



**UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



TESIS

**“LA VULNERACION DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA SALUD
COMO CONSECUENCIA DE LA DEFICIENTE LABOR DE REGLAMENTACION EN
EL PERU, ENTRE LOS AÑOS 2010 A 2017”**

PRESENTADO POR:

GILBERT ADRIAN VIGIL DAVILA

PARA OPTAR

EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

ASESOR:

CESAR VARGAS RODRIGUEZ

LAMBAYEQUE, 2019

Tesis denominada “LA VULNERACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA SALUD COMO CONSECUENCIA DE LA DEFICIENTE LABOR DE REGLAMENTACIÓN EN EL PERÚ, ENTRE LOS AÑOS 2010 A 2017”, presentada para optar el TITULO DE ABOGADO, por :

.....
BACHILLER
GILBERT ADRIÁN VIGIL DÁVILA

.....
ASESOR
CESAR VARGAS RODRÍGUEZ

APROBADO POR:

.....
PRESIDENTE
OSCAR VÍLCHEZ VÉLEZ

.....
SECRETARIO
FREDDY HERNANDEZ RENGIFO

.....
VOCAL
HUMBERTO FALLA LAMADRID

DEDICATORIA

A mis padres, por su amor, apoyo, paciencia y sacrificio en todos estos años que ha durado mi etapa universitaria.

A todas aquellas personas que, de una u otra forma, han permitido que el presente trabajo de investigación se inicie y culmine.

AGRADECIMIENTO

Doy gracias a mi asesor, Cesar Vargas Rodríguez, por los conocimientos brindados y por su guía para el desarrollo de este trabajo.

Agradezco también a mis profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, cuyas enseñanzas me han servido no solo para el desarrollo de la presente investigación, sino también para el futuro desempeño y ejercicio de la carrera profesional de Derecho.

Finalmente, agradezco a mi familia por el constante respaldo que me han brindado a lo largo de todos estos años.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	12
1. Realidad Problemática.....	13
1.1. Planteamiento del problema.....	13
1.2. Formulación del problema.....	15
1.3. Justificación e importancia del estudio.....	15
1.4. Objetivos.....	17
1.5. Hipótesis.....	17
1.6. Variables.....	18
1.7. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	18
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	20
Parte I: Los derechos constitucionales sociales y el derecho constitucional a la salud.....	21
1. Los derechos constitucionales.....	21
2. Clasificación de los derechos constitucionales en la Constitución Política del Perú.....	30
3. Los derechos sociales en la Constitución Política del Perú.....	36
4. El contenido esencial y la doble dimensión de los derechos constitucionales sociales.....	71
5. El derecho a la salud.....	81
Parte II: Los reglamentos ejecutivos.....	112
1. Definición de reglamentos.....	112
2. Clases de reglamentos.....	117
3. Los reglamentos ejecutivos o <i>secundum legem</i>	118
4. Finalidad e importancia de los reglamentos ejecutivos.....	121
5. ¿Quiénes pueden expedir reglamentos ejecutivos en el Perú? La potestad reglamentaria de las leyes en la Constitución Política del Perú.....	123
6. Límites que tiene el Poder Ejecutivo al reglamentar las leyes.....	126
7. ¿Cómo viene desempeñando el Poder Ejecutivo la labor de reglamentación de las leyes?.....	130
Parte III: Acciones constitucionales contra la deficiente labor de reglamentación en el Perú.....	143

1. Aspectos procesales de la acción de cumplimiento, según el Código Procesal Constitucional.....	146
2. Requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional para la procedencia del proceso de cumplimiento.....	149
CAPÍTULO III: ANÁLISIS Y RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	151
1. Análisis de la muestra.....	160
CAPÍTULO IV: CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	186
Parte I: Validación de variables y contrastación de la hipótesis.....	187
1. Variable Independiente: Deficiente reglamentación de las leyes en el Perú.....	187
2. Variable Dependiente: Vulneración del derecho constitucional a la salud.....	187
3. Contrastación de la hipótesis y estrategia sugerida.....	191
Parte II: Conclusiones.....	193
Parte III: Recomendaciones.....	196
BIBLIOGRAFÍA.....	199

RESUMEN

¿Una ley que no puede ejecutarse o aplicarse sirve de algo? Pues no. Una ley, por muy bien hecha que esté, si no puede ejecutarse o aplicarse y si, por lo tanto, no puede llevar a la realidad lo que aparece en ella escrito no sirve de nada. Es, básicamente, letra muerta. He ahí la importancia de los denominados reglamentos ejecutivos, los cuales justamente sirven para hacer operativa la ley, de tal forma que lo que ella establece se pueda aplicar y hacer efectivo en la realidad.

Para el desarrollo del presente trabajo de investigación, el autor analizará aquellas leyes publicadas entre los años 2010 a 2017, que requieran ser reglamentadas y que tengan que ver con el derecho constitucional a la salud. Lo que se busca con esto es, por una parte, analizar cómo el Poder Ejecutivo en el Perú viene desempeñando la labor de reglamentación de tales leyes y, por otra parte, analizar si en caso de venirse desempeñando deficientemente esa labor, ello supondría una vulneración al derecho constitucional a la salud.

ABSTRACT

Can a law that can not be enforced or applied serve any purpose? Well, no. A law, however well done, if it can not be executed or applied and if, therefore, it can not bring to reality what appears in it is useless. It's basically a dead letter. That is the importance of the so-called executive regulations, which just serve to make the law operational, so that what it establishes can be applied and made effective in reality.

For the development of this research work, the author will analyze those laws published between 2010 and 2017 that require regulation and that have to do with the constitutional right to health. What is sought with this is, on the one hand, to analyze how the Executive Power in Peru has been carrying out the work of regulating such laws and, on the other hand, to analyze if in case of being carried out poorly that work, it would imply a violation to the constitutional right to health.

INTRODUCCIÓN

Las leyes que no se pueden aplicar no le sirven de nada a la sociedad. ¿De qué vale que una ley establezca derechos o mejores condiciones de vida a una persona si eso no se puede llevar a la realidad? Sería lo mismo que nada. Es por eso que con el presente trabajo de investigación se busca estudiar aquella fuente normativa que hace que algunas leyes, sumamente importantes, puedan ejecutarse y aplicarse. Éstos son los llamados reglamentos ejecutivos o reglamentos *secundum legem*.

Ahora bien, no todas las leyes requieren ser reglamentadas, solo algunas. Sin embargo, eso no quiere decir que sean poquísimas las leyes que deben reglamentarse, sino que éstas constituyen una porción considerable de las leyes que anualmente se publican. Si se habla de leyes que han sido publicadas a lo largo de los años y que requieren reglamento la cantidad es inmensa. Por tal motivo, se ha elegido, como primer filtro, restringir el análisis a las leyes que requieran ser reglamentadas y que hayan sido publicadas entre los años 2010 a 2017. Ello, empero, aún deja un número considerable de leyes. Por esa razón, y como segundo filtro, se ha elegido restringir aún más las leyes a analizar, de tal forma que éstas serán las que requieran ser reglamentadas, que hayan sido publicadas entre los años 2010 a 2017 y que, además, tengan que ver con el derecho constitucional a la salud.

En el primero de los cuatro capítulos que componen este trabajo se tratará lo que tiene que ver con los aspectos metodológicos de la investigación. Se explicará, entre otras cosas, cuál es la realidad problemática que ha motivado la realización de la investigación y cuál es la importancia

de que se lleve a cabo ésta. Asimismo, se indica cuál es el objetivo general y cuáles son los objetivos específicos del presente trabajo, así como la hipótesis planteada y las variables objeto de estudio.

En el segundo capítulo se entra ya al marco teórico, en el cual se ha sistematizado, de acuerdo a lo que se busca en la investigación, la información encontrada en las distintas fuentes bibliográficas que se han consultado. Así, se habla por ejemplo de los derechos constitucionales, de los derechos sociales y, sobre todo, del derecho constitucional a la salud, incidiendo en diversos aspectos de este derecho como su reconocimiento a nivel nacional e internacional, qué se entiende por salud, su vinculación con los demás derechos, obligaciones que tienen los Estados respecto de este derecho, su contenido, dimensiones, entre otras cosas. También se habla del otro tema importante que son los reglamentos ejecutivos. Para ello, se empieza hablando de los reglamentos y de sus clases, para luego ya adentrarse en lo que tiene que ver específicamente con los reglamentos ejecutivos. Se tratará cuestiones como cuál es la importancia y finalidad de este tipo de reglamentos, quién tiene la potestad, en el Perú, de reglamentar las leyes y, como para ir tomando contacto con el problema objeto de investigación, se explicará cuál es la situación que viene atravesando la reglamentación de las leyes en el Perú, sustentándose ello en un análisis general de las leyes publicadas en el año 2013 que hayan requerido ser reglamentadas y en información brindada por medios de comunicación. Finalmente, se desarrollará todo lo referente a la acción de cumplimiento, acción constitucional que se presenta como la más idónea para tratar de combatir y revertir, en caso de presentarse esto en el Perú, la deficiente reglamentación de las leyes.

En los dos últimos capítulos se realizará el análisis de la muestra, consistente en un 20% de las leyes referidas al derecho a la salud que hayan requerido reglamentación y que hayan sido emitidas entre los años 2010 a 2017, y, en base a los resultados obtenidos, se determinará la hipótesis planteada se cumple o no. Para terminar, se enumerarán las conclusiones a las cuales se ha arribado y las recomendaciones que se plantean para cambiar la realidad problemática planteada en el presente trabajo.

CAPÍTULO I:

ASPECTOS

METODOLÓGICOS

CAPITULO I: ASPECTOS METODOLOGICOS

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.

1.1. Planteamiento del problema

Se entiende a la separación de poderes como la división de funciones del gobierno, confiándose la titularidad de cada una de esas funciones a un órgano u organismo público distinto y separado con un origen de legitimación distinto a los otros.

La división de poderes suele ser en tres ramas: una Legislatura (poder legislativo), un Ejecutivo (poder ejecutivo) y una autoridad judicial (poder judicial).

El Poder Legislativo es una asamblea deliberativa que tiene la función principal de hacer leyes, además de ejercer otras funciones. En el Perú el Poder Legislativo reside en el Congreso de la República, el cual consta de cámara única compuesta por 130 congresistas.

El Congreso de la República, en ejercicio de su función legisladora, emite anualmente cientos de leyes destinadas a regular, organizar u ordenar aspectos esenciales de todo estado, como son la educación, la salud, el transporte, el deporte, el trabajo, entre otros. Todos estos aspectos, regulados por las leyes, se encuentran íntimamente relacionados con los derechos constitucionales.

De todas las leyes dadas por el Congreso, existe un grupo considerable de ellas que requieren ser reglamentadas. La misma ley será la que, en sus Disposiciones Complementarias Finales, establezca si requiere ser reglamentada. De ser así indicará el plazo para ello.

Conforme lo ha dicho el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 047-2004-AI/TC, *“El Presidente de la Republica es el órgano constitucional encargado de producir los reglamentos, (...). Sin embargo, para ejercer esta atribución requiere de la intervención de sus ministros, toda vez que, conforme al artículo 120 de la Constitución, son nulos los actos del Presidente de la Republica que carecen de*

refrendación ministerial. Por tanto la competencia para producir los reglamentos de las leyes, (...) corresponde al Poder Ejecutivo, que en nuestro ordenamiento jurídico lo conforman el Presidente de la Republica y el Consejo de Ministros”.

Como vemos, la obligación de reglamentar las leyes dictadas por el Poder Legislativo (Congreso de la Republica) le corresponde al Poder Ejecutivo, esto es, al Presidente de la Republica y al Consejo de Ministros, el cual, de acuerdo con el Art. 119 de la Constitución, se encarga de la dirección y gestión de los servicios públicos, debiendo cada ministro encargarse de los asuntos que le competente a la cartera a su cargo, lo que se puede traducir, respecto a los reglamentos, que cada Ministerio se encargará de los reglamentos relacionados con los asuntos competentes a la cartera a su cargo.

La situación de la reglamentación de las leyes en el Perú es preocupante: cuando es necesario reglamentar una ley casi nunca se cumple con ello dentro del plazo establecido. En el mejor de los casos pueden pasar días, semanas o meses, después de vencido el plazo establecido, para que recién se cumpla con reglamentar la ley. En otros casos, la situación empeora, puesto que pueden llegar a pasar años, después de vencido el plazo establecido, para que recién se cumpla con la reglamentación. El caso más extremo se presenta con leyes que a pesar de haber sido promulgadas hace años aún no son reglamentadas.

Cuando una ley, dictada por el Congreso de la Republica, requiere reglamentación, estamos ante los llamados reglamentos ejecutivos, los cuales tienen como finalidad establecer los detalles necesarios para la aplicación de dicha ley, desarrollando contenidos específicos que la ley los trae muy amplios y generales. Sin esos reglamentos pueden existir problemas al aplicar e interpretar lo que la ley quiere decir, tornándola, muchas veces, en inaplicable.

Entonces, en caso de existir una deficiente labor de reglamentación de las leyes en el Perú, haciendo que estas sean inaplicables o que no sean aplicadas correctamente, se podría estar afectando a aquellos derechos constitucionales que

buscan protegerse, cuidarse o garantizarse mediante dichas leyes, como serían el derecho a la vida, a la integridad, a la libertad de religión, al honor, al trabajo, a la salud, a la tranquilidad, etc.

En el presente trabajo nos centraremos específicamente en las leyes referidas al derecho constitucional a la salud, y analizaremos si es que una posible deficiencia en la labor de reglamentación vulneraría este derecho.

1.2. Formulación del problema.

¿LA DEFICIENTE LABOR DE REGLAMENTACION EN EL PERÚ VULNERA EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA SALUD, ENTRE LOS AÑOS 2010 A 2017?

1.3. Justificación e importancia del estudio.

1.3.1. Justificación del estudio.

La presente investigación se realiza porque la deficiencia en la reglamentación de las leyes, y la consecuente inaplicación o aplicación incorrecta de tales leyes, es un problema que generalmente pasa desapercibido, a pesar de la gravedad de sus consecuencias.

El reglamento tiene como fin esclarecer aspectos esenciales de una ley, desarrollando aquellos aspectos que la ley los presenta de forma vaga, imprecisa o muy general.

De una revisión superficial de algunas de las leyes que requieren reglamento se puede advertir que casi nunca se cumple con reglamentarla dentro del plazo establecido, debiéndose esperar días, semanas, meses e incluso años para que se cumpla con aprobar el reglamento. En el peor de los casos, existen leyes que, a la fecha del presente trabajo, aún no han sido reglamentadas Y a nadie parece interesarle esta lamentable situación.

Por esa razón con el presente trabajo se busca determinar y analizar las consecuencias que una deficiencia en la labor de reglamentación de las

leyes en el Perú podría llegar a tener en el ejercicio y protección de los derechos constitucionales. Y si bien es cierto este trabajo se centra únicamente en el derecho constitucional a la salud, esta investigación puede aplicarse, con ciertas particularidades y limitaciones, claro está, a cada uno de los derechos constitucionales.

1.3.2. Importancia del estudio.

El tema a investigar es de suma importancia, puesto que tiene que ver con un derecho tan relevante para la sociedad como lo es el derecho constitucional a la salud, derecho que como consecuencia de la deficiente labor de reglamentación de las leyes se podría ver vulnerado o afectado.

Además de ello, al estudiarse cómo la deficiente labor reglamentación de las leyes en el Perú afectaría gravemente al derecho a la salud, se estaría también estudiando, de forma indirecta, cómo es que dicha deficiente reglamentación afecta otros derechos constitucionales como el derecho a la vida o a la integridad física. Y es que como el Tribunal Constitucional lo ha dicho en la STC 2945-2003-AA/TC: *“El derecho a la salud, al comprometer otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, adquiere el carácter de derecho fundamental”*.

La importancia de la presente investigación puede ser resumida de la siguiente forma:

- A nivel político: La importancia de la investigación radica en que a través de esta también se determinaría si es que las autoridades políticas, específicamente el Presidente y el Consejo de Ministros vienen realizando o no de forma adecuada y oportuna la función atribuida por la Carta Magna, consistente en reglamentar las leyes, poniéndose especial atención en las leyes referidas al derecho a la salud.

- A nivel social: La importancia de la investigación radica en que se busca dilucidar si es que una deficiente labor de reglamentación de las leyes referidas a la salud, puede llegar a afectar, vulnerar o poner en peligro el ejercicio de un derecho tan esencial como es el de la salud, el cual es condición necesaria e imprescindible en toda sociedad para que sus miembros puedan tener una vida digna.
- A nivel jurídico: La importancia de la investigación radica en que en caso de advertirse que la deficiente labor de reglamentación de las leyes afecta el derecho constitucional a la salud, se determinaría qué acciones nos brinda el ordenamiento constitucional y procesal constitucional para poder enfrentar y darle solución a este problema.

1.4. Objetivos.

1.4.1. Objetivo General

- Determinar si la deficiente labor de reglamentación en el Perú vulnera el derecho constitucional a la salud, entre los años 2010 a 2017.

1.4.2. Objetivos Específicos

- Conocer la definición de derechos constitucionales sociales y qué se entiende por derecho constitucional a la salud.
- Conocer la definición de reglamentos ejecutivos y cómo es que se da la labor de reglamentación de las leyes en el Perú.
- Determinar qué acciones constitucionales podrían plantearse en caso de existir una deficiente labor reglamentación de las leyes en el Perú.

1.5. Hipótesis.

LA DEFICIENTE LABOR DE REGLAMENTACION EN EL PERÚ VULNERA EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA SALUD, ENTRE LOS AÑOS 2010 A 2017.

1.6. Variables.

1.6.1. Variable independiente.

La deficiente labor de reglamentación en el Perú.

1.6.2. Variable dependiente.

La vulneración del derecho constitucional a la salud.

1.7. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos.

1.7.1. Métodos.

1.7.1.1. Métodos generales.

- El Método Inductivo para, en base a los datos que se obtengan del análisis de una serie de casos particulares (reglamentación de las leyes que componen la muestra), determinar si en el Perú existe una deficiente labor de reglamentación de las leyes y de ser así si eso vulneraría el derecho constitucional a la salud.
- El Método Dialéctico para estudiar la relación que existe entre la deficiente labor de reglamentación de las leyes en el Perú y la vulneración del derecho constitucional a la salud.
- El Método Histórico para estudiar los antecedentes y condiciones en que aparecen los derechos sociales y el derecho a la salud.

1.7.1.2. Métodos específicos.

- El Método Estadístico para organizar y analizar los datos obtenidos del análisis de las leyes que componen la muestra, datos que luego de ello serán interpretados.

1.7.2. Técnicas.

- Documentales, puesto que se ha recurrido a diversas fuentes escritas (doctrina y jurisprudencia) para obtener la información necesaria para la construcción del marco teórico de la investigación. Asimismo, la muestra objeto de análisis la componen documentos, específicamente las leyes referidas al derecho a la salud, publicadas entre el 2010 y 2017, y que hayan requerido reglamentación.

1.7.3. Instrumentos.

- Los datos que se obtengan del análisis de la muestra que compone la investigación se organizarán y procesarán mediante el programa Excel. Este programa permitirá, además, realizar gráficos estadísticos de esos datos. Todo esto será útil para realizar la interpretación de datos correspondiente, a fin de verificar si la hipótesis planteada se cumple o no.

CAPÍTULO II:

MARCO TEÓRICO

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

Parte I: Los derechos constitucionales sociales y el derecho constitucional a la salud

1. Los derechos constitucionales

Para que se pueda desarrollar el tema objeto de tesis, resulta necesario referirse, primero, a lo que se considera como derecho constitucional, para luego, a partir de eso, poder entender adecuadamente de qué se habla cuando se hace referencia al derecho constitucional a la salud.

Por tal motivo, se tocará, en primer lugar, qué entienden los autores por derecho constitucional. A partir de ello, el investigador intentará esbozar una definición de lo que es un derecho constitucional.

Luego de eso, y con la finalidad de evitar confusiones respecto del término derecho constitucional, también se tocará lo referente a los términos derechos humanos y derechos fundamentales, centrándose en su definición y en las diferencias que presentarían respecto del término derechos constitucionales.

Finalmente, se analizará si en el ordenamiento jurídico peruano los términos derechos constitucionales, derechos humanos y derechos fundamentales son equivalentes o no, es decir, si pueden ser usados indistintamente o no.

1.1. Definición de derechos constitucionales

A primera vista, no parecería muy complicado, para alguien que sabe algo de Derecho, deducir que los derechos constitucionales son aquellos derechos previstos o contenidos en una Constitución.

El que, además, conoce algo de Derecho Constitucional, sabe que actualmente se habla de un Estado Constitucional de Derecho, en donde la Constitución es la norma suprema y fundamental y en el que las leyes, así como cualquier actuación de los poderes del Estado, están supeditadas a esa norma suprema, no pudiendo contravenirla o contradecirla. En tal sentido, no sería difícil para esa persona deducir que los derechos constitucionales, aparte de estar previstos

en la Constitución, gozan de una protección especial por estar contenidos en la norma suprema y fundamental de un ordenamiento jurídico, no pudiendo las leyes o cualquier acto de los poderes del Estado desconocer dichos derechos.

Las definiciones antes indicadas no son muy distintas a las dadas por los distintos autores.

Por ejemplo, Castillo (2007) dice que “con la expresión *derechos constitucionales* se puede hacer referencia a ese conjunto de facultades o atribuciones de la persona que son recogidas y garantizadas en la norma constitucional” (p.80).

También está esa otra definición que manifiesta que el concepto de derechos constitucionales “se reserva generalmente a los derechos de la persona, que se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico de un Estado en la carta fundamental” (Nogueira, 2003, p.58).

La semejanza que puede existir entre las definiciones antes citadas y la definición que podría, se presume, dar alguien que sabe algo de Derecho Constitucional, sirve para demostrar lo simple y claro, a la vez, que resulta el término derecho constitucional.

En base a lo ya expresado, se puede plantear como definición de derecho constitucional la siguiente: los derechos constitucionales son aquellas atribuciones o facultades contenidas en la norma suprema y fundamental de todo ordenamiento jurídico, como lo es la Constitución, lo cual les otorga una protección especial.

1.2. Derechos humanos

1.2.1. Definición

Éste es, quizás, el término más conocido y usado, tanto por las personas involucradas en el mundo del Derecho, ya sean abogados, jueces o estudiosos, como por los ciudadanos de a pie.

Haciendo el mismo experimento que se hizo al hablar de derechos constitucionales, e imaginando lo que cualquier ciudadano común y corriente diría si se le pregunta por el significado del término derechos humanos, lo más probable es que ese ciudadano diga, por sentido común, que los derechos humanos son los derechos que tienen o de los que son titulares

los seres humanos. Así de simple...o eso es lo que parece. Y es que si bien es cierto pareciera que estamos ante un término fácilmente definible, a nivel doctrinario no lo es.

Así, a nivel doctrinario el término derechos humanos es visto desde dos planos totalmente distintos. Los autores concuerdan en que dicho término puede ser usado, por un lado, desde un punto de vista material, filosófico, axiológico o moral, y, por otro lado, desde un punto de vista normativo o del derecho internacional.

Respecto del primer plano, se dice que los derechos humanos “desde un punto de vista material, aluden a exigencias morales que, como tales, son anteriores e independientes al ordenamiento jurídico. En la Filosofía del Derecho también se les denomina *derechos naturales* o, incluso, *derechos morales*” (Sosa, 2013, p.138).

De esto se deriva una importante consecuencia, tal y como explica Castillo (2007):

De esta manera, y siempre dentro de este primer plano, la expresión *derechos humanos* se reserva para aludir a una realidad pre-jurídica: un conjunto de valores morales. Los derechos humanos no serían en estricto derechos subjetivos, pues como tales y por sí mismos no generan ninguna vinculación jurídica y, por tanto, no podrían ser exigidos aun ante ningún Tribunal. (...)

Para entender mejor esto que se ha dicho, por ejemplo, piénsese en la posibilidad de que el derecho a la libertad de expresión no es recogido –ni expresa ni tácitamente- por la norma constitucional ni ninguna otra norma interna peruana. Del mismo modo, imagínese por un momento que el Estado peruano no tiene firmado ningún tratado o convenio internacional sobre derechos humanos. La libertad de expresión no podrá ser invocada en los tribunales peruanos. Podrá existir –y de hecho existe- el criterio moral que exige el reconocimiento positivo a toda persona una esfera de libre expresión; es decir, existe el derecho humano a la libertad de expresión. Pero no sería en estricto un derecho subjetivo, en la medida que los ciudadanos peruanos no podrán invocarlo ni reclamar su defensa efectiva ante los tribunales. (p.75)

Entonces, en un plano, material filosófico o moral, los derechos humanos son valores morales que no alcanzan a considerarse como derechos subjetivos por no estar previstos por un ordenamiento jurídico, lo cual hace que su protección o amparo no pueda ser pretendido o reclamado ante los tribunales.

Respecto del segundo plano, Nogueira (2003) considera que “el concepto de derechos humanos, en el contexto contemporáneo, se reserva generalmente para denominar a los derechos de la persona, reconocidos y garantizados por el derecho internacional, sea este consuetudinario o convencional” (p.58).

Así, los derechos humanos son aquellos que han sido reconocidos en el ámbito universal. Esto significa que ya no se habla solamente de valores morales, sino que ahora ya se habla de valores morales con reconocimiento jurídico (Sosa, 2013, p.138).

En conclusión, cuando se habla de derechos humanos, desde un punto de vista normativo, se está hablando de aquellos valores morales a los que se hacía referencia cuando se explicó el primer ámbito o plano, pero ahora ya reconocidos por el derecho internacional, lo cual los hace exigibles ante las instancias supranacionales.

1.2.2. Diferencia entre los términos derechos constitucionales y derechos humanos

Conforme a las definiciones del término derechos humanos, se pueden distinguir las siguientes diferencias:

- Si se considera a los derechos humanos desde un punto de vista material, filosófico o moral, la diferencia con los derechos constitucionales sería que mientras que los primeros son simples valores morales que no se encuentran reconocidos en un ordenamiento jurídico, los segundos serían, no simples valores morales, sino verdaderos derechos subjetivos que se encuentran reconocidos en la norma suprema y fundamental de un ordenamiento jurídico como lo es la Constitución.
- Si se consideran a los derechos humanos desde un punto de vista normativo, la diferencia con los derechos constitucionales sería que mientras que los primeros son derechos

subjetivos reconocidos en el ámbito internacional, los segundos son derechos subjetivos reconocidos por la norma suprema y fundamental de un ordenamiento jurídico como lo es la Constitución. Esto quiere decir que si bien en ambos casos se habla de un reconocimiento jurídico, en el primero el reconocimiento viene de parte de normas de derecho internacional, en contraste con el segundo en donde el reconocimiento viene de la norma suprema y fundamental (Constitución) del derecho interno de un determinado ordenamiento jurídico.

1.3. Derechos fundamentales

1.3.1. Definición

Tal y como se ha hecho en los acápites precedentes, si a una persona común y corriente se le pregunta qué entiende por derechos fundamentales, lo más probable es que, guiados por la pista que les otorga la palabra fundamentales, esas personas digan que los derechos fundamentales son los derechos más valiosos y esenciales que existen; que los derechos fundamentales son aquellos derechos que tienen mayor importancia o relevancia respecto de otros derechos que no la tienen o que no son fundamentales; o que, como fundamentales, son fundamento o base de algo superior o supremo.

Para el Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 0050-2004-AI/TC, “diferenciándose de los derechos humanos y constitucionales, los fundamentales se presentan como bienes susceptibles de protección que permiten a la persona la posibilidad de desarrollar sus potencialidades en la sociedad, contando con un contenido vinculante (...)”.

Messner (citado por Castillo, 2007, p.73) dice que “la expresión *derechos fundamentales*, estaría reservada para aludir a los derechos del hombre que han sido recogidos en el ordenamiento jurídico interno, generalmente en la primera de sus normas – la Constitución- y que gozan de una tutela jurídica reforzada”.

Ambas definiciones parten de dos enfoques distintos: mientras que en la primera se define a los derechos fundamentales en base a la importancia que tienen para el desarrollo de la persona

humana, en la segunda se define a los derechos fundamentales en base a su reconocimiento por un ordenamiento jurídico y a su protección especial.

Uniendo ambos enfoques se puede plantear una definición propia de derechos fundamentales: los derechos fundamentales son aquellos que, dada su esencialidad e imprescindibilidad para el desarrollo de la persona humana, son reconocidos por un determinado ordenamiento jurídico, gozando de una tutela particular.

1.3.2. Diferencias entre los términos derechos constitucionales y derechos fundamentales

Conforme a la definición dada de derechos fundamentales, se podría pensar que ambos términos, derechos fundamentales y derechos constitucionales, no presentan ninguna diferencia, dado que en ambos casos se está hablando de derechos reconocidos por un ordenamiento jurídico, especialmente por la Constitución, siendo merecedores, por tanto, de una protección especial.

No obstante, dicha coincidencia no siempre es plena, puesto que existen casos en los que todos los derechos reconocidos por una Constitución son constitucionales, pero no necesariamente todos ellos son fundamentales. Para entender mejor esto, es oportuno citar lo que dice Castillo (2007):

(...). Sin embargo, y bueno es decirlo, existen casos en los que esta coincidencia no es plena. Ello ocurre cuando por una decisión del poder constituyente no todos los derechos constitucionales son derechos fundamentales. Es decir, cuando al interior de una Constitución se reconocen a la persona una serie de derechos y sólo algunos de ellos son calificados de “fundamentales” de manera que se crea una suerte de división de los derechos: los constitucionales fundamentales y los constitucionales no fundamentales o constitucionales a secas.

En estos casos, como por ejemplo el caso español (...), todos los derechos fundamentales son derechos constitucionales, pero no todos los derechos constitucionales son derechos fundamentales. Complementariamente, en estos supuestos la Constitución prevé mecanismos de protección distintos según se trate de un derecho fundamental o

simplemente de un derecho constitucional. Depende, eso sí, de una decisión del Constituyente colocar a los derechos en uno u otro grupo. (pp.80-81)

Entonces, si bien es cierto se podría pensar, a primera vista, que ambos términos guardan plena coincidencia entre sí, esto no siempre es así, puesto que dicha coincidencia o correspondencia dependerá del ordenamiento jurídico del cual se hable. Así, habrá ordenamientos jurídicos en los cuales la coincidencia es plena y otros en los que no.

1.4. Uso de los términos derechos constitucionales, derechos humanos y derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico peruano

Habiéndose estudiado de forma general la definición de derechos constitucionales, derechos humanos y derechos fundamentales, así como la diferencia que presentan los últimos dos términos respecto del primero, toca centrarse en cuál es la situación de estos tres términos en el ordenamiento jurídico peruano, esto es, si en el Perú las definiciones y diferencias antes explicadas se mantienen, o si, por el contrario, tales términos tienen un significado equivalente.

En principio, es necesario puntualizar que los tres términos aparecen en la Constitución Política del Perú: El término derechos constitucionales aparece en los arts. 23, 137, 162 y 200; el término derechos humanos aparece en los arts. 14, 44, 56 y en la 4ta Disposición Final y Transitoria; y el término derechos fundamentales aparece como denominación del Capítulo I del Título I de la Constitución Política, y en los arts. 32, 74, 137, 139, 149 y 162.

Con esa precisión hecha, el investigador determinará si, de acuerdo a las definiciones dadas y a lo que establece la propia Constitución Política peruana, existen diferencias o no.

En primer lugar, la Constitución no hace distinción alguna entre derechos constitucionales, derechos humanos y derechos fundamentales, y, más bien, tales términos, conforme ya se dijo, aparecen en distintos artículos, sin que se advierta del propio texto de esos artículos que el uso de uno u otro termino responde a un motivo o justificación en especial.

En el caso de los derechos constitucionales, siendo estos los derechos que se encuentran establecidos en la norma suprema y fundamental del Estado, como lo es la Constitución, se puede

colegir que todos los derechos que están establecidos en la Constitución Política del Perú son constitucionales.

En el caso de los derechos humanos se ha definido a estos, desde un punto de vista normativo, como aquellos valores morales reconocidos por el derecho internacional, lo cual los hace exigibles ante instancias supranacionales. Según esta definición, los derechos humanos y los derechos constitucionales no son lo mismo. Pero, ¿tal diferencia se mantiene en el ordenamiento jurídico peruano? La misma Constitución da la respuesta: El Art. 55 establece que “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional; mientras que la 4ta Disposición Final y Transitoria de la Constitución prescribe que “las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. De esto se puede deducir que los derechos humanos reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, en aplicación de los artículos previamente citados, forman también parte del derecho nacional y son reconocidos por la propia Constitución Política del Perú. En conclusión, en el ordenamiento peruano, los derechos humanos también son derechos constitucionales.

En cuanto a los derechos fundamentales, se ha definido a estos como aquellos que son completamente esenciales e imprescindibles para el desarrollo de la persona humana, siendo reconocidos por un determinado ordenamiento jurídico, el cual les otorga una tutela especial. Como ya se afirmó líneas arriba, a primera vista pareciera que ambos términos son idénticos, pero no siempre es así, dependiendo ello del ordenamiento jurídico del que se esté hablando, ya que hay ordenamientos jurídicos, como el español, en el cual se puede distinguir entre derechos constitucionales fundamentales y derechos constitucionales no fundamentales, recibiendo los primeros una tutela especial. ¿Esto es aplicable al ordenamiento jurídico? La respuesta también la da la misma Constitución:

- El Capítulo I del Título I de la Constitución Política del Perú, denominado “Derechos Fundamentales de la Persona”, establece en el Art. 2 la lista de derechos fundamentales de

la persona, y en el Art. 3 una cláusula abierta de reconocimiento de derechos fundamentales, cláusula según la cual no son sólo fundamentales los derechos contenidos en el Art. 2, sino también todos aquellos que la Constitución garantiza, se fundan en la dignidad del hombre o en los principios de soberanías del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno. Se reconoce, entonces, que todos los derechos que son garantizados por la Constitución (derechos constitucionales) son fundamentales.

- Por otro lado, el Art. 137, que regula los estados de excepción (“El Presidente de la Republica, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan: 1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad de domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie. (...).”), usa al termino derechos constitucionales para referirse a los derechos establecidos en el Art. 2 de la Constitución.
- Asimismo, está el Art. 200 de la Constitución, el que, al referirse a las garantías constitucionales, dice: “Son garantías constitucionales: 1. La Acción de Habeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos. 2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. (...).” Como se puede ver, este artículo, cuando habla de los mecanismos constitucionales de protección de los derechos contenidos en el Art. 2 y 3 de la Constitución, no se refiere a ellos como derechos fundamentales, sino como derechos constitucionales, en el caso de

la acción de habeas corpus, o como derechos reconocidos por la Constitución (lo que básicamente equivale a decir derechos constitucionales, según la definición dada de este término), en el caso de la acción de amparo.

- Finalmente, de la lectura del ya citado Art. 200 y de la Ley Procesal Constitucional, se arriba a la conclusión de que todos los derechos reconocidos en la Constitución Política (derechos constitucionales) tienen una protección o tutela especial a través de las garantías constitucionales, lo cual significa que no hay, en el ordenamiento jurídico peruano, derechos constitucionales que sean fundamentales y derechos constitucionales que no sean fundamentales, sino que todos los derechos fundamentales son constitucionales, por lo que todos tienen protección especial a través de las garantías constitucionales.

En mérito a lo dicho, en el Perú los derechos fundamentales son constitucionales y viceversa.

En conclusión, en el ordenamiento jurídico peruano, los derechos constitucionales, derechos humanos y derechos fundamentales vienen a ser lo mismo, siendo totalmente equiparable el uso de uno u otro término.

En el presente caso se ha elegido usar el término derechos constitucionales para el título de la investigación por la simpleza del mismo, ya que, si bien es cierto los tres términos son equivalentes, los otros dos no son tan precisos o puntuales, pudiendo prestarse a ciertas ambigüedades. Eso no implica, empero, que en lo que sigue del trabajo se usen indistintamente los términos derechos constitucionales, derechos humanos y derechos fundamentales.

2. Clasificación de los derechos constitucionales en la Constitución Política del Perú

Aclarada la cuestión referida a los derechos constitucionales, toca estudiar la clasificación de esos derechos dentro de la misma Constitución, para, a partir de ello, poder determinar, dentro de qué clase de derechos se encuentra el derecho objeto de investigación (derecho a la salud).

Para tal fin, se estudiará, primero, de forma general los distintos criterios de clasificación de derechos constitucionales. Posteriormente, se determinará cuál es el criterio elegido por la Constitución para clasificar a los derechos. Finalmente, de forma somera, se tocará lo referente a cada clase y las diferencias que estas presentan.

2.1. Principales criterios de clasificación de los derechos constitucionales

Existen distintos criterios de clasificación de los derechos constitucionales. Algunos autores logran distinguir hasta ocho criterios distintos. En este caso serán objeto de estudio únicamente en aquellos criterios que el autor considera principales.

2.1.1. Criterio de la naturaleza jurídica

Según esta clasificación los derechos constitucionales se clasifican en derechos de libertad y derechos de prestación. Osorio (2007) afirma:

Los derechos de libertad, se caracterizan porque su definición supone una delimitación negativa del ámbito de actuación del individuo, ello significa que, en cuanto limite, lo que impone básicamente es una actitud de abstención por parte, especial, del poder público. En esta categoría se incluyen los derechos que fueron objeto de reconocimiento de una primera fase del constitucionalismo y que, tradicionalmente se han llamado “libertades públicas”: libertad personal, derecho de reunión, asociación, inviolabilidad de domicilio, libertad de expresión, etc. (...).

Los derechos de prestación, por el contrario, implican una actitud activa del poder público, que debe llevar a cabo las acciones oportunas para hacerlos efectivos. Así, por ejemplo, el derecho a la educación, a la salud, exige centros y medios de enseñanza, hospitales, respectivamente. (p.158)

Por consiguiente, esta clasificación se basa en el actuar que adopta el Estado para hacer efectivos estos derechos. Así, en el caso de los derechos de libertad, el actuar del Estado será negativo o pasivo, lo que significa que para que estos derechos sean efectivos, el Estado tiene que abstenerse de interferir en su ejercicio. Mientras que, en el caso de los derechos de prestación, el

actuar del Estado será positivo, lo que implica que tendrá que adoptar un rol activo para que este tipo de derechos sean efectivos. En conclusión, en un caso es necesaria la no intervención del Estado, y, en el otro caso es necesaria la intervención del Estado.

2.1.2. Criterio formal

Este criterio se basa en la forma de protección especial que tienen los derechos constitucionales.

Así, y como ya se ha dicho, existen ordenamientos en los que no hay correspondencia plena entre los términos derechos constitucionales y derechos fundamentales, puesto que no todos los derechos contenidos en la Constitución son considerados fundamentales, y, como consecuencia, no todos los derechos constitucionales tienen una protección especial, dependiendo ello de que sean fundamentales o no. Eso se presenta, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico español, en el cual se puede distinguir claramente los derechos constitucionales fundamentales de los que no lo son, reservándose para los primeros una especial protección judicial (el proceso preferente y sumario) y una protección constitucional (el recurso de amparo) (Castillo, 2007, pp.84-86).

2.1.3. Criterio histórico

Este criterio clasifica a los derechos teniendo en cuenta “una constatación fáctica basada en el proceso cronológico de su consagración a nivel internacional” (Novak y Namihás, 2004, p.39).

Se basa, entonces, en datos históricos, dado que tiene en cuenta el momento cronológico en que cierto grupo de derechos fueron reconociéndose a nivel internacional, de tal forma que los primeros en reconocerse son llamados derechos de primera generación, y así sucesivamente. Ello no implica, por cierto, que unos derechos tuvieron existencia antes que otros, u algo parecido, sino que, simplemente, se considera el momento en el reconocimiento internacional de cierto grupo de derechos.

Según este criterio, se pueden distinguir entre derechos de primera generación, de segunda generación y de tercera generación:

- Los de primera generación, los cuales están asociados al llamado constitucionalismo liberal. Estos derechos “implican una limitación al poder del Estado sobre el individuo, lo que se traduce en una obligación de abstención del Estado, pues se tutelan con su mera actitud pasiva y de vigilancia. Estos son los *derechos civiles y políticos*, (...)” (Novak y Namihas, 2004, p.39). Aquí se encuentran los derechos civiles, como el derecho a la vida, a la intimidad, etc.; y los derechos políticos, como el derecho a votar, el derecho a ser elegido, etc.
- Los de segunda generación, los cuales se encuentran asociados con el constitucionalismo social. “A diferencia de los derechos de primera generación, estos demandan una acción por parte del Estado (...) a través de la satisfacción de necesidades de carácter económico, asistencial, educativo y cultural (...)” (Novak y Namihas, 2004, p.40). Aquí se encuentran los denominados derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a la salud, el derecho a la educación, al trabajo, entre otros.
- Los de tercera generación, los cuales, según Valle Riestra, Herrero y Ángeles (2013, p.523) “tratan de reivindicaciones muy recientes que se remontan a la época de la guerra fría y de la descolonización africana”. Según los citados autores estos derechos “se conciben como los derechos de la familia humana dirigida a obtener y consolidar la paz, el desarrollo y la solidaridad de todos los pueblos del mundo”. Ejemplos de derechos de tercera generación son el derecho a la paz, a un medio ambiente sano, a la identidad nacional y cultural y a la cooperación internacional y regional.

2.1.4. Criterio Material

Este criterio tiene en cuenta el objeto y contenido material de los derechos constitucionales. Los autores al momento de emplear este criterio se basan en el sistema de derechos públicos subjetivos de Georg Jellinek, según el cual se pueden advertir tres etapas en el reconocimiento de los derechos del hombre. Osorio (2007) explica estas etapas:

- **La primera fase**, es aquella en la que el individuo abandona su condición de súbdito, de sujeto pasivo de las decisiones del poder (status subjectionis) para contar con un ámbito de libertad inmune a la acción del poder público (status libertatis), los derechos que se vinculan a esta situación son los derechos personales, que permiten al individuo configurarse como tal: libertad personal, derecho a la vida, intimidad, etc.
- **El segundo estadio**, (status civitatis) hace del individuo un ser capaz de exigir del Estado el respeto a sus derechos como ciudadano, configurándose así los derechos civiles, entre los que destacan las garantías procesales.
- **En el tercer estadio**, el ciudadano no sólo limita al Estado y le exige el respeto a determinadas garantías; dando un paso más, se convierte en autentico partícipe de la actuación de ese Estado. De esa forma, su status activae civitatis configura los derechos políticos: derecho de participación, en general, y de sufragio, en particular, son la manifestación más clara de los derechos políticos. (p.159)

Sin embargo, autores como Castillo (2007) sostienen que “las categorías planteadas por Georg Jellinek, actualmente deben ser complementadas con un nuevo estatus: *status positivus socialis*, el mismo que permitirá hablar de los derechos económicos, sociales y culturales” (p.116).

2.2. La clasificación de los derechos constitucionales en la Constitución Política del Perú

Partiendo de los criterios antes descritos, se puede afirmar, en primer lugar, que la Constitución Política peruana no usa el criterio formal. Y es que, como ya se indicó, en este ordenamiento no hay una distinción entre derechos constitucionales fundamentales y derechos constitucionales no fundamentales, y, por lo tanto, no existe una protección especial para ciertos derechos constitucionales y para otros no, sino que en la Constitución peruana todos los derechos constitucionales terminan siendo fundamentales, y todos tienen, por ende, la misma protección especial.

Por otra parte, y teniendo en cuenta siempre los criterios desarrollados en el numeral anterior, se llega a sostener que la Constitución Política del Perú si usa y combina, tanto los criterios de la naturaleza jurídica, histórico y el material (Castillo, 2007, pp.119-120).

El Título I de la Constitución Política del Perú, denominado “De la Persona y de la Sociedad”, se divide en cuatro capítulos, siendo relevantes, para desarrollar este punto, los tres primeros capítulos:

- El primer capítulo, denominado “Derechos Fundamentales de la Persona”, contiene los llamados derechos de libertad (según el criterio de la naturaleza jurídica), un grupo de derechos, que son los civiles, de primera generación, y algunos derechos de tercera generación (según el criterio histórico) y los derechos relacionados con el *status libertatis* y con el *status civitatis* (según el criterio material).
- El segundo capítulo, denominado “De los Derechos Sociales y Económicos”, contiene los llamados derechos de prestación (según el criterio de la naturaleza jurídica), los derechos de segunda generación (según el criterio histórico) y los derechos relacionados con el *status positivus socialis* (según el criterio material).
- El tercer capítulo, denominado “De los Derechos Políticos y de los Deberes”, contiene un grupo de derechos, que son los políticos, de primera generación (según el criterio histórico) y los derechos relacionados con el *status activae civitatis* (según el criterio material).

Considerando que el derecho a la salud se encuentra dentro de los derecho que forman parte del Capítulo II del Título I de la Constitución Política del Perú, “De los Derechos Sociales y Económicos”, y según los criterios aplicables a la Carta Magna del Perú, el derecho a la salud es un derecho de prestación (según el criterio de la naturaleza jurídica), un derecho de segunda generación (según el criterio histórico) y un derecho referido al *status positivus sociales* (según el criterio material).

3. Los derechos sociales en la Constitución Política del Perú

Corresponde en el presente acápite que se desarrolle todo lo que tiene que ver con aquel grupo de derechos constitucionales dentro de los cuales está el derecho a la salud. Ese grupo, cabe recordar, sería el de los derechos de prestación, según el criterio de la naturaleza jurídica, el de los derechos de segunda generación, según el criterio histórico, y el de los derechos relacionados con el *status positivus sociales*, según el criterio material.

Es oportuno acentuar que la Constitución, cuando se refiere, en el Capítulo II del Título I, a ese grupo particular de derechos, usa el término derechos sociales y económicos. Sin embargo, los distintos estudiosos concuerdan que cuando se usa el término derechos sociales, a secas, se está designando a todos aquellos derechos que algunos llaman derechos sociales y económicos, y otros, derechos sociales, económicos y culturales.

Por ejemplo, De Castro (citado por Soriano, Alarcón y Mora, 2000) sostiene que:

El termino *derechos sociales* es sin duda el preferido de la doctrina, siendo asumido también ocasionalmente por algunos documentos de reconocimiento (...). Pero esa preferencia no ha impedido que muchos estudiosos de la materia sigan utilizando también con frecuencia el nombre *derechos económicos y sociales* o el *de derechos económicos, sociales y culturales*. Por otra parte, este último ha logrado un predominio casi absoluto dentro del campo de la positivación jurídonormativa, gracias al ejemplo de la Declaración Universal de 1948 (art. 22), los Pactos Internacionales de 1966, en especial el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Capítulo II de su Parte I). Así que, desde la perspectiva del nombre, parece razonable concluir que cualquiera de las tres denominaciones constituye una buena clave de acceso a la identificación de este grupo de derechos. (...). Por eso, manteniéndonos en el nivel puramente semántico, podemos afirmar que son derechos sociales todos aquellos que son designados también con los nombres *derechos económicos y sociales* o *derechos económicos, sociales y culturales*. (p.276)

Es por esto que, en las líneas siguientes, cuando se haga referencia a los derechos sociales, se estará haciendo referencia, también, a lo que algunos suelen llamar derechos sociales y económicos, y a lo que otros suelen llamar derechos sociales, económicos y culturales.

3.1. Antecedentes históricos de los derechos sociales

En este punto hay dos términos que son sumamente importantes: Estado Liberal y Estado Social. Y es que fue el paso del Estado Liberal al Estado Social lo que dio origen a lo que hoy se conoce como derechos sociales.

Es en el Estado Liberal de Derecho donde se da el reconocimiento de los denominados derechos de primera generación, esto es, de los derechos civiles y políticos. En este sistema político se les reconocen a las personas una serie de derechos y libertades, los cuales resultan ser una especie de barrera o pared que no podía cruzar el Estado al momento de actuar. El Estado asume, entonces, una actitud pasiva o negativa, ya que se limita a, simplemente, respetar los derechos y libertades de la personas, evitando cualquier actuación que los desconozca o vulnere. Como dice Gonzales Barrón (2013, p.741), “para el liberalismo, es preferible que el Estado no intervenga, pues los individuos en sus relaciones particulares son los que mejor pueden guiarse hacia la felicidad personal, y con ello a la prosperidad general”.

El Estado Liberal, y los derechos por ella reconocidos:

Son producto, (...), de las grandes revoluciones liberales que frente al absolutismo, dan vida al constitucionalismo moderno: el Bill of Rights de 1689 en Inglaterra, las declaraciones de las ex colonias, sobre todo la de Virginia de 1776, (...) las primera diez enmiendas a la Constitución en los Estados Unidos, y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia. (Valle, Herrero y Ángeles, 2013, p.485)

Sin embargo, lo que trajo consigo el Estado Liberal, respecto de los derechos humanos y libertades de las personas, no bastó. Y es que si bien el Estado Liberal se presentaba, si se le compara con las dictaduras o gobiernos totalitarios que le precedían y que dieron pie a distintas revoluciones, como la solución para todos los problemas relacionados con el abuso y el atropello de los derechos humanos, esto no fue suficiente. No bastaba que el Estado asuma un rol

totalmente pasivo e inerte, y que se limitara a no vulnerar o desconocer las libertades y derechos de las personas. Eso no era suficiente para que las desigualdades y la pobreza desaparezcán.

Gonzales Barrón (2013, p.741) explica esto:

El Estado liberal tiene muy clara su misión: defender las libertades individuales y proteger a los propietarios. Lamentablemente, uno y otro se circunscribe a las pocas personas para las cuales la libertad tiene sentido. Los desposeídos, los campesinos y los siervos del campo, que son la inmensa mayoría, solo tienen derechos teóricos, pues en la práctica nada pueden oponer frente al terrateniente, al burgués, al militar o al político. Igual ocurre con la propiedad, pues la protección alcanza a los poquísimos beneficiados con el reparto de la riqueza territorial. El Estado liberal es profundamente discriminatorio, oligárquico, anti-democrático e inmune a los problemas sociales.

Como consecuencia de lo antes descrito, se llevaron a cabo una serie de movimientos sociales que buscaron cambiar el *statu quo*, dando comienzo, así, al Estado Social.

Lancheros (2009, p.251) describe este momento de la siguiente forma:

Los movimientos sociales de la segunda mitad del siglo XIX, fruto de la gran industrialización europea, se opusieron a ese estado de cosas y buscaron modificar los valores a los que debía servir el Estado. (...)

La aparición de lo que se conoce como la cuestión social, es decir, las transformaciones culturales y demográficas, consecuencia del proceso de industrialización y de las condiciones laborales impuestas a los trabajadores, que condujo a una reacción de los trabajadores a través de protestas y movilizaciones en contra de los dueños del capital y del Gobierno, puso a prueba el orden de cosas existente. (...).

Para Cabo Martín (citado por Alvites, 2012) “desde la perspectiva política-económica, el Estado social se entiende como el resultado de la relación dialéctica entre las necesidades de acumulación del capitalismo tardío y las reivindicaciones sociales de las clases trabajadoras” (p.33).

Sobre el momento histórico en el que se llegaron a reconocer por los textos jurídicos positivos los derechos sociales, De Castro (citado por Soriano, Alarcón y Mora, 2000, pp.277-279), llega a reconocer hasta tres momentos diferentes:

A su vez, dentro de la línea de reconocimiento en los ordenamientos jurídicos, la evolución histórica da pie a lecturas contrapuestas, de modo que la propia determinación del momento en que puede considerarse realizada la incorporación de los derechos sociales a los textos jurídicos positivos ha desembocado en tres fechas diferentes (última década del siglo XVIII, mitad del siglo XIX y segunda década del siglo XX) que merece la pena considerar.

Parece, en primera lugar, justificada la afirmación de que la formulación más antigua de los derechos sociales se encuentra ya en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que fue incluida en el proyecto de Constitución republicana del 24 de junio de 1793. En efecto, esa Constitución incorporaba (a través de los artículos 17, 21 y 22) varios principios de signo marcadamente económico o social, de modo que puede entenderse que en estas referencias, no sólo está presente una intensa preocupación social, sino que están también ya nuclearmente contenidos derechos tan representativos como el derecho al trabajo, el derecho a la asistencia pública y el derecho a la educación.

Sin embargo, desde otra forma distinta de valorar la historia, se ha expuesto también la tesis de que la aparición de los derechos sociales debe situarse en el siglo XIX, destacando como fecha decisiva el año 1848. Este año presencié, en efecto, la violenta eclosión, no sólo de proyectos más o menos teóricos (como el aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente de Frankfurt, reunida en la iglesia de San Pablo), sino también de un importante texto constitucional (la Constitución francesa de la Segunda República), que, aprobado el 4 de noviembre bajo la presión de las revueltas obreras, estuvo en vigor hasta el 1 de diciembre de 1851.

Pero ha de reconocerse, al mismo tiempo, que, si bien no sería del todo exacta la afirmación de que, antes de la Constitución de Weimar, la historia del constitucionalismo social es la historia de un vacío, si parece innegable que, hasta la llegada del siglo XX, no

fue posible asistir a la constitucionalización formal y expresa de los derechos sociales. En efecto, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o “Constitución de Querétaro”, de 1917, y la Constitución de Reich Alemán o “Constitución de Weimar”, de 1919, son los primeros documentos en que se formula un reconocimiento explícito, amplio y detallado, a nivel constitucional, de esos derechos. Y, en esa medida, puede establecerse la tesis de que la atención de la legislación constitucional a los derechos sociales como una realidad peculiarmente diferenciada de los derechos civiles y políticos ha sido una conquista muy reciente del siglo XX.

(...)

(...), la importancia del siglo XX para la historia del reconocimiento de los derechos sociales ha sido decisiva y única, tal como demuestra la siguiente secuencia de momentos estelares: 1917 (Constitución mexicana), 1919 (Constitución alemana), 1931 (Constitución española), 1936 (Constitución de la URSS), 1948 (Declaración Universal), 1961 (Carta Social Europea), 1966 (Pacto Internacional) y 1969 (Convención Americana).

En el caso de América Latina, el reconocimiento de los derechos sociales se remonta a los inicios del siglo XX, con revoluciones, como la mexicana de 1911, y la consecuente aparición de la Constitución de Querétaro, así como con reformas, parciales o totales, de Constituciones, como la uruguaya de 1917, la peruana de 1920 y la brasilera de 1934 (Landa, 2012, pp.229-230).

En forma totalmente opuesta a lo que predicaba el Estado Liberal, el Estado Social propugna como sistema político uno en el que el Estado es activo y dinámico, dejando de lado ese rol pasivo que sólo se limita a no desconocer o vulnerar los derechos y libertades de los cuales es titular el ser humano, y asumiendo un rol protagónico para lograr que existan o que se alcancen las condiciones necesarias de vida para toda persona. Como dice Aguilera (2011), “el Estado social de Derecho constituye un Estado decididamente intervencionista, un Estado activo con un “ejecutivo fuerte” (p.149).

Alvites (2012) resume los cambios que trajo consigo el Estado Social:

La adopción de este nuevo esquema estatal trajo consigo cambios en el plano normativo y axiológico-constitucional, así como en las funciones estatales. De esa forma, a partir de la adopción de esta fórmula política en las constituciones, el Estado debe orientar su actuación al cumplimiento de fines sustantivos vinculados al bienestar de los individuos; así, en vez de limitarse a ser un Estado que solo evite traspasar ciertos límites y se abstenga de lesionar los derechos de los individuos frente a todo tipo de inseguridad, incluyendo la inseguridad material. Se convierte en responsable de garantizar la procura existencia de los individuos, no solo de aquellos que se hallen en estado de menesterosidad, sino de la generalidad de todas las personas, pues en general los seres humanos no somos capaces de dominar, por nosotros mismo, todas las condiciones y presupuestos necesarios para una existencia digna.

3.2. Aspectos esenciales de los derechos sociales

Se comenzará por las diferentes definiciones de derechos sociales que plantean algunos autores, para luego, en base a ello, incidir en aquellos aspectos de los derechos sociales que hacen que éstos hayan estado sujetos, a lo largo de los años, a discusiones sobre su naturaleza, características e, incluso, sobre si son verdaderamente derechos o no.

Arango (citado por Fabra y Rodríguez, 2015) señala que “los derechos sociales son derechos subjetivos de prestación positiva fáctica del Estado” (p.1683).

También se entiende a los derechos sociales como “derechos de cualquier ciudadano a una directa o indirecta prestación positiva por parte de los poderes públicos, en función de la participación en los beneficios de la vida en sociedad, o de la actuación del principio de igualdad” (Valle, Herrero y Ángeles, 2013, p.512).

Para Pérez Luño (citado por Castillo, 2007) los derechos sociales pueden ser entendidos en dos sentidos:

En sentido objetivo, como el conjunto de normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora de las desigualdades sociales. En tanto que en sentido subjetivo, pueden entenderse como las facultades de los individuos y de los grupos a

participar de los beneficios de la vida social, lo que se traduce en determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas por parte de los poderes públicos. (pp.131-132)

Finalmente, a nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional en la sentencia correspondiente al Exp. N° 2945-2003-AA, ha definidos a los derechos sociales como:

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. (Fundamento 10)

3.2.1. De los derechos sociales como verdaderos derechos subjetivos y su consecuente exigibilidad judicial o justiciabilidad

De las definiciones aportadas todas coinciden en señalar a los derechos sociales como derechos subjetivos o facultades con las que cuentan todas las personas. Ahora bien, antes de que se entre a analizar cuál sería el objeto de estos derechos o cualquier otro aspecto relacionados con ellos, es imperioso, primero, que se esclarezca si es que los derechos sociales son, justamente, derechos subjetivos o no. Y es que a lo largo de los años ha existido siempre esa discusión: si cuando se habla de los derechos sociales se está hablando de verdaderos derechos subjetivos o si, por el contrario, se habla, solamente, de normas programáticas o de meras expectativas de derechos. El que sean o no derechos subjetivos va a tener una consecuencia de gran relevancia: su exigibilidad judicial o justiciabilidad. ¿Qué implica ello? Montero (citado por Bazán, 2009) lo explica:

Considerar a un derecho social como derecho es posible si –al menos en alguna medida– su titular está en condiciones de producir mediante una demanda o queja el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación que constituye el objeto de su derecho. (...).

Esto implica que la falta de atribución de la característica de justiciabilidad atenta contra la verdadera significación de estos derechos, que quedan convertidos en meros intereses

legítimos, atendibles sólo en la medida en el que el Estado lo considere y con el alcance que éste les otorgue.

Justamente, la protección jurisdiccional de los DESC es la consecuencia de su existencia como derechos genuinos y no como meras expectativas de derechos, promesas, esperanzas; y otorga entidad concreta a su contrapartida jurídica: los deberes auténticos del Estado que pueden ser activados por medio de la pretensión de tutela acogida a través de una sentencia judicial. (pp.230-231)

Si bien es cierto esta discusión ha sido ya superada, aceptándose actualmente la primera postura, esto es que los derechos sociales si son verdaderos derechos subjetivos y si son exigibles judicialmente, es adecuado referirse a ese pasado “oscuro” de la concepción de los derechos sociales y compararlo con su presente, a fin de ver los cambios, para bien, que ha manifestado la concepción de tales derechos.

Landa (2012) refiriéndose a esta dicotomía, entre el pasado y el presente de los derechos sociales, indica:

Se ha concebido tradicionalmente que los derechos sociales son normas programáticas o intereses legítimos antes que derechos subjetivos, en la medida que la noción de derechos constitucionales se reducía a aquellos que el Poder Judicial podía restituir al haber sido violados, como los derechos de libertad, en la medida que en ese entonces se negaba que los derechos pudieran ser entendidos como derechos prestacionales, sino solo reparadores o restitutivos; es decir que el Estado o un particular no estaba obligado a brindar tutela o una satisfacción concreta de carácter económico y/o social.

Sin embargo, modernamente se concibe que todos los derechos fundamentales, civiles, políticos y sociales, consagrados en la Constitución constituyen derechos subjetivos, y; por tanto gozan de la fuerza normativa proveniente de su configuración más general o específica establecida por el propio poder constituyente en el texto constitucional. Lo cual las hace de obligatorio cumplimiento para el Estado (p.231).

Zúñiga (2008) manifiesta lo siguiente:

De la mano de una orientación dogmática de los derechos fundamentales, un lugar común asentado por la crítica liberal-conservadora a los derechos económicos, sociales y culturales conlleva su “jibarización” o abierta negación. Como hemos sostenido anteriormente, se funda tal “jibarización” o negación sosteniendo que estos derechos sociales carecen de los rasgos propios de un “derecho” o de un “derecho subjetivo”; específicamente resultan distintos en cuanto sujetos, naturaleza, estructura lógica y objeto si se les compara con los derechos civiles, y además, poseen una deficiente tutela judicial ordinaria, especial o extraordinaria (jurisdiccionalidad). (p.335)

Sobre cómo eran los considerados los derechos sociales en el pasado, autores como Rabossi (citado por Bazán, 2009, p.262) achacan ello a la tesis de las generaciones de derechos humanos. Para el citado autor, esta tesis brinda argumentos o justificaciones a quienes defienden la idea de que los derechos civiles y políticos tienen preeminencia respecto de los derechos sociales. Finaliza diciendo que los que se basan en ello, se sostienen en una “metáfora poco feliz”, que interpreta de forma incorrecta la historia.

Así, y en torno a la diferenciación que se hacía entre los llamados derechos de primera generación (derechos civiles y políticos) y los derechos de segunda generación (derechos sociales), Saco (2010) manifiesta que:

Este debate giraba en torno a la diferente “naturaleza” de las obligaciones derivadas de los derechos civiles y políticos y de aquellas de los derechos económicos, sociales y culturales; se decía que los primeros que eran absolutos, de aplicación inmediata y por lo tanto justiciables; mientras que los segundos, debido a su carácter programático, su dependencia de decisiones políticas, no eran “derechos” al no contar con obligaciones claras. (p.308)

El debate doctrinal que existía en relación a la naturaleza de los derechos sociales y el reconocimiento de una naturaleza común entre éstos y los derechos civiles y políticos fue superándose poco a poco con el paso de los años:

Una muestra de la naturaleza común en todos estos derechos está en la proclamación de la interdependencia entre derechos civiles y políticos, por un lado, y económicos sociales y culturales, por otro, efectuada primero en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos realizada en Teherán en 1968, a la que luego se le agregó el concepto de la complementariedad de estos derechos en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, aprobada en 1986, y posteriormente en la Declaración y Programa de Acción de Viena en 1993, en la que se plasmó la necesidad de tratar los derechos humanos de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. (Rubio, 2013, p.204)

El reconocimiento de una naturaleza común entre los llamados derechos de primera generación (civiles y políticos) y los de segunda generación (sociales) se terminó de concretar con la Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos de Viena en 1993. Así, el debate sobre la naturaleza de los derechos sociales dejó de ser, con la Conferencia de Viena de 1993 y con tratados como el de los Derechos del Niño, no más que una anécdota, al reconocerse, que los “derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados y, por tanto, ambos tipos contienen obligaciones de igual “naturaleza y su implementación integral necesitará tanto de medidas inmediatas como de medidas programáticas” (Saco, 2010, p.308).

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2013), a través de una de sus comisionadas, Navi Pillay, hace una remembranza de lo que significó para los derechos sociales la Declaración y Programa de Acción de Viena aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993:

Hace veinte años, en junio de 1993, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos congregó en Viena a más de 7000 participantes. Yo fui una de ellos, como representante de un grupo de activistas sudafricanas. A muchos de nosotras nos preocupaba muchísimo el riesgo de que la Conferencia fracasara al ser tantos los países que favorecían a la primacía, o exclusividad, de los derechos civiles y políticos frente a la de los derechos económicos, sociales y culturales.

Había muchas áreas de desacuerdo que parecían profunda y potencialmente irreconciliables. Por otro lado, el entorno geopolítico mundial estaba en rápida evolución.

El final de la guerra fría había creado un clima de esperanza, que fue uno de los principales factores que propiciaron la organización de la Conferencia. Pero al mismo tiempo, los conflictos de la antigua Yugoslavia estaban a menos de un día de camino del Centro Internacional de Viena, sede de la Conferencia. No obstante, concluimos con un elemento convincente y trascendental: la Declaración y Programa de Acción de Viena, el documento de derechos humanos de mayor importancia elaborado en el último cuarto del siglo XX. Ese documento dejó claramente establecido el carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos humanos y comprometió a los Estados a promover y proteger todos los derechos humanos de todas las personas “sean cuales fueran sus sistemas políticos, económicos y culturales”.

Al impugnar la artificial jerarquía de que los derechos sociales, económicos y culturales tenían menos importancia que los derechos civiles y políticos, la Conferencia logró derribar un segundo muro de división entre los Estados. (p.9)

En el Inciso 5 de la Sección I de la Declaración y Programa de Acción de Viena radica, justamente, el fundamento de la consideración de los derechos sociales como verdaderos derechos:

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Es, entonces, la naturaleza indivisible, interdependiente y de relación que existe entre los derechos humanos, reconocida en el Inciso 5 de la Sección I de la Declaración y Programa de Acción de Viena, en donde se fundamenta que los derechos sociales sean verdaderos derechos subjetivos, con todo lo que ello acarrea. Y es que como Tello (2010) indica, al hablar de la

indivisibilidad y de la interdependencia de los derechos humanos, “no pueden dividirse los derechos reconociéndose unos y negándose otros; y se necesitan entre ellos para una plenitud en su ejercicio, respectivamente” (p.369). También merece tener en cuenta lo dicho por Rubio (2013), para quien:

La cualidad de la complementariedad determina que los derechos fundamentales se hacen completos entre sí, es decir, se vuelven plenos, perfectos. Por la interdependencia, el goce de unos derechos depende del goce de los otros para llegar a ser efectivos. Afirmar que un derecho depende de otro y que se complementan implica que entre estos exista por lo menos la misma jerarquía, partiendo de una naturaleza común. (p.205)

Sobre la invisibilidad de los derechos humanos, Montero (citada por Bazán, 2009) sostiene que la indivisibilidad de los derechos radica:

En la convicción de que no pueden ejercerse algunos en detrimento de la efectividad de otros, dado que se trata de un plexo interdependiente que se retroalimenta permanentemente. (...).

La idea de indivisibilidad de los derechos implica, ni más ni menos, que reconocer que la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. (...).

La implicancia fundamental de este concepto de indivisibilidad de los derechos humanos reside en el reconocimiento internacional respecto a que la denegación de unos derechos engendra la violación de otros y, a su vez, alimenta la noción de justiciabilidad que atañe a todo el plexo de derechos, sin discriminación alguna.

El principio sentado implica que un Estado democrático no abastecer su contenido cuando sólo confiere vigencia sociológica a los derechos civiles y políticos, clásicos en el constitucionalismo moderno, e incomunica – con frustración- a los que emergen del constitucionalismo social y del derecho internacional de los derechos humanos.

Por el contrario, la vigencia sociológica de los derechos civiles y políticos pelagra en gran medida mientras no se procure la vigencia efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales. (pp.228-229)

Finalmente, es importante la Observación General N° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (1998), la cual en su párrafo 10 ha establecido que:

La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad.

A nivel nacional también ha quedado desterrada la idea de un trato diferenciado entre derechos civiles y políticos, y derechos sociales. Esto viene de mano de la equivalencia, en el Perú, entre los derechos humanos, los derechos constitucionales y los derechos fundamentales. En el ordenamiento peruano está plenamente reconocida la naturaleza indivisible e interdependiente de todos los derechos, tanto civiles y políticos, como sociales. Es por eso que la Constitución no hace distinciones entre las distintas clases de derechos y, por el contrario, les asigna la misma justiciabilidad y protección, tal y como ya se ha detallado previamente.

El Tribunal Constitucional ha reconocido esto en diversas sentencias.

En la sentencia correspondiente al Exp. N° 1417-2005-AA/TC, y poniendo especial atención en el Art. 3 de la Constitución Política, el Tribunal Constitucional indica que:

Es por ello que el Capítulo I del Título I de la Constitución, denominado “Derechos Fundamentales de la Persona”, además de reconocer el principio-derecho de dignidad humana como el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales (artículo 1) y de enumerar a buena parte de ellos en su artículo 2, prevé en su artículo 3 que dicha enumeración no excluye los demás derechos reconocidos en el texto constitucional (vg. los derechos fundamentales de carácter social y económico reconocidos en el Capítulo II

y los políticos contenidos en el Capítulo III), “ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana del gobierno”. (Fundamento 3)

Hay que mencionar, además, el fundamento 74 de la sentencia expedida en el Exp. 0050-2004-AI/TC, Caso Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos contra Congreso de la República, en la cual se habla de la naturaleza indivisible de los derechos humanos:

El derecho fundamental a la pensión tiene la naturaleza de derecho social –de contenido económico. Surgido históricamente en el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho, impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos determinados legislativamente para subvenir sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la procura existencial. De esta forma se supera la visión tradicional que suponía distintos niveles de protección entre los derechos civiles, políticos, sociales y económicos, atendiendo al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y a que cada uno formaba un complejo de obligaciones de respeto y protección-negativas- y de garantía y promoción –positivas- por parte del Estado. (Fundamento 74)

También está la sentencia perteneciente al Exp. 2945-2003-AA/TC, Caso Azanca Alheli Meza García, en la cual se esgrime al principio de dignidad como uno de los principios en los que se sostiene la naturaleza común de los derechos humanos:

El principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano solo puede ser lograda a través de la protección de las distintas gamas de derechos en forma conjunta y coordinada. (Fundamento 19)

Existiendo entre los derechos humanos un carácter de complementariedad que permite que unos y otros colaboren entre sí a su plena realización, de tal forma que los derechos sociales

terminan siendo el complemento de los derechos liberales, es interesante lo dicho por Alvites (2012), quien en base a esa complementariedad reconoce en los derechos sociales tres funciones de especial trascendencia:

- Función correctora de los procesos sociales porque amplían la eficacia de los derechos fundamentales de libertad, permitiendo su ejercicio por un número mayor de individuos;
- Función igualadora porque posibilita la realización de la igualdad material entre los seres humanos y
- Función liberadora debido a que completan y dotan de mayor densidad a las libertades fundamentales, construyendo la libertad fáctica. (pp.34-35)

3.2.2. Obligaciones que generan los derechos sociales

Tradicionalmente se ha considerado que para la realización de los derechos sociales el Estado debe asumir un rol activo y dinámico. Esto quiere decir que, a diferencia de las libertades fundamentales -en donde bastaba que el Estado se limite a no entrometerse con el ejercicio de tales libertades, adoptando un rol totalmente pasivo-, con los derechos sociales el Estado debía ser, más bien, un Estado activo y líder que asuma las riendas de todo aquello que sea necesario para el ejercicio de tales derechos, para lo cual, entre otras cosas, debía asumir una serie de gastos. Se podría decir, entonces, que el Estado tenía a su cargo obligaciones negativas, en el caso de los derechos civiles y políticos, u obligaciones positivas, en el caso de los derechos sociales.

Conviene subrayar, sin embargo, que dicha concepción de las obligaciones que generan, en uno u otro caso, los derechos para el Estado, ha ido variándose con el paso de los años, admitiéndose, en la actualidad, que el Estado asume, ya sea para los derechos sociales o los derechos civiles, tanto obligaciones positivas como negativas.

Y es que existen derechos sociales que a su vez son libertades públicas, como por ejemplo el derecho a la libertad sindical, a la libertad de huelga o a la libertad de enseñanza, que requieren un respeto igual al de las demás libertades (Tello, 2010, p.369).

Asimismo, Barriga (2014) da un excelente ejemplo, sucedido en el Perú, de cómo los derechos civiles y políticos no implican solamente un deber de abstención para el Estado, sino que también traen consigo una serie de obligaciones positivas, las cuales se traducen en gastos:

(...). Por ejemplo, analicemos los derechos políticos, específicamente el derecho a elegir y ser elegido, (...), que establece la posibilidad de que todos los ciudadanos acudan a las urnas para escoger a sus representantes y autoridades, para lo cual se requiere de instituciones públicas que organicen y vigilen los procesos electorales, que se habiliten a los participantes, es decir, los ciudadanos que pueden ejercer este derecho y los partidos políticos que cumplen con las disposiciones normativas para participar del proceso democrático, la elaboración de cédulas o tarjetones electorales, capacitar a las personas que estén en las mesas de votación, contar con un padrón actualizado de votantes, realizar el conteo de votos, entre otros aspectos indispensables para ejercer el derecho al voto de todos los ciudadanos, todo lo cual, innegablemente se traduce en gastos.

En el caso peruano las entidades estatales encargadas de realizar las funciones antes señaladas son el JNE, ONPE y RENIEC, que actúan con autonomía, con presupuestos independientes y mantienen relaciones de coordinación entre sí. El proceso de elecciones presidenciales del año 2001 en el Perú, en primera vuelta presidencial y parlamentaria costó 43 millones de dólares y en la segunda vuelta presidencial el valor fue de 27 millones de dólares. El proceso electoral de revocatoria de la Alcaldesa de Lima, la señora Susana Villarán, costó S/. 69.000.000 y las elecciones complementarias de regidores costaron S/. 100.000.000. Lo anterior no quiere decir que no debe invertirse el dinero público en los procesos electorales, todo lo contrario, es el costo democrático de garantizar efectivamente los derechos políticos a todos los ciudadanos. Pero, también nos deja claro, que la garantía de los derechos civiles y políticos implica gastos, y por lo tanto, su protección y garantía requiere la disponibilidad presupuestal, que en algunos casos,

como la revocatoria, no se encontraban previamente presupuestados. En ese sentido, no es posible sostener que los DESC no son exigibles, porque requieren de disponibilidad presupuestal e involucran gastos, pues como hemos anotado la protección efectiva todos los derechos humanos necesitan de recursos estatales. (pp.17-18)

Es por eso que actualmente no se habla de obligaciones positivas o negativas, sino que se habla, tanto para los derechos civiles y políticos como para los derechos sociales, de obligaciones de respetar, garantizar y satisfacer. Rubio (2013), refiriéndose a ello, sostiene que:

El conocido esquema por el que se debe dar la abstención del Estado ante los derechos civiles y políticos y su activa intervención para la procura de los DESC ha cambiado. En la actualidad se tienen presentes las obligaciones de respetar, garantizar y satisfacer que competen al Estado en relación con los DESC, así como los derechos civiles y políticos. (p.211)

Saco (2010) en el mismo sentido ha señalado que:

Los derechos sociales, como cualquier derecho humano, imponen tres categorías o niveles de obligaciones a los Estados partes: de respetar el derecho, de *protegerlo* y de *cumplirlo*. Esta última engloba al mismo tiempo las obligaciones de facilitar, proporcionar y promover el derecho. (p.309)

La obligación de respetar implica que los Estados evitaren entrometerse, de forma directa o indirecta, en el goce o disfrute de los derechos. La obligación de proteger significa que el Estado deberá adoptar todas las medidas necesarias para impedir que los terceros obstaculicen o dificulten el ejercicio o goce de los derechos. Finalmente, la obligación de cumplir exige que los Estados tomen todas las medidas necesarias, sean de carácter administrativo, legislativo, presupuestario, judicial o de otra índole, para dar plena efectividad a los derechos humanos (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2000, párrafo 33).

3.2.3. Fundamento de los derechos sociales

Hablar del fundamento de los derechos sociales significa hablar del cimiento, base o soporte sobre el cual se sostienen o apoyan los derechos sociales.

En la doctrina, a la interrogante de cuál es el fundamento de los derechos sociales, dos han sido las respuestas más acogidas: dignidad y solidaridad.

3.2.3.1. La dignidad

Al momento de intentar dar una respuesta sobre cuál es el fundamento de los derechos sociales, la dignidad debe ser, quizás, la respuesta más frecuente.

No se va a profundizar en todo lo que implica la dignidad como tal, porque el presente trabajo no está dirigido a ello. Se limitará a presentar algunas definiciones de lo que se considera por dignidad, se intentará dar una definición propia y para concluir el autor se centrará en la importancia del principio de dignidad de la persona humana en el ordenamiento constitucional peruano y si es que podría considerarse que en el Perú la dignidad es un verdadero fundamento de los derechos sociales.

Es Kant el que concibe a la dignidad tal y como se entiende en la actualidad. El filósofo alemán es, quizás, el primero que habla de considerar a la persona humana como un fin en sí mismo y no como un medio, como en aquella época era común hacerlo. “La respuesta de Kant es clara y contundente: los seres humanos no tienen precio, no son un medio e instrumento para nadie, no pueden intercambiarse por un equivalente, sino que tienen *dignidad*” (Aguilera y Gonzales, 2012, p.159).

Sin embargo, los pensamientos, creencias o abstracciones sobre la dignidad, necesitaron de un terrible hecho histórico, como la Segunda Guerra Mundial, para que el reconocimiento por los ordenamientos jurídicos se vea concretado. Si se busca algo bueno, por más mínimo que sea, de tan tremenda tragedia como fue la Segunda Guerra Mundial, es el hecho de que a partir de ahí el mundo entero se dio cuenta de que la persona humana no podía ser tratada como cualquier cosa, por el hecho de tener un color de piel distinto, una

creencia distinta, una nacionalidad distinta o cosas similares. Todas las personas, indistintamente de su nacionalidad, raza, sexo, religión, etc., merecían un respeto que bajo ninguna justificación podía desconocerse. Todo esto tuvo su punto culmen con la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por las Naciones Unidas en París el día 20 de diciembre de 1948.

Castilla de Cortázar (2015) narra crudamente este suceso:

(...); fueron muchas, millones, las personas que padecieron los horrores de la guerra quedándose sin nada: sin seres queridos, sin bienes materiales, sin salud, mutilados física y psíquicamente. Tras tantos horrores se produjo un sentimiento común de que había cosas que eran inviolables, intocables, que si queríamos que el mundo marchara mejor debíamos coincidir en algo irrenunciable: el respeto al otro como base de la convivencia universal interplanetaria. De un modo colectivo se fue consciente en la dignidad humana y se reconoce por parte de todos los pueblos –incluida China, que carecía de esos vocablos– la universalidad de los derechos humanos.

Fue así como en el siglo XX, a través de una experiencia vital, sangrienta y homicida, se atisbó un principio verdaderamente universal y unificador para la antropología: la dignidad humana, quizá por la nostalgia de su ausencia – (...)-, al haber sido lacerada entonces con más crudeza que en ningún otro periodo histórico. Se trató de una experiencia vital, no de un mero proceso teórico, a través de la que se advirtió con crudeza el *malestar de la cultura* – (...)- en el seno de las ideologías individualistas o colectivistas en las que las personas resultan gravemente lesionadas y en las que la dignidad personal y los derechos humanos que le son debidos e inalienables emergieron con fuerza, haciendo surgir un “*pathos*” nuevo que permitió e hizo posible avanzar notoriamente el acervo sapiencial de la humanidad: la inviolabilidad de la dignidad humana y la universalidad de los derechos humanos, que cobran efectividad plena en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por las Naciones Unidas en París el día 20 de diciembre de 1948, sobre las ruinas aún humeantes de los recientes bombardeos. (pp.65-66)

La dignidad se trata de “la estima que merece toda persona por el sólo hecho de serlo; es el respeto debido a todo ser humano y su derecho a vivir una vida digna” (Ermida, 2011, p.16).

También se considera que la dignidad humana se refiere al valor intrínseco de la persona que hace que esta no puede ser usada como un mero instrumento, sino que impone el deber de tratar a la persona como un fin (Arango, citado por Fabra y Rodríguez, 2015, p.1693).

Finalmente, Escobar (citado por Fabra y Rodríguez, 2015, p.1693) sostiene que la dignidad humana “no sólo incluiría la prohibición de degradar su valor intrínseco, sino también el deber de proveer las prestaciones materiales necesarias para una existencia digna”.

En merito a lo expuesto, hablar de dignidad significa hablar del valor intrínseco e inherente de la persona humana, por el sólo hecho de serlo. Cabe agregar también a lo ya expuesto, que en virtud a ese valor intrínseco que tiene la persona humana, y que no lo tiene nadie más, ésta debe ser vista no como un simple objeto, sino más bien como un fin, pero no como cualquier fin, sino como el fin supremo de todo Estado. Y es que se supone que si la persona humana tiene un valor especial, un valor que nadie o nada lo tiene, todo Estado debe encaminar sus acciones a que las condiciones en las cuales transcurre la vida de esas personas sean equivalentes y proporcionales a su valor. Esto supone, no sólo no degradar ese valor y desconocer las libertades de las personas, sino también crear las condiciones materiales necesarias para que tengan una vida verdaderamente digna, lo cual se puede lograr únicamente con una concretización de derechos como la salud, el trabajo, la educación, entre otros.

En el caso peruano, hay dos artículos de la Constitución Política del Perú que son sumamente importantes si de dignidad se habla. Estos son el Art. 1, según el cual “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de a sociedad y del Estado”, y el Art. 3, según el cual “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho, y de la forma republicana de gobierno”.

El Tribunal Constitucional en el fundamento 46 de la Sentencia correspondiente al Exp. 0050-2004-AI/TC, ha reconocido que el principio-derecho de la dignidad humana previsto en el artículo 1 de la Constitución:

(...) es el presupuesto jurídico de la existencia de todos los derechos fundamentales. La persona humana no puede ser concebida como un medio, sino como un fin en sí mismo; de allí que su defensa constituya el fin supremo que debe inspirar todos los actos estatales, en particular, y los de la sociedad en general.

En cuanto al artículo 3 de la Constitución, como punto de partida para entender a los derechos fundamentales, entre ellos los sociales, como consecuencia directa de la dignidad humana, el Tribunal Constitucional en el fundamento 3 de la Sentencia correspondiente al Exp. 1417-2005-AA/TC reafirma esto:

Es por ello que el capítulo I del Título I de la Constitución, denominado “Derechos Fundamentales de la Persona”, además de reconocer al principio-derecho de dignidad humana como el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales (artículo 1) y de enumerar a buena parte de ellos en su artículo 2, prevé en su artículo 3 que dicha enumeración no excluye los demás derechos reconocidos en el texto (vg. los derechos fundamentales de carácter social y económico reconocido en el capítulo II y los políticos contenidos en el capítulo III), “ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

El Tribunal Constitucional, si bien con lo dicho en las sentencias antes citadas, queda claro que reconoce o considera a la dignidad como fundamento de todos los derechos, refiriéndose específicamente a los derechos sociales, ha reconocido en la dignidad a uno de sus fundamentos. Así, por ejemplo, en la sentencia correspondiente al Exp. 2016-2004-AA/TC (citado por Gaceta Jurídica, 2006, p.36), ha sostenido que:

El principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que

máxima eficacia en la valoración del ser humano solo puede ser lograda a través de la protección de los distintos elencos de derechos, en forma conjunta y coordinada. (Fundamento 18)

Igualmente, en la sentencia correspondiente al Exp. 2945-2003, se reconoce a la dignidad como premisa del Estado Social:

(...) la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo, premisa que debe estar presente 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 de las personas.

En razón de ello, en sede jurisdiccional ningún análisis puede desarrollar sin verificar el respeto a la dignidad del hombre, tanto en la actuación del Estado como en la de los particulares. (Fundamento 17)

Por todo esto, se concluye diciendo que en el Perú la dignidad es fundamento de todos los derechos fundamentales, entre los cuales se encuentran los derechos sociales, incluido el derecho a la salud.

3.2.3.2. La solidaridad

La solidaridad es la que los autores convienen en señalar como el especial fundamento de los derechos sociales. Las razones que justifican a la solidaridad como fundamento de los derechos sociales son múltiples: políticas, jurídicas y económicas.

Tiene su origen en el derecho romano y puede ser entendida como “la responsabilidad que asume cada uno de los miembros de un grupo por las obligaciones de todos, así como la responsabilidad del grupo frente a las obligaciones de sus miembros individualmente considerados” (Arango, citado por Fabra y Rodríguez, 2015, p.1696).

La coincidencia a la que arriban los autores respecto de la solidaridad como fundamento de los derechos sociales es algo que el Tribunal Constitucional ha respaldado ampliamente en sus diversas sentencias.

Para empezar, está el fundamento 15 de la sentencia correspondiente al Exp. 2016-2004-AA/TC (citado por Gaceta Jurídica, 2006, p.212) en la cual se define a la solidaridad como el “nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política. Expresa una orientación normativa dirigida a la exaltación de los sentimientos que impulsan a los hombres a prestarse ayuda mutua, haciéndoles sentir que la sociedad no es algo externo (...)”.

En el citado fundamento el Tribunal Constitucional explica cómo la solidaridad fundamenta que los derechos sociales sean fines de toda comunidad:

Es indubitable que en cualquier forma de vida comunitaria se hace necesario que esta se instaure y organice en relación con un fin compartido y cuyos logros, de alguna manera alcancen a todos los que la conforman.

De ahí que al percibirse los denominados derechos sociales como fines esenciales de toda comunidad política, se deduzca que toda persona o grupo intermedio tenga que regir sus relaciones coexistenciales bajo el principio de solidaridad.

El Tribunal Constitucional en el mismo fundamento señala que el principio de solidaridad genera dos tipos de obligaciones, una general y otra específica:

El principio de solidaridad promueve el cumplimiento de un conjunto de deberes, a saber:

- a) El deber de todos los integrantes de una colectividad de aportar con su actividad a la consecución del fin común. Ello tiene que ver con la necesidad de verificar una pluralidad de conductas (cargos públicos, deberes ciudadanos, etc.) a favor del grupo social.
- b) El deber del núcleo dirigenal de la colectividad política de redistribuir adecuadamente los beneficios aportados por sus integrantes, ello sin mengua de la responsabilidad de adoptar las medidas necesarias para alcanzar los fines sociales.

Es importante resaltar que el máximo intérprete de la Constitución ha destacado que el deber de solidaridad no es algo exclusivo del Estado, sino que le corresponde a cada uno de los individuos que conforman la sociedad. En la sentencia anteriormente citada, ha dicho que “la

moderna concepción de los derechos sociales supone que no solo constituyen obligaciones de hacer del Estado, sino de toda la sociedad en su conjunto; por ello, la doctrina ha empezado a denominarlos deberes de solidaridad (...)” (Fundamento 22).

En el mismo sentido se ha dicho en la sentencia correspondiente al Exp. 2945-2003-AA/TC que “conseguir bienes y un nivel de vida digno es un deber conjunto, tanto de la sociedad como del propio individuo y el Estado, pero no exclusivamente de este” (Fundamento 25).

Para concluir, es pertinente citar el fundamento 24 de la sentencia correspondiente al Exp. 2016-2004-AA/TC (citado por Gaceta Jurídica, 2006, p.213):

[E]l reconocimiento de los derechos sociales como deberes de solidaridad sirve a su vez para que cada individuo dirija sus máximos esfuerzos a la obtención de aquellos bienes que representan sus derechos sociales, superando de este modo la visión paternalista que exige que la satisfacción de necesidades esté únicamente en manos del Estado. (...).

En definitiva, el principio de solidaridad es, en el Perú, el principal fundamento de los derechos sociales.

3.3. Definición de derechos sociales

En merito a todo lo expuesto previamente, se intentará dar una definición de derechos sociales que abarque todos los aspectos previamente desarrollados. Es así que el autor del presente trabajo plantea como definición de derechos sociales la siguiente:

Los derechos sociales son derechos subjetivos – que como tales pueden ser exigidos judicialmente- que imponen al Estado la obligación de garantizar a todas las personas, sin distinción alguna, las prestaciones necesarias y adecuadas para que tengan un nivel de vida acorde con su dignidad. Ello significa que se deben satisfacer, al nivel más óptimo posible, las necesidades imprescindibles para el desarrollo de toda persona, como son la salud, el trabajo, la educación, entre otros. Cabe precisar que si bien el Estado es el principal obligado en la satisfacción de las necesidades antes señaladas, no es el único, puesto que cada uno de los miembros de la sociedad también tiene la obligación, en virtud

al principio de solidaridad, de dirigir todos sus esfuerzos y colaborar en la satisfacción de las necesidades y obtención de los bienes que representan sus derechos sociales y los de los demás.

3.4. Derechos sociales reconocidos en la Constitución Política del Perú y en los tratados internacionales en los cuales el Perú es parte

Eto (2011) da una lista de todos los derechos sociales reconocidos explícitamente en la Constitución Política del Perú de 1993:

- a. El derecho a la salud, reconocido en los artículos 7 y 9.
- b. Los derechos sexuales y reproductivos, reconocidos en el artículo 6.
- c. El derecho a la seguridad social y libre acceso a las pensiones, recogido en los artículos 10 y 11.
- d. El derecho a la educación, reconocido en los artículos 13, 17 y 18.
- e. El derecho al trabajo, recogido en el artículo 22.
- f. Los derechos laborales a la remuneración, la jornada máxima de trabajo, el descanso semanal y anual remunerados, la protección legal contra el despido arbitrario, la sindicación, la negociación colectiva, la huelga y el derecho a la participación en las utilidades, prescrito en los artículos 24, 25, 26, 27, 28 y 29.
- g. El derecho a la protección de las familias y de las uniones de hecho, recogido en los artículos 4 y 5.
- h. El derecho a la protección constitucional especial de grupos vulnerables: niños, adolescentes, madres, ancianos y discapacitados, recogido en los artículos 4 y 7. (p.110)

Se debe añadir a esa lista el, ya contemplado constitucionalmente, derecho al agua potable, reconocido en el Art. 7-A de la Constitución Política del Perú, el cual prescribe lo siguiente: “El estado reconoce el derecho de toda persona a acceder de forma progresiva y

universal al agua potable”.

Pero, además, se debe tener en cuenta que la lista de derechos sociales explícitamente reconocidos por la Constitución Política se complementan e interpretan, en aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por el Perú; con lo cual haría que precisar que los derechos sociales reconocidos en el ámbito internacional, especialmente los contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) forman parte del Derecho Nacional y complementan, en el ámbito constitucional, los demás derechos reconocidos expresamente por la Carta Magna. De la revisión de los derechos consagrados en el PIDESC se distingue que este complementa nuestro ordenamiento constitucional, integrando a este los derechos a la alimentación, la vivienda y la cultura (Eto, 2011, p.111).

3.5. El Art. 43 de la Constitución Política del Perú. Las condiciones materiales mínimas y la progresividad y no regresividad de los derechos sociales

Se ha dicho que el Estado Social se presentó como una propuesta totalmente antagónica al llamado Estado Liberal. Mientras que el segundo, se reconocían únicamente los llamados derechos de primera generación (derechos de libertad o derechos civiles y políticos); en el primero se le daba, también, valor a los llamados derechos de segunda generación (derechos sociales). Consecuentemente, en el modelo liberal, el rol del Estado frente a los derechos reconocidos era meramente abstencionista; a diferencia del modelo social, en donde el Estado, además, debía asumir, respecto de los derechos sociales, un rol totalmente activo, a fin de llevar a cabo las prestaciones necesarias para que tales derechos sean efectivos.

El Estado peruano no es puramente liberal, ni puramente social, sino que es una mezcla de ambos: es un Estado Social y Democrático de Derecho. Ello tiene sustento constitucional en el Art. 43 de la Constitución Política del Perú: *“La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. (...)”*.

En la jurisprudencia constitucional, existen diversas sentencias que se refieren a lo que implica que el Perú sea un Estado Social y Democrático de Derecho.

Por ejemplo, en la sentencia correspondiente al Exp. 0008-2003-AI/TC, se considera al Estado Social y Democrático de Derecho como un modelo de Estado que no queda en lo puramente liberal, sino que está teñido, además, de funciones de carácter social:

El Estado Social y Democrático de Derecho, como alternativa política frente al Estado Liberal, asume los fundamentos de éste, pero además le imprime funciones de carácter social. Pretende que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido material. Y es que la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio. Por ejemplo, la propiedad privada no solo debe ser inviolable, sino que debe ejercerse en armonía con el bien común, y dentro de los límites de la ley. (Fundamento 12)

Lo mismo dice la sentencia correspondiente al Exp. 0034-2004-AI:

(...), el Estado Social y Democrático de Derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de Derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad ante la ley; y pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. (Fundamento 17)

El Tribunal Constitucional también ha dicho, en la sentencia correspondiente al Exp. N° 0011-2002-AI, cómo es que ambos modelos de estados, en forma separada, no sirven para una adecuada protección de los derechos fundamentales. Es la combinación de ambos modelos la que logra una óptima protección de los derechos fundamentales:

(...). En efecto, la clásica polémica planteada entre los férreos postulados del Estado Liberal y el Estado Social hoy debe concebirse como superada. Ninguna de las dos posturas, consideradas por separado, permiten una cabal comprensión y protección de los derechos fundamentales. De un lado, la rígida concepción individualista del hombre frente al Estado, en donde todos los factores de ligazón entre estas dos entidades aparecían como

peligrosos, pues podían significar inaceptables incidencias en la esfera subjetiva de los individuos, no es más una filosofía que maximice el rol de los derechos fundamentales en el constitucionalismo moderno. De otro lado, la hermética doctrina que propugna como elemento medular el necesario sacrificio de los derechos subjetivos ante la supuesta primacía de los principios constitucionales de connotación social como la seguridad ciudadana o el orden público, tampoco satisface los cánones de una apropiada labor tuitiva de los derechos constitucionales. La persona humana como titular de derechos, no tiene por qué ser entendida de modo excluyente, o como individuo o como miembro de una comunidad, pues ambas concepciones confluyen en ella. (Fundamento 12)

Ya refiriéndose al caso concreto del ordenamiento constitucional peruano, el máximo intérprete de la Constitución, en la sentencia referida al Exp. 4870-2007-PA/TC, sostiene que de una interpretación conjunta de los Arts. 3 y 43 se puede concluir que el Perú es un Estado social y democrático de derecho:

De un análisis conjunto de los artículos 3 y 43 de la Ley Fundamental, el Estado Peruano, definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas del Estado Social y Democrático de Derecho. Es decir, es un Estado que se ubica como opción intermedia entre los fines que por su propia naturaleza buscan el Estado Liberal y el Estado Social, lo que implica que nuestro Estado Constitucional (...) no obvia los principios y derechos básicos del Estado de Derecho tales como la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. (Fundamento 41)

Castillo (2008) explica de forma magnífica cómo no basta el reconocimiento de libertades a favor de las personas, sino que es necesario que esto se vea respaldado por condiciones materiales que hagan factible estas libertades:

En lo que respecta a los derechos sociales, en el llamado Estado liberal de Derecho, el error grave, que en definitiva resultó siendo el motivo de su destrucción, al menos como

concepto, fue la consideración abstracta del hombre. A partir de esa consideración se produjo el reconocimiento de una serie de libertades humanas. Se habló entonces de lo que hoy se conoce como reconocimiento solo formal de la libertad. De nada servía reconocerle formalmente al hombre sus libertades si no estaba en condiciones materiales de ejercerlas.

Como respuesta a esta concepción del hombre, de sus derechos y libertades surgió el llamado Estado social de Derecho. Se pretendió, y con razón, concebir al hombre dentro de una concreta realidad. Así, se establecieron dos “líneas de contacto entre los derechos de libertad y el Estado social: el Estado ha de crear las condiciones sociales y económicas que hacen posible los derechos fundamentales como realidades efectivas. Y segunda: el Estado social mismo no es posible sin esa actualización efectiva de los derechos, porque su actividad prestacional solo puede tener un sentido realmente liberal e igualador si está encauzada a través de la participación de los ciudadanos. (p.8)

En suma, el Estado social y democrático de derecho busca “superar el formalismo y la inequidad del Estado Liberal, así como los abusos de los regímenes autoritarios. Asimismo, su configuración supone el cierre de un pacto entre tendencias ideológicas de la época, (...) el liberalismo y el socialismo” (Alvites, 2012, p.33).

Ahora bien, la justiciabilidad de los derechos sociales, de la cual se habló en uno de los acápites anteriores, y la consideración del Estado peruano como un Estado social y democrático de derecho, hacen que en el Perú los derechos sean verdaderos derechos subjetivos, y sean efectivamente justiciables o exigibles judicialmente. De eso no hay duda alguna.

Empero, es necesario tener en cuenta, respecto de la exigibilidad de los derechos sociales, de que si bien es cierto existe la obligación de los Estados de garantizarlos y de adoptar todas las acciones necesarias para que sean palpables en la realidad, también existe, a favor de tales Estados, una prerrogativa que está relacionada directamente con los recursos con los que se cuenta para satisfacer las necesidades objeto de los derechos sociales. Si bien esto último no afecta para nada la exigibilidad de los derechos, si influye en la forma en cómo el Estado lleva a cabo las prestaciones relacionadas con los derechos sociales.

La exigibilidad de los derechos sociales otorga el “derecho de 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 presupuestal para su ejecución” (Exp. 2945-2003-AA/TC, Fundamento 10).

Eso no quiere decir, sin embargo, que las normas referidas a los derechos sociales sean programáticas o de eficacia mediata, como dicen algunos, diferenciándolos de los derechos civiles y políticos, los cuales serían de eficacia inmediata. Y es que justamente la mínima satisfacción de los derechos sociales es indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. Si no existe educación, salud o educación, no hay libertad e igualdad social, y tampoco habrá una calidad de vida digna (Exp. 2945-2003-AA/TC, Fundamento 11).

Y es que como Rubio (2013) señala:

(...) al hablar de la exigencia inmediata de un derecho o de su cumplimiento mediante una programación que permita disponer de los recursos necesarios, nos estamos refiriendo a la forma en que el Estado debe dar cumplimiento al derecho- lo que es muy distinto de tratar sobre su naturaleza, y a la obligatoriedad de cumplimiento que de él se desprende. (p.211)

Ahora bien, sobre esta exigibilidad de los derechos sociales, existen dos cuestiones a considerar sumamente importantes: las condiciones materiales mínimas y el principio de progresividad.

Para referirse, primero a las llamadas condiciones materiales mínimas o el mínimo vital, se debe recalcar que la falta de condiciones materiales en la sociedad “no sólo genera la imposibilidad de un ejercicio pleno de libertades, sino que además somete al individuo que las padece a una existencia no compatible con su dignidad de persona humana” (Castillo, 2007, p.147).

Por tal motivo, el Tribunal Constitucional ha dicho que el Estado social y democrático de derecho necesita de dos aspectos básicos, siendo uno de ellos la existencia de condiciones materiales mínimas para alcanzar sus presupuestos (Exp. 0008-2003-AI/TC, Fundamento 12). “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” (Exp. 2945-2003-AA/TC, Fundamento 9).

Respecto de las llamadas condiciones materiales mínimas, estas son el punto de partida para la concreción de los derechos sociales. Esto significa que ningún Estado, bajo ninguna justificación, puede denegar la satisfacción de, por lo menos, niveles o aspectos esenciales de cada derecho. Hay obligaciones mínimas que todo Estado debe cumplir respecto de los derechos sociales. Eso quiere decir que no se puede pensar, bajo ningún concepto, que el punto de partida para la concreción progresiva de los derechos sociales es de cero, es de nada, es la no existencia de derechos sociales. Esto no es así. El punto de partida para la concreción progresiva de los derechos sociales es la satisfacción de un nivel mínimo de esos derechos.

El párrafo 10 de la Observación general N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1990 es sumamente claro sobre esto:

(...), el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos elementales, de atención primaria de salud, de abrigo y vivienda mínimos, o de las formas básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo las obligaciones que le impone el tratado. Si el Pacto se interpretase de tal manera que no estableciese una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. (...).

Por lo tanto, “la noción general es que los Estados se encuentran obligados- (...) definitivamente obligados- a la adopción de alguna medida que traiga como consecuencia que, dentro del contexto, arrojen como balance la satisfacción o mantenimiento de los niveles mínimos exigibles” (Zúñiga, 2008, p.343).

Se concluye con el siguiente extracto, el cual expone de forma clara y precisa lo que se ha venido diciendo sobre los mínimos vitales y su concepción como punto de partida para la concreción de los derechos sociales:

Es así como se entiende que la mínima satisfacción de estos derechos puede considerarse como una garantía indispensable para poder gozar de los derechos civiles y políticos. Sin embargo, lo anterior está lejos de significar que el cumplimiento de los mínimos resulte suficiente para la realización de los planes de vida. El cumplimiento de los mínimos es en realidad un punto de partida dentro de un proceso que corresponde liderar y desarrollar al Estado y que culmina cuando se la logrado garantizar el pleno cumplimiento estos derechos a todos los ciudadanos. (Rubio, 2013, pp.212-213)

Pasando al otro punto, esto es, al principio de progresividad y al de no regresividad, se puede considerar a éstos como la complementación de las condiciones materiales mínimas.

Como se ha manifestado, las condiciones materiales mínimas son el punto de partida para la satisfacción de los derechos sociales. Es a partir de esas condiciones que los Estados van a ir cristalizando lo que a derechos sociales se refiere. Y es justo en esa continua cristalización de los derechos sociales en donde aparece el principio de progresividad y el de no regresividad.

El Tribunal Constitucional ha dicho, respecto de la aplicación de los derechos sociales, que:

Si bien es cierto que la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, (...), también lo que es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población. (Exp. 2945-2003-AA/TC, Fundamento 12)

Cuando se habla de algo que se va dando progresivamente, se puede entender que ese algo se va dando poco a poco. Y eso es justamente lo que sucede con los derechos sociales (teniendo en cuenta, siempre, que el punto de partida para esa progresión son las condiciones materiales mínimas), los cuales, al depender del presupuesto del Estado, no pueden darse, en todos los casos, de forma inmediata.

Sin embargo, eso no quiere decir que tales derechos se van a quedar en lo mínimo, lo cual “si bien permite disminuir las situaciones discriminatorias y brindar una mayor igualdad de oportunidades dentro de la sociedad, no necesariamente se convierte en suficiente, (...)” (Rubio, 2013, p.214). Es necesario que vayan dándose de forma progresiva hasta llegar a su plenitud.

Se debe reiterar que esta progresividad de los derechos sociales para nada afecta la fuerza normativa de los derechos sociales ni su carácter de derechos. Simplemente se refiere a la forma en cómo se va a ir dando su plena realización.

“En esa medida, no deben confundirse los problemas de financiación que puedan tener los Estados respecto para el cumplimiento de las obligaciones que derivan de los derechos fundamentales sociales, con falta de fuerza normativa” (Alvites, 2012, p.40).

Gomes (citado por Alvites, 2012, p.40) afirma que “estos problemas financieros no implican el grado cero de vinculación jurídica de los preceptos consagradores de derechos fundamentales sociales”.

El Art. 2, Párrafo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce este principio: “ Cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Resulta importante la Observación General N° 3 del Comité de DESC, la cual en su párrafo 9, refiriéndose a la progresividad contemplada en el Art. 2 del Pacto Internacional de DESC, indica que “el concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo”. Esto, se repite, no le quita o priva de fuerza o contenido normativo a los derechos sociales. Así, en el párrafo 2 de la Observación se ha dicho que “si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera

paulatina, las medidas tendientes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados”.

Courtis (citado por Gonzales Barrón, 2013), refiriéndose a lo dicho por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto del principio de progresividad, ha dicho que:

Sin embargo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU – órgano de control del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966- ha señalado que el criterio de “progresividad” está ligado con el de “gradualidad”. En tal sentido, el art. 2.1 del Pacto (y el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) reconoce que la plena efectividad de los derechos no puede lograrse en forma inmediata, sino que requiere la toma de medidas legislativas y administrativas de carácter paulatino, así como la gestión de recursos escasos que obliga a optar entre distintos objetivos. No obstante, el Comité ha interpretado el alcance de esta obligación “de progresividad” en dos sentidos (Principios de Limburgo relativos a la aplicabilidad del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, adoptada por reunión de expertos realizada en Maastrich, del 2 al 6 de junio de 1986, y adoptado por las Naciones Unidas – UN Document E/CN.4/1987/17-):

- i. El condicionamiento de la progresividad no se aplica a todas las obligaciones que surgen del Pacto Internacional; por tanto, existen algunas obligaciones de cumplimiento inmediato, tales como “la adopción de ciertas medidas, la prohibición de discriminación y el aseguramiento de niveles esenciales de cada uno de esos derechos”. Entre tales medidas se encuentra la adecuación del marco legal a las disposiciones del Pacto, el relevamiento de información, la vigilancia efectiva, la formulación de planes, la provisión de presupuesto, incluido lo que se requiere para la adecuada tutela judicial.
- ii. La progresividad no queda librada a la discrecionalidad del Estado, sin exigencia alguna, por lo que se le dota de un contenido. Por tanto, la progresividad implica la obligación de avanzar lo más rápida y eficazmente posible para alcanzar la plena

efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales; con la consiguiente prohibición de adoptar medidas regresivas o de “desmantelamiento de derechos”. (p.752)

Finalmente, Sepúlveda (citado por Gonzales Barrón, 2013), aclarando lo que tiene que ver con la disponibilidad de recursos para lograr la concreción de los derechos sociales y su correspondiente justiciabilidad, ha indicado que:

No hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que no posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad. A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los Tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad. (p.754)

Por otra parte, está el principio de no regresividad, el cual podría decirse que es consecuencia directa del principio de progresividad. Se asevera esto porque a medida que los derechos sociales se van dando o van avanzando en su concreción (principio de progresividad), hay una prohibición para los Estados de retornar o de retroceder a las condiciones anteriores a dichos avances. No obstante, ello no es absoluto.

El Tribunal Constitucional en la sentencia correspondiente al Exp. 0029-2004-AI/TC ha establecido que:

El concepto de progresividad no supone absoluta imposibilidad de regresión en los avances efectuados por el Estado en materia de derechos sociales, en la medida que ello

quede plenamente justificado considerando atención a la totalidad de los recursos que disponga el Estado, y siempre que existan razones de interés social que así lo imponga. (Fundamento 53)

De modo similar, la Observación General N° 3 del Comité de DESC, en su párrafo 9 ha dicho que “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo (...) requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno máximo de los recursos de que se disponga”.

Finalmente, es bueno que no se deje de considerar lo dicho por el Comité de DESC en su Observación General N° 19, sobre el derecho a la seguridad social, en el cual se han dado las pautas a los Estados, en caso de que quiera adoptar una medida regresiva:

Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte la carga de la prueba de que estas medidas se han adoptado tras un examen minucioso de todas las alternativas posibles y de que están debidamente justificadas, habida cuenta de todos los derechos previstos en el Pacto, en el contexto del pleno aprovechamiento del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte. El Comité examinará detenidamente: a) si hubo una justificación razonable de las medidas; b) si se estudiaron exhaustivamente las posibles alternativas; c) si hubo una verdadera participación de los grupos afectados en el examen de las medidas y alternativas propuestas; d) si las medidas eran directamente o indirectamente discriminatorias; e) si las medidas tendrán una repercusión sostenida en el ejercicio del derecho (...) o un efecto injustificado en los derechos adquiridos (...), o si se priva a alguna persona o grupo del acceso al mínimo nivel indispensable (...); y f) si se hizo un examen independiente de las medidas a nivel nacional.

4. El contenido esencial y la doble dimensión de los derechos constitucionales sociales

Si bien es cierto se ha titulado este acápite con el nombre de “contenido esencial y la doble dimensión de los derechos constitucionales sociales”, esto tiene como única razón el hecho

de que lo que únicamente le interesa al autor de la investigación son los derechos sociales. Sin embargo, lo que se dirá y desarrollará a continuación es aplicable a todos los derechos constitucionales. Todos los derechos constitucionales tienen un contenido esencial y una doble dimensión.

4.1. Del contenido esencial

En la actualidad se ha aceptado que en su mayoría los derechos fundamentales no son absolutos (se dice “en su mayoría”, porque hay derechos que sí se pueden considerar absolutos, como por ejemplo el derecho a no ser sometido a esclavitud o el derecho a no ser sometido a torturas). Estos derechos se encuentran sujetos a límites razonables que deben ser adecuadamente justificados. Es aquí donde aparece el famoso “contenido esencial” de los derechos fundamentales. Si se afirmaba que todo derecho fundamental tiene límites, el contenido esencial de tales derechos se presenta como una garantía que sirve, irónicamente, para limitar a los límites.

El contenido esencial de los derechos fundamentales tuvo su origen en Alemania, en el Art. 19 de la Ley Fundamental de Bonn (1949), el cual establece lo siguiente:

1. Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta debe tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley debe mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente.
2. En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.
(...).

Este artículo de la Ley Fundamental de Bonn dio pie a que otros países europeos incluyan en sus constituciones cláusulas parecidas. Es el caso de países como Portugal, España y Suiza.

Salazar (2008) explica este recogimiento, directo o indirecto, que tuvo el “contenido esencial” en las distintas Constituciones:

Posteriormente, España lo incluyó en su Constitución de 1978 vía su artículo 53; y luego, de manera indirecta, Portugal ha reconocido la exigencia de respetar ese contenido esencial (artículo 18.3.) disponiendo que “no se puede disminuir la extensión y alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales”. Aunque otros países no contienen legislación constitucional de este principio, han suplido este vacío a través de su jurisprudencia constitucional. Este ha sido el caso, por ejemplo, de la Corte Constitucional Italiana y el Tribunal Constitucional Austriaco. (p.143)

En el Perú sucede lo dicho en la última parte de la cita antes referida: no existe en la Constitución ningún artículo que hable expresamente del contenido esencial de los derechos fundamentales. Ese vacío ha sido llenado por el Tribunal Constitucional, el cual ha recurrido al principio del contenido esencial en algunos casos planteados a su conocimiento.

Para saber qué es el contenido esencial, se recurrirá, para empezar a lo que ha dicho el Tribunal Constitucional Español en la sentencia 11/1981, del 08 de abril:

Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido a un momento histórico en que cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

(...). Se puede entonces hablar de una esenciabilidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. (Fundamento 8)

De esa jurisprudencia se tiene, entonces, que todos los derechos fundamentales tienen un contenido que los hace, precisamente, ser ese derecho. Es decir, cada derecho tiene una esencia que ningún otro derecho tiene, esencia que de ser limitada, deformará, por decirlo de alguna forma, al derecho como tal. Se está, por ende, ante una pared infranqueable, que ni el Estado ni los particulares podrán derribar, puesto que de ser así, el derecho, sea el que sea, dejará de serlo.

Prieto (citado por Abad, 1992) ha dicho que el contenido esencial de un derecho fundamental es “un concepto jurídico indeterminado, cuyo alcance y significado no puede fijarse de manera general sino que ha de ser precisado en relación a cada derecho fundamental” (p.10). No obstante ello, se puede considerar que la definición dada por el Tribunal Constitucional Español, en la Sentencia 11/1981, es la que más se acerca a un concepto general de lo que se conoce como contenido esencial.

En el Perú, el Tribunal Constitucional ha manifestado sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales que:

Aunque la Constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente. (Exp. 0014-2002-AI/TC, Fundamento 94)

Castillo (2008) llega a hablar de características propias del contenido esencial de los derechos fundamentales, características que van a servir para adentrarse aún más en la comprensión de lo que son los derechos fundamentales. Así, el señalado autor asevera que el contenido esencial de un derecho fundamental es:

Limitado, lo que significa que todo derecho fundamental tiene sus propios límites, inmanentes o internos, los cuales definen el contenido *esencial* del derecho y por lo que ese derecho es identificable como tal.

Ilimitable lo que significa que ni el legislador ni nadie puede desconocer esas fronteras inmanentes o internas que vinculan de modo fuerte al poder quien no puede transgredirlas restringiendo, limitando o sacrificando el contenido constitucional del derecho fundamental que se trate.

Delimitable lo que significa que el legislador, el órgano ejecutivo y el órgano judicial van perfilando con sus normas, actos y sentencias el contenido constitucional del derecho fundamental en cada caso concreto; la labor del poder político –en todo caso- es ir perfilando y sacando a la luz esos contornos o fronteras internas e inmanentes del contenido de los derechos fundamentales. (p.80)

Como ya se dijo, es difícil dar una concepción general de lo que es el contenido esencial de los derechos fundamentales, dado que ese contenido esencial no es el mismo en todos los casos, sino que depende del derecho constitucional del que se esté hablando. Igualmente se dijo que en el Perú la garantía o principio del contenido esencial de los derechos fundamentales no está previsto de forma expresa en la Constitución, sino que es el Tribunal Constitucional el que lo ha ido desarrollado. El máximo intérprete de la Constitución, refiriéndose a los criterios usados para delimitar en un caso en concreto el contenido esencial de un derecho fundamental ha dicho en la sentencia del 03 de junio del 2005, correspondiente al Exp. 0050-2004-AI/TC, que:

(...) la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori por un acto carente de fundamento y al margen de los principios constitucionales, los valores superiores y los derechos fundamentales que la Constitución incorpora. Por lo que, a efectos de determinar el contenido esencial deberán tomarse en cuenta no solo las disposiciones constitucionales expresas, sino también los principios y valores superiores constitucionales. (...). (Fundamento 104)

Para concluir de la mejor manera, es aprovechable lo dicho por Castillo (2008) quien se atreve a establecer, de forma muy detallada y didáctica, una serie de pautas y lineamientos para delimitar el contenido esencial de los derechos fundamentales. Así, para delimitar el contenido esencial de un derecho fundamental se debe hacer lo siguiente:

1. Acudir al concreto dispositivo constitucional que recoge el derecho

El contenido constitucional de un derecho fundamental, como no podía ser de otro modo, empieza a definirse desde el mismo texto constitucional. (...) para determinar el contenido constitucional del derecho es que hay que partir de lo que dispone la Constitución sobre este.

(...)

¿Qué significa acudir al texto constitucional para definir el contenido constitucional de un derecho fundamental? Significa, (...), acudir a la concreta norma que recoge el derecho cuyo contenido se quiere delimitar. Así, por ejemplo, si nos interesa determinar el contenido de la libertad de información, nos hemos de fijar en el artículo 2º.4 CP. O si de lo que se trata es de determinar el contenido constitucional del derecho al trabajo, hemos de remitirnos al artículo 22º CP.

2. Acudir a otros dispositivos constitucionales (normas, principios y valores) relacionados con el que reconoce el derecho

Pero acudir al texto constitucional no significa simplemente detenerse en el concreto dispositivo que recoge el derecho, sino que exige acudir igualmente a aquellos otros dispositivos constitucionales que están directamente relacionados con el derecho cuyo contenido se intenta determinar por así exigirlo el principio de unidad constitucional. Como ha dicho el Tribunal Constitucional, “una de las reglas en materia de interpretación constitucional es que el proceso de comprensión de la Norma Suprema deba realizarse conforme a los principios de unidad y de concordancia práctica”.

(...).

3. Acudir a la norma internacional sobre derechos humanos vinculante para el Perú

Acudir al texto constitucional significa, en tercer lugar, acudir a la norma internacional sobre derechos humanos vinculante para el Perú. La determinación del contenido constitucional de un derecho pasa necesariamente por lo que se haya

dispuesto en la norma internacional vinculante para el Perú y la jurisprudencia de los tribunales internacionales que han interpretado y aplicado esa norma internacional. Así lo ha dispuesto el constituyente peruano en la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, y el legislador peruano (artículo V CPConst).

4. Acudir a la finalidad del derecho mismo

Pero el contenido constitucional de un derecho no solo se define acudiendo al texto normativo, sino que habrá que acudir igualmente a la naturaleza del derecho mismo, es decir, aquello por lo cual el Derecho es lo que es y no otro distinto, en la medida que el contenido del Derecho brota de la esencia (del *ontos*) misma del Derecho. Esta (...) pauta hermenéutica exige que al momento en que nos preguntemos por el contenido constitucional de un derecho, nos debamos preguntar necesariamente por la finalidad del Derecho mismo. ¿Cuál es la finalidad por la que se ha reconocido constitucionalmente un derecho? Preguntarse por la finalidad del Derecho es preguntarse “por los bienes humanos que se intentan proteger con la libertad de que se trata”, y sirve para determinar qué pretensiones o facultades caen dentro del contenido constitucional del Derecho y cuáles quedan sin cobertura constitucional.

5. Delimitar siempre en función de las circunstancias del caso en concreto

Una (...) última pauta hermenéutica para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales consiste en que la determinación del contenido constitucional del Derecho solo termina por definirse en función de las circunstancias del caso concreto. El contenido constitucional del Derecho no puede ser formulado de manera abstracta y una vez para siempre como quien encuentra una fórmula física o química. El Derecho no puede estar sujeto a los principios de la ciencia exacta sencillamente porque su materia es la conducta humana la cual no es posible encasillar en leyes físicas inmutables.

Es verdad que desde un punto meramente abstracto, (...), se pueden encontrar ya algunas directrices de lo que forma parte del contenido constitucional de un derecho

fundamental, sin embargo, no será sino en función del concreto caso en el que se defina si una concreta pretensión forma o no parte del contenido constitucional del Derecho. (pp.81-88)

4.2. De la doble dimensión

El principio de la doble dimensión de los derechos constitucionales se presenta como complemento perfecto del contenido esencial.

Según este principio, desarrollado fundamentalmente en Alemania, todo derecho constitucional tiene dos dimensiones: una objetiva y otra subjetiva.

Al respecto, Tole (2006) asegura que:

De manera que es incuestionable que no existe Estado Constitucional sin derechos fundamentales: estos derechos se convierten en la razón de ser del Estado, cuya función básica es la protección y la efectiva realización de las prerrogativas fundamentales. Bajo esta perspectiva, los derechos fundamentales se mueven en dos dimensiones: por un lado, son la expresión más inmediata de la dignidad humana, que se traduce en la posibilidad que tiene un ciudadano de reclamar la protección de determinada potestad fundamental violada o amenazada por el poder público o un particular (derechos de defensa). Esta relación jurídica bilateral indiscutiblemente presenta una vertiente sustancialmente subjetiva que garantiza al titular un estatus jurídico. En su diversidad de niveles de funciones los derechos fundamentales tienen el carácter de conferir un estatus, es decir, determinan, aseguran y limitan la posición jurídica del individuo en sus bases y en sus relaciones jurídicas con otros individuos. (...)

Pero la gran novedad del constitucionalismo actual no se encuentra en la faceta tradicional subjetiva de los derechos fundamentales, (...), sino que atañe como factor novel, la deferencia de que hay *algo más* en estos derechos que la sola relación jurídica bilateral entre titular y sujeto pasivo. De hecho, los derechos fundamentales poseen además otra significación, esta vez objetiva. (pp.256-257)

Como se puede percibir, este principio, que introduce como especial novedad la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, tiene mucho que ver con el paso del Estado Liberal al Estado Social: el Estado no puede limitarse a respetarle ciertas libertades a las personas, sino que además debe asumir activamente un rol activo para que las personas puedan ejercer sus derechos.

Castillo (2007) coincide en esto:

De algún modo el antecedente histórico-jurídico inmediato del reconocimiento de una dimensión objetiva en todos los derechos fundamentales, se encuentra en el reconocimiento de los clásicamente “derechos sociales”, que fueron recogidos en los textos constitucionales en las primeras constituciones del siglo pasado con el advenimiento del llamado Estado Social. (p.281)

Entonces, la dimensión objetiva se presenta como el “deber ser que corresponde a los derechos fundamentales en conjunto y a cada uno de ellos en particular, es decir, son principios objetivos que imponen mandatos de actuación y deberes de protección a todos los destinatarios de la Constitución (poderes públicos y particulares)” (Tole, 2006, p.258).

En virtud a la dimensión objetiva, el Estado asume diversas obligaciones, algunas de ellas de naturaleza económica. Pero, las más numerosas y principales no son las económicas, sino las legislativas, administrativas y judiciales. Entonces, y por una cuestión lógica, el Estado protegerá y favorecerá a la protección de un derecho constitucional mediante actuaciones legislativas, administrativas y judiciales:

Es decir, el poder público cumple su obligación de favorecimiento de un derecho fundamental cuando aprueba la ley (orgánica) de desarrollo del precepto constitucional que recoge un derecho fundamental y que ha supeditado a una posterior ley su total o más pleno ejercicio. De igual forma, el poder público a través de los tribunales ordinarios y a través del Tribunal Constitucional, cumple su obligación de promover el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, cuando en los casos concretos que tiene por resolver y que involucran derechos fundamentales, los resuelve intentando una seria y efectiva defensa y

garantía del derecho fundamental implicado. Más aun cuando se trata de órganos encargados de resolver, en primera o última instancia, acciones de amparo, de habeas corpus y habeas data, dirigidas a proteger derechos constitucionales.

Y por fin, el poder público cumple su obligación de favorecimiento de los derechos fundamentales a través de su función ejecutiva cuando dispone los reglamentos correspondientes para hacer (plenamente) aplicables las leyes de desarrollo de derechos constitucionales, cuando dispone la organización de un servicio público que facilite el ejercicio de determinados derechos fundamentales, o cuando planifica y ejecuta distintas políticas sociales. (...). (Castillo, 2007, pp.283-284)

Todos los derechos constitucionales tienen una dimensión subjetiva y una dimensión objetiva. Empero, eso no implica que todos los derechos tengan esas dimensiones en la misma intensidad o proporción, por así decirlo. Cada derecho presenta ambas dimensiones, pero en distinta intensidad. Por ejemplo, en derechos como el de libertad de expresión, está más marcada la dimensión subjetiva que la objetiva, mientras que en derechos como el derecho a la educación o a la salud, está más marcada la dimensión objetiva que la subjetiva.

Finalmente, en lo que concierne al Perú, el Tribunal Constitucional ha reconocido el principio de doble dimensión de los derechos fundamentales en la sentencia del 13 de marzo del 2003 correspondiente al Exp. 976-2001-AA/TC:

Hoy, desde luego, los derechos fundamentales no son sólo derechos públicos subjetivos, esto es, libertades que garantizan sólo un *status negativus*, la preservación de un ámbito de autonomía personal oponible al Estado. A juicio del Tribunal Constitucional, al lado de la idea de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, también hay que reconocer en ellos el establecimiento de verdaderos valores supremos, es decir, el componente estructural básico del orden constitucional, “en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; (...) el fundamento del orden jurídico y de la paz social.

(...)

Ello significa que los derechos fundamentales no sólo demandan abstenciones o que se respete el ámbito de autonomía individual garantizado en su condición de derechos subjetivos, sino también verdaderos mandatos de actuación y deberes protección especial de los poderes públicos, al mismo tiempo que informan y se irradian las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites de la autonomía privada. (Fundamento 5)

5. El derecho a la salud

Habiéndose cumplido con explicar todo lo vinculado con los derechos sociales, toca ahora centrarse en aquel derecho social que es de particular interés para el investigador: el derecho a la salud.

5.1. Definición de salud

Para el Diccionario de la Real Academia Española (R.A.E., s.f.), la salud es un “estado en el que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones”.

También se define a la salud como un “estado en el que un ser u organismo vivo no tiene ninguna lesión ni padece ninguna enfermedad y ejerce con normalidad todas sus funciones” (Universidad de Oxford, s.f.).

Por su parte, la Organización Mundial de la Salud (O.M.S., 1946), en el Preámbulo de su Constitución, define a la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (p.1).

A nivel jurisprudencial, el T.C. en la sentencia expedida en el Exp. 2945-2003-AA, ha intentado, también, dar una definición de lo que se entiende por salud: “La salud puede ser entendida como el funcionamiento armónico del organismo tanto del aspecto físico como psicológico del ser humano. (...)” (Fundamento 30).

Es importante extraer, de las definiciones dadas, que la salud no sólo implica estar bien físicamente, sino también psicológica o mentalmente. Se trae esto a colación porque en el Perú la existencia de trastornos mentales como la depresión, la ansiedad o la bipolaridad, así como las consecuencias que tales trastornos pueden ocasionar, ya sea en la propia persona que lo padece o en las personas que lo rodean, no son tan tenidas en cuenta por el Estado. Producto de ello, la mayoría de personas que padecen estas enfermedades ni siquiera saben que están enfermos y que necesitan de un tratamiento especializado.

A nivel nacional, por ejemplo, existen diversas estadísticas, extraídas de distintos diarios, que dan cuenta, por una parte, de la poca salud mental de los peruanos, y por otra, de la poca atención que se le da a este tema, a pesar de ser algo notorio.

En el diario Perú 21 (2018) se da cuenta de lo siguiente:

- A través de los 31 Centros de Salud Mental Comunitarios (...), se han atendido a casi 2 millones de personas y llama mucho la atención que el 70% de pacientes sean niños y jóvenes menores de 18 años.
- (...), el 20 % de niños y adolescentes peruanos tiene afectada su salud mental o tiene alguna vulnerabilidad que puede perjudicar su proceso educativo; es decir, que uno de cada cinco (casi un millón) necesitaría ayuda para superar dicha problemática.
- (...) hay un 20% o 25% de adolescentes que tienen deseos de morir y un 10% o 15% que intenta llevar a cabo su intención.

En el diario Publimetro (2018) se indica lo siguiente:

- (...) el 15% de la población peruana, vale decir 5 millones de peruanos, sufre de una enfermedad mental, llámese depresión, ansiedad, bipolaridad, psicosis y esquizofrenia.
- El 80% de los peruanos con trastornos mentales no recibe tratamiento, es decir de los 6 millones de potenciales pacientes, sólo un millón es atendido por especialistas del Ministerio de Salud.
- En otros países se destina hasta el 5% de su presupuesto a la salud mental, según datos de la OMS, y en el Perú sólo el 0,05%.

Finalmente, La República (2018) informa que en el Perú:

- 8.486.184 personas han sido afectadas por al menos un trastorno mental alguna vez en su vida.
- 4.909.076 personas mayores de 12 años presentaron un trastorno mental durante el 2016.
- 1.839.161 personas mayores de 12 años tuvieron un trastorno depresivo en el año 2016.
- 241.987 personas de 12 años a más tuvieron un trastorno psicótico en el año 2016.

En conclusión, salud implica no sólo estar bien a nivel físico, sino también a nivel emocional y psicológico. Esto es sumamente importante porque, como se ha manifestado, este tipo de enfermedades puede tener consecuencias nefastas como suicidios, homicidios, matanzas, asesinatos, feminicidios, entre otros. Cabría preguntarse si tipos como Stephen Paddock, quién mató en las Vegas a 58 personas, o Carlos Hualpa Vacas, quien quemó a Eyvi Ágredda Marchena porque no aceptó ser su enamorada, hubieran sido capaces de cometer sus crímenes en caso de estar bien mentalmente. He ahí la importancia de no infravalorar el aspecto mental y psicológico de toda persona.

5.2. El derecho a la salud en la Constitución Política del Perú y en los tratados internacionales en los cuales el Perú es parte

5.2.1. En la Constitución Política del Perú

- Art. 7

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

- Art. 9

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

➤ Art. 11

El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud (...), a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.

(...).

5.2.2. En los Tratados Internacionales de los cuales el Perú es parte

La IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú prescribe que: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”

Por esta razón, es necesario considerar, también, aquellos tratados sobre derechos humanos de los cuales el Perú es parte, y en los cuales se reconoce al derecho a la salud.

Así, de acuerdo con Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS, 2012), algunos de los tratados en los cuales el Perú es parte, que han reconocido el derecho a la salud son los siguientes:

5.2.2.1. En el sistema universal de protección de derechos humanos

➤ **Declaración Universal de derechos humanos**

Art. 25

1. 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 necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad,

invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

(...).

➤ **Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales**

Art. 12

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

(...).

➤ **Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial**

Art. 5

En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

(...)

e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular:

(...)

iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales;

(...).

➤ **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer**

Art. 12

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

(...).

➤ **Convención sobre los derechos del niño**

Art. 24

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzaran por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

(...).

➤ **Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares**

Art. 28

Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo.

(...)

Art. 43

1. Los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con:

(...)

e) El acceso a los servicios sociales y de salud, siempre que se hayan satisfecho los requisitos establecidos para la participación en los planes correspondientes;

(...).

Art. 45

1. Los familiares de los trabajadores migratorios gozarán, en el Estado de empleo, de igualdad de trato respecto de los nacionales de ese Estado en relación con:

(...)

c) El acceso a los servicios sociales y de salud, a condición de que se cumplan los requisitos para la participación en los planes correspondientes;

(...).

➤ **Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad**

Art. 25

Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivo de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en

cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud.
(...).

➤ **Convenio N° 169 de la Organización Internacional de Trabajo sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes**

Art. 7

(...)

1. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento

(...).

5.2.2.2. En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos

➤ **Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre**

Art. XI

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

➤ **Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales**

Art. 10

Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

(...).

5.3. Aspectos esenciales del derecho a la salud

Los aspectos esenciales de los derechos sociales, que anteriormente se han tratado, son totalmente aplicables al derecho a la salud, al ser éste un derecho social. Sin embargo, siendo el derecho a la salud lo que importa en la presente investigación, se trasladarán dichos aspectos de un campo general (derechos sociales) a uno más específico (derecho a la salud).

5.3.1. Vinculación entre el derecho a la salud y los derechos fundamentales

Se ha dicho que entre todos los derechos fundamentales hay una relación de complementariedad y de interrelación que hace que todos estén vinculados entre sí, no pudiéndose hablar de divisiones y oposiciones entre los distintos derechos.

El derecho a la salud como derecho fundamental no es ajeno a ello.

A nivel internacional, la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre ha establecido, en su Art. XI, que “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.”

Rubio (1999) sostiene que este artículo de la citada Declaración resulta importante porque “vincula la salud a la alimentación, el vestido, la vivienda y, recién, a la asistencia médica. Es decir, la salud está preservada por la satisfacción de ciertas necesidades básicas (...). Sin ellas, el problema de la salud no tiene solución sino paliativos. (...)” (pp.87-88).

De igual forma, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General N° 14 ha indicado que “la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos” (Párrafo 1). Ya entrando en detalles, en la misma Observación se ha dicho que:

(...)

3. El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud.

4. (...) el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas puedan llevar una vida, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano.

(...)

11. El Comité interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuada de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. (...).

A nivel nacional, el Tribunal Constitucional ha reconocido esa innegable relación entre la salud y los demás derechos humanos.

Por ejemplo, en la sentencia correspondiente al Exp. 1711-2004-AA/TC, el Tribunal señaló que “la salud tiene la característica de ser, por un lado, un derecho en sí mismo y, por el otro, condición habilitante para el ejercicio de otros derechos” (Fundamento 2).

Sobre el carácter de condición habilitante para el ejercicio de otros derechos, que tiene el derecho a la salud, particular importancia reviste la vinculación directa que hay entre el derecho a la salud y el derecho a la vida. Y es que si no hay salud es poco probable que haya vida. El derecho a la vida, entonces, depende en gran medida del derecho a la salud, puesto que, de no concretarse en la realidad un efectivo ejercicio del derecho a la salud, es seguro que eso afectará directamente al derecho a la vida. En suma, para que una persona pueda vivir tiene que gozar de salud. Así de simple.

El Tribunal Constitucional ha reconocido esa trascendental relación entre ambos derechos:

La salud es un derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida, y la vinculación entre ambos derechos es irresoluble, ya que la presencia de una enfermedad o patología puede conducirnos a la muerte o, en todo caso, desmejorar la calidad de vida. (Exp. 2945-2003-AA/TC, Fundamento 28)

5.3.2. Elementos esenciales del derecho a la salud

El Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales ha indicado que el derecho a la salud debe cumplir con cuatro elementos esenciales. Esos elementos son una lista de cualidades que debería tener el derecho a la salud en todo Estado.

Así, en la Observación General N° 14 se ha expresado que:

12. El derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte:

a) *Disponibilidad.* Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de salud, así como de programas. La naturaleza precisa de los establecimientos, bienes y servicios dependerá de diversos factores, en particular el nivel de desarrollo del Estado Parte. Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de

la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamento esenciales de la OMS.

b) *Accesibilidad*. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna (...).

ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial, los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.

iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares

más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

iv) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.

c) *Aceptabilidad*. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.

d) *Calidad*. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

5.3.3. Obligaciones de los Estados respecto del derecho a la salud

Este punto viene de la mano con el punto previamente desarrollado. Así, mientras que en el anterior punto se hablaba de las cualidades que debería tener el derecho a la salud en todo Estado, en este punto se tratará lo referente a las obligaciones que todo Estado tiene respecto del derecho a la salud. El cumplimiento de estas obligaciones va a permitir que el derecho a la salud alcance las cualidades descritas en el punto anterior.

Ahora bien, cuando se desarrollaron las obligaciones de los Estados respecto de los derechos sociales, se lograron distinguir tres obligaciones generales: la de respetar, la de proteger o garantizar, y la de cumplir o satisfacer los derechos sociales (esta última comprende las

obligaciones de facilitar y promover el derecho). Estas obligaciones también son plenamente aplicables al derecho a salud, por ser, no se olvide, un derecho social.

Ningún intento de explicar en qué consisten dichas obligaciones, cuando de salud se habla, va a superar a la explicación dada por el mismo Comité de Derechos Económicos en la Observación General N° 14:

34. En particular, los Estados tienen la obligación de *respetar* el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos, los detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud, preventivos, curativos y paliativos; abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado; y abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer. (...).

(...). Los Estados deben abstenerse asimismo de contaminar ilegalmente la atmosfera, el agua y la tierra, por ejemplo, mediante los desechos industriales de las instalaciones de propiedad del Estado, utilizar o ensayar armas nucleares, biológicas o químicas si, como resultado de esos ensayos, se liberan sustancias nocivas para la salud del ser humano, o limitar el acceso a los servicios de salud como medida punitiva, por ejemplo durante conflictos armados, en violación del derecho internacional humanitario.

35. Las obligaciones de *proteger* incluyen, entre otras, las obligaciones de los Estados de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de salud, controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología. (...).

36. La obligación de *cumplir* requiere, en particular, que los Estados Partes reconozcan suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos nacionales, de preferencia mediante la aplicación de leyes, y adopten una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio del derecho a la salud. Los Estados deben garantizar la atención de la salud, en particular estableciendo programas de inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, y velar por el acceso igual de todos a los factores determinantes básicos de la salud, como alimentos nutritivos sanos y agua potable, servicios básicos de saneamiento y vivienda y condiciones de vida adecuadas. (...). Los Estados tiene que velar por la apropiada formación de facultativos y demás personal médico, la existencia de un número suficiente de hospitales, clínicas y otros centros de salud, así como por la promoción y el apoyo a la creación de instituciones que prestan asesoramiento y servicios de salud mental, teniendo debidamente en cuenta la distribución equitativa a lo largo del país. (...).

37. La obligación de *cumplir (facilitar)* requiere en particular que los Estados adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades disfrutar del derecho a la salud. Los Estados Partes también tienen la obligación de *cumplir (facilitar)* un derecho específico enunciado en el Pacto en los casos en que los particulares o los grupos no estén en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición.

La obligación de *cumplir (promover)* el derecho a la salud requiere que los Estados emprendan actividades para promover, mantener y restablecer la salud de la población. Entre esas obligaciones figuran las siguientes: i) fomentar el reconocimiento de los factores que contribuyen al logro resultados positivos en materia de salud, por ejemplo, la realización de investigaciones y el suministro de información; ii) velar por que los servicios de salud sean apropiados desde el punto de vista cultural y el personal sanitario sea formado de manera que reconozca y responda a las necesidades concretas de los grupos vulnerables o marginados; iii) velar por que el Estado cumpla sus obligaciones en lo referente a la difusión de información apropiada acerca de la forma de vivir y la alimentación sanas, así como acerca de la practicas tradicionales nocivas y la

disponibilidad de servicios; iv) apoyar a las personas a adoptar, con conocimiento de causa, decisiones por lo que respecta a su salud.

5.3.4. El derecho a la salud como verdadero derecho subjetivo y su consecuente exigibilidad judicial

Siendo el derecho a la salud un derecho social, ocurrió con éste lo mismo que se ha dicho respecto de los derechos sociales en general: su cuestionamiento como verdadero derecho subjetivo y consecuentemente su cuestionamiento acerca de si son justiciables o no.

Esa discusión ha sido totalmente superada, considerándose en la actualidad que la salud es un verdadero derecho subjetivo y que resulta por lo tanto exigible judicialmente.

Para constatar ello, basta remitirse al Art. 3 de la Constitución el cual hace una equiparación entre todos los derechos fundamentales (aspecto ya desarrollado cuando se habló de justiciabilidad de derechos sociales, punto al cual es conveniente remitirse) y al también importante Art. 37 del Código Procesal Constitucional el cual, en su numeral 24, reconoce al derecho a la salud como uno de los derechos protegidos por el proceso de amparo.

A pesar de ello, es preciso referirse brevemente al camino que ha tenido que seguir el derecho a la salud para que sea reconocido como un verdadero derecho subjetivo.

Se puede comenzar diciendo que el derecho a la salud, al igual que los demás derechos sociales, empezó como, si se quiere, “una expectativa de derecho”, pero no como un derecho. Como ya se dijo, sólo los derechos civiles y políticos eran considerados como verdaderos derechos subjetivos, contenidos en normas operativas, a diferencia de los derechos sociales que eran considerados como expectativas o promesas de derechos, o como derechos contenidos en normas programáticas. La diferencia entre ambas es sustancial: mientras que los primeros imponen al Estado un deber de respetar, los segundos le imponen un deber de hacer. Esto significa que mientras que los primeros facultan a exigir al Estado, de forma inmediata, su ejecución; los segundos no dan esa posibilidad.

Y es que como señala Quijano (2016) el derecho programático es:

Un derecho de los ciudadanos que constituye un deber de hacer por parte del Estado, un mandato de optimización, una obligación de conferirlo en la medida de sus posibilidades, maximizando sus escasos recursos; en otras palabras, se trataría de disposiciones de carácter organizativo del Estado, instrucciones para la construcción de políticas públicas, el compromiso de crear condiciones favorables. En consecuencia, los derechos programáticos no facultarían a los ciudadanos a exigir judicialmente su ejecución inmediata, en principio. (p.313)

Como se puede ver, el problema se presenta de difícil solución: si el derecho a la salud es un derecho de carácter programático, ¿cómo puede exigirse ante los tribunales su ejecución o cómo defenderse en caso de que dicho derecho se vea vulnerado?

Se debe tener en cuenta que en diversas Constituciones, como la italiana (Art. 32), la japonesa (Art. 25), la australiana (Art. 51), la china (Art. 157), y la peruana (Art. 7 y 9), el derecho a la salud aparece reconocido como un derecho programático, no siendo incluido en el catálogo de derecho de las personas (derechos operativos). Así por ejemplo, en el Art. 2 de la Constitución peruana no se considera al derecho a la salud.

Quijano (2016) asevera que las primeras soluciones ante esa encrucijada fueron dadas por los máximos intérpretes de la Constitución: los Tribunales Constitucionales, los cuales intentaron dar una solución con dos posiciones parecidas, pero no exactamente iguales, presentando algunas diferencias sustanciales (p.313).

La primera solución fue dada desde un enfoque conservador, el cual “subordina la protección constitucional del derecho a la salud a que éste se encuentre vinculado con otros derechos fundamentales: la integridad personal o física, la vida o el libre desarrollo de la personalidad” (Quijano, 2016, p.313).

El Tribunal Constitucional Español dijo, por ejemplo, en la Sentencia N° 35/1996 que:

(...) el derecho a la salud, o mejor aún, el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal (...) si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental

a la integridad física y moral, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma. (Fundamento 3)

El Tribunal Constitucional Peruano también ha emitido pronunciamientos en ese sentido.

Por ejemplo, en el fundamento 6 de la sentencia del Exp.2945-2003-AA/TC dijo que:

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

Mientras que en la sentencia emitida en el Exp. 2016-2004-AA/TC (citado por Gaceta Jurídica, 2006, p.227) señaló que:

La salud es un derecho fundamental por su relación insuperable con el derecho a la vida; y la vinculación entre ambos es irresoluble, ya que la presencia de una patología o enfermedad puede conducirnos a la muerte o, en todo caso, desmejorar la calidad de vida. (...). (Fundamento 27)

Similar pronunciamiento tuvo en el Caso Juan Islas Trinidad y otros, en donde afirmó lo siguiente:

Si bien el derecho a la salud no está contenido en el capítulo de derechos fundamentales, su inescindible conexión con el derecho a la vida (art. 2), a la integridad (art. 2) y el principio de dignidad (art. 1 y 3), lo configuran como un derecho fundamental indiscutible, pues constituye “condición indispensable para el desarrollo humano y medio

fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo”. (Exp. 1429-2002-HC/TC, fundamento 14)

El otro enfoque es el progresista, siendo la precursora en este enfoque la Corte Constitucional de Colombia, la cual consideró al derecho a la salud como “derecho fundamental operativo, independientemente de no haber sido incluido expresamente en el catálogo de derechos de las personas de su Constitución, por considerar que se trata de un derecho implícito en la norma, pues ésta englobaría a todos los derechos fundamentales, no sólo a los de la nómina. Es en la Sentencia T-760/08 en donde se reconoce que el derecho a la salud es un derecho subjetivo, con la misma aplicación inmediata, esencialidad e inalienabilidad de los llamados derechos de las personas. Se afirma que el hecho de que no aparezca expresamente como derecho en el texto constitucional, ello no implica que no lo sea, puesto que debe evitarse una lectura restrictiva y textualista de la carta de derechos y adoptar, más bien, una concepción generosa y expansiva, de tal forma que se entienda que no todos los derechos están consagrados expresamente en el texto (Quijano, 2016, p. 314).

Landa (2012) se ha referido, también, a los colombianos como precursores de este tipo de enfoque:

En Colombia (...), los jueces y Salas del Poder Judicial que tramitan la tutela del derecho a la salud, han empezado a concebirlo como un derecho autónomo, susceptible de protección directa a través del proceso de tutela, equivalente al proceso de amparo, sin tener que fundamentarse en derechos conexos. (pp. 232-233)

A nivel nacional, León (2014) asevera que el Tribunal Constitucional hace una “inflexión de su jurisprudencia y sienta el criterio definitivo de que el derecho a la salud goza de un grado de *autonomía* ius-fundamental que no depende de su relación con el derecho a la vida u otros”, en el caso Internos de la Sala de Hospitalización de Adicciones del Institucional Nacional de Salud Mental Honorio Delgado-Hideyo Noguchi (Exp. 5842-2006-PHC/TC).

Y es efectivamente en el Fundamento 48 de la sentencia correspondiente a dicho expediente, en donde el Tribunal Constitucional marca posición y le otorga, al derecho a la salud, la calidad de derecho autónomo:

Pero quizás donde el TC ha de optimizar su posición es respecto a la autonomía del derecho fundamental a la salud. 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 excluyente, (...).

Es el enfoque progresista el que prima en la actualidad considerándose al derecho a la salud, como un derecho autónomo, subjetivo y exigible judicialmente.

Ese enfoque, una vez asentado en el Perú, tuvo como uno de sus frutos el hecho de que el legislador peruano en el Código Procesal Constitucional considere al derecho a la salud como un derecho que puede protegerse mediante el proceso de amparo, reconociéndole, ahora sí de forma expresa, su carácter de derecho fundamental operativo, exigible y tutelable.

Como Quijano (2016) asevera, “la generalizada concepción del derecho a la salud, de ser, exclusivamente, un derecho fundamental programático, obedece a un momento de la historia; la noción ha evolucionado hacia un reconocimiento formal de su dimensión de derecho fundamental operativo, exigible y tutelable” (p. 315).

5.4. ¿Qué se entiende por derecho a la salud?

De lo indicado en las líneas precedentes, queda claro que el derecho constitucional a la salud tiene un reconocimiento nacional, en la Constitución Política del Perú, e internacional, en los tratados en los cuales el Perú es parte.

Su prolífico reconocimiento a nivel mundial, de forma muy sucinta, a veces, limitándose únicamente a reconocer el derecho a la salud, y de forma más extensa y amplia, en otras oportunidades, enunciando una serie de aspectos o condiciones que formarían parte del derecho a la salud, hace que sea difícil dar una definición absoluta e indiscutible de lo qué es el derecho a la salud.

A ello se le debe añadir la estrecha relación que existe entre el derecho a la salud y los demás derechos, lo cual hace difícil proponer una definición pura de derecho a la salud, una definición que no peca de inmiscuirse con los derechos con los que se relaciona.

Sin embargo, en base a los aspectos desarrollados en los acápites anteriores, se intentará dar una definición del derecho a la salud, esperando que ésta sea lo más “pura”, si es que cabe el término, posible.

Entonces, el derecho a la salud es:

El derecho fundamental que tiene toda persona a vivir en un estado de integro bienestar, lo cual significa que el derecho a la salud no se limita al estado físico de la persona, sino que también comprende el estado social y mental. Ello lo convierte en un derecho de particular importancia, puesto que termina siendo una condición habilitante y necesaria de satisfacer para la existencia de otros derechos como el derecho a la integridad personal, al libre desarrollo, y, especialmente, el derecho a la vida. Dada su importancia, la concepción de la salud como una promesa o expectativa de derecho, o como un derecho contenido en una norma programática, ha sido totalmente superada, concibiéndose, en la actualidad, que el derecho a la salud es un verdadero derecho subjetivo y autónomo que como tal puede exigirse ante los tribunales de justicia.

5.5. Contenido esencial y dimensiones del derecho a la salud

Se ha dicho lo difícil que resulta conceptualizar al contenido esencial, pudiéndose, a lo máximo, darse o formularse un concepto muy general. La dificultad que se presenta al intentar definir al contenido esencial radica en que éste depende del derecho esencial del que se esté hablando. Es decir, el contenido esencial no es algo uniforme u homogéneo, sino que, más bien, se presenta como algo cambiante y variable, dependiendo del derecho del que se hable y de las circunstancias del caso en concreto.

Por lo tanto, resulta difícil enumerar o intentar dar una lista taxativa de lo que forma parte o no del contenido esencial del derecho a la salud.

Por tal motivo, es oportuno remitirse a lo que el Tribunal Constitucional ha dicho en algunas de las sentencias en las que ha resuelto, justamente, casos relacionados con el derecho a la salud, para, en base a ello, poder tener una idea de lo que constituye el contenido esencial del derecho a la salud. Esta jurisprudencia va a servir también para formarse una idea de lo que forma parte de las dimensiones (objetiva y subjetiva) del derecho constitucional a la salud.

a) Exp. 1429-2002-HC/TC

En este expediente se resolvió un habeas corpus presentado contra el Ministro de Justicia (Fernando Olivera Vega), el Ministro del Interior (Fernando Rospigliosi) y el Jefe del INPE, con el fin de que se disponga el cese del aislamiento, incomunicación y las condiciones humillantes, degradantes e inhumanas de reclusión de treinta y cuatro internos trasladados al Establecimiento Penal de Challapalca, y se ordene su retorno al lugar de origen, el Establecimiento Penal “Miguel Castro Castro” de Lima. Se declaró fundada la demanda por comprobarse que los reclusos afectados contaban con un estado de salud precario, clínicamente comprobando, agravado esto por el hecho de encontrarse en una prisión con esas condiciones y con esa ubicación geográfica. En la sentencia el Tribunal Constitucional señala lo siguiente:

12. El Artículo 7 de la Constitución Política del Estado establece que “(...) Todos tienen derecho a la protección de su salud (...) así como el deber de contribuir a su promoción y defensa”. La salud es entendida como “Estado en el que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones”, (...). Puede considerarse, entonces, como la facultad inherente a todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como psíquica, así como de restituirlo ante una situación de perturbación del mismo.

13. Así las cosas, el derecho a la salud se proyecta como la conservación y el restablecimiento de ese estado. Implica, por consiguiente, el deber de que nadie, ni el Estado ni un particular, lo afecte o menoscabe. Hay, desde tal perspectiva la proyección de la salud como un típico derecho reaccional o de abstención, de incidir en su esfera. Pero también, como en la mayoría de derechos constitucionales, el de la salud presenta una dimensión positiva que lo configura como un típico derecho “prestacional”, vale

decir, un derecho cuya satisfacción requiere acciones prestacionales. Esta manifestación del derecho se manifiesta con especial énfasis en el artículo 12 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

b) Exp. 2945-2003-AA/TC

En este expediente se resolvió un amparo presentado por Azanca Alheli Meza García contra el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Salud, a fin de que se le otorgue atención médica integral en su condición de paciente con VIH/SIDA, la cual incluiría la provisión constante de medicamentos necesarios para el tratamiento de VIH/SIDA, que debería efectuarse a través del programa del Hospital Dos de Mayo, y la realización de exámenes periódicos, así como las pruebas de CD4 y carga viral, ambos a solicitud del médico tratante y/o cuando la necesidad de urgencia lo requiera. En este caso, el Tribunal decidió entregar el tratamiento solicitado por la demandante, a pesar que en la ley aún no se había implementado dicha entrega. Fundamenta su pronunciamiento no sólo en el hecho de que existía una afectación potencial del derecho a la vida del recurrente, sino que también recurre a la propia legislación de la materia, la cual ha dispuesto la máxima protección de los enfermos de SIDA (Ley 28243, y al hecho de que en ese momento se venía promocionando una campaña de tratamiento gratuito de antirretrovirales para pacientes en condición de extrema pobreza, en cuyo grupo debía ser considerada la demandante). Es relevante lo siguiente:

28. La salud es un derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida, y la vinculación entre ambos derechos es irresoluble, ya que la presencia de una patología o enfermedad puede conducirnos a la muerte o, en todo caso, desmejorar la calidad de vida. Entonces, es evidente la necesidad de proceder a las acciones encaminadas a instrumentalizar las medidas dirigidas a cuidar la vida, lo que supone el tratamiento orientado a atacar las manifestaciones de cualquier enfermedad para impedir su desarrollo o morigerar sus efectos, tratando, en lo posible, de facilitar los medios que al enfermo le permitan desenvolver su propia personalidad dentro de su medio social.

El derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se

presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe proteger tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertirse en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido.

(...)

43. Es importante que, a colación del presente caso, el Tribunal deje sentada su posición respecto a la ejecución de políticas sociales para la máxima realización de los derechos que estas involucran y, en ese sentido, considera que es responsabilidad del Estado priorizar la recaudación y la distribución presupuestal en este tipo de planes.

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

45. La inversión social en casos como el de autos no se restringe a la atención de la persona ya infectada con VIH/SIDA, buscando paliar los efectos de la enfermedad, de modo tal que dicho individuo continúe aportando socialmente a través de sus capacidades, sino que se debe contar con un enfoque mayor en la etapa de prevención de la enfermedad, mediante programas de educación sexual e información pública sobre las consecuencias que genera la enfermedad, tanto en la persona como en la sociedad.

c) Exp. 2002-2006-AC/TC

En este expediente el Tribunal Constitucional resolvió una demanda de cumplimiento planteada por Pablo Fabián Miguel Martínez contra el Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental, en la cual solicita que se adopten las medidas necesarias para recuperar la

calidad ambiental del Distrito de la Oroya, el cual como consecuencia de las actividades mineras se encontraba gravemente contaminado, afectando la salud de todos sus pobladores. El Tribunal declara fundada la demanda puesto que considera que el Estado había omitido establecer de forma eficaz las acciones destinadas a establecer programas de vigilancia epidemiológica y ambiental en la ciudad de La Oroya. Se encuentran relevantes los siguientes fundamentos:

61. El mandato contenido en las referidas disposiciones, cuyo cumplimiento es responsabilidad del Ministerio de Salud, se encuentra indisolublemente ligado a la protección del derecho fundamental a la salud. No es válido sostener que la protección de este derecho fundamental, por su dimensión de derecho social, deba diferirse en el tiempo a la espera de determinadas políticas de Estado. Tal protección debe ser inmediata, pues la grave situación que atraviesan los niños y mujeres gestantes contaminadas, exige del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, dado que, en este caso, el derecho a la salud se presenta como un derecho exigible y, como tal, de ineludible atención. (...).

(...)

73. Sobre el particular, este Colegiado considera que, si bien en la labor de atención de la salud de la población es importante una actuación conjunta entre el Ministerio de Salud y empresas privadas, ante situaciones de grave alteración de la salud como la contaminación por plomo en sangre, como sucede en el caso de los niños y mujeres gestantes de la ciudad de La Oroya, el Ministerio de Salud, dada su condición de ente rector del sector Salud, es el principal responsable de la recuperación inmediata de la salud de los pobladores afectados, debiendo priorizarse a los niños y mujeres gestantes. En consecuencia, teniendo en cuenta que, conforme se ha acreditado en los párrafos precedentes, existe exceso de concentración de contaminantes en el aire de la Ciudad de la Oroya, debe ordenarse al Ministerio de Salud la realización de todas las acciones dirigidas a declarar el estado de alerta, (...), de modo tal que se establezcan medidas inmediatas con el propósito de disminuir el riesgo de salud en esa localidad.

d) Exp. 2480-2008-PA/TC

En este caso el Tribunal Constitucional resolvió el recurso de agravio constitucional planteada en el proceso de amparo seguido por Matilde Villafuerte Vda. De Medina a favor de su hijo Ramón Medina Villafuerte, solicitándose que se deje sin efecto un informe médico psiquiátrico de Alta, que recomienda la alta de don Ramón Medina Villafuerte del Centro de Rehabilitación Integral para Pacientes Crónicos del Hospital 1–Huarica-Pasco, y que se ordene al Seguro Social de Salud (EsSalud) que le otorgue a don Ramón Medina Villafuerte atención médica y hospitalaria permanente e indefinida, así como la provisión de medicamentos necesarios para el tratamiento de su enfermedad mental, puesto que el Sr. Medina Villafuerte padecía de esquizofrenia paranoide episódica con tendencia suicida, de modo que para su tratamiento necesita estar internado de manera indefinida y ser atendido por un equipo multidisciplinario, ya que su estado mental es crónico, permanente e indefinido. Se declara fundada la demanda de amparo por cuanto se considera que la enfermedad que padece el Sr. Ramón Medina es crónica y degenerativa, requiriendo continuos cuidados y una asistencia prolongada; además que su madre no se encontraba en las condiciones físicas y económicas como para encargarse de su hijo, puesto que tenía más de 70 años, padecía de osteoporosis, déficit visual en ambos ojos y disminución en sus funciones intelectuales. Resulta necesario citar los siguientes fundamentos:

5. El derecho a la salud se encuentra reconocido en el artículo 7.º de la Constitución, según el cual todas las personas tienen el “derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa”. La protección del derecho a la salud en el artículo 13.º de la Constitución se plantea como un principio rector de la política pública, social y económica del Estado, que se ejecuta a través del Poder Ejecutivo, el cual a su vez se encarga de diseñar, normar y supervisar su aplicación en forma plural y descentralizada.

6. En su dimensión de libertad, el derecho a la salud implica la facultad inherente a todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como psíquica y social, así como de prevenirlo y restituirlo ante una situación de perturbación del mismo. Es decir, garantiza el derecho de las personas a alcanzar y preservar un estado

de plenitud física, psíquica y social, razón por la cual el Estado debe efectuar acciones de prevención, conservación y restablecimiento, con la finalidad de que todas las personas disfruten del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, para que tengan, cada día, una mejor calidad de vida y ello porque el concepto de persona humana comprende aspectos tanto materiales, físicos y biológicos, como espirituales, mentales y psíquicos.

7. En su dimensión prestacional, la salud es un derecho fundamental cuya satisfacción requiere de acciones prestacionales, que como lo prevé el artículo 11° de la Constitución, pueden brindarse a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Por ello, debe reconocerse que la salud también es un servicio público de tipo asistencial, que requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable su eficacia en la práctica, de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de modo efectivo y eficaz.

8. En este contexto, la salud como servicio público garantiza que las prestaciones sean ofrecidas de modo ininterrumpido, constante e integral debido a que está de por medio la protección de derechos fundamentales, como la vida, la integridad y la dignidad humana. De este modo, la protección real y efectiva del derecho a la salud se garantiza mediante prestaciones eficaces, regulares, continuas, oportunas y de calidad, que también sean, simultáneamente universales e integrales.

9. En tal sentido, todas las personas tienen el derecho de poder acceder al servicio de salud y el Estado se encuentra obligado a organizar, dirigir, reglamentar, garantizar y supervisar su prestación de conformidad con los principios de continuidad en la prestación del servicio, eficacia, eficiencia, universalidad, solidaridad, integridad y progresividad. 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 dignidad.

10. El derecho a la salud mental se encuentra reconocido en las fuentes normativas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, según el artículo 12.° del Pacto

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, toda persona tiene derecho al “disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Por su parte, el Protocolo de San Salvador prevé, en su artículo 10.º, que toda “persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”.

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

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

(...)

15. Pues bien, teniendo presente que el derecho a la salud mental tiene por finalidad la protección de los derechos a la salud, a la integridad personal y a una vida en condiciones dignas, corresponde señalar de manera enunciativa las manifestaciones que integran su contenido y que pueden ser ejercidas y exigidas. Así pues, que el derecho a la salud mental comprende:

- a. El derecho a acceder a tratamientos adecuados e idóneos, sean ellos de orden preventivo, curativo o paliativo, cuando las personas tengan problemas para disfrutar del más alto nivel posible de salud mental, tratamientos que deben formar

parte del sistema de salud y seguridad social. La ausencia de un tratamiento con los estándares más altos de calidad puede poner en riesgo la vida de las personas e incluso ocasionarles un perjuicio irremediable.

b. El derecho a que la atención médica sea integral, es decir, que comprenda todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados, así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud mental del paciente.

e) Exp. 0033-2010-PI/TC

Se trata de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el 25% del número legal de congresistas contra los artículos 17 y 21 de la Ley N° 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, publicada en el diario oficial El Peruano el 9 de abril de 2009, por considerarlos violatorios del principio-derecho a la igualdad, reconocido en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución; del derecho a la salud, recogido en el artículo 7 de la Ley Fundamental; del principio de equidad en salud, reconocido en el artículo 9 y del derecho a la seguridad social, prescrito en el artículo 10 de la Constitución, al haberse dispuesto la creación de tres regímenes diferenciados, organizados de acuerdo a la capacidad económica de las personas; y al haberse establecido una protección deficiente del derecho a la salud, a través del PEAS, sin garantía de atención de las enfermedades de alto costo.

Es aprovechable el comentario que León Florián (2014) hace de esta sentencia:

Ha sido recién con la sentencia emitida en el caso del Aseguramiento Universal en Salud (...) que el Tribunal establece de un modo exhaustivo y claro cuáles son las exigencias normativas que se desprenden del derecho a la salud. Para hacerlo, el Tribunal recurre a una interpretación bastante amplia del principio de equidad en salud, recogido en el artículo 9 de la Constitución. El Tribunal empieza estableciendo la premisa según la cual “(...) todas las personas tienen derecho a disfrutar de las condiciones y acceder a los servicios de salud, de forma equitativa y con la calidad adecuada”. De aquí el Tribunal

deriva la obligación del Estado de procurar por diversos medios que las personas puedan alcanzar el nivel más alto posible de salud, sin que en dicho fin la condición social o económica de las personas pueda constituir un obstáculo. En dicho contexto, el Tribunal estima que el principio de igualdad sustantiva, aplicado al campo de la salud, exige que el Estado adopte una preocupación especial por las personas situadas en condiciones especiales de vulnerabilidad, entre ellas por aquellas que no cuenten con los recursos económicos para facilitarse el acceso a los servicios de salud. En síntesis, el Tribunal define el principio de equidad en salud como el más importante que orienta la política pública en salud y que exige “la ausencia de diferencias sistemáticas y potencialmente remediabiles en uno o más aspectos de salud”. (...) lo importante de esta sentencia es que delimita cuáles serían los aspectos fundamentales en los que debe incidir la política pública para satisfacer el ideal de equidad sanitaria. Así, el principio de equidad en salud tendría como parte de su contenido constitucionalmente protegido los siguientes elementos:

- a) En primer lugar, la exigencia de enfrentar las desigualdades sociales que tienen un efecto negativo y dificultan el logro de una buena salud. (...).
- b) En segundo lugar, ha de considerarse en el principio de equidad en salud el reconocimiento de la interdependencia de los derechos fundamentales y, por lo tanto, la posibilidad de disfrutar equitativamente de ellos, especialmente de los que tienen incidencia en el goce del derecho a la salud. (...). De modo que para el acceso equitativo a la salud puede ser tan importante la provisión adecuada de un servicio de salud, así como la no exclusión de la capacidad de hacer oír la voz frente a un trato discriminatorio por parte del Estado.
- c) En tercer lugar, el principio de equidad en salud supone también la posibilidad de acceder a los servicios de salud de modo integral, esto es, con prestaciones que supongan la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud, en condiciones adecuadas de calidad, oportunidad, aceptabilidad y accesibilidad física y económica (...).

- d) En cuarto lugar, el principio de equidad supone también el respeto al principio de no discriminación en la provisión de los servicios médicos (...). Esta exigencia, contenida en el principio de igualdad formal o igualdad de trato, supone que en la distribución de los servicios de salud no debe restringirse desproporcionadamente el acceso a servicios de salud a un grupo de personas determinadas, sobre la base de motivos prohibidos, o solo porque de ese modo se pueda lograr mejores resultados globales en salud.
- e) Por último, el principio de equidad en salud exige también una asignación de recursos para la salud y una distribución equitativa de dichos recursos. (...), la única forma de brindar a todas las personas –dadas las diferencias de recursos económicos entre ellas– un acceso adecuado a los servicios de salud es asignar recursos amplios a este sector, sea a través de la solidaridad de todos los residentes en el país (por medio de impuestos), o de la solidaridad de los usuarios de salud (a través de aportes). También es preciso que una vez obtenidos los recursos para la salud, estos se distribuyan equitativamente, teniendo en cuenta la prioridad en la atención de las poblaciones más desfavorecidas, (...). Por lo demás, en el uso de los recursos para la salud es necesarios guardar niveles adecuados de transparencia y eficiencia, pues dada la escasez de recursos públicos y la competencia entre las distintas necesidades de la población, es preciso que se dé a los recursos el mejor uso posible.

Parte II: Los reglamentos ejecutivos

Después de haber desarrollado extensamente todo lo relacionado a los derechos constitucionales sociales y, especialmente, todo lo que tiene que ver con el derecho constitucional a la salud, toca exponer todo lo vinculado al otro punto central de la investigación, como lo son los reglamentos ejecutivos y cuál es la situación de la labor de reglamentación en el Perú.

1. Definición de reglamentos

Ábalos, Buj, Gómez, Pérez y Correa (1999) consideran que el reglamento es “toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales en forma directa” (p.259).

De igual forma se dice, escuetamente, que el reglamento es “una declaración de potestad que efectúa la Administración Pública y que produce efectos jurídicos” (Abruña, 2016, p.264).

Danós (citado por Ferrer y Zaldívar, 2009) sostiene que “los reglamentos constituyen fuentes del derecho que establecen reglas de carácter general, de jerarquía subordinada o inferior a las leyes o normas con dicho rango, que forman parte del ordenamiento jurídico” (p.208).

Finalmente, está la definición de Gordillo (2017) quien define al reglamento como “una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales en forma directa” (p.VII-17).

Antes que todo, y pese a que no todas las definiciones lo dicen, el reglamento, además de ser una norma de carácter general, es una fuente del derecho, específicamente del derecho administrativo. Es por eso que Guzmán (2013) dice que los reglamentos “son una fuente cualitativa y cuantitativa del derecho administrativo; además son normas en sentido material (...)” (p.79).

Hecha esa precisión, se revisarán, entre las definiciones dadas, las semejanzas que éstas presentan.

Se conviene en decir que el reglamento es una declaración unilateral. Declaración porque representa una manifestación de voluntad de la autoridad competente. Y unilateral porque “nace

y se perfecciona por la sola voluntad del órgano público competente; sin requerir la conformidad ni el asentimiento de las personas a quienes alcanza” (Ábalos et al., 1999, p.259).

Siguiendo con el análisis de la definición de reglamentos, se continúa diciendo que el reglamento, además de ser una declaración unilateral, se dicta en ejercicio de la potestad reglamentaria. En ejercicio de esta potestad porque la reglamentación proviene de una potestad que, como señala Danós (citado por Ferrer y Zaldívar, 2009), “sólo puede ser atribuida de manera expresa a los poderes públicos y otras entidades del Estado por la Constitución o por las leyes” (pp.208-209).

Como última característica de los reglamentos se tiene que producen efectos jurídicos en forma general. Produce efectos jurídicos, es decir, consecuencias jurídicas con carácter vinculante generando, por ejemplo, derechos y obligaciones. Produce efectos jurídicos en forma general porque no está dirigido a alguien en específico, sino que se dirige a un número indeterminado de destinatarios, personas o casos. Como dice Cabrera y Quintana (2006) el reglamento “produce efectos jurídicos generales, generando derechos y obligaciones sin consideración a las singularidades o subjetividades”, teniendo el reglamento un “alcance normativo general, abstracto, indeterminado e impersonal” (p.63).

En donde empieza la discusión entre los autores es cuando se entra a decidir si es que el reglamento es o no un acto administrativo. Las definiciones casi idénticas de ambos conceptos hacen pensar que son lo mismo. Muestra de ello es la siguiente definición de acto administrativo: “el acto administrativo es toda declaración de la Administración Pública que trae como consecuencia la producción de efectos jurídicos en ejercicio de una potestad administrativa” (Abruña, 2016, p.252).

Sin embargo, tradicionalmente se ha considerado que acto administrativo y reglamento no son lo mismo. Esa posición se sustenta básicamente en que mientras que el primero produce efectos jurídicos individuales o particulares, el segundo produce efectos jurídicos generales. Esta postura, si bien era la mayormente aceptada hasta la actualidad, ha evolucionado de tal forma que el que el reglamento no sea un acto administrativo no se fundamenta en la producción de efectos jurídicos generales o no.

Así, la clásica diferenciación basada en los efectos jurídicos generales que generan o no ha quedado desfasada, ya que existen actos administrativos que tienen efectos jurídicos generales y reglamentos que tienen efectos jurídicos particulares. Por ejemplo, en el caso peruano, Danós (citado por Ferrer y Zaldívar, 2009) explica lo siguiente:

(...). Como se saben existen reglamentos singulares como los que establecen las reglas de organización de una determinada entidad de la administración pública, tal es el caso de los denominados reglamentos de organización y funciones (ROF) de los organismos públicos, así como también existen actos administrativos generales, como es el caso de las convocatorias a licitaciones públicas que aunque están dirigidas a un número indeterminado de interesados, (...), constituyen actos administrativos de alcance general de carácter no normativo. Esta clase de actos administrativos generales de contenido no normativo es indirectamente reconocida por la Ley núm. 27444 de Procedimiento Administrativo General que cuando regula la notificación de los actos administrativos mediante la modalidad de publicación en el *Diario Oficial*, hace referencia a los “actos administrativos que interesan a un número indeterminado de administrados no apersonados al procedimiento y sin domicilio conocido”.

Como se puede advertir, ya no se puede aseverar la distinción entre un reglamento y un acto teniendo en cuenta solamente la extensión de sus efectos jurídicos. Se debe ir más allá y tener en cuenta otros aspectos. Así, surgen dos criterios muy útiles para saber diferenciar al reglamento del acto administrativo.

El primero es el criterio ordinamental, el cual se basa en la naturaleza normativa del reglamento. En ese sentido, y como señalan García y Ramón (citados por Ferrer y Zaldívar, 2009) “el reglamento innova el ordenamiento (deroga otro reglamento anterior, crea normas nuevas, habilita relaciones o actos hasta ese momento no previstos), el acto se limita a aplicar el ordenamiento a un supuesto dado o previsto por dicho ordenamiento” (p.211).

El segundo es el criterio de consumación, el cual tiene en cuenta su consumación, por así decirlo. El acto se consume o se agota con su cumplimiento, mientras que el reglamento no y seguirá surtiendo efectos. Retortillo (citado por Ferrer y Zaldívar, 2009) explica esto:

(...) la actuación administrativa será un reglamento en cuanto se incruste en el ordenamiento jurídico y no en otro caso. La prueba de la consunción será su signo más significativo: si la actuación administrativa se consume en sí misma, estaremos ante un acto administrativo; si por el contrario, mantiene y extiende su valor preceptivo para sucesivos cumplimientos, estaremos ante una norma, ante un reglamento. (p.212)

En el Perú, en el caso de las convocatorias a los procedimientos administrativos de selección, como licitaciones o concursos públicos se puede observar cómo funciona este criterio. Comadira (citado por Ferrer y Zaldívar, 2009) señala, refiriéndose a ello, que:

(...) se trata de un acto de esencia no normativa porque sus efectos se agotan al cumplirse la finalidad perseguida, que no es otra que la de lograr, sobre la base de una concurrencia pública e igualitaria, la presentación de la mayor cantidad posible de proponentes, de entre cuyas ofertas se seleccionara la más conveniente al interés público. (p.212)

Estos dos criterios, entonces, van a permitir saber cuándo se está ante un acto administrativo y cuándo ante un reglamento. En el caso peruano, esto es de suma importancia porque los efectos y la regulación van a depender de la figura de la que se hable. Danós (citado por Ferrer y Zaldívar, 2009) explica muy bien esto:

En el ordenamiento jurídico peruano, a diferencia del de algunos otros países, el proceso de producción de los reglamentos está sometido a un marco normativo diferente a la que regula el procedimiento de emisión de los actos administrativos, que está establecido en la Ley núm. 27444 de Procedimiento Administrativo General. (p.209)

(...) el régimen legal de los reglamentos que pueden dictar los órganos ejecutivos de los tres niveles de gobierno territorial en el Perú (gobierno nacional, gobiernos regionales y locales) es regulado por las leyes orgánicas que establecen la estructura y funcionamiento de los citados niveles, es decir las leyes que regulan al poder ejecutivo, a las regiones y las municipalidades, y por algunas otras leyes especiales. (p.210)

(...)

Es importante tener presente que la potestad reglamentaria sólo la pueden ejercer aquellas autoridades, instancias u organismos de la administración pública que la tienen específicamente atribuida por el ordenamiento jurídico. La potestad reglamentaria no es un atributo natural de la administración pública. En cambio la potestad de dictar actos administrativos es una cualidad general de prácticamente toda instancia u órgano de la administración pública, porque constituye su modo normal de expresarse.

(...)

La puesta en vigencia de los reglamentos requiere su publicación en el *Diario Oficial* o en el medio de publicidad que haya establecido la ley que regula su proceso de producción, en cambio la adquisición de eficacia de los actos administrativos no está supeditada por regla general al requisito de su publicación en el *Diario Oficial*, sino al de su notificación a los interesados, conforme a las reglas establecidas en la Ley núm. 27444 de Procedimiento Administrativo General.

El titular de la potestad reglamentaria, puede derogar o dejar sin efecto los reglamentos, en tanto que constituyen normas legales, con entera libertad en cualquier momento, pero siempre con eficacia hacia el futuro (*ex nunc*).

Por el contrario el régimen legal de los actos administrativos impide que la autoridad pueda dejarlos sin efecto de manera inopinada o injustificada, porque se busca garantizar los derechos que el acto administrativo haya podido generar a favor de los particulares.

(...)

Finalmente, los reglamentos y los actos administrativos tienen diferentes cauces procesales y requisitos para su impugnación. Así, mientras que para cuestionar la constitucionalidad y/o legalidad de los reglamentos la Constitución ha previsto el proceso constitucional de la acción popular que se tramita directamente ante el Poder Judicial, a pedido de cualquier persona sin necesidad de acreditar interés directo, en cambio para impugnar la legalidad o validez de los actos administrativos se debe acudir al proceso contencioso administrativo (...), pero se requiere que previamente se agote la vía

administrativa, es decir que el interesado interponga los recursos administrativos que la ley le franquea contra el acto administrativo cuestionado. (pp.213-214)

2. Clases de reglamentos

La actividad reglamentaria de la Administración Pública es muy variada, se ejerce de múltiples maneras y en diversidad de ocasiones. Es por ese motivo que en la doctrina existen diversas clasificaciones de los reglamentos.

Cabrera y Quintana (2006) indican que, “en atención a la persona jurídica de la que emana, los reglamentos pueden ser:

- Estatales.
- Regionales.
- Locales.
- Institucionales (p.65).

Villagra (citado por Corte Suprema de Justicia de Paraguay en Comentario a la Constitución, 2007, p.230), teniendo en cuenta el contenido del reglamento, los clasifica en:

- Internos: los cuales se dirigen a los agentes de la Administración, conteniendo normas de conducta y siendo obligatorios para ellos.
- Externos: los cuales se dirigen a la generalidad de los habitantes y les imponen mandatos, obligaciones y prohibiciones que deben ser acatados. Si un reglamento contiene mandatos dirigidos a la generalidad de habitantes, ya sea de todo un país o de determinada circunscripción territorial, es un reglamento externo.

(...)

Finalmente, existe la clasificación que se basa en la relación que el reglamento tiene con la ley, hablando, en estos casos, de reglamentos:

- Ejecutivos o *secundum legem*: Los cuales, para Danós (citado por Ferrer y Zaldívar, 2009), “son aquellos reglamentos encargados de desarrollar o completar lo dispuesto en una ley” (p.214). De igual modo, Cabrera y Quintana (2006) dicen que el reglamento ejecutivo “es el reglamento en el que dada una ley ordinaria la complementa asignándole detalles o desarrollando contenidos específicos que la ley los trae muy amplios y generales” (p.66).
- Autónomos o *extra legem*: Para Danós (citado por Ferrer y Zaldívar, 2009) “son aquellos que se emiten sin encontrar respaldo en alguna ley, es decir, a diferencia de los reglamentos ejecutivos, no complementan ni desarrollan ninguna ley, porque surgen al margen de las leyes (...) careciendo de autorización, habilitación o apoderamiento alguno por parte de estas” (p.215). De manera semejante, Cabrera y Quintana (2006) dicen que el reglamento autónomo “es el reglamento en que la Administración debe actuar creando normatividad sobre una determinada materia o actividad” (p.66).

Es esta última clasificación la que interesa para el desarrollo de la presente investigación, puesto que el otro punto central de esta investigación son, precisamente, los reglamentos ejecutivos.

3. Los reglamentos ejecutivos o *secundum legem*

A fin de desarrollar todo lo que tiene que ver con los reglamentos ejecutivos, y dado que éstos forman parte de una clasificación en la cual también están los reglamentos autónomos, se partirá de una comparación entre ambos tipos de reglamentos, lo cual permitirá entender qué es un reglamento ejecutivo.

La diferencia entre uno u otro no se presenta, aparentemente, tan difícil: mientras que en el caso de los reglamentos ejecutivos, su existencia depende de que haya una ley previa a la cual justamente van a reglamentar; en el caso de los reglamentos autónomos ello no es así, porque éstos para existir no necesitan de una ley previa a la cual reglamentar. Entonces, los reglamentos

ejecutivos están supeditados a la existencia de una ley, a la cual complementan; y los reglamentos autónomos no se supeditan a la existencia de una ley, pudiendo existir por sí mismas.

Los reglamentos ejecutivos son aquellos que cumplen la función de complementar a las leyes, a las cuales, justamente, van a reglamentar con la finalidad de “posibilitar la aplicación de las mismas, completándolas y detallando lo necesario para asegurar su aplicación y cumplimiento, haciéndolas operativas” (Guzmán, 2013, p.83). El citado autor respalda lo dicho anteriormente en el sentido de que “los reglamentos ejecutivos, o de ejecución, implican la existencia de una ley previa a la que haya que reglamentar, lo cual ha sido señalado expresamente en texto de la citada ley” (p.83).

García y Ramón (citado por Ferrer y Zaldívar, 2009, p.214) refiriéndose a los reglamentos ejecutivos dicen que:

La ley contrae su regulación a enunciar unos principios básicos, en la que poder marcar sistemáticamente las grandes líneas directivas, dejando a la Administración que por medio de un reglamento precise todo el casuismo de desarrollo que puede exigir la situación o la compleja actuación administrativa sobre ella.

En el Perú, la Constitución reconoce a los reglamentos ejecutivos, en su Art. 118, cuando establece que una de las atribuciones del Presidente de la República es “(...) 8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas, ni desnaturalizarlas; y dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones”. La potestad reglamentaria del Presidente establecida en el Art. 118 será tratada más adelante, pero tal y como está redactado dicho inciso (“reglamentar las leyes”) se entiende que la Carta Suprema se está refiriendo a los reglamentos ejecutivos.

En el Perú la mayoría de reglamentos existentes son reglamentos ejecutivos, siendo dictadas por las autoridades investidas de la potestad reglamentaria y teniendo como finalidad el hacer factible la aplicación o cumplimiento de normas con rango de ley (Danós, citado por Ferrer y Zaldívar, 2009, p.215).

Para comentar brevemente sobre los reglamentos autónomos, se dirá que éstos son, como ya se dijo, reglamentos independientes que no necesitan de ley alguna para poder existir. Gordillo

(2017) señala que estos reglamentos son aquellos que son “dictados para regir una materia en la que no hay normas legales aplicables” (p.VII-40).

Ahora bien, eso no quiere decir que todo aquello que no esté regulado por una ley puede ser regulado por un reglamento autónomo. Para que sea posible ello se requiere que respecto de la materia que se requiere reglamentar no exista reserva de ley. Esto significa que no se trate de materias que sólo pueden ser reguladas por una ley. Por lo que, de existir reserva de ley, esa materia sólo podrá ser regulada por una ley, no por un reglamento.

En el Perú existen materias que la Constitución dispone que puedan regularse directamente por el gobierno mediante decreto supremo, sin que exista una ley previa. Así sucede en el caso del artículo 71, referido a la propiedad de los extranjeros, y el artículo 74, referido a la creación, modificación o derogación de las tasas o aranceles mediante decreto supremo.

El Tribunal Constitucional en su labor interpretativa desplegada en el Exp. 0001/0003-2003-AI/TC ha reconocido la existencia tanto de reglamentos ejecutivos como de reglamentos autónomos:

La fuerza normativa de la que está investida la Administración se manifiesta por antonomasia en el ejercicio de su potestad reglamentaria. El reglamento es la norma que, subordinada directamente a las leyes e indirectamente a la Constitución, puede, de un lado, desarrollar la ley, sin transgredirla ni desnaturalizarla, y, de otro, hacer operativo el servicio que la Administración brinda a la comunidad. Los primeros son los llamados reglamentos *secundum legem*, de ejecución, o reglamentos ejecutivos de las leyes, los cuales están llamados a complementar y desarrollar la ley que los justifica y a la que se deben. En efecto, es frecuente que la ley se circunscriba a las reglas, principios y conceptos básicos de la materia que se quiere regular, dejando a la Administración la facultad de delimitar concretamente los alcances del marco general establecido en ella. Los segundos son los denominados reglamentos *extra legem*, independientes, organizativos o normativos, los que se encuentran destinados a reafirmar, mediante la autodisposición, la autonomía e independencia que la ley o la propia Constitución asignan a determinados entes de la Administración, o, incluso, a normar dentro los alcances que el

ordenamiento legal les concede, pero sin que ello suponga desarrollar directamente una ley. (Fundamento 15)

4. Finalidad e importancia de los reglamentos ejecutivos

Es turno de explicar cuál es la finalidad y por qué son importantes los reglamentos ejecutivos (a partir de aquí se usará el termino reglamentos para referirse a los reglamentos ejecutivos).

Poco o nada se habla de los reglamentos, como si estos fueran insignificantes. No obstante, esa atención que reciben los reglamentos no es acorde con su real importancia.

Cabe recordar que los reglamentos se encuentran, jerárquicamente hablando, por debajo de las leyes. En base a ello, podría decirse, por una cuestión lógica, que lo que realmente importa no es el reglamento, sino la ley. El autor está de acuerdo con la importancia que se le da a la ley, ésta es sumamente importante. Sin embargo, es absolutamente inexacto decir que el reglamento es de poca importancia. El reglamento, como se comprobará, a pesar de estar subordinado, tiene la misma importancia que la ley.

A las ya dadas definiciones de reglamentos ejecutivos, Manuel Ossorio (2010), en su clásico Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, dice que estos reglamentos son “los que dicta la administración pública, por medio de los entes que la componen, a fin de reglamentar las disposiciones de una ley, para posibilitar su ejecución o aplicación” (p.857). Es el último extracto de la definición citada (“...para posibilitar su ejecución o aplicación”) el que engloba toda la importancia de los reglamentos: el hacer posible que la ley a la cual reglamentan se pueda aplicar o ejecutar. ¿De qué vale que una ley exista si no se aplica o no se ejecuta? Esa ley sería, como suele decirse, “letra muerta”. Es evidente, por lo tanto, la importancia de los reglamentos.

Cabrera y Quintana (2006) sostienen, por ejemplo, que “(...); si la ley es lo general, lo abstracto; el reglamento es un complejo normativo que tiene una finalidad concreta, que resuelve en definitiva, situaciones esbozadas en la Ley en términos de vaguedad” (p.65).

Guzmán (2013) al definir a los reglamentos, resalta el hecho de que éstas se dictan “para posibilitar la aplicación de las mismas, completándolas y detallando lo necesario para asegurar su aplicación y cumplimiento, haciéndolas operativas” (p.83).

El que mejor explica la importancia de los reglamentos es Danós (citado por Ferrer y Zaldívar, 2009):

Los reglamentos constituyen una categoría de fuente del derecho (...) que penetra en casi todos los ámbitos del ordenamiento jurídico y de la actividad administrativa, incluso con mayor intensidad que otras fuentes de mayor jerarquía, como la leyes, principalmente debido a la mayor precisión de su contenido y al carácter muchas veces técnico (especializado) de la materia que regulan. (p.207)

(...)

Los reglamentos ostentan una posición ordinal inferior a la ley en el sistema jurídico de fuentes del derecho. Pero a pesar de constituir fuentes secundarias son las más abundantes y regulan los aspectos centrales de los sectores del ordenamiento administrativo. La mayor parte de las veces para comprender o enterarse del régimen legal de una determinada materia o sector no es suficiente el estudio de la respectiva ley o normas con dicho rango que la regulan, más bien es indispensable el estudio del respectivo reglamento que establece la normas de desarrollo indispensables para viabilizar la aplicación y efectividad del respectivo régimen legal.

En el Estado moderno la importancia tradicionalmente asignada a las leyes debido a su primacía jerárquica sobre las fuentes del derecho de rango inferior como los reglamentos, se ha visto fuertemente afectada (...), porque la mayor parte de la veces las materias que deben ser desarrolladas por los reglamentos son de carácter especializadas y técnicas, características que no permiten que puedan ser suficientemente abordadas por una

asamblea parlamentaria en la que la necesidad de buscar los consensos políticos necesarios para aprobar una ley muchas veces importa el sacrificio de la claridad y precisión de su contenido, en aras de sumar voluntades para conseguir su aprobación. Precisamente la importancia de los reglamentos se acrecienta porque, sin apartarse del marco legal que les sirve de referencia debido a su carácter de norma subordinada, tienen la obligación de establecer las reglas que permitan hacer factible la aplicación del respectivo ordenamiento legal por parte de la administración y los privados que sean sus destinatarios, colaborando en garantizar la efectividad de las leyes. (p.209)

En el caso peruano, el Tribunal Constitucional en el ya citado fundamento 15 de la sentencia correspondiente al Exp. 0001/0003-2003-AI/TC resalta la importancia de los reglamentos ejecutivos:

(...). El reglamento es la norma que, subordinada directamente a las leyes e indirectamente a la Constitución, puede, de un lado, desarrollar la ley, sin transgredirla ni desnaturalizarla, (...). Los primeros son los llamados reglamentos *secundum legem*, de ejecución, o reglamentos ejecutivos de las leyes, los cuales están llamados a complementar y desarrollar la ley que los justifica y a la que se deben. En efecto, es frecuente que la ley se circunscriba a las reglas, principios y conceptos básicos de la materia que se quiere regular, dejando a la Administración la facultad de delimitar concretamente los alcances del marco general establecido en ella. (...)

5. ¿Quiénes pueden expedir reglamentos ejecutivos en el Perú? La potestad reglamentaria de las leyes en la Constitución Política del Perú

La potestad reglamentaria, al igual que toda potestad gubernativa, está consagrada expresamente en la Constitución Política, la cual puede ser la única que la atribuya de forma directa o indirecta (Danós, citado por Ferrer y Zaldívar, 2009, p. 222).

Conforme se ha dicho, la potestad de emitir reglamentos ejecutivos está prevista de forma expresa en el Art. 118 de la Constitución, el cual prescribe que “Corresponde al presidente de la

República: (...) 8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones”.

De la lectura de dicho artículo se podría pensar que el único que puede reglamentar las leyes sería el presidente de la República. Sin embargo, ello no es del todo cierto, dado que, la labor de reglamentación le corresponde en realidad a todo el Poder Ejecutivo, el cual está conformado por el Presidente de la República y el Consejo de Ministros.

Por ejemplo, Blancas (1996) dice que en el caso de la potestad reglamentaria, “la voluntad del Presidente debe concurrir con la del Ministro respectivo o el Consejo de Ministros, ya que el Art. 120 de la Carta exige refrendación ministerial de los actos del Presidente, bajo sanción de nulidad” (p.90).

A nivel legal se tiene a la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (2007) en la cual se reconoce la labor conjunta de reglamentación del Presidente y de los Ministros:

- En el Art. 6 se establece que una de las funciones del Poder Ejecutivo es “reglamentar las leyes, evaluar su aplicación y supervisar su cumplimiento”. Acorde con esto, la reglamentación no se limita al Presidente de la República, sino que se extiende a todo el Poder Ejecutivo.
- En el Art. 11 se dice que “corresponde al Presidente de la República dictar los siguientes dispositivos: (...) 3. Decretos Supremos.- Son normas de carácter general que reglamentan normas con rango de ley o regulan la actividad sectorial funcional o multisectorial funcional a nivel nacional. Pueden requerir o no el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, según lo disponga la ley. Son rubricados por el Presidente de la República y refrendados por uno o más Ministros a cuyo ámbito de competencia correspondan. (...)”. Como se puede ver, los reglamentos, contenidos en Decretos Supremos, son rubricados por el Presidente y refrendados por el Ministro o por los Ministros a cuyo ámbito de competencia se refiere. Resumiendo, el Poder Ejecutivo es el que reglamenta las leyes.

- En el Art. 25 se dispone que “corresponden a los Ministros de Estado las siguientes funciones: “(...)7. Refrendar los actos presidenciales que atañen a su ministerio. (...)” Esto quiere decir que cada Ministro deberá refrendar los reglamentos que tienen que ver con ministerio.

A nivel de la Constitución, y en virtud a la unidad de este cuerpo normativo -por la cual todas sus disposiciones no se encuentran aisladas, sino que, más bien, se complementan, formando un todo- existen diversos artículos que interpretados de forma conjunta respaldan la potestad reglamentaria de las leyes a favor del Poder Ejecutivo.

Así, conviene recordar que el Art. 118 de la Constitución Política del Perú dice: “Corresponde al Presidente de la Republica: (...) 8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones.” Si a esa disposición se le agrega el Art. 119 de la Carta Magna -conforme el cual: “La dirección y gestión de los servicios públicos están confiados al Consejo de Ministros; y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo.”-, una interpretación conjunta de ambos artículos permite deducir que tanto el Presidente de la Republica, como los Ministros, tienen la atribución constitucional de reglamentar las leyes. Mientras que el primero tiene una atribución de carácter general; los segundos tienen una atribución de carácter específico, limitándose a los asuntos que competen a la cartera a su cargo. Y si a estos artículos, se le añade el Art. 120 – el cual dice que “Son nulos los actos del Presidente de la Republica que carecen de refrendación ministerial”- se concluye que la labor de reglamentación es conjunta, puesto que el Presidente de la Republica requiere la necesaria refrendación del ministro o ministros a cuya cartera se refiere el reglamento.

Por último, el Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha 24 de abril del 2006 ha reconocido que:

(...), el Presidente de la Republica es el órgano constitucional encargado de producir los reglamentos, decretos y resoluciones. Sin embargo, para ejercer esta atribución requiere de la intervención de sus ministros, toda vez que, conforme al artículo 120 de la Constitución, son nulos los actos del Presidente de la Republica que carecen de refrendación ministerial. Por tanto, la competencia para producir reglamentos de las leyes,

decretos y resoluciones corresponde al Poder Ejecutivo, que en nuestro ordenamiento jurídico lo conforman el Presidente de la República y el Consejo de Ministros. (Exp. 047-2004-AI/TC, Fundamento 31)

6. Límites que tiene el Poder Ejecutivo al reglamentar las leyes

La potestad del Poder Ejecutivo para reglamentar las leyes no es absoluta. Como todo, tiene límites.

La sola lectura del Art. 118 Inciso 8 de la Constitución Política del Perú da pistas de cuáles serían esos límites: “Corresponde al Presidente de la República: (...) 8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas, ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones”. Acorde con esto, no resulta difícil inferir que los límites que tiene el Poder Ejecutivo al reglamentar las leyes son no transgredir las leyes, ni desnaturalizarlas. Esto parece lógico si se tiene en cuenta que la ley es jerárquicamente superior al reglamento.

A nivel legal, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo es un poco más detallada, y en su Art. 13 establece que “(...)2. Los reglamentos se ajustan a los principios de competencia, transparencia y jerarquía. No pueden transgredir ni desnaturalizar la ley. (...)”.

En mérito a lo dicho, se pueden considerar como límites de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo los siguientes:

6.1. Principio de la competencia

La potestad reglamentaria de las leyes sólo puede ser atribuida por la Constitución Política. Ésta le ha asignado tal potestad al Poder Ejecutivo.

Pero ¿qué significa que el principio de competencia sea uno de los límites de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo? El Art. VI de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley 29518, dice sobre el principio de competencia que:

1. El Poder Ejecutivo ejerce sus competencias sin asumir funciones y atribuciones que son cumplidas por otros niveles de gobierno.

2. El Poder Ejecutivo ejerce sus competencias exclusivas, no pudiendo delegar ni transferir las funciones y atribuciones inherentes a ellas.

Según eso, y teniendo en cuenta que la potestad de reglamentar las leyes ha sido atribuida por la propia Constitución al Poder Ejecutivo en forma exclusiva, el principio de competencia significa que dicha potestad no puede ser delegada ni transferida por el Poder Ejecutivo a otro nivel del gobierno o a otro de los poderes del Estado.

6.2.La jerarquía: la no transgresión y la no desnaturalización de las leyes a las cuales reglamentan y la no contravención a la Constitución

Cualquier estudiante de Derecho del primer año de pregrado sabe, se supone, que la Constitución es la norma suprema, que luego vienen las leyes y que luego vienen los reglamentos. Por sentido común se debe inferir, entonces, que si el reglamento no puede ser contrario a la ley a la cual reglamenta, tampoco podrá ser contrario a la Constitución.

Así, el Art. 51 de la Constitución hace referencia a la prevalencia de la Constitución sobre las leyes, pero también hace referencia a la prevalencia de las leyes sobre las normas de inferior jerarquía, entre las cuales están los reglamentos.

De manera análoga, la no transgresión de la ley por parte del reglamento ha sido contemplada en el, ya repetido hasta el hartazgo, Art. 118, y la no transgresión de la ley y de la Constitución por parte del reglamento ha sido reconocido en el Art. 200 Inciso 5, en donde al referirse a la Acción Popular se dice que este procede contra los reglamentos que contravengan a la Constitución y a las leyes.

6.3.Principio de transparencia

Es pertinente citar el Art. IV de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo el cual, refiriéndose precisamente al principio de que se trata, dice que “las personas tienen derecho a vigilar y participar en la gestión del Poder Ejecutivo (...). Para ello las entidades del Poder Ejecutivo actúan de manera que las personas tengan acceso a información (...)”.

Este principio se refiere entonces a la publicidad que toda gestión del Poder Ejecutivo tiene que tener a efectos de que la población pueda hacer el seguimiento y el control de cómo se vienen desempeñando las labores encomendadas al gobierno. Asimismo, tiene que ver con la publicidad destinada a que los ciudadanos pueden enterarse de las normas, entre ellas las reglamentarias, y pueden adecuar y guiar su conducta de acuerdo con ello.

El Art. 51 de la Constitución respalda dicha publicidad al decir que “(...). La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.”

Es requisito entonces la publicidad del reglamento. Pero no sólo cuando éste ya está terminado sino que, en algunos casos, también es necesaria la publicidad del proyecto de reglamento, a fin de que la ciudadanía pueda dar los aportes que considere conveniente. Esto de conformidad con el Art. 13 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo: “(...)3. Los proyectos de reglamento se publican en el portal electrónico respectivo y por no menos de cinco (5) días calendario, para recibir aportes de la ciudadanía, cuando así lo requiera la ley”.

Desarrollando este aspecto, el Tribunal Constitucional ha sido muy claro: la publicidad es esencial para la vigencia de la norma de que se trata. En la sentencia de fecha 16 de abril del 2003, expedida en el Exp. 2050-2002-AA/TC, ha señalado, en un caso en donde se pretendía aplicar a un policía un reglamento no publicado, que

(...)

A juicio del Tribunal, la omisión de publicar el texto del Reglamento de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, constituye una violación del artículo 109° de la Constitución Política del Estado, que establece que "La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte".

Si bien dicho precepto constitucional establece que es la "ley" la que tiene que ser publicada, el Tribunal Constitucional considera que en dicha frase debe entenderse, prima facie, a cualquier fuente formal del derecho y, en especial, aquellas que tienen una vocación de impersonalidad y abstracción. A juicio de este Colegiado, la publicación de

las normas en el diario oficial El Peruano es un requisito esencial de la eficacia de las leyes y de toda norma jurídica, a tal extremo que, una norma no publicada, no puede considerarse obligatoria.

Detrás de la exigencia constitucional de la publicación de las normas se encuentra el principio constitucional de la publicidad, que es un principio nuclear de la configuración de nuestro Estado como uno "Democrático de Derecho", como se afirma en el artículo 3° de la Norma Fundamental. Y es que lo que verdaderamente caracteriza a un sistema democrático constitucional es su naturaleza de "gobierno del público en público" (N. Bobbio), en el cual, por tanto, en materia de derecho público, la regla es la transparencia, y no el secreto.

Además, la exigencia constitucional de que las normas sean publicadas en el diario oficial El Peruano, está directamente vinculada con el principio de seguridad jurídica, pues sólo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, su posibilidad de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de éstos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas.

La Constitución no deja al ámbito de la discrecionalidad del legislador reglamentario la regulación de esa efectiva oportunidad de conocer las normas jurídicas. Exige, por el contrario, y mínimamente, que éstas tengan que ser publicadas en el diario oficial. Por ello, estima el Tribunal que no se cumple tal exigencia, y no se satisfacen los principios de publicidad y seguridad jurídica, si la publicación sólo se realiza respecto a las normas que aprueban un reglamento, mientras el mismo permanece oculto.

En consecuencia, en la medida que la disciplina de la Policía Nacional del Perú interesa a toda la comunidad, y que un requisito de la validez del Reglamento de su Régimen Disciplinario es que éste sea publicado, el Tribunal Constitucional considera que es inconstitucional que contra el recurrente se haya aplicado un reglamento no publicado en el diario oficial El Peruano. (Fundamento 24)

Así de clara es la importancia de la publicidad en el caso de cualquier cosa como los reglamentos ejecutivos.

7. ¿Cómo viene desempeñando el Poder Ejecutivo la labor de reglamentación de las leyes?

7.1.Sobre el procedimiento de reglamentación de las leyes en el Perú

Para desarrollar este punto, es conveniente explicar cuál es el procedimiento que se debe llevar a cabo para reglamentar una ley.

Resulta innecesario decir a estas alturas que el reglamento ejecutivo está supeditado a la existencia de una ley, pero lo que sí resulta necesario indicar es que no todas las leyes requieren ser reglamentadas. Entonces, ¿cuándo una ley deberá ser reglamentada y cuándo no?

La respuesta a la interrogante del párrafo anterior la dará la misma ley, la cual señalará expresamente (en sus Disposiciones Complementarias Finales) que requiere ser reglamentada por parte del Poder Ejecutivo y otorgará un plazo dentro del cual se debe aprobar el Reglamento. Ese plazo será en algunas ocasiones en días hábiles y otras en días calendarios.

Se requiere, por lo tanto, una invitación de la ley para que recién en ese caso el Poder Ejecutivo pueda ejercer su atribución constitucional de reglamentar una ley. Lo contrario, esto es, que el Poder Ejecutivo cuente con una libertad absoluta sobre la reglamentación de una ley o no, significaría abrir la puerta a la posibilidad de que ese Poder se inmiscuya en las funciones del Poder Legislativo, quien es el que emite las leyes y decide si se requiere reglamentar o no. Guzmán (2013) refrenda esto:

En la doctrina se ha discutido si es que la potestad de emitir reglamentos ejecutivos pertenece a la órbita discrecional del Poder Ejecutivo o si más bien requiere de la invitación de la ley para que la misma pueda ser reglamentada.

Sin embargo, suponer que el Gobierno posea discrecionalidad para reglamentar todas las leyes sin que el Congreso pueda determinar si dicha ley requiere ser complementada

supone una excesiva atribución de facultades, la misma que puede implicar comportamientos arbitrarios. (pp.83-84)

De manera que existiendo la invitación de la ley, el Poder Ejecutivo deberá aprobar y publicar el reglamento dentro del plazo concedido. El plazo, salvo excepciones, se computa desde el día siguiente a la publicación de la ley.

Prosiguiendo con cómo o cuál es el procedimiento de reglamentación de una ley, la siguiente interrogante que surge es ¿en qué normas se encuentran contenidos los reglamentos? El Art. 118 Numeral 8 de la Constitución, de forma no tan clara, da la respuesta: mediante decretos y resoluciones. Pero, ¿a qué tipos de decretos y resoluciones se refiere este dispositivo constitucional? La Ley Orgánica del Poder Ejecutivo da la respuesta en su Art. 11, referido a la facultad normativa del Presidente de la República:

- En primer lugar, y como norma más importante cuando de reglamentación se habla, están los decretos supremos los cuales “son normas de carácter general que reglamentan normas con rango de ley (...)”. Este tipo de decretos “pueden requerir o no el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, según lo disponga la ley. Son rubricados por el Presidente de la República y refrendados por uno o más Ministros, a cuyo ámbito de competencia correspondan”.
- En segundo lugar aparecen las resoluciones supremas. Sobre estas se debe decir que existen autores que las reconocen como normas reglamentarias. La Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, en el ya citado Art. 11, abre una posibilidad a que efectivamente sea, en ciertas ocasiones, una norma reglamentaria pues dice lo siguiente “(...). Cuando corresponda su publicación, por ser de naturaleza normativa, son obligatorias desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial (...)”. Al reconocer que en ciertos casos tiene naturaleza normativa, estaría reconociendo que, efectivamente, en tales casos la resolución suprema actúa como una norma reglamentaria. No obstante ello, el artículo en cuestión, al referirse a las resoluciones supremas, empieza diciendo que “Son decisiones de carácter específico rubricadas por el Presidente de la República y refrendadas por uno o más Ministros a cuyo ámbito de competencia corresponda”. Por lo que, en mérito a la

forma en que se define a las resoluciones supremas, se puede concluir que éstas tienen de forma general un carácter específico y que, excepcionalmente, tienen carácter general (normativo). Sin embargo, la idea de que una resolución suprema pueda actuar como una norma reglamentaria queda, al parecer, casi desvirtuada con lo dicho en el Art. 13 de la misma ley, el cual en su numeral 2 establece que “(...)2. Los reglamentos se ajustan a los principios de competencia, transparencia y jerarquía. (...) Se aprueban, dentro del plazo establecido, mediante decreto supremo, salvo disposición expresa con rango de ley”.

Continuando con la elaboración del reglamento, éste primero es un proyecto de reglamento, el cual, de acuerdo con el Art. 13 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, es elaborado por la entidad competente. Se debe recordar que el mismo Tribunal Constitucional ha establecido en el Fundamento 16 de la sentencia correspondiente al Exp. 0001/0003-2003-AI/TC que si bien es cierto el Poder Ejecutivo debe expedir y reglamentar la ley, no necesariamente debe crear su contenido, el cual podrá ser elaborado por las entidades técnicas competentes, dependiendo de la materia de cual se trate.

El proyecto de reglamento debe ir acompañado de la exposición de motivos, los informes, estudios y consultas realizadas. Si la ley lo ordena, el proyecto reglamentario deberá publicarse en el portal electrónico respectivo, por no menos de 5 días calendarios, para recibir aportes de la ciudadanía

Elaborado y presentado el proyecto, el Poder Ejecutivo, si lo cree conveniente, deberá aprobarlo. Si la ley lo requiere, será necesario para su aprobación el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Si no, bastará la aprobación del Presidente y del Ministro o Ministros a cuya cartera se refiere el reglamento. Finalmente, el decreto supremo que contiene el reglamento, en uno u otro caso, deberá ser rubricado por el Presidente de la República y refrendado por el Consejo de Ministros o por el Ministro o Ministros a cuyo ámbito de competencia correspondan.

Por último, para que el reglamento aprobado surta efectos legales, debe procederse a su publicación en el Diario Oficial El Peruano, surtiendo sus efectos desde el día siguiente a dicha publicación, salvo disposición contraria del mismo reglamento, que postergue su vigencia en todo o en parte.

7.2.La situación de la reglamentación de las leyes en el Perú

Como se ha dicho, la ley que requiere ser reglamentada establece el plazo dentro del cual debe cumplirse con ello, esto es, el plazo dentro del cual el Poder Ejecutivo debe aprobar y publicar el reglamento para que empiece a surtir efectos.

Lamentablemente el Poder Ejecutivo casi nunca (no se usa el termino nunca porque hay poquísimas excepciones) cumple con aprobar y publicar el reglamento dentro del plazo concedido. Podría parecer que se está siendo demasiado estricto, que no pasa nada con que se demoren unos cuantos días. ¡Qué bueno sería que eso fuera cierto!

Lo grave radica, justamente, en el tiempo que transcurre entre el vencimiento del plazo concedido para aprobar el reglamento, y entre la fecha en que el Poder Ejecutivo cumple, por fin, con aprobar, y posteriormente publicar, el reglamento. No se habla de días o semanas,... ¡sino de meses, años y, en el colmo de los colmos, de leyes que aún, a pesar de su longevidad, no son reglamentadas!

Con el objeto de ser claros y didácticos, se desmenuzará un poco lo dicho. La ley establece un plazo dentro del cual debe reglamentarse. Eso plantea 6 escenarios:

- El primer escenario, y que es el más optimista, es que la ley cumple con reglamentarse dentro del plazo concedido.
- El segundo escenario es que entre la fecha en que venció el plazo para reglamentar la ley y la fecha en que efectivamente se reglamentó, pasaron unos días (6 días o menos), sin llegar a la semana completa.
- El tercer escenario es que entre la fecha en que se venció el plazo para reglamentar la ley y la fecha en que efectivamente se reglamentó, pasaron una semana o más, sin llegar al mes completo.
- El cuarto escenario es que entre la fecha en que se venció el plazo para reglamentar la ley y la fecha en que efectivamente se reglamentó, pasó un mes o más, sin llegar al año completo.

- El quinto escenario es que entre la fecha en que se venció el plazo para reglamentar la ley y la fecha en que efectivamente se reglamentó, pasó un año o más.
- El sexto escenario, y que es el peor, se presenta cuando, no obstante haberse vencido el plazo para reglamentar la ley, hasta la fecha de la presente investigación aún no se cumple con ello.

El autor del presente trabajo, en el afán de saber cuál de los escenarios antes descritos es el que más se presenta, se ha tomado la molestia de analizar todas las leyes expedidas por el Congreso de la República durante el año 2013, que hayan requerido reglamentación. Se ha considerado el año 2013, a fin de verificar si existen leyes que, a pesar de haber pasado 5 años desde su promulgación y publicación, aún no son reglamentadas. El diagnóstico no es nada favorable:

- Cantidad de leyes expedidas por el Congreso de la República en el año 2013: 119.
- Leyes que requerían ser reglamentadas: 34 (29% del total de leyes).
- Leyes ubicadas en el primer escenario (haberse reglamentado dentro del plazo concedido): 1.

a) Ley 30131 – Ley que autoriza a la SUNAT para disponer de mercancías.

Publicación: 19/12/2013

Plazo para reglamentar: 30 días calendarios posteriores a la publicación de la ley

Plazo vencía: 18/01/2014

Aprobación del reglamento: 09/01/2014

Publicación del Reglamento: 10/01/2014

- Leyes ubicadas en el segundo escenario (haberse reglamentado a los días, de 1 a 6, de haberse vencido el plazo concedido): 1.

- a) Ley 30103 – Ley que establece el procedimiento que regulariza la residencia de extranjeros en una situación migratoria irregular.

Publicación: 08/11/2013

Plazo para reglamentar: 60 días calendarios posteriores a la publicación de la ley

Plazo vencía: 07/01/2014

Aprobación del reglamento: 11/01/2014

Publicación del reglamento: 12/01/2014.

- Leyes ubicadas en el tercer escenario (haberse reglamentado a las semanas, sin llegar al mes completo, de haberse vencido el plazo concedido): 1.

- a) Ley 30137 – Ley que establece criterios de priorización para la atención del pago de sentencias judiciales.

Publicación: 27/12/2013

Plazo para reglamentar: 30 días calendarios posteriores a la publicación de la ley.

Plazo vencía: 26/01/2014

Aprobación del reglamento: 14/02/2014

Publicación del reglamento: 15/02/2014.

- Leyes ubicadas en el cuarto escenario (haberse reglamentado a los meses, sin llegar al año completo, de haberse vencido el plazo concedido): 11.

Algunas de ellas son:

- a) Ley 30001 – Ley de reinserción económica y social para el migrante retornado.

Publicación: 14/03/2013

Plazo para reglamentar: 60 días hábiles posteriores a la publicación de la ley.

Plazo vencía: 07/06/2013

Aprobación del reglamento: 22/08/2013

Publicación del reglamento: 23/08/2013

- b) Ley 30045 – Ley de modernización de los servicios de saneamiento.

Publicación: 18/06/2013

Plazo para reglamentar: 90 días calendarios posteriores a la publicación de la ley.

Plazo vencía: 16/09/2013

Aprobación del reglamento: 28/11/2013

Publicación del reglamento: 29/11/2013

- c) Ley 30057 – Ley del Servicio Civil.

Publicación: 04/07/2013

Plazo para reglamentar: 180 días calendarios posteriores a la publicación de la ley.

Plazo vencía: 31/12/2013

Aprobación del reglamento: 11/06/2014

Publicación del reglamento: 13/06/2014

- Leyes ubicadas en el quinto escenario (haberse reglamentado a los años de haberse vencido el plazo concedido): 15.

Algunas de ellas son:

- a) Ley 30034 – Ley del sistema nacional de bibliotecas.

Publicación: 05/06/2013

Plazo para reglamentar: 60 días calendarios posteriores a su publicación.

Plazo vencía: 04/08/2013

Aprobación del reglamento: 20/09/2014

Publicación del reglamento: 21/09/2014

- b) Ley 30036 – Ley que regula el teletrabajo

Publicación: 05/06/2013

Plazo para reglamentar: 90 días hábiles posteriores a la publicación de la ley.

Plazo vencía: 10/10/2013

Aprobación del reglamento: 02/11/2015

Publicación del reglamento: 03/11/2015

- c) Ley 30037 – Ley que previene y sanciona la violencia en los espectáculos deportivos.

Publicación: 07/06/2013

Plazo para reglamentar: 60 días hábiles posteriores a su publicación.

Plazo vencía: 02/09/2013

Aprobación del reglamento: 28/06/2016

Publicación del reglamento: 29/06/2016

- Leyes ubicadas en el sexto escenario (no haberse reglamentado hasta la fecha): 5.

Algunas de ellas son

- a) Ley 29981 – Ley que crea la SUNAFIL, modifica la Ley 28806, Ley general de inspección de trabajo y la ley 27867, Ley orgánica de gobiernos regionales.

Publicación: 15/01/2013

Plazo para reglamentar: 60 días hábiles posteriores a la publicación de la ley.

Plazo vencía: 09/04/2013

Aprobación y Publicación del reglamento: **Hasta la fecha no hay reglamento.**

- b) Ley 29987 – Ley que declara de interés nacional la promoción de la ciencia, la innovación y la tecnología a través de las asociaciones público-privadas.

Publicación: 18/01/2013

Plazo para reglamentar: 60 días calendarios posteriores a la publicación de la ley.

Plazo vencía: 19/03/2013

Aprobación y Publicación del reglamento: **Hasta la fecha no hay reglamento.**

- c) Ley 30120 – Ley de apoyo a la seguridad ciudadana con cámaras de video vigilancias públicas y privadas.

Publicación: 05/12/2013

Plazo para reglamentar: 60 días calendarios posteriores a la publicación de la ley.

Plazo vencía: 03/02/2014

Aprobación y Publicación del reglamento: **Hasta la fecha no hay reglamento.**

Los diversos medios de comunicación también han dado cuenta de la situación lamentable en la que se encuentra la reglamentación de las leyes en el Perú. La antigüedad de las noticias que a continuación se van a presentar demuestran que este problema no es reciente, sino que es el común denominador de los últimos gobiernos:

- El portal web de Derecho, Legis.pe, dio cuenta el 28 de diciembre del 2015, de la terrible situación de la reglamentación de las leyes:

De acuerdo con el artículo 109 de la Constitución las leyes deben ser cumplidas desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial. Sin embargo, muchas

de las leyes aprobadas en el Congreso requieren ser reglamentadas para su correcta aplicación, por lo que su vigencia queda supeditada a la aprobación de tales reglamentos, que debe hacerse mediante decreto supremo y en el plazo establecido por la propia norma.

Según ha dado a conocer el Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria del Congreso (DIDP), hay en la actualidad 55 leyes aprobadas entre el 2005 y el 2015 que esperan sus reglamentos, y 50 de ellas con el plazo ya vencido. Solo en el 2015 se han promulgado seis normas que requieren reglamento, y los plazos establecidos en ellas ya se vencieron en dos casos. Que 50 leyes aprobadas y publicadas debidamente, no surtan efectos jurídicos o solo lo produzcan parcialmente, por demora u olvido del Ejecutivo, genera incertidumbre y, sin duda, lesiona severamente la seguridad jurídica.

Entre algunas de las leyes zombis, vigentes pero ineficaces total o parcialmente, están por ejemplo la Ley 30021, Ley de Promoción de la Alimentación Saludable para niños, niñas y adolescentes, o más conocida como de la comida chatarra, promulgada en mayo del 2013. La Ley 29643, Ley que otorga protección al personal con discapacidad de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, publicada el 31 de diciembre de 2010. El artículo 37 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, promulgada en setiembre de 2010, que regula el etiquetado de alimentos genéticamente modificados. La Ley 29830, Ley que promueve y regula el uso de perros guía por personas con discapacidad visual, promulgada el 6 de enero de 2012. La Ley 28551, Ley que establece la obligación de elaborar y presentar planes de contingencia, publicada el 19 de junio del 2005. Y un largo etcétera, de horror.

- En su edición del 08 de abril del 2017, el portal web de La República informa nuevamente de lo mal que se lleva a cabo la reglamentación por parte del Poder Ejecutivo:

Hay 50 leyes que fueron creadas para favorecer a la población, pero no se aplican como se debería por falta de un reglamento. En este conjunto se agrupan normas

publicadas desde 2005 hasta el 20 de marzo del 2017. La mayor parte de ellas pertenece al sector de salud, uno de los servicios más quejados por los pacientes.

(...)

No todas las leyes requieren reglamento. Por ejemplo, el año pasado, el Congreso aprobó y publicó 125 leyes, de las cuales solo 14 necesitaban reglamentación. Se cumplió con completar 6 y otras 8 se quedaron incompletas.

Juan Carlos Rebaza, abogado especialista en derecho municipal, explica que cuando una ley se queda sin reglamento existe un vacío legal. Las normas están expuestas a interpretaciones erróneas o simplemente no se aplican.

El 2005 se emitió la Ley que incorpora al Seguro Integral de Salud a la población mayor de 17 años en situación de extrema pobreza. El ejecutivo tuvo un plazo de 60 días para reglamentar, pero el reglamento no sale hace doce años. De Ripley. Wilfredo Pino, decano del Colegio Médico de Arequipa, cuenta que desde ese año se han dictado muchas normas de menor rango que un Decreto Supremo tratando de reglamentar la ley.

La ley que propone el nombramiento de profesionales médicos cirujanos de EsSalud que se encuentran en la situación de contratados, publicada el 2005, mantiene en vilo a varios profesionales. Hay juicios contra el Estado porque aún no se les contrata, ya que no hay reglamento. Algunos otros que iban a ser beneficiados con esta ley fueron despedidos y plantearon recursos judiciales.

(...)

- El portal web del diario El Comercio informó, el 05 de mayo del corriente, de un caso que puede servir de ejemplo de cómo la falta de reglamento puede llegar tener repercusiones sobre la vida de las personas. Así, en este reportaje se da a conocer de la marcha llevada a cabo por las personas que usan el aceite de cannabis para tratar sus enfermedades, con el

propósito de que el Poder Ejecutivo cumpla con reglamentar la ley que regula el uso de dicha sustancia, puesto que sin ella no puede aplicarse:

Pacientes, familiares y colectivos que promueven el uso medicinal del cannabis salieron a las calles esta tarde para participar de la Marcha Mundial de la Marihuana.

Desde las 12 del mediodía, se concentraron en el parque Washington, en el Cercado de Lima, desde donde se movilizaron por la avenida Arequipa hasta la plaza Francia.

El principal pedido de los participantes a la marcha es que se incluya sus aportes en la reglamentación de la Ley 30681 que legaliza el uso medicinal y terapéutico del cannabis. Esta norma fue promulgada por el ex presidente Pedro Pablo Kuczynski en noviembre pasado; sin embargo, aún no puede aplicarse por la falta de reglamento

La marcha fue encabezada por niños que padecen enfermedades degenerativas quienes utilizan el aceite del cannabis como tratamiento alternativo a los fármacos.

- Otra prueba sustancial de la importancia de los reglamentos la da el diario Perú 21 en su edición impresa del 08 de agosto del presente año. En la edición de esa fecha se da cuenta de cómo Fernando Olórtegui -condenado por terrorismo en 1992, y capturado en el 2014 por ser secretario de la organización de MOVADef, fachada de Sendero Luminoso- ingresó como trabajador permanente, bajo el régimen del Decreto Legislativo 276, al Ministerio de Educación. De igual modo se relata que el referido señor llegó a impartir clases a alumnos de primaria en un colegio de Comas hasta que fue detenido en el 2014. Después de salir libre, y en virtud a su condición de trabajador permanente, se reincorporó como trabajador administrativo de la UGEL.

Lo importante tiene que ver con cómo el Sr. Olórtegui logró en el año 2016, después de salir de prisión, reingresar como trabajador al Ministerio de Educación si es que en el año 2013 salió la Ley 29988, que establece la separación de profesores y personal

administrativo condenados por el delito de terrorismo. Una de las razones que se esgrime radica en que dicha ley fue reglamentada recién en el 2017 (a pesar de que se había establecido que el plazo para aprobar el reglamento era de 30 días calendarios contados a partir de su publicación, el 18 de enero del 2013) no pudiendo aplicarse, por tal motivo, cuando el referido terrorista intentó reingresar, en el 2016, a trabajar en el Ministerio de Educación.

Resulta incuestionable, entonces, que la situación de la labor de reglamentación atribuida constitucionalmente al Poder Ejecutivo es francamente preocupante. No sólo por la negligencia demostrada por este Poder del Estado, sino, y más que todo, por las consecuencias nefastas que ello trae en la vida de los peruanos, las cuales pueden ir desde la afectación del derecho a la salud (y del derecho a la vida), hasta que las clases escolares puedan llegar a ser impartidas por un terrorista.

Parte III: Acciones Constitucionales contra la deficiente labor de reglamentación en el Perú

Se ha visto en el capítulo anterior que la labor de reglamentación de las leyes viene siendo ejercida de forma totalmente deficiente por parte del Poder Ejecutivo, desencadenando consecuencias de diverso tipo, como lo demuestran algunas de las noticias publicadas por algunos medios de comunicación.

En vista de esa lamentable realidad, toca preguntarse qué acciones o garantías constitucionales otorga la Constitución Política del Perú para combatirla. A eso se dirige el presente capítulo: a determinar qué acciones constitucionales pueden plantearse ante los órganos jurisdiccionales para revertir y combatir la deficiente labor reglamentaria que viene desempeñando el Poder Ejecutivo.

La Constitución Política del Perú, en su Art. 200, reconoce seis tipos de acciones constitucionales: la acción de habeas corpus, la acción de amparo, la acción de habeas data, la acción de inconstitucionalidad, la acción popular y la acción de cumplimiento. Cabe precisar que en el Código Procesal Constitucional se reconoce además el proceso competencial.

Para poder empezar a resolver la cuestión planteada se debe, en primer lugar, definir lo que se busca revertir: en este caso sería la deficiente labor de reglamentación que viene desempeñando el Poder Ejecutivo, el cual como se ha visto no cumple con reglamentar las leyes dentro del plazo concedido. Entonces, lo que se cuestiona no es la calidad del reglamento como norma, si es adecuada o no para las materias que reglamenta. Lo que se cuestiona en sí es la forma en que viene ejerciendo el Poder Ejecutivo su labor constitucional de reglamentación.

Aclarado ese punto, toca referirse a la clasificación de los procesos constitucionales.

Por un lado existen procesos constitucionales que garantizan la primacía de la Constitución. En estos procesos se evalúa una norma y su aplicación a todos los casos posibles, a fin de determinar si es contraria a la Constitución o no. Aquí se encuentran la acción de inconstitucionalidad y la acción popular.

Mediante estas acciones lo que se cuestiona son las normas, ya sean con rango de ley o de rango inferior, y si son contrarias a la Constitución en la forma o en el fondo. No se cuestiona su contravención a la Constitución en un caso en concreto, sino de forma general.

En la presente investigación no se está cuestionando para nada a los reglamentos expedidos por el Poder Ejecutivo y de si son contrarios o no la Constitución. Por lo tanto este tipo de acciones –de inconstitucionalidad y de acción popular- no son útiles para lo que se busca plantear en el presente capítulo.

Por otro lado están los procesos constitucionales que tutelan la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. En esta clase de procesos ya no se evalúa una norma en sí y de si es contraria o no a la Carta Magna. Lo que se evalúa es una determinada acción u omisión por parte de una autoridad o de un particular, y si ésta vulnera los derechos constitucionales. En este grupo se encuentran la acción de amparo, de habeas corpus, de habeas data y a la de cumplimiento.

Las indicadas acciones constitucionales tienen que ver con casos específicos, en los cuales se dilucidará si una acción u omisión vulnera, lesiona o amenaza derechos fundamentales. En estos casos no se evalúa si una norma es de acuerdo a la Constitución, sino si una acción u omisión es de acuerdo a ella o si, por el contrario, la contraviene.

La presente investigación tiene que ver con que el Poder Ejecutivo no está cumpliendo adecuadamente con su deber constitucional de reglamentar las leyes, haciéndolo, en casi todos los casos, muchísimo después de haberse vencido el plazo otorgado. En merito a eso, se concluye que se está en presencia de una omisión (Abstención de actuar o Inactividad frente al deber, para Ossorio. 2010, p.680) por parte del Poder Ejecutivo, el cual está incumpliendo, en algunos casos, o cumpliendo de forma deficiente, en otros casos, con su deber constitucional de reglamentación de las leyes. Por ende, esta clase de acciones constitucionales si resultará útil para el desarrollo del presente capítulo.

A efectos de definir qué acciones constitucionales servirían para combatir la deficiente labor de reglamentación desempeñada por el Poder Ejecutivo, se acaba de pasar por lo que se denominará el “primer filtro”, consistente en ubicar dentro de qué clase se encuentran las

acciones constitucionales pertinentes. Esa clase es la de los procesos constitucionales que tutelan la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

Se pasará, a continuación, al que se considera como el “segundo filtro”, el cual va a consistir en analizar qué procesos específicos dentro de la clasificación elegida podrían plantearse ante el problema consistente en la deficiente labor de reglamentación imperante en el Perú.

No es necesario un análisis profundo de las cuatro acciones constitucionales que forman parte de la clasificación elegida (habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento) para saber que la acción constitucional concebida contra el problema descrito en la presente investigación es la de cumplimiento.

Esta acción, tal y como lo dice la propia Constitución, busca que una autoridad o funcionario renuente acate una norma legal o acto administrativo.

El Art. 66 del Código Procesal Constitucional es sumamente importante puesto que indica con más precisión cuál es el objeto del proceso de cumplimiento:

Es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente:

1. (...); o
2. Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.

Esta acción se presenta como el medio perfecto para poner fin a la lamentable situación de la labor de reglamentación en el Perú, puesto que su objetivo es, precisa y exactamente, obligar a la autoridad correspondiente a cumplir con su deber de reglamentación.

Se ha identificado a la acción constitucional idónea para revertir la realidad problemática antes expuesta. Ataño, ahora, que se haga una breve referencia a los aspectos procesales de esta acción, para lo cual se recurrirá al Código Procesal Constitucional.

1. Aspectos procesales de la acción de cumplimiento, según el Código Procesal Constitucional

Para tratar el presente acápite se hablará, primero, de las disposiciones que de carácter general se aplican tanto al proceso de cumplimiento como al proceso de habeas data, habeas corpus y amparo.

Posteriormente, se pasarán a ver aquellas disposiciones que corresponden únicamente al proceso de cumplimiento.

1.1. Disposiciones generales

El proceso de cumplimiento cuenta con disposiciones generales -aplicables también al proceso de habeas corpus, habeas data y amparo- establecidas en los artículos del 1 al 24 del Código Procesal Constitucional. Obviamente, el autor no se va a referir a todos esos artículos, y tratará sólo aquellos que considere pertinentes:

- El Art. 1, sobre la finalidad de los procesos, dice respecto del proceso de cumplimiento que éste tiene por finalidad proteger los derechos constitucionales, disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.
- El Art. 2, sobre la procedencia de ambos procesos, dice del proceso de cumplimiento que éste procede para que se acate una norma legal o se ejecute un acto administrativo. Si bien este artículo no se refiere de forma expresa a los reglamentos, el Art. 66, que posteriormente se tratará, aclara cualquier duda que exista acerca del Art. 2, cuando dice que el objeto del proceso de cumplimiento es ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan dictar un reglamento.
- En el Art. 8, referido a la responsabilidad del agresor, se establece que cuando exista causa probable de la comisión de un delito, el Juez, en la sentencia que declara fundada la demanda de cumplimiento, dispondrá la remisión de los actuados al Fiscal Penal que corresponda para los fines pertinentes. En el caso en concreto los presuntos agresores

serían los funcionarios públicos que forman parte del Poder Ejecutivo (Presidente de la República y Ministros de Estado). Sobre estos funcionarios, que por su investidura no son procesados como el común de las personas, el último párrafo del artículo citado indica que se dará cuenta inmediata a la Comisión Permanente del Congreso para que estos procedan conforme al Art. 99 de la Constitución. El Art. 99 dice que corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso al Presidente de la República y a los Ministros de Estado por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en estas. Entonces, si la Comisión Permanente lo desea (cosa que muy difícilmente pasará) puede acusar a los miembros del Poder Ejecutivo por no cumplir adecuadamente con su labor constitucional de reglamentación, lo cual constituiría una infracción del Art. 118 de la Constitución (ojo, estamos hablando de infracción de la Constitución, no de la comisión de un delito). También se les podría acusar por comisión de un delito como consecuencia de no cumplir con su deber constitucional de reglamentación. De los tipos penales previstos en el Código Penal, la conducta descrita podría encuadrarse dentro del tipo penal de omisión, rehúsamiento o demora de actos funcionales contemplado en el Art. 377 del Código Penal. Sin embargo, eso debe ser cuestión de un análisis más profundo que aquí no se hará.

- El Art. 13 ordena la tramitación preferente de los procesos constitucionales, entre ellos el de cumplimiento, lo cual favorece a la obtención de una rápida solución.
- El Art. 22 es sumamente relevante, ya que tiene que ver con lo más importante de todo proceso como lo es la ejecución de la sentencia y las formas de hacer que lo decretado en la sentencia se lleve a cabo en la realidad:
 - ✓ Para empezar se indica que las sentencias de los procesos constitucionales tienen prevalencia sobre las demás sentencias.
 - ✓ Asimismo, la sentencia que ordene la realización de una prestación de dar (reglamentar la ley) es de actuación inmediata.

- ✓ Del mismo modo, se pueden imponer multas fijas o acumulativas con el propósito de lograr que se cumpla con lo ordenado en la sentencia.

1.2. Disposiciones particulares

Los aspectos particulares del proceso de cumplimiento están regulados en los artículos del 66 al 74 del Código Procesal Constitucional:

- En el Art. 66 se indica con más especificidad el objeto del proceso de cumplimiento. Es de interés, particularmente, la parte donde se indica que este proceso tiene como objeto ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente, en este caso el Presidente y los Ministros, se pronuncien expresamente cuando las normas legales le ordenen dictar un reglamento.
- El Art. 67, referido a la legitimación activa, es muy interesante, ya que, no establece limitaciones respecto de quién podría plantear la demanda en el caso de las normas con rango de ley y reglamentos. Puede hacerlo cualquiera.
- El Art. 68, sobre legitimación pasiva, dice que la demanda se dirigirá contra la autoridad o funcionario renuente de la administración pública al que corresponda el cumplimiento de una norma legal. En el caso que nos interesa, la legitimación pasiva le corresponderá, entonces, al Presidente de la República y a los Ministros concernientes.
- El Art. 69 fija un requisito especial para la procedencia de la demanda. Éste consiste en que el demandante haya reclamado previamente mediante documento de fecha cierta el cumplimiento del deber legal, y que la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días útiles siguientes a la presentación de la solicitud. Aparte de dicho requisito, no será necesario agotar la vía administrativa que pudiera existir.

No hay duda entonces sobre cómo se debe agotar la vía previa para el proceso de cumplimiento, el mismo código procesal constitucional lo dice. Esto es sumamente

beneficioso, puesto que, además de existir claridad sobre ello, la forma de agotar la vía previa no es dificultosa ni onerosa (tanto a nivel de dinero como a nivel de tiempo).

- En el Art. 70 se enumeran las causales de improcedencia de la demanda de cumplimiento. Es relevante para el caso en concreto, el hecho de que la demanda será declarada improcedente luego de vencido el plazo de 60 días contados desde la fecha de recepción del documento de fecha cierta al que hace referencia el Art. 69.
- El contenido de la sentencia que declara fundada la demanda lo establece el Art. 72, el cual dice que en la sentencia se determinará la obligación incumplida (reglamentar la ley), la orden y la descripción precisa de la conducta a cumplir (reglamentar la ley), el plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto que no podrá exceder de diez días y la orden a la autoridad o funcionario competente de iniciar la investigación del caso para efecto de determinar responsabilidades penales o disciplinarias, cuando la conducta del demandado así lo exija. Sobre esto último, y como ya se dijo, dada la investidura de los funcionarios en cuestión (Presidente de la República y Ministros de Estado) correspondería poner en conocimiento de la Comisión Permanente del Congreso a fin de que ellos actúen de conformidad con lo establecido en el Art. 99 de la Constitución Política del Perú.

La ejecución de la sentencia se realiza de acuerdo con lo establecido en el Art. 22, el cual ya ha sido tratado.

2. Requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional para la procedencia del proceso de cumplimiento

Para finalizar, no sólo hay una correspondencia exacta entre el objeto del proceso de cumplimiento, según la Constitución y la Ley Procesal (ordenar a la autoridad renuente a que cumpla con dictar un reglamento), y el problema expuesto en el presente trabajo (sobre la deficiente labor de reglamentación), de tal forma que el primero nos sirve como garantía ante el segundo; sino que además el problema descrito también calza con exactitud con los requisitos

que debe cumplir la norma legal, según el Tribunal Constitucional, para que su reglamentación pueda ser exigida mediante el proceso de cumplimiento. Así, en la sentencia correspondiente al Exp. 0168-2005-PC/TC, el Tribunal manifestó que para el cumplimiento de la reglamentación de la norma legal, el mandato debería contar con los siguientes requisitos comunes: mandato vigente (que ley no haya sido derogada), mandato cierto y claro, debe inferirse indubitadamente de la norma legal o del acto administrativo (la misma ley establecerá de forma expresa, en sus disposiciones complementarias y finales, si requiere ser reglamentada y dentro de que plazo), no estar sujeta a controversias ni a interpretaciones dispares (de las leyes revisadas, se advierte que el mandato de reglamentar es claro y preciso, sin que dé lugar a dobles interpretaciones o a controversia alguna), ser de ineludible y obligatorio cumplimiento (el Poder Ejecutivo está obligado a la reglamentación de las leyes según lo dispuesto en el Art. 118 Inciso 8 de la Constitución) y ser incondicional (la ley nunca establece condiciones para que se cumpla con la debida reglamentación).

Por esto y por todo lo ya dicho, la acción de cumplimiento resulta ser la opción más idónea y adecuada para combatir la deficiente labor de reglamentación de las leyes que viene desempeñando el Poder Ejecutivo.

CAPÍTULO III:

ANÁLISIS Y

RESULTADOS

CAPÍTULO III: ANÁLISIS Y RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

Para empezar, y reiterando lo ya antes dicho, se debe precisar que la presente investigación versará sobre las leyes que cumplan los siguientes requisitos:

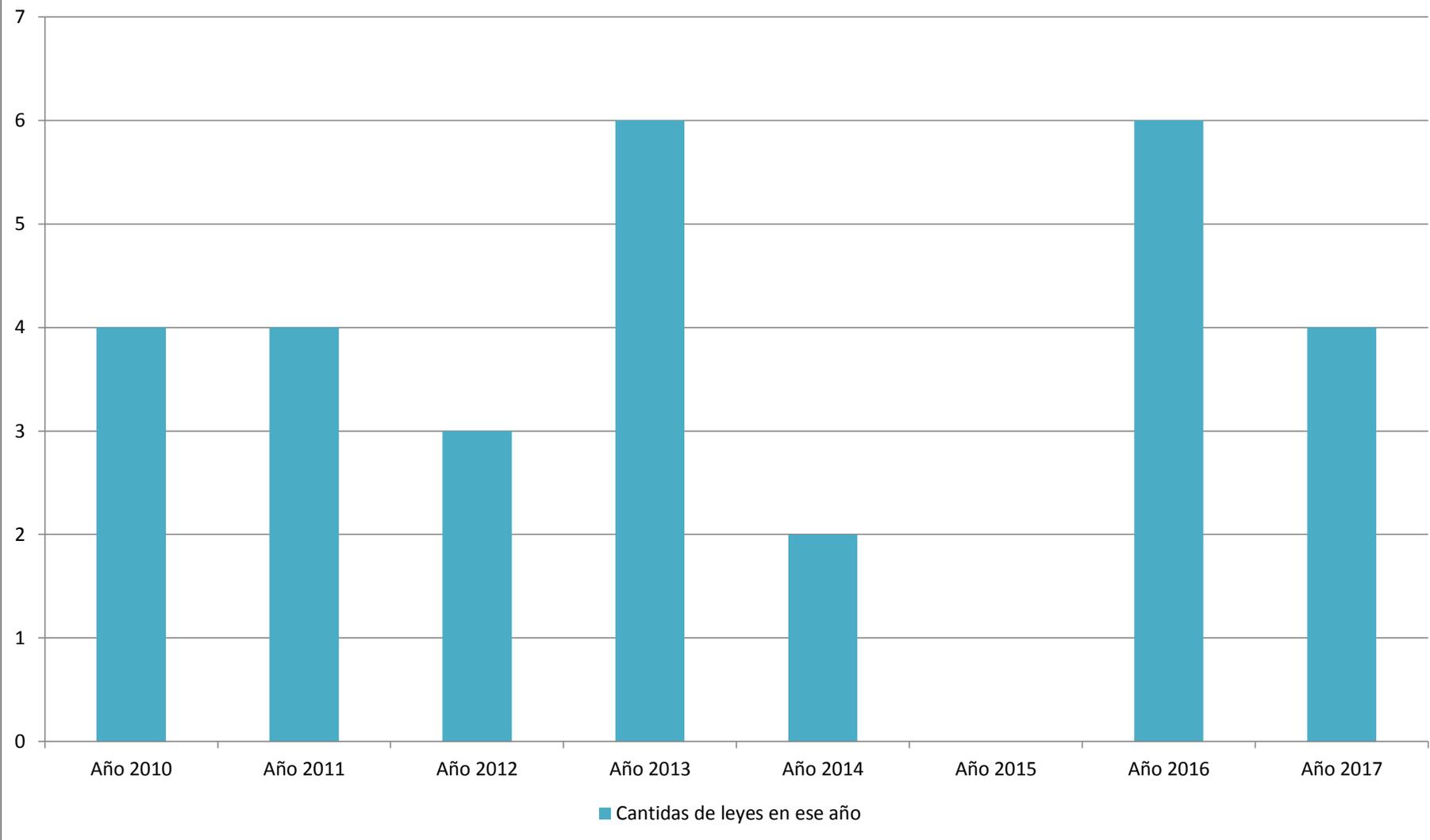
- Que se hayan publicado entre los años 2010 a 2017.
- Que se refieran al derecho a la salud.
- Que requieran ser reglamentadas.

Hechas esas precisiones, de aquí en adelante se denominarán a las leyes que cumplan esos requisitos como “leyes”.

Ahora bien, para poder recolectar las leyes, se ha acudido como fuente de información al Archivo Digital de la Legislación del Perú del Congreso de la República. Este archivo contiene principalmente las normas con rango de ley que pertenecen al sistema normativo peruano, así como las Leyes de Indias. De todo lo que allí se puede encontrar, se ha acudido a la sección denominada “Legislación desde 1904” (<http://www.leyes.congreso.gob.pe/Inicio.aspx>), la cual comprende las normas con rango o fuerza de ley expedidas desde el año 1904 hasta la actualidad. Así, en esa sección se pueden encontrar leyes, resoluciones legislativas, decretos leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, entre otros, desde el año 1904 hasta la actualidad. El investigador se ha limitado a realizar una búsqueda de las leyes que cumplan los requisitos previamente señalados.

De la búsqueda efectuada se ha logrado constatar que entre los años 2010 a 2017, se publicaron, con mandato de ser reglamentadas, 29 leyes referidas al derecho a la salud. Un gráfico permitirá detallar de mejor manera ello:

Leyes emitidas y publicadas entre los años 2010 a 2017, que se refieran al derecho a la salud y con mandato de reglamentación



Las 29 leyes encontradas son las siguientes:

➤ Año 2010

✓ Cantidad de leyes: 4

✓ Número, nombre y fecha de publicación de cada una de las leyes:

a) Ley N° 29517 – Ley que modifica la Ley N° 28705, ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco para adecuarse al convenio marco de la Organización Mundial de la Salud (OMS) para el control del tabaco.

Publicada el 02/04/2010.

b) Ley N° 29561 – Ley que establece la continuidad en la cobertura de preexistencias en el plan de salud de las entidades prestadoras de salud.

Publicada el 18/07/2010.

c) Ley N° 29632 - Ley para erradicar la elaboración y comercialización de bebidas alcohólicas informales, adulteradas o no aptas para consumo humano.

Publicada el 17/12/2010.

d) Ley N° 29643 - Ley que otorga protección al personal con discapacidad de la Policía Nacional del Perú y de las Fuerzas Armadas.

Publicada el 31/12/2010.

➤ Año 2011

✓ Cantidad de leyes: 4

✓ Número, nombre y fecha de publicación de cada una de las leyes:

- a) Ley N° 29662 - Ley que prohíbe el asbesto anfíboles y regula el uso del asbesto crisotilo.

Publicada el 09/02/2011.

- b) Ley N° 29682 – Ley que autoriza el nombramiento de los médicos cirujanos contratados por el Ministerio de Salud, sus organismos públicos y direcciones regionales de salud de los gobiernos regionales.

Publicada el 12/05/2011.

- c) Ley N° 29765 – Ley que regula el establecimiento y ejercicio de los centros de atención para dependientes, que operan bajo la modalidad de comunidades terapéuticas.

Publicada el 23/07/2011.

- d) Ley N° 29783 – Ley de seguridad y salud en el trabajo.

Publicada el 20/08/2011.

➤ Año 2012

- ✓ Cantidad de leyes: 3

- ✓ Número, nombre y fecha de publicación de cada una de las leyes:

- a) Ley N° 29899 – Ley que modifica el artículo 11 de la ley 26842, ley general de salud, y garantiza los derechos de las personas con problemas de salud mental.

Publicada el 24/06/2012.

- b) Ley N° 29907 – Ley para la prevención y el tratamiento de la ludopatía en las salas de juego de casino y máquinas tragamonedas.

Publicada el 20/07/2012.

c) Ley N° 29973 – Ley general de personas con discapacidad.

Publicada el 24/12/2012.

➤ Año 2013

✓ Cantidad de leyes: 6

✓ Número, nombre y fecha de publicación de cada una de las leyes:

a) Ley N° 30001 - Ley de reinserción social y económica para el migrante retornado.

Publicada el 14/03/2013.

b) Ley N° 30020 – Ley que crea el plan nacional para la enfermedad del Alzheimer y otras demencias.

Publicada el 13/05/2013.

c) Ley N° 30021 – Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes.

Publicada el 17/05/2013.

d) Ley N° 30024 – Ley que crea el registro nacional de historias clínicas electrónicas.

Publicada el 22/05/2013.

e) Ley N° 30032 – Ley que adiciona el capítulo VIII a la ley 28189, ley general de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos, y crea el registro nacional de donación renal cruzada.

Publicada el 05/06/2013.

f) Ley N° 30102 – Ley que dispone medidas preventivas contra los efectos nocivos para la salud por la exposición prolongada a la radiación solar.

Publicada el 06/11/2013.

➤ Año 2014

✓ Cantidad de leyes: 2

✓ Número, nombre y fecha de publicación de cada una de las leyes:

a) Ley N° 30150 – Ley de protección de las personas con el espectro del trastorno autista.

Publicada el 08/01/2014.

b) Ley N° 30287 – Ley de prevención y control de la tuberculosis en el Perú

Publicada el 14/12/2014.

➤ Año 2016

✓ Cantidad de leyes: 6

✓ Número, nombre y fecha de publicación de cada una de las leyes:

a) Ley N° 30421 – Ley marco de telesalud.

Publicada el 02/04/2016.

b) Ley N° 30423 – Ley que establece medidas para fortalecer la autoridad de salud a nivel nacional, con el fin de garantizar la prevención, control de riesgos y enfermedades de la población.

Publicada el 20/04/2016.

c) Ley N° 30432 – Ley que promueve y garantiza la práctica del deporte y la educación física en los diferentes niveles de la educación básica pública.

Publicada el 14/05/2016.

d) Ley N° 30453 – Ley de sistema nacional de resindentado médico.

Publicada el 10/06/2016.

e) Ley N° 30473 – Ley que modifica artículos 2, 3 y 4 y la disposición complementaria única de la ley 29471, ley que promueve la obtención, la donación y el trasplante de órganos y tejidos.

Publicada el 29/06/2016.

f) Ley N° 30490 – Ley de la persona adulta mayor.

Publicada el 21/07/2016.

➤ Año 2017

✓ Cantidad de leyes: 4

✓ Número, nombre y fecha de publicación de cada una de las leyes:

a) Ley N° 30646 – Ley que regula el descanso físico adicional del personal de la salud por exposición a radiaciones ionizantes o sustancias radiactivas.

Publicada el 17/08/2017.

b) Ley N° 30669 – Ley que promueve el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías de apoyo, dispositivos y ayudas compensatorias.

Publicada el 04/10/2017.

c) Ley N° 30681 – Ley que regula el uso medicinal y terapéutico del cannabis y sus derivados.

Publicada el 07/11/2017.

d) Ley 30687 – Ley de promoción de los derechos de las personas de talla baja.

Publicada el 29/11/2017.

Las 29 leyes anteriormente detalladas constituyen la población.

La muestra, que va a servir para probar la hipótesis, equivale al 20% de la población. Una rápida operación aritmética indica que el 20% de la población es igual a 6 leyes. Estas 6 leyes serán, por lo tanto, las analizadas para probar la hipótesis planteada en la presente investigación.

Para la elección de esas 6 leyes el autor de la investigación ha recurrido al muestreo aleatorio simple o muestreo simple al azar, esto es, ha anotado los números de cada una de las leyes en pequeños papeles, para luego introducirlos en una caja, y después de revolverlos, ir sacando uno tras otro hasta completar la cantidad que corresponde al tamaño de la muestra.

De la elección hecha, las leyes que han resultado seleccionadas como muestra son las siguientes:

- 1) Ley N° 29899 – Ley que modifica el artículo 11 de la ley 26842, ley general de salud, y garantiza los derechos de las personas con problemas de salud mental.

Publicada el 24/06/2012.

- 2) Ley N° 30020 – Ley que crea el plan nacional para la enfermedad del Alzheimer y otras demencias.

Publicada el 13/05/2013.

- 3) Ley N° 30032 – Ley que adiciona el capítulo VIII a la ley 28189, ley general de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos, y crea el registro nacional de donación renal cruzada.

Publicada el 05/06/2013.

- 4) Ley N° 30287 – Ley de prevención y control de la tuberculosis en el Perú

Publicada el 14/12/2014.

- 5) Ley N° 30421 – Ley marco de telesalud.

Publicada el 02/04/2016.

6) Ley N° 30490 – Ley de la persona adulta mayor.

Publicada el 21/07/2016.

1. Análisis de la muestra

Elegidas las 6 leyes que constituyen la muestra, cada una de ellas será analizada, incidiendo específicamente en lo que regula o establece cada una y cuál es su importancia. Posteriormente, todas las leyes en su conjunto serán analizadas nuevamente, pero esta vez para determinar la eficiencia o deficiencia de su reglamentación por parte del Poder Ejecutivo (se debe recordar que cuando se habla de deficiencia en la labor de reglamentación, el autor no se está refiriendo a la calidad del reglamento como norma, si es adecuada o no para las materias que reglamenta; lo que se cuestiona en sí es la forma en que viene ejerciendo el Poder Ejecutivo su labor constitucional de reglamentación). Ese análisis conjunto permitirá determinar si se cumple la hipótesis planteada por el investigador.

1.1. Importancia de las leyes que componen la muestra

1.1.1. Ley N° 29889, Ley que modifica el artículo 11 de la ley 26842, ley general de salud, y garantiza los derechos de las personas con problemas de salud mental

Ley sumamente importante si de derecho a la salud se habla. Como ya se ha dicho, la salud no implica solamente estar bien a nivel físico, sino que implica también estar bien en lo mental.

Esta ley se encarga de modificar el artículo 11 de la ley general de salud, artículo que justamente se refiere a la salud mental. La diferencia entre el artículo 11 original y el artículo 11 que resulta de la modificación de la Ley N° 29889 es sustancial. Veamos:

➤ **Artículo 11 original:**

Toda persona tiene derecho a la recuperación, rehabilitación y promoción de su salud mental. El alcoholismo, la farmacodependencia, los trastornos psiquiátricos y los de violencia familiar se consideran problemas de salud

mental. La atención de la salud mental es responsabilidad primaria de la familia y del Estado.

➤ Artículo 11 con la modificación efectuada por la Ley N° 29889:

Toda persona tiene derecho a gozar del más alto nivel posible de salud mental, sin discriminación. El Estado garantiza la disponibilidad de programas y servicios para la atención de la salud mental en número suficiente, en todo el territorio nacional; y el acceso a prestaciones de salud mental adecuadas y de calidad, incluyendo intervenciones de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación.

Además de los procedimientos y derechos establecidos en el artículo 15 de la presente ley, en la atención de la salud mental se considera lo siguiente:

- a. La atención de la salud mental se realiza en el marco de un abordaje comunitario, interdisciplinario, integral, participativo, descentralizado e intersectorial.
- b. La atención de la salud mental se realiza preferentemente de manera ambulatoria, dentro del entorno familiar, comunitario y social.
- c. El internamiento es un recurso terapéutico de carácter excepcional y solo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos para el paciente que el resto de intervenciones posibles. Se realiza por el tiempo estrictamente necesario y en el establecimiento de salud más cercano al domicilio del usuario.
- d. El tratamiento e internamiento se realizan con el consentimiento informado libre, y voluntario del usuario, salvo en situaciones de emergencia.
- e. La revisión médica periódica de los diagnósticos e informes que recomiendan el internamiento de pacientes. El internamiento tendrá una segunda opinión médica.

- f. Los usuarios de los servicios de salud mental, incluidas las personas con discapacidad mental, mantienen el pleno ejercicio de sus derechos durante su tratamiento e internamiento.
- g. Las personas con adicciones gozan de los mismos derechos y garantías que se reconocen a los demás usuarios de los servicios de salud. Su tratamiento e internamiento involuntario no requiere de su consentimiento informado y se realiza a solicitud de la familia cuando su capacidad de juicio esté afectada, lo cual debe ser determinado por una Junta Médica.

Además, la ley establece en su Art. 2 otros derechos a favor de las personas con discapacidad mental, entre ellos el de vivir de forma independiente, ser incluidas en la comunidad, garantizar el acceso a servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo que faciliten su inclusión social y eviten su aislamiento. También, en el Art. 3, se señala al Ministerio de Salud como la encargada de regular y supervisar permanentemente el pleno respeto de los derechos de los usuarios y programas de salud mental y el establecimiento de procedimientos sencillos para la interposición de quejas.

Para finalizar, es de resaltar la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley, en la cual se dice que el Poder Ejecutivo se encargará de impulsar un proceso de reforma de la atención de la salud mental con el fin de implementar un modelo de atención comunitaria, en coordinación con los gobiernos regionales y locales, debiendo priorizarse:

- a. La reestructuración de los hospitales generales para garantizar la atención de la salud mental y el establecimiento de camas para los usuarios.
- b. La conformación de redes de atención comunitaria de carácter multidisciplinario.
- c. El desarrollo de infraestructuras intermedias para la atención de la salud mental, tales como centro de salud comunitaria, hospitales de día, residencial y programas dirigidos a personas en situación de calle, entre otros.
- d. La incorporación de componentes de salud mental en la formación de profesionales y técnicos de la salud.
- e. El acceso universal y gratuito al tratamiento de problemas de salud mental.
- f. La disponibilidad de psicofármacos desde el primer nivel de atención.

g. La desinstitucionalización de las personas con discapacidad que viven en establecimientos de salud.

1.1.2. Ley N° 30020, Ley que crea el plan nacional para la enfermedad de Alzheimer y otras demencias

Otra ley relacionada con la salud mental.

La enfermedad del Alzheimer es la forma más común de demencia, es incurable y se caracteriza por la pérdida de la memoria inmediata y de otras capacidades mentales. En el caso peruano, de acuerdo a lo que aparece en la publicación, de fecha 07 de septiembre del 2018, hecha en la página web de Radio Capital, en la actualidad existen aproximadamente 200 mil peruanos que sufren esta enfermedad.

Sin embargo, y eso es lo que agranda la importancia de esta ley, la ley 30020 no se limita al Alzheimer, que es una forma de demencia, sino que tiene en cuenta todas las demencias. Ejemplos de demencia son la demencia vascular, la demencia por cuerpos de Lewy, la demencia frontotemporal, etc.

Con esta ley se crea el Plan Nacional para este tipo de enfermedades. Este plan, según el Art. 1 de la ley, está destinado a promover un sistema de atención integral de salud, servicios sociales e investigación básica y aplicada que permita afrontar la atención a las personas que sufran de estas enfermedades; para prevenir, mejorar la evaluación y el diagnóstico, brindar tratamiento y rehabilitación; así como para prestar orientación y asistencia a familiares directos y cuidadores de los pacientes que sufren de estas enfermedades.

Los objetivos que busca este plan, según el Art. 2 de la Ley, son:

- a) Crear y mantener un sistema nacional integral de salud para prevenir y atender a las personas con la enfermedad de Alzheimer y otras demencias.
- b) Promover proyectos de investigación básica y aplicada en las universidades, centros de investigación e instituciones vinculadas con la enfermedad de Alzheimer y otras demencias.

- c) Garantizar al acceso a un protocolo de evaluación que facilite el diagnóstico y un plan de tratamiento y rehabilitación de los pacientes con la enfermedad de Alzheimer y otras demencias.
- d) Garantizar los derechos de las personas con la enfermedad de Alzheimer y otras demencias a una vida digna, basada en una atención y tratamiento de calidad.
- e) Fomentar campañas de prevención primaria y promoción en los niveles nacional, regional y local para la detección temprana de estas demencias, cuando fuera el caso.
- f) Promover la formación de recursos humanos profesionales y técnicos para la evaluación, el diagnóstico, el tratamiento y la rehabilitación de los pacientes con la enfermedad de Alzheimer y otras demencias.
- g) Crear y fortalecer un sistema nacional de centros de atención integral para que los pacientes con la enfermedad de Alzheimer y otras demencias reciban atención especializada en la comunidad así como para informar, apoyar, capacitar y brindar ayuda psicológica a las personas cuidadoras, sean estas profesionales o familiares, en coordinación con los gobiernos regionales y los gobiernos locales.

Con el Art. 4, se dispone la coordinación entre el Ministerio de Salud y el Ministerio de la Mujer y de Poblaciones Vulnerables, con el objetivo de que ambas desarrollen políticas de prevención del Alzheimer y otras demencias, a través de estrategias intersectoriales que privilegien el envejecimiento activo, focalizando la atención en la educación a la comunidad y a los profesionales desde los colegios y universidades. Sobre la articulación entre los establecimientos de salud y las instituciones educativas, esta se da con el objetivo de que las intervenciones en salud acompañen oportunamente programas educativos especiales que favorezcan el desarrollo óptimo de las habilidades sociales y de comunicación de los niños afectados.

La única disposición complementaria y final declara de interés nacional la implementación del Plan Nacional para la enfermedad de Alzheimer y otras demencias y el otorgamiento de presupuesto correspondiente para su ejecución.

Finalmente, la segunda disposición complementaria transitoria señala que el plan nacional para la enfermedad de Alzheimer y otras demencias, al que se refiere el Art. 1, será elaborado por el Ministerio de Salud en un plazo de 90 días contado a partir de la fecha de publicación del reglamento.

En definitiva, en virtud al campo que cubre la ley, que son nada más y nada menos que todas las demencias, esta ley se presenta como una sumamente importante para la salud mental y para la salud en general.

1.1.3. Ley N° 30032, Ley que adiciona el capítulo VIII a la ley 28189, ley general de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos, y crea el registro nacional de donación renal cruzada.

La Ley N° 28189, Ley general de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos, publicada el 18 de marzo del 2004, originalmente constaba de 7 capítulos. Con la Ley N° 30032 se le adiciona un nuevo capítulo, el 8, el cual se refiere al Registro Nacional de Donación Renal Cruzada.

¿Qué es el Registro Nacional de Donación Renal Cruzada? Este registro, según el Art. 17 del Capítulo VIII, añadido mediante Ley N° 30032, busca facilitar el trasplante renal entre seres vivos, permitiendo que una pareja donante-receptor no compatible pueda contactarse con otra pareja donante-receptor no compatible que pertenezca al registro, siendo compatibles de forma cruzada entre ellos, para la realización del trasplante.

Por lo tanto, y como lo dice el Art. 18 del capítulo agregado, la pareja donante-receptor no compatible tiene que inscribirse en el Registro Nacional de Donación Renal Cruzada para así poder buscar otra pareja donante-receptor no compatible que esté inscrita en el mismo, y con el fin de establecer contacto para el trasplante renal cruzado entre ellos. La inscripción en este registro es la única forma para encontrar pacientes en esa condición.

El Ente Supervisor de la organización del Registro Nacional de Donación Renal Cruzada será, de acuerdo con el Art. 21 del Capítulo VIII, la Organización Nacional de Donación y Trasplante (ONDT) del Ministerio de Salud.

Esta ley es importante porque, en primer lugar, aumenta, para las personas que requieren de un trasplante de riñón, las posibilidades de encontrar un donante compatible. Y

es que al estar toda la información sistematizada y organizada en un registro es más fácil llegar a encontrar uno. Y si bien es cierto para la donación renal cruzada se requiere que sean dos parejas donante-receptor incompatibles, en caso de que ambas parejas, de forma cruzada, sean compatibles, no sólo hablaremos de una persona favorecida con una donación, sino de dos personas favorecidas con ello.

1.1.4. Ley N° 30287, Ley de prevención y control de la tuberculosis en el Perú

La Tuberculosis, producida principalmente por el bacilo de Koch, es una de las enfermedades más importantes a nivel mundial, y el Perú no está exento de ello. Así, y conforme da cuenta el diario El Comercio en la publicación hecha en su página web el 02 de abril del 2018, un reporte de la Organización Panamericana de la Salud del 2016 ubica al Perú en el primer lugar en incidencia de tuberculosis en la América Continental. El Ministerio de Salud estima, por ejemplo, que para el año 2017 existían 37000 peruanos que sufrían de esta enfermedad.

En mérito a lo expuesto, esta ley se presente como una manifiestamente relevante, ya que, como su nombre lo dice, está dirigida a prevenir y controlar una de las enfermedades más importantes –por la cantidad de gente que lo padece- del Perú.

En el Art. 1 se fija como objeto de la ley el regular los mecanismos de articulación entre los sectores involucrados en la prevención y el control de la tuberculosis, garantizando la cobertura y continuidad de una política de Estado de lucha contra esta enfermedad.

En el capítulo II se fijan los derechos de las personas que padecen de tuberculosis, destacando el derecho que tiene la persona que padece tuberculosis a una atención integral de salud, continua, gratuita y permanente de salud brindada por el Estado, a través de todos los establecimientos de salud donde tenga administración, gestión o participación directa o indirecta y a la prestación provisional que el caso requiera. Esta atención integral de salud comprende la promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y atención especializada, según el requerimiento de la persona afectada. Para acceder a la atención integral a la que se refiere este capítulo no es necesario estar asegurado. Así, la persona afectada por tuberculosis que no cuenta con seguro de salud accede gratuitamente al esquema de tratamiento normado por el Ministerio de Salud. En caso de que el paciente requiera cobertura complementaria, el servicio social del establecimiento de salud o de la red de salud,

o quien haga sus veces, tramita su inclusión al Seguro Integral de Salud (SIS) u otra institución administradora de fondo de aseguramiento (IAFAS) en salud a fin de continuar con su tratamiento. Incluso, el no contar con DNI no es impedimento para que la persona afectada por tuberculosis acceda gratuitamente al servicio de atención integral.

En el Capítulo IV se determinan los mecanismos de articulación para la prevención y control de la tuberculosis. Uno de esos mecanismos es un Plan Nacional Multisectorial entre los distintos ministerios, los gobiernos regionales y locales a nivel nacional.

En el Capítulo V se detallan los beneficios del trabajador afectado por la tuberculosis. Algunos beneficios son el descanso médico determinado por el médico tratante; el ser reasignado, en caso de haberse recuperado y no poder desempeñar las funciones para las cuales fue contratado, en otras funciones que pueda realizar sin poner en riesgo su seguridad y salud; y el ingresar a trabajar un hora después o salir una hora antes en los días que corresponda su tratamiento.

En los capítulos siguientes, del VI al IX, se regula todo lo que tiene que ver con la tuberculosis en determinadas instituciones y lugares, y la forma de prevenirlo y controlarlo:

- El capítulo VI se refiere a las acciones dirigidas a evitar que los trabajadores del sector salud contraigan esta enfermedad, y a la cobertura de los trabajadores de salud que ya la ha contraído.
- El capítulo VIII tiene que ver con la atención de la tuberculosis en las Fuerzas Armadas y en la Policía Nacional del Perú.
- Y el capítulo IX se refiere específicamente a la atención de la tuberculosis en los centros penitenciarios. Es de especial relevancia este capítulo, puesto que la población penitenciaria es la principalmente afectada con esta enfermedad.

Esta ley, como ya se dijo, tiene dos objetivos: prevenir y controlar la tuberculosis. En el capítulo X se preceptúa lo que tiene que ver con el control de la tuberculosis. Este control se dará mediante el tratamiento anti tuberculosis, el cual, entre otras cosas, deberá ser implementado en todos los establecimientos de salud públicos y privados del país. Hay que mencionar, además, que, tal y como lo establece el Art. 30, el Ministerio de Salud, los gobiernos regionales y otros subsectores de salud garantizan, bajo responsabilidad, la

disponibilidad nacional de medicamentos anti tuberculosis, en la forma y plazos que establezcan el reglamento; medicamentos que, por cierto, deberán los cumplir los estándares normados por la dirección general de medicamentos, insumos y drogas (Digemid). Sobre los llamados medicamentos de primera línea para tuberculosis (definidos por el Art. 2 como los principales medicamentos anti tuberculosis debido a su mayor efecto bactericida y menor riesgo de eventos adversos y que son utilizados para el tratamiento de la tuberculosis sensible), el Art. 32 prohíbe su venta al público en farmacias, boticas y similares, salvo excepciones que el mismo Ministerio de Salud indique. Para concluir, el Art. 33 preceptúa lo que tiene que ver con los albergues para pacientes con tuberculosis extensamente resistente. Este tipo de pacientes puede recibir tratamiento institucionalizado, inicialmente, en los establecimientos de salud del Ministerio de Salud y de los gobiernos regionales y, posteriormente, puede recibirlo en su domicilio o en albergues de tratamiento previamente acondicionados hasta su conversión bacteriológica o hasta encontrarse en condiciones de manejo ambulatorio.

Sobre la prevención de la tuberculosis, la ley ordena, en su Art. 36, la incorporación en el diseño curricular de la enseñanza de conocimientos sobre tuberculosis. De igual manera, en el Art. 37, se promueve y fomenta la investigación médico-científica y social sobre la tuberculosis en el Perú.

1.1.5. Ley N° 30421, Ley marco de Telesalud

La Telesalud, en palabras de la propia ley, consiste en el servicio de salud a distancia prestado por personal de salud competente, a través de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC), para lograr que estos servicios y los relacionados con estos sean accesibles a los usuarios en áreas rurales o con limitada capacidad resolutiva.

Se busca, por lo tanto, usar las tecnologías de la información y de la comunicación, entiéndase, celulares, teléfonos, computadoras y otros dispositivos móviles para dar y recibir servicios de atención médica.

Esta ley, por ende, tiene como objeto, conforme lo indica en su Art. 1, establecer los lineamientos generales para la implementación y desarrollo de la Telesalud como una estrategia de prestación de servicios de salud, a fin de mejorar su eficiencia y calidad e

incrementar su cobertura mediante el uso de tecnologías de la información y de la comunicación en el sistema nacional de salud.

Los principios que guían a la Telesalud, según la propia ley, son la universalidad, equidad, eficiencia, calidad del servicio, descentralización y el desarrollo social. Asimismo, la Telesalud comprende a todos los establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo, públicos, privados y mixtos del sector salud.

De igual modo, los servicios de Telesalud tienen como ejes de desarrollo la prestación de servicios de salud, la gestión de los servicios de salud, la información, educación y comunicación a la población sobre los servicios de salud, y el fortalecimiento de capacidades del personal de salud. Acerca de la prestación de servicios de salud, el Art. 9 nos dice que todas las instituciones que presten estos servicios deberán incorporar, en forma progresiva, en su cartera de servicios la prestación de los servicios de Telesalud, garantizando su sostenibilidad. Por otro lado, sobre el financiamiento de los servicios de Telesalud, el Art. 10 señala que son las instituciones administradoras de fondos de aseguramientos en salud las que garantizan dicho financiamiento.

Sobre las medidas para implementar la Telesalud, el título III de la ley indica que estas consistirán en la interoperabilidad, esto es, la interacción de diversas organizaciones con objetivos consensuados y comunes con la finalidad de obtener beneficios mutuos, lo cual se logrará mediante el intercambio, transferencia y utilización de datos entre sus respectivos sistemas de tecnología de información y comunicaciones.

Para proponer y promover las mejoras continuas, así como dar seguimiento a las acciones del Plan Nacional de Telesalud, la ley crea a la Comisión Nacional de Telesalud (CONATEL).

Finalmente, con la Primera Disposición Complementaria Final se declara de interés nacional la incorporación de la Telesalud en el sistema nacional de salud.

De mano con la modernidad y la globalización, las cuales, entre otras cosas, han cambiado las formas de comunicación e información, esta ley pretende aprovechar esto para mejorar los servicios de salud, haciendo que éstos puedan ser prestados a distancia. Esto

amplia la cantidad de gente que puede acceder a ellos, no importando si viven en zonas alejadas o no.

1.1.6. Ley N° 30490, Ley de la persona adulta mayor

Los adultos mayores, según esta ley, son aquellas personas que tienen 60 o más años de edad.

Aclarado ese detalle, esta ley tiene por objeto establecer un marco normativo que garantice el ejercicio de los derechos de la persona adulta mayor, a fin de mejorar su calidad de vida y propiciar su plena integración al desarrollo social, económico, político y cultural de la Nación.

Específicamente sobre el derecho a la salud, esta ley establece como uno de sus principios generales la atención de la salud centrada en la persona adulta mayor, lo cual quiere decir que todas las acciones dirigidas a la persona adulta mayor tienen una perspectiva biopsicosocial, promoviendo las decisiones compartidas entre los profesionales de la salud y la persona adulta mayor; integrando en la atención los aspectos biológicos, emocionales y contextuales junto a las expectativas de los pacientes y valorando además la interacción humana en el proceso clínico.

En el Art. 5 se le reconoce a las personas adultas mayores su derecho a una vida digna, plena, independiente, autónoma y saludable, y a la atención integral en salud y participar del proceso de atención de su salud por parte del personal de salud, a través de una escucha activa, proactiva y empática, que le permita expresar sus necesidades e inquietudes. Complementariamente, en el Art. 7 y en el Art. 8 se dice que la familia tiene el deber de velar por la integridad física, mental y emocional de la persona adulta mayor y de satisfacer sus necesidades básicas de salud; y que el Estado se encarga de establecer, promover y ejecutar las medidas administrativas, legislativas, jurisdiccionales y de cualquier otra índole, necesarias para promover y proteger el pleno ejercicio de los derechos de la persona adulta mayor, entre ellos el derecho a la salud.

En el Capítulo I del Título II de la ley se regula lo referente a los servicios para la persona adulta mayor. Esos servicios, como lo dice el Art. 9, prestados ya sea por entidades

públicas o privadas deben estar destinados a mejorar la calidad de vida y preservar la salud de las personas adultas mayores.

Con el Capítulo II se establecen los Centros Integrales de Atención al Adulto Mayor, espacios creados por los gobiernos locales, en el marco de sus competencias, y cuyas funciones son, entre otras cosas, promover estilos de vida saludables, práctica del autocuidado y coordinar actividades de prevención de enfermedades con las instancias pertinentes.

En el Capítulo III, y como otra forma de atención de las personas adultas mayores, se regula lo que tiene que ver con los Centros de Atención para Personas Adultas Mayores. Éstos son espacios públicos o privados acreditados por el Estado donde se prestan servicios de atención integral e integrada o básica especializada dirigidos a las personas adultas mayores, de acuerdo a sus necesidades de cuidado. Uno de los tipos es el centro de atención residencial, el cual ofrece servicios de atención integral a la persona adulta mayor autovalente o dependiente, pudiendo ser gerontológico, geriátrico o mixto.

El Art. 19, ubicado dentro del Título II “Atención de la Persona Adulta Mayor”, desarrollando lo que tiene que ver con la atención en salud, dice que las personas adultas mayores son consideradas como población prioritaria respecto de la atención integral en salud. Igualmente, señala que el gobierno nacional, los gobiernos regionales y locales, en forma coordinada, realizan intervenciones dirigidas a prevenir, promover, atender y rehabilitar la salud de la persona adulta mayor. Estos tres niveles de gobierno también están en la obligación, conforme el Art. 24 de la Ley, de garantizar el derecho a entornos físicos inclusivos, seguros, accesibles, funcionables y adaptables a las necesidades de la persona adulta mayor, que le procure una vida saludable. En el Art. 25, se reitera, con otras palabras, la obligación del gobierno nacional, los gobiernos regionales y locales, de brindar protección social a la persona adulta mayor que sufra de trastorno físico o deterioro cognitivo que la incapacite o que haga que ponga en riesgo a otras personas.

El Instituto Nacional de Estadística e Información (INEI), en virtud al censo nacional hecho en el 2017, informó que las personas adultas mayores representan el 11.9% de la población. Esta ley, por lo tanto, está dirigida a más de 3 millones de peruanos. Y no sólo eso, sino que, dada la condición natural de estas personas, también está dirigida a una población sumamente vulnerable. Es imperioso, por lo tanto, una protección especial sobre ellas,

protección que justamente se busca con esta ley. En esta protección destaca el derecho a la salud, el cual si es importante en una persona joven, imaginemos lo importante que llega a ser en los adultos mayores, que por su edad presentan un declive en lo físico y mental. He ahí la importancia de esta ley.

1.2. Tablas de datos de la reglamentación de las leyes que componen la muestra

a) Primera Tabla (Primera Ley: Ley N° 29889)

Número	29889
Nombre	Ley que modifica el artículo 11 de la ley 26842, ley general de salud, y garantiza los derechos de las personas con problemas de salud mental
Fecha de publicación	Domingo 24 de junio del 2012
Entrada en vigencia de la ley	Lunes 25 de junio del 2012
Mandato de reglamentación	Segunda Disposición Complementaria Final: “El Poder Ejecutivo reglamenta la presente ley dentro de los treinta días calendarios contados a partir de su vigencia”
Plazo para reglamentar	30 días calendarios contados a partir de la vigencia de la ley
Vencimiento del plazo para reglamentar	25 de julio del 2012
Publicación del reglamento	06 de octubre del 2015
Tiempo transcurrido entre la fecha en que venció el plazo para reglamentar la ley y la fecha en que llegó a publicarse el reglamento	3 años, 2 meses y 11 días

b) Segunda Tabla (Segunda Ley: Ley N° 30020)

Número	30020
Nombre	Ley que crea el plan nacional para la

	enfermedad de alzhéimer y otras demencias
Fecha de publicación	Lunes 13 de mayo del 2013
Entrada en vigencia de la ley	Martes 14 de mayo del 2013
Mandato de reglamentación	Primera Disposición Complementaria Transitoria: “El Poder Ejecutivo reglamenta la presente ley en un plazo de noventa (90) días calendario, contado a partir de la fecha de su publicación”
Plazo para reglamentar	90 días calendarios contado a partir de la fecha de la publicación de la ley
Vencimiento del plazo para reglamentar	11 de agosto del 2013
Publicación del reglamento	Hasta la fecha no se ha publicado el reglamento
Tiempo transcurrido entre la fecha en que venció el plazo para reglamentar la ley y la fecha en que llegó a publicarse el reglamento	Hasta la fecha no se ha publicado el reglamento. Han pasado más de 5 años desde que venció el plazo para reglamentar.

c) Tercera Tabla (Tercera Ley: Ley N° 30032)

Número	30032
Nombre	Ley que adiciona el capítulo VIII a la ley 28189, ley general de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos, y crea el registro nacional de donación renal cruzada
Fecha de publicación	Miércoles 5 de junio del 2013
Entrada en vigencia de la ley	Jueves 6 de junio del 2013
Mandato de reglamentación	Única Disposición Complementaria Final: “El Poder Ejecutivo reglamenta la presente Ley dentro de los sesenta días calendario, contados a partir de su vigencia”
Plazo para reglamentar	60 días calendarios contados a partir de la

	vigencia de la ley
Vencimiento del plazo para reglamentar	5 de agosto del 2013
Publicación del reglamento	31 de diciembre del 2015
Tiempo transcurrido entre la fecha en que venció el plazo para reglamentar la ley y la fecha en que llegó a publicarse el reglamento	2 años, 4 meses y 26 días

d) Cuarta Tabla (Cuarta Ley: Ley N° 30287)

Número	30287
Nombre	Ley de prevención y control de la tuberculosis en el Perú
Fecha de publicación	Domingo 14 de diciembre del 2014
Entrada en vigencia de la ley	Lunes 15 de diciembre del 2014
Mandato de reglamentación	Sexta Disposición Complementaria: “El Poder Ejecutivo reglamenta la presente Ley en un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, contado desde la fecha de vigencia de la presente ley.
Plazo para reglamentar	120 días calendarios contados desde la fecha de vigencia de la ley.
Vencimiento del plazo para reglamentar	14 de abril del 2015
Publicación del reglamento	15 de mayo del 2016
Tiempo transcurrido entre la fecha en que venció el plazo para reglamentar la ley y la fecha en que llegó a publicarse el reglamento	1 año, 1 mes y 1 día

e) Quinta Tabla (Quinta Ley: Ley N° 30421)

Número	30421
Nombre	Ley marco de Telesalud

Fecha de publicación	Sábado 2 de abril del 2016
Entrada en vigencia de la ley	Domingo 3 de abril del 2016
Mandato de reglamentación	Cuarta Disposición Complementaria Final: “El Poder Ejecutivo reglamenta la presente Ley en un plazo de ciento veinte días calendario contados desde la fecha de su entrada en vigencia”
Plazo para reglamentar	120 días contados desde la fecha de entrada en vigencia de la ley.
Vencimiento del plazo para reglamentar	01 de agosto del 2016
Publicación del reglamento	Hasta la fecha no se ha publicado el reglamento
Tiempo transcurrido entre la fecha en que venció el plazo para reglamentar la ley y la fecha en que llegó a publicarse el reglamento	Hasta la fecha no se ha publicado el reglamento. Han pasado más de 2 años desde que venció el plazo para reglamentar

f) Sexta Tabla (Sexta Ley: Ley N° 30490)

Número	30490
Nombre	Ley de la persona adulta mayor
Fecha de publicación	Jueves 21 de julio del 2016
Entrada en vigencia de la ley	Viernes 22 de julio del 2016
Mandato de reglamentación	Quinta Disposición Complementaria Final: “El Poder Ejecutivo, mediante decreto supremo refrendado por el ministro de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, reglamenta la presente ley dentro de los ciento ochenta días contados desde su entrada en vigencia”
Plazo para reglamentar	180 días contados desde la entrada en vigencia de la ley.

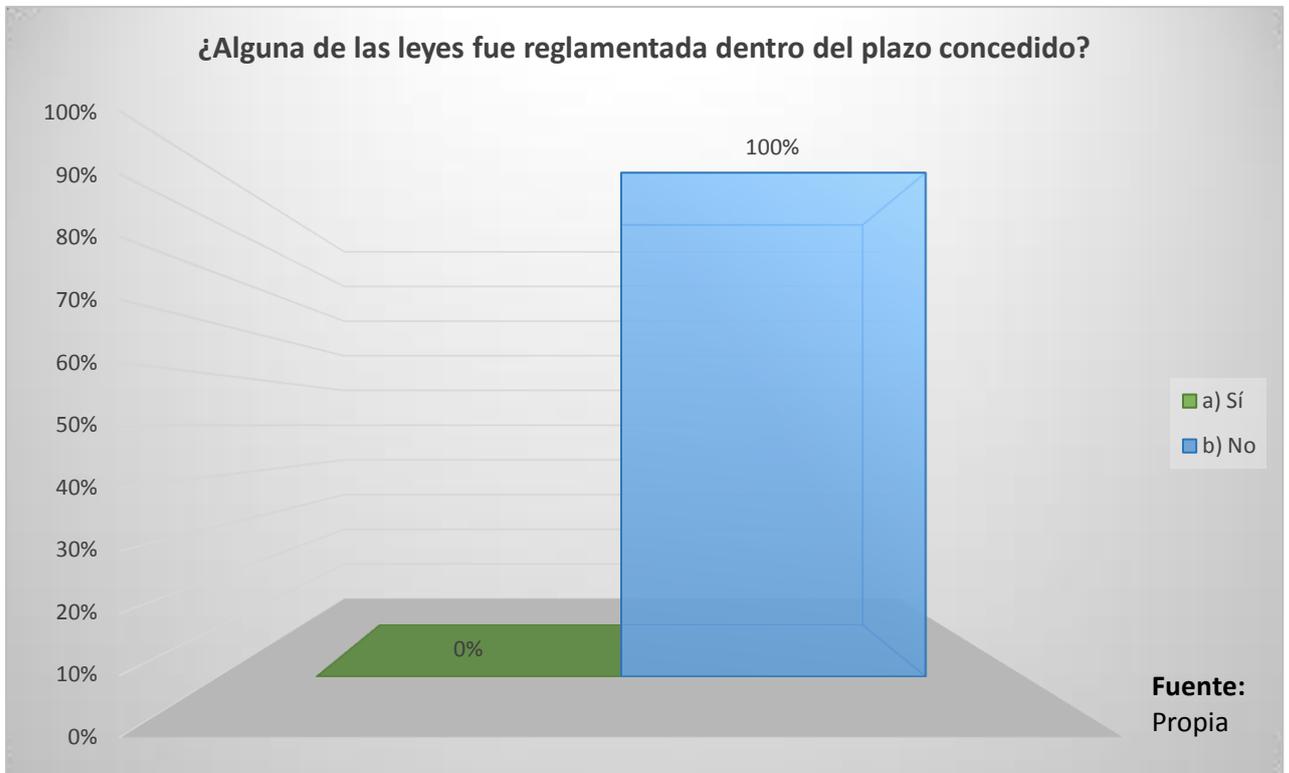
Vencimiento del plazo para reglamentar	18 de enero del 2017
Publicación del reglamento	26 de agosto del 2018
Tiempo transcurrido entre la fecha en que venció el plazo para reglamentar la ley y la fecha en que llegó a publicarse el reglamento	1 año, 7 meses y 8 días.

1.2.1. Análisis e interpretación de las tablas de datos

1. ¿Alguna de las leyes fue reglamentada dentro del plazo concedido?

a) Sí.

b) No.

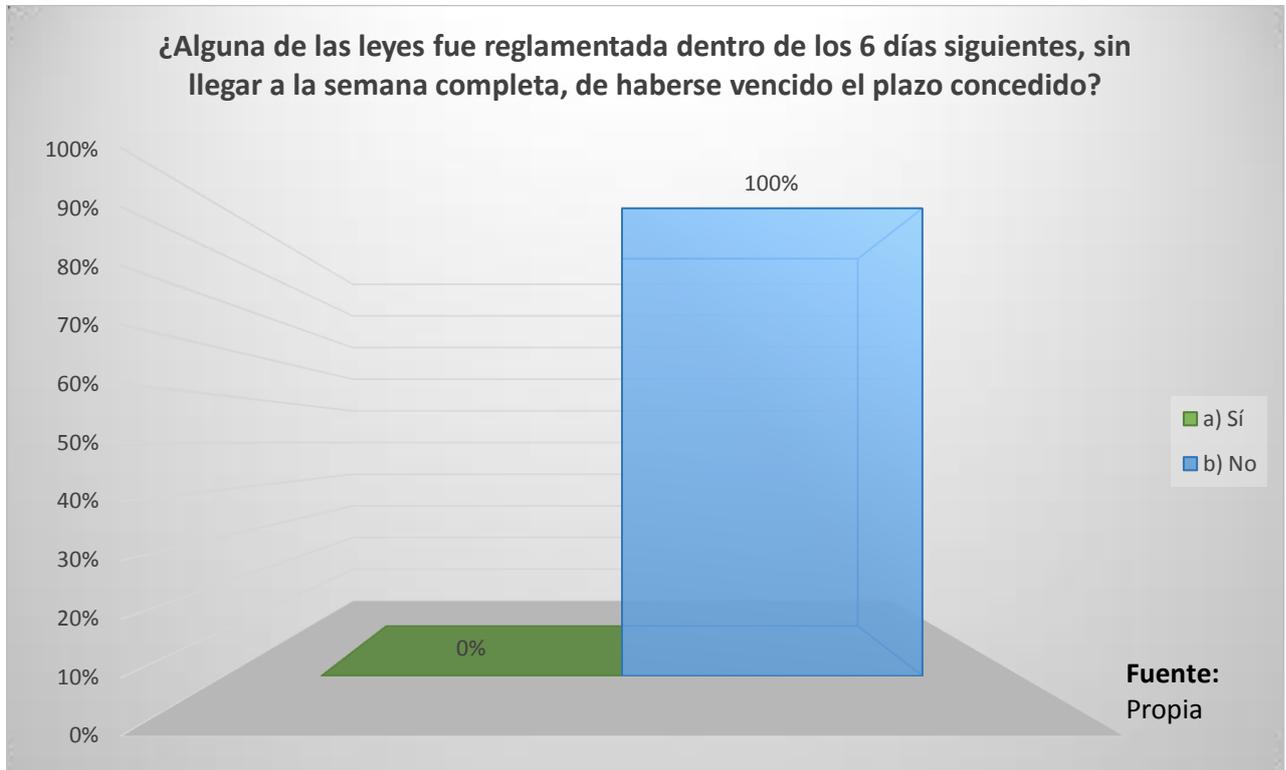


Interpretación

Como primer escenario, cuando se habla de la reglamentación de las leyes, está aquel que se da cuando la ley cumple con ser reglamentada por el Poder Ejecutivo dentro del plazo concedido por la propia ley.

Ninguna de las leyes que componen la muestra fue reglamentada por el Poder Ejecutivo dentro del plazo concedido por la propia ley.

2. ¿Alguna de las leyes fue reglamentada dentro de los 6 días siguientes, sin llegar a la semana completa, de haberse vencido el plazo concedido?
- a) Sí.
 - b) No.

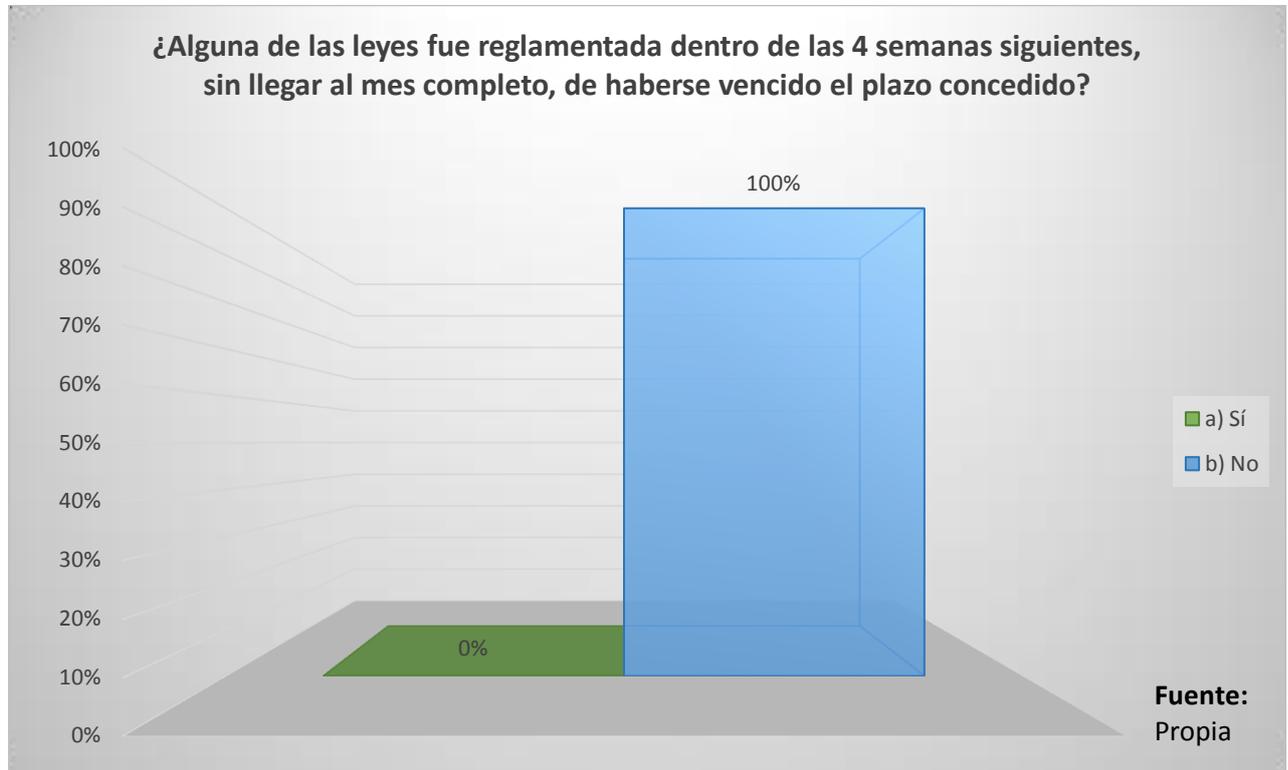


Interpretación

Como segundo escenario, cuando se habla de la reglamentación de las leyes, está aquel que se da cuando la ley cumple con ser reglamentada por el Poder Ejecutivo, pero no dentro del plazo concedido por la propia ley. En este escenario específico la reglamentación de la ley se da a los días (de 1 a 6) -sin que se llegue a la semana completa- de haberse vencido el plazo concedido.

En este caso, ninguna de las leyes fue reglamentada por el Poder Ejecutivo dentro de los 6 días siguientes de haberse vencido el plazo concedido.

3. ¿Alguna de las leyes fue reglamentada dentro de las 4 semanas siguientes, sin llegar al mes completo, de haberse vencido el plazo concedido?
- a) Sí.
 - b) No.



Interpretación

Como tercer escenario, cuando se habla de la reglamentación de las leyes, está aquel que se da cuando la ley cumple con ser reglamentada por el Poder Ejecutivo, pero no dentro del plazo concedido por la propia ley. En este escenario específico la reglamentación de la ley se da a las semanas (de 1 a 4) -sin que se llegue a superar el mes- de haberse vencido el plazo concedido.

En este caso, ninguna de las leyes fue reglamentada por el Poder Ejecutivo dentro de las semanas siguientes de haberse vencido el plazo concedido.

4. ¿Alguna de las leyes fue reglamentada dentro de los 11 meses siguientes, sin llegar al año completo, de haberse vencido el plazo concedido?
- a) Sí.
 - b) No.

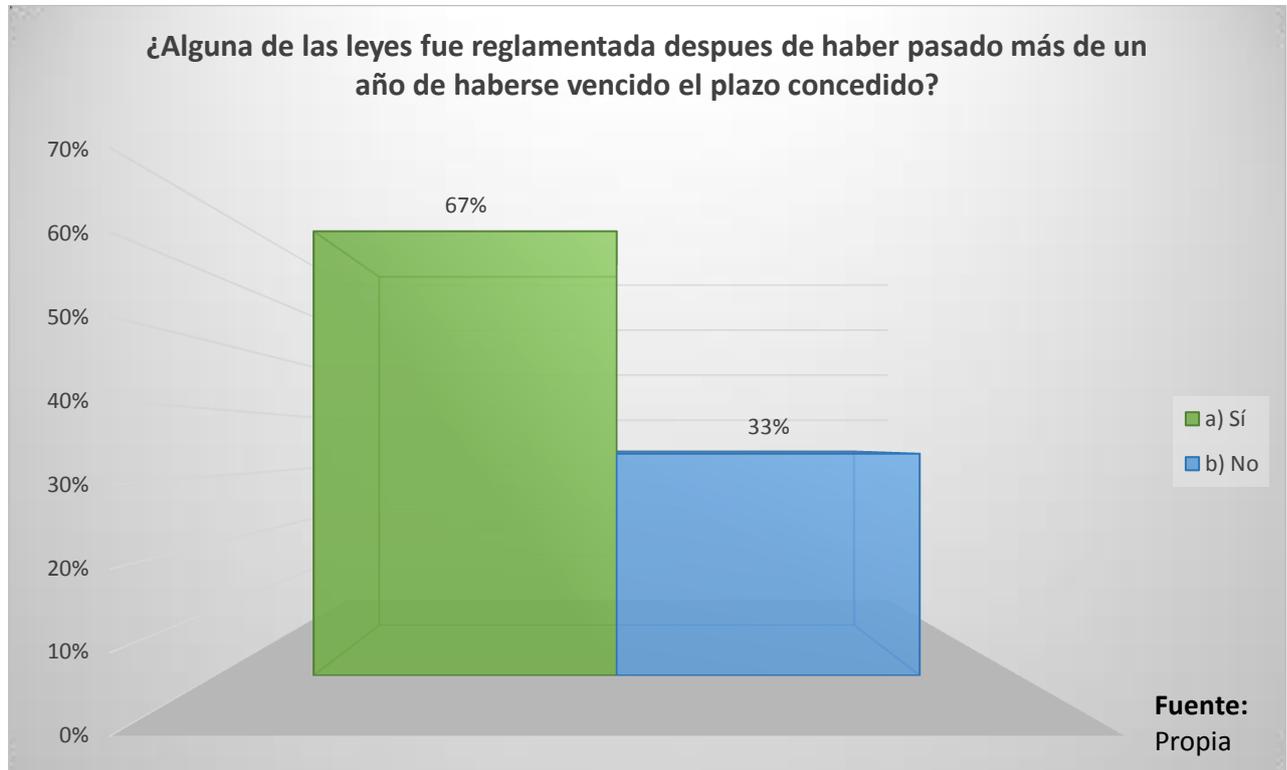


Interpretación

Como cuarto escenario, cuando se habla de la reglamentación de las leyes, está aquel que se da cuando la ley cumple con ser reglamentada por el Poder Ejecutivo, pero no dentro del plazo concedido por la propia ley. En este escenario específico la reglamentación de la ley se da a los meses (1 a 11) -sin que se llegue a superar el año- de haberse vencido el plazo concedido.

En este caso, ninguna de las leyes fue reglamentada por el Poder Ejecutivo dentro de los meses siguientes de haberse vencido el plazo concedido.

5. ¿Alguna de las leyes fue reglamentada después de haber pasado más de un año de haberse vencido el plazo concedido?
- a) Sí.
 - b) No.

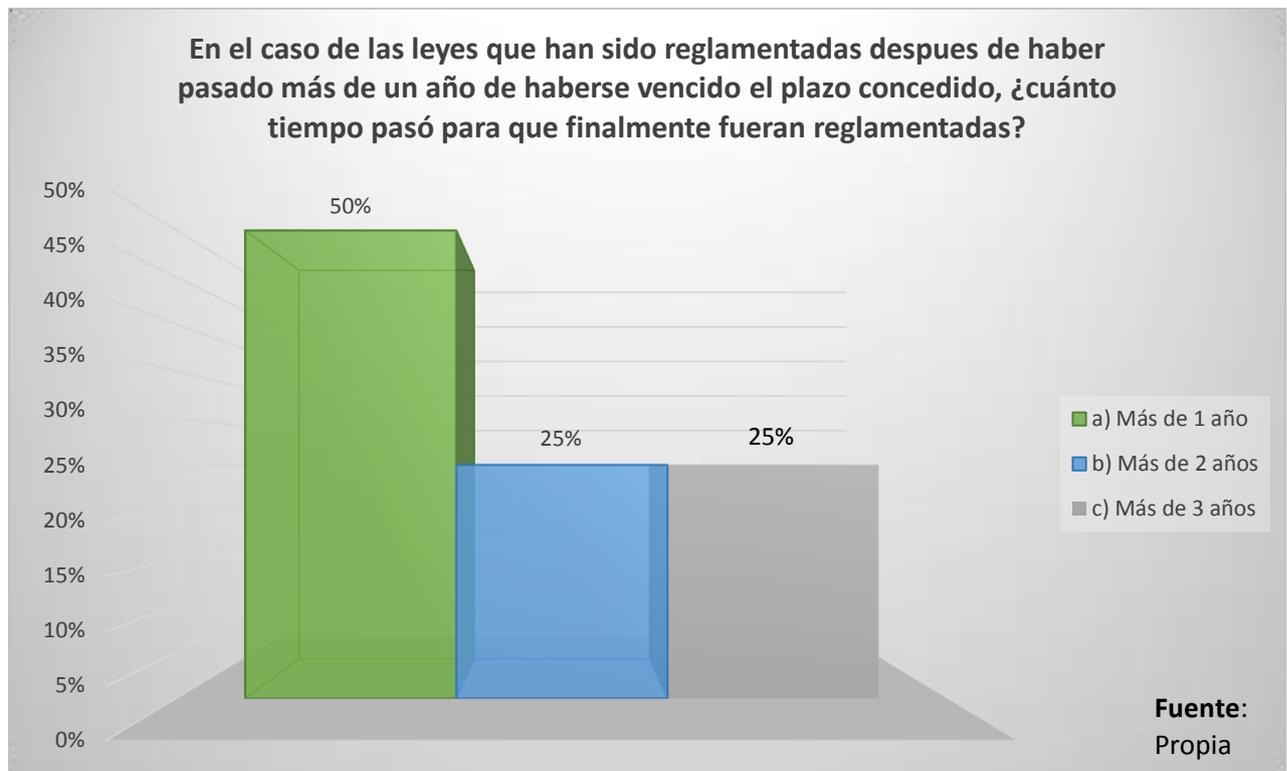


Interpretación

Como quinto escenario, cuando se habla de la reglamentación de las leyes, está aquel que se da cuando la ley cumple con ser reglamentada por el Poder Ejecutivo, pero no dentro del plazo concedido por la propia ley. En este escenario específico la reglamentación de la ley se da después de haber pasado más de un año de haberse vencido el plazo concedido.

En este caso, el 67% de las leyes fueron reglamentadas por el Poder Ejecutivo después de haber pasado más de un año de haberse vencido el plazo concedido.

6. En el caso de las leyes que han sido reglamentadas después de haber pasado más de un año de haberse vencido el plazo concedido, ¿cuánto tiempo pasó para que finalmente fueran reglamentadas?
- a) Más de 1 año.
 - b) Más de 2 años.
 - c) Más de 3 años.

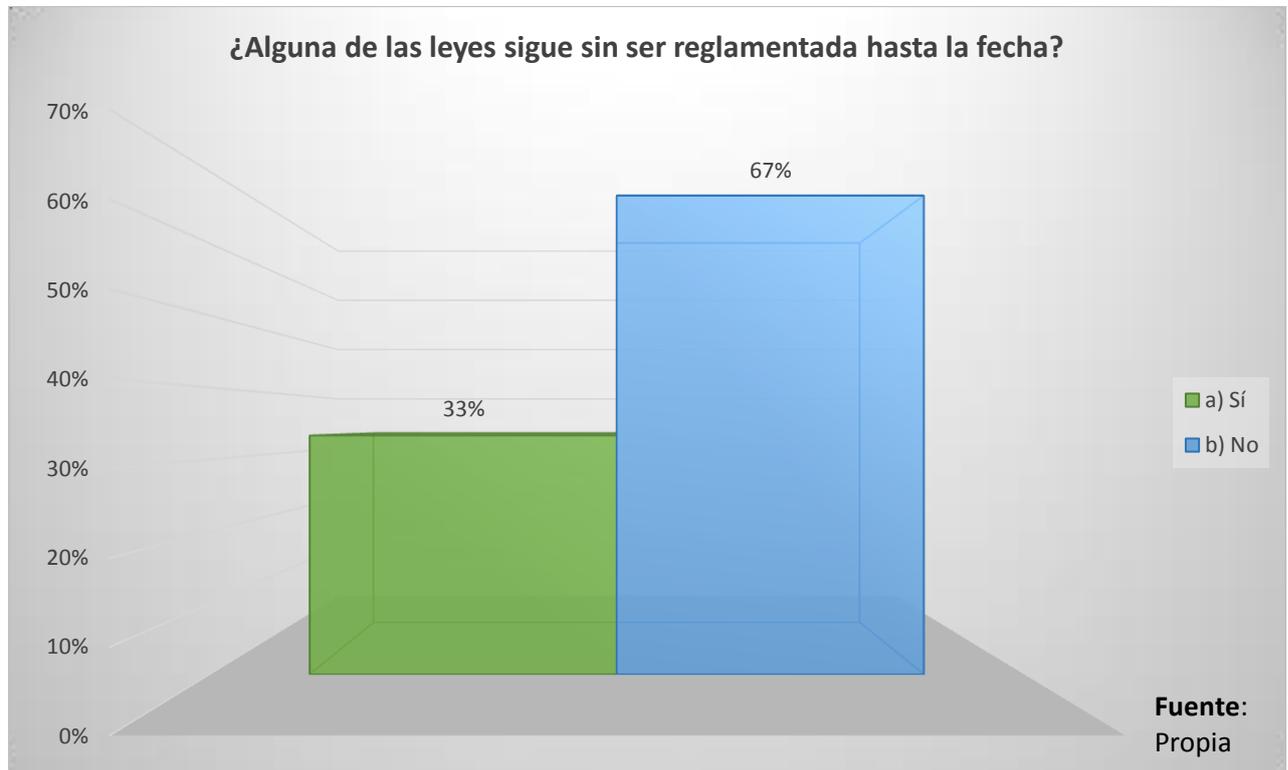


Interpretación

Permaneciendo todavía en el quinto escenario posible, en el cual se ubican el 67% de las leyes que componen la muestra, se puede advertir que:

- El 50% de las leyes que se encuentran en este escenario fueron reglamentadas después de haber pasado más de 1 año de haberse vencido el plazo concedido.
- El 25% de las leyes que se encuentran en este escenario fueron reglamentadas después de haber pasado más de 2 años de haberse vencido el plazo concedido.
- El 25% de las leyes que se encuentran en este escenario fueron reglamentadas después de haber pasado más de 3 años de haberse vencido el plazo concedido.

7. ¿Alguna de las leyes sigue sin ser reglamentada hasta la fecha?
- a) Sí.
 - b) No.

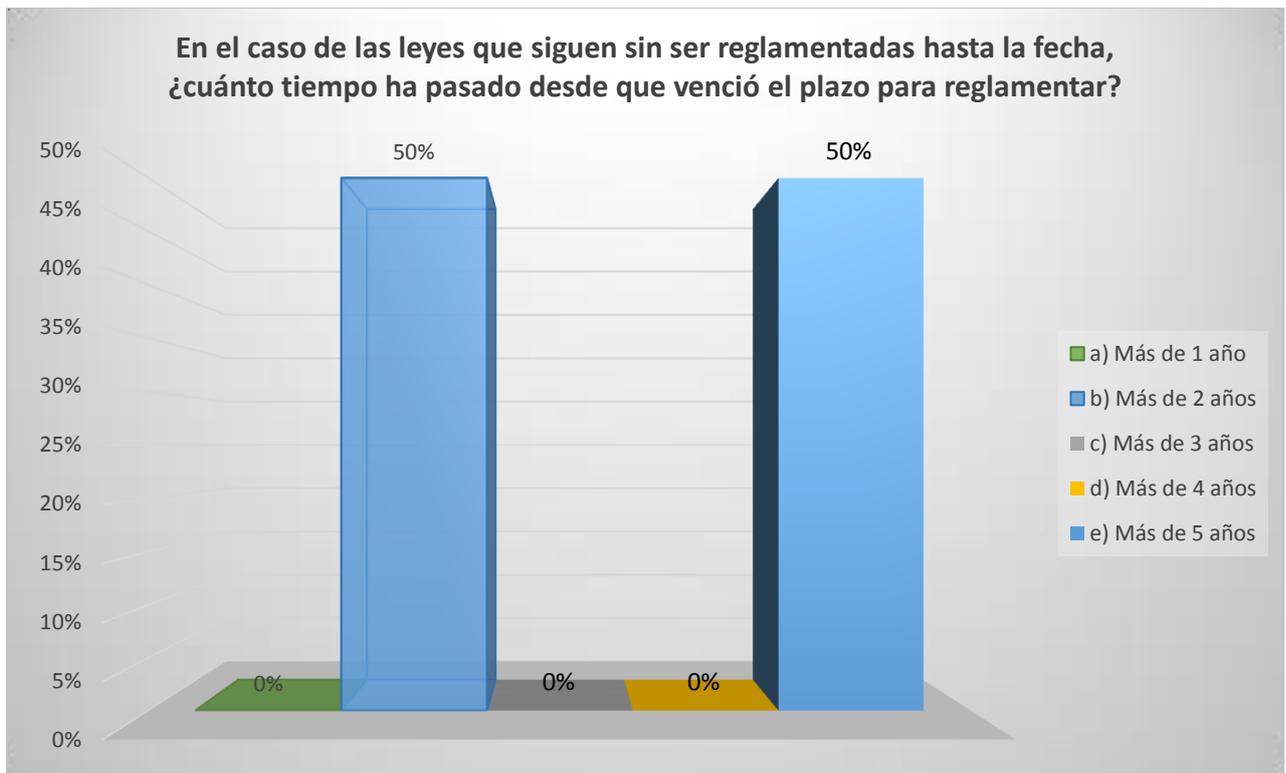


Interpretación

Como sexto escenario, cuando se habla de la reglamentación de las leyes, está aquel que se da cuando la ley, hasta la fecha, no cumple con ser reglamentada por el Poder Ejecutivo, a pesar del plazo concedido por la propia ley.

En este caso, el 33% de las leyes no han cumplido con ser reglamentadas por el Poder Ejecutivo hasta la fecha

8. En el caso de las leyes que siguen sin ser reglamentadas hasta la fecha, ¿cuánto tiempo ha pasado desde que venció el plazo para reglamentar?
- Más de 1 año.
 - Más de 2 años.
 - Más de 3 años.
 - Más de 4 años.
 - Más de 5 años.



Interpretación

Permaneciendo todavía en el sexto escenario, en el cual se ubican el 33% de las leyes que componen la muestra, se puede advertir que:

- El 50% de las leyes que se encuentran en este escenario aún no son reglamentadas, a pesar de haber pasado más de 2 años desde que venció el plazo para reglamentar.
- El 50% de las leyes que se encuentran en este escenario aún no son reglamentadas, a pesar de haber pasado más de 5 años desde que se venció el plazo para reglamentar.

Interpretación final de los datos

Los gráficos estadísticos son claros: la labor de reglamentación de las leyes referidas al derecho a la salud, ejercida por el Poder Ejecutivo, es gravemente deficiente.

Se han planteado seis posibles escenarios. Esos escenarios van desde el más optimista, en el cual la ley es reglamentada dentro del plazo establecido, hasta el más pesimista, en el cual la ley hasta la fecha no es reglamentada.

Las leyes analizadas, lamentablemente, se ubican en los dos últimos escenarios, en los dos escenarios más pesimistas.

En el escenario menos pesimista de los pesimistas, la ley ya fue reglamentada, pero lo ha sido después de haber pasado más de un año de haberse vencido el plazo concedido para ello. Eso ha sucedido en el 67% de los casos. Aquí se encuentran leyes que han sido reglamentadas después de haber pasado más de un año de vencido el plazo, otras que lo han sido después de haber pasado más de 2 años y otras que incluso han tenido que esperar más de 3 años para recién ser reglamentadas.

En el escenario más pesimista de los pesimistas, la ley hasta la fecha no es reglamentada. Eso ha sucedido en el 33% de los casos. Aquí se encuentran leyes que aún no se reglamentan, pese a que ya pasaron más de 2 años de haberse vencido el plazo para ello y, en el colmo de los colmos, pese a que ya han pasado más de 5 años de haberse vencido el plazo concedido.

CAPÍTULO IV:
CONTRASTACIÓN DE
LA HIPÓTESIS,
CONCLUSIONES Y
RECOMENDACIONES

CAPÍTULO IV: CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Parte I: Validación de variables y contrastación de la hipótesis

En esta parte el investigador en base a los resultados obtenidos en el capítulo anterior, contrastará la hipótesis planteada, a fin de verificar si ésta es falsa o verdadera.

Se debe recordar que la hipótesis planteada es que en el Perú, en el periodo comprendido entre los años 2010 a 2017, el derecho constitucional a la salud se ha visto vulnerado como consecuencia de la deficiente labor de reglamentación.

Para la contrastación de la hipótesis también será de utilidad lo dicho en el marco teórico de la presente investigación. Es en base a ello que se validarán las variables y, consecuentemente, se contrastará la hipótesis planteada.

1. Variable Independiente: Deficiente reglamentación de las leyes en el Perú

Los resultados obtenidos en el capítulo III han permitido comprobar que el Poder Ejecutivo viene ejerciendo una deficiente labor de reglamentación respecto de las leyes que han compuesto la muestra (20% de las leyes referidas al derecho a la salud, publicadas entre los años 2010 a 2017). Así, se ha logrado verificar que ninguna de ellas fue reglamentada dentro del plazo, que el 67% de ellas fue reglamentada después de haber pasado más de un año –en algunos casos hasta más de 3 años- de haberse vencido el plazo concedido para la reglamentación y que el 33% de ellas hasta la fecha aún no son reglamentadas, a pesar de que han pasado varios años de haberse vencido el plazo concedido para la reglamentación.

Por lo tanto:

Validación de la variable independiente: En el Perú existe, de parte del Poder Ejecutivo, una deficiente labor de reglamentación.

2. Variable Dependiente: Vulneración del derecho constitucional a la salud

Comprobada la deficiente labor de reglamentación, toca centrarse en la variable dependiente, esto es, si la deficiente labor de reglamentación vulnera o no el derecho constitucional a la salud.

En el marco teórico de esta tesis se dijo respecto del derecho constitucional a la salud lo siguiente:

- El derecho constitucional a la salud es un derecho que se encuentra reconocido a nivel nacional, en los Arts. 7, 9 y 11 de la Constitución Política del Perú, y a nivel internacional, tanto en el sistema universal de protección de derechos humanos, como en el sistema interamericano de protección de derechos humanos.
- El derecho constitucional a la salud es un derecho social. Sobre estos derechos, si bien es cierto se les discutía su carácter de verdaderos derechos, actualmente esa posición ha sido totalmente desterrada, aceptándose que cuando se habla de derechos sociales se habla de verdaderos derechos subjetivos, gozando de fuerza normativa y siendo de obligatorio cumplimiento para el Estado. En el Perú ello ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en el fundamento 3 de la sentencia correspondiente al Exp. 1417-2005-AA/TC (Caso Manuel Anicama Hernández), en el fundamento 74 de la sentencia correspondiente al Exp. 0050-2004-AI/TC (Caso Colegio Abogados del Cusco y del Callao) y en el Fundamento 19 y 28 de la sentencia correspondiente al Exp. 2945-2003-AA/TC (Caso Azanca Alhelí Meza García). El derecho a la salud como derecho social no es ajeno a esto, considerándosele en la actualidad como un derecho autónomo, subjetivo, exigible judicialmente y de obligatoria cumplimiento para el Estado. Esto ha sido consagrado por el Tribunal Constitucional peruano en el fundamento 48 de la sentencia correspondiente al Exp. 5842-2006-PHC/TC (Caso Internados en la Sala de Hospitalización de Adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental “Honorio Delgado–Hideyo Noguchi”), y por el legislador en el Código Procesal Constitucional, en donde se incluye al derecho a la salud en la lista de derechos protegidos mediante el proceso de amparo.
- Se ha dicho que todos los derechos constitucionales tienen un contenido esencial y una doble dimensión. Sobre lo último, se ha aseverado que todo derecho constitucional, incluido el derecho constitucional a la salud, tiene una dimensión subjetiva y una dimensión objetiva. En cuanto a la segunda, la cual

es considerada por algunos autores como la gran novedad del constitucionalismo actual y como una de las importantes consecuencias del paso del Estado Liberal al Estado Social, esta implica que el Estado no sólo se puede limitar a respetar los derechos de las personas, sino que, además, debe asumir activamente la realización de acciones y la adopción de medidas necesarias para que las personas puedan ejercer tales derechos.

- En virtud a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, el Estado asume diversas obligaciones, algunas de ellas de naturaleza económica. Sin embargo, las más numerosas y principales son las obligaciones legislativas, administrativas y judiciales. Así, el Estado cumple su obligación de favorecer al ejercicio de los derechos cuando legisla en favor de la protección y concreción de un derecho fundamental (nivel legislativo); cuando, a través de los tribunales, resuelve, en los casos concretos que involucran derechos fundamentales, intentando una seria y efectiva defensa y garantía del derecho fundamental implicado (nivel judicial); y cuando, en ejercicio de su función ejecutiva, elabora y aprueba los reglamentos correspondientes para hacer que las leyes sean plenamente aplicables, dispone la organización de un servicio público que facilite el ejercicio de determinados derechos fundamentales o planifica y ejecuta políticas sociales (nivel administrativo). En tal sentido, la dimensión objetiva del derecho a la salud, al igual que sucede con los demás derechos, implica que el Estado tiene a su cargo diversas obligaciones, de carácter económico, legislativo, administrativo y judicial, las cuales deben ser cumplidas para asegurar el ejercicio del derecho a la salud.
- Para la investigación es de vital importancia lo manifestado por el Tribunal Constitucional en la sentencia correspondiente al Exp. 2480-2008-PA/TC (Caso Matilde Villafuerte Vda. De Medina). En ella el Tribunal Constitucional desarrolla lo referente a la dimensión objetiva y subjetiva del derecho a la salud.

En el caso de la dimensión objetiva (llamada dimensión prestacional) del derecho a la salud, asevera que se está ante un derecho fundamental cuya satisfacción requiere de acciones prestacionales, las cuales pueden brindarse a

través de entidades públicas, privadas o mixtas. De igual forma, sostiene que la salud es un servicio público de tipo asistencial, que requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable su eficiencia en la práctica, de forma tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, se garanticen de modo efectivo y eficaz.

En el fundamento 9 de la sentencia citada es donde se localiza lo más importante. Y es que aquí el Tribunal Constitucional sostiene que, siempre manteniéndonos en la dimensión objetiva del derecho a la salud, el Estado se encuentra obligado a organizar, dirigir, reglamentar, garantizar y supervisar su prestación. Esto tiene como sustento el que 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 dignidad.

En mérito a lo previamente expuesto, podemos concluir lo siguiente:

- La dimensión objetiva de los derechos fundamentales obliga a los Estados a adoptar medidas económicas, legislativas, judiciales y administrativas, a fin de favorecer al ejercicio de tales derechos. A nivel administrativo, el Estado, en ejercicio de su función ejecutiva, debe, entre otras cosas, elaborar y aprobar los reglamentos correspondientes para hacer que las leyes puedan aplicarse. Esto ha sido respaldado por el Tribunal Constitucional, quien ha afirmado que el derecho a la salud, en virtud a su dimensión objetiva, requiere que el Estado reglamente la prestación del servicio de salud a fin de hacer viable su eficacia en la práctica.

Por lo tanto:

Validación de la variable dependiente: El reglamentar las leyes a fin de hacerlas operativas, ejecutables o aplicables, forma parte de la dimensión objetiva del derecho constitucional a la salud. Por lo tanto, una deficiente reglamentación de las leyes sí vulnera el derecho constitucional a la salud.

3. Contrastación de la hipótesis y estrategia sugerida

Habiéndose concluido que en el Perú el Poder Ejecutivo, entre los años 2010 a 2017, ha venido desempeñando deficientemente su labor de reglamentación de las leyes referidas a la salud y que dicha labor de reglamentación de las leyes, a fin de hacerlas operativas, ejecutables o aplicables, forma parte de la dimensión objetiva del derecho constitucional a la salud, se ha logrado contrastar la hipótesis planteada que es que la deficiente labor de reglamentación de las leyes, en este caso de las leyes referidas al derecho a la salud, vulnera el derecho constitucional a la salud.

Ante ello, y siendo el fin revertir la situación antes indicada, el investigador plantea como estrategia que un organismo en especial se convierta en el principal oponente de la deficiente reglamentación de las leyes en el Perú y de la consecuente vulneración del derecho a la salud. Ese organismo ya existe: La Defensoría del Pueblo.

La Defensoría del Pueblo, de acuerdo con el Art. 162 de la Constitución Política del Perú, tiene por función defender a los derechos constitucionales de la persona y la sociedad. Una forma de defender esos derechos, tal y como lo establece el Art. 9 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, es plantear las acciones constitucionales que correspondan en tutela de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad. En el caso en específico la Defensoría del Pueblo puede combatir el problema planteado mediante la interposición de las acciones de cumplimiento que correspondan.

Otra de las funciones de la Defensoría del Pueblo es la de supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía. En el caso específico la Defensoría del Pueblo tiene la obligación de vigilar si el Poder Ejecutivo cumple con su labor de reglamentación de las leyes.

No queda duda, entonces, que este organismo es el ideal para combatir el problema descrito en la presente tesis.

Ahora bien, siendo poco probable que el Defensor del Pueblo se encargue personalmente de verificar si se ha cumplido o no con la reglamentación de cada ley, se propone como estrategia que dentro de la misma Defensoría del Pueblo se cree un órgano o una oficina o, en todo caso, que a un órgano u oficina ya creado, se le atribuya la función

especial de verificar, respecto de las leyes ya publicadas, si estas requieren ser reglamentadas y, si es así, el plazo que tenían para ello, a fin de determinar si el plazo concedido ya venció. Mientras que, respecto de las leyes a publicarse, verificar igualmente si requieren ser reglamentadas y de ser así, cuál es el plazo para ello, a fin de verificar si se cumple con la reglamentación dentro de ese plazo. En los casos en que se constate que una ley aún no se reglamentar, a pesar de que el plazo para ello ya venció, dicha oficina u órgano deberá recomendar al Defensor del Pueblo que, en virtud a sus atribuciones constitucionales, plantee las acciones de cumplimiento que correspondan. Esta estrategia incluso no requeriría de mucha inversión, puesto que por la simpleza de la función encomendada, ésta podría ser desempeñada tranquilamente por una sola persona y por un órgano u oficina que se ubique únicamente en Lima, no siendo necesario siquiera que se abra una oficina en cada departamento del país.

Parte II: Conclusiones

- Los derechos constitucionales son aquellas atribuciones o facultades contenidas en la norma suprema y fundamental de todo ordenamiento jurídico, como lo es la Constitución, lo cual les otorga una protección especial. En el caso de los derechos constitucionales sociales estos consisten en aquellas facultades que tiene toda persona para exigir al Estado una serie de prestaciones positivas fácticas destinadas a que la vida de la sociedad en su conjunto sea acorde con la dignidad humana.
- El derecho constitucional a la salud es aquel derecho que tiene toda persona a vivir en un estado de integro bienestar, lo cual significa que el derecho a la salud no se limita al estado físico de la persona, sino que también comprende el estado social y mental. Es un derecho autónomo, subjetivo, exigible judicialmente y de obligatorio cumplimiento para el Estado. Asimismo, no solo está reconocido a nivel nacional, sino también a nivel internacional, tanto en el sistema universal de protección de derechos humanos (Declaración Universal de derechos humanos, Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, entre otros), como en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales). Por ende, es un derecho que le compete a toda la comunidad internacional.
- Todos los derechos constitucionales, incluido el derecho a la salud, tienen un contenido esencial y una doble dimensión, subjetiva y objetiva. En virtud a la dimensión objetiva de los derechos constitucionales – lo cual significa que el Estado no sólo se debe limitar a respetar los derechos de las personas, sino que, además, debe asumir activamente la realización de acciones y la adopción de medidas necesarias para que las personas puedan ejercer tales derechos - el Estado asume diversas obligaciones, las cuales pueden ser de naturaleza económica, legislativa, administrativa y judicial. En el caso de las obligaciones administrativas, el Estado cumple con este tipo de obligaciones cuando, en ejercicio de su función ejecutiva, elabora y aprueba los reglamentos correspondientes para hacer que las leyes sean

plenamente aplicables, dispone la organización de un servicio público que facilite el ejercicio de determinados derechos fundamentales o planifica y ejecuta políticas sociales. En tal sentido, la dimensión objetiva del derecho a la salud, al igual que sucede con los demás derechos, implica, entre otras cosas, que el Estado cumpla con su obligación de elaborar y aprobar los reglamentos correspondientes para hacer que las leyes relacionadas con la prestación de servicios de salud sean plenamente aplicables. Esto ha sido manifestado por el Tribunal Constitucional en la sentencia correspondiente al Exp. 2480-2008-PA/TC (Caso Matilde Villafuerte Vda. De Medina), en donde el Supremo Tribunal sostiene, en el fundamento 9, que, siempre manteniéndonos en la dimensión objetiva del derecho a la salud, el Estado se encuentra obligado a organizar, dirigir, reglamentar, garantizar y supervisar su prestación. En conclusión, el derecho a la salud, en su dimensión objetiva, requiere que el Estado cumpla su obligación de reglamentar la prestación de los servicios de salud.

- Los reglamentos ejecutivos son básicamente aquellos que se encargan de reglamentar a una ley, a la cual van a complementar o completar, especificando y detallando lo necesario para hacer posible su aplicación. En síntesis, el reglamento hace que la ley no sea, como suele decirse, “letra muerta”. En el Perú, la labor de reglamentación de las leyes ha sido atribuida, por el Art. 118 Numeral 8 de la Constitución Política del Perú, al Poder Ejecutivo (Presidente de la República y el Consejo de Ministros).
- La labor de reglamentación de las leyes por parte del Poder Ejecutivo viene siendo desempeñada de forma lamentable y deficiente. A nivel general, el investigador pudo constatar que en el año 2013 sólo 1 ley, de las 33 que requerían ser reglamentadas, fue reglamentada dentro del plazo concedido, mientras que 4, hasta la fecha en que se está llevando a cabo la presente investigación, aún no eran reglamentadas. En el caso específico de las leyes referidas al derecho a la salud expedidas por el Congreso de la República entre los años 2010 a 2017, el 67% de las leyes analizadas fueron reglamentadas después de haber pasado más de un año de haberse vencido el plazo concedido por ley; y el 33% de las leyes analizadas hasta la fecha aún no son reglamentadas.

- De las acciones constitucionales contenidas en la Constitución Política del Perú y en el Código Procesal Constitucional, la que se presenta como la ideal para revertir y combatir la deficiente labor de reglamentación del Poder Ejecutivo es la acción de cumplimiento, reconocida en el numeral 6 del Art. 200 de la Constitución Política. Y es que el objetivo de esta acción es, precisamente, que se ordene al funcionario o autoridad pública renuente (en este caso al Presidente de la República y a los Ministros) que cumplan con dictar los reglamentos a los cuales se encuentran obligados por mandato legal.
- Finalmente, y como conclusión general, el Poder Ejecutivo, al no desempeñar de forma eficiente su labor de reglamentación de las leyes, está vulnerando el derecho constitucional a la salud, derecho constitucional que en su dimensión objetiva obliga al Estado a, justamente, elaborar y aprobar los reglamentos correspondientes para hacer que las leyes referidas al derecho a la salud sean plenamente aplicables y de esta manera garantizar, entre otras cosas, que el acceso a los servicios de salud sea efectivo.

Parte III: Recomendaciones

- La salud no sólo implica estar bien físicamente, sino también social y mentalmente. Por lo tanto, el Estado debe desplegar o adoptar medidas que se encaminen al aspecto físico, social y mental de la persona. Particular atención por parte del Estado Peruano debe tener el aspecto mental o psicológico de la persona. Y es que en el Perú no existen políticas adecuadas para informar, prevenir y combatir las enfermedades que tienen que ver con este aspecto de las personas. Trastornos mentales como la depresión, la ansiedad o la bipolaridad, no son valoradas en su real dimensión e importancia, a pesar de las consecuencias nefastas que tales trastornos pueden ocasionar, ya sea en la propia persona que lo padece o en las personas que lo rodean. En el Perú, casos como el de Pedro Pablo Nakada Ludeña, quien padecía de esquizofrenia paranoide, y que confesó haber asesinado a 25 personas para, según él, limpiar al Perú de la escoria, o el de Carlos Hualpa Vacas, quien quemó a Eyvi Ágreda Marchena por no haber aceptado ser su enamorada, y cuya pericia psicológica lo describe como una persona agresiva, rencoroso y hostil, demuestran las nefastas consecuencias que puede tener en la sociedad una persona que no está bien mental o psicológicamente.
- En mérito a la investigación hecha, se ha logrado advertir que los reglamentos ejecutivos no reciben la real atención que merecen. Salvo poquísimas excepciones, la poca información que existe sobre esta fuente normativa es totalmente básica e incompleta, limitándose la mayoría de ella a decir que es una fuente normativa que, jerárquicamente hablando, es inferior a la ley, y, al mismo tiempo, obviando que la ley, no obstante ser jerárquicamente superior, depende del reglamento para poder ser operativa o aplicable y no quedarse en ser un simple papel. Es por eso que, en todos los niveles posibles, se le debe dar a los reglamentos ejecutivos la real importancia que tienen en el ordenamiento jurídico peruano. Para ello, el punto de partida ideal serían las facultades de Derecho de todas las universidades. Se debe prestar atención, en las aulas universitarias, no sólo a la Constitución Política y a las leyes, sino también a los reglamentos. Y es que todo profesional del Derecho, se dedique a lo que se dedique o se especialice en lo que se especialice, en algún momento de su carrera profesional va a tener que recurrir a leyes que requieren ser reglamentadas, y, en consecuencia, a sus

reglamentos, si es que existen claro está. Sería, por lo tanto, inadmisibles que un profesional del Derecho no sepa, por ejemplo, cuándo una ley requiere de reglamento o no, o a dónde acudir si es que una ley se presenta como una muy ambigua o una muy general. Es algo básico en la formación de todo profesional del Derecho conocer lo referente a esta clase de fuente normativa.

- Se debe difundir entre la ciudadanía la importancia de los reglamentos ejecutivos, a fin de que cualquier persona común y corriente sepa, sin necesidad de estudiar Derecho, qué es un reglamento ejecutivo y la gran importancia que tiene para que una ley, que muy posiblemente lo beneficia, se aplique. Asimismo, se les debería instruir sobre lo que se tiene que hacer en caso de que el Poder Ejecutivo no cumpla con reglamentar una ley, a pesar de haberse vencido el plazo.
- Se ha dicho que la labor de reglamentación de las leyes es obligación del Poder Ejecutivo, entiéndase el Presidente de la República y los Ministros de Estado. De igual forma, se ha logrado constatar que dicha labor de reglamentación viene siendo desempeñada de forma completamente deficiente. Sin embargo, el investigador no ha escuchado nunca a un político, específicamente a algún congresista, denunciar esto o presentar algún tipo de planteamiento, desde el Poder del cual forma parte y usando los mecanismos que la Constitución Política le concede, para determinar responsabilidades y aplicar las sanciones que correspondan. Sería recomendable, por lo tanto, que los Parlamentarios antes de enfrascarse en contiendas políticas, centradas únicamente en destruir al que se considera como enemigo político, o en debates políticos, en donde más abundan los insultos que las ideas, busquen, en forma conjunta, sancionar a los que resulten responsables por este grave problema que, como se ha dicho constantemente, es pan de cada día. Y es que, como se colige del Art. 102 de la Constitución Política del Perú, el Congreso de la República debe velar por el respeto de la Constitución (la labor de reglamentación es encomendada por la Constitución en el Numeral 8 del Art. 118) y de las leyes (es la ley la que ordena al Poder Ejecutivo a que la reglamente, por lo que al no cumplirse con reglamentar la ley debidamente se estaría incumpliendo lo establecido en la ley) y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores. Asimismo, la Constitución Política del Perú establece diversos mecanismos para que el Congreso

controle el cumplimiento de las obligaciones del Poder Ejecutivo. Por ejemplo, el Art. 99 regula la acusación por infracción de la Constitución, mediante la cual la Comisión Permanente puede acusar ante al Congreso, al Presidente de la República y los Ministros de Estado por infracción de la Constitución (¿que el Poder Ejecutivo no desempeñe adecuadamente la labor de reglamentación que le encomienda el Art. 118 de la Constitución podría considerarse como una infracción a ésta? Si se considera que sí, entonces procedería la acusación por infracción de la Constitución). También está la Interpelación a los Ministros, establecida en el Art. 131 de la Constitución, a fin de que éstos den explicaciones de por qué, por ejemplo, no se ha reglamentado una determinada ley dentro del plazo establecido. Finalmente, el Art. 132 de la Constitución Política se refiere al voto de censura, cuyo objetivo es hacer efectiva la responsabilidad política de los ministros responsables por las deficiencias que se presenten respecto de la labor de reglamentación, lo cual significa que el ministro censurado quedará obligado a renunciar. Para concluir, resulta irónico que el Congreso de la República, el dador de leyes, no se preocupe y haga lo posible para que sus creaciones, las leyes, sean operativas y se pueden aplicar, lográndose de esta forma que la voluntad legislativa se concrete en la realidad.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Ábalos, G., Buj, M., Gómez, D., Pérez, A., & Correa, J. L. (1999). Manual de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Depalma.
- Aguilera Portales, R. E. (2011). Teoría de los Derechos Humanos. Lima: Grijley.
- Bazán, V. (2009). La Judicialización de los Derechos Humanos. Lima: San Marcos.
- Cabrera Vásquez, M. A., & Quintana Vivanco, R. (2006). Derecho Administrativo & Derecho Procesal Administrativo. Lima: San Marcos.
- Castillo Córdova, L. (2007). Los Derechos Constitucionales - Elementos para un Teoría General. Lima: Palestra Editores.
- Castillo Córdova, L. (2008). Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales. Lima: Grijley.
- Corte Suprema de Justicia de Paraguay. (2007). Comentarios a la Constitución: Homenaje al Décimo Quinto Aniversario. Asunción: División de Investigación, Legislación y Publicaciones.
- Fabra Zamora, J., & Rodríguez Blanco, V. (2015). Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho. México D.F.: Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ferrer Mac-Gregor, E., & Zaldívar Lelo De Larrea, A. (2009). Aspectos del Derecho Procesal Constitucional. Lima: IDEMSA.
- Gaceta Jurídica S.A. (2006). La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica.
- Gonzáles Barrón, G. (2013). Tratado de Derechos Reales. Lima: Jurista Editores.
- Gordillo, A. (2017). Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

- Guzmán Napurí, C. (2013). Manual del Procedimiento Administrativo General. Lima: Pacífico Editores.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2012). Compendio de Derechos Humanos: Tratados Internacionales de los que el Perú es Parte. Lima: Editorial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Nogueira Alcalá, H. (2003). Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales. México D.F.: Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Novak, F., & Namihas, S. (2004). Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Lima: Editorial de la Academia de la Magistratura.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2013). Declaración y Programa de Acción de Viena. Ginebra: Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas.
- Ossorio, M. (2010). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Buenos Aires: Heliasta.
- Rubio Correa, M. (1999). Estudios de la Constitución Política de 1993. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Soriano Díaz, R., Alarcón Cabrera, C., & Mora Molina, J. (2000). Diccionario Crítico de los Derechos Humanos I. Andalucía: Editorial de la Universidad Internacional de Andalucía Sede Iberoamericana de la Rábida.
- Valle Riestra, J., Herrero Pons, J., & Angeles Gonzáles, F. (2013). Manual de los Derechos Humanos. Lima: Ediciones Jurídicas.

REVISTAS

- Abad Yupanqui, S. (1992). Límites y Respeto al Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales: Estudio Preliminar. *Revista de Derecho Themis*, 7-15.
- Abruña Puyol, A. (2016). Sobre el Así Denominado Concepto Estricto de Acto Administrativo. *Revista de Derecho Foro Jurídico*, 250-271.
- Aguilera Portales, R., & Gonzáles Cruz, J. (2012). Derechos Humanos y la Dignidad Humana como Presupuesto de la Eutanasia. *Revista Derecho PUCP*, 151-168.
- Alvites Alvites, E. (2012). Descentralización y Derechos Sociales. Reflexiones en torno a su realización. *Revista Pensamiento Constitucional*, 31-53.
- Blancas Bustamante, C. (1996). El Poder Ejecutivo Presidencial. *Revista Pensamiento Constitucional*, 85-102.
- Castilla De Cortázar, B. (2015). En Torno a la Fundamentación de la Dignidad Personal. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, 61-80.
- Ermida Uriarte, O. (2011). Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad y No Discriminación. *Revista Derecho & Sociedad*, 15-37.
- Eto Cruz, G. (2011). Hacia una Tipología Específica de Sentencias Constitucionales para la Tutela de los Derechos Sociales. *Revista Pensamiento Constitucional*, 107-126.
- Lancheros Gámez, J. C. (2009). Del Estado Liberal al Estado Constitucional. Implicaciones en la Comprensión de la Dignidad Humana. *Revista de Fundamentación Jurídica Dikaion*, 247-267.
- Landa Arroyo, C. (2012). Los Derechos Sociales en la Jurisprudencia Constitucional de América Latina. *Revista Ius Et Veritas*, 228-241.
- León Florián, F. J. (2014). El Derecho a la Salud en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. *Revista Pensamiento Constitucional*, 389-420.

- Osorio Arrascue, S. (2007). Análisis de Derechos Humanos, Derechos Fundamentales, Derechos Fundamentales Constitucionales y Derechos Constitucionales. *Revista Jurídica Docentia Et Investigatio*, 153-161.
- Quijano Caballero, O. Í. (2016). La Salud. Derecho Constitucional de Carácter Programático y Operativo. *Revista Derecho & Sociedad*, 306-319.
- Rubio, P. (2013). Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Texto de la Constitución y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Derecho PUCP*, 201-230.
- Saco Chung, V. (2010). El Derecho a la Salud en el Derecho Internacional: Un Mínimo Común Denominador Universal y las Obligaciones de que este Emanan. *Revista Jurídica Derecho & Sociedad*, 305-312.
- Salazar Laynes, J. U. (2008). El Contenido Esencial de los Derechos Constitucionalmente Protegidos. *Revista de Derecho Foro Jurídico*, 142-152.
- Tello Mendoza, J. A. (2010). Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Revista Derecho & Sociedad*, 367-374.
- Tole Martínez, J. (2006). La Teoría de la Doble Dimensión de los Derechos Fundamentales. El Estado de Cosas Inconstitucionales, Un Ejemplo de su Aplicación. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional "Cuestiones Constitucionales"*, 253-316.
- Zúñiga Urbina, F. (2008). Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Apuntes acerca de la Naturaleza y Justiciabilidad de los Derechos Fundamentales. *Revista de Pensamiento Constitucional*, 329-356.

TESIS

- Barriga Pérez, M. L. (2014). Sentencias Estructurales y Protección del Derecho a la Salud. Lima.
- Sosa Sacio, J. M. (2013). La satisfacción de las necesidades básicas como mejor fundamento para los derechos humanos y su relación con los derechos fundamentales y constitucionales en el ordenamiento constitucional peruano. Lima.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia N° 11/1981 (Tribunal Constitucional Español 8 de Abril de 1981).
- Sentencia N° 35/1996 (Tribunal Constitucional Español 11 de Marzo de 1996).
- Caso Adolfo Urbina Nizama, Pedro Carrasco Nárvaez y más de cinco mil ciudadanos, Exp. N° 0029-2004-AI/TC (Tribunal Constitucional Peruano 2 de Agosto de 2004).
- Caso Angel Guillermo Herrera Otiniano y más de cinco mil ciudadanos, Exp. N° 0011-2002-AI/TC (Tribunal Constitucional Peruano 10 de Junio de 2002).
- Caso Azanca Alhelí Meza García, Exp. N° 2945-2003-AA/TC (Tribunal Constitucional Peruano 20 de Abril de 2004).
- Caso Carlos Israel Ramos Calque, Exp. N° 2050-2002-AA/TC (Tribunal Constitucional Peruano 16 de Abril de 2003).
- Caso Colegio de Notarios de los distritos notariales de Lima, Callao y Arequipa, Exp. N° 0001/0003-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional Peruano 4 de Junio de 2003).
- Caso Colegios de Abogados del Cusco, Exp. N° 0014-2002-AI/TC (Tribunal Constitucional Peruano 21 de Enero de 2002).
- Caso Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos, Exp. N° 0050-2004-AI/TC (Tribunal Constitucional Peruano 3 de Junio de 2005).

- Caso Eusebio Llanos Huasco, Exp. N° 976-2001-AA/TC (Tribunal Constitucional Peruano 13 de Marzo de 2003).
- Caso Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado-Hideyo Noguchi, Exp. N° 5842-2006-PHC/TC (Tribunal Constitucional Peruano 7 de Noviembre de 2008).
- Caso José Claver Nina-Quispe Hernández en representación del Gobierno Regional de San Martín, Exp. N° 047-2004-AI/TC (Tribunal Constitucional Peruano 24 de Abril de 2006).
- Caso Juan Islas Trinidad y Otros, Exp. N° 1429-2002-HC/TC (Tribunal Constitucional Peruano 19 de Noviembre de 2002).
- Caso Ley 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, Exp. N° 0033-2010-PI/TC (Tribunal Constitucional Peruano 10 de Abril de 2012).
- Caso Luis Nicanor Maraví Arias y más de cinco mil ciudadanos, Exp. N° 0034-2004-PI/TC (Tribunal Constitucional Peruano 15 de Febrero de 2005).
- Caso Manuel Anicama Hernández, Exp. N° 1417-2005-AA/TC (Tribunal Constitucional Peruano 8 de Julio de 2005).
- Caso Maximiliano Villanueva Valverde, Exp. N° 0168-2005-PC/TC (Tribunal Constitucional Peruano 29 de Septiembre de 2005).
- Caso Pablo Miguel Fabián Martínez, Exp. N° 2002-2006-PC/TC (Tribunal Constitucional Peruano 12 de Mayo de 2006).
- Caso Ramón Medina Villafuerte, Exp. N° 2480-2008-PA/TC (Tribunal Constitucional Peruano 11 de Julio de 2008).
- Caso Roberto Nesta Brero y más de cinco mil ciudadanos, Exp. N° 0008-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional Peruano 11 de Noviembre de 2003).
- Caso Sergio Antonio Sotomayor Roggero, Exp. N° 1711-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional Peruano 30 de Noviembre de 2005).

- Caso Sindicato de Comerciantes Minoristas del Mercado Modelo de Chiclayo, Exp. N° 4870-2007-PA/TC (Tribunal Constitucional Peruano 12 de Marzo de 2010).

NORMAS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

- Constitución de la Organización Mundial de Salud. (1946).
- Constitución Política del Perú. (30 de Diciembre de 1993). Perú.
- Declaración y Programa de Acción de Viena. (1993).
- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. (23 de Mayo de 1949). Alemania.
- Ley N° 26842, Ley General de Salud. (15 de Julio de 1997). Perú.
- Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional. (8 de Mayo de 2004). Perú.
- Ley N° 29518, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. (20 de Diciembre de 2007). Perú.
- Ley N° 29889, Ley que modifica el Art. 11 de la Ley 26842, Ley General de Salud, y garantiza los derechos de las personas con problemas de salud mental. (24 de Junio de 2012). Perú.
- Ley N° 30020, Ley que crea el Plan Nacional para la enfermedad del Alzheimer y otras demencias. (13 de Mayo de 2013). Perú.
- Ley N° 30032, Ley que adiciona el Capítulo VIII a la Ley 28189, Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos, y crea el Registro Nacional de Donación Renal Cruzada. (5 de Junio de 2013). Perú.
- Ley N° 30287, Ley de Prevención y Control de la Tuberculosis en el Perú. (14 de Diciembre de 2014). Perú.
- Ley N° 30421, Ley Marco de Telesalud. (2 de Abril de 2016). Perú.
- Ley N° 30490, Ley Marco de la Persona Adulta Mayor. (21 de Julio de 2016). Perú.

- Observación General N° 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. (2000).
- Observación General N° 19: El derecho a la seguridad social. (2008).
- Observación General N° 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes. (1990).
- Observación General N° 9: La aplicación interna del Pacto. (1998).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1966).

PERIÓDICOS

- Aguirre, A. (8 de Agosto de 2018). Senderista burla ley del Minedu y continúa en la UGEL. Perú 21, págs. 2-3.

PÁGINAS WEB

- Berrios, M. (14 de Febrero de 2018). El 80% de peruanos con trastornos mentales no recibe tratamiento. Obtenido de Sitio Web de La República: <https://larepublica.pe/sociedad/1197071-el-80-de-peruanos-con-trastornos-mentales-no-recibe-tratamiento>
- Capital. (7 de Septiembre de 2018). 9 estadísticas que deberías saber sobre el Alzheimer en Perú. Obtenido de Sitio Web de Capital: <https://capital.pe/actualidad/9-estadisticas-que-deberias-saber-sobre-el-alzheimer-en-peru-noticia-1148403>
- El Comercio. (5 de Mayo de 2018). Marihuana medicinal: pacientes marcharon para pedir reglamento de ley. Obtenido de Sitio Web de El Comercio: <https://elcomercio.pe/lima/sucesos/marihuana-medicinal-pacientes-marcharon-pedir-reglamento-ley-noticia-517896>

- Gómez, D. (26 de Junio de 2018). Los mayores de 60 años ya son el 11.9% de la población, según INEI. Obtenido de Sitio Web de Perú 21: <https://peru21.pe/economia/inei-mayores-60-anos-son-11-9-poblacion-411560>
- Gutierrez Iquise, S. (28 de Diciembre de 2015). Leyes sin reglamento: zombis a la espera de un soplo de vida. Obtenido de Sitio Web de Legis.pe: <https://legis.pe/leyes-zombis-a-la-espera-de-un-soplo-de-vida/>
- Huerta, E. (2 de Abril de 2018). La grave situación de la tuberculosis en el Perú. Obtenido de Sitio Web de El Comercio: <https://elcomercio.pe/tecnologia/ciencias/salud-grave-situacion-tuberculosis-peru-noticia-508856>
- La República. (8 de Abril de 2017). Leyes que son letra muerta por falta de reglamentación. Obtenido de Sitio Web de La República: <https://larepublica.pe/sociedad/1029678-leyes-que-son-letra-muerta-por-falta-de-reglamentacion>
- Publimetro. (19 de Abril de 2018). Piden declarar en emergencia la salud mental en el Perú. Obtenido de Sitio Web de Publimetro: <https://publimetro.pe/actualidad/noticia-piden-declarar-emergencia-salud-mental-peru-73143>
- Real Academia Española. (s.f.). Definición de Salud. Obtenido de Sitio Web de Real Academia Española: <https://dle.rae.es/?id=X7MRZku>
- Sausa, M. (3 de Febrero de 2018). Menores ocupan el 70% de atenciones en salud mental. Obtenido de Sitio Web de Perú 21: <https://peru21.pe/peru/cifras-salud-mental-peru-menores-ocupan-70-atenciones-infografia-394376>
- Universidad de Oxford. (s.f.). Definición de Salud. Obtenido de Sitio Web del Diccionario en Español de la Universidad de Oxford: <https://es.oxforddictionaries.com/definicion/salud>.