



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP N° 03462-2010-PA/TC

LIMA

MATÍAS PACHECO CORNEJO

RAZÓN DE RELATORÍA

La resolución recaída en el Expediente 03462-2010-PA/TC, que declara **FUNDADA** la demanda, se compone del voto en mayoría de los magistrados Beaumont Callirgos y Eto Cruz, y el voto dirimente del magistrado Mesía Ramírez, llamado a componer la discordia suscitada por el voto del magistrado Calle Hayen.

Debe señalarse que aun cuando el magistrado Beaumont Callirgos participó en la vista de la causa, su voto aparece firmado en hoja membretada aparte y no junto con la firma de los otros magistrados integrantes de la Sala debido a que se declaró su vacancia mediante Resolución Administrativa N.º 66-2013-P/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 6 de mayo de 2013.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 23 días del mes de julio de 2013, la Sala Primera del Tribunal Constitucional pronuncia la siguiente sentencia con el voto en mayoría de los magistrados Beaumont Callirgos y Eto Cruz, y el voto dirimente del magistrado Mesía Ramírez, llamado a componer la discordia suscitada por el voto del magistrado Calle Hayen.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Matías Pacheco Cornejo contra la resolución expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 226, su fecha 12 de mayo de 2010, que declara improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente interpone demanda de amparo contra el Director de Salud y Centro Médico Naval Cirujano Mayor Santiago Távara y contra el Director General de Personal de la Marina de Guerra del Perú, con el objeto de que se le restituya la atención médica y farmacológica gratuita, así como a su cónyuge y a su hija, conforme al Reglamento de Prestación de Servicios de Salud para el Personal Naval y sus Familiares, del 22 de julio de 1983, el que estuvo vigente cuando pasó al retiro el 20 de enero de 1988.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP N° 03462-2010-PA/TC

LIMA

MATÍAS PACHECO CORNEJO

Sostiene que se le niega la atención médica y farmacológica gratuita desde 1990 pues al pasar a la situación de retiro se encontraba vigente el Reglamento de Prestación de Servicios de Salud para el Personal Naval y sus Familiares (PRESAMAR), Edición 1973 (sic) y que se estableció el pago de diversas tarifas al aplicarle el Decreto Supremo 245-89-EF y sus posteriores reglamentos. Agrega que ni el citado decreto supremo ni los reglamentos fueron publicados en el diario *El Peruano*, motivo por el cual no le son aplicables.

El Director de Salud y Centro Médico Naval Cirujano Mayor Santiago Távara deduce la excepción de incompetencia y contesta la demanda solicitando que se la declare improcedente /o infundada, alegando que el reglamento ha sido varias veces modificado dentro de los alcances de la Resolución Ministerial 0229-DE/SG, del 15 de marzo de 1990, ya que se trata de una norma dinámica y no estática. Añade que el aporte solidario fijado no contraviene el Decreto Supremo 245-89-EF, del 6 de noviembre de 1989, toda vez que dicha disposición establece en el artículo 4, inciso b), que constituyen recursos del Fondo de Salud otros aportes o donaciones que reciba el fondo. Además, precisa que no se trata de un cobro sino de un aporte del personal beneficiario, y que el artículo 8 del Reglamento de Administración del Fondo de Salud para el Personal Militar de las Fuerzas Armadas señala que el tipo y la cobertura de las prestaciones se determinan en función de las posibilidades de los recursos disponibles y los estudios económicos financieros que al efecto debe formular cada instituto.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Defensa relativos a la Marina de Guerra del Perú deduce las excepciones de incompetencia, caducidad y prescripción y contesta la demanda solicitando que se la declare infundada, señalando que los cobros que actualmente se realizan por atención de salud no contravienen lo dispuesto por el Decreto Supremo 245-89-EF toda vez que se aprobó la Resolución Ministerial 0229-DE/SG, que autoriza que las comandancias generales expidan las disposiciones complementarias y específicas que se requieran para la mejor aplicación del Reglamento de Administración del Fondo de Salud.

El Séptimo Juzgado Civil de Lima, con fecha 26 de mayo de 2009, declara infundada la demanda, por considerar que en atención a la STC 0263-2000-AA/TC, mediante Decreto Supremo 245-89-EF y su reglamento, aprobado por Resolución Ministerial 0229-DE/SG, se establecieron variaciones en las prestaciones de salud, por lo que el Reglamento de Prestaciones de Servicios de Salud para el Personal Naval y sus Familiares, que fuera aprobado por la Resolución de la Comandancia General de la Marina R/CGM-083-CG, del 22 de julio de 1983, fue modificado por las Resoluciones 0796-95 y 0391-98, dando origen al Reglamento de Prestaciones de Servicios de Salud PREFASA-13203, Edición 1995, y que a partir de este periodo en adelante se establece



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP N ° 03462-2010-PA/TC

LIMA

MATÍAS PACHECO CORNEJO

que la cobertura ya no tendrá carácter gratuito. Asimismo, estima que no se puede advertir con documento idóneo la fecha en que el actor pasó al retiro para determinar si se le debe restituir las prestaciones.

La Sala Civil competente revoca la apelada y declara improcedente la demanda, por estimar que el actor no ha presentado ningún documento que acredite con certeza la fecha en que se produjo su pase a la situación de retiro a fin de que sea posible determinar que le son aplicables las disposiciones del Reglamento de Prestación de Servicios de Salud para el Personal Naval y sus Familiares del 22 de julio de 1983.

FUNDAMENTOS

1. En principio se debe mencionar que las medidas estatales que establezcan normas de conducta (de obligación), como los deberes de contribuir o de aportar, deben estar contenidas en normas válidas. Una norma es válida cuando ha sido dictada por la autoridad normativa competente a través del procedimiento formal pre establecido en las metanormas sobre creación jurídica. Debe acotarse que el concepto de validez jurídica necesariamente presupone la “existencia” de la norma que, en el caso de las normas de creación deliberada, como es el caso de las normas legisladas (a diferencia de la costumbre), está determinada por la promulgación (o publicación). La promulgación es, pues, la condición necesaria y suficiente para que una norma exista jurídicamente y consiste en el acto solemne de informar a los sujetos destinatarios acerca de la expedición de una norma. A partir de la promulgación, los agentes de aplicación (como los jueces) pueden relacionar la norma con otros conceptos como la validez, pertenencia, vigencia, aplicabilidad, obligatoriedad
2. En ese sentido, este Colegiado opina que no es correcto referirse a los reglamentos denominados PREFASA 13203 en términos de validez o invalidez, tal como se expone en el fundamento 24 de la posición en discordia, sencillamente porque ellos no existen jurídicamente y, por lo tanto, no cabe hacer sobre ellos ningún tipo de juicio crítico. Como se ha comprobado en la STC N.º 00950-2000-HD/TC (fundamento 8), estos no han sido promulgados en el Diario Oficial correspondiente de conformidad con el artículo 109º de la Constitución. Cabe recordar que en dicho pronunciamiento, este Tribunal Constitucional determinó que los reglamentos en cuestión no tienen carácter “reservado” o “secreto”, por lo que su no promulgación era injustificada y su aplicación, por consecuencia, constitúa una absoluta incompatibilidad con el Estado constitucional de derecho.

Esta situación, sin embargo, a pesar de lo advertido en la sentencia precitada, no ha



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP N° 03462-2010-PA/TC

LIMA

MATÍAS PACHECO CORNEJO

sido normalizada. El propio emplazado ha indicado en su escrito de contestación (fojas 92) que el PREFASA 13203 es una norma de “carácter especial” y que fue expedido durante la vigencia de la Constitución de 1979, que, en todo caso, no obligaba su publicación en el diario oficial *El Peruano*. Además, debe apreciarse que en este proceso, por resolución del 14 de diciembre del 2010 (notificada el 22 de marzo del 2011), se dispuso oficiar a la emplazada para que remita los referidos reglamentos, siendo que a la fecha la entidad no ha cumplido con tal requerimiento; por lo que este conjunto de hechos no hace más que confirmar la hipótesis de que los reglamentos PREFASA 13203 se mantienen aún en reserva y sin su publicación, **por lo que se debe concluir que ellos no existen y, por ende, no pertenecen al sistema jurídico y no son aplicables.**

3. Ahora bien, la pretensión del demandante es la restitución de la gratuitud de las prestaciones de salud y de la atención farmacológica para su persona y sus familiares dependientes. Tomando en consideración los fundamentos precedentes, cabe advertir que de los mismos no se desprende necesariamente que, ante la inexistencia de los reglamentos PREFASA 13203, entonces aquellas deban ser gratuitas. Primero, porque el goce del derecho constitucional a la salud no asegura la gratuitud del servicio, sino la “accesibilidad” conforme a los requisitos pre establecidos por el legislador; y segundo, porque en el presente caso, además del derecho subjetivo del recurrente, está comprometido el equilibrio financiero del fondo de salud que administra la emplazada
4. Por ello, este Colegiado concuerda con la posición planteada en relación con el vigor del “principio de solidaridad” como fundamento subyacente de un deber de contribuir con el financiamiento del servicio de salud como una obligación del demandante. La Ley N° 29344, Ley Marco del Aseguramiento Universal en Salud, lo reconoce, además, como un principio del proceso del aseguramiento universal en salud que, según el artículo 4º, consiste en el “conjunto de actos y normas orientados a compensar el costo de la atención a quien la necesite con el aporte de los contribuyentes y del Estado. Se refiere al mecanismo de financiamiento mediante la compensación de los aportes entre grupos de diferentes edades, riesgos de enfermedad o segmentos económicos, entre otros”.
5. Desde esta perspectiva, la controversia no debe centrarse en determinar si corresponde o no amparar la gratuitud solicitada, sino cuánto debe sufragar el demandante a su fondo de salud en virtud del principio de solidaridad. Por ello, conforme se ha expresado en el fundamento 2, en vista de que, al respecto, no existe normativa jurídica y, por ende, no hay regulación que fije el aporte y su *quantum*, este Colegiado estima que **debe aplicarse supletoriamente el artículo 6,**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP N° 03462-2010-PA/TC

LIMA

MATÍAS PACHECO CORNEJO

ínciso b), de la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, que establece que el aporte del pensionista asegurado en EsSalud es de 4% de la pensión; dispositivo legal que en opinión de este Tribunal en la medida que sí indica un porcentaje determinado, debe regir hasta que el órgano competente se encargue de regular mediante normas válidas y debidamente promulgadas el aporte que el personal militar pensionista y asegurado debe subvencionar por las prestaciones asistenciales que presta la emplazada.

6. En el presente caso, de fojas 6 a 8 se observa que el demandante ha acreditado ser técnico 3ro (R) retirado y pensionista de la Marina de Guerra del Perú. Asimismo, conforme a las boletas de pago de abril de 1999 a diciembre 2007, obrantes de fojas 23 a 77, ha demostrado que se le ha descontado incluso hasta el valor S/. 300.00 (trescientos nuevos soles) por conceptos de atención médica y farmacológica que, aproximadamente, representan el 30% del total de su pensión de jubilación. Siendo así, respecto de estos meses, conforme a lo expuesto en el fundamento precedente, corresponde que la demandada reintegre al actor los descuentos que hayan superado el 4% de su pensión de jubilación por conceptos de atención médica y farmacológica.
7. Finalmente, siguiendo el mismo razonamiento de la STC 00050-2004-AI/TC y acumulados (fundamento 49), sobre el argumento del demandante de haber gozado en el pasado de la gratuidad del servicio y, por ello, constituir un derecho adquirido, debe precisarse que la incorporación ulterior de una obligación de aportar o contribuir por las prestaciones de salud y farmacológicas no supone un incumplimiento del principio de progresividad de los derechos sociales, puesto que en el presente caso la finalidad del mismo es preservar la subsistencia del propio fondo de salud y mejorar la calidad del servicio asistencial que beneficiará tanto al actor como al resto de asegurados.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo por haberse acreditado la vulneración del derecho fundamental a la seguridad social y a las prestaciones de salud reconocidas en los artículos 10° y 11° de la Constitución, respectivamente.
2. **ORDENA** que la emplazada cumpla con aplicar supletoriamente el artículo 6°, ínciso b), de la Ley N° 26790 por concepto de atención médica y farmacológica,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP N° 03462-2010-PA/TC

LIMA

MATÍAS PACHECO CORNEJO

conforme al fundamento 6 de la presente sentencia, y que cumpla con reintegrar los descuentos que hayan superado el 4% de la pensión de jubilación por conceptos de atención médica y farmacológica, más el abono de los costos procesales .

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ

LO QUE CERTIFICO:

OSCAR DÍAZ MUÑOZ
SECRETARIO RELATOR
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03462-2010-PA/TC
LIMA
MATIAS PACHECO CORNEJO

VOTO DIRIMENTE DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

Llamado por ley a dirimir la presente discordia, me adhiero al voto de los magistrados Beaumont Callirgos y Eto Cruz, esto es, por la estimación de la demanda.

/
Sr.
MESÍA RAMÍREZ

LO que certifico:

OSCAR DÍAZ MUÑOZ
SECRETARIO RELATOR
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03462-2010-PA/TC
LIMA
MATÍAS PACHECO CORNEJO

VOTO DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

Sustento el presente voto en las consideraciones siguientes.

Procedencia de la demanda

1. En la STC 0050-2004-AI/TC, 0051-2005-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC, 0009-2005-PI/TC (acumulados) este Tribunal ha señalado que el contenido del derecho a la seguridad social se encuentra conformado fundamentalmente por los siguientes aspectos: en primer lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones de pertenencia a un determinado régimen de seguridad social; en segundo lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones para la obtención de un derecho subjetivo a una determinada prestación, finalmente, y en tercer lugar, por el principio de solidaridad, explicado como portador de la justicia redistributiva subyacente en todo sistema de seguridad social.
2. En ese sentido, en aplicación de dicho presupuesto en reiterada y uniforme jurisprudencia (SSTC 04977-2007-PA/TC y 00540-2007-PA/TC, por ejemplo, se ha precisado que el beneficio económico del seguro de vida, entre otras prestaciones y/o beneficios, está comprendido dentro del sistema de seguridad social previsto para el personal de la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas, y en tal medida ha dejado sentado que la procedencia de la demanda se sustenta en la defensa del derecho a la seguridad social conforme a lo previsto en el literal 19 del artículo 37 del Código Procesal Constitucional.
3. Por lo indicado, se concluye que resulta factible ventilar en sede constitucional de amparo la pretensión de autos, en la medida en que ésta se pretende la restitución de prestaciones médicas en determinada condición tanto para el actor como para sus familiares directos

Delimitación del petitorio

4. En el presente caso, el demandante pretende que se le restituya la atención médica y farmacológica gratuita, así como a su cónyuge y a su hija, conforme al Reglamento de Prestación de Servicios de Salud para el Personal Naval y sus Familiares, del 22 de julio de 1983.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N ° 03462-2010-PA/TC

LIMA

MATÍAS PACHECO CORNEJO

Cuestión inicial

5. Por resolución del 14 de diciembre de 2010 este Tribunal dispuso, para mejor resolver, oficiar a la Dirección General de Administración de Personal de la Marina de Guerra del Perú a fin de que en el plazo de diez días hábiles remita determinada documentación; advirtiéndose del cargo de notificación (f 9 del cuaderno del Tribunal) que la indicada resolución fue notificada el 22 de marzo de 2011, y al haber transcurrido en exceso el plazo concedido, se verifica que la entidad no ha cumplido con el requerimiento
6. Tal situación obliga a evaluar la controversia constitucional tomando en cuenta la documentación obrante en autos y los pronunciamientos que sobre la misma materia han sido expedidos en anterior oportunidad.

El tratamiento jurisprudencial en los casos de restitución de prestaciones médicas gratuitas de la Marina de Guerra del Perú

7. Mediante la STC 950-2000-HD/TC, del 13 de diciembre de 2000, se resolvió una controversia originada en la renuencia de la Comandancia General de la Marina de Guerra del Perú en entregar diversa documentación relacionada con el otorgamiento de prestaciones médicas con el argumento de que tenían calidad reservada o secreta. En dicha oportunidad, además de determinarse que la documentación requerida por la Asociación de Pensionistas de la Fuerza Armada y la Policía Nacional no guardaban relación con el concepto de seguridad nacional al tratarse de dispositivos que tenían por objeto la reglamentación de las prestaciones médicas y de salud al personal de la Marina de Guerra del Perú en situación de actividad, de retiro y a sus familiares, vale decir, versaban sobre materia prestacional; se precisó, complementariamente, que resultaba incompatible con un Estado constitucional de derecho la existencia de normas no publicadas y reservadas pues *“la publicación de la norma constituye un principio relativo a la propia validez de la misma”*.
8. Con la STC 0263-2000-AA/TC, del 30 de enero de 2001, el Tribunal resuelve una controversia originada en un proceso de amparo interpuesto por la Asociación de Pensionistas de la Fuerza Armada y la Policía Nacional a fin de que se restituya la atención médica no remunerada (gratuita) y se declaren inaplicables las Resoluciones de la Comandancia General de la Marina 0706-05 y 0391-98, que suprimieron la gratuitud del servicio médico y farmacológico, tanto a familiares como a pensionistas. En dicha ocasión, luego de efectuar un análisis de la normativa sobre la materia, vale decir del Decreto Supremo 003-82-CCFA, Reglamento de Prestación de Servicios de Salud para el Personal Naval y sus Familiares, PRESAFA-13203, al Decreto Supremo 245-89-EF, la Resolución Ministerial



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP N ° 03462-2010-PA/TC

LIMA

MATÍAS PACHECO CORNEJO

0229/DE/SG, las Resoluciones 0706-95 y 03921-98 y Reglamento de Prestación de Servicios de Salud para el Personal Naval y sus Familiares, PRESAFA-13203, Edición 1995, se precisa, en primer lugar, que las resoluciones administrativas expedidas por la Comandancia General de la Marina, al modificar el PRESAFA-13203 de 1983 estableciendo el pago de cobertura de servicios, configuran una variación que disminuye los derechos de los servicios de salud de los que gozaban los asociados demandantes, lo que se contrapone a los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 1, 2, incisos 1) 4) y 7), de la Constitución. En segundo lugar, se concluye que aquellos asociados demandantes que ya habían accedido a los alcances normativos del PRESAFA de 1983 poseen la titularidad o goce de los beneficios concedidos hasta la entrada en vigor del Decreto Supremo 245-89-EF y su reglamento, aprobado por la Resolución Ministerial 0229-DE/SAG, que estableció las variaciones de prestaciones de salud sobre la base de las posibilidades de los recursos disponibles de cada instituto armado, habiéndose emitido para el caso de la Marina de Guerra del Perú el PRESAFA, Edición 1995, dentro del marco legal.

9. En la RTC 05588-2009-PA/TC este Tribunal resolvió la controversia planteada en torno a la inaplicación del PRESAFA-13202, Edición 1995, en función del artículo 9 del Código Procesal Constitucional, al determinar que no era posible acreditar los descuentos realizados en sus pensiones que haga viable la restitución de tales montos y al no verificarse la afectación del principio derecho de igualdad a los familiares directos de la parte demandante, sobre todo teniendo en consideración el artículo 8 de la Resolución Ministerial 0229-DE/SG.
10. Como puede advertirse de lo anotado, las sentencias estimatorias dictadas por este Alto Tribunal se han pronunciado, en el caso del proceso de hábeas data, destacando la necesidad de que las normas que regulan los beneficios prestacionales de los servidores de la Marina de Guerra del Perú deben ser publicadas para guardar armonía con el modelo de Estado constitucional de derecho dado que no tienen carácter reservado. Y en el caso del amparo, estableciendo la titularidad o los goces de los beneficios en función de los alcances previstos en el Reglamento de Prestación de Servicios de Salud para el Personal Naval y sus Familiares-PESAFA-13202, sea en la Edición 1983 o en la que corresponde al año 1995.

El derecho a la seguridad social en la jurisprudencia del Tribunal y las prestaciones médicas que brinda la Marina de Guerra del Perú

11. La situación expuesta en el acápite anterior podría implicar que la presente controversia sea resuelta en los mismos términos de la STC 00263-2000-AA/TC; vale decir, determinando la fecha en que el actor pasó a la situación de retiro y a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03462-2010-PA/TC

LIMA

MATIAS PACHECO CORNEJO

partir de tal momento establecer la forma y el modo en que se produciría el acceso a las prestaciones de salud que brinda la demandada. Sin embargo, considero pertinente revisar lo desarrollado jurisprudencialmente en materia de derecho a la seguridad social y verificar si es posible decantar la solución de la litis constitucional a partir de lo mencionado en la precitada sentencia, o si, por el contrario, corresponde realizar un nuevo análisis. Esto último en la medida en que no se está frente a un criterio que se enmarca en lo previsto por el artículo VI del Código Procesal Constitucional al no existir otro pronunciamiento que el mencionado líneas antes.

12. Como se ha señalado en el fundamento 1 supra, el contenido de la seguridad social se encuentra determinado: (i) por las disposiciones legales que establecen las condiciones de pertenencia a un determinado régimen de seguridad social, (ii) por las disposiciones legales que establecen las condiciones para la obtención de un derecho subjetivo a una determinada prestación; y, (iii) por el principio de solidaridad.
13. En la STC 09600-2005-PA/TC se ha precisado que así como la seguridad social se convierte, en tanto garantía institucional, en el soporte sobre el cual se cimienta el derecho fundamental a la pensión, las prestaciones de salud, sean éstas preventivas, reparadoras o recuperadoras, también encuentran sustento en aquella. En este caso la salud, o más precisamente su alteración, se convierte en la contingencia a ser protegida a través de la seguridad social, buscando con ello el mantenimiento de la calidad de vida (fundamento 4).
14. El Tribunal Constitucional ha señalado que el artículo 10 de la Constitución Política reconoce a la seguridad social como un derecho humano fundamental, que supone el derecho que le "asiste a la persona para que la sociedad provea instituciones y mecanismos a través de los cuales pueda obtener recursos de vida y soluciones para ciertos problemas preestablecidos", de modo tal que pueda obtener una existencia en armonía con la dignidad, teniendo presente que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado (STC 008-96-I/TC, fundamento 10).

Derecho a la salud y seguridad social

15. En la STC 09600-2005-PA/TC se ha indicado, a partir de la STC 01711-2004-PA/TC, que el acceso a las prestaciones de salud previsto en el artículo 11 de la Constitución constituye una manifestación –no única por cierto– de la garantía institucional de la seguridad social. Estas prestaciones, que corresponden a un sistema contributivo, se concretizan a través del derecho a la salud, pues es la variación del estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, lo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N ° 03462-2010-PA/TC

LIMA

MATÍAS PACHECO CORNEJO

que se busca resguardar. Por ello, de conformidad con la STC 01956-2004-AA/TC, en el Estado recae el deber de “(...) garantizar una progresiva y cada vez más consolidada calidad de vida, invirtiendo en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo para tal efecto adoptar políticas, planes y programas en ese sentido. Los servicios de salud, por consiguiente, cobran vital importancia en una sociedad, pues de su existencia y funcionamiento depende no solo el logro de mejores niveles de vida para las personas que la integran, sino que incluso en la eficiencia de su prestación se encuentran en juego la vida y la integridad de los pacientes” (fundamento 4).

16. Asimismo, este Tribunal, en el fundamento 6 de la sentencia precitada, ha establecido, recogiendo lo anotado en la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominada *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, que los elementos esenciales del derecho a la salud son la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Así, cuando se repare en que dichos componentes se relacionan con las prestaciones en salud que brinda la seguridad social debe, adicionalmente, tenerse en consideración que este derecho, para operar directamente, necesita de configuración legal, por lo que, si bien a través de la seguridad social se busca proteger una mengua en el estado de salud, “la ley constituye fuente normativa vital para delimitar su contenido normativo”. Por tal motivo, cuando exista compatibilidad, similitud o relación entre los componentes básicos del derecho a la salud y las disposiciones legales que regulan el sistema de seguridad social en cualquiera de los elementos que lo conforman, el derecho a la salud asumirá su característica de “condición habilitante para el ejercicio de otros derechos”.

Las prestaciones de salud y los principios de la seguridad social

17. Al revisar la evolución de la seguridad social se ha mencionado que la universalidad, principio de la seguridad social moderna, busca la inclusión de otros sectores de la colectividad en su marco protector. Por ello, el proceso evolutivo del instituto ha llevado a que se brinden medidas protectoras no solo a los trabajadores dependientes sino a sus familiares, a los trabajadores y profesionales independientes. Dicha característica ha sido recogida por el ordenamiento legal en el artículo 2 del reglamento de la Ley 26790, el cual establece que la seguridad social “(..) se orienta hacia el logro de la universalidad en el acceso a los servicios de salud a fin de cubrir toda la población” (STC 09600-2005-PA/TC, fundamento 13).

18. Debe agregarse que la solidaridad es otro de los principios que sirve de fundamento a la seguridad social. Sobre este punto debe reiterarse que este Tribunal ha señalado, al delimitar el contenido esencial del derecho a la seguridad social, que el principio



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N ° 03462-2010-PA/TC

LIMA

MATÍAS PACHECO CORNEJO

de solidaridad se manifiesta como portador de la justicia redistributiva subyacente en todo sistema de seguridad social. En efecto, en función de esta norma rectora se activan diversos mecanismos de transferencia de recursos de unos segmentos de la colectividad a favor de otros grupos. Se materializa en una redistribución que puede adoptar diversas manifestaciones como, por ejemplo, en forma horizontal cuando las personas sanas y en plena actividad laboral transfieren recursos hacia las personas con la salud quebrantada y que ya no se encuentran en situación de actividad, o en forma vertical cuando los trabajadores que perciben ingresos elevados hacen una transferencia a quienes perciben un ingreso o remuneración menor. Estos modos de redistribución operan, por línea general, a través de las aportaciones que se realizan dentro del sistema contributivo a la entidad que se encarga de la administración y gestión de los recursos

19. Al respecto, debe mencionarse que la Ley 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, señala en el artículo 4 que uno de los principios que rige el aseguramiento universal en salud es la solidaridad, la cual define como el conjunto de actos y normas orientados a compensar el costo de la atención a quien la necesite con el aporte de los contribuyentes y del Estado. Se refiere al mecanismo de financiamiento mediante la compensación de los aportes entre grupos de diferentes edades, riesgos de enfermedad o segmentos económicos, entre otros. En orden a lo indicado, debe precisarse que el artículo 19 del dispositivo legal indicado señala que el financiamiento del aseguramiento en salud puede darse: (i) mediante un régimen contributivo que comprende a las personas que se vinculan a las instituciones administradoras de fondos de aseguramiento en salud a través de un pago o cotización, sea por cuenta propia o de su empleador; (ii) mediante un régimen subsidiado, el cual comprende a las personas que están afiliadas a las instituciones administradoras de fondos de aseguramiento en salud, por medio de un financiamiento público total; y (iii) mediante un régimen semicontributivo que comprende a las personas que están afiliadas a las instituciones administradoras de fondos de aseguramiento en salud, por medio del financiamiento público parcial y los aportes de los asegurados y empleadores, según corresponda.
20. Es bajo dicha premisa que el legislador ordinario ha considerado hacer viable un régimen de seguridad social en salud con carácter universal, sustentado en el valor constitucional de solidaridad, el mismo que constituye uno de los pilares del Estado social de derecho. De este modo, el principio de solidaridad se convierte en un factor invaluable e ineludible del sistema de seguridad social, que se materializa a través de los aportes de los asegurados, vale decir, de aquellos que resulten beneficiados por las prestaciones que se brindan con el objeto de resguardar el derecho a la salud, conforme a la estructura, la modalidad y los alcances que el legislador haya delineado para el sistema de seguridad social respectivo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N ° 03462-2010-PA/TC

LIMA

MATÍAS PACHECO CORNEJO

Análisis de la controversia

21. La Resolución Ministerial 0229/DE/SG, del 15 de marzo de 1990, dictada en atención al Decreto Supremo 245-89-EF, establece en el artículo 8, inciso a), que *“Los servicios y prestaciones deberán alcanzar a todos los beneficiarios. El tipo y cobertura de los mismos, se determinará en base a las posibilidades de los recursos disponibles y a los estudios económicos – financieros que para el efecto debe formular cada instituto”*.
22. Según lo señala la demandada, en virtud de dicho dispositivo se estableció un aporte solidario que viene efectuando el personal por la atención de salud de sus familiares directos y que obedece a una necesidad de carácter económico- financiero del Fondo de Salud que permite prestar el servicio en condiciones de calidad, agregando que no es de un cobro por el servicio que se brinda. Por su parte, el accionante alega que corresponde la atención gratuita para él y sus familiares en tanto sería un derecho legalmente adquirido; añadiendo que al efectuarse los descuentos se pone en riesgo la subsistencia familiar.
23. Al respecto considero que la tesis sostenida en la STC 00263-2000-AA/TC, respecto a que la obtención de la titularidad o el goce de los beneficios obtenidos con el Reglamento de Prestación de Servicios de Salud para el Personal Naval y sus Familiares, PRESAFA- 13203, Edición 1983, no puede ser reiterada en esta ocasión, pues si bien la atención médica gratuita (no remunerada) constituyó un beneficio que se brindó a los miembros de la Marina de Guerra del Perú dentro de los alcances de determinadas normas jurídicas existentes, como la Resolución de Comandancia General de la Marina R/CGM-083-CG, que aprobó el reglamento indicado, actualmente se encuentra vigente la norma mencionada en el fundamento 20, en virtud de la cual se aprobó el PRESAFA-13203, Edición 1995, la que introduce, en función del principio de solidaridad, un tratamiento que deja de lado la atención en salud gratuita y establece categorías de atención con costos determinados. Ello con la finalidad de garantizar a todos los adscritos al régimen de protección los elementos esenciales del derecho a la salud, a saber: la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad
24. La medida implementada por la entidad demandada supone una medida razonable, en tanto permite la subsistencia del régimen de prestaciones médicas y farmacológicas, tanto más si éste, de acuerdo con la legislación sobre el aseguramiento universal en salud, servirá de base, al igual que el Seguro Social de Salud (EsSalud), las Sanidades de las Fuerzas Armadas y la Sanidad de la Policía Nacional del Perú, entre otras entidades de salud, para estructurar el indicado



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP N ° 03462-2010-PA/TC

LIMA

MATÍAS PACHECO CORNEJO

sistema, que se denomina, a tenor del artículo 7 de la Ley 29344 instituciones administradoras de fondos de aseguramiento en salud, cuya función será encargarse de administrar los fondos destinados al financiamiento de prestaciones de salud y ofrecer coberturas de riesgos de salud a sus afiliados.

25. Queda claro, en atención a lo expuesto, que encuentro razonable la medida de implementar un aporte en función del principio de solidaridad que se descuenta de las pensiones o remuneraciones según sea el caso, mas no se pronuncia por la razonabilidad del *quántum* de los descuentos que se realizan en virtud de los servicios que se brindan, lo que no ha sido materia de análisis en el caso concreto. Asimismo debe dejarse sentado, conforme a lo indicado en el fundamento 7 supra, que la entidad demandada no se encuentra eximida de cumplir con la publicación de los PREFASA, pues solo de este modo se podrá verificar una correcta actuación dentro del modelo de Estado constitucional de derecho, sin embargo, no se puede asumir una invalidez de las normas consideradas lesivas pues resulta evidente, a partir de lo resuelto en la STC 0950-2000-HD/TC y en la STC 00263-2000-AA/TC, que las normas en cuestión vienen siendo aplicadas en la prestación de servicio de salud a los miembros de la Marina de Guerra del Perú.

26 En consecuencia, la demanda debe ser desestimada

Por estos fundamentos, a mi juicio, se debe declarar **INFUNDADA** la demanda porque no se ha verificado la afectación del derecho fundamental del actor.

Publíquese y notifíquese.

S.

CALLE HAYEN

Lo que certifico:

OSCAR DÍAZ MUÑOZ
SECRETARIO RELATOR
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03462-2010-PA/TC
LIMA
MATIAS PACHECO CORNEJO

VOTO DE LOS MAGISTRADOS BEAUMONT CALLIRGOS Y ETO CRUZ

Con el debido respeto por la opinión expresada por nuestro colega magistrado, estimamos que la demanda de amparo debe ser declarada **FUNDADA** en virtud de las siguientes consideraciones:

1. En principio, debo mencionar que las medidas estatales que establezcan normas de conducta (de obligación), como los deberes de contribuir o de aportar, deben estar contenidas en normas válidas. Una norma es válida cuando ha sido dictada por la autoridad normativa competente a través del procedimiento formal pre establecido en las metanormas sobre creación jurídica. Debe acotarse que el concepto de validez jurídica necesariamente presupone la “existencia” de la norma que, en el caso de las normas de creación deliberada, como es el caso de las normas legisladas (a diferencia de la costumbre), está determinada por la promulgación (o publicación). La promulgación es pues la condición necesaria y suficiente para que una norma exista jurídicamente y consiste en el acto solemne de informar a los sujetos destinatarios acerca de la expedición de una norma. A partir de la promulgación, los agentes de aplicación (como los jueces) pueden relacionar la norma con otros conceptos como la validez, pertenencia, vigencia, aplicabilidad u obligatoriedad.
2. En ese sentido, opino que no es correcto referirse a los reglamentos denominados “PREFASA 13203” en términos de validez o invalidez, tal como se expone en el fundamento 24 de la posición de mayoría, sencillamente porque ellos no existen jurídicamente y, por tanto, no cabe hacer sobre ellos ningún tipo de juicio crítico. Como se ha comprobado en la STC N.º 00950-2000-HD/TC (fundamento 8), éstos no han sido promulgados en el diario oficial correspondiente de conformidad con el artículo 109º de la Constitución. Cabe recordar que en dicho pronunciamiento, este Tribunal Constitucional determinó que los reglamentos en cuestión no tienen el carácter de “reservado” o “secreto”, por lo que su no promulgación era injustificado y su aplicación, por consecuencia, constitúa una absoluta incompatibilidad con el Estado Constitucional de Derecho.

Esta situación sin embargo, a pesar de lo indicado en la sentencia precitada, no ha sido normalizada. El propio emplazado ha indicado en su escrito de contestación (fojas 92) que el “PREFASA 13203” es una norma de “carácter especial” y que fue expedido durante la vigencia de la Constitución de 1979 que, en todo caso, no obligaba su publicación en el Diario Oficial *El Peruano*. Además, debe apreciarse que en este proceso, por resolución del 14 de diciembre del 2010 (notificado el 22 de marzo del 2011), se dispuso oficiar a la emplazada para que remita los referidos reglamentos, siendo que a la fecha la entidad no ha cumplido con tal requerimiento. Por lo tanto, este conjunto de hechos no hace más que reforzar la hipótesis de que los reglamentos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03462-2010-PA/1C
LIMA
MATIAS PACHECO CORNEJO

“PREFASA 13203” se mantienen aún en reserva y sin su publicación, por lo que debo concluir entonces que ellos no existen y, por ende, no pertenecen al sistema jurídico y no son aplicables.

3. Ahora bien, la pretensión del demandante es la restitución de la gratuitud de las prestaciones de salud y de la atención farmacológica para su persona y sus familiares dependientes. Tomando en consideración los fundamentos precedentes, debo advertir que de los mismos no se desprende necesariamente que, ante la inexistencia de los reglamentos PREFASA 13203, entonces aquéllas deban ser gratuitas. Primero, porque el goce del derecho constitucional a la salud no asegura la gratuitud del servicio, sino la “accesibilidad” conforme a los requisitos pre establecidos por el legislador; y segundo, porque en el presente caso, además del derecho subjetivo del recurrente, está comprometido el equilibrio financiero del fondo de salud que administra la emplazada.
4. Por ello, concuerdo con la posición de mayoría en relación al vigor del “principio de solidaridad” como fundamento subyacente de un deber de contribuir con el financiamiento del servicio de salud como una obligación del demandante. La Ley N° 29344, Ley Marco del Aseguramiento Universal en Salud, lo reconoce además como un principio del proceso del aseguramiento universal en salud que, según el artículo 4°, consiste en el “conjunto de actos y normas orientados a compensar el costo de la atención a quien la necesite con el aporte de los contribuyentes y del Estado. Se refiere al mecanismo de financiamiento mediante la compensación de los aportes entre grupos de diferentes edades, riesgos de enfermedad o segmentos económicos, entre otros”.
5. Desde esta perspectiva, la controversia no debe centrarse en determinar si corresponde o no amparar la gratuitud solicitada, sino cuánto debe sufragar el demandante a su fondo de salud en virtud del principio de solidaridad. Por ello, conforme he expresado en el fundamento 2, en vista que al respecto no existe normatividad jurídica que fije el aporte y su *quantum*, estimo que **debe aplicarse supletoriamente el artículo 6 inciso b) de la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, que establece que el aporte del pensionista asegurado en ESSALUD es de 4% de la pensión**; dispositivo legal que en mi opinión, en la medida que sí indica un porcentaje determinado, debe regir hasta que el órgano competente se encargue de regular mediante normas válidas y debidamente promulgadas el aporte que el personal militar pensionista y asegurado debe subvencionar por las prestaciones asistenciales que administra la emplazada.
6. En el presente caso, de fojas 6 a 8, el demandante ha acreditado ser Técnico 3ro (R) retirado y pensionista de la Marina de Guerra del Perú. Asimismo, conforme a las boletas de pago de abril de 1999 a diciembre 2007, obrantes de fojas 23 a 77, ha demostrado que se le ha descontando incluso hasta el valor S/. 300.00 nuevos soles por



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP N° 03462-2010-PA/TC
LIMA
MATIAS PACHECO CORNEJO

conceptos de atención médica y farmacológica que, aproximadamente, representan el 30% del total su pensión de jubilación. Siendo así, respecto de estos meses, conforme a lo expuesto *supra*, corresponde que la demandada reintegre al actor los descuentos que hayan superado el 4% de su pensión de jubilación por conceptos de atención médica y farmacológica.

7. Finalmente, siguiendo el mismo razonamiento de la STC 00050-2004-AI/TC y acumulados (fundamento 49), sobre el argumento del demandante de haber gozado en el pasado de la gratuidad del servicio y por ello constituir un derecho adquirido, debe precisarse que la incorporación ulterior de una obligación de aportar o contribuir por las prestaciones de salud y farmacológicas no supone un incumplimiento del principio de progresividad de los derechos sociales, puesto que en el presente caso la finalidad del mismo es preservar la subsistencia del propio fondo de salud y mejorar la calidad del servicio asistencial que beneficiará tanto al actor como al resto de asegurados.

En consecuencia, mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda de amparo por haberse acreditado la vulneración al derecho fundamental a la seguridad social y a las prestaciones de salud reconocidos en los artículos 10º y 11º de la Constitución, respectivamente; en consecuencia, debe ordenarse a la emplazada cumpla con aplicar supletoriamente el artículo 6º inciso b) de la Ley N° 26790 por concepto de atención médica y farmacológica, conforme al fundamento 6 del presente voto; y cumpla con reintegrar los descuentos que hayan superado el 4% de la pensión de jubilación por conceptos de atención médica y farmacológica, más el abono de costos procesales.

SS

BEAUMONT CALLIRGOS

ETO CRUZ

Lo que certifico:

OSCAR DÍAZ MUÑOZ
SECRETARIO RELATOR
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL