: el ámbito relativo a qué componentes del derecho requieren una materialización más urgente, el ámbito concerniente al momento o lapso en que cada uno de los componentes debe ser satisfecho, o el ámbito atinente a qué profundidad de plasmación debe brindarse a un componente u otro en un contexto o una circunstancia determinada.

34. El ejercicio y la cabal vigencia del derecho a la salud no puede dejar de lado a decisiones de política institucional de diversa índole, las cuales, en buena medida, hacen posible el goce efectivo del derecho. En otras palabras, estamos ante un escenario donde las decisiones sobre los medios apropiados para realizar el derecho a la salud, acerca de las prioridades entre los diferentes componentes de este derecho, y sobre la profundidad y el momento en que dichos componentes deben ser satisfechos corresponden a ciertos órganos quienes tienen la facultad deliberativa para decidir en este tipo de cuestiones y quienes cuentan con la información técnica y económica necesaria para adoptar decisiones apropiadas. Frente a ello, cabe preguntarse cuál es el rol que puede asumir la judicatura constitucional en la concreción práctica del derecho a la salud, y qué ámbito de normatividad le queda por controlar, de cara a lograr la vigencia efectiva de este derecho [...]

[...] 36. Y es que la labor de interpretación constitucional y control de constitucionalidad implica hoy que un(a) juez(a) constitucional asuma labores de integración social, lo cual, a su vez, involucra desempeñar tareas de cohesión (búsqueda de identificación de toda la ciudadanía en la dinámica social, económica y política de su sociedad), inclusión (asegurar la participación de toda persona en la sociedad condiciones para el desarrollo de su proyecto de vida), reconciliación (resolución de situaciones que han creado graves conflictos en una sociedad determinada) y plasmación de un espacio en que se busca evitar la generación de nuevos conflictos sociales. Es por ello, que se justifica la labor de control de políticas públicas o de decisiones de política institucional que vienen asumiendo los(as) jueces(zas) y tribunales constitucionales en los diferentes países del orbe [...]

[...] 38. En dicho contexto, la intervención de la judicatura constitucional en un esquema que respete el principio democrático no solamente se orienta a controlar que se encuentren satisfechos todos los componentes del referido derecho, con independencia de las circunstancias, tendrá, además, que tomarse en cuenta si, por ejemplo, se viene dando una dinámica de progresividad. No le corresponde, por cierto, fijar el contenido de las políticas públicas en salud, sino examinar si las

autoridades políticas han desatendido sus obligaciones constitucionalmente establecidas de llevar adelante políticas o acciones orientadas a realizar el derecho a la salud.

39. En síntesis, aquello que puede revisar la judicatura constitucional, en este caso, implica evaluar si (1) se ha obviado la formulación de un plan o política que enfrente determinado problema relativo a la salud (déficit de existencia); (2) se ha incumplido la materialización efectiva de un plan adecuadamente formulado (déficit de ejecución) y, (3) se han desatendido algunas de las dimensiones o principios relevantes del derecho a la salud en la formulación o implementación de una política pública en salud (déficit de consideración); (4) se han establecido políticas claramente contrarias a los principios que rigen el derecho a la salud (déficit de violación manifiesta) o claramente inconducentes (déficit de razonabilidad) o insuficientes para el cumplimiento de determinados objetivos de la salud (déficit de protección deficiente o déficit de protección de niveles esenciales de salud; (5) se ha olvidado enfrentar determinados aspectos que impiden la ejecución efectiva de la política pública y que terminan generando resultados negativos en salud (déficit de confrontación de problemas estructurales en salud). Esto último puede ocurrir si se ha adoptado una política pública en salud sin permitir la participación de la sociedad civil a los directamente afectados por la política pública a la cual se hace referencia (déficit de participación política); se ha actuado sin precisar mecanismos de rendición de cuentas (déficit de transparencia): o se ha procedido olvidando el establecimiento de una línea de base e indicadores de derechos humanos que permiten evaluar el impacto de la política pública en el goce efectivo del derecho a la salud (déficit de evaluación de impacto).

40. En conclusión, como ya dijo este Tribunal en anterior ocasión, si bien no resulta competencia de la Judicatura Constitucional determinar el curso de la política pública en salud, ni exigir en cualquier circunstancia resultados comunes en salud, sí puede el juez(a) constitucional controlar el accionar de las autoridades involucradas de cara a determinar si han incurrido en alguno de estos déficit arriba explicitados, de modo tal que, por el incumplimiento de sus obligaciones, se impida el progreso efectivo del Derecho a la Salud. Así, ya en la STC 0033-2010-PI/TC, este Tribunal establece el siguiente marco de intervención de la Judicatura Constitucional en el control de las políticas públicas en salud cuando señaló lo siguiente:

“[...] En este sentido, el Tribunal recuerda que aun cuando las formas o medios empleados para avanzar en la cobertura de seguimiento de los afiliados independientes de EsSalud constituye un asunto que corresponde elegir y definir a las autoridades políticas y administrativas componentes, ello no priva de la competencia de los Tribunales para controlar el cumplimiento o la eficacia del deber de progresividad: (i) en primer lugar, verificando la existencia de planes concretos, debidamente estructurados, que se encuentren dirigidos a lograr la ampliación progresiva de la cobertura de salud de los afiliados independientes de Es Salud; (ii) en segundo lugar, controlando la realización de actores concretos dirigidas a llevar dicho plan o programa al plano de la 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 mínimos de los derechos y la protección de pobladores 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, salud (déficit de consideración); (4) se han establecido políticas claramente contrarias a los principios que rigen el derecho a la salud (déficit de violación manifiesta) o claramente inconducentes (déficit de razonabilidad) o insuficientes para el cumplimiento de determinados objetivos de la salud (déficit de protección deficiente o déficit de protección de niveles esenciales de salud; (5) se ha olvidado enfrentar determinados aspectos que impiden la ejecución efectiva de la política pública y que terminan generando resultados negativos en salud (déficit de confrontación de problemas estructurales en salud). Esto último puede ocurrir si se ha adoptado una política pública en salud sin permitir la participación de la sociedad civil a los directamente afectados en la política pública involucrada (déficit de participación política); se ha actuado sin precisar mecanismos de rendición de cuentas (déficit de transparencia); o se ha procedido olvidando el establecimiento de una línea de base e indicadores de derechos humanos que permiten evaluar el impacto de la política pública en el goce efectivo del derecho a la salud (déficit de evaluación de impacto)

40. En conclusión, como ya dijo este Tribunal en anterior ocasión, si bien no resulta competencia de la judicatura constitucional determinar el curso de la política pública en salud, ni exigir en cualquier circunstancia resultados comunes en salud, sí puede el juez(a) constitucional controlar el accionar de las autoridades involucradas de cara a determinar si han incurrido en algunos de estos déficit arriba explicitados, de modo tal que, por el incumplimiento de sus obligaciones, se impida el progreso efectivo del derecho a la salud. Así, ya en la STC 0033-2010-PI7, este Tribunal establece el siguiente marco de intervención de la judicatura constitucional en el control de las políticas públicas en salud cuando señaló lo siguiente:

“[...] En este sentido, el Tribunal recuerda que aún cuando las formas o medios empleados para avanzar en la cobertura de seguimiento de los afiliados independientes de EsSalud constituye un asunto que corresponde elegir y definir a las autoridades políticas administrativas componentes, ello no priva de la competencia de los Tribunales para controlar el cumplimiento o la eficacia del deber de progresividad: (i) en primer lugar, verificando la existencia de planes concretos, debidamente estructurados, que se encuentren dirigidos a lograr la ampliación progresiva de la cobertura de salud de los afiliados independientes de Es Salud; (ii) en segundo lugar, controlando la realización de actores concretas dirigidas a llevar dicho plan o programa al plano de la 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 mínima 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 medidas (fundamento 29) [...]”

[...] 42. [...] todo lo dicho hasta aquí resulta relevante en el presente caso, por cuanto la decisión de Es Salud de reusar dispositivos médicos catalogados por el fabricante como de un solo uso (DMUS) fue ante todo una decisión de política institucional, que supuestamente había sido tomada con el respaldo de consideraciones científicas y técnicas. En efecto, dicha decisión, presentada expresamente en el Informe Técnico 001-CTNEMMMQR-DMUS-ES SALUD-2010, expedido por el Comité Técnico Nacional de Evaluación de Material Médico y Quirúrgico Reusable y los Dispositivos Médicos Quirúrgicos de un solo uso DMUS de EsSalud, que sirvió de sustento para la emisión de la Directiva 001-GCPS-ESSALUD-2011 como “una medida necesaria” para abstener, en condiciones de escasez de recursos, con los dispositivos médicos que el servicio de salud requiere para su eficaz funcionamiento en beneficio de los usuarios afiliados al Seguro Social de Salud (fojas 172 y 174 del Cuaderno del Tribunal Constitucional).

43. Dicho con otras palabras, estamos que un medio escogido por Es Salud para el cumplimiento de la decisión de acceso al servicio como competente del derecho a la salud. Y es que, conforme lo prescribe la actual Ley de los Productos Farmacéuticos y Dispositivos Médicos, “constituye un requisito para su eficaz funcionamiento en que sea requerido”. Conviene, entonces, tener presente que el derecho de acceso a los servicios de salud comprende, dentro de su contenido constitucionalmente protegido, al derecho de acceso a los productos farmacéuticos y a los dispositivos médicos.

44. Esta decisión de política institucional, sin embargo, ha sido cuestionada por la parte demandante que el reuso de los DMUS afecta otra dimensión del derecho a la salud, con la cual se encuentra en inevitable contradicción de la dimensión de la calidad del producto brindado, lo cual incluye la seguridad del producto como inofensivo para la salud de los pacientes. Y es que, de acuerdo a la OG número 14 del CDESC, la dimensión de la calidad del servicio de salud supone que “los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas” (párrafo 12 d) [...]

[...] 46. Luego de lo ya expuesto, resulta oportuno señalar que para este Tribunal, el presente caso puede enfocarse desde dos puntos de vista. El primer punto de ellos se refiere a la decisión política de revisar los DMUS violó desde un punto de vista científico. Por otro lado, y en lo que significaría el segundo a analizar, el caso expone la necesidad de verificar a la decisión política de reusar DMUS ha sido adoptada en condiciones adecuadas de validez constitucional {...}”.

[...] 66. Ahora bien, el margen adecuado de seguridad no puede ser determinado por este Tribunal, dado que dicha decisión debe ser adoptada por las autoridades sanitarias pertinentes en el marco de sus competencias. Sin embargo, ese margen adecuado de seguridad no solo deberá tener en cuenta las posturas científicas que vayan desarrollándose sobre el tema del reuso y la confiabilidad que vayan adquiriendo una posición u otra (donde si bien la discusión no está cerrada en contra del reuso, tampoco está cerrada a su favor), sino que deberán atender a la realidad institucional en la cual se va a aplicar el reuso. Es decir, las autoridades competentes tienen que demostrar la seguridad del reuso no solo por remisión a fuentes científicas confiables, sino con base en la certificación de que las condiciones en las cuales se va a llevar a cabo esta práctica son adecuadas y seguras [...].”

2.2.5.7. Consideraciones del Tribunal Constitucional sobre el riesgo del reuso para la salud.

[...] 50. Es más, la demandante afirma que la OPS/OMS viene trabajando desde hace diez años con las autoridades reguladoras de la Región el tema del reuso de dispositivos médicos, y ha hecho sobre los riesgos y las implicancias negativas de esta práctica, situación que ha detectado a través de estudios y consultas técnicas. En tal sentido, ha realizado diversas actividades de información y capacitación sobre los riesgos de la realización de dispositivos médicos descartables, en vista de las implicancias en la seguridad de los pacientes.

51. Por su parte, en el Informe Técnico número 001-CINEMMQR-DMUS-ESSALUD-2010, expedido por el Comité Técnico Nacional de Evaluación de Material Médico y Quirúrgico Responsable y los Dispositivos Médicos Quirúrgico Reusable y los Dispositivos Médicos Quirúrgicos de un solo uso – DMUS de EsSalud, que ha servido de sustento para la emisión de la Directiva número 001-GCPUS-ESSALUD-2011, se llega a sostener que “algunos estudios demuestran que algunos dispositivos no muestran diferencias en funcionabilidad ni evidencias de contaminación luego de haber sido reprocesados” (fojas 172-173 del Cuaderno del Tribunal Constitucional. Del mismo modo, en el citado Informe se afirma que existen diversos países desde la práctica del reino es permitido legalmente, como Argentina, Colombia, Brasil, Chile, Cuba, Alemania, Suiza y Suecia, y otros donde, a pesar de no estar regulada, su práctica es habitual, como España, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Luxemburgo y Noruega (fojas 172 del nuevo Cuaderno) [...]

[...] 53. Este Tribunal entiende que el resto de los DMUS se mueve en el terreno de una gran polémica y una particular incertidumbre respecto de si su habilitación supone una amenaza para la salud de los pacientes. Al respecto, debe tenerse presente que, de acuerdo a nuestra Legislación, el requisito de la seguridad del dispositivo se cumple sólo cuando el fabricante demuestra mediante pruebas preclínicas y clínicas la no lesividad del mismo, y cuando dicho producto ha sido aprobado por la autoridad correspondiente (DIGEMID). Por otro lado, debe también tenerse presente que el hecho de que “formalmente” no pueda predicarse el carácter seguro del producto ya usado y reprocesado no significa que “materialmente” se encuentra probado que dicho producto es inseguro y, por tanto,

lesivo del derecho a la salud.

54. En este contexto, el Seguro Social de Salud denuncia que el rótulo de “uso único” que el fabricante coloca a los DMUS no se basa en razones de seguridad, sino sólo de interés comercial. Es decir, en su opinión con los riesgos, con el único fin de tener mayores ingresos económicos. Si bien esta afirmación no se encuentra acompañada con material probatorio, es cierto que muchos países descreen de la calificación brindada por los fabricantes, por lo que se han aventurado a reusar DMUS, además de tener en cuenta el costo alto que comparativamente parece querer adquirir DMUS en vez de rentarlo [...].

[...] 64. En el otro extremo, la habilitación del reúso de los DMUS -considera este Tribunal- es un asunto delicado no sólo por la importancia de los derechos potencialmente afectados con esta práctica del reúso podría traer no solo en cada paciente a modo individual (por la transmisión de alguna infección o por el riesgo de que en el momento de una intervención médica el dispositivo expresado no funcione adecuadamente producto de la pérdida de su funcionalidad original), sino de modo colectivo a través de la aparición de infracciones múltiples que puedan convertirse en un problema de salud pública. Ante riesgos de tamaña envergadura, este Tribunal estima que la decisión de reusar o no DMUS debe estar precedida de determinadas “consideraciones de seguridad”, sobre la actividad del reúso a ejecutarse.

65. Dicho con otras palabras, bien resulta un fin constitucionalmente legítimo y supone una exigencia del derecho a la salud buscar los mecanismos que permitan el acceso de los dispositivos médicos, la decisión a adoptarse no puede prescindir del valor que tiene la seguridad de los servicios médicos a otorgarse. Al margen de cualquier consideración económica sobre el ahorro que pueda suponer reusar DMUS en vez de compartirlos, si la dimensión de compartirlos, si la dimensión de la seguridad no está garantizada, el reúso dichos dispositivos no podría adoptarse como decisión constitucionalmente válida desde una perspectiva sustantiva del derecho a la salud. Sin embargo, si la seguridad del producto reprocesado puede garantizarse y la regulación lo habilita adecuadamente, no existe razón para negarse a esta práctica, máxime si la misma va a contribuir a distribuir mejor los recursos del Sistema Sanitario en beneficio de la dimensión de acceso a servicios médicos oportunos [...]

[...] 68. De estos documentos se desprende que, al momento de establecer la normativa que aprueba el reúso y las disposiciones según las cuales se va aplicar en los centros asistenciales de Es Salud, el ente demandado no tuvo en cuenta una serie de condiciones de seguridad relativas a su aplicación práctica en nuestro país. Si bien la expedición de la ausencia de una de las principales críticas que se hacía a esta práctica, este Tribunal expresa que el progreso hacia la seguridad de la práctica del reúso resultaba insuficiente.

69. La insuficiencia de los parámetros de seguridad utilizados frente a la práctica del reúso se desprende entonces de los diversos informes citados en los fundamentos precedentes. Allí se aprecia como la regulación de Es Salud, anterior a la prohibición expresa del reúso en nuestro país, había dejado importantes vacíos (como los estándares de control de dichos dispositivos, el procedimiento para la evaluación de los pacientes intervenidos con este dispositivo). Además, no se

sustentaban los criterios técnico-científicos a partir de los cuales se decidió por el reuso de determinados dispositivos, si se ha efectuado una evaluación de las condiciones materiales en las cuales se hubiera efectuado el caso. En este último punto, por ejemplo, tanto la FDA como el Manual de Esterilización para Centros de Salud de la OPS establecen como una de las principales condiciones para el retiro que los reprocesadores deben estar en capacidad de cumplir las mismas exigencias de seguridad que se imponen a los fabricantes de DMUS. Esta condición, sin embargo, parece haber sido ignorada por el ente demandado, pues no existe referencia alguna al cumplimiento de dichas exigencias, ni se ha preocupado EsSalud de evaluar si se han levantado las observaciones hechas por distintas Dependencias del propio EsSalud respecto a la adecuación de sus Centros de Esterilización.

70. En consecuencia, este Tribunal estima que la dimensión sustantiva del derecho a la salud relativa a la dignidad de los dispositivos médicos se afectó en el presente caso, no en razón de que este Tribunal haya derivado algún margen de seguridad para el reuso de los DMUS, sino porque no se tomaron en cuenta, previamente a la adopción de la decisión de reusar DMUS, aspectos relevantes que deben determinar la seguridad de la práctica del reuso en nuestro país, de acuerdo a las consideraciones efectuadas por las propias autoridades de EsSalud y del Ministerio de Salud [...]

[...] 82. Ante las críticas efectuadas por diversas autoridades de Es Salud y frente a los cuestionamientos del Sindicato Base de Enfermeras(os) del Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins, Es Salud decide suspender el reuso de los DMUS, conforme se aprecia de la Carta Circular número 482-GCPS-ESSALUD 2009, de fecha 15 de octubre de 2009 (ver fojas 141 del Cuaderno del Tribunal Constitucional), Es Salud decide nuevamente conformar un Comité Técnico Nacional de Evaluación de Material Médico Quirúrgico Reusable y de los Dispositivos Médicos Quirúrgicos de un solo uso en Es Salud, el que tenía el encargo de confirmar y conducir el proceso de esterilización material médico y quirúrgico reusable y de los médicos de un solo uso en EsSalud.

83. Dicha Comisión quedó finalmente conformada, de acuerdo a la Resolución número 1399-GG-ESSALUD-2010, de fecha 9 de noviembre de 2010, por los siguientes funcionarios: el Jefe del Departamento de Cirugía del Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins (presidente), el Jefe de la Oficina de Control de la Gestión Hospitalaria de la Red Asistencial Rebagliati (Coordinación Técnica), la Enfermera de la Central de Esterilización del Hospital Guillermo Almenara Yrigoyen y el Gerente de Prestaciones Hospitalarias de Es Salud (vid. fojas 171 del Cuaderno del Tribunal Constitucional).

84. Este nuevo Comité, como ya se vio a lo largo de esta Sentencia, si bien cumple con sustentar a través de un Informe Técnico, fundamentado y detallado, la emisión de una Norma Técnica para el Reuso, presenta también importantes déficits en la elaboración y aprobación del referido Informe Técnico que da sustento a la Norma Técnica [...]"

Importantes precisiones sobre el derecho a la salud, así como acerca del caso concreto, cuya relevancia no se puede soslayar.

2.2.6 El caso “Violeta Cristina Gómez Hinostraza y las ideas y venidas del Tribunal Constitucional peruano sobre el anticonceptivo oral de emergencia.

2.2.6.1 Consideraciones generales

El tema del uso de los anticonceptivos orales de emergencia, materia clave en lo referido a salud reproductiva, o si se quiere, en lo vinculado a los derechos reproductivos, ha sido en los cuales el Tribunal Constitucional ha cambiado más continuamente de posición. En el primer caso planteado sobre el particular, la entonces composición del Tribunal, mediante STC 7435-2006-PC/TC caso “Susana Chávez Alvarado y otras”, señaló, por unanimidad, que “la píldora del día siguiente” o “anticonceptivo oral de emergencia “era un anticonceptivo y no un abortivo, y que cabía que el Ministerio de Salud pudiese repartirlo gratuitamente.

Sin embargo, y mediante la STC 02005-2009-PA/TC, caso “ONG” “Acción de Lucha Anticorrupción”, y ya parcialmente en con otra composición (el entonces Magistrado Mesía Ramírez cambió la posición que asumió en el caso “Susana Chávez Alvarado y otras”, e hizo suya la tesis contraria), señala que sospecha que el Anticonceptivo Oral de Emergencia (en adelante AOE) tiene efectos abortivos. De manera absolutamente violatoria de los Derechos a la Salud y a la igualdad, se impide la entrega gratuita del AOE, por ser sospechoso de generar efectos abortivos, pero se permite su venta a quienes puedan pagar su costo. Sin comentarios.

Lo que se plantea en el presente caso es lo que voy a desarrollar a continuación.

2.2.6.2 En la actualidad se ha demostrado que el AOE no tiene efectos abortivos.

[...] 9. La hoy demandante alega, entre otras cosas, que en la actualidad se ha demostrado incuestionablemente que la “píldora del día siguiente” no tiene efectos abortivos; por lo tanto, solicita al Minsa cumplir con informar y distribuirla gratuitamente en todos los Centros de Salud del Estado. Es, pues, debido (y como se dice en la demanda) al Transcurso del tiempo y al avance médico-científico, que han variado las circunstancias en que fue emitida la Sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC, por lo que, siguiendo su propio tenor (el de la citada Sentencia) corresponde adaptarla [...]”.

2.2.6.3. Actuación del Ministerio de Salud (Minsa) luego de la Sentencia 02005-2009-PA/TC (consulta a la OMS -Organización Mundial de la Salud, y a la OPS - Organización Panamericana de la Salud).

[...] 14. En este contexto, y con posterioridad a la emisión de la Sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC, de fecha 16 de octubre de 2009, el MINSA, con fecha 10 de noviembre de 2009, en su condición de autoridad competente, solicitó a la OMS y a la OPS la información científica actualizada sobre el

medicamento sobre su supuesto efecto abortivo. Como resultado de ello, y con fecha 16 de noviembre de 2009, la OPS remitió al MINSA la Comunicación PER/00/010/63/03/2116-2009, referida a los estudios científicos actualizados realizados sobre la pastilla LNG-AOE, a través del cual se concluye que ésta no es abortiva.

15. En consecuencia, con lo concluido por la OPS, el MINSA consideró oportuno instaurar procedimientos de difusión y publicidad que aseguren la debida promoción de carácter permanente de los Servicios de Planificación Familiar, incluida la referida al levonorgestel para la AOE, lo cual no produce efectos dañinos o mortales, ni es abortiva [...]

17. Como ya se expresó ut supra, atendiendo al fundamento jurídico 62 de la Sentencia recaída en el Expediente 02005/2009-PA/TC, posteriormente a su emisión, el MINSA solicitó a la OMS y a la OPS la información científica actualizada sobre el medicamento levonorgestel Anticonceptivo Oral de Emergencia, LNG-AOE, específicamente sobre su efecto abortivo. Ante dicho requerimiento la OPS emitió al MINSA la Comunicación PER/C00/010/63/03/2116-2009, de fecha 13 de noviembre de 2009, que contiene un resumen actualizado de los estudios científicos llevados a cabo hasta la fecha de su emisión.

2.2.6.4 Actuación de la Organización Mundial de la Salud.

[...] 18. [...] con posterioridad a la emisión de la Sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC, la OMS publicó, en el año 2010, la Hoja Informativa sobre la Seguridad de las Píldoras Anticonceptivas de Emergencia de Levonorgestel solo (PAE-LNG) [...]

19. En esa misma línea, debe precisarse que la Nota Descriptiva número 244 de la OMS, revisada en octubre de 2005, expresa que las píldoras anticonceptivas que contiene levonorgestel previenen la evolución y no tienen efecto detectable sobre el endometrio (procedimiento interno del útero) o en los niveles de progesterona cuando son administradas después de la ovulación, no son eficaces una vez que el proceso de implantación se ha iniciado, y no provocan aborto. Después de la emisión de la Sentencia emitida en el Expediente 02005-2009-PA/TC, de fecha 16 de octubre de 2009, dicha nota descriptiva fue revisada y actualizada, reafirmando en la misma postura (...).

2.2.6.5 Justificación del cambio de postura del Tribunal Constitucional.

[...] 21. Actualmente, sin embargo, se advierte que los anticonceptivos orales de emergencia, dentro de los cuales se encuentran algunos de los citados previamente por el Tribunal Constitucional en su antes referida Sentencia, ya no menciona o vuelven a hacer referencia al denominado “tercer efecto”, esto es, a la prevención, interferencia o impedimento de la implantación [...]

22. En todo caso, no se soslaya que la Sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC, que prohibió al MINSA la distribución gratuita de la píldora del día siguiente, básicamente fundamentó su decisión en lo sostenido por la Agencia Norteamericana para la Administración de Alimentos y Drogas (FDA), que, en su momento, no descartaba que tuviera efectos abortivos, pues, existían dudas con

relación a si podía alterar el endometrio. Empero, el 23 de diciembre de 2002, la FDA cambió de parecer. Ahora descarta expresamente de que la AOE sea abortiva [...]”

“[...] 24. [...] Los temas médico-científicos se encuentran sometidos a constantes investigaciones y necesarias actualizaciones, pues es de ese modo como se depuran o, en último término, se perfeccionan. Por ello, a diferencia de lo resuelto en la Sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC, este Tribunal Constitucional – con vista en la abundante documentación científica y médica acompañada al expediente materia de este único proceso y de la propia información consignada oficialmente en los portales virtuales que aquí se ha mencionado- considera que en las actuales circunstancias, tal como se ha verificado ut supra, la AOE sólo tiene efecto si se ingiere antes de la evaluación, y, posiblemente antes de que el esperma alcance al óvulo maduro, más no tiene efecto sobre el endometrio y mucho menos impide la implantación o anidación [...].

“[...] 30. En ese orden de ideas, este Tribunal Constitucional deja en claro que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, y, por ende, el derecho a la vida debe ser el bien jurídico por excelencia; y, si según la evidencia científica y conclusiones a las que han arribado el Minsa, la OMS, la OPS y la FDA, en el sentido de que la AOE no es abortiva, el Tribunal Constitucional hace suyas dichas conclusiones [...]”.

2.2.6.6 El AOE como parte de la política pública sobre Planificación Familiar y de atención a mujeres víctimas de violación sexual.

“[...] 31. El primer párrafo del Artículo 6 de la Constitución establece la política pública del Estado respecto de la familia, la política pública de Planificación Familiar [...]”

“[...] 32. Al no ser abortiva la AOE, este Tribunal Constitucional ratifica la constitucionalidad de su reconocimiento como método de Planificación Familiar integrante de la política pública del Estado -cuya Rectoría recae en el Minsa- así como su inclusión dentro del Kit para la atención de casos de violencia sexual, principalmente para niñas y adolescentes, conforme está prescrito en el Artículo 6 de la Ley 26842 – Ley General de Salud [...]”.

“[...] 33. Atendiendo a ello, este Tribunal Constitucional juzga necesario recalcar que el Minsa, en su oportunidad, incorporó a la AOE como un método anticonceptivo que debía ser difundido y distribuido gratuitamente a nivel nacional, como parte de la política nacional de Planificación Familiar [...]”.

“[...] 38. Se advierte, entonces, que [...] el libre acceso gratuito a la AOE de aquellas víctimas mujeres menores de edad, puede evitar que queden embarazadas por una violación sexual, lo que repercutirá favorablemente en su vida personal y en su proyecto de vida [...]. Por consiguiente, es importante que la AOE continúe siendo parte del Kit para la atención de casos de violencia sexual, y que se refuercen las acciones correspondientes para su distribución.

39. En consecuencia, es pertinente reafirmar la necesidad de que la AOE sea distribuida libre y gratuitamente a nivel nacional para todas las mujeres sin discriminación y como parte de la política pública de Planificación Familiar bajo la

Rectoría del MINSA en los términos del Artículo 6 de la Ley General de Salud [...]"

2.2.6.7. Derechos Reproductivos o Derechos a la Salud Reproductiva.

"[...] 41. En efecto, los Derechos Reproductivos analizados por el Tribunal Constitucional en la presente cuestión, se circunscriben al reconocimiento de las personas, en este caso, de la mujer, de decidir libre y responsablemente si desea tener hijos, la oportunidad de la reproducción, con qué frecuencia, cuántos hijos tener, elección de la persona con quien desea tener hijos, o elegir al método anticonceptivo de su preferencia. Es decir, se está ante determinadas manifestaciones que comprenden los Derechos Reproductivos, lo que presupone la capacidad de planificar qué familia se desea formar. Para tal efecto, resulta imperativo que las mujeres tengan a su alcance toda la información y todos los métodos anticonceptivos que el Estado les pueda suministrar para que, en ejercicio de dicha libertad, puedan elegir de modo responsable e informado [...]"

2.2.6.8. Derecho a recibir información adecuada sobre medios anticonceptivos.

"[...] 49. El Artículo 6 de la Constitución antes referido no solamente establece la obligación del Estado de asegurar el acceso a los medios de Planificación Familiar, sino también el deber estatal de garantizar el derecho de las personas de recibir, por parte de aquel, información adecuada sobre los Métodos Anticonceptivos, de conformidad también con el Artículo 6 de la Ley General de Salud anteriormente señalado. En este sentido, el derecho a la información sobre los distintos métodos anticonceptivos se constituye en el presupuesto básico para el ejercicio derechos reproductivos de la mujer de modo libre, consciente y responsable.

"[...] 52. Para este Tribunal Constitucional, el suministro de dicha información es importante, puesto que, al fin y al cabo, la decisión sobre consumir la AOE o no hacerlo dependerá de la persona, mujer o de los padres, tutores o quien se haga cargo de ellas de corresponder, en la medida que se deba contar con toda la información objetiva posible. En este sentido, resulta necesario que el Minsa emprenda campañas informativas permanentes tendientes a difundir la existencia de la política pública consistente en el suministro gratuito de la AOE.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

Si hacemos siquiera una rápida mirada de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano sobre el derecho a la salud, hay algunos pronunciamientos erróneos, como el que considera al derecho a la salud como uno de carácter únicamente prestacional, y, como consecuencia de ello, se le otorgue un sentido sustancialmente programático (en el tenor que le otorgó a las normas programáticas la Corte Constitucional italiana), y, lo más grave aún, cuente con una eficacia diferida. También es, por lo menos discutibles, asumir que el derecho a la Salud deriva de otro derecho, como puede ser el derecho a la libertad individual.

De otro lado, hay además perspectivas que, independientemente de que hoy

constituyan una posición mayoritaria, resultan discutibles. Me refiero aquí, por ejemplo, a lo ya señalado al principio de este texto sobre cuál es el debido sustento de los diferentes Derechos Fundamentales. Como se ha mencionado anteriormente, siguiendo una postura que se hizo predominante en varios países de Europa luego de la Segunda Guerra Mundial, en el Perú se considera a la dignidad como sustento de todos los diferentes derechos fundamentales de manera general, y del derecho a la salud en particular.

Ahora bien, y muy a despecho de lo que se pueda considerar equivocado o discutible, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano sobre el derecho a la salud tres aspectos realmente interesantes y dignos de ser resaltados: su tendencia más reciente a reconocer la eficacia del derecho a la salud; su desarrollo a través de políticas públicas; las posibilidades de control de dichas políticas públicas; los diferentes elementos que configuran el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud, y un largo etcétera.

En síntesis, existen ahora consagradas importantes precisiones sobre el contenido y el ejercicio del derecho fundamental a la salud. Sin embargo, contar con una completa jurisprudencia para poder tener un cabal ejercicio de este Derecho. Estamos ante una condición necesaria, más no suficiente, para contar con capacidades para poder satisfacer nuestras necesidades humanas básicas y la realización de nuestro desarrollo humano integral, expresada a través del aquí estudiado derecho a la salud.

En el caso peruano, tanto a nivel de la salud física, como a nivel mental, existen serios problemas por enfrentar. En lo vinculado con el plano físico, el Perú fue uno de los Estados con, en principio, mayor proporción de casos afectados por la Pandemia del COVID; y, ahora, muy a despecho de que la información gubernamental habla de una remisión de casos en diversas regiones del Perú, hoy se padece una verdadera epidemia del Dengue en el país. En ambos casos, la cobertura dada al derecho a la salud fue insuficiente, cuando no inexistentes.

De otro lado, ya se ha anunciado el próximo inicio de oleadas de polio, y desde ahora se conoce que no cuenta con los elementos suficientes para contrarrestar sus efectos.

Ahora bien, las dimensiones de los problemas en salud mental son tan o mayormente abundante. Eso en sus diferentes expresiones: depresión, ansiedad, trastornos límites de la personalidad o esquizofrenia, entre otras. En el año 2022, y, según estadísticas oficiales, solamente dos de diez personas con salud mental fueron adecuadamente tratadas en el Perú.

De otra parte, y en un país con más de treinta millones de habitantes, solamente alrededor de un millón y medio de personas han sido tratadas por casos de depresión.

Y por si lo expuesto no fuese suficiente, quien tiene problemas de salud mental, es alguien estigmatizada, a quien se aísla. Es más, existe un verdadero riesgo de

normalización de las enfermedades vinculadas a la salud mental, utilizando términos más bien propios de Erich Fromm. Y a quien padece una enfermedad mental no se le trata como una persona más, con quien hay que ser empático(a) y solidario (a). Quien padece una de estas enfermedades, así como su entorno, sufren importantes limitaciones a su proyecto de vida.

Existe una verdadera exclusión en la atención a quien se enferma, sobre todo si se trata de personas con enfermedad mental. Su propio entorno es castigado, y carente de apoyo en líneas generales.

Y es que, mirada la situación del derecho a la salud en el Perú desde una perspectiva más técnica, se constata que se ha obviado la formulación de varios planes o políticas que enfrenten determinados problemas relativos al derecho a la salud, Se ha incumplido la materialización efectiva de planes adecuadamente formulados, sobre todo en lo referido a acciones de carácter preventivo. Se han desatendido muchas de las dimensiones o principios relevantes para el derecho a la salud en la formulación o implementación de una política pública precisamente en esta materia.

Junto a lo expuesto, se constata el establecimiento de políticas claramente contrarias a los principios que rigen el derecho a la salud, cuando no carentes de los elementos que permitan atender a cabalidad el cumplimiento de determinados objetivos considerados prioritarios en relación a la salud. También se ha olvidado enfrentar determinados aspectos que impiden la ejecución efectiva de las políticas públicas en salud, lo cual ha generado resultados negativos, y ha ocurrido cuando se han adoptado políticas públicas sin permitir la participación de la sociedad civil (y sobre todo, de los directamente afectados(as)), se ha actuado sin precisar mecanismos de rendición de cuentas, o se ha dejado de lado el establecimiento de una línea de base y de indicadores que permitan evaluar el impacto de la política pública dictada.

Dicho con otras palabras, y a pesar de que alguna Sentencia del Tribunal Constitucional ha constatado este tipo de deficiencias, bien puede apreciarse cómo tanto en lo referido a la salud pública, como a la salud mental, en el Perú se presentan de manera muy acentuada déficits de existencia, déficits de formulación consideración; déficits de violación manifiesta; déficit de razonabilidad; o déficits de protección deficiente o déficits de protección en niveles esenciales de salud.

También resulta fácil apreciar cómo en el Perú sistemáticamente se incurre o se ha incurrido en déficits de confrontación de problemas estructurales en salud, en cualquiera de sus diferentes expresiones: déficits de participación política, déficits de transparencia o déficits de evaluación de impacto.

Insisto: la buena jurisprudencia para tutelar derechos como el derecho a la salud, sí existe dicha jurisprudencia, es condición necesaria, más no suficiente. Se presentan diferentes aspectos que jueces y juezas en el mejor de los casos pueden

reconocer, pero no resolver a cabalidad, por no ser esa su tarea y su especialidad. Si no se cuenta con equipos preparados para la configuración, gobernanza y control de políticas públicas, poco es lo que realmente se puede hacer. Si se cuenta con gente preparada, pero en cantidades minúsculas, el avanza a conseguir será muy escaso. Si, al lado de todos estos factores, o muchas veces sin la necesidad de que se presenten estos factores, se conoce de la existencia de casos de corrupción, el problema es gravísimo, pues no solamente se cause un menoscabo en las acciones políticas, programas, proyectos o actividades) que debían tomarse, sino también un menoscabo en la credibilidad de los diferentes actores llamados a ponerlas en práctica.

De allí la importancia del accountability. Sin una supervisión ciudadana constructiva y no paralizante, un sostenido control previo, simultáneo o posterior; o sin una adecuada rendición de cuentas, siempre corremos el riesgo de que, aún ante un Estado de ingresos medios, se carezca de la cobertura de salud, o dicha cobertura sea de mala calidad, con todo lo que aquello acarrea. Ahora bien, estos problemas, lamentablemente, no son patrimonio del caso peruano; pero no nos debe llevar a bajar los brazos y buscar ir mejorando al respecto, salvo mejor parecer.