



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 3208-2004-AA/TC
HUÁNUCO
JORGE CARLOS CASTAÑEDA ESPINOZA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 30 días del mes de mayo de 2005, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Jorge Carlos Castañeda Espinoza contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, de fojas 254, su fecha 13 de julio de 2004, que declara infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 30 de marzo de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra EsSalud, solicitando que se declare inaplicable el artículo 37º del Decreto Supremo N.º 009-97-SA, Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud. Aduce que esta norma vulnera su derecho a la seguridad social al no reconocerle las prestaciones de salud, en forma integral, durante el período de latencia por desempleo. Señala que el derecho especial de cobertura por desempleo, establecido por la Ley N.º 26790, ha sido limitado por su reglamento al diferenciar la cobertura de las prestaciones en capas compleja y simple, recortando con ello su derecho a la salud y el de sus derechohabientes al no poder acceder a todas las prestaciones de salud sin restricción alguna hasta octubre de 2004.

La emplazada deduce la excepción de caducidad y solicita que se declare improcedente la demanda, manifestando que no se ha afectado el derecho a la seguridad social del demandante, y que, por el contrario, mediante la Carta N.º 770-SGR-GDHU-ESSALUD-2003, se procedió a reconocer el derecho especial de cobertura de desempleo que conforme a ley le asiste al demandante y a sus derechohabientes.

El Primer Juzgado Mixto de Huánuco, con fecha 4 de mayo de 2004, declara infundada la excepción y fundada la demanda considerando que el Decreto Supremo N.º 009-97-TR, Reglamento de la Ley N.º 27690, de Modernización de la Seguridad Social en Salud, es violatorio del principio constitucional de jerarquía normativa, dado que restringe los alcances de la cobertura por desempleo establecida por la ley.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La recurrida, revocando la apelada, declara infundada la demanda, por estimar que no se ha acreditado la vulneración de un derecho constitucional, toda vez que el demandante está protegido frente a las contingencias previstas en la Ley N.º 26790, las que, al no ser autoaplicativas, fueron reguladas por su reglamento, el Decreto Supremo N.º 009-97-TR.

FUNDAMENTOS

1. En el presente caso, el demandante alega que se ha vulnerado el derecho constitucional a la salud, por habersele recortado la cobertura integral a las prestaciones de prevención, promoción y atención de la salud durante el periodo de latencia que siguió a su cese laboral.
2. De los actuados se concluye que carece de objeto pronunciarse sobre la pretensión, dado que la alegada vulneración del derecho a la salud, durante la vigencia de la cobertura especial por desempleo, ha devenido en irreparable por haber caducado. Sin embargo, en atención a lo establecido en el artículo 1º del Código Procesal Constitucional, este Colegiado procederá a evaluar el agravio constitucional alegado.

El Estado social y democrático de derecho en la Constitución peruana.

3. En la sentencia recaída en el Expediente N.º 008-2003-AI/TC (fundamentos 10 a 13), este Colegiado tuvo la oportunidad de precisar que el modelo de Estado configurado por la Constitución de 1993 presenta las características básicas de un Estado social y democrático de derecho, deducible, principalmente, de una lectura integral de los artículos 3º y 43º y de diversos dispositivos reconocidos a lo largo de su contenido, en los que se deja claramente establecido el objetivo social que subyace a todo comportamiento de los agentes políticos y económicos que lo integran. El prototipo de este modelo significa, en buena cuenta, una superación del clásico esquema estrictamente liberal que caracterizó al Estado tradicional para dar paso a una visión mucho más integrada en la que, junto con la libertad y sus garantías, aparecen y se fomentan con igual intensidad otros valores como la igualdad y la solidaridad. El Estado social y democrático de derecho, en otras palabras, no niega los valores del Estado liberal, los comparte y los hace suyos, pero, a su vez, los redimensiona en el entendido de que el ser humano no solo requiere contar con una serie de seguridades y protecciones alrededor de sus clásicos derechos de tipo individual y político, sino también satisfacer diversas necesidades derivadas en lo fundamental de la posición o *status* económico social que ocupa. En dicho contexto, se trata evidentemente de que el Estado fomente condiciones alrededor de otro tipo de derechos, como los sociales, los económicos y los culturales, atributos que, a diferencia de los tradicionales ya mencionados, no se caracterizan por una posición negativa o abstencionista, sino por una posición dinámica y promotora por parte del poder. La lógica principalista que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

justifica este cambio de visión tiene su sustento en la dignidad como valor superior del ordenamiento (artículo 1° de la Constitución), que, a la par que fundamenta el contenido de cada derecho fundamental, impone al Estado diversas obligaciones, tanto de protección como de promoción.

4. Existe, pues, en el Estado social y democrático de derecho una estructura sustentada en la consecución de objetivos antes que en una reserva de actuaciones. Lo que el poder tiene de abstención, opera, en lo fundamental, respecto de los derechos individuales y políticos; lo que, en cambio, tiene de dinámico se reconduce al ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, y todo ello dentro de los imperativos expresamente reconocidos por la Constitución. Esta lógica permite considerar que así como el Estado incumple la Constitución cuando de la inobservancia de las prohibiciones frente a los derechos individuales y políticos se trata, de igual modo la incumple o la deja de lado cuando se abstiene de materializar las obligaciones que frente a los derechos sociales, económicos y sociales le impone el ordenamiento. La inconstitucionalidad, por tanto, puede ser motivada tanto por acciones como por omisiones de los poderes públicos, y queda claro que en cualquiera de ambas hipótesis, y dentro de lo ponderable de cada caso, se impone el correctivo por medio del proceso constitucional.
5. Queda, en todo caso, por reiterar que aunque la Constitución peruana no consigne expresamente la existencia de un Estado social y democrático de derecho, el mismo es un concepto deducible de los preceptos que reconocen tanto el Estado democrático de derecho (artículo 3°) como el carácter de República Social (artículo 43°). La orientación democrática del Estado no supone, como a menudo se pretende, un componente exclusivamente político, sino elementos de variada connotación. Ello en tanto la Democracia, como valor, no solo puede ser política, sino también social, económica, cultural y, por supuesto, ética. Por su parte, la denominada República Social no es otra cosa que una forma de gobierno que, además de sustentarse en el poder soberano del pueblo, apunta hacia el bienestar social como objetivo de toda decisión. De allí que la existencia del Estado social, bien que implícita, resulta inobjetable en sus alcances, siendo necesario un referente para toda decisión en la que sus componentes o elementos puedan encontrarse en entredicho.

El derecho fundamental a la salud y su posición dentro del Estado social

6. Dentro de los componentes del Estado social queda claro que el reconocimiento y la promoción del derecho a la salud ocupa un papel trascendental, en tanto dicho atributo representa parte del conglomerado de derechos sociales que bajo la forma de obligaciones se imponen al Estado a efectos de ser promovido en condiciones materiales y fuentes de acceso. Conforme lo ha dejado establecido este Colegiado en las sentencias 2945-2003-AA/TC, 2016-2003-AA/TC y 1956-2004-AA/TC, el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener el estado de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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 cuyo cumplimiento corresponde al Estado, el cual debe 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.

7. Este Tribunal, además de lo precedentemente señalado, puntualiza que si la salud es un derecho cuyas condiciones el Estado se encuentra obligado a promover mediante políticas, planes y programas, o a garantizar su correcto funcionamiento, en caso de que estos ya existan, el hecho de que el mismo Estado, o quienes a su nombre lo representan, opten por decisiones que desconozcan de forma unilateral o irrazonable la concretización o aplicación de los mismos, sobre todo para quienes ya gozan de prestaciones individualizadas, supone un evidente proceder inconstitucional que en modo alguno puede quedar justificado. O la salud es un derecho constitucional indiscutible y, como tal, generador de acciones positivas por parte de los poderes públicos, o simplemente se trata de una opción de actuación discrecional y, como tal, prescindible de acuerdo con la óptima disponibilidad de recursos. Entre ambas alternativas, y por lo que ya se ha puntualizado, el Estado social solo puede ser compatible con la primera de las descritas, pues resulta inobjetable que allí donde se ha reconocido la condición fundamental del derecho a la salud, deben promoverse, desde el Estado, condiciones que lo garanticen de modo progresivo, y que se le dispense protección adecuada a quienes ya gocen del mismo.
8. Por tanto, cuando el artículo 7° de la Constitución hace referencia al derecho a la protección de la salud, reconoce el derecho de la persona de alcanzar y preservar un estado de plenitud física y psíquica. Por ende, tiene el derecho de que se le asignen medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica, *correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y la solidaridad de la comunidad*, pues en una sociedad democrática y justa la responsabilidad por la atención de los más necesitados no recae solamente en el Estado, sino en cada uno de los individuos en calidad de contribuyentes sociales.

Derecho especial de cobertura por desempleo

9. En el marco del proceso de ejecución de las políticas sociales implementadas con la finalidad de promover y ampliar, progresivamente, las prestaciones de salud, el 11 de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

noviembre de 1996 se aprobó, mediante el Decreto Legislativo N.º 887, la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud. Los considerandos de la norma señalan que se otorga con la finalidad de mejorar la calidad y la prestación de los servicios de salud dentro de un proceso gradual que garantice la estabilidad de los sistemas existentes y permita el desarrollo de nuevas inversiones en procura de una atención más eficiente a las necesidades de la población.

10. En ese sentido, se incrementó la cobertura de las prestaciones de salud brindadas por el Seguro Social del Perú, estableciéndose por primera vez, en favor de los afiliados regulares del Seguro Social del Perú, el *Derecho Especial de Cobertura por Desempleo* durante un periodo de latencia no menor de seis meses ni mayor de doce, siempre que cuenten con un mínimo de treinta meses de aportación durante los tres años precedentes al cese.
11. El Decreto Legislativo N.º 887 tuvo una corta vigencia y fue sustituido, antes de su reglamentación, por una nueva Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, N.º 26790, vigente desde el 18 de mayo de 1997.

En el artículo 11º de la mencionada ley se reguló el *Derecho Especial de Cobertura por Desempleo* en los mismos términos del Decreto Ley N.º 887, de la siguiente manera:

Artículo 11.- Derecho Especial de Cobertura por Desempleo

En caso de desempleo, los afiliados regulares y sus derechohabientes tienen derecho a las prestaciones de prevención, promoción y atención de la salud durante un período de latencia no menor de seis meses ni mayor de doce, siempre que cuenten con un mínimo de treinta meses de aportación durante los tres años precedentes al cese. El reglamento establecerá las normas complementarias.

12. Posteriormente, mediante el Decreto de Urgencia N.º 008-2000, vigente desde el 24 de febrero de 2002, se modificaron los requisitos de acceso al *Derecho Especial de Cobertura por Desempleo*, con la finalidad de a) establecer un período de calificación mínimo, de modo tal que todos los trabajadores, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad que realicen, puedan gozar de las prestaciones de salud durante un periodo de latencia; y, b) ampliar sus alcances a los casos de suspensión perfecta de labores que superen los períodos que otorgan el derecho de cobertura para prestaciones de salud al trabajador y sus derechohabientes.

Artículo 11.- Derecho Especial de Cobertura por Desempleo

En caso de desempleo y de suspensión perfecta de labores que genere la pérdida del derecho de cobertura, los afiliados regulares y sus derechohabientes tienen el derecho a las prestaciones de prevención, promoción y atención de la salud durante un período de latencia de hasta doce meses, siempre que cuenten con un



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

mínimo de cinco meses de aportación en los últimos tres años precedentes al cese, acogándose a dos meses de período de latencia por cada cinco meses de aportación. El período de latencia para los casos de suspensión perfecta de labores será de aplicación a partir de la fecha de pérdida del derecho de cobertura.

El Reglamento establecerá la forma en que dichas prestaciones serán otorgadas.

13. Con la finalidad de graficar la progresión o regresión del beneficio establecido y de las prestaciones de salud durante el periodo de latencia, pasaremos a establecer un paralelo de los requisitos y condiciones establecidas antes y después de la modificación del artículo 11° de la Ley N. 26790

LEY N. 26790

Derecho Especial de Cobertura por Desempleo

	<i>Artículo 11° (redacción original)</i>	<i>Artículo 11° (modificado por el Decreto de Urgencia N. 008- 2000</i>
Prestaciones para afiliados regulares	Prevención, promoción y atención de la salud durante un periodo de latencia	Prevención, promoción y atención de la salud durante un periodo de latencia
Mínimo de aportaciones exigidas	30 meses durante los últimos 36 meses	5 meses durante los últimos 36 meses
Periodo de Latencia Cobertura	De 6 a 12 meses	De 2 a 12 meses
Activación	Al cese laboral	Al cese laboral y con la suspensión perfecta de labores
Aplicación (*)	Conforme a las normas complementarias del reglamento	En la forma que el reglamento establezca

14. El Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, aprobado por el Decreto Supremo N. 009-97-SA, publicado el 9 de setiembre de 1997, reguló las condiciones en que EsSalud otorga las prestaciones de salud comprendidas en el *Derecho Especial de Cobertura por Desempleo*. Señaló que la cobertura durante el periodo de latencia cubriría inicialmente todas las prestaciones de salud, y, posteriormente, las incluidas en la capa compleja, que comprende el conjunto de

* Nótese que desde que se amplió las prestaciones de salud de los afiliados regulares del Seguro Social del Perú, otorgándose el *Derecho Especial de Cobertura*, se señaló que el reglamento establecería las normas complementarias y la forma en que las prestaciones de prevención, promoción y atención de la salud serían otorgadas durante el periodo de latencia


TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

intervenciones de salud de menor frecuencia y mayor complejidad, así como las de maternidad. Luego, mediante el Decreto Supremo N.º 004-2000-TR, publicado el 2 de junio de 2000, el reglamento se adecuó a la modificación del artículo 11º de la Ley N. 26790, reconociendo el derecho especial de cobertura por desempleo o suspensión perfecta de labores para los afiliados regulares que cuenten con un mínimo de 5 meses de aportaciones, precisando el tiempo y la forma en que los beneficiarios perciben las prestaciones de salud, sin que se devengue la obligación de efectuar aportes durante el periodo de latencia, de la siguiente manera:

		Cobertura durante el período de lactancia	
Períodos aportados en los 3 años previos al cese o pérdida de cobertura	Total de período de latencia	Capa simple y compleja	Capa compleja y maternidad
De 5 a 9 meses	2 meses	Primer mes	Segundo mes
De 10 a 14 meses	4 meses	2 primeros meses	2 meses siguientes
De 15 a 19 meses	6 meses	3 primeros meses	3 meses siguientes
De 20 a 24 meses	8 meses	4 primeros meses	4 meses siguientes
De 25 a 29 meses	10 meses	5 primeros meses	5 meses siguientes
30 meses o más	12 meses	6 primeros meses	6 meses siguientes

15. Aun cuando el Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social, al establecer la forma en que las prestaciones de salud son otorgadas a los afiliados regulares, ha dividido el tiempo del periodo de latencia en 2 etapas iguales pero de cobertura diferenciada, este Colegiado considera que las normas que regulan el *Derecho Especial de Cobertura por Desempleo* no vulneran el derecho fundamental a la salud ni trasgreden el marco legal en que se facultó su reglamentación, dado que, en tanto se constata que las prestaciones de salud se han incrementado ampliando su cobertura a nuevas contingencias (desempleo y suspensión perfecta de labores), resulta evidente que el Estado viene adoptando las medidas positivas adecuadas para procurar, en forma gradual y progresiva, una mayor cobertura de las prestaciones de salud que debe brindar a los ciudadanos.
16. No obstante, ello no quiere decir, en modo alguno, que este Tribunal considere que las prestaciones de salud actualmente otorgadas a los afiliados de EsSalud sean suficientes, y por ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7º de la Constitución, en virtud del cual “todos tienen derecho a la protección de su salud (...)” exhorta a EsSalud y al Poder Ejecutivo, a que en forma progresiva y lo más pronto posible, según la

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

capacidad económica del país, adopte las medidas necesarias tendientes a procurar que se incremente el periodo de cobertura integral (capa simple y compleja) otorgado a los asegurados regulares y sus derechohabientes durante el periodo de latencia.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda.
2. **EXHORTA** a EsSalud y al Poder Ejecutivo a que con diligencia, según la capacidad económica del país, adopte las medidas necesarias para incrementar el periodo de cobertura integral de las prestaciones de salud durante el periodo de latencia que corresponda a los asegurados regulares, conforme se ha expuesto en el fundamento 16 de la presente.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO**

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)