



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**El derecho fundamental a la salud y su exigibilidad en el
ordenamiento jurídico peruano**

Tesis para optar el Título de
Abogado

Grecia Rogelia Torres Vilcherrez

Asesor:
Dr. Luis Fernando Castillo Córdova

Piura, mayo de 2021



Aprobación

La presente tesis titulada “El derecho fundamental a la salud y su exigibilidad en el ordenamiento jurídico peruano” presentada por Grecia Rogelia Torres Vilcherrez en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobado por el Director de Tesis Dr. Luis Fernando Castillo Córdova.

[FCwill]

Director de Tesis





Dedicatoria

Dedico el presente trabajo a mi padre que me guía desde el cielo, a mi madre y mis hermanos por cariño y apoyo incondicional, y a mi asesor por todo el tiempo y orientación brindada.





Resumen

El presente trabajo de investigación analiza el contenido del derecho a la salud y como su naturaleza y alcance, exige un gasto público mayor por parte del Estado para su pleno desarrollo. La política y el Gobierno de turno serán los encargados de destinar el presupuesto económico para el desarrollo progresivo de este derecho, el cual no es solo un derecho social, es un derecho que posibilita el desarrollo de los demás derechos. Para ello, el Tribunal Constitucional determina a través de jurisprudencia, el carácter fundamental del derecho a la salud, que pese a encontrarse reconocido en la Constitución Política del Perú como un derecho social, se establece como un derecho fundamental por su relación e identificación con el derecho a la vida, a la integridad y al principio de dignidad de la persona. En este sentido, el derecho a la salud se orienta a la conservación y al restablecimiento del funcionamiento armónico del ser humano que, al verse afectado, puede ser exigible a través de mecanismos jurisdiccionales frente al Estado, y así se llegue a asegurar el mínimo vital que merece toda persona, por consiguiente, se garantice un acceso adecuado de bienestar de salud, y se promueva así una cobertura pública universal total.

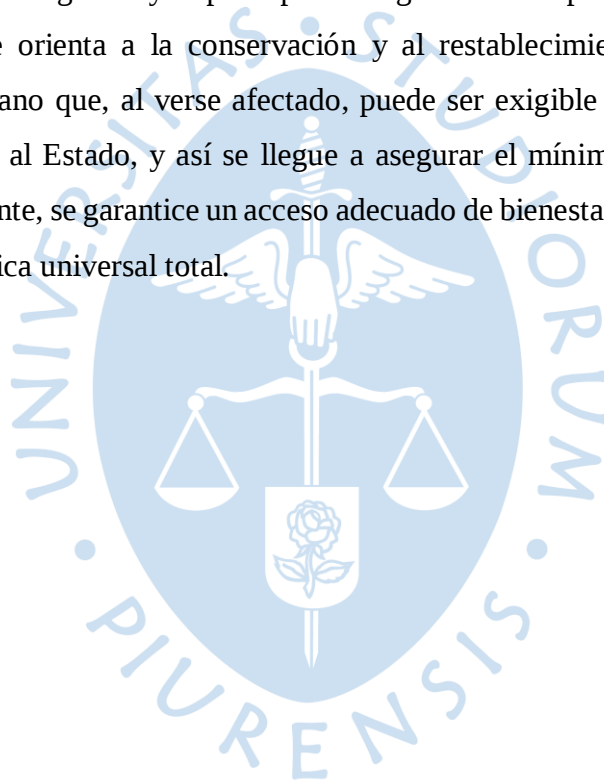




Tabla de contenido

Introducción	11
Capítulo 1 Persona humana y derechos humanos.....	13
1.1 El valor de la persona humana: la dignidad humana	13
1.2 Concepto y características de la dignidad humana	15
1.3 En el ordenamiento jurídico peruano	19
1.4 Los derechos humanos	21
1.4.1 <i>Naturaleza jurídica de los derechos humanos</i>	21
1.4.2 <i>Reconocimiento jurídico. Los derechos fundamentales</i>	23
1.4.3 <i>Clasificación de los derechos constitucionales</i>	25
Capítulo 2 Los derechos fundamentales y su exigibilidad	33
2.1 La exigibilidad de los derechos fundamentales.....	33
2.1.1 <i>Fundamento y alcance</i>	34
2.1.2 <i>Objeto de vinculación</i>	37
2.1.3 <i>Destinatarios de la vinculación</i>	39
2.2 La exigibilidad de los derechos sociales. En particular el carácter programático de los derechos sociales	42
2.2.1 <i>Los derechos sociales. Concepto</i>	42
2.2.2 <i>Aspecto objetivo y subjetivo de los derechos sociales</i>	43
2.2.3 <i>El carácter programático de los derechos sociales y su exigibilidad</i>	43
Capítulo 3 El derecho fundamental a la salud.....	47
3.1 Antecedentes históricos y reconocimiento positivo	47
3.2 Derecho a la salud como derecho fundamental	49
3.3 El contenido esencial del derecho a la salud	51
3.4 La exigibilidad del derecho fundamental de la salud	55
3.4.1 <i>¿Derecho no exigible?</i>	55
3.4.2 <i>Justificación y significado de la exigibilidad del derecho a la salud</i>	56

3.4.3 <i>La exigibilidad en la jurisprudencia del TC</i>	60
3.4.4 <i>Síntesis del recuento jurisprudencial</i>	77
3.5 Las obligaciones del Estado	79
Conclusiones	87
Glosario	89
Lista de referencias	91



Introducción

Luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial se empezó a formar una nueva opinión acerca del respeto a la vida del ser humano, en la que se buscaba una efectiva protección legal de los derechos de las personas. Tal es así, que las Constituciones políticas empezaron a desarrollar el respeto y la protección hacia el ser humano, debiendo estructurar los ordenamientos jurídicos a la defensa de la persona.

Así, se determinó que la persona es titular de derechos propios, los mismos que no pueden ser lesionados ni vulnerados, siendo la principal función del Estado defender y proteger a la persona, por la cual, sin importar su condición económica, sexo, raza, religión, nacionalidad, ésta no puede ser considerada como un objeto, sino como titular de derechos.

Para ello, la dignidad humana representa el valor de la persona por lo que ella es en sí misma, constituyéndose como fin, de tal modo que, pese a ser una realidad compleja, busca perfeccionarse a través de la satisfacción de sus necesidades. De este modo, la dignidad es la base de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, así como el parámetro para la disposición de nuevos derechos.

Bajo esta perspectiva, se puede determinar que de la naturaleza humana surge una serie de derechos humanos que protegen bienes jurídicos, cuyo respeto de los mismos equivale a la dignidad plena de la persona, estos derechos se clasifican según el tipo de bien jurídico que garantizan, como es el caso de los derechos sociales cuya protección radica en salvaguardar el acceso a la vida social de las personas, tal como lo es el derecho a la salud.

En el Perú, el derecho a la salud es un derecho humano que garantiza el bienestar de la persona, así como su dignidad; la afectación de éste derecho pone en riesgo la vida del ser humano, siendo tanto la sociedad como el Estado quienes tienen la finalidad de defender a la persona humana y respetar su dignidad, conforme lo indica el Artículo 1 de la Constitución Política del Perú; sin embargo, en muchos casos la aplicación del derecho a la salud puede estar supeditado al presupuesto económico del Estado, por lo que su debida aplicación nos hace cuestionarnos la realidad de este derecho, preguntándonos lo siguiente: ¿A qué da derecho el Derecho a la Salud? Este contenido, ¿está siendo cumplido por quién debe?, ¿cuál es la exigibilidad de este derecho?

Con el fin de resolver las cuestiones planteadas, la investigación de la presente tesis se ha dividido en tres capítulos. El primer capítulo parte del estudio de la persona humana y de los derechos que le son propios. En particular, interesa analizar el valor jurídico de la persona, y si

un tal valor puede servir de fundamento a los derechos humanos, inmediatamente después propondremos un concepto de derechos humanos que se ajuste al estudiado valor de la persona, incidiendo particularmente en la constitucionalización de los derechos humanos en el sistema jurídico peruano como derechos fundamentales.

Una vez definidos los derechos fundamentales de la mano con el valor de la persona humana, corresponde adentrarnos en uno de los problemas constitucionales de mayor relevancia: la vinculatoriedad y consiguiente exigibilidad de los derechos fundamentales. Esta cuestión se resolverá en el capítulo II, el cual empieza preguntándose por la vinculación a los derechos fundamentales en general, para inmediatamente indagar por la vinculación a los derechos fundamentales sociales.

Por último, y luego de haber estudiado la vinculación de los derechos fundamentales especialmente los derechos sociales, se definirá en el tercer capítulo un derecho social de suma importancia para el ser humano, el derecho a la salud, en la medida que salvaguarda el acceso a la vida de las personas. Por ello, el presente capítulo inicia con el desarrollo que ha tenido a lo largo de la historia para seguidamente definir su reconocimiento positivo. Posterior a ello, se definirá el contenido esencial y alcance del derecho a la salud, para seguidamente reflejar y resolver la cuestión de fondo, esto es la exigibilidad del derecho a la salud, en este sentido se analizarán sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, donde se planteó la cuestión de la exigibilidad, haciendo ver cómo el contenido constitucional del derecho a la salud fue directamente exigible ante los tribunales. Finalmente, se definirán las obligaciones que tiene el Estado peruano frente al derecho a la salud, el cual debe ser plenamente garantizado para el desarrollo pleno de la persona.

Capítulo 1

Persona humana y derechos humanos

1.1 El valor de la persona humana: la dignidad humana

El ser humano es una realidad compleja que ha sido estudiada desde diferentes ámbitos del saber, en donde confluyen conocimientos científicos, filosóficos e incluso espirituales. La particular singularidad del ser humano permite reconocer que su estudio “presupone estudiar un ser que es tan complejo como contradictorio, de las que muchas veces solo se logra captar aspectos parciales”¹. En efecto, nos miramos al espejo y podemos advertir lo complejo que somos como personas, no solo en nuestras estructuras físicas sino también en nuestro lado espiritual, emocional y social.

En ese sentido, la persona humana tiene cualidades, tiene habilidades y defectos, tiene innumerables cosas en sus relaciones con los demás y en el desarrollo de su propio ser, siendo una realidad compleja, capaz de desenvolverse en sociedad; ello, de acuerdo a unas reglas morales, de comportamiento, éticas, religiosas o jurídicas, permitiéndose convivir y proyectar su vida dentro del bien común². Con relación a ello, la persona humana es un término que a lo largo de la historia ha sido materia de muchos estudios e investigaciones, por lo que no es posible encontrar una definición homogénea o generalizada en las diversas áreas sociales que han estudiado a la persona.

Sin embargo, resulta necesario adoptar una definición de persona, con la finalidad de desarrollar la presente tesis, por lo que tomaremos la siguiente: la persona humana es entendida como “una realidad compleja que tiende a la perfección. Que es compleja significa reconocer que la naturaleza humana es una realidad pluridimensional, es decir, que se manifiesta en ámbitos o dimensiones distintas y a la vez complementarias entre sí”³.

Atendiendo a esta posición, la afirmación referida a que la persona humana tiende a la perfección, significa, en primer lugar, que es una realidad imperfecta para sostener que la persona experimenta una serie de deficiencias y necesidades que, en segundo lugar, busca satisfacer. La satisfacción de sus necesidades y exigencias en cada aspecto de su naturaleza, permitirá reconocer que la persona pone en acto una serie de potencialidades útiles para su

¹ HABERLE, Peter, *La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional*, Primera Edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, p. 61.

² FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “¿Qué es ser “persona” para el derecho?”, en *Portal de Información y Opinión Legal Pontificia Universidad Católica del Perú*, Año n° 53, 2002, p. 23.

³ CASTILLO CORDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Palestra Editores, Lima, 2007, p. 30.

felicidad. Porque mientras la persona efectivamente satisfaga sus necesidades y exigencias humanas, conseguirá mayores grados de realización y perfeccionamiento humano⁴.

En lo correspondiente al perfeccionamiento del ser humano, debemos manifestar que ésta al ser una realidad pluridimensional que vive en sociedad, necesita bienes básicos para satisfacerse, tales como la alimentación, abrigo, vestimenta para así poder alcanzar su individualidad y colectividad a la que pertenece, que le permitirán vivir de manera adecuada y civilizada. Leopoldo-Eulogio Palacios afirma que la persona humana halla su perfección en sí misma, por el hecho de subsistir en virtud de sus principios esenciales, pero para el debido comportamiento respecto de todo lo que está fuera de la persona misma, ésta consigue su perfección a través de accidentes sobre añadidos a la esencia⁵. Esto es que, necesita desarrollarse tanto en un plano personal, como social.

Ahora bien, las características que hemos manifestado anteriormente en cuanto a la definición del ser humano, permiten reconocer en la persona, un ser superior al de otros seres vivos, cuya razonabilidad e inteligencia, lo dota de un valor, siendo el único ser existente racional que tiene un absoluto valor interno, su dignidad⁶. Immanuel Kant, es uno de los primeros filósofos que destacó el valor de la dignidad humana como base de todos los derechos, al mencionar que el hombre habría de considerarse no como un medio para la obtención de determinado objetivo, sino como un fin en sí mismo y, por ello, es sujeto de derechos⁷.

En efecto, el hecho de que el hombre tenga un valor por lo que él es en sí mismo supone que constituye un fin y que por tanto no puede ser usado como un instrumento. La persona humana es un fin sometida a la regla que no tiene precio y que no puede ser utilizada como un medio, por todas las posibilidades que encierra su condición de fin en sí misma, teniendo como punto de partida su valor esto es la dignidad humana⁸.

Si la persona es usada como un medio, su existencia estaría sometida a aquello que circunstancialmente pudiese ser adoptado como fin. De ocurrir esto, haría que la persona ya no

⁴ CASTILLO CORDOVA, Luis, “La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n° 16, 2012, p. 810.

⁵ PALACIOS, Leopoldo-Eulogio, “La persona humana”, en *Revista de formación cívica y de acción cultural, según el derecho natural y cristiano*, 2011, p. 411-412.

⁶ AGUIRRE-PABÓN, Javier Orlando, “Dignidad, Derechos Humanos y la Filosofía práctica de Kant”, en el *Seminario de la Filosofía Práctica de Kant en la State University of New York – Stony Brook*, Colombia, n° 123, 2011, p. 64.

⁷ GONZALES PEREZ, Luis Raúl, “Dignidad humana a 200 años del inicio de la independencia y 100 años de la revolución mexicana”, en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 2010, p. 250.

⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, 2° edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2003, p. 68.

valga por su valor en sí misma, sino en función de otro valor, vulnerando la naturaleza del ser, su valor y por tanto su dignidad. En este sentido, el valor de la persona humana es su dignidad, la cual exige un respeto inmediato en el ser, que equivale a su valor; esto, conlleva al reconocimiento de los derechos de la persona, la misma que requerirá de un contexto favorable para la realización de su libertad y creación para sus propias normas⁹.

Bajo esta perspectiva, el hombre necesitará para su perfección, realizarse, y lo conseguirá a través de la satisfacción de sus necesidades, las mismas que constituyen bienes jurídicos, en la medida en que son valores para el desarrollo de la persona, de esta manera alcanzará su perfección y convivencia en sociedad, exigida por su calidad de fin en sí misma, permitiéndole alcanzar el pleno desarrollo de su ser.

1.2 Concepto y características de la dignidad humana

El concepto de dignidad humana en un inicio, se encontraba consolidado en la doctrina cristiana que atribuía la dignidad a todo ser humano, en razón a que cada persona lleva en sí misma un reflejo de la divinidad que lo creó, desarrollando la igualdad entre los seres humanos¹⁰. De este modo, se hallaba un concepto de dignidad relacionado en la imagen de Dios, en donde dicha condición emana no de la persona en sí, sino en el origen de una divinidad.

Sin embargo, dicho concepto ha superado avatares históricos y confrontaciones intelectuales, cambiando con el transcurso del tiempo, hallándose en la modernidad un concepto de dignidad más intelectual, con vocación de realización social, donde la dignidad se convierte en el fundamento de la ética pública y del sistema jurídico¹¹. Así, si bien a lo largo de la historia existen algunos precedentes que han servido en la construcción del concepto moderno de la dignidad, es preciso señalar que de su significado actual emanan valores y derechos que sostienen la democracia y además es fundamento del ser.

De este modo, se empieza a generar una concientización sobre los derechos de las personas, comenzando a profundizar acerca de la dignidad humana, pero ésta ya no como una cualidad moral, bajo la influencia del cristianismo; sino entender a la dignidad como aquel valor inalterable que posee toda persona por el hecho de contar con capacidad para razonar y decidir, que los otros entes no poseen¹².

⁹ FERNANDEZ GARCIA, Eusebio, *Dignidad Humana y Ciudadanía Cosmopolita*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 13.

¹⁰ GARCIA VELUTINI, Oscar, *Sobre derechos personales y la dignidad humana*, Sucre, Caracas, 198, p. 143.

¹¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La dignidad ...*, op. cit., p. 23

¹² GARCIA GONZALES, Aristeo, "La dignidad humana, núcleo duro de los derechos humanos fundamentales", en *Derecho Civil y Social - Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo*, México, Año XII, 2015, p. 5.

En este sentido, actualmente se tiende a dar un concepto de dignidad humana relacionado al valor de la persona, que además de ello, sirve como parámetro del orden político y jurídico, el cual supone el respeto del hombre como fin en sí mismo, premisa que debe estar presente en los planes de acción social del Estado, suministrando una base constitucional a sus políticas pues, en el estado social, el respeto a la dignidad se refiere esencialmente a lograr una mejor calidad de vida de las personas¹³. Definir a la dignidad humana entonces, es definir el valor que le corresponde al hombre como fin en sí mismo, dotado de inteligencia y libertad, distinto y superior a todo lo creado, que comparte un tratamiento acorde en todo momento con su naturaleza humana.

Así, determinada la dignidad humana como el valor de la persona, ésta contiene características esenciales que la distingue de los demás conceptos, una de ellas es la cualidad de ser intrínseca al ser humano, donde la dignidad no es accesorio a la persona, sino que surge de su naturaleza, dicha característica es reconocida en todo individuo que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y de la comunidad, implicando, en este sentido, un complejo de derechos y deberes fundamentales que aseguren a la persona contra todo y/o cualquier acto degradante o deshumanizador¹⁴.

Otra característica de la dignidad humana es su efecto irradiador, es decir, la dignidad humana de manera transversal llega a cubrir de protección todas las dimensiones de desarrollo de la persona, tanto espiritual como material o corpórea, personal e individual, representando la pauta interpretativa del desarrollo normativo y los derechos, procurando que la persona alcance su mayor desarrollo en la satisfacción de sus necesidades. Siendo así, la dignidad irradia a toda la gama de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, para que de manera conjunta, logren el desarrollo del ser¹⁵.

Entonces, de las características expuestas podemos señalar que la dignidad humana es intrínseca a la persona, no pudiendo, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, ser separada de ella. En palabras del Tribunal Constitucional (TC), “la persona humana no pierde su derecho a la dignidad por el hecho de encontrarse en una determinada circunstancia económica, social, religiosa, cultural, educativa”¹⁶. Esto significa que mantiene un efecto irradiador sobre todos

¹³ EXP. N.º 2016-2004-AA/TC, fundamento 16.

¹⁴ NOGUEIRA ALCALA, Humberto, “Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina”, en *Revista de Derecho de Universidad Católica del Uruguay*, Año n.º 5, 2010, p. 86.

¹⁵ EXP. N.º 2945-2003-AA/TC, fundamento 19.

¹⁶ EXP. N.º 04903-2005-HC/TC, fundamento 7.

los ámbitos de desarrollo del ser, por lo cual representa una pauta interpretativa de los derechos, las normas y las políticas en favor de la persona, exigiendo su respeto y protección.

Como se señaló anteriormente, la dignidad humana constituye el valor de la persona, y este valor, en el sistema jurídico peruano, ha sido reconocido en el primer artículo de su norma fundamental. En efecto, la Constitución Peruana (CP) se abre de la siguiente manera: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Es decir, para el Constituyente peruano la persona vale como fin supremo. Sin embargo, en dicho artículo no se expresa textualmente la naturaleza de la dignidad, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos como es el caso de la Constitución española, que recoge a la dignidad como principio constitucional. Incluso, en el segundo artículo de la Constitución se empieza a nombrar los derechos fundamentales, pero tampoco se hace referencia a la dignidad como derecho fundamental. Posterior a ello en el artículo 3 de la Constitución se reconocen derechos de naturaleza análoga, los cuales se fundamentan en la dignidad humana. Es ahí, cuando se empieza a dar una pista acerca de la naturaleza de la dignidad, la misma que será fuente de los derechos fundamentales de la persona.

El TC máximo intérprete de la Constitución, ha venido ejerciendo una importante labor jurisprudencial de interpretación iusfundamental a partir de la idea de dignidad humana, formando así un concepto de dignidad de la persona humana, constituyéndola como un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, que aquélla sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento de instrumento o medio; así, es un dínamo de los derechos fundamentales; estableciéndose como un parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la fuente de los derechos fundamentales¹⁷.

A partir de ello, la jurisprudencia del TC le ha conferido a la dignidad humana la naturaleza de principio-derecho, la cual determina consecuencias jurídicas. La primera de ellas es que, en tanto, *principio*, la dignidad humana actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extendible a los particulares.

¹⁷ EXP. N.º 10087-2005-PA/TC, fundamento 5.

En segundo lugar, y en tanto *derecho fundamental*, la dignidad humana se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma praxis intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos”¹⁸.

Como resultado de lo señalado, la dignidad humana vendría a constituirse como aquel principio constitucional fundamental, rector de la política constitucional, que, de acuerdo a lo manifestado, cumpliría tres principales funciones: es principio legitimador, es fuente de los derechos fundamentales y es parámetro de interpretación del ordenamiento jurídico.

En su rol legitimador, la dignidad cumple con ser la base de todo el ordenamiento jurídico, por lo tanto, un ordenamiento jurídico será legítimo solo si ha nacido para garantizar, promover y defender la dignidad de la persona humana, la misma que se merece respeto, protección, garantía y promoción¹⁹.

En su función como fuente de los derechos fundamentales, es la dignidad el punto de partida de los derechos fundamentales, si no reconociéramos un valor a la persona tan alto que exige alcanzar bienes humanos para su desarrollo, entonces no tendría sentido los derechos como mecanismos de desarrollo de la persona, además es la dignidad un criterio utilizado para determinar el contenido esencial de un derecho por lo cual, en ella se enmarca lo que debe ser protegido y defendido en beneficio de la persona. De este reconocimiento, se deriva la naturaleza de sus alcances jurídicos, en tanto, sustrato axiológico y soporte estructural de la protección debida al individuo, configurándose como “(...) un *minimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover”²⁰. De allí que, la dignidad sea caracterizada por la posición preferente que ocupa en el ordenamiento jurídico, y por la individualización respecto del rol de fundamento, fin y límite que a la misma le corresponde cumplir frente a la existencia de todos los derechos fundamentales. Así, da la esencial correlación entre derechos fundamentales y dignidad humana (...)”²¹.

¹⁸ EXP. N.º 02273-2005-PHC/TC, fundamento 10.

¹⁹ BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo, “La dignidad del ser humano – Apuntes para una sociedad bien ordenada”, en *Revista Iuris Lex Societas*, n.º 2, Perú-Trujillo, 2007, p. 26.

²⁰ EXP. N.º 0010-2002-AI/TC, fundamento 218.

²¹ EXP. N.º 02273-2005-PHC/TC, fundamento 7.

Finalmente, la dignidad como función interpretativa, significa que las normas constitucionales en su mayoría requieren de normas posteriores o el desarrollo de doctrina las mismas que deben ser desarrolladas a la luz de la dignidad humana, es decir, sin lesionar a la persona. Siendo la dignidad fuente de los derechos fundamentales, esto es *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos, no le imposibilita de ser también un derecho fundamental, toda vez que es la dignidad punto de partida de los derechos fundamentales porque es un principio constitucional²².

1.3 En el ordenamiento jurídico peruano

Conviene detenernos un poco más en la manera como el Constituyente peruano ha recogido este medular principio jurídico. No cabe duda que, en nuestro ordenamiento jurídico, la persona humana ocupa una posición central y privilegiada por su valor, es decir por su dignidad. Así lo recoge el artículo 1 de la Constitución cuando, como ya fue indicado arriba, dispone que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Es a través de este primer artículo que se promulga el reconocimiento a la persona humana como entidad máxima de la sociedad, asimismo ordena a la sociedad y al Estado a proteger y respetar a la persona, la misma que vale como un fin en sí misma, y no como un medio para la consecución de un fin²³.

El TC al respecto ha señalado que “Nuestra Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla”²⁴.

Tal como se puede ver, el primer artículo de la Constitución coloca a la persona en la más alta jerarquía política, económica, legal y moral. Inclusive colocándola sobre el Estado y la sociedad, donde todos sin excepción estamos obligados por ley a respetar y proteger a la persona. Asimismo, en el artículo 3 CP se pretende proteger el desarrollo de la persona en la satisfacción de sus necesidades humanas con bienes humanos, no limitándose a los derechos enumerados, sino que se refiere a todos los derechos que se fundan en la dignidad del hombre.

²² OEHLING DE LOS REYES, Alberto, “El concepto constitucional de dignidad de la persona: Forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 91, 2011, p. 139.

²³ EXP. N.° 0024-2010-PI/TC, fundamento 37.

²⁴ EXP. N.° 01535-2006- PA/TC, fundamento 83.

Esta decisión de la Constitución, coloca al Estado al servicio de la persona humana y su dignidad²⁵, siendo la Constitución y todo el ordenamiento jurídico herramientas para la protección de la dignidad humana. Entonces, el Estado existe para garantizar la existencia digna de las personas, como herramientas facilitadoras de bienes humanos para la satisfacción de las necesidades humanas que ayuden en su perfeccionamiento, por ello, uno de los deberes del Estado, recogido en el artículo 44 CP es “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”.

De esta manera, se puede ver al Estado actuando en función a la persona humana, no solo está limitada a respetar, proteger y garantizar la persona humana y su dignidad, sino que tiene por deber el de actuar para mantener en vigencia los derechos humanos, esto quiere decir que el Estado no puede estar al margen de los derechos, sino que su actuación es de promoción para que estén en vigencia a favor de la persona. Siendo la persona de igual valor que otra no por lo que tiene o hace sino por su naturaleza humana que la hace fin supremo en el ordenamiento, debido a su valor, a su dignidad humana²⁶.

Es debido al valor de la persona, que nuestro ordenamiento jurídico coloca a la persona como el fin supremo de toda su actuación y la de la sociedad, por ello existe una preferencia absoluta de la persona sobre cualquier norma, proceso o procedimiento, el TC lo ha determinado así cuando señala que el Estado tiene un deber especial de protección que obliga a todos sus órganos la defensa de la persona y el respeto de su dignidad, incluso en su artículo 44 CP se obliga a garantizar la plena vigencia de los derechos humanos²⁷. De esta manera, el mandato constitucional del artículo 1 CP, exige que tanto la sociedad como el Estado deban tener como principio objetivo la vigencia de la dignidad, no solo en un sentido individual y formal, sino también social y sustantivo²⁸.

De lo que se lleva dicho, debe ser concluido que la persona en el sistema jurídico peruano, es fin supremo de la sociedad y del Estado, siendo la Constitución aquella norma positiva que reconoce el valor de la persona, promoviendo su máxima realización para la satisfacción de sus necesidades, y en consecuencia poder alcanzar su felicidad; para ello, es necesario pensar en un instrumento jurídico efectivo que nos ayude a lograr esa finalidad, la misma que detallaremos a continuación.

²⁵ LANDA ARROYO, Cesar, Artículo “Dignidad de la persona humana”, en *Revista de la Universidad Católica del Perú IUS ET VERITAS*, v. 10, n° 21, 2000, p. 13.

²⁶ EXP. N.° 2868-2004-AA/TC, fundamento 9.

²⁷ EXP. N.° 0858-2003-AA/TC, fundamento 10.

²⁸ EXP. N.° 23-2005-PI/TC, fundamento 63.

1.4 Los derechos humanos

Pues bien, como ya se ha indicado anteriormente, la persona requiere la satisfacción de sus necesidades humanas para alcanzar su perfección, siendo el Estado el llamado a cumplir con dicha labor, tal como lo indica el TC cuando señala que el Estado moderno, tiene como tarea encomendada proteger los derechos fundamentales, siendo incluso su finalidad y deber principal, pues, el Estado ha sido instituido al servicio de los derechos fundamentales. El Estado, en efecto, tiene en relación con los derechos humanos, un ‘deber especial de protección’²⁹.

1.4.1 Naturaleza jurídica de los derechos humanos

Cuando se trata de determinar la naturaleza jurídica de algo, lo que se pretende es encontrar la fuente o causa que le otorgue ciertos efectos jurídicos, a un hecho o conducta. Entonces en este apartado se buscará plasmar la razón por la cual los derechos humanos tienen determinados efectos jurídicos.

La persona humana, por el valor supremo que tiene de ser fin en ella misma, mantiene una dignidad única que la posicionará como fin del derecho, así como punto de referencia de donde nacen los derechos humanos, por ello el Estado y toda la estructura normativa debe proteger a la persona y garantizar sus derechos. Así, desde un punto de vista metajurídico, existen determinados derechos que se consideran básicos o esenciales para el ser humano, es decir que son inherentes al desarrollo de su personalidad. Estos derechos emanan del ser humano, y su fundamentación se encuentra en la naturaleza misma del hombre. Este tipo de derechos son los denominados derechos humanos³⁰.

En este sentido, los derechos humanos son los derechos del hombre por el hecho de ser hombre, reconociendo una definición de derechos humanos ligada al derecho natural. De esta manera, el hombre por su propia naturaleza y su existencia, sería persona con derechos y obligaciones, no pudiendo el Estado desconocer o excluir a algún hombre del reconocimiento como persona y la garantía de sus derechos, los cuales han sido nombrados actualmente como los derechos humanos³¹.

²⁹ EXP. N.º 0858-2003-AA/TC, fundamento 6.

³⁰ BASTIDA, Francisco José, “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales?”, en AUTORES VARIOS, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, 2007, p. 109.

³¹ CARPIZO, Jorge, “Los Derechos Humanos: Naturaleza, Denominación y Características”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 25, 2011, p. 4.

De lo manifestado, es de acuerdo a la perspectiva de derecho natural que se debe entender el origen de los derechos humanos, porque los derechos humanos se encuentran íntimamente vinculados a la persona, ya que debido a la naturaleza de los hombres y su existencia misma requiere desarrollarse en todas sus dimensiones para alcanzar bienes que le faciliten la perfección, donde la dignidad humana es el principio superior que debe regir los ordenamientos jurídicos³².

De este modo, y como ya fue justificado en líneas anteriores, el ser humano es una realidad compleja que está destinada a la perfección mediante la obtención de bienes humanos, entonces, los derechos humanos serán bienes humanos que permiten a la persona alcanzar grados de perfección humana, en tanto satisfagan sus necesidades y exigencias, bienes que por justicia son debidos a la persona por su naturaleza humana³³, por lo tanto, son bienes humanos debidos.

De acuerdo a ello, si bien los bienes debidos se hacen cosa justa a través de la determinación de la ley natural y las decisiones racionales de la autoridad pública privada, ello es de acuerdo a la realización plena de la persona, junto con el bien común³⁴; es justo que a la persona humana se le de lo que le es suyo por su naturaleza para adquirir el perfeccionamiento a través de la satisfacción de sus necesidades y exigencias humanas, es decir, adquiriendo bienes humanos. Al ser lo justo, es un derecho que obliga, por lo cual, la persona humana se convierte en fuente de juridicidad de la que emanan una serie de principios y valores que conforman el Derecho natural antes de la existencia misma del Estado y la sociedad. En palabras del TC, “La persona humana por su dignidad tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal³⁵.”

Incluso, en la Declaración de Viena en el primer párrafo se expone que los derechos humanos son innatos a todos los seres humanos, y que los gobiernos tienen como responsabilidad primordial su promoción y protección. Si el Estado falla en garantizar la obtención de estos bienes debidos a la persona, aún quedan medios en el ámbito internacional

³² Idem, p. 7.

³³ OLLERO TASSARA, Andrés, “El derecho a lo torcido”, en *Revista de derecho de Universidad Rey Juan Carlos I.*, Volumen 7, 2006, p. 224-225.

³⁴ CHAVEZ-FERNANDEZ POSTIGO, José, *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*, Palestra Editores, Lima, 2012, p. 136.

³⁵ EXP. N.º 318-1996-HC/TC, fundamento 1.

para obtenerlos porque no pueden ser privados o limitados de la persona porque son innatos a ella³⁶.

Por tanto, de lo que se lleva justificado debe destacarse que el Estado reconoce y garantiza los derechos humanos para que la persona alcance la mayor satisfacción de sus necesidades humanas, y así logre la mayor cantidad de bienes humanos esenciales que favorezca su perfección. En este sentido, definimos a los derechos humanos como bienes humanos debidos innatos a la persona, nacidos de la dignidad humana y no de una ley; exigen del Estado y la sociedad su reconocimiento como pilares de la vida pública y social, así como su promoción, protección y garantía para alcanzar grados de perfección en la persona en su naturaleza humana.

1.4.2 Reconocimiento jurídico. Los derechos fundamentales

Desde un punto de vista jurídico, los derechos humanos son el reconocimiento jurídico de una serie de necesidades constituidas bajo la forma de bienes jurídicos que le permiten al hombre vivir conforme a su dignidad, esto es vivir en la constante búsqueda de perfección³⁷. Este reconocimiento jurídico de los derechos humanos facilitará los medios para la efectiva protección del ser humano y su realización.

De esta manera, los derechos humanos como bienes debidos al ser por su dignidad, requieren de la intervención del Estado para su reconocimiento, su incorporación y garantía en el ordenamiento jurídico, siendo el Constituyente un reconocedor de estos derechos, mas no un creador, el Estado los reconoce por el hecho de que la persona contiene un valor en sí misma, su dignidad. En esta línea, el TC ha sostenido que “la persona humana, por su dignidad, tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al Estado, immanentes a sí misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal”³⁸.

Complementando lo anterior, el reconocimiento jurídico que hace un ordenamiento de los derechos humanos al incorporarlos dentro de sus normas, es un acto de positivización, donde se “modifica el carácter de los derechos humanos, que pasan de ser criterios morales a exigencias plenamente jurídicas”³⁹. Si bien los derechos humanos tenían una cualidad de

³⁶ NIKKEN, Pedro, “Seminario sobre Derechos Humanos”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, La Habana, 1996, p. 55.

³⁷ BASTIDA, Francisco, *¿Son los derechos sociales ...?*, op. cit., p. 114.

³⁸ EXP. N.º 4637-2006-PA/TC, fundamento 45.

³⁹ CASTILLO CORDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales ...*, op. cit., p. 76.

universalidad por constituir valores morales, los derechos fundamentales son propiamente lo justo, esto es aquello que por su propia naturaleza le es atribuido a cada persona, siendo la dignidad aquel título donde se funda dicha atribución. Al ser pues, un criterio de justicia, aquellas acciones y normas que lesionen los derechos fundamentales serán calificadas de injustas y por ende los ordenamientos jurídicos dispondrán mecanismos adecuados de invalidación para la consecuente protección de los derechos⁴⁰.

Los estados nacionales están obligados a incorporar los derechos humanos en sus sistemas jurídicos nacionales. Por el valor que tales derechos representan, el destino de los mismos es la norma fundamental de cada Estado, es decir, su Constitución. Una vez constitucionalizados los derechos humanos, pasan a ser identificados como derechos fundamentales. Es decir, los derechos fundamentales son los derechos humanos constitucionalizados. Y de existir un Estado que no los acogiera, sería calificado como sistema injusto y justificaría una rebelión de la población en busca del reconocimiento de dichos derechos. En consecuencia, los derechos humanos no son creados sino reconocidos por el Constituyente, y por su importancia, una vez que son constitucionalizados, les cabe el término de derechos fundamentales.

Estos derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte⁴¹. En tal sentido, el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones⁴².

Los derechos fundamentales tutelan interés o necesidades esenciales de la persona como la libertad, la vida, dentro de un ordenamiento jurídico. Estos intereses no son negociables, sino que se mantienen inalterables porque son universales, reconocidos a todos en igual forma y

⁴⁰ DE DOMINGO, Tomás, “Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad”, en *Persona y Derecho*, n° 56, 2007, p. 245.

⁴¹ Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

⁴² EXP. N.° 5854-2005-PA/TC, fundamento 23.

medida, no se pueden cambiar ni acumular porque pertenecen a todos los sujetos son personalísimos e indisponibles no existe precio en el mercado para ellos y son indisponibles para las decisiones políticas⁴³.

El TC manifiesta que, al estar reconocidos los derechos fundamentales en la Constitución, hace prevalecer el origen de los mismos en la dignidad de la persona humana como valor central de la norma, dotándolos de un aspecto de exigibilidad importante para el desarrollo de su realización⁴⁴. Los derechos fundamentales por ser derechos humanos, hacen que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades⁴⁵.

Así definidos los derechos fundamentales, conviene preguntarse si es que hay que diferenciarlos respecto de los derechos constitucionales. Sin embargo, la idea central es que todos los derechos recogidos en la Constitución tienen un mismo nivel de protección constitucional, siendo llamados de distinto modo, pero siempre refiriéndose a una misma realidad; así, un derecho puede ser llamado derecho constitucional porque está recogido en la Constitución, y puede ser llamado derecho fundamental porque es un derecho esencial al ser un derecho humano constitucionalizado. Sin embargo, hay incluso en la Constitución derechos que no parecen ser verdaderos derechos humanos, como por ejemplo el derecho a la indemnización por errores judiciales regulado en el artículo 138.7 CP, pero está en la Constitución y puede ser tenido como derecho constitucional. Estos serán casos excepcionales, normalmente los derechos constitucionalizados son bienes humanos esenciales debidos a la persona, es decir, son derechos humanos, lo que permite identificarlos como derechos fundamentales. De modo que podrá ser empleada indistintamente una expresión u otra.

1.4.3 Clasificación de los derechos constitucionales

Existen varios criterios para clasificar los derechos constitucionales entre los principales criterios tenemos: a) material, b) formal y c) por su naturaleza jurídica. Brevemente, podemos señalar que el criterio material agrupa a los derechos por su contenido y objeto. Por otro lado, el criterio formal agrupa a los derechos según los mecanismos constitucionales previstos para garantizar su ejercicio y vigencia. Por último, el criterio de naturaleza jurídica agrupa a los derechos por las relaciones jurídicas que presentan⁴⁶. Para el caso peruano, el Constituyente ha

⁴³ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Segunda Edición, Editorial Trotta S.A, Madrid, 2001, p.37.

⁴⁴ EXP. N.º 1417-2005-AA/TC, fundamento 2 y 4.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ BIDART CAMPOS, German J., *Teoría General de los Derechos Humanos*, Primera Edición, México, 1989, p. 172.

utilizado tanto el criterio material, como su naturaleza jurídica, clasificando los derechos en tres grupos: el primer grupo denominado Derechos Fundamentales, el segundo grupo denominados Derechos Sociales y Económicos; y finalmente el tercer grupo denominados Derechos Políticos. Los mismos que serán estudiados a continuación.

1.4.3.1 Los derechos fundamentales de la Constitución. Nuestro ordenamiento jurídico ha establecido en la Constitución, en el Capítulo I denominado “Derechos fundamentales”, del Título I, tres artículos. El artículo 1 CP señala como pauta hermenéutica decisiva que es la persona humana y su respeto el fin supremo de la sociedad y el Estado, esto quiere decir que el Estado y la sociedad están al servicio de la persona, no pudiendo utilizarse a la persona para la obtención de otros medios, sino buscando que la persona alcance su desarrollo y perfección, además con este artículo el Constituyente ha dejado establecida la finalidad última de toda la administración pública, que no es nada menos que la persona misma. Esto significa que la persona debe ser el centro de la vida social del Estado, tanto como individuo y en su colectividad. La sociedad y el Estado no son ajenas a la protección y defensa de la persona por ello reconoce y garantiza los derechos de las personas frente cualquier intromisión o arbitrariedad de los poderes públicos. De esta manera la persona es fin en sí misma y no un medio para el funcionamiento del Estado, como bien lo determina el TC⁴⁷. Entonces si la persona es el fin del Estado, los derechos de las personas también serán el fin del Estado, por lo cual deberá promover su vigencia y garantizar su ejercicio. El Estado debe permitir que la persona se desarrolle y alcance la satisfacción de sus necesidades humanas, que viva mejor, que lo haga dignamente en proporción a los atributos que tiene la persona por su naturaleza.

Luego tenemos el artículo 2 CP, el mismo que trae una lista de 24 derechos, entre ellos encontramos derechos como el derecho a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, dichos derechos no parecen tener este grado de fundamentales, como lo tiene el derecho a la vida o a la libertad de conciencia y de religión, también recogidos en el mencionado artículo constitucional. Por otro lado, hay derechos en aquella lista que también han sido recogidos en otros artículos de la Constitución, como es el caso del derecho a participar en asuntos públicos a través de referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas recogido en el artículo 31 CP y en el artículo 2

⁴⁷ EXP. N.º 0008-2003-AI/TC fundamento 14.

CP inciso 17 CP. De esta lista de derechos, en su mayoría se describe un contenido material de la autonomía de la persona.

En el artículo 3 CP se indica de manera textual que “la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza”, lo que nos demuestra que el hecho que se haya usado la expresión “Derechos fundamentales de la persona” como denominación del Capítulo I, no significa que los enunciados en el artículo 2 CP son los únicos derechos fundamentales de la persona, sino que todos los derechos humanos constitucionalizados incluso fuera del artículo 2 CP, son igualmente derechos fundamentales, pues todos ellos son igualmente necesarios para conseguir la más plena realización de la persona.

De esta manera, “la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales”⁴⁸.

Por lo tanto, el uso de la expresión derechos fundamentales no excluye de valor y eficacia al resto de derechos humanos recogidos en la Constitución, como son los derechos sociales y los derechos políticos, por lo cual no tiene sentido que se entienda que existen derechos fundamentales y no fundamentales en la Constitución, sino que todos los derechos recogidos en ella componen un solo grupo de derechos.

1.4.3.2 Los derechos sociales y económicos. Los derechos sociales y económicos son derechos fundamentales que tienen naturaleza de un derecho público subjetivo y no de un derecho de aplicación directa, esto quiere decir que su reconocimiento constitucional no es suficiente para su eficacia plena, porque requieren de una regulación legal que los convierta en exigibles judicialmente. “Por ello, en la Constitución mantienen la condición de una declaración jurídica formal, mientras que la ley los convierte en un mandato jurídico aprobatorio de un derecho social”⁴⁹.

⁴⁸ EXP. N.º 01417-2005-AA/TC, fundamento 4.

⁴⁹ *Idem*, fundamento 14.

De esta manera, los derechos sociales y económicos son derechos que requieren del Estado, la realización de acciones o prestaciones que “supondrán la disposición de sumas de dinero importantes”⁵⁰, para garantizar la cobertura de ciertas necesidades básicas de las personas y así proveerles de una vida digna. Han sido nombrados por la doctrina constitucional como derechos individuales homogéneos porque su ejercicio es personal, pero está relacionado con los derechos de las demás personas, donde la lesión de uno de estos derechos no solo afectara al titular del mismo sino además al resto de personas que se encuentren en la misma situación, pero su tutela debe ser objetiva.

En la Constitución peruana, estos derechos configuran el régimen familiar con los artículos del 4 al 6 CP, el régimen de salud con los artículos del 7 al 12 CP, el régimen de educación y cultura con los artículos del 13 al 21 CP y por último el régimen laboral con los artículos del 22 al 29 CP. Estos derechos tienen una dimensión social que requiere mínimamente su satisfacción como garantía de su desarrollo en la sociedad, y siguiendo al TC, “este mínimo vital busca garantizar la igualdad de oportunidades en todo nivel social, así como neutralizar las situaciones discriminatorias y violatorias de la dignidad del hombre”⁵¹, de otra manera entenderlos como derechos inferiores o de menor categoría dejaría en desamparo la dimensión social del hombre y su satisfacción mínima como neutralizador de situaciones discriminatorias y violatorias de su dignidad. Además, se debe entender que los derechos sociales tienen la condición de derechos fundamentales y dicha condición no depende de su nivel de exigibilidad, sino que “los derechos sociales son derechos fundamentales por su relación e identificación con la dignidad de la persona y porque así se encuentran consagrados en nuestra Constitución”⁵².

El Estado social y democrático de derecho en el que vivimos requiere de condiciones básicas para su configuración como son la existencia de condiciones mínimas materiales para lograr sus fines y la identificación del Estado con esos fines de contenido social, donde el hombre requerirá de la actuación del Estado para superar las circunstancias difíciles e impedimentos que se le presenten en el ejercicio de sus derechos y así alcanzar una vida digna en igualdad de condiciones. Quizás, el Estado no cuente con recursos suficientes para dar condiciones razonables de vida a todos sus ciudadanos, pero debe mantener vigente dicha

⁵⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales elementos ...*, op. cit., p. 131.

⁵¹ EXP. N.º 945-2003-AA/TC, fundamento 9.

⁵² EXP. N.º 02002-2006-AC/TC, fundamento 13.

responsabilidad porque es su deber constitucional hacerlo⁵³, esta responsabilidad no solo es del Estado sino también de la sociedad, siendo nombrados por la doctrina como deberes de solidaridad para todas las personas que viven en el territorio nacional⁵⁴.

Los derechos sociales y económicos, son mecanismos que tienen las personas para disfrutar de los beneficios de una vida social, como regulador de las desigualdades sociales. Dentro del territorio nacional hay peruanos que no pueden ser atendidos, siendo sus derechos sociales y económicos, ideales sin posibilidad de materialización debido a los escasos recursos económicos que ostente el Estado, el TC ha dejado de usar el concepto tradicional de derechos sociales como normas programáticas y ha señalado: “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 eficacia inmediata, 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 interdependiente”⁵⁵.

Esta situación de los derechos sociales y económicos presenta un dilema entre el ejercicio de los derechos y los pocos recursos económicos con los que cuenta el Estado⁵⁶, pero la jurisprudencia ha dado solución a este dilema planteando el reconocimiento de las necesidades urgentes y la presentación de políticas públicas generales⁵⁷.

Y esto es así porque los derechos sociales y económicos no son derechos subjetivos que tiene el individuo para hacer valer en los tribunales, se debe entender que se necesitará de disposición económica del Estado para el cumplimiento de ciertas prestaciones sociales, además que podrá utilizar cualquier vía para su realización, no teniendo una única manera establecida para su cumplimiento. Asimismo, la undécima disposición final y transitoria de la CP señala que aquellas normas referidas a los derechos sociales que requiere de un mayor gasto público del Estado se deberán aplicar progresivamente en proporción a los recursos económicos

⁵³ RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PRAELI, Francisco, BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2011, p. 34.

⁵⁴ EXP. N.º 2945-2003-AA/TC, fundamento 23.

⁵⁵ *Idem*, fundamento 11.

⁵⁶ RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PRAELI, Francisco, BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *Los derechos fundamentales ...*, op. cit., p. 35.

⁵⁷ EXP. N.º 2945-2003-AA/TC, fundamento 32 y 33.

con los que cuente el Estado⁵⁸. Asimismo, la progresividad señalada no es un término hueco carente de determinación, sino que hace referencia a dos situaciones: la primera que el Estado y la sociedad tiene un deber de cumplir con los derechos sociales y por segundo punto la progresividad es un avanzar constante por lo cual se debe ir incrementando constantemente la vigencia de los derechos⁵⁹.

Para el TC el principio de progresividad en el gasto recogido en la undécima disposición final y transitoria de la CP “no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues para la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas”⁶⁰.

Los derechos sociales, pese a necesitar de disposición económica del Estado, son verdaderos derechos de la persona, porque son exigencias sociales de la persona que necesita satisfacer para alcanzar su pleno desarrollo, por lo cual no deben ser tratados como derechos inferiores o de última categoría, porque son bienes necesarios para que la persona humana alcance grados de perfección y logre una vida digna, pues sin ellos no se podría materializar las libertades porque carecería de condiciones mínimas que haga posible su ejercicio real. Si bien se requerirá de la actuación del Estado mediante el establecimiento de servicios públicos, la sociedad también está obligada a participar a través de la contribución de sus impuestos, además que el Estado no solo abastece con partidas presupuestarias para la vigencia de estos derechos, sino que debe adoptar medidas constantes y eficaces para el logro progresivo de la plena efectividad de estos derechos a todos peruanos en igual de condiciones⁶¹.

1.4.3.3 Los derechos políticos. Los derechos políticos al igual que los derechos sociales y económicos son derechos fundamentales, este derecho le permite a la persona tener la facultad de intervenir en la organización política en la que vive, facultad que se desprende de su misma naturaleza humana, quienes, como titulares del poder de gobernarse, voluntariamente lo delegan a los gobernantes. Delegación que no limita a los ciudadanos la intervención, participación y fiscalización de las actuaciones de poder que realicen los gobernantes⁶².

⁵⁸ EXP. N.º 2016-2004-AA/TC fundamento 36.

⁵⁹ RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PRAELI, Francisco, BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *Los derechos fundamentales ..., op. cit.*, p. 37.

⁶⁰ EXP. N.º 2946-2003-AA/TC, fundamento 36.

⁶¹ EXP. N.º 1417-2005-AA/TC, fundamento 16.

⁶² ZOVATTO, Daniel, “Democracia y Gobernabilidad en América Latina en el siglo XXI temprano”, en *Serie Cuadernos de Divulgación de la Justicia electoral*, n° 5000, México, 2011, p. 47.

El hombre para alcanzar el desarrollo y satisfacción de unos mínimos vitales que garanticen su dignidad, exige que tal desarrollo se haga dentro de una organización política que reconozca su libertad y dignidad para el desenvolvimiento de sus habilidades en respeto. Como el TC, “todo cuerpo político que se precie de ser democrático, deberá establecer la posibilidad de la participación y decisión de los ciudadanos en la cosa pública”⁶³, donde limitar su intervención en la vida política del lugar donde reside, violenta la libertad y dignidad humana, porque el hombre siendo titular del poder, tiene la posibilidad de participar en las decisiones colectivas de gobierno, de lo contrario se le estaría vulnerando la garantía de su existencia misma, sometiéndolo a regímenes autoritario o totalitarios imposibilitando su crecimiento en libertad, participación y respeto como si ocurre en los regímenes democráticos.

Asimismo, nuestro Estado mantiene un régimen democrático por mandato constitucional recogido en el artículo 43 CP, por ello el Estado peruano debe promover la participación política de sus ciudadanos como garantía de su desarrollo como personas, debiendo implementar mecanismos para que la voz de los ciudadanos deba ser oída y atendida, de esta manera el ejercicio efectivo de los derechos políticos configurará un fin en sí mismo, así como un medio para que las sociedades democráticas realmente garanticen el resto de derechos humanos⁶⁴ respetando el principio de igualdad y no discriminación.

De lo contrario no se podrían garantizar derechos si los sujetos titulares de los mismos, carecen de mecanismos para intervenir en su creación, por ello la organización democrática del poder es el régimen más propicio para garantizar el desarrollo de la persona humana. Los derechos políticos como derechos fundamentales deben ser garantizados por el Estado para asegurar la participación y representación de los ciudadanos en la democracia; la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala al respecto: “En el ámbito de los derechos políticos la obligación de garantizar resulta especialmente relevante y se concreta, entre otros, en el establecimiento de los aspectos organizativos o institucionales de los procesos electorales, a través de la expedición de normas y la adopción de medidas de diverso carácter para implementar los derechos y oportunidades reconocidos en el artículo 23 de la Convención. Sin esa acción del Estado los derechos a votar y a ser votado, simplemente, no podrían ser ejercidos. Los derechos políticos y también otros previstos en la Convención como el derecho a la protección judicial, son derechos que no pueden tener eficacia simplemente en virtud de las

⁶³ EXP. N.º 1797-2002-HD/TC, fundamento 6

⁶⁴ DALLA VIA, Alberto Ricardo, “Derechos políticos, normativa electoral y equidad en los procesos electorales”, en *Cuadernos de Capel* 57, 2012, p. 40.

normas que los consagran, porque son por su misma naturaleza inoperantes sin toda una detallada regulación normativa e, incluso, sin un complejo aparato institucional, económico y humano que les dé la eficacia que reclaman, como derechos de la propia Convención [...]”⁶⁵.

Los derechos políticos son de titularidad individual de los ciudadanos pero usualmente son ejercidos de manera colectiva y en relación con otros derechos como el derecho a la reunión, a la asociación en partidos políticos, porque “hacen posible el juego democrático”⁶⁶ pero no son derechos absolutos porque pueden estar sujetos a limitaciones en virtud a “los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática”⁶⁷.

En nuestra CP tenemos una serie de derechos políticos, los mismos que están recogidos en el Capítulo III del Título I denominados “De los derechos políticos y de los deberes”, entre ellos, se encuentra regulado en el artículo 30 CP la ciudadanía, la misma que se obtiene al alcanzar los dieciocho años de edad, en el artículo 31 CP se encuentra regulado el derecho a participar en asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades; así, como el derecho del ciudadano de ser elegido y de elegir libremente a sus representantes; sin embargo, así como se encuentran regulados estos derechos, también se encuentra establecido el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación, tipificado en el artículo 38 CP.

De dicho capítulo regulado en la Constitución, se observa que la persona es titular derechos fundamentales los cuales requieren de la condición de ser ciudadano para el ejercicio de los derechos políticos, por ello su centro de imputación es más restrictivo que la de los derechos civiles, son derechos que deben ser entendidos desde una posición de libertad y al mismo tiempo de participación activa en la dirección política de su comunidad⁶⁸, debiendo respetar y defender siempre su nación.

⁶⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Solicitada por el Gobierno de Costa Rica, Opinión Separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, párr. 27.

⁶⁶ Corte IDH, Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos (Excepción Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 6 de agosto de 2008, párr. 140.

⁶⁷ Corte IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 206.

⁶⁸ DALLA VIA, Alberto Ricardo, “Derechos políticos ...”, *op. cit.*, p. 27.

Capítulo 2

Los derechos fundamentales y su exigibilidad

2.1 La exigibilidad de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales en el Perú han sido recogidos en la CP, bajo el modelo de Estado democrático y social de Derecho, permitiendo configurar derechos fundamentales, civiles y políticos, pero también económicos y sociales, siendo desarrollados a través de jurisprudencia del TC⁶⁹.

Los derechos fundamentales son pretensiones, facultades e inmunidades de la persona, inherentes a su naturaleza humana, los cuales se encuentran reconocidos por el constituyente, no creados, facilitando así su ulterior protección legal y jurisprudencial⁷⁰. Así, y como ya se ha indicado anteriormente, la dignidad humana es aquella que constituye fundamento y límite del goce y ejercicio de los derechos fundamentales, pero a su vez, otorga también la fuerza vinculante y la máxima protección jurídica frente al Estado y los particulares⁷¹.

Para que la persona pueda desarrollarse de manera plena y pueda alcanzar su máxima realización, debe satisfacer necesidades propias de su naturaleza humana, la cual se conseguirá, como ya se justificó, a través de los bienes humanos. Según el bien humano que se intente conseguir, se predicará un determinado derecho humano, el cual, una vez constitucionalizado pasa a ser tenido como un derecho fundamental. De modo que es posible reconocer en la base y sustento de todo derecho fundamental, a un bien humano debido a la persona por ser lo que es y valer lo que vale. Estos derechos fundamentales protegen y aseguran los intereses urgentes que las personas tienen, siendo reconocidos para que las personas puedan desarrollarse libres de amenazas, capaces de alcanzar los fines que ellos valoren⁷². Para ello, en el presente apartado se buscará analizar la exigibilidad de los derechos fundamentales.

Hablar de exigibilidad, en un sentido lato, tiene que ver con la concreción del alcance del derecho (su contenido esencial); la identificación de sus titulares, así como del responsable de hacerlo efectivo⁷³. Para ello, la Constitución le impone al Poder Ejecutivo la obligación de

⁶⁹ LANDA ARROYO, César, *Los derechos fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Primera edición, Palestra editores, Lima, 2010, p.11.

⁷⁰ PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *En defensa de la Constitución*, Colección Jurídica de la Universidad de Piura, Piura, 1997, p. 422.

⁷¹ LANDA ARROYO, César, *Los derechos ...*, op. cit., p. 18.

⁷² BILCHITZ, David, *Pobreza y Derechos Fundamentales La justificación y efectivizarían de los derechos socioeconómicos*, Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2017, p. 120.

⁷³ SAURE ESTAPÁ, Jaume, “La exigibilidad jurídica de los Derechos Humanos: Especial referencia a los Derechos Económicos, Sociales Y Culturales”, en *Huri-Age Consolider Ingenio 2010*, 2011, p. 11.

diseñar, planificar y ejecutar las políticas públicas del Estado en materia de derechos humanos, para garantizar la protección, el acceso y el disfrute de los derechos fundamentales y así permita alcanzar en el ser humano, su perfección. De esta manera, el artículo 44 CP establece como un deber primordial del Estado, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, debiendo promover el bienestar que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral. Para el Jefe de Estado el artículo 117 CP establece en el inciso 3 el deber de dirigir la política general de gobierno, debiendo velar por un orden interno; asimismo, se le instruye en el inciso 19 del artículo en mención, la potestad que tiene para dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia en caso de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. Y en particular referencia al derecho fundamental a la salud, ha dispuesto el Constituyente peruano que “el Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud” (artículo 9 CP).

De igual forma, la Constitución impone al Consejo de Ministros en el artículo 119 CP, la dirección y gestión de los servicios públicos los cuales se les confía, tal como es el caso del Ministerio de Salud (MINSA) quien debe regular, vigilar y promover las condiciones que garanticen una adecuada cobertura de prestaciones de salud para la población. Asimismo, y conforme al artículo 137 CP en caso se origine un acontecimiento que perturbe la paz, o el orden interno que afecte la vida de la Nación, el Poder Ejecutivo está facultado para emitir Decretos Supremos que declaren el Estado de Emergencia de la Nación, pudiendo para ello restringir derechos constitucionales relativos a la libertad. Ampliando este aspecto el Estado le atribuye también al Congreso en el artículo 102 CP, el deber de dar leyes y resoluciones legislativas, que velen por el respeto de la Constitución, que permitan el desarrollo de los derechos de la persona, así como las prohibiciones que impidan el acceso a sus derechos.

2.1.1 Fundamento y alcance

Para establecer la exigibilidad de los derechos fundamentales, primero debemos identificar su fundamento y alcance, para luego determinar su objeto y posteriormente los destinatarios de los mismos. Pues bien, considerar que la exigibilidad de los derechos se centra en el hecho de que la ley es quien reviste a los derechos de obligatoriedad y vinculación al ser emanados de los parlamentos nacionales o internacionales, es otorgarle a la ley la potestad de elegir qué derechos fundamentales son respetados e inclusive excluir algunos; si así ocurriese, se estaría afirmando que es el legislador el creador de los derechos humanos, y por lo tanto quien decide el grado de su efectividad. Para hallar el fundamento de la exigibilidad, se deberá

buscar una justificación más allá de la ley, que vaya en proporción con la finalidad del derecho el cual se encarga de regular las relaciones entre las personas, ya que la organización jurídica entera está destinada a la persona humana, hallando su fundamento en la dignidad. El derecho se ha constituido a causa de los hombres, por lo que no puede fundamentarse fuera de la persona⁷⁴.

Para ello, y como ya se justificó antes, la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo, estando presente dicha finalidad en todos los planes de acción social del Estado suministrando una base constitucional a sus políticas, pues en el Estado social el respeto a la dignidad se refiere esencialmente a lograr una mejor calidad de vida a las personas⁷⁵. En este sentido, para la CP, la dignidad del ser humano no solo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, son habilitados por el ordenamiento⁷⁶.

El fundamento de la exigibilidad de los derechos fundamentales radica, consecuentemente, en la dignidad de la persona humana, dicha dignidad es la piedra angular de los derechos fundamentales y soporte estructural de todo el edificio constitucional, tanto del modelo político como del modelo económico y social⁷⁷. De esta manera, la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo.

Si entendemos que el fundamento de la exigibilidad de los derechos fundamentales es la dignidad humana, entonces será posible señalar que los derechos son exigibles porque garantizan que la persona obtenga lo debido por su naturaleza, siendo lo justo⁷⁸. Y como es debido a la persona, exige que estos derechos sean acogidos por los ordenamientos jurídicos, particularmente en su norma suprema que es la Constitución, y desarrollados principalmente a través de la Ley, como expresión de la voluntad popular.

Como se sabe, el principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos ya sea los denominados civiles y políticos, como los denominados económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano solo

⁷⁴ ZEGARRA MULANOVICH, Álvaro, *Descubrir el derecho. Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática*, Palestra editores, Lima, 2009, p. 51.

⁷⁵ EXP. N.º 2495-2003-AA/TC, fundamento 17.

⁷⁶ EXP. N.º 4357-2009-AA/TC, fundamento 3.

⁷⁷ LANDA ARROYO, Cesar, *Constitución y fuentes del derecho. Derechos/jurisdicción/ democracia*, Palestra editores, Lima, 2006, p. 15.

⁷⁸ PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, 1º edición, Madrid. 2007, p. 40.

puede ser lograda a través de la protección de las distintas gamas de derechos en forma conjunta y coordinada⁷⁹. Por ello, la dignidad humana es el fundamento último y, a la vez, el primero de todos los derechos, cada derecho es un aspecto determinado de la persona, para la realización de la misma⁸⁰.

La persona al ser fin vale para la sociedad y el Estado, debiéndose respetar los derechos humanos, tales como el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a la educación, entre otros derechos. Este esfuerzo por situar al hombre en el sitio preferente que le corresponde dentro del ordenamiento jurídico, el de punto nuclear, lleva también, como es lógico, a reformular todas las instituciones del Derecho, para destacar en éstas su esencial papel de servicio al desarrollo personal y social del ser humano: *Cum igitur hominen cause omne ius constitutum sit*⁸¹.

De esta forma, los derechos fundamentales no pueden quedarse en simples declaraciones, sino que deben ser vinculantes para todos, porque el derecho ha sido creado para ser un mecanismo de aseguramiento, para que las personas obtengan bienes humanos que le permitan satisfacer en mayor grado las necesidades humanas. El Derecho y el Estado son creaciones del hombre para el hombre, porque es por medio de las estructuras políticas y jurídicas que promueven el desarrollo de la persona, de tal manera que así alcanzan la perfección y su felicidad.

Sin embargo, el hecho que el ser humano requiera para su plena realización satisfacer sus necesidades a través de los bienes humanos que sustentan los derechos fundamentales, no significa que tales bienes puedan ser conseguidos o gozados de cualquier manera, es decir, no significa que los derechos fundamentales justifiquen actuaciones ilimitadas por parte de las personas, sino todo lo contrario: los derechos fundamentales tienen un alcance limitado y razonable. Como ha dicho el TC, “los derechos fundamentales no son absolutos y, por ende, pueden ser restringidos con criterios de razonabilidad y proporcionalidad”⁸². Y es que los bienes humanos debidos permiten concebir el alcance del contenido constitucional de los derechos fundamentales como un alcance razonable: el derecho no da derecho a todo sino solamente a

⁷⁹ EXP. N.º 2495-2003-AA/TC, fundamento 19.

⁸⁰ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *La Cláusula de estado social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*, 1º edición, Fondo editorial de la pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011, p. 217.

⁸¹ PAZO PINEDA, Oscar Andrés, *Los derechos fundamentales y el Tribunal Constitucional*, 1º edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 73.

⁸² EXP. N.º 02700-2006-HC/TC, fundamento 18.

las pretensiones que pueden ser justificadas (con razones correctas y fuertes) como reclamadas por el bien humano debido que sostiene al derecho fundamental⁸³.

Incluso, los derechos fundamentales llevan en su contenido esencial el límite de no afectar el goce y ejercicio legítimo del derecho fundamental de otras personas, o un bien constitucionalmente protegido; en este sentido, el alcance del derecho fundamental no vendrá reclamado por el mayor peso de un contenido constitucional que supuestamente juega en sentido contrario, sencillamente porque no es posible que exista tal contradicción, desde que los bienes humanos no pueden ser contradictorios entre sí; sino que el alcance del contenido constitucional vendrá reclamado por las exigencias materiales internas del derecho fundamental mismo, las cuales permiten dibujar en las concretas circunstancias el alcance razonable del derecho fundamental.

En este sentido, el alcance de los derechos fundamentales solo podrá dar cobertura a aquello que viene exigido y justificado en el bien humano respectivo. Además, el TC considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse al margen de los principios y valores que lo informan, en donde adquiere participación el principio-derecho de dignidad humana al que se reconducen todos los derechos fundamentales de la persona⁸⁴.

2.1.2 Objeto de vinculación

El objeto de la vinculación de todos los destinatarios de la Constitución y, consecuentemente, de todos los destinatarios de los derechos fundamentales es el contenido constitucional de estos derechos, el cual nace de la esencia humana⁸⁵, de la naturaleza humana. Y es precisamente desde el contenido constitucional de los derechos fundamentales que se podrá determinar la validez formal y material de las medidas que los poderes públicos adopten en relación a los derechos fundamentales, incluso, desde un tal contenido constitucional se podrá llegar a justificar que determinadas inacciones u omisiones de los poderes públicos resultan constitucionalmente proscritas.

Al colocar el Constituyente peruano a la persona como fin último de la sociedad y el Estado, coloca también como fin supremo a los derechos fundamentales, como un modo de promover la plena realización de la persona. Estos derechos fundamentales, al colocarse por

⁸³ CASTILLO CORDOVA, Luis, “Persona y derechos humanos”, *op. cit.*, p. 171.

⁸⁴ EXP. N° 1417-2005-AA/TC, fundamento 21.

⁸⁵ CASTILLO CORDOVA, Luis. “El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 2010, p. 94.

escrito contienen un texto de carácter oficial, el cual es democrático y obligatorio; claro está, siempre acorde a la naturaleza del ser humano, sin que perjudique a otro, otorgándosele un estatuto jurídico, como norma constitucional.⁸⁶ Con ello, el Estado reconoce los derechos del ser humano positivando dichos derechos en normas.

Los derechos humanos pueden estar positivados en un pacto o convención; o pueden estar positivados en la Constitución, en ambos *la validez del contenido constitucional de un derecho fundamental dependerá de su ajustamiento al contenido esencial del derecho humano*⁸⁷.

Las medidas positivas que toma el Estado para los derechos humanos, hace que la persona pueda encontrar sus bienes para satisfacer sus necesidades, pero no solo para poder ejercer estos derechos; sino para que también esté prohibido de realizar acciones que sean contrarias a derecho. En este sentido, los derechos fundamentales constituirían además de derechos, una manifestación de un orden material y objetivo de valores constitucionales en los cuales se sustenta el ordenamiento jurídico.

Desde una dimensión objetiva, la vinculación de los derechos fundamentales se traduce en exigir que la aplicación de las leyes se realice conforme a los derechos fundamentales e imponer sobre todos los organismos públicos, el deber de tutelar estos derechos⁸⁸. En la medida que estos derechos se fundamentan en la dignidad humana, aquellos tienen una posición central en el ordenamiento, ello implica la previsión de mecanismos jurídicos que garanticen su eficacia real, debido a que cuando se vulnera un derecho fundamental, se afecta tanto el derecho subjetivo de las personas, el conjunto de valores y los bienes constitucionales que precisan ser igualmente protegidos⁸⁹.

Así, se establece que, la obligación de garantía en relación con los derechos humanos, implica, además, impulsar medidas eficaces tendientes a prevenir la eventual violación de los derechos humanos, instrumentando medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural para salvaguardarlos. Entre las medidas de carácter jurídico, deben, necesariamente, impulsarse aquellas que aseguren que las eventuales violaciones a los derechos humanos

⁸⁶ RODRIGUEZ MORENO, Alonso, “Origen, evolución y positivización de los derechos humanos”, en *Colección de Textos sobre Derechos Humanos*, México, 2015, p. 49.

⁸⁷ RODRIGUEZ MORENO, Alonso, *op. cit.*, p.95

⁸⁸ EXP. N.º 1848-2011-PA/TC, fundamento 7.

⁸⁹ EXP. N.º 6612-2005-PA/TC, fundamento 6.

encontraran su correspondiente calificación como hechos ilícitos susceptibles de sanción y objeto de reparación⁹⁰.

Desde una dimensión subjetiva consistiría en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones o prohibiciones, tal como lo es la no intromisión y la no violación de la dignidad de las personas. La persona es el fin supremo del Estado y la sociedad, por lo tanto, no bastará que mantengan una convicción por los derechos humanos, sino que será necesario que actúe en favor de ellos, es decir que realice acciones positivas creando un ambiente propicio para el ejercicio de los derechos de las personas, promoviendo la vigencia de los derechos humanos y el pleno ejercicio de los mismos en igualdad de condiciones.

2.1.3 Destinatarios de la vinculación

Conforme al artículo 38 de la CP, la Constitución vincula a todos los peruanos, tanto a gobernantes como a gobernados, es decir, tanto a la ciudadanía como a los poderes públicos. En la medida que los derechos fundamentales forman parte de la Constitución, los derechos fundamentales vinculan a todos, tanto al poder Legislativo, al Ejecutivo y al Judicial como a los particulares.

Si bien, porque todos estamos vinculados a la Constitución y, consecuentemente, a los derechos fundamentales, todos estamos obligados a no vulnerar el contenido constitucional de los derechos fundamentales, también es verdad que no todos tienen la obligación de llevar a cabo actuaciones positivas de promoción, no por lo menos de la misma manera. Los obligados a promover la plena vigencia de los derechos humanos constitucionalizados, es el Estado, más precisamente, los distintos poderes públicos⁹¹.

Son los poderes públicos los comprometidos no solamente a no interferir en el ejercicio razonable del contenido constitucional de los derechos fundamentales, sino también, los obligados a promover la plena vigencia de los mismos, por ejemplo, a través de la emisión de la legislación que mejor proteja los derechos, o a través de la actuación oportuna y protectora de las instancias de justicia, e incluso, a través de las prestaciones económicas y ejecutivas que puedan estar justificadas. Tal deber especial de protección y promoción exige la actuación

⁹⁰ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 175.

⁹¹ El artículo 44 de la Constitución Política del Perú establece que “Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior”.

positiva de aquellos, comprendiendo actuaciones positivas que la Constitución o las leyes le atribuyen para la protección de los derechos fundamentales⁹².

Conforme al artículo 45 de la CP, los derechos fundamentales vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial como derecho auto ejecutorio, de tal manera que dispone la amplia vinculación de los derechos fundamentales para todo el poder estatal⁹³. Ello, teniendo en cuenta siempre que, el poder político debe hacerlo con “las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”⁹⁴.

Desde los artículos 44 y 45 de la CP, por tanto, hay afirmar que el Estado y sus órganos, tienen la responsabilidad de no lesionar la esfera individual o institucional de los derechos fundamentales, limitando el ejercicio de sus facultades, en tanto no intervenga con la libertad que tiene la persona para ejercer sus derechos fundamentales, exigiendo por parte del Estado una abstención para que la persona busque su perfección. Esta libertad se entiende como aquel valor superior que inspira el ordenamiento jurídico y a la organización misma del Estado⁹⁵. Además de dicha vinculación, se puede afirmar una obligación positiva que tiene el poder político para contribuir a la efectividad de los derechos fundamentales, ya que el Estado tiene la obligación de respetar los derechos, en el ordenamiento jurídico completo, con objeto de respetar y asegurar el efectivo goce a las personas que se encuentran dentro de su territorio y jurisdicción de los derechos humanos, siendo ilegítimas e ilícitas las acciones u omisiones de sus agentes, que en el ejercicio extralimitado de sus competencias y atribuciones violen tales derechos⁹⁶.

El Estado como garantista de la vigencia de los derechos fundamentales, debe participar activamente en promocionar la defensa de los derechos de las personas. “La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”⁹⁷.

⁹² EXP. N.º 0537-2006-AA/TC, fundamento 11.

⁹³ ERICHSON, Hans-Uwe, “La vinculación a los derechos fundamentales para el estado que actúa según las normas del derecho privado”, en *Revista Universidad Católica del Perú*, Bobo Ebber, Munster (coord.), 2002, p. 239.

⁹⁴ Artículo 45 de la Constitución Política del Perú.

⁹⁵ EXP. N.º 01317-2008-HC/TC, fundamento 12.

⁹⁶ NOGUEIRA ALCALA, Humberto, “Teoría y dogmática de los derechos fundamentales”, en *Instituto de Investigaciones Jurídicas Serie Doctrina Jurídica*, Núm. 156, 2003, p. 140.

⁹⁷ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, *op. cit.*, p. 167.

De esta manera, se entiende que existe una vinculación al poder político de dos maneras, una de manera negativa en la que se le exige abstenerse de la libertad que tiene la persona para ejercer sus derechos fundamentales, y una manera positiva en la que se debe hacer presente para desarrollar las acciones que remuevan los obstáculos que impiden el desarrollo de los derechos, por todos los medios que están a su alcance dentro de su ámbito competencial⁹⁸. Siendo un deber de todos los órganos del Estado, tal como el Poder Judicial, el Gobierno, el Congreso, el TC, y todos los revestidos de calidad de órganos estatales.

Se debe tener en cuenta, además, que los ministerios y los funcionarios públicos en todos los niveles, debido a esta vinculación con los derechos humanos deben cumplir con su función de formular y ejecutar políticas públicas a favor de los derechos humanos de las personas, deben enfocarse en alinear sus proyectos y programas nacionales con sus obligaciones con los derechos de las personas. Los funcionarios públicos no pueden estar realizando sus labores de administración pública, sin incorporar los derechos humanos de los usuarios en los servicios que prestan, ellos deben de conocer claramente las normas y estándares de los derechos humanos de sus usuarios y realizar su trabajo sin lesionar o limitar alguno de sus derechos.

Además del Estado, los particulares también están destinados a la vinculación de los derechos fundamentales, de modo que tienen prohibido interferir en el ejercicio del contenido constitucional de los derechos fundamentales, en el sentido que están prohibidos de realizar actos que afecten o vulneren los derechos y libertades fundamentales de otro ser humano⁹⁹. La dignidad de la persona no solo permite hacer crecer el repertorio de derechos humanos, sino que también obliga a la persona a inhibirse de realizar acciones que impidan el ejercicio de un derecho, se le impone la satisfacción de un deber, moral y legal¹⁰⁰. Ello, consiste en abstenerse de realizar actos que impidan hacer efectivo un derecho fundamental, por parte de otra persona.

De esta manera, se puede concluir que la vinculación que irradian los derechos fundamentales, nace de la persona y se dirige a todo lo que está fuera de la persona. El Estado como entidad externa a la persona está obligado a acciones positivas y negativas para cumplir con las exigencias naturales de la persona en su afán de alcanzar el pleno desarrollo de su naturaleza humana. Por ello, el Estado debe centrar sus acciones en la persona y el respeto de

⁹⁸ CASTILLO CORDOVA, Luis, “Autonomía de la voluntad y derechos fundamentales”, en *Actualidad Jurídica* (155), 2006, p. 8.

⁹⁹ BASTIDA FREIJEDO, Francisco J, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 84.

¹⁰⁰ MORELLO, Augusto M., MORELLO, Guillermo C., *Los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud. Una lectura interdisciplinaria*, Librería Editora Platense S.R.L, La Plata, Argentina, 2002, p. 32.

sus valores inherentes, su dignidad. Con voluntad política el Estado podrá impulsar los cambios y política públicas necesarias para garantizar el goce y el ejercicio de los derechos humanos, actuando para la promoción del ejercicio de los derechos.

Asimismo, existe una vinculación en los particulares de manera negativa, en el sentido que debe abstenerse de realizar actos que perjudiquen la obtención de los derechos fundamentales para los demás¹⁰¹.

2.2 La exigibilidad de los derechos sociales. En particular el carácter programático de los derechos sociales

2.2.1 Los derechos sociales. Concepto

Dentro de los derechos humanos, encontramos los derechos sociales aquellos que están recogidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, llevando por nombre “De los derechos sociales y económicos”. Los derechos sociales han sido denominados como derechos de segunda generación, en razón a que los mismos no están referidos a la tutela de la esfera de la libertad del individuo, sino al logro de una igualdad, exigiendo para su realización una efectiva intervención de los poderes públicos, a través de prestaciones y servicios públicos, logrando así una justicia social¹⁰². En este sentido, se podría establecer que los derechos sociales requieren de acciones positivas por parte del Estado, para hacerse efectivos.

Sin embargo, el concepto que tiene el TC acerca de los derechos sociales, hace resaltar la importancia de los destinatarios, al manifestar que son aquellas “facultades tuitivas dirigidas a favorecer a aquellos grupos humanos con características accidentales diferenciadas con relación a otros, por factores culturales, o que se encuentran en situación de desventaja por razones económico-sociales, es decir, con una posición o ubicación depreciada en sus estándares de vida, no acordes con la dignidad humana”¹⁰³. De este modo, se puede entender que además del Estado, son importantes las condiciones en las que se encuentra cada persona, para imponer al Estado las obligaciones de otorgar prestaciones que tiendan al mejoramiento social.

Sobre el particular, se considera que, así como existe el requerimiento de acciones positivas por parte del Estado para el desarrollo de estos derechos, también es importante

¹⁰¹ FERRERES COMELLA, Víctor, “La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares”, en Autores Varios, *Los Derechos Fundamentales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 41.

¹⁰² FRAGUAS MADURGA, Lourdes, “El concepto de derechos fundamentales y las generaciones de derechos”, en *Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud*, Año n° 25, 2015, p. 124.

¹⁰³ EXP. N.º 2945-2003-AA/TC, fundamento 10.

imponer un accionar negativo, en cuanto a la obligación de abstención, un claro ejemplo para ello es lo que sucede en la libertad sindical¹⁰⁴, la misma que es garantía para el ejercicio de otros derechos colectivos.

Recogiendo lo anteriormente indicado, se entiende que existe por parte del Estado una actividad promotora de la dignidad humana, la cual busca crear condiciones políticas, jurídicas, económicas y sociales que permitan el desarrollo de la persona. De esta manera, los derechos sociales deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado, dentro de una visión que busca revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales y, por ende, la vigencia de la Constitución¹⁰⁵.

2.2.2 Aspecto objetivo y subjetivo de los derechos sociales

Los derechos sociales pueden entenderse en un aspecto objetivo, determinándose como aquel conjunto de normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora, mientras que en un aspecto subjetivo, se definirían como aquellas facultades que poseen los individuos y grupos, para participar de los beneficios de la vida social, para lo cual los poderes públicos otorgan una serie de derechos y prestaciones directas o indirectas¹⁰⁶.

De los aspectos indicados, se advierte que, para realizarnos como personas, se requiere de una acción positiva por parte de los poderes públicos, los mismos que utilizan los derechos sociales como instrumento para ayudar a satisfacer necesidades básicas que muchos individuos no pueden alcanzar por sí mismos, como lo es la educación, el trabajo, la salud. Por lo consiguiente, el Estado promovería las condiciones económicas y sociales para asegurar la satisfacción de los bienes jurídicos, originando una igualdad de oportunidades para todos.

2.2.3 El carácter programático de los derechos sociales y su exigibilidad

Complementando lo anterior, se suele señalar que para la plena realización de los derechos sociales se requiere de ciertas condiciones materiales y de recursos que hagan posible su verificación y exigencia progresiva, reduciéndolos muchas veces a la condición de meras normas programáticas,¹⁰⁷ esto ha llevado a señalar que este tipo de derechos está supeditado a la existencia de partidas presupuestarias destinadas a su cumplimiento, debiéndose utilizar los

¹⁰⁴ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *La Clausula ...*, op. cit., p. 225

¹⁰⁵ EXP. N.º 2945-2003-AA/TC, fundamento 13.

¹⁰⁶ CASTILLO CORDOVA, Luis, *Los Derechos Constitucionales ...*, op. cit., p. 131.

¹⁰⁷ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *La Clausula ...*, op. cit., p. 248.

recursos del Estado; sin embargo, estos recursos muchas veces no están vinculados a cuestiones económicas o presupuestarias, sino también a decisiones políticas del gobierno de turno.¹⁰⁸

Debido a ello, ha surgido el problema de considerar a los derechos sociales como meras declaraciones de buenas intenciones, como compromisos políticos, e incluso como engaños o fraudes, cuestionándose si son o no en realidad auténticas normas jurídicas, a pesar de que se encuentran incluidos en constituciones, tratados internacionales y leyes de los Estados, argumentando también que no es susceptible de ser exigido su cumplimiento judicialmente.¹⁰⁹

Se llega a manifestar que no son propiamente derechos fundamentales, siendo solamente principios rectores de la política social y económica que oriente la actuación de los poderes públicos;¹¹⁰ sin embargo, ello no es así, pues son derechos considerados como normas de aplicación plena y de observancia obligatoria, susceptibles de exigibilidad ante los órganos jurisdiccionales.¹¹¹

Sin embargo, no es posible negar la vinculación que existe entre los derechos sociales con la realidad económica y social del Estado, debiendo corresponder a los poderes públicos promover las condiciones para la libertad y la igualdad de la persona, y de estas manera sean reales y efectivas¹¹², debido a ello se trata de una realidad progresiva, que comporta un deber ineludible para el Estado, en cuanto a proveer las condiciones mínimas para su realización, tal progresividad supone realizar acciones concretas en plazos razonables¹¹³, es por ello que el Estado, debe utilizar hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente la vigencia efectiva de los derechos sociales, ya que lo mínimo que debe hacer la autoridad competente para el desarrollo de los derechos sociales es contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de sus derechos¹¹⁴.

Existen posiciones que niegan la exigibilidad de los derechos sociales, descartando incluso su carácter de fundamental, reduciéndolos a simples mandatos constitucionales

¹⁰⁸ AÑÓN ROIG, María José, “El fundamento de los derechos sociales (II) La igualdad”, en *Lecciones de derechos sociales*, Valencia: Tirant to Blanch, 2002, p. 86

¹⁰⁹ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian, *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, 2º edición, Ed. Trotta, Madrid 2002, p. 19.

¹¹⁰ ALEXYY, Robert, *Derechos Sociales y Ponderación*, 2º edición, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 148.

¹¹¹ VALLEFÍN Carlos A., *Protección Cautelar Frente Al Estado*; Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, Argentina 2002, p. 19.

¹¹² ALEXYY, Robert, *Derechos Sociales y Ponderación*, op. cit., p. 89.

¹¹³ EXP. N.º 2945-2003-AA/TC, fundamento 37.

¹¹⁴ LEON FLORIAN, Felipe Johan, “¿Son justiciables los derechos sociales? La posición del Tribunal Constitucional peruano”, en SOSA, Juan (coordinador), en *Igualdad, Derechos Sociales y Control de Políticas Públicas en la Jurisprudencia Constitucional*, Palestra editores, Lima, 2017, p. 56.

objetivos. Uno de estos argumentos afirma que los derechos sociales son de carácter indeterminado y vago, al manifestar que los mismos señalan fines generales, sin precisar la índole de las obligaciones que el titular pasivo debe adoptar para alcanzarlos, o las medidas que debe adoptar, reduciéndolos a la condición de meras normas programáticas¹¹⁵.

Otro problema que suele objetarse con respecto a la exigibilidad de estos derechos sociales, tiene que ver con las dificultades o limitaciones económica para su implementación. Al respecto se suele decir, que los derechos sociales al referirse a prestaciones que deben ser brindadas por el Estado, son onerosos¹¹⁶; de modo que la exigibilidad de los derechos sociales no sería auténtica porque se encuentra de alguna manera condicionada a la existencia de la disponibilidad presupuestaria, y previo a ello, la condición de la existencia de políticas públicas, leyes que desarrollen las prestaciones que deben otorgarse, para así efectivizar derechos sociales¹¹⁷. Sin embargo, el TC expresa que reconocer estos derechos de una forma en la que el presupuesto, se pueda determinar como un inconveniente para el desarrollo del derecho, generaría un derribe para uno de los pilares fundamentales del Estado social de derecho, como es la defensa de la persona humana y el respecto a su dignidad, debiendo para ello, superar su concepción programática, perfeccionando los mandatos sociales de la Constitución, en la cual se impongan metas cuantificables para garantizar la vigencia del derecho¹¹⁸.

Así, si bien la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado, también los es que de su actuar derivan obligaciones concretas por cumplir, debiendo adoptar los estados medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de estos derechos, de conformidad con lo establecido en la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución¹¹⁹. En efecto, el Estado está obligado al logro de condiciones materiales mínimas de existencia, para lograr fines sociales, y lograr con ello igualdad de oportunidades para todos, resguardando la realización plena de la persona.

De este modo el TC ha considerado dos aspectos para la configuración de estos derechos: a) la existencia de condiciones materiales mínimas para alcanzar sus presupuestos y, b) los fines del contenido social del Estado¹²⁰. Ante ello, y en específico respecto al derecho a la salud el TC determinó, que “cuando se habla de exigencia, nos referimos al derecho de

¹¹⁵ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *La Clausula...*, op. cit., p. 248.

¹¹⁶ SOSA SACIO, Juan Manuel, “Loa derechos sociales, su exigibilidad y el activismo judicial dialógico como modelo a seguir” en SOSA, Juan (coordinador), *Igualdad, Derechos Sociales ...*, op. cit., p. 70.

¹¹⁷ EXP. N.º 2945-2003-AA/TC, fundamento 12.

¹¹⁸ *Ibíd*, fundamento 15.

¹¹⁹ LANDA ARROYO, Cesar, *Constitución y Fuentes ...*, op. cit., p. 44.

¹²⁰ EXP. N.º 2945-2003-AA/TC, fundamento 8.

requerir que el Estado adopte las medidas adecuadas para el logro de fines sociales, pues no en todos los casos los derechos sociales son por sí mismos jurídicamente sancionables, al ser necesario el soporte presupuestas para su ejecución”¹²¹. De esto se puede determinar que las prestaciones que puede otorgar el Estado no solo son de carácter económico, sino también ejecutiva y judicial, haciendo efectivos estos derechos.

Tomando en cuenta ello, existen derechos sociales que conllevan prestaciones que son debidas en el marco de relaciones jurídicas establecidas libremente entre las partes, imponiéndose automáticamente en dichas relaciones, para lo cual estos derechos resultan plenamente exigibles desde que la relación o situación jurídica dentro de la cual surgen queda establecida¹²².

Ahora bien, el artículo 2.1 del PIDESC, establece que los Estados “se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente por todos los medios aprobados, inclusive la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto”, así cuando el Pacto habla de adoptar medidas, impone a los Estados la obligación de implementar, actos concretos deliberados, y orientados hacia la satisfacción de las obligaciones¹²³.

Es claro que es necesaria la potestad presupuestaria y el gasto público para el desarrollo de los derechos sociales; sin embargo, el carácter programático de los objetos sociales no implica que estos derechos carezcan de efecto, sino que constituyen más bien elementos para la interpretación de otras disposiciones de los tratados y del Derecho Comunitario¹²⁴. Y en todo caso, siempre será exigible un contenido mínimo de los derechos sociales, el cual será definido en las circunstancias de cada caso concreto, de modo que reclame la actuación estatal sin que éste pueda invocar imposibilidades financieras, cuando se trata de situaciones manifiestas de indignidad humana, o cuando se ponga en riesgo la propia existencia de la persona.

¹²¹ EXP. N.º 2016-2004-AA/TC, fundamento 9.

¹²² BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *La Cláusula ...*, op. cit., p. 250.

¹²³ ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS, Christian, *Los derechos sociales ...*, op. cit., p. 79.

¹²⁴ ORDOÑEZ SOLIS, David, *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad. Derechos: Sociales. Medio ambiente y consumidores*, Volumen 1º, Edición 1º, Comares, España, 2006, p. 4.

Capítulo 3

El derecho fundamental a la salud

3.1 Antecedentes históricos y reconocimiento positivo

A lo largo de la historia, la salud como un bien para la persona, ha sido reconocido de manera progresiva, siendo objeto de constantes cambios. Antiguamente en Europa en los pueblos bárbaros de Esparta o Roma, los niños nacidos eran examinados y lanzados al fondo de un profundo desfiladero al no considerarlos sanos; y, si se trataba de niños mal formados, eran expuestos al frío o ahogados, todo ello bajo el criterio, de separar lo bueno de lo que supuestamente no servía, incluso, se tenía como concepto en esa época la necesidad de eliminar al débil para mejorar la supervivencia del más fuerte¹²⁵; sin embargo, todo ello ha ido cambiando para beneficio de la persona.

El concepto de la salud ha ido evolucionando a un concepto más amplio basado no solo en la ausencia de enfermedad, sino relacionado con una situación de bienestar que asociamos a la propia dignidad humana y que se ha desarrollado a lo largo de la historia¹²⁶. En 1948, el derecho a la salud fue reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en el artículo 25.1, el cual señala 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 alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios¹²⁷. Sin embargo, este reconocimiento expresado en la Declaración, no era suficiente para que el ejercicio del derecho fuera efectivo y pleno, pues si bien lo reconocía, no se manifestaba un compromiso explícito por parte de los Estados para respetarlo y garantizarlo¹²⁸.

Es recién a través del PIDESC, donde se expresó la obligación de los Estados de garantizar el derecho a la salud, específicamente en su artículo 12 se establecía que los Estados partes reconocían el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de la salud física y mental, apareciendo así documentos y compromisos de los Estados dirigidos a asegurar el ejercicio efectivo y pleno del derecho a la Salud¹²⁹.

¹²⁵ MARTÍNEZ PART, Salvador, “Derecho a la Salud: Competencia Pública/Privada”, en FERNANDEZ RUIZ-GALVEZ, Encarnación, *El futuro de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 138.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ CORCUERA, Ricardo, *Derecho a la Salud: Ejercicio, Exigencia y Cumplimiento*, Primera edición, Ediciones Nova Print S.A.C, Lima, 2006, p. 17.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ Artículo “La Salud en la Constitución Política del Perú. Revisión de 12 Constituciones Peruanas” de Magna Suárez Jara, en INSteractúa Blog de Salud, Ciencia y Tecnología, gestionado por la Oficina General de

Además de ello, se inicia el reconocimiento del derecho a la salud en diferentes instrumentos a nivel internacional, tal como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, en donde se establece prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas, garantizando en el artículo 5 literal e) inciso iv) el derecho que tiene toda persona a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales¹³⁰; asimismo, se encuentra también la Convención sobre los Derechos del Niño, en donde se establece en el artículo 24 el reconocimiento del derecho que tiene todo niño a disfrutar del más alto nivel posible de salud, a servicios para el tratamiento de enfermedades así como rehabilitaciones¹³¹. También encontramos el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en donde se establece el derecho que tiene toda persona a la salud, entendida como el disfrute del más alto bienestar físico, mental, así como social conforme a su artículo 10¹³².

Ahora bien, a nivel nacional en la Constitución 1920 se incorporó la salud en el Título IV de Garantías Sociales, en cuyo artículo 47 se disponía que el Estado legislaría sobre la organización general, la seguridad del trabajo industrial y sobre las garantías de la vida, la salud y de la higiene. Así también, la Constitución de 1979 consideró disposiciones más detalladas en el Capítulo III Seguridad Social, Salud y Bienestar, al establecer medidas de protección de la salud de manera más tuitiva para este derecho.

Sin embargo, es finalmente en la Constitución promulgada en el año 1993, en el Capítulo II sobre los Derechos Sociales y Económicos, donde se establece de manera explícita el derecho de todos los ciudadanos a la salud, el artículo 7 es el que reconoce este fundamental derecho señalando que todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y de la comunidad, así como también el deber de contribuir a su defensa y protección. Conjuntamente con ello el artículo 10 reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de calidad de vida, correspondiéndole al Poder Ejecutivo, la obligación de diseñar, planificar y ejecutar las políticas públicas del Estado en materia de salud, para de esta

Información y Sistemas (OEIDOC-OGIS) del Instituto Nacional de Salud. Disponible en web: <http://insteractua.ins.gob.pe/2019/02/la-salud-en-la-constitucion-politica.html?m=1>

¹³⁰ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Disponible en Web: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>

¹³¹ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia - UNICEF. Disponible en Web: <https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/ConvencionsobrelasDerechosdelNino.pdf>

¹³² Disponible en web: http://derechoshumanos.pe/wp-content/uploads/congreso/PROTOCOLO_SAN_SALVADOR.pdf

manera conducirla en forma plural y descentralizada, a fin de facilitar a todas las personas, el acceso equitativo a los servicios de salud, conforme al artículo 9.

En tal sentido, podemos observar que el derecho a la salud fue reconocido en un primer momento en el capítulo de Garantías Individuales y Sociales; luego pasó al capítulo de Seguridad Social, Salud y Bienestar, para finalmente encontrarse en el Capítulo de los Derechos Sociales y Económicos en la Constitución de 1993. Este cambio, significó incorporar la problemática de la salud al ámbito de los intereses del Estado y, en consecuencia, la necesidad de regularla, ya no solamente a nivel legal sino también a nivel constitucional. En ese sentido, el Estado no puede eximirse de intervenir, debiendo actuar de manera directa e inmediata, a nivel legislativo y constitucional, creando disposiciones e instancias que presten servicios de salud¹³³.

3.2 Derecho a la salud como derecho fundamental

Los derechos fundamentales son una manifestación de un orden material y objetivo de valores constitucionales, en los cuales se sustenta el ordenamiento jurídico, estos derechos vinculan tanto al Estado como a los particulares, a tal efecto, el Estado no solo actuará respetando a la persona y sus derechos como un límite para su intervención, sino que deberá además, promover cauces, al menos mínimos, de satisfacción de esos derechos del individuo, y así pueda desarrollar su personalidad, teniendo libre elección de sus planes de vida¹³⁴.

Atendiendo a esta posición, un bien primordial para el desarrollo de la persona es la salud, bien jurídico definido como una equilibrada y adecuada condición dinámica de la naturaleza biológica de la persona, objetivamente comprobable; vulnerable a ciertos factores, y potencialmente garantizable y/o recuperable mediante el uso de una determinada técnica y, en cuanto tal, exigible jurídicamente¹³⁵. El ya mencionado artículo 7 de nuestra Constitución, como ya se dijo, reconoce 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. Con esta disposición el Constituyente “está queriendo indicar que la salud es no solo un atributo esencial de carácter universal, sino que el Estado, la sociedad y cualquier individuo en particular

¹³³ COURTIS, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios” en COURTIS, Christian, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, 1º edición, Editores del Puerto, Argentina, 2006, p. 8.

¹³⁴ EXP. N.º 4223-2006-PA/TC, fundamento 3.

¹³⁵ ELY YAMIN, Alicia, *Los derechos económicos sociales y culturales en América Latina*, Plaza y Valdés, México, 2006, p. 215.

tienen la obligación de fomentar condiciones que faciliten o hagan viable su plena realización”¹³⁶.

Este derecho es uno de los más importantes por la relación directa que tiene con el bienestar y la felicidad de las personas, y si bien no se encuentra constituido en el capítulo denominado como derechos fundamentales, no es un derecho de segunda categoría, sino que, precisamente por la cláusula de equiparación que se recoge en el artículo 3 de la Constitución, y tal como se justificó en el primer capítulo de esta tesis, el derecho a la salud debe ser considerado como un derecho fundamental. En esta misma línea el TC ha indicado que el derecho a la salud es un derecho fundamental, que si bien no está contenido en el capítulo de derechos fundamentales, su inescindible conexión con el derecho a la vida (artículo 2°), a la integridad (artículo 2°) y el principio de dignidad (artículo 1° y 3°), lo configuran como un derecho fundamental indiscutible¹³⁷, pues, constituye una condición indispensable para alcanzar la felicidad del individuo a nivel particular así como colectivo¹³⁸.

El máximo intérprete de la Constitución ha tenido oportunidad de definirlo y lo ha hecho como aquella “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 efectuar tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida”¹³⁹.

La razón para considerarlo como un derecho fundamental radica en el principio-derecho de dignidad humana, en los derechos fundamentales a la vida y al bienestar, y los valores de igualdad y solidaridad, siendo reconocido en la Constitución para garantizar una vida digna a la persona¹⁴⁰, por ende, se trata de un derecho fundamental, dada la relación indisoluble que tiene con la dignidad de la persona¹⁴¹. Además de ello, cumple una función específica dado que la salud como bien primario, después del derecho a la vida, posibilita el ejercicio de los demás derechos y el libre desarrollo de la personalidad, lo que obliga al Estado a tomar las medidas encaminadas no solo a recuperar dicho estado de bienestar físico, psíquico y social, sino primordialmente a evitar la disminución de las capacidades de la persona¹⁴².

¹³⁶ EXP. N.º 02034-2009-PA/TC, fundamento 13.

¹³⁷ EXP. N.º 05408-2007-PHC/TC, fundamento 6.

¹³⁸ EXP. N.º 1429-2002-HC/TC, fundamento 14.

¹³⁹ EXP. N.º 2016-2004-AA/TC, fundamento 27.

¹⁴⁰ EXP. N.º 10063-2006-PA/TC, fundamento 45.

¹⁴¹ *Idem*, fundamento 10.

¹⁴² EXP. N.º 05680-2008-PA/TC, fundamento 7.

En este sentido, el artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, define a la misma como una condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo, así como un derecho de carácter irrenunciable, ello en razón a su condición necesaria para el ejercicio del derecho a la vida digna. Sin embargo, este derecho no puede depender simplemente de su configuración legal para que se haga efectivo¹⁴³, su solo reconocimiento constitucional es condición suficiente y supone que todas las personas pueden acceder a los beneficios de su contenido constitucional.

De igual modo la referida Ley General de Salud declara el interés público de la protección de la salud, siendo responsabilidad del Estado peruano regularla, vigilarla y promoverla¹⁴⁴. De esta manera se deberán adoptar políticas, programas o planes que trabajen para la modernización y fortalecimiento de las instituciones públicas encargadas de la prestación del servicio de salud¹⁴⁵.

3.3 El contenido esencial del derecho a la salud

Determinar el contenido esencial o constitucionalmente protegido del derecho a la salud, ayudará a definir los lineamientos para garantizarlo, establecer cuáles son los objetivos que se persiguen con él y los parámetros que lo determinan, lo que logrará definir a qué da derecho, el derecho a la salud, y con ello, será factible tener mayor claridad acerca de los mecanismos que deben estar al alcance del ciudadano para exigir su cumplimiento.

Atendiendo a esta posición, la salud abarca diversos elementos tanto físicos, psíquicos como sociales, que en ocasiones pueden dar lugar a problemas emocionales o trastornos mentales; incluso, los problemas de pobreza, raza, inequidad, género, discapacidad o violencia, suponen factores que inciden en la salud física y mental de la persona¹⁴⁶, por lo que la salud no se agota en la posibilidad de estar libre de enfermedades o afecciones, sino que es un estado completo de bienestar físico, mental y social que, de acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS), comprende el derecho al nivel más alto de salud posible sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social, debiendo el Estado promoverlo.

De esta manera, se destaca que el Estado en la medida que garantiza el derecho de las personas a alcanzar y preservar un estado de plenitud física, psíquica y social, debe realizar

¹⁴³ EXP. N.º 3599-2007-PA/TC, fundamento 2.

¹⁴⁴ Ley N° 26842, artículo II y IV del Título Preliminar.

¹⁴⁵ EXP. N.º 1956-2004-AA/TC, fundamento 7.

¹⁴⁶ LEÓN FLORIÓ, Felipe Johan, "El Derecho a la salud", en *Los derechos fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 493.

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 una mejor calidad de vida¹⁴⁷. Ello involucra realizar acciones positivas y negativas por parte del Estado, en cuanto acciones positivas para lograr la mayor cobertura posible, accesibilidad, asequibilidad, adecuada infraestructura, personal médico capacitado, equipos en buen estado y un servicio de calidad que sea efectivo y eficiente; y en cuanto acciones negativas, obligaciones de abstenerse de realizar conductas que lo afecten, privar el derecho ilícitamente a sus titulares cuando ya disponían de éste, dañando su salud, o excluyéndolos de los beneficios de la seguridad social, interfiriendo ilegítimamente en el disfrute de esos bienes¹⁴⁸.

Desde esta perspectiva y de acuerdo a lo manifestado por el TC, el derecho a la salud debe contener los siguientes elementos esenciales¹⁴⁹:

- a. Disponibilidad. La cual supone contar con centros de salud, servicios, programas y bienes suficientes que atiendan de manera eficaz a los usuarios del servicio. El Estado deberá asegurar la provisión de una infraestructura suficiente válida de salud pública e individual en todo su territorio, por lo que los centros deben a su vez contar con instalaciones de agua limpia y potable, condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico capacitado y todos los medicamentos esenciales.
- b. Accesibilidad. El acceso a la salud consiste en cuatro elementos claves: la no discriminación, la accesibilidad económica, la accesibilidad física y la accesibilidad de la información. Este derecho debe estar al alcance de todos, sin discriminación alguna, y lo que involucre cualquier pago debe estar basado en el principio de equidad, para que las familias más pobres no soporten una carga desproporcionada de los gastos relacionados con la salud, debiendo acceder todos a los establecimientos. Los Estados además deben garantizar que toda persona tenga derecho a buscar, recibir y difundir información sobre la salud, en equilibrio con la confidencialidad de la información médica.

¹⁴⁷ EXP. N.º 2480-2008-PA/TC, fundamento 6.

¹⁴⁸ ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS, Christian, *Los derechos sociales ...*, op. cit., p. 50.

¹⁴⁹ EXP. N.º 1808-2008-PA/TC, fundamento 6.

- c. Aceptabilidad. Las infraestructuras de salud deben ser respetuosas con la ética médica y la cultura de los individuos y las comunidades, así como prestar atención a los requisitos de géneros y relativos al ciclo de la vida, esto es ser adecuado a las condiciones socioculturales de la población.
- d. Calidad. Las infraestructuras de salud deben ser científica y médicamente apropiadas y de buena calidad. Entre otras cosas, esto requiere la provisión de medicinas y equipos necesarios, profesionales médicos formados y el acceso a agua y saneamiento¹⁵⁰.

De lo anterior, se puede expresar, además, que el derecho a la salud contiene una doble dimensión, como *derecho de defensa* significa que tiene una prohibición general de todo acto o norma, por parte del Estado o de particulares, que afecta o que ponga en peligro a la persona¹⁵¹, es decir, la persona no puede recibir por parte del Estado ni de ningún particular un tratamiento que atente contra su salud. Por consiguiente, el deber de que nadie, ni el Estado ni un particular, lo afecte o menoscabe, hace que la salud sea un derecho que implique reaccionar o abstenerse de incidir negativamente en la esfera del ser humano¹⁵².

Al mismo tiempo, tiene una *dimensión prestacional*, que consiste en que para su efectividad requiera determinadas acciones por parte del Estado, ya que debe adoptar todas las medidas posibles para que, bajo los principios de continuidad en la prestación del servicio, eficacia, eficiencia, solidaridad y progresividad, etc., hagan viable su eficacia en la práctica, de manera que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de modo efectivo y eficaz¹⁵³. En este sentido, la persona tendría el derecho de exigir al Estado las actuaciones necesarias para el goce de servicios de calidad como asistencia médica, hospitalaria y farmacéutica¹⁵⁴.

Como resultado de lo señalado, este derecho se encuentra estrechamente vinculado a factores que determinen la condición de una buena salud como lo es el agua potable, la nutrición, la vivienda, las condiciones ambientales entre otras¹⁵⁵; por lo que tiene un vínculo indisoluble con el disfrute de otros derechos humanos, siendo considerado el derecho a la salud

¹⁵⁰ En la Red-DESC — Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho a la salud. Disponible en web: <https://www.escri-net.org/es/derechos/salud>

¹⁵¹ EXP. N.º 06534-2006-PA/TC, fundamento 8.

¹⁵² EXP. N.º 1429-2002-HC/TC, fundamento 13

¹⁵³ EXP. N.º 03426-2008-PHC/TC, fundamento 9.

¹⁵⁴ EXP. N.º 3599-2007-PA/TC, fundamento 2.

¹⁵⁵ EXP. N.º 2064-2004-AA/TC, fundamento 2.

como un derecho fundamental para todos los ciudadanos¹⁵⁶, ya que a la vez se encuentra implicado el ejercicio de otros derechos. Además de ello, guarda una inescindible conexión con el derecho a la vida, a la integridad, y al principio de dignidad de la persona¹⁵⁷, dentro de este marco, el derecho a la salud es muy amplio e involucra una interrelación con otros derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales.

Los beneficiarios de este derecho son todas las personas humanas, debiéndose tutelar de manera especial la salud de aquellas personas con pronóstico no favorable de curación, o aquellas otras que se encuentren en situaciones especiales, como lo son adultos mayores, minorías étnicas, mujeres embarazadas en abandono, entre otros. El acceso a este servicio, implica garantizar igualdad de oportunidades para todas las personas; y la calidad implica garantizar un obrar adecuado y un estándar mínimo en la actuación de las entidades prestadores del servicio de salud¹⁵⁸. De modo general conviene recordar que el Constituyente peruano ha dispuesto que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono” (artículo 4 CP); y particularmente que “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 7 CP).

El TC ha reconocido con respecto al contenido del derecho a la salud que todas las personas tienen el derecho de poder acceder al servicio de salud, y el Estado se encuentra obligado a organizar, dirigir y garantizar su prestación, conforme a los principios de continuidad, eficacia, eficiencia, universalidad, integridad y progresividad para la prestación del servicio, ello es así porque la prestación del servicio de salud está conectada con la realización misma del Estado social y democrático de derecho y con la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad¹⁵⁹.

Es responsabilidad del Estado promover las condiciones que garanticen una adecuada cobertura de prestaciones de salud a la población, por lo que debe intervenir en la provisión de servicios de atención médica con arreglo a principios de equidad¹⁶⁰, para ello, conforme al artículo 9 CP, el Poder Ejecutivo determinará la política nacional de salud, debiendo normar y

¹⁵⁶ Observación General N° 14 emitida el 11 de agosto de 2000, por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Disponible en web: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>

¹⁵⁷ EXP. N.º 925-2009-PHC/TC, fundamento 6.

¹⁵⁸ EXP. N.º 03599-2007-PA/TC, fundamento 2.

¹⁵⁹ EXP. N.º 5842-2006-PHC/TC, fundamento 9.

¹⁶⁰ Ley N° 26842, Artículo VI.

supervisar su aplicación para facilitar el acceso equitativo a los servicios de salud. Por consiguiente, será el MINSA la institución que debe asumir al derecho a la salud como un derecho de la ciudadanía, teniendo la misión de proteger la dignidad personal, promoviendo la salud, previniendo las enfermedades y garantizando la atención integral de todos los habitantes del país; proponiendo y conduciendo los lineamientos de políticas sanitarias en concertación con todos los sectores públicos y los actores sociales, ya que es la persona el centro de toda la atención¹⁶¹, siendo irrenunciable la responsabilidad del Estado en la provisión de servicios de salud pública.

En consecuencia, el contenido esencial o constitucional de este derecho comprende el derecho de acceso y goce de las prestaciones de salud, las cuales logran un óptimo desarrollo de la personalidad del individuo, para su realización y mantenimiento de una vida digna, por lo que una denegación arbitraria o ilegal del acceso a la prestación constituiría lesionar el derecho a la salud, el mismo que se encuentra reconocido en la Constitución.

3.4 La exigibilidad del derecho fundamental de la salud

La mayoría de los Estados consagran en sus Constituciones y ordenamientos internos la protección y el goce del derecho a la salud¹⁶², o derecho a la protección de la salud, como lo establece específicamente nuestra Constitución, teniendo el Estado la obligación de dirigir la política nacional de salud y de facilitar el acceso equitativo a los servicios, para lo cual el Poder Ejecutivo diseñará y ejecutará las políticas públicas estatales en materia de salud, para así garantizar la protección, el acceso y el disfrute de este derecho.

3.4.1 ¿Derecho no exigible?

Al referirse a los derechos sociales se tiene la impresión de tratarse de derechos de segunda categoría como tradicionalmente se les ha entendido, para significar que generaban exigencias solo secundarias de la persona, u obligaciones mediatas por parte del Estado de hacer, que no serían vinculantes ni exigibles¹⁶³. Este modo de entender las cosas se debió a que los derechos sociales requieren por parte de los poderes públicos, actuaciones positivas que

¹⁶¹ Portal del Estado Peruano, Ministerio de Salud, disponible en web: www.minsa.gob.pe/transparencia/index.asp?op=103

¹⁶² SACO CHUNG, Víctor, “El Derecho a la Salud en el Derecho Internacional: Un Mínimo Común Denominador Universal y las Obligaciones que de este Emanan”, en *Revista Derecho & Sociedad*, n° 35, 2007, p. 308.

¹⁶³ ALEGRE, Silvina, HERNANDEZ, Ximena y ROGER, Camille, *Justiciabilidad y exigibilidad política de los derechos sociales, económicos y culturales*, Fundación Arcor, Argentina, 2014, p. 4.

demandan la disposición de recursos públicos¹⁶⁴, es decir, resulta necesaria la disponibilidad presupuestal del Estado para que se hagan efectivas las prestaciones a las que daba lugar el derecho a la salud, de modo que si el Estado no cuenta con dicho presupuesto para ejercer el gasto económico, habrán prestaciones sociales que no podrán cumplirse y que por consiguiente no podrán ser exigidas¹⁶⁵. El desarrollo de un esquema adecuado de protección de estos derechos sociales, así como su correspondiente exigibilidad queda en manos de las políticas públicas, las cuales deberán promover las prestaciones para el respectivo cambio social¹⁶⁶. Y es que, no se pueden hacer efectivos estos derechos, si no existe política pública o disposición presupuestal que los disponga.

Además de ello, otra de las razones por la cual se niega la exigibilidad de los derechos sociales, es la ausencia de mecanismos procesales y judiciales adecuados para garantizar su protección, ello tiene que ver con que se definan a estos derechos como simples aspiraciones, que no necesitan un grado de materialización, los cuales no los hacen susceptibles de recibir tutela judicial¹⁶⁷. Así por ejemplo, existen derechos sociales reconocidos en la Constitución que demandan una protección especial por parte del Estado como la protección del derecho a la salud (artículo 7) sobre el cual no hay una seguridad total de que puedan ser tratados como derechos, y en el supuesto que se admitan como tal, no está claro que posea un contenido exigible¹⁶⁸. Sin embargo, como a continuación se pasa a estudiar, existe una serie de razones que permiten entender que el contenido constitucional del derecho a la salud es directamente exigible en lo que, desde luego, pueda ser realmente cumplido por los poderes públicos como destinatarios de las obligaciones que de tal derecho dimanen.

3.4.2 Justificación y significado de la exigibilidad del derecho a la salud

En este sentido, a fin de determinar la exigibilidad del derecho a la salud hemos de recurrir primero a la determinación de su naturaleza de acuerdo a la Constitución. Se entiende, que la Constitución es un sistema de normas jurídicas y como tal vincula a todos los poderes públicos y ciudadanos en todo su contenido¹⁶⁹; por consiguiente, su contenido es vinculante y

¹⁶⁴ PISARELLO, Gerardo, “Los derechos sociales y sus enemigos: enemigos para una reconstrucción garantista”, en Vanesa Valiño (coordinadora), *Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis*, 4º Edición, Editorial Observatorio DESC, Barcelona, 2009, p. 14.

¹⁶⁵ CASTILLO CORDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales ...*, op. cit., p. 133.

¹⁶⁶ MORALES, Leticia, *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 23.

¹⁶⁷ ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS, Christian, *Los derechos sociales ...*, op. cit., p. 117-118.

¹⁶⁸ CIANCIARDO, Juan, *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 278.

¹⁶⁹ DIEZ PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 2da edición, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, p. 58.

no solo al poder público, también al poder privado. Es una norma jurídico fundamental vigente, lo cual hace exigible su cumplimiento conforme al principio de normatividad de la Constitución peruana¹⁷⁰.

En su mayoría, las disposiciones referidas a los derechos sociales se encuentran establecidas como normas que contienen generalmente deberes o programas; sin embargo, no significa que estos artículos no tengan ningún contenido normativo, por el contrario, son normas vinculantes que se hacen efectivas a través de un compromiso o acciones específicas, las mismas que el Estado está obligado a cumplir; para ello el poder político tiene muchas vías que llegan a dicho cumplimiento, y en función al principio de representación, que los ciudadanos delegan, es tarea del Estado cumplir dentro de los límites constitucionales permitidos con lo que la Constitución ordena.

De esta manera, se puede ver que para hacer efectivos los derechos sociales se requiere un mínimo de actuación del Estado, por lo que éste deberá adoptar medidas a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de estos derechos de conformidad con lo señalado en la Undécima Disposición Final y Transitoria¹⁷¹. Asimismo, y de acuerdo a lo establecido en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados deben adoptar medidas hasta el máximo de recursos para lograr la efectividad de los derechos sociales, debiendo actuar de manera continua, en plazos razonables y acciones concretas, destinando de manera específica recursos económicos para el desarrollo de estos derechos.

Por consiguiente, será el Estado quien de manera progresiva deberá invertir parte del presupuesto para hacer efectivos los derechos sociales, ya que no puede actuar en contra de lo dispuesto en la Constitución y menos impedir el acatamiento de su deber como Estado, por lo que su actuar debe ser cierto, real, concreto, y de esa forma podrá cumplir con el deber de la sociedad.

Es a través de la adopción de medidas constantes, eficaces y adecuadas para el establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad a través de la contribución de impuestos, donde se logrará de manera progresiva la efectividad de los derechos sociales, en igualdad de condiciones para todos los ciudadanos¹⁷².

Sin embargo, es necesario precisar que, así como los derechos sociales, los derechos civiles y políticos también demandan un gasto público, y su protección y garantía requieren

¹⁷⁰ CASTILLO CORDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales ...*, op. cit., p. 138-139.

¹⁷¹ LANDA ARROYO, Cesar, *Constitución y Fuentes ...*, op. cit., p. 46.

¹⁷² EXP. N.º 10063-2006-PA/TC, fundamento 7.

también disponer de un presupuesto, está claro, que el desarrollo de los derechos sociales demande un mayor gasto público; sin embargo, el problema no es la escasez de recursos con los que cuente el Estado para afrontar estos derechos, sino que el Estado, no prioriza los recursos económicos debidos para el correcto desarrollo de los derechos sociales¹⁷³.

En el caso del derecho a la salud, la norma constitucional exige del Estado un mayor gasto público, ya que otorga a las personas el derecho de poder acceder a los servicios de salud, a través de la atención médica. Tener una buena salud, no solo pende de los aspectos biológicos de una persona, sino también del factor social económico el cual depende del Estado, por consiguiente, se debe garantizar a las personas la posibilidad de disfrutar del mejor estado de salud posible.

Frente a ello, el poder estatal asume un compromiso de realizar lo que constitucionalmente asegura, y el derecho a la protección de la salud, no es la excepción, éste derecho demanda una protección especial por parte del Estado comprometiéndose a preservar la protección de la salud de todas las personas, a través de políticas de gobierno que hagan posible efectuar la protección de este derecho. Para ello, el Estado debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación de este servicio, la cual, al demandar un gasto público mayor, se deberá aplicar de manera progresiva en la medida que vaya contando con recursos financieros para ello.

Puede parecer que el derecho a la salud se configura como un típico derecho programático, o como un derecho cuya satisfacción requiera acciones prestacionales¹⁷⁴. Sin embargo, su satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los demás derechos, ya que incluso sin ella, no existiría la calidad de vida digna¹⁷⁵. De esta manera, las disposiciones constitucionales no deben interpretarse de manera aislada, debe tenerse en cuenta las normas vinculadas a dicha disposición, para así establecer el alcance de las mismas¹⁷⁶. La salud, es un bien primordial para el desarrollo de la persona, por lo que, sin ella la persona difícilmente podría realizarse de manera plena, el carecer de ella la conduciría a estar en un estado de necesidad inhumano.

¹⁷³ CAMPOS BERNAL, Heber Joel, ¿Existen diferencias en la exigibilidad de los derechos civiles y los derechos sociales? Una mirada crítica sobre la distinción entre derechos civiles y derechos sociales a la luz del proceso de constitucionalización del derecho, en *Cuaderno de Trabajo del CICAJ N° 4*, Lima, Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho – PUCP, 2013, p. 24.

¹⁷⁴ EXP. N.º 05954-2007-PHC/TC, fundamento 10.

¹⁷⁵ EXP. N.º 01391-2007-PA/TC, fundamento 11.

¹⁷⁶ CASTILLO CORDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales ...*, op. cit., p. 143.

El derecho social a la salud entonces, es un verdadero derecho de la persona, es una exigencia social que trae consigo la naturaleza de la misma y para poder perfeccionarse como tal, no solo necesita de su dimensión individual, el ser humano necesita también desarrollar su dimensión social; impedir satisfacer el desarrollo de ésta dimensión social, impediría de manera radical el desarrollo de la dignidad de la persona¹⁷⁷.

Por consiguiente, el hombre para alcanzar su pleno desarrollo, no solo debe tener en cuenta su ámbito personal, necesita desarrollarse en colectividad, es decir desplegar su dimensión social. Sin embargo, la sociedad nos muestra muchas veces que existen circunstancias materiales o culturales que generan dificultades para que todas las personas puedan hacer ejercicio pleno de sus libertades, lo cual no es concurrente con el respeto de la persona como fin en sí mismo, infringiendo el respeto a su dignidad sin que se mejore su calidad de vida¹⁷⁸.

Frente a aquellas desigualdades en diversos sectores, lo que se intenta buscar es dar cobertura a los derechos de todos, en especial de aquellos grupos sociales que carecen de dichas oportunidades, para ello el Estado peruano es declarado por la Constitución como un Estado social y de Derecho, destinado a orientar su política hacia el ejercicio de los derechos sociales, esto es la de una posición dinámica y promotora de estos derechos para todos los peruanos¹⁷⁹, debiendo actuar con arreglo al principio de igualdad, prohibiéndose la arbitrariedad¹⁸⁰.

Frente a las limitaciones reales de recursos que afectan la realización plena del derecho a la salud, los Estados tiene la obligación fundamental de asegurar condiciones mínimas adecuadas para todos y si bien puede contar con pocos recursos económicos, debe dar cumplimiento a su responsabilidad de lograr dentro de sus capacidades un mínimo vital necesario para el desarrollo del individuo¹⁸¹. Para ello, el Estado debe brindar las medidas correctoras y redistributivas que considere necesarias para que los ciudadanos tengan una

¹⁷⁷ PECES-BARBA, Gregorio, "Reflexiones de los derechos sociales" en Autores Varios, *Derechos Sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, p. 87.

¹⁷⁸ EXP. N.º 2945-2003-AA/TC, fundamento 17.

¹⁷⁹ EXP. N.º 1711-2005 PHT/TC, fundamento 3.

¹⁸⁰ GARRIDO, María, *Derechos Fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Editorial Dilex, 2007, p. 33.

¹⁸¹ DE CURREA-LUGO, Víctor, *La Salud como derecho humano*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, p. 76.

existencia conforme a la dignidad¹⁸², teniendo igualdad de oportunidades en todo nivel social, sin que exista discriminación alguna¹⁸³.

Es por ello, que el Estado peruano está obligado a lograr esas condiciones materiales mínimas de existencia, esto es medidas adecuadas para su ejecución. Dichas condiciones mínimas son la garantía de la igualdad de oportunidades en todo nivel social y la neutralización de las situaciones discriminatorias y violatorias de la dignidad del hombre¹⁸⁴. De esta manera, la persona debe vivir, sabiendo que se encuentra protegida, respaldada, frente a determinadas circunstancias que puede sufrir o poner en riesgo su vida, que impida su desarrollo como tal.

Por consiguiente, los derechos sociales son verdaderos derechos de la persona y son necesarios para la existencia y desarrollo de la calidad de vida del ser humano, el carecer de este mínimo vital proporcionado por el Estado, sería contar con una indebida conmemoración su fin supremo, esto es la defensa de la persona y el respeto a su dignidad. La mínima satisfacción de los derechos sociales concreta el carácter social del Estado, y sirven como un parámetro de actuación para el goce de los demás derechos, civiles e incluso políticos, sin ellos mal podría hablarse de libertad e igualdad social¹⁸⁵. De este modo, podemos afirmar que los denominados derechos sociales sí producen efectos jurídicos y vinculan a los poderes, siendo exigibles.

En este sentido, el derecho a la protección de la salud, es un derecho constitucional subjetivo, el cual debe interpretarse en conjunto con las demás disposiciones constitucionales vinculadas a este derecho, determinar el contenido constitucional del derecho a la salud hará que sea un derecho plenamente exigible, consiguiendo solicitarlo a través de una acción constitucional, la misma que hará prevalecer el principio de igualdad ante una situación que no se le puede negar a la persona.

3.4.3 La exigibilidad en la jurisprudencia del TC

A continuación, realizaremos un análisis de las sentencias del TC, centrándonos principalmente en el contenido constitucional del derecho a la salud y como fue directamente exigible ante el Tribunal, ya que el tránsito especial del derecho a la salud en su condición de

¹⁸² PORRAS RAMIREZ, José María, “Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado constitucional” en *Derechos Constitucional y Cultura. Estudios en homenaje a Peter Haberle*, Francisco Balaguer Callejón, (Coord.), Madrid, Tecnos, 2004, ps. 661-662.

¹⁸³ EXP. N.º 2945-2003-AA/TC, fundamento 9.

¹⁸⁴ EXP. N.º 2016-2004-AA/TC, fundamento 8.

¹⁸⁵ LUCAS VERDÚ, Pablo, *La lucha por el Estado de Derecho*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1975, p. 69.

derecho programático, a su afirmación como derecho fundamental de las personas, de carácter exigible y constitucionalmente reconocido, no ha surgido del texto expreso en las normas constitucionales, sino de la interpretación de éstas por la jurisprudencia constitucional.

A. Expediente N° 2945-2003-AA/TC – Lima – Meza García Azanca Alhelí

La presente sentencia es una de las más relevantes en la jurisprudencia del TC. Azanca Alhelí Meza García padecía de VIH/SIDA y presentó una acción de amparo contra el Estado peruano, representado por el Ministerio de Salud, para solicitarle se le otorgue atención médica integral debido a la enfermedad que padecía. Tal atención debía consistir en la provisión constante de medicamentos y en la realización de exámenes periódicos específicos con respecto a la enfermedad que tiene. La recurrente afirmaba que desde que le diagnosticaron VIH, el Estado no cumplía con realizar el tratamiento integral, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 7° de la Ley N° 26626¹⁸⁶, y que debido al costo de dicha enfermedad no contaba con los medios económicos adecuados para afrontar el gasto, por lo tanto, solicita que el Estado cumpla con su obligación de atender su salud.

El TC realizó un estudio sobre los derechos sociales y su exigibilidad en el Estado de Derecho, determinando que es a través de estos derechos sociales donde los individuos concretan su plena autodeterminación, ya que su satisfacción representa una garantía para el goce de los demás derechos, como los civiles y políticos, por lo que se interrelacionan, en este sentido, el Estado debe iniciar acciones que ayuden a reconocer estos derechos de manera conjunta¹⁸⁷. Se determina que, de haberse vulnerado el derecho a la salud, ello comprometería la vulneración a otros derechos, por lo que la salud adquiere el carácter de derecho fundamental, pese a estar regulado dentro de los derechos sociales y económicos, siendo su afectación protegida a través de la acción de amparo.

En la sentencia, el TC rechaza lo alegado por la defensa del Estado, en el sentido de tratar al derecho a la salud como un derecho que en sí no sería concreto ni exigible, lo define como una norma programática, y lo constituye como parte de un plan de acción para el Estado, lo cual fue aclarado por el Tribunal considerando erróneo lo argumentado por la defensa del

¹⁸⁶ Artículo 7° “Toda persona con VIH/SIDA tiene derecho a la atención médica integral y a la prestación previsional que el caso requiera. Para el cumplimiento de esta disposición se prevé que: a) El Estado debe brindar dichos servicios a través de las instituciones de salud donde tenga administración, gestión o participación directa o indirecta; y, b) Dentro del régimen privado los derechos de atención médica integral y de seguros se harán efectivos cuando se trate de obligaciones contraídas en una relación contractual. El Reglamento establecerá las sanciones para los profesionales y las instituciones vinculadas a la salud que impidan el ejercicio de los derechos a que se refiere este artículo”.

¹⁸⁷ Fundamento 11.

Estado, precisando que las políticas públicas nacen de obligaciones objetivas del Estado, las misma que tienen como finalidad la protección y realización de los derechos humanos, por consiguiente, se debe superar esa condición programática de gasto, para buscar garantizar la vigencia del derecho, el mismo que proyectará la ejecución de un presupuesto no como un gasto, sino como una inversión social a futuro¹⁸⁸. Dicha obligación no solo existe por parte del Estado, también recae en la sociedad en su conjunto, quienes no deben apartarse de sus deberes de contribuyentes.

Además de ello, el Tribunal explica la exigibilidad judicial del derecho a la salud pública, la misma que no puede ser exigida de la misma manera por todos, siendo necesario determinar el contenido de este derecho de acuerdo a la gravedad y razonabilidad del caso, la vinculación con otros derechos y hasta la disponibilidad presupuestal del Estado. Sin embargo, ello no justifica lo manifestado por la defensa del Estado en el sentido de alegar el no poder atender lo solicitado por la recurrente ya que se trata de un gasto no presupuestado, conforme a la Undécima disposición final y transitoria de la Constitución, la misma que dispone: “*Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente*”.

En referencia a ello, el Tribunal consideró que aun cuando el presupuesto de la República se sustenta en el principio de legalidad y que es inadmisibles la ejecución de gastos no aprobados en la Ley de Presupuesto Anual, ello no puede justificar la inacción por parte del Estado, más aun cuando existe una amenaza o un riesgo de vida en la persona; ya que incluso, sin involucrar mayores recursos de los ya presupuestados, los mismos pueden destinarse a priorizar la atención de situaciones concretas de mayor gravedad o emergencia. Por lo tanto, era necesario proteger y salvaguardar la vida de la recurrente, otorgándole la atención adecuada. Tal es así, que el Tribunal consideró que la recaudación presupuestal no podía ser calificada como un objetivo en sí mismo, sino como un medio para conseguir el logro de objetivos estatales, con fines de lograr una máxima protección de los derechos de los ciudadanos¹⁸⁹.

Cabe señalar que, el TC en la sentencia afirma que es necesario un soporte presupuestal para la ejecución de exigencias correspondientes a los derechos sociales¹⁹⁰, siendo necesaria incluso la ayuda de la sociedad a través de la contribución de impuestos¹⁹¹, para que de esta

¹⁸⁸ Fundamento 18.

¹⁸⁹ Fundamento 35.

¹⁹⁰ Fundamento 10.

¹⁹¹ EXP. N° 10063-2006-AA, fundamento 7 y 8.

manera el Estado adopte medidas eficaces y firmes que ayuden de manera progresiva la efectividad de estos derechos, con condiciones iguales para todos los peruanos.

Incluso, indicó que los jueces constitucionales sin necesidad de cuestionar la política de salud, era necesario que analicen la actuación del Estado en el caso concreto, al haberse alegado la vulneración de derechos que ponen en riesgo la vida de una persona. Y que si bien, en el caso de países en desarrollo como el Perú, resulta difícil exigir una atención y ejecución inmediata de las políticas sociales para todos, reitera que tal justificación es válida solo cuando se observen concretas acciones del Estado para el logro de resultados; de lo contrario, esta falta de atención devendría en acciones de inconstitucionalidad por omisión¹⁹².

Además rechazó el argumento del Estado, indicando que no era posible que la protección integral para los pacientes con VIH-SIDA, sea gratuita para las madres gestantes y/o hijos nacidos de madres portadoras de VIH-SIDA, ello de acuerdo a lo establecido en el artículo 10° del Decreto Supremo N° 004-97-SA, Reglamento de la Ley contra el SIDA; ya que el Estado, mediante Ley N° 28243¹⁹³, que modifica la Ley N° 26626 dispuso la gratuidad del tratamiento antirretroviral debiendo ser progresiva y con prioridad para las personas en situación de vulnerabilidad y pobreza extrema, y como la accionante se encontraba en el referido supuesto, debía brindársele la atención de salud de manera gratuita y continua¹⁹⁴.

En este sentido, el Tribunal declaró fundada la demanda, ordenando que se incluyera a la recurrente en el grupo de pacientes que recibirían tratamiento integral contra el VIH/SIDA por parte del MINSA, reconociendo el carácter indiscutible del derecho fundamental a la salud por su inescindible relación con la vida, estableciendo criterios de protección, especialmente, cuando está vinculado al uso de los recursos públicos¹⁹⁵, y es que, ésta prestación social trae condicionado el aspecto de la disponibilidad presupuestal, la misma que no debe considerarse como un gasto sino como una inversión social¹⁹⁶.

En efecto, la presente sentencia es muy importante debido a que el Tribunal judicializó con su interpretación el principio de progresividad establecido en la Undécima disposición final y transitoria de la Constitución y lo hace a favor de la efectividad de los derechos sociales, al

¹⁹² Fundamento 39.

¹⁹³ Ley N° 28243, Ley que amplía y modifica la Ley N° 26626 sobre el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las Infecciones de Transmisión Sexual, publicada el 01 de junio de 2004.

¹⁹⁴ Fundamento 48.

¹⁹⁵ EXP. N.° 2945-2003-AA/TC, fundamento 24.

¹⁹⁶ SANABRIA MONTAÑEZ, Cesar, “El rol del Estado y la salud en el Perú”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas*, Año V, N° 15, p. 81.

respecto dicha disposición es concordante con el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que precisa que los estados se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de recursos que se disponga para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos la salud¹⁹⁷.

Además, la decisión que toma el Tribunal en el presente caso, es una pieza principal que nos acerca a las sentencias futuras pues, conforme a lo resuelto en el punto 3. “Exhorta a los poderes públicos a que se cumpla lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley N.º 26626, debiendo considerarse como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA”, por lo que impulsa a los demás poderes públicos del Estado a solucionar un problema de salud pública, dando como resultado el beneficiar no solo a la recurrente, sino además a un grupo poblacional más amplio.

Conviene señalar que, gracias a la presente resolución, posteriormente fue modificada la Norma Técnica para el tratamiento Antirretroviral de Gran Actividad en adultos infectados por el virus de VIH-SIDA, mediante la Resolución Ministerial N° 939-2004/MINSA, con fecha 15 de setiembre de 2004. De lo que se concluye que, la realización progresiva de los derechos, significa requerir de acciones que sean concretar, realizables y mediables en un periodo de tiempo razonable, es decir que, no se pueden ir posponiendo o alargando en el tiempo, se deben implementar políticas públicas, programas o planes que concreten la legislación existente y más aún sobre un derecho fundamental como lo es la salud.

Del mismo modo, se debe precisar que, así el Estado cuente con los debidos medios económicos para un mejor servicio de salud, es necesario que dichos medios económicos sean destinados a la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación de este servicio, debiendo adoptar políticas y planes que lleven a una mejor calidad de vida. El bien primordial que prevalece en la acción de amparo es la salud, y ella es inseparable del derecho a la vida, por lo que carecer del bien salud, haría difícil la existencia de la vida física de la persona.

B. Expediente N° 0032-2010 PI/TC – Lima – 5,000 ciudadanos

Otro caso importante fue la STC N° 0032-2010-PI/TC, que resuelve una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de cinco mil ciudadanos presentaron contra el artículo 3° de la Ley N° 28705 – Ley General para la prevención y control de los riesgos del consumo

¹⁹⁷ Fundamento 37.

del tabaco, modificado por el artículo 2° de la Ley N° 29517¹⁹⁸, artículo que prohíbe fumar en espacios públicos. Los accionantes cuestionan el precepto que prohíbe la existencia de establecimientos exclusivos para fumadores y la prohibición del consumo de tabaco en áreas abiertas de los establecimientos educativos para adultos, alegando la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad, además de la libertad de empresa. Asimismo, sostienen que el Estado no puede sancionar a las personas que en el marco de su autonomía han decidido libremente fumar en lugares acondicionados exclusivamente para ello, afirmando que el Estado puede introducir ciertas restricciones al consumo de tabaco, pero no puede prohibirlo.

Con respecto a ello, el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda solicitando sea declarada infundada, afirmando que la disposición legal cuestionada no vulneraba la Constitución. Además, refiere que al formar parte del ordenamiento jurídico el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, se debe reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco, así como la exposición al humo del tabaco, siendo el objetivo de la disposición impugnada. Asimismo, afirma que es contradictorio permitir un acto (consumo de tabaco) que trae devastadoras consecuencias para la salud humana, en un lugar (centro educativo universitario) que está prestando un servicio público como la educación, el cual tiene por finalidad el desarrollo integral de la persona, debiendo proporcionar conocimientos para lograr una mayor calidad de vida, más aún cuando a dichos centros acuden también menores de edad. Alega que es totalmente coherente que tales ambientes se encuentren libres de humo de tabaco, para con ello contribuir a la reducción de su consumo, con lo cual se previenen enfermedades, garantizándose el derecho a la salud, siendo razonable la limitación al desenvolvimiento de la personalidad.

En esta sentencia, el Tribunal refiere que existen ciertos escenarios excepcionales en donde los poderes públicos pueden adoptar medidas que limitan el libre desarrollo de la personalidad de la persona, al existir una finalidad más importante, como lo es el bienestar de la salud, ya que protege la salud de los no fumadores como de los que si acostumbran tener este hábito¹⁹⁹. Incluso, tener como finalidad proteger la salud de los propios consumidores de tabaco,

¹⁹⁸ Ley N° 28705. Ley General para la Prevención y Control de los riesgos del consumo del Tabaco. Diario Oficial El Peruano, 06 de abril de 2006, Artículo 3° “3.1 Prohíbese fumar en los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, en las dependencias públicas, en los interiores de los lugares de trabajo, en los espacios públicos cenados y en cualquier medio de transporte público, los que son ambientes ciento por ciento libres de humo de tabaco. 3.2 Se entiende por interiores o espacios públicos cerrados todo lugar de trabajo o de acceso al público que se encuentre cubierto por un techo y cerrado entre paredes, independientemente del material utilizado para el techo y de que la estructura sea permanente o temporal. 3.3 El reglamento de la Ley establece las demás especificaciones de los interiores o espacios públicos cerrados”.

¹⁹⁹ Fundamento 62.

conlleva a reducir los costos sanitarios que genera el tratamiento de las enfermedades producidas por el mismo, siendo constitucionalmente válido, más aún cuando el Perú ha ratificado el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco²⁰⁰, por lo que es una finalidad constitucionalmente obligatoria por parte del Estado para evitar la propagación de la epidemia del tabaquismo. Con dicho tratado se busca proteger de manera clara la protección de la salud, de tal manera que se reconoce en el Estado, la obligación de adoptar medidas de control debiendo prevalecer la protección del derecho a la salud.

De esta manera, se puede observar como salvaguardar el derecho a la protección de la salud, no solo es una regulación constitucional válida, sino también exigible desde la perspectiva del derecho internacional, debiendo el Estado buscar las medidas más estrictas para proteger el derecho fundamental de la salud siendo dicha protección obligatoria. Tanto el Convenio Marco de la OMS para el control de Tabaco, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, son normas de derecho internacional que protegen el derecho a la salud y definen la conducta de fumar como objetivamente dañina para la salud de la persona, tanto para quien lo ejecuta como por todo su entorno.

Además, el Tribunal alega el artículo 7º de la Constitución, el mismo que establece el derecho a la protección de la salud, del medio familiar como de la comunidad, así como el de contribuir a su promoción y defensa. Invoca la pertenencia del país en un Pacto internacional, que reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel de salud física y mental, conforme al artículo 12 inciso I del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Asimismo, resalta el derecho a la salud que tiene toda persona entendiéndose como el nivel más alto de bienestar físico, mental y social²⁰¹. De este modo el TC no solo invoca la Constitución, sino que la interpreta de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia, en el sentido de que el Estado, no solo tiene la obligación de proteger el derecho a la salud, sino de protegerlo con el objetivo de que el ser humano goce de este derecho en el máximo nivel posible.

Por consiguiente, se establece que el Estado tiene la obligación de proteger el derecho a la salud en el máximo nivel posible, debiendo ser protegido a través de medidas progresivas, por lo que se debe promover la reducción del consumo de tabaco, previendo así consecuencias

²⁰⁰ Mediante Resolución Legislativa N° 28280 publicada el 17 de julio de 2004 el Congreso de la República aprobó el convenio marco de la OMS para el control de tabaco.

²⁰¹ Artículo 10º, inciso 1, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”)

que empeoren la salud de la persona, encontrándose constitucionalmente prohibido adoptar medidas legislativas que protejan en menor grado el derecho a la salud.

En esta sentencia, el Tribunal defendió el derecho a la salud, colocándolo como un bien jurídico primordial para el desarrollo de la persona, ya que dicho bien permite la realización plena de la persona para así alcanzar su perfección. Así, el TC confirmó la constitucionalidad del artículo 3°, estableciendo que los ambientes públicos por disposición legal, deben encontrarse totalmente libres de humo de tabaco, y que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no es un derecho absoluto, por lo que debe ejercerse en armonía con los demás derechos fundamentales, respetando igualmente los derechos fundamentales de todas las personas.

C. Expediente N° 09600-2005-PA/TC – Lima – Rosa Podestá Torres

En el presente caso, la recurrente Rosa Podestá Torres, interpone una acción de amparo contra la empresa Southem Perú y contra su cónyuge Víctor Hugo Manchego Arias, con el objetivo que se declare inaplicable la carta de fecha 27 de diciembre de 2004, mediante la cual su cónyuge requiere el retiro de la atención médica de la recurrente en el Hospital de Southem Perú. La recurrente señala que la atención médica le concierne en su calidad de cónyuge de Víctor Hugo Manchego Arias, acreditando su estado civil con la partida de matrimonio expedida por la Municipalidad de Ilo, por lo que la empresa no la podría retirar del sistema de atención médica, ya que estaría vulnerando sus derechos a la seguridad social, integridad física y a la salud.

Frente a este hecho, el Tribunal indica que no se puede amparar un pedido de supresión de atención médica, formulado por un trabajador en la empresa en donde labora, ya que en virtud de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, la entidad empleadora se erige como destinataria del derecho a la seguridad social, siendo imposible dejar al arbitrio del trabajador el retiro de sus dependientes, por lo consiguiente la relación laboral no es un presupuesto que pueda permitir al trabajador disponer del derecho a la salud, que además reposa en otra persona. La cobertura que ofrezca la entidad empleadora deberá contemplar los mismos beneficios para todos los trabajadores, así como sus derechohabientes, por lo que debe respetarse en todo momento el principio de igualdad de los asegurados²⁰².

En efecto, al ser negado el derecho de la recurrente a la seguridad social, se ha producido un quebrantamiento del derecho a la salud, al haber sido vulnerado el elemento esencial referido

²⁰² Fundamento 18.

a la accesibilidad. En este sentido, y aunque se haya establecido un análisis más completo del derecho a la seguridad social, el Tribunal deja muy sentada la correlación que existe entre el derecho a la salud y el de la seguridad social, siendo el derecho a la salud condición esencial para la habilitación del ejercicio de otros derechos, estando definido como un derecho plenamente exigible salvaguardado por la justicia. Por lo consiguiente, el Tribunal declara fundada la demanda y en consecuencia nula la carta de fecha 27 de diciembre de 2004, ordenando de esta manera a la empresa Southem Perú Cooper Corporation cumplir con brindar a la demandante las prestaciones de salud a la que se encuentra obligada.

Es importante destacar que el derecho reclamado en el presente caso, se encuentra dotado de contenido, siendo exigible ante el Tribunal al haberse vulnerado el derecho a la seguridad social, derecho que se constituye como una medida de protección efectiva del derecho a la salud. Frente a ello, es necesario precisar la responsabilidad que tiene la empresa al tener el deber de salvaguardar el derecho a la seguridad social de sus trabajadores como derechohabientes, debiendo brindar las prestaciones de salud oportunas, generando una protección frente a la persona que sufre algunas contingencias²⁰³. Por lo consiguiente, la recurrente tiene el derecho a la seguridad social, debiendo recibir las prestaciones de salud correspondientes.

Se desprende de los hechos suscitados que, la seguridad social es uno de los derechos que prevalecen en la decisión del Tribunal, y que, si bien no está dentro de los derechos fundamentales, es un derecho muy importante en la medida que permite a la persona tener una existencia en armonía con la dignidad, siendo éste el fin supremo de la Sociedad y el Estado²⁰⁴. Tan es así que, frente a la lesión del derecho a la seguridad social, se recorta de manera arbitraria a la demandante el acceso a las prestaciones de salud que le corresponden por ser cónyuge del trabajador demandado. De esta manera, la protección constitucional de las personas es pilar fundamental en la estructura jurídica del país, siendo que, las prestaciones que brinda la seguridad social en salud tiene por finalidad la protección del derecho a la vida²⁰⁵.

D. Expediente N° 2002-2006-PC/TC – Lima – Pablo Miguel Fabián Martínez y otros

En el presente caso, existe una vulneración al derecho a la salud como al medio ambiente. Los sucesos inician el año 1997 cuando la empresa Doe Run Company adquirió el Complejo Metalúrgico de La Oroya, la cual venía operando a través de su empresa subsidiaria

²⁰³ CAMPOS, Sara, *Manual de Seguridad Social*, Lima, Gaceta Jurídica, 2010, p. 12.

²⁰⁴ EXP. N.º 1569-2011-PA/TC, fundamento 5.

²⁰⁵ EXP. N.º 10063-2006-PA/TC, fundamento 20.

Doe Run Perú, comprometiéndose a cumplir con las obligaciones establecidas en el Programa de adecuación y manejo ambiental (PAMA). La empresa Doe Run Perú, se comprometió a realizar mejoras ambientales para el año 2006 y efectuar inversiones para las emisiones y calidad del aire a partir del año 2004, debido a que las actividades que realizaban contaminaban el medio ambiente.

Sin embargo, y de acuerdo a los estudios realizados se demostró que los niveles de intoxicación de plomo en la sangre de niños, madres gestantes y en general de todos los habitantes de La Oroya se habían incrementado en los últimos años, producto de la actividad de esta empresa, debiéndose realizar estudios para determinar el porcentaje de contaminación que existía de manera exacta en la población. De estudios realizados por la Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA) se estableció que del 99.1% de personas analizadas sobrepasaban el nivel de plomo permitido en la persona; y, del estudio realizado por el Consorcio Unión para el Desarrollo Sustentable - UNES, se encontró otro tipo de componentes que afectaban la salud de las personas tales como: arsénico y dióxido de azufre, originando malestares como náuseas, dolores de quemadura en manos y pies, afectando órganos del sistema vital, y por lo consiguiente vulnerando de esta manera el derecho a la salud pública y el medio ambiente.

Frente a ello, los pobladores de La Oroya interponen una acción de cumplimiento contra el MINSA y la DIGESA solicitando se implemente una Estrategia de salud pública de emergencia para la ciudad de La Oroya, y que por consiguiente: a) se recupere la salud de los ciudadanos afectados; b) se declare en Estado de alerta a la ciudad de La Oroya; y, c) se establezcan programas de vigilancia epidemiológica y ambiental de conformidad con lo estipulado por el artículo 15 del Decreto Supremo 074-2001-PCM.

Al respecto, el Tribunal inició su análisis sosteniendo que el país es un Estado Democrático y Social de Derecho, conforme a la Constitución Política de 1993, afirmando que, entre los fines de contenido social del Estado, se encuentra el derecho a la salud, al trabajo, a la educación entre otros, y para lograr la efectividad de estos derechos, el Estado tiene obligaciones de hacer, es decir realizar acciones que tiendan al logro de un mayor disfrute del derecho, como obligaciones de no hacer, esto es, absteniéndose de interferir en el ejercicio de los derechos²⁰⁶.

²⁰⁶ Fundamento 7.

Resalta que, respecto a la efectividad de los derechos sociales, no son meras normas programáticas de eficacia mediata, pues su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los demás derechos, como los derechos civiles y políticos. De esta manera, sin educación, salud o calidad de vida, no se podría hablar de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como el administrador de justicia reconozca estos derechos de manera conjunta e interdependiente²⁰⁷.

Tan es así, que los derechos sociales se encuentran estrechamente vinculados con el ejercicio de otros derechos, como lo son los derechos civiles y políticos, debiendo instituirse en garantías para el individuo y para la sociedad, de tal manera que se pueda alcanzar el respeto a la dignidad humana. En este sentido, el Tribunal reitera que los derechos sociales son derechos fundamentales, por esta relación e identidad que tienen con la dignidad de la persona, de tal forma que, la exigibilidad de los derechos sociales se constituye en una condición vinculada a la efectividad de los derechos fundamentales²⁰⁸.

En esta sentencia, el Tribunal reitera lo expresado en la sentencia de Azanca Meza (STC N° 2945-2003-AA/TC), indicando que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud es aquella facultad de la persona de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental; y de presentarse alguna perturbación, el Estado debe tomar acciones de conservación o de restablecimiento, debiendo proteger que todas las personas tengan una mejor calidad de vida a través de la modernización y fortalecimiento de las instituciones que prestan el servicio de salud. Por esa razón, para proteger el derecho a la salud, el Estado debe realizar todas las acciones tendentes a prevenir los daños a la salud, debiendo conservar las condiciones necesarias que aseguren el efectivo ejercicio de este derecho y atender, con la urgencia y eficacia que el caso lo exija, las situaciones de afectación a la salud de toda persona, prioritariamente aquellas vinculadas con la salud de los niños, adolescentes, madres y ancianos, entre otras²⁰⁹.

En el caso concreto, y conforme a los estudios realizados por la DIGESA, el Tribunal observó que desde 1999 existían personas contaminadas con plomo en la sangre, sin que el Ministerio de Salud haya implementado un sistema de emergencia, para salvaguardar el estado de salud de la población afectada, tampoco tomó acciones eficaces para declarar en estado de alerta a la ciudad de La Oroya o acciones pertinentes que hayan solucionado la grave situación

²⁰⁷ EXP. N.º 2945-2003-AA/TC, fundamento 11.

²⁰⁸ Fundamento 13.

²⁰⁹ Fundamento 17.

de la ciudad, de la salud de la población o del medio ambiente. Resalta, que no es posible haber esperado políticas de Estado alegando que el derecho a la salud tiene una dimensión social, ya que la protección de este derecho es inmediata, pues la grave situación que atravesaba La Oroya, exigía por parte del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, presentándose el derecho a la salud como un derecho exigible y de ineludible atención²¹⁰. Los hechos constituyeron un problema de salud pública en la ciudad de La Oroya, problema que perduró en el tiempo generando una desprotección de los derechos humanos de todos los ciudadanos; incluso, la entidad encargada de la salud general del medio ambiente, tenía conocimiento de los sucesos ocurridos; sin embargo, no emprendió ninguna acción eficiente para contrarrestar la contaminación.

Asimismo, se instaura un precedente jurisprudencial en donde se establece que todos los derechos contienen obligaciones de hacer y de no hacer, siendo errado calificar a los derechos civiles y políticos como obligaciones de no hacer y a los derechos sociales como obligaciones de hacer. Así también, el Tribunal reconoce la exigibilidad de los derechos sociales en especial el derecho a la salud, y define que su dimensión programática no significa que el reconocimiento y protección pueda aplazarse indefinidamente, al contrario, se requieren acciones inmediatas para su protección en el tiempo.

En consecuencia, el TC amparó los derechos de los accionantes, entre ellos el derecho a la salud con pleno respeto de los derechos fundamentales de la persona, así como el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida²¹¹. Es por ello que el Tribunal declaró fundada parcialmente la demanda indicando las acciones que deberían tomar las entidades demandadas. Respecto al Ministerio de Salud, ordena que implemente un sistema de emergencia para atender la salud de las personas contaminadas por plomo en la ciudad de La Oroya, dentro del plazo de 30 días, debiendo priorizar la atención médica especializada de niños y mujeres gestante; asimismo, cumplir con realizar todas aquellas acciones tendentes a la expedición del diagnóstico y declarar en Estado de Alerta en la ciudad de La Oroya; el deber de establecer programas de vigilancia epidemiológica y ambiental en la zona que comprende a la ciudad de La Oroya y que informe al TC respecto de las acciones tomadas para el cumplimiento de lo dispuesto. En cuanto al Gobierno Regional, la Municipalidad Provincial de Yauli-La Oroya, empresas como Doe Run Perú SRL, entre otras, exhorta a que desarrollen sus actividades mineras en la zona geográfica que comprende a la ciudad de La Oroya, y a participar

²¹⁰ Fundamento 16.

²¹¹ EXP. N.º 2002-2006-PC/TC, fundamento 59.

en las acciones pertinentes que permitan la protección de la salud de los pobladores de la referida localidad, así como la del medio ambiente en La Oroya.

De la sentencia objeto de análisis, se observa que el TC resalta que los jueces y magistrados tienen la obligación de evaluar el caso concreto, debiendo determinar las acciones públicas que deben desempeñar las autoridades públicas y así lograr una efectiva protección. Asimismo, analiza la labor que ejecutan estas autoridades, las misma que fueron creadas para garantizar la protección de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, en este sentido deben realizar un cumplimiento eficaz de sus funciones. Igualmente, no solo busca la protección de las personas afectadas, ya que de la parte resolutive se puede apreciar que lo decidido beneficio a todos los habitantes, de tal manera que, se administra justicia para la protección de todos los derechos de las personas habitantes de toda la región. Asimismo, deja muy en claro las disposiciones en el tiempo en cuanto a que, las entidades públicas y empresas privadas, no pueden comprometerse a realizar medidas de protección futuras, y que estas permanezcan pendientes a lo largo del tiempo, el Tribunal ordena a que dentro de un tiempo específico se creen acciones que tiendan a la protección del derecho a la salud.

E. Expediente N° 03426-2008-PHC/TC – Lima Norte – Pedro Gonzalo Marroquín Soto

En el presente caso, existe una sentencia emitida por la Segunda Sala Penal con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, la misma que declara inimputable a Pedro Gonzalo Marroquín Soto, por padecer síndrome psicótico esquizofrénico paranoide, declarándolo exento de responsabilidad en el delito de homicidio calificado, disponiéndose a su favor la medida de seguridad de internación en un centro hospitalario. Sin embargo, este mandato judicial no se cumplió, lo que originó la interposición de una demanda de habeas corpus, presentada por Pedro Tomas Marroquín Bravo (hijo del afectado) contra el Director del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), ello con la finalidad de cumplir con la medida de seguridad de internación dispuesta judicialmente y que en consecuencia el favorecido sea trasladado a un centro hospitalario, debiendo recibir el tratamiento médico especializado.

Pues bien, pese a que, en el presente caso no se invocó de manera expresa la vulneración al derecho a la salud mental, se precisa que conforme al principio *iura novit curia*, el TC cuenta con el poder-deber para identificar el derecho comprometido en la causa aun cuando no se encuentre expresamente en la demanda; además de tener el deber de analizar todos los elementos relacionados a los hechos, por lo que decide incluir en la demanda al Director del Establecimiento Penitenciario de Lurigancho, ello de acuerdo al principio de suplencia de queja deficiente el mismo que faculta al juez constitucional de otorgarle eficaz protección a los

derechos constitucionales lesionados, cuando por error u omisión no se ha planteado correctamente.

En este caso, el Tribunal precisa que el derecho a la salud mental es parte integrante del derecho a la salud, ya que mantener un estado de salud correcto no es solo físico, sino que además comprende el bienestar psicológico y mental de la persona humana²¹². Asimismo, manifiesta que, pese a que el derecho a la salud requiere de determinadas acciones prestacionales, no por ello deja de ser un derecho fundamental, debiendo el Estado adoptar medidas que se hagan efectivas y eficaces. Conjuntamente con ello, determina la vinculación que tiene el derecho a la integridad personal vinculado con la dignidad de la persona, el derecho a la vida y la salud, ello en la medida que la salud tiene como objetivo el desenvolvimiento normal de las funciones biológicas y psicológicas de la persona, siendo condición indispensable para el desarrollo existencial y con ello alcanzar el bienestar individual y colectivo²¹³.

También afirmó que el Estado asume la política de tratamiento y rehabilitación a personas con problemas de salud mental teniendo como fundamento el respeto a todos los derechos fundamentales, ya que las mismas se encuentran en un estado de especial vulnerabilidad, dando por sentado que el problema podría radicar además en el bajo nivel de cumplimiento de las órdenes emitidas por el Tribunal, al haber establecido mandatos, requerimientos sin que posterior a ello se realice el debido seguimiento, dejándose muchas veces pendientes, por lo que el Estado debe adoptar todas las medidas destinadas a superar dicha problemática fortaleciendo el nivel de coordinación de las instituciones²¹⁴.

Sobre lo acontecido el Tribunal concluyó que, las autoridades del INPE realizaron algunas diligencias para dar cumplimiento a la internación del favorecido Marroquín Soto, en el centro hospitalario, con la finalidad de cumplir el tratamiento médico ordenado por la Sala Penal. Sin embargo, también se presentó el inconveniente de la falta de recursos logísticos por parte del establecimiento de salud mental, pese a que la Defensoría del Pueblo ya había puesto de manifiesto este inconveniente al emitir el Informe Defensorial N° 102 en diciembre de 2005, en donde se puso de conocimiento la falta de camas en los hospitales que brindan servicios de salud mental.

Para el Tribunal, no se puede alegar deficiencias del propio Estado para evitar que se cumpla un mandato judicial, por lo que se deben adoptar medidas inmediatas, para así poder

²¹² EXP. N.º 2480-2008-AA/TC, fundamento 11.

²¹³ EXP. N.º 6057-2007-PA/TC, fundamento 6.

²¹⁴ Fundamento 19.

reducir este déficit de recursos logísticos, debiendo incrementarse el presupuesto al Ministerio de Salud y así mejorar las condiciones de vida de las personas que adolecen enfermedades mentales. Incluso, el Tribunal exige el replanteamiento de la actuación de los poderes públicos, a fin de que adopten medidas de carácter administrativo, legislativo y judicial que tengan como objetivo superar inmediata y eficazmente las situaciones de hecho que dan lugar al quebrantamiento de la Constitución²¹⁵.

El Tribunal emite una sentencia estructural, otorgando medidas específicas que involucren al Poder Ejecutivo y Legislativo, de tal manera que superen el perjuicio de los derechos fundamentales, con el fin de solucionar la situación del actor y de todos los demás reclusos que se encuentran recluidos en cárceles y no en centros hospitalarios. De esta manera, se puede observar que no solo se está beneficiando al imputado, sino a un grupo de población más amplio que se encuentra en las mismas circunstancias, sufriendo un agravio similar. En consecuencia, el Tribunal declara fundado la acción de habeas corpus, al existir la vulneración a los derechos fundamentales de salud mental e integridad física, habiéndose ordenado el traslado inmediato del señor Pedro Gonzalo Marroquín Soto al centro hospitalario, ordenando al Director del Hospital proceda a su admisión, superando con ello cualquier imposibilidad material y logística que se haya presentado.

En el segundo punto de la decisión, declara como un estado de cosas inconstitucional la falta de una política de tratamiento y rehabilitación de la salud mental de aquellas personas que se encuentran internadas y que padecen un desorden mental; ordenando al Ministerio de Economía y Finanzas adopte las medidas necesarias para el incremento de presupuesto (de manera gradual) para el Ministerio de Salud; ordena además la adopción de medidas correctivas para que los jueces del Poder Judicial emitan pronunciamientos oportunos con respecto a los informes médicos; exhorta al Congreso de la República para que apruebe una ley respecto a las medidas de seguridad de internación; y exhorta al Poder Ejecutivo tome las medidas necesarias para superar la transgresión de la Constitución debiendo fortalecer los Ministerios.

Como se observa, la presente sentencia ordena la debida coordinación y creación de políticas públicas, pues frente a estas circunstancias el Tribunal no podía pasar por alto el grave problema de salud pública mental que se venía presentando en el país, en donde tenían responsabilidad instituciones, hospitales, así como Ministerios. Por lo que, lo resuelto por el

²¹⁵ Fundamento 31.

Tribunal genera expectativa en la sociedad, frente a un desamparo de protección de los derechos de las personas.

La coordinación que el Tribunal insta hacia los diferentes órganos e instituciones públicas, suman esfuerzos dentro del ámbito de sus competencias de tal manera que, no solo emite la sentencia para salvaguarda el derecho del imputado en el presente caso, sino que, hace extensivo lo dispuesto frente a nuevos actores que pasan por estas mismas condiciones de vulnerabilidad, se aplique la presente medida y evite pasar por todo el proceso judicial, el cual generaría mayor sobrecarga general, para lo cual establece este fundamento como precedente vinculante, agilizando y acercando la administración de justicia a los ciudadanos²¹⁶.

Lo resuelto ordena adoptar, diseñar e implementar políticas públicas eficaces que superen estas situaciones inconstitucionales; sin embargo, no solo a nivel de instituciones sino también a nivel del Poder Judicial, en el entendido que los jueces deben leer los informes enviados por los centros hospitalarios, para que en caso los sentenciados tengan un progreso, cumplan con el tiempo estipulado en el centro de salud y eviten la sobrepoblación, debiendo las ramas de poder trabajar en coordinación.

El trabajo que hace el Tribunal deja claro la voluntad que tiene por querer superar la reiterada vulneración que día a día se aprecian de los derechos fundamentales, siendo un avance lo dispuesto en el presente caso, ya que es deber también de los jueces y magistrados cumplir con la protección efectiva de los derechos, comprometiendo utilizar la presente resolución como una sentencia estructural para así poder potenciar sus facultades protegiendo a los ciudadanos.

F. Expediente N° 01206-2017-PHC/TC – Lima – Benedicto Nemesio Jiménez Bacca

En el presente caso, el objetivo de la acción de habeas corpus era tutelar el derecho a la vida, libertad personal y salud de don Benedicto Jiménez Bacca, quien solicitaba ser trasladado a un centro médico especializado para el tratamiento de cardiología y así pueda recibir un tratamiento adecuado a su salud, debido a que además de sufrir de lesiones periódicas al corazón a causa de un dispositivo desfibrilador implantado, también era víctima de torturas físicas dentro del Establecimiento Penitenciario, por lo que interpone la demanda contra el jefe nacional del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio Público, el fiscal superior coordinador de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, y el juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, solicitando

²¹⁶ Fundamento 32.

el traslado a un centro de salud con la finalidad de que reciba un tratamiento adecuado a su estado.

Sin embargo, y pese a que la decisión del Tribunal fue declarar improcedente la acción de habeas corpus, debido a que cuando emitieron la sentencia la afectación del derecho a la vida había cesado, al haberse verificado que el recurrente ya no se encontraba recluido en algún establecimiento penitenciario. La presente resolución es importante para el desarrollo del contenido constitucional del derecho a la protección de la salud, ya que fue directamente exigible ante los tribunales.

Pues bien, debemos indicar que la presente acción de habeas corpus procede ante la amenaza o acto lesivo contra el derecho a la vida o el derecho a la salud, de tal manera que mediante esta acción se hace exigible la protección a este derecho, como medida frente a la vulneración del derecho a la salud, precisándose que procede ante actos u omisiones que comparten violación o amenaza del derecho a la vida, a la salud, y a la integridad física²¹⁷.

Así, el Tribunal hace un análisis acerca del derecho a la protección de la salud y define cuál es el contenido constitucional del mismo, precisando que aquellas personas que sufren de deficiencias físicas o mentales tienen derecho al respeto a su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad. El derecho a la salud entonces, se orienta a la conservación y al restablecimiento del funcionamiento armónico del ser humano guardando una especial conexión con la vida, la integridad y la dignidad de la persona humana. De tal manera que, si el derecho a la salud resulta amenazado, por consiguiente el derecho a la integridad personal y a la vida también se verán afectados²¹⁸.

El Tribunal resalta que, lo que implica el derecho a la salud es el deber de conservación y restablecimiento, el mismo que está a cargo del Estado debiendo adoptar políticas, planes y programas para la modernización y fortalecimiento de instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, de tal manera que las personas tengan derecho de acceder al servicio de salud, debiendo el Estado dirigir y supervisar la prestación de este servicio. El Estado peruano tiene como principal objetivo la defensa de la persona humana y su dignidad, por lo que la efectividad para la protección del derecho a la salud le permitirá conseguir la finalidad de un Estado social y democrático de derecho, y esto solo se podrá lograr si las personas tienen el derecho de poder acceder a un servicio de salud justo. En el caso concreto, debido al particular

²¹⁷ Fundamento 6.

²¹⁸ EXP. N.º 01362-2010-HC/TC, fundamento 4.

estado de salud del favorecido quien se encontraba en riesgo de vida, debía ser internado y trasladado a un centro hospitalario, con la finalidad de recibir una atención integral requerida por su enfermedad, ya que de no hacerlo supondría la vulneración de su derecho a la salud, así como su integridad personal.

Pues bien, lo que se plasma en la presente resolución es la valorización que tiene el Tribunal respecto a la protección del derecho a la salud, el mismo que frente a su perjuicio, puede afectar la vida y la integridad física; debiendo ser el Estado quien mediante políticas públicas de efectividad garantice este derecho, considerándose un derecho fundamental. En este sentido, y al ser un derecho que demande una mayor inversión, es transcendental para la vida de la persona humana.

Además de ello, refiere que la protección a la salud debe ser continua, eficiente y progresiva, aludiendo a la seguridad social, la misma que le asiste a la persona para que la sociedad provea instituciones y mecanismos a través de los cuales puede disponer de recursos de vida y soluciones para problemas preestablecidos, de modo tal que pueda tener una existencia en armonía con la dignidad, teniendo presente que la persona humana es el fin supremo de la Sociedad y el Estado²¹⁹.

Frente a ello, una de las situaciones actuales que se está viviendo en el país es la pandemia producida por el Covid 19, la misma que ha puesto en evidencia el deficiente sistema de salud con el que contamos los peruanos, lo que no significa que se haya manifestado de manera reciente frente a esta enfermedad; el sistema de salud siempre se ha caracterizado por carecer de instrumentales adecuados, cobertura frente a la ciudadanía, deficiente abastecimiento de medicamentos, situaciones que no generaron frente a las autoridades de gobierno la atención debida. Y que, debido a la pandemia que se vive hoy en día se ha tomado la medida de incrementar el presupuesto para el sector salud.

3.4.4 Síntesis del recuento jurisprudencial

Como se puede observar, el derecho a la salud goza de un grado de autonomía ius-fundamental que contiene exigencias propias²²⁰, es cierto que suele estar íntimamente relacionado con otros derechos o bienes jurídicos constitucionales, pero no puede negarse que su contenido es especial, único, exclusivo y por consiguiente exigible, encontrándose conectado con el derecho a la vida, sobre todo con la vida digna²²¹. De este modo, resguardar la salud

²¹⁹ EXP. N.º 01808-2008-PA/TC, fundamento 4.

²²⁰ EXP. N.º 5842-2006-PHC/TC, fundamento 48.

²²¹ EXP. N.º 2945-2003-AA/TC, fundamento 28.

como un mínimo vital, es necesario para el desempeño físico y social de la persona, y así, cuente con las condiciones aptas hacia el desarrollo de su vida, por consiguiente, la tutela de este derecho debe ser posible, efectiva y exigible²²².

Aunque se podría presumir que ante la falta de un reconocimiento expreso del derecho a la salud dentro del capítulo de los derechos fundamentales de la persona en la Constitución, habrían dificultades para ejercer una acción constitucional contra hechos que amenacen o violen los derechos constitucionales de las personas referidos a la salud, por acción u omisión de parte de una autoridad o funcionario público o persona privada²²³. Ello no es así, ya que tal y como lo hemos visto a lo largo del desarrollo de las sentencias del Tribunal, la exigibilidad de este derecho se solicita a través de demandas constitucionales; además, el derecho a la protección de la salud se encuentra reconocido en la Constitución peruana, “norma suprema del ordenamiento jurídico-estatal”²²⁴, siendo una norma vigente y exigible; por lo tanto, el Estado deberá cumplir con las disposiciones de la Constitución, haciendo efectiva la protección a la salud como un verdadero derecho de la persona constitucionalmente reconocido; de privarse este derecho, se produciría un daño ostensible en la persona, por lo que debe ser protegido y salvaguardado. En consecuencia, se deberá exigir la cobertura jurídica indispensable que lo garantice como derecho y asegure su prestación universal²²⁵.

Por esa razón, la exigibilidad, se constituiría en una categoría vinculada a la efectividad de este derecho, que cuenta con mecanismos jurisdiccionales para su protección²²⁶, por lo que se reclamará del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, a efectos de asegurar las condiciones mínimas para una vida acorde con el principio-derecho de dignidad humana²²⁷. Por ello, para hablar de la protección de la salud como un verdadero derecho de la persona es imprescindible que éste genere obligaciones ‘positivas’ y que exista también su correlato necesario: mecanismos de garantía que las hagan exigibles, pues no basta con la existencia del derecho a la protección de la salud como un postulado, se requiere que sea ejecutable por su titular, que existan mecanismos que hagan efectivo el derecho en el caso de incumplimiento

²²² EXP. N.º 05954-2007-PHC/TC, fundamento 10.

²²³ QUIJANO CABALLERO, Oscar, “La salud: Derecho Constitucional de carácter programático y operativo” en *Revista Derecho & Sociedad*, N.º 47, 2016, p. 312.

²²⁴ EXP. N.º 2209-2002-AA/TC, fundamento 7.

²²⁵ MARTÍNEZ DE PISÓN, José, “El Derecho a la Salud: Un Derecho Social Esencial”, en *Revista Derechos y Libertades*, Año n.º 14, 2006, p. 134 y 135.

²²⁶ EXP. N.º 2002-2006-PC/TC, fundamento 13.

²²⁷ EXP. N.º 1417-2005-AA/TC, fundamento 19.

por parte del obligado, además de contar con un medio de control judicial que permitan al ciudadano exigir frente al Estado el cumplimiento de ese derecho constitucional²²⁸.

Actualmente existen mecanismos judiciales que garantizan su protección y exigibilidad, apoyados en el reconocimiento expreso que realiza la Constitución, así como los tratados internacionales en pro de la garantía y disfrute de los derechos sociales. En el Perú para ampliar la protección al derecho fundamental a la salud, se han implementado acciones judiciales con el fin de procurar protección oportuna ante vulneraciones al derecho a la salud que causen peligro o daño, estas constituyen acciones de parte de las autoridades.

El TC reconoció la exigibilidad del derecho a la salud, amparando este derecho humano solicitado por los ciudadanos ante los jueces constitucionales, independientemente de la consagración textual del derecho a la salud dentro del capítulo correspondiente a los derechos sociales, pues, ha reconocido el derecho a la salud como un derecho fundamental; así, en nuestro sistema jurídico el Código Procesal Constitucional, norma adjetiva de carácter legal, reconoce su condición de derecho fundamental operativo, por ende exigible y tutelable, al incluirlo como uno de los derechos cuya defensa puede ejercitarse vía acción de amparo, tal como lo establece el artículo 37°: “El amparo procede en defensa de los siguientes derechos: (...) 24) A la salud”²²⁹.

Además del proceso constitucional de amparo, existen otros mecanismos legales disponibles en el país para que los ciudadanos puedan proteger su derecho a la salud cuando este sea vulnerado; la queja, es uno de los recursos que se interpone al verse vulnerado este derecho, puede ser interpuesto ante el director o jefe del establecimiento de salud, ello en caso un trabajador, empleado o autoridad del establecimiento lo haya vulnerado; ante la Defensoría de la Salud y Transparencia del MINSA; o ante la Defensoría del Pueblo. Otra forma también, es el proceso constitucional de Cumplimiento, este proceso tiene por finalidad obligar a cualquier autoridad o funcionario a cumplir una norma legal o un acto administrativo firme²³⁰.

3.5 Las obligaciones del Estado

Es pertinente indicar que los instrumentos jurídicos no resultan por sí suficientes para garantizar el derecho a la salud, la exigibilidad de este derecho va más allá de su ámbito judicial,

²²⁸ MELJEM MOCTEZUMA, José, “La exigibilidad del derecho constitucional a la protección a la salud: más allá del acceso a los servicios”, en *Revista CONAMED*, vol. 18, núm. 2, 2013, p. 51-52.

²²⁹ QUIJANO CABALLERO, Oscar, “La salud ...”, *op. cit.*, p. 314 y 315.

²³⁰ Guía Amigable para el uso de los mecanismos de exigibilidad del derecho a la salud, CIES Consorcio de investigación económica y social, ps. 5-23.

ya que adquiere una relevancia mayor en el campo político y social, el cual debe abarcar la participación directa de todas las personas, así como el Estado en cuanto a desarrollar políticas públicas adecuadas²³¹. Así tenemos que, el TC ha señalado en virtud de la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, las siguientes obligaciones para el Estado con respecto al aseguramiento del derecho a la salud²³²:

- a. Obligación de respeto, que implica que el Estado 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 derecho²³³.
- 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 personas²³⁴.
- c. Obligación de satisfacción, que requiere de todas las medidas tendentes 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 personas²³⁵.
- 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 mismos²³⁶.
- e. Obligación de promoción, que supone el compromiso activo del Estado para el disfrute del nivel más alto de salud por parte de la población²³⁷.

Estas obligaciones conllevan la exigencia de una adecuada asignación de medidas sanitarias y sociales relativas no solo al derecho a la salud, sino también a la alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica, correspondiente al nivel que lo permiten los recursos públicos²³⁸. Ello, conlleva a determinar que es necesario un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar del derecho a la salud y ejercitarlo de manera

²³¹ ORDOÑEZ, David, *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad. Derechos Sociales, medio ambiente y consumidores*, Granada, Editorial Comares, 2006, p. 66.

²³² EXP. N.º 5680-2008-PA/TC, fundamento 6.

²³³ Observación General N° 14, *op. cit.*, fundamento 34.

²³⁴ *Idem*, p. 35.

²³⁵ *Idem*, p. 36.

²³⁶ *Idem*, p. 37.

²³⁷ *Idem*, p. 38.

²³⁸ EXP. N.º 5842-2006-PHC/TC, fundamento 45.

plena²³⁹. Como ya se puso de manifiesto antes, el artículo 9° de la Constitución establece que el Estado es quien determina la política nacional de salud, para que las personas puedan gozar de seguridad social y así poder mejorar y elevar su calidad de vida; en este sentido, la Constitución le impone al Poder Ejecutivo la obligación de diseñar, planificar y ejecutar las políticas públicas del Estado en materia de salud, para garantizar la protección, acceso y disfrute de este derecho. Por consiguiente, la responsabilidad del Poder Ejecutivo debe entenderse en el marco del Estado peruano conforme al artículo 43 CP, es decir definido como Estado social y democrático, cuyo gobierno se ejerce de manera descentralizada y se organiza según el principio de separación de poderes.

Existen tres niveles de gobierno que ejercen con autonomía el poder estatal, a través del ejercicio de competencias y funciones, que para el caso de los gobiernos regionales están definidas en el artículo 192 CP, y en el caso de las municipalidades en el artículo 95 CP, dichos gobiernos descentralizados se les ha reconocido autonomía administrativa, económica y, sobre todo, autonomía política. Lo dispuesto por la Constitución se relaciona con el elemento aceptabilidad del derecho a la salud, y exige que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura y comunidades, y así mejorar el estado de salud de las personas de que se trate²⁴⁰.

De acuerdo con lo señalado anteriormente, el Gobierno Nacional al desarrollar la política pública nacional de salud, debe coordinar activamente con las regiones y municipios que componen el territorio nacional, teniendo en cuenta, que estos gobiernos descentralizados tienen competencias y funciones en materia de salud, señaladas expresamente en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales Ley N° 27867, artículo 49²⁴¹ y la Ley Orgánica de

²³⁹ QUIJANO-CABALLERO O, MUNARES-GARCÍA O, “Protección de derechos en salud en el Perú: experiencias desde el rol fiscalizador de la Superintendencia Nacional de Salud”, en *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Publica*, 2016, vol. 33, p. 530.

²⁴⁰ ALVITES, Elena, “Contenido del derecho a la salud como base para la política nacional de salud”, en *Gaceta Jurídica La Constitución comentada*, Tomo I, segunda edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2013, p. 578 y 582.

²⁴¹ Ley N° 27867. Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Diario Oficial El Peruano, 18 de noviembre de 2002, Artículo 49° “Funciones en materia de salud: a) Formular, aprobar, ejecutar, evaluar, dirigir, controlar y administrar las políticas de salud de la región en concordancia con las políticas nacionales y los planes sectoriales, b) Formular y ejecutar, concertadamente, el Plan de Desarrollo Regional de Salud. c) Coordinar las acciones de salud integral en el ámbito regional. d) Participar en el Sistema Nacional Coordinado y Descentralizado de Salud de conformidad con la legislación vigente. e) Promover y ejecutar en forma prioritaria las actividades de promoción y prevención de la salud. f) Organizar los niveles de atención y administración de las entidades de salud del Estado que brindan servicios en la región, en coordinación con los Gobiernos Locales. g) Organizar, implementar y mantener los servicios de salud para la prevención, protección, recuperación y rehabilitación en materia de salud, en coordinación con los Gobiernos Locales. h) Supervisar y fiscalizar los servicios de salud públicos y privados. i) Conducir y ejecutar coordinadamente con los órganos competentes la prevención y control de riesgos y daños de emergencias y desastres. j) Supervisar y controlar la producción, comercialización, distribución y consumo de productos farmacéuticos y afines. k) Promover y preservar la salud ambiental de la región. l) Planificar, financiar y ejecutar los proyectos de infraestructura sanitaria y equipamiento, promoviendo el desarrollo tecnológico en

Municipalidades Ley N° 27972, artículo 80²⁴². Por lo tanto, al desarrollar las estrategias, planes y programas a nivel nacional estas deben adaptarse y complementarse con las acciones a desarrollarse a nivel regional y municipal, generando un plan armónico, coherente y adecuado a las necesidades locales de los ciudadanos, acorde con los principios de solidaridad y cooperación que deben existir en un Estado unitario y descentralizado como es el Perú, tal como lo ha señalado el TC²⁴³.

Pues bien, el desarrollo de la protección del derecho a la salud a través de acciones de gobierno, estará sujeto a la disponibilidad presupuestal del Estado, debiendo comprobarse a través de acciones concretas y así originar la ejecución de políticas sociales²⁴⁴. Como se ha señalado anteriormente, la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución

salud en el ámbito regional. m) Poner a disposición de la población, información útil sobre la gestión del sector, así como de la oferta de infraestructura y servicios de salud. n) Promover la formación, capacitación y el desarrollo de los recursos humanos y articular los servicios de salud en la docencia e investigación y proyección a la comunidad. o) Evaluar periódicamente y de manera sistemática los logros alcanzados por la región en materia sanitaria. p) Ejecutar, en coordinación con los Gobiernos Locales de la región, acciones efectivas que contribuyan a elevar los niveles nutricionales de la población de la región”.

²⁴² Ley N° 27972. Ley Orgánica de Municipalidades. Diario Oficial El Peruano, 06 de mayo de 2003, Artículo 80° “Las municipalidades, en materia de saneamiento, salubridad y salud, ejercen las siguientes funciones: 1. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales: 1.1. Regular y controlar el proceso de disposición final de desechos sólidos, líquidos y vertimientos industriales en el ámbito provincial. 1.2. Regular y controlar la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente. 2. Funciones específicas compartidas de las municipalidades provinciales: 2.1. Administrar y reglamentar directamente o por concesión el servicio de agua potable, alcantarillado y desagüe, limpieza pública y tratamiento de residuos sólidos, cuando por economías de escala resulte eficiente centralizar provincialmente el servicio. 2.2. Los procesos de concesión son ejecutados por las municipalidades provinciales del cercado y son coordinados con los órganos nacionales de promoción de la inversión, que ejercen labores de asesoramiento. 2.3. Proveer los servicios de saneamiento rural cuando éstos no puedan ser atendidos por las municipalidades distritales o las de los centros poblados rurales, y coordinar con ellas para la realización de campañas de control de epidemias y sanidad animal. 2.4. Difundir programas de saneamiento ambiental en coordinación con las municipalidades distritales y los organismos regionales y nacionales pertinentes. 2.5. Gestionar la atención primaria de la salud, así como construir y equipar postas médicas, botiquines y puestos de salud en los centros poblados que los necesiten, en coordinación con las municipalidades distritales, centros poblados y los organismos regionales y nacionales pertinentes. 2.6. Realizar campañas de medicina preventiva, primeros auxilios, educación sanitaria y profilaxis local. 3. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales: 3.1. Proveer del servicio de limpieza pública determinando las áreas de acumulación de desechos, rellenos sanitarios y el aprovechamiento industrial de desperdicios. 3.2. Regular y controlar el aseo, higiene y salubridad en los establecimientos comerciales, industriales, viviendas, escuelas, piscinas, playas y otros lugares públicos locales. 3.3. Instalar y mantener servicios higiénicos y baños de uso público. 3.4. Fiscalizar y realizar labores de control respecto de la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente. 3.5. Expedir carnés de sanidad. 4. Funciones específicas compartidas de las municipalidades distritales: 4.1 Administrar y reglamentar, directamente o por concesión el servicio de agua potable, alcantarillado y desagüe, limpieza pública y tratamiento de residuos sólidos, cuando esté en capacidad de hacerlo. 4.2. Proveer los servicios de saneamiento rural y coordinar con las municipalidades de centros poblados para la realización de campañas de control de epidemias y control de sanidad animal. 4.3. Difundir programas de saneamiento ambiental en coordinación con las municipalidades provinciales y los organismos regionales y nacionales pertinentes. 4.4. Gestionar la atención primaria de salud, así como construir y equipar postas médicas, botiquines y puestos de salud en los centros poblados que los necesiten, en coordinación con las municipalidades provinciales, los centros poblados y los organismos regionales y nacionales pertinentes. 4.5. Realizar campañas locales sobre medicina preventiva, primeros auxilios, educación sanitaria y profilaxis”.

²⁴³ EXP. N.º 0012-2003-AI/TC, fundamento 3.

²⁴⁴ EXP. N.º 2945-2003-AA/TC, fundamentos 18 y 33.

establece que las disposiciones que exijan nuevos o mayores gastos públicos se deberán aplicar progresivamente en proporción a los recursos económicos con los que cuente el Estado. Este actuar de manera progresiva, significa una cobertura de los planes de aseguramiento de manera gradual y continua²⁴⁵, pero sin descuidar el cumplimiento del deber de asegurar efectivamente el “contenido mínimo” del derecho a la salud, como lo es garantizar el acceso a los servicios de salud, acceso a una alimentación mínima, facilitar medicamentos esenciales, velar por una distribución equitativa de las instalaciones de los centros de salud; obligaciones que además, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Lo cierto es que el Estado a través del MINSA tiene como responsabilidad establecer de manera descentralizada y participativa las normas y políticas relacionadas con la promoción, implementación y el fortalecimiento del aseguramiento universal en salud. De esta manera, por medio de instituciones públicas, privadas o mixtas se administran los fondos de las personas, para destinarlas al financiamiento de prestaciones de salud, ofreciendo coberturas de salud a sus afiliados²⁴⁶.

Dentro de las administradoras de fondos de aseguramiento en salud se encuentra el Sistema Integral de Salud – SIS, el Seguro Social de Salud – EsSalud, las compañías de seguro privado de salud entre otros. El Seguro Social de Salud (ESSALUD) es un organismo público descentralizado, se encarga de administrar el régimen contributivo de la Seguridad Social en Salud brindando cobertura a los asegurados²⁴⁷. Otro seguro es el Integral de Salud (SIS) creado por la Ley N° 27657²⁴⁸, el cual es un organismo público ejecutor, constituye una de las propuestas más importantes para avanzar hacia el aseguramiento universal, y su campo de aplicación subjetiva está constituido por las personas que se encuentran en situación de pobreza o pobreza extrema.

En el Perú, sin embargo, no toda la población accede servicios médicos, solo poco más de la mitad tiene algún tipo de seguro, menos del 30% de la población tienen seguros con cobertura completa y sólo el 3% tiene un seguro que le permite acceder a una atención privada²⁴⁹. En el 2017 la cobertura de seguro de salud se ha incrementado en forma

²⁴⁵ Ley N° 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud. Diario Oficial El Peruano, 09 de abril de 2010, Artículo 5.

²⁴⁶ Decreto Supremo N° 008-2010-SA, Reglamento de la Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, Diario Oficial El Peruano, 03 de abril de 2010, Artículos 10.

²⁴⁷ Ley N° 27056, Ley de Creación del Seguro Social de Salud, Diario Oficial El Peruano, 30 de enero de 1999, Artículo 1.

²⁴⁸ Ley N° 27657, Ley del Ministerio de Salud, Diario Oficial El Peruano, 29 de enero de 2002, Artículo 3.

²⁴⁹ RIOS BARRIENTOS, Mario, “INFORME DE LA SITUACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN EL PERÚ”, en *Derecho a la Salud situación en países de América Latina*, 2004, p. 213.

significativa, el Censo 2017 revela que 22 millones 173 mil 663 personas están aseguradas a algún seguro de salud; en tanto que, 7 millones 208 mil 221 aún no tienen seguro de salud; en términos porcentuales, representan 75,5% y 24,5%, respectivamente, siendo que entre 2007 y 2017, aumentaron 10 millones 574 mil 965 personas con seguro de salud; es decir, 33,2 puntos porcentuales (de 42,3% a 75,5%)²⁵⁰.

En virtud de los planes de desarrollo del Estado en el año 2002 se implementó el Seguro Integral de Salud (SIS), con el fin de eliminar las barreras que impiden el acceso a la salud de los sectores más vulnerables, ya que son personas en extrema pobreza; sin embargo, la falta de medios económicos con los que puedan contar las personas para salvaguardar su salud, no es impedimento para que el Estado se excuse de garantizar la protección de este derecho, más aún si tiene el deber de respetar, proteger y realizar derechos y libertades fundamentales. En este sentido, debería establecerse un principio de proporcionalidad entre la riqueza y circunstancias sociales de un país y la asignación de recursos públicos al ámbito de la sanidad, dentro de este principio de proporcionalidad el Estado debe tratar de promover una cobertura pública universal total, donde sea garantizado siempre un mínimo de cobertura básica esencial. Ese mínimo constituiría un contenido irrenunciable y exigible del derecho humano a la salud, y debería garantizarse siempre, sean cuales fueran las circunstancias concretas de un país²⁵¹.

Por esa razón, el derecho social a la salud debe ser un derecho progresivo en el que el Estado busque garantizar el acceso a un adecuado bienestar de salud, ello puede depender del gobierno de turno; sin embargo, se debe buscar siempre realizar las acciones necesarias para salvaguardar el contenido mínimo del derecho a la salud para la persona, y así pueda exigir la esencial prestación de salud que corresponda; en este sentido, el Estado tendría una obligación jurídica de realización progresiva, mientras que para la persona sería un derecho de aplicación inmediata, en tanto otorga la facultad de exigir su cumplimiento en las instancias, tiempos, modos y cantidades necesarias, de acuerdo con la ley y la Constitución²⁵².

Por su parte el TC peruano, ha sostenido que los derechos económicos, sociales y culturales, si bien dependen de las políticas públicas, estos derechos han dejado de ser programáticos, para pasar a ser derechos progresivos, lo que amerita, una mayor intervención

²⁵⁰ Población afiliada a algún seguro de salud, Sobre la base de los resultados de los Censos Nacionales 2017: XII de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades indígenas, Instituto Nacional de Estadística e Informática, Lima, 2018, p. 9.

²⁵¹ TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro, “Las dificultades que el actual paradigma subjetivista de la salud comporta en su configuración como derecho humano universal”, en *Revista Boliviana de Derecho*, n° 21, 2015, p. 33.

²⁵² BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo, *Derechos fundamentales y proceso justo*, ARA Editores, Lima, 2001, p. 99.

del Estado, en la promoción y protección de estos derechos; asimismo, con respecto a la dependencia de la ejecución presupuestal en las políticas sociales, el Tribunal señaló que estas deben dejar de ser vistas como meros gastos, para ser consideradas como una inversión social en aras del cumplimiento de un fin comunitario²⁵³.

Por ello, el Estado debe ir definiendo más claramente su posicionamiento en torno a este derecho, si queremos un país viable, se debe lograr actuar desde la clase política con responsabilidad al cumplimiento de este derecho, para que así independientemente de los resultados del proceso político venidero o la tendencia política que asuma las funciones de gobierno, el derecho a la salud sea siempre una prioridad del gobierno, ya que solo cuando todos los ciudadanos gocen de garantías mínimas de bienestar, podrán realizar de manera satisfactoria sus planes de vida y, en consecuencia, brindar un mejor aporte a la sociedad, logrando un mayor desarrollo para el país.



²⁵³ EXP. N.º 2945-2003 –AA/TC, fundamento 44.



Conclusiones

Primera. La Persona es fin supremo de la sociedad y del Estado y como tal está ordenado promover su máxima realización, la cual conseguirá a través del goce efectivo de los bienes humanos esenciales que le son debidos, es decir, a través de la plena vigencia de sus derechos humanos. El Estado existe como medio al servicio de la plena realización de la Persona, y es el que debe promover la plena vigencia de los derechos humanos.

Segunda. El Estado debe contar con recursos necesarios para promover y obtener las condiciones necesarias para la vida de la persona, ya que de no contar con los mismos podría poner en riesgo la vigencia de los derechos fundamentales.

Tercera. La libertad que tiene la persona para alcanzar su máxima perfección no es ilimitada, debe hacerlo de acuerdo a un alcance razonable, sin afectar o perjudicar el derecho de otra persona.

Cuarta. Los derechos sociales son verdaderos derechos humanos. Representan bienes humanos esenciales destinados a satisfacer necesidades humanas esenciales, y que deben ser conseguidos por todas las personas. Los derechos sociales representan una garantía indispensable para el goce de los demás derechos, siendo necesario para la realización de los mismos, recursos y condiciones materiales que hagan posible su aplicación.

Quinta. El Estado debe establecer partidas presupuestarias suficientes destinadas a promover las circunstancias que hagan posible el goce efectivo de los derechos sociales, lo cual implica la aprobación de políticas gubernativas para ayudar a las Personas a superar las dificultades que una realidad económica o social le puedan generar para el pleno ejercicio de sus derechos humanos.

Sexta. Los derechos sociales no son meras aspiraciones sociales que pueden cumplirse o no; sino que son realidades jurídicas que generan verdaderas obligaciones a los poderes públicos, y cuyo incumplimiento se puede judicializar. El hecho que los derechos sociales necesitan de recursos públicos para cumplir con las diversas prestaciones que ellos exigen, eso no significa que no vinculan al Estado, sino que su cumplimiento debe ser progresivo, es decir, estará en relación a las condiciones reales del Estado para cumplir con ellos. El Estado debe proyectar la ejecución de un presupuesto no como un gasto, sino como una inversión social a futuro.

Séptima. Debido a su inescindible conexión con la vida, el derecho humano a la salud es un bien primordial para el ejercicio de los demás derechos, configurándolo como un derecho

fundamental indiscutible, pese a no encontrarse directamente reconocido en el capítulo de derechos fundamentales de la Constitución.

Octava. El derecho a la salud consiste en encontrar y mantener un equilibrio tanto físico como mental de las personas, equilibrio que le permita ejercer sus demás derechos humanos como un modo de encontrar grados de realización personal y social.

Novena. Para que el derecho a la salud sea exigible ante los Tribunales se debe especificar el contenido del derecho constitucional en el caso concreto, dicho contenido se orienta al restablecimiento y la conservación del funcionamiento armónico de la salud del ser humano. La afectación de un tal contenido justifica la activación de mecanismos jurisdiccionales, particularmente el proceso constitucional de amparo, a fin de conseguir el cese inmediato de la agresión y el goce efectivo del bien humano debido salud.

Décima. El Tribunal Constitucional determina que existe un reconocimiento y protección de los derechos sociales, en especial del derecho a la salud, emitiendo sentencias que, además de alcanzar el interés personal de las partes involucradas en el caso, logra desplegar sus efectos en situaciones similares de terceras personas que pasan por lo mismo.

Décima Primera. Se debe exhortar a los poderes públicos a que consideren como inversión prioritaria el presupuesto destinado para la ejecución de planes de salud, para que así se logre una modernización y fortalecimiento de las instituciones públicas encargadas de la prestación del servicio de salud, teniendo la visión de salvaguardar todos los sectores del país, incluyendo los más vulnerables y de extrema pobreza. Y si el Estado no cuenta con los debidos medios económicos, es necesario que, a través de políticas públicas se destinen presupuestos para la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación de este servicio.

Décima Segunda. Es fundamental promover una cobertura pública, universal y total en todos los sectores, la cual garantice un mínimo de cobertura básica esencial para todos, ese mínimo constituirá un contenido irrenunciable y exigible del derecho humano a la salud, debiendo ser garantizado siempre.

Décima Tercera. Es definitiva la necesidad de avanzar cada día más para garantizar y proteger el derecho a la salud en el sistema peruano. Las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, son un gran paso que contribuyen con la promoción y efectividad del derecho a la salud, constituyéndose en un mecanismo idóneo e innovador para su protección.

Glosario

Constitución Peruana	CP
Tribunal Constitucional	TC
Expediente	EXP
Declaración Universal de Derechos Humanos	DUDH
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	PIDESC
Organización Mundial de la Salud	OMS
Ministerio de Salud	MINSA





Lista de referencias

- ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian, *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, 2º edición, Ed. Trotta, Madrid 2002.
- AGUIRRE-PABÓN, Javier Orlando, “Dignidad, Derechos Humanos y la Filosofía práctica de Kant”, en el *Seminario de la Filosofía Practica de Kant en la State University of New York – Stony Brook*, Colombia, n° 123, 2011.
- ALEGRE, Silvina, HERNANDEZ, Ximena y ROGER, Camille, *Justiciabilidad y exigibilidad política de los derechos sociales, económicos y culturales*, Fundación Arcor, Argentina, 2014.
- ALEXY, Robert, *Derechos Sociales y Ponderación*, 2º edición, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- ALVITES, Elena, “Contenido del derecho a la salud como base para la política nacional de salud”, en *Gaceta Jurídica La Constitución comentada*, Tomo I, segunda edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2013.
- AÑÓN ROIG, María José, “El fundamento de los derechos sociales (II) La igualdad”, en *Lecciones de derechos sociales*, Valencia: Tirant to Blanch, 2002.
- BASTIDA, Francisco José, “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales?”, en AUTORES VARIOS, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, 2007.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco J, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.
- BIDART CAMPOS, German J., *Teoría General de los Derechos Humanos*, Primera Edición, México, 1989.
- BILCHITZ, David, *Pobreza y Derechos Fundamentales La justificación y efectivizarían de los derechos socioeconómicos*, Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2017.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *La Cláusula de estado social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*, 1º edición, Fondo editorial de la pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011.
- BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo, *Derechos fundamentales y proceso justo*, ARA Editores, Lima, 2001.

- BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo, “La dignidad del ser humano – Apuntes para una sociedad bien ordenada”, en *Revista Iuris Lex Societas*, n° 2, Perú-Trujillo, 2007.
- CAMPOS BERNAL, Heber Joel, ¿Existen diferencias en la exigibilidad de los derechos civiles y los derechos sociales? Una mirada crítica sobre la distinción entre derechos civiles y derechos sociales a la luz del proceso de constitucionalización del derecho, en *Cuaderno de Trabajo del CICAJ N° 4*, Lima, Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho – PUCP, 2013.
- CAMPOS, Sara, *Manual de Seguridad Social*, Lima, Gaceta Jurídica, 2010.
- CARPIZO, Jorge, “Los Derechos Humanos: Naturaleza, Denominación y Características”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n° 25, 2011.
- CASTILLO CORDOVA, Luis, “Autonomía de la voluntad y derechos fundamentales”, en *Actualidad Jurídica* (155), 2006.
- CASTILLO CORDOVA, Luis. “El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 2010.
- CASTILLO CORDOVA, Luis, “La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho”, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, n° 16, 2012.
- CASTILLO CORDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Palestra Editores, Lima, 2007.
- CHAVEZ-FERNANDEZ POSTIGO, José, *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*, Palestra Editores, Lima, 2012.
- CIANCIARDO, Juan, *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.
- CORCUERA, Ricardo, *Derecho a la Salud: Ejercicio, Exigencia y Cumplimiento*, Primera edición, Ediciones Nova Print S.A.C, Lima, 2006.
- COURTIS, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios” en COURTIS, Christian, *Ni un paso atrás. La prohibición de*

- regresividad en materia de derechos sociales*, 1º edición, Editores del Puerto, Argentina, 2006.
- DALLA VIA, Alberto Ricardo, “Derechos políticos, normativa electoral y equidad en los procesos electorales”, en *Cuadernos de Capel* 57, 2012.
- DE CURREA-LUGO, Víctor, *La Salud como derecho humano*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005.
- DE DOMINGO, Tomás, “Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad”, en *Persona y Derecho*, n° 56, 2007.
- DIEZ PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 2da edición, Thomson-Civitas, Navarra, 2008.
- ELY YAMIN, Alicia, *Los derechos económicos sociales y culturales en América Latina*, Plaza y Valdés, México, 2006.
- ERICHSON, Hans-Uwe, “La vinculación a los derechos fundamentales para el estado que actúa según las normas del derecho privado”, en *Revista Universidad Católica del Perú*, Bobo Ebber, Munster (coord.), 2002.
- FERNANDEZ GARCIA, Eusebio, *Dignidad Humana y Ciudadanía Cosmopolita*, Dykinson, Madrid, 2001.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “¿Qué es ser “persona” para el derecho?”, en *Portal de Opinión Legal Pontificia Universidad Católica del Perú*, Año n° 53, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Segunda Edición, Editorial Trotta S.A, Madrid, 2001.
- FERRERES COMELLA, Víctor, “La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares”, en Autores Varios, *Los Derechos Fundamentales*, 1º edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.
- FRAGUAS MADURGA, Lourdes, “El concepto de derechos fundamentales y las generaciones de derechos”, en *Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud*, Año n° 25, 2015.
- GARCIA GONZALES, Aristeo, “La dignidad humana, núcleo duro de los derechos humanos fundamentales”, en *Derecho Civil y Social - Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo*, México, Año XII, 2015.

- GARCIA VELUTINI, Oscar, *Sobre derechos personales y la dignidad humana*, Sucre, Caracas, 1988.
- GARRIDO, María, *Derechos Fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Editorial Dilex, 2007.
- GONZALES PEREZ, Luis Raúl, “Dignidad humana a 200 años del inicio de la independencia y 100 años de la revolución mexicana”, en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 2010.
- HABERLE, Peter, *La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional*, Primera Edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001.
- LANDA ARROYO, Cesar, Artículo “Dignidad de la persona humana”, en *Revista de la Universidad Católica del Perú IUS ET VERITAS*, v. 10, n° 21, 2000.
- LANDA ARROYO, Cesar, *Constitución y fuentes del derecho. Derechos/jurisdicción/democracia*, Palestra editores, Lima, 2006.
- LANDA ARROYO, César, *Los derechos fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Primera edición, Palestra editores, Lima, 2010.
- LEÓN FLORIÓ, Felipe Johan, “El Derecho a la salud”, en *Los derechos fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*, Gaceta Jurídico, Lima, 2005.
- LEON FLORIAN, Felipe Johan, “¿Son justiciables los derechos sociales? La posición del Tribunal Constitucional peruano”, en SOSA, Juan (coordinador), en *Igualdad, Derechos Sociales y Control de Políticas Públicas en la Jurisprudencia Constitucional*, 1° edición, Palestra editores, Lima, 2017.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, *La lucha por el Estado de Derecho*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1975.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, José, “El Derecho a la Salud: Un Derecho Social Esencial”, en *Revista Derechos y Libertades*, Año n° 14, 2006.
- MARTÍNEZ PART, Salvador, “Derecho a la Salud: Competencia Pública/Privada”, en *El futuro de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

- MELJEM MOCTEZUMA, José, “La exigibilidad del derecho constitucional a la protección a la salud: más allá del acceso a los servicios”, en *Revista CONAMED*, vol. 18, núm. 2, 2013.
- MORALES, Leticia, *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- MORELLO, Augusto M., MORELLO, Guillermo C., *Los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud. Una lectura interdisciplinaria*, Librería Editora Platense S.R.L, La Plata, Argentina, 2002.
- NIKKEN, Pedro, “Seminario sobre Derechos Humanos”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, La Habana, 1996.
- NOGUEIRA ALCALA, Humberto, “Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina”, en *Revista de Derecho de Universidad Católica del Uruguay*, Año nº 5, 2010.
- NOGUEIRA ALCALA, Humberto, “Teoría y dogmática de los derechos fundamentales”, en *Instituto de Investigaciones Jurídicas Serie Doctrina Jurídica*, Núm. 156, 2003.
- OEHLING DE LOS REYES, Alberto, “El concepto constitucional de dignidad de la persona: Forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 91, 2011.
- OLLERO TASSARA, Andrés, “El derecho a lo torcido”, en *Revista de derecho de Universidad Rey Juan Carlos I.*, Volumen 7, 2006.
- ORDOÑEZ, David, *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad. Derechos Sociales, medio ambiente y consumidores*, Granada, Editorial Comares, 2006.
- ORDOÑEZ SOLIS, David, *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad. Derechos: Sociales. Medio ambiente y consumidores*, Volumen 1º, Edición 1º, Comares, España, 2006.
- PALACIOS, Leopoldo-Eulogio, “La persona humana”, en *Revista de formación cívica y de acción cultural, según el derecho natural y cristiano*, 2011.
- PAZO PINEDA, Oscar Andrés, *Los derechos fundamentales y el Tribunal Constitucional*, 1º edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2014.

- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, 2º edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2003.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Reflexiones de los derechos sociales” en Autores Varios, en *Derechos Sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *En defensa de la Constitución*, Colección Jurídica de la Universidad de Piura, Piura, 1997.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, 1º edición, Madrid. 2007.
- PISARELLO, Gerardo, “Los derechos sociales y sus enemigos: enemigos para una reconstrucción garantista”, en Vanesa Valiño (coordinadora), *Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis*, 4º Edición, Editorial Observatorio DESC, Barcelona, 2009.
- PORRAS RAMIREZ, José María, “Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado constitucional” en *Derechos Constitucional y Cultura. Estudios en homenaje a Peter Haberle*, Francisco Balaguer Callejón, (Coord.), Madrid, Tecnos, 2004.
- QUIJANO CABALLERO, Oscar, “La salud: Derecho Constitucional de carácter programático y operativo” en *Revista Derecho & Sociedad*, N° 47, 2016.
- QUIJANO CABALLERO O., MUNARES-GARCÍA O., “Protección de derechos en salud en el Perú: experiencias desde el rol fiscalizador de la Superintendencia Nacional de Salud”, en *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 2016.
- RIOS BARRIENTOS, Mario, “INFORME DE LA SITUACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN EL PERÚ”, en *Derecho a la Salud situación en países de América Latina*, 2004.
- RODRIGUEZ MORENO, Alonso, “Origen, evolución y positivización de los derechos humanos”, en *Colección de Textos sobre Derechos Humanos*, México, 2015.
- RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PRAELI, Francisco, BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2011.

SACO CHUNG, Víctor, “El Derecho a la Salud en el Derecho Internacional: Un Mínimo Común Denominador Universal y las Obligaciones que de este Emanan”, en *Revista Derecho & Sociedad*, n° 35, 2007.

SANABRIA MONTAÑEZ, Cesar, “El rol del Estado y la salud en el Perú”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas*, Año V, N° 15.

SAURE ESTAPÁ, Jaume, “La exigibilidad jurídica de los Derechos Humanos: Especial referencia a los Derechos Económicos, Sociales Y Culturales”, en *Huri-Age Consolider Ingenio 2010*, 2011.

TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro, “Las dificultades que el actual paradigma subjetivista de la salud comporta en su configuración como derecho humano universal”, en *Revista Boliviana de Derecho*, n° 21, 2015.

VALLEFÍN Carlos A., *Protección Cautelar Frente Al Estado*; Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, Argentina 2002.

ZEGARRA MULANOVICH, Álvaro, *Descubrir el derecho. Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática*, Palestra editores, Lima, 2009.

ZOVATTO, Daniel, “Democracia y Gobernabilidad en América Latina en el siglo XXI temprano”, en *Serie Cuadernos de Divulgación de la Justicia electoral*, n° 5000, México, 2011.

Enlaces web

Artículo “*La Salud en la Constitución Política del Perú. Revisión de 12 Constituciones Peruanas*” de Magna Suárez Jara, en INSteractúa Blog de Salud, Ciencia y Tecnología, gestionado por la Oficina General de Información y Sistemas (OEIDOC-OGIS) del Instituto Nacional de Salud. Disponible en web: <http://insteractua.ins.gob.pe/2019/02/la-salud-en-la-constitucion-politica.html?m=1>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Disponible en Web: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia - UNICEF. Disponible en Web: <https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/ConvencionsobrelosDerechosdelNino.pdf>

Protocolo de San Salvador. Disponible en Web: http://derechoshumanos.pe/wp-content/woo_uploads/congreso/PROTOCOLO_SAN_SALVADOR.pdf

Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho a la salud. Disponible en web: <https://www.escr-net.org/es/derechos/salud>

Observación General N° 14 emitida el 11 de agosto de 2000, por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Disponible en web: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>

Portal del Estado Peruano, Ministerio de Salud, disponible en web: www.minsa.gob.pe/transparencia/index.asp?op=103

Normas

Ley N° 26842, Ley General de Salud, Diario Oficial El Peruano, 25 de abril de 1986.

Ley N° 27056, Ley de Creación del Seguro Social de Salud, Diario Oficial El Peruano, 30 de enero de 1999.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), 16 de noviembre de 1999.

Ley N° 27657, Ley del Ministerio de Salud, Diario Oficial El Peruano, 29 de enero de 2002.

Ley N° 27867. Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Diario Oficial El Peruano, 18 de noviembre de 2002.

Ley N° 27972. Ley Orgánica de Municipalidades, Diario Oficial El Peruano, 06 de mayo de 2003.

Ley N° 28243, Ley que amplía y modifica la Ley N° 26626 sobre el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las Infecciones de Transmisión Sexual, Diario Oficial El Peruano, 01 de junio de 2004.

Resolución Legislativa N° 28280 Congreso de la República aprobó el convenio marco de la OMS para el control de tabaco, 17 de julio de 2004.

Ley N° 28705. Ley General para la Prevención y Control de los riesgos del consumo del Tabaco. Diario Oficial El Peruano, 06 de abril de 2006.

Decreto Supremo N° 008-2010-SA, Reglamento de la Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, Diario Oficial El Peruano, 03 de abril de 2010.

Ley N° 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud. Diario Oficial El Peruano, 09 de abril de 2010.

Resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-7/86, Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Solicitada por el Gobierno de Costa Rica, Opinión Separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, 29 de agosto de 1986.

Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988.

Corte IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 23 de junio de 2005.

Corte IDH, Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos (Excepción Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 6 de agosto de 2008.

Sentencias del Tribunal Constitucional

EXP. N.° 2016-2004-AA/TC

EXP. N.° 2945-2003-AA/TC

EXP. N.° 04903-2005-HC/TC

EXP. N.° 10087-2005-PA/TC

EXP. N.° 02273-2005-PHC/TC

EXP. N.° 0010-2002-AI/TC

EXP. N.° 0024-2010-PI/TC

EXP. N.° 01535-2006- PA/TC

EXP. N.° 2868-2004-AA/TC

EXP. N.° 0858-2003-AA/TC

EXP. N.° 23-2005-PI/TC

EXP. N.° 318-1996-HC/TC

EXP. N.° 4637–2006–PA/TC

EXP. N.º 5854-2005-PA/TC

EXP. N.º 1417-2005-AA/TC

EXP. N.º 0008-2003-AI/TC

EXP. N.º 945-2003-AA/TC

EXP. N.º 02002-2006-AC/TC

EXP. N.º 2946-2003-AA/TC

EXP. N.º 1797-2002-HD/TC

EXP. N.º 2495-2003-AA/TC

EXP. N.º 4357-2009-AA/TC

EXP. N.º 02700-2006-HC/TC

EXP. N.º 1848-2011-PA/TC

EXP. N.º 6612-2005-PA/TC

EXP. N.º 0537-2006-AA/TC

EXP. N.º 01317-2008-HC/TC

EXP. N.º 4223-2006-PA/TC

EXP. N.º 02034-2009-PA/TC

EXP. N.º 05408-2007-PHC/TC

EXP. N.º 1429-2002-HC/TC

EXP. N.º 10063-2006-PA/TC

EXP. N.º 05680-2008-PA/TC

EXP. N.º 3599-2007-PA/TC

EXP. N.º 1956-2004-AA/TC

EXP. N.º 2480-2008-PA/TC

EXP. N.º 1808-2008-PA/TC

EXP. N.º 06534-2006-PA/TC

EXP. N.º 03426-2008-PHC/TC



EXP. N.° 2064-2004-AA/TC

EXP. N.° 925-2009-PHC/TC

EXP. N.° 5842-2006-PHC/TC

EXP. N.° 05954-2007-PHC/TC

EXP. N.° 01391-2007-PA/TC

EXP. N.° 1711-2005 PHT/TC

EXP. N.° 1569-2011-PA/TC

EXP. N.° 2002-2006-PC/TC

EXP.N.° 6057-2007-PA/TC

EXP. N.° 01362-2010-HC/TC

EXP. N.°2209-2002-AA/TC

EXP. N.° 0012-2003-AI/TC

EXP. N.° 0032-2010 PI/TC

EXP. N.° 09602-2005-PA/TC

EXP. N.° 1206-2017-PHC/TC

