



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO	
FOJAS	073

EXP. N. ° 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL DE CONGRESISTAS

SENTENCIA

DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

DEL 10 DE ABRIL DE 2012

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

**25% DEL NÚMERO LEGAL DE CONGRESISTAS CONTRA
EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

SÍNTESIS

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el 25% del número legal de congresistas, contra la Ley N° 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud.

Magistrados firmantes

ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO	
FOJAS -	074

EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 10 días del mes de abril de 2012, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

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.

II. DISPOSICIONES CUESTIONADAS

LEY N° 29344, LEY MARCO DE ASEGURAMIENTO UNIVERSAL EN SALUD

Artículo 17.- De los planes complementarios

Las instituciones administradoras de fondos de aseguramiento en salud pueden ofrecer planes que complementen el Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS). La regulación de estos planes así como la fiscalización del cumplimiento están a cargo de la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud.

Artículo 21.- Del financiamiento de la lista de enfermedades de alto costo

Las enfermedades de alto costo de atención que no están incluidas en el PEAS pueden ser financiadas para la población bajo el régimen subsidiado y semicontributivo con el Fondo Intangible Solidario de Salud (FISSAL). El listado de las enfermedades que serán aseguradas deberá ser definido previamente por el Ministerio de Salud.

III. ANTECEDENTES

§1. Argumentos de la demanda

Con fecha 2 de diciembre de 2010, los recurrentes interponen demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 17 y 21 de la Ley N° 29344, Ley Marco de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

Aseguramiento Universal en Salud, en adelante LMAUS, por considerarlos violatorios de los derechos de igualdad, salud, seguridad social y el principio de equidad en salud.

Sostienen que el establecimiento de tres regímenes de cobertura diferenciados (contributivo, semicontributivo y subsidiado), organizados en función a la capacidad de pago, alienta una odiosa discriminación basada en la situación social de las personas. Aducen que para el caso de los afiliados al régimen subsidiado y semicontributivo, la única posibilidad de acceder a la atención de enfermedades no contempladas en el Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS) es mediante el mecanismo de inclusión de dichas enfermedades en el Listado de Enfermedades de Alto Costo, mecanismo que sin embargo depende de la previa aprobación del Ministerio de Salud, y que debe estar sustentado en estudios de siniestralidad, incidencia y prevalencia, así como en los costos que implican las prestaciones respectivas y las probabilidades de recuperabilidad de las enfermedades. Afirman que pese a que la Ley N° 29344, fue publicada a inicios de 2009, a la fecha no se ha publicado la resolución ministerial que apruebe el Listado de Enfermedades de Alto Costo, ni tampoco se ha reglamentado el funcionamiento de la entidad que debe estar a cargo del financiamiento de dicho listado, esto es, del Fondo Intangible Solidario de Salud (FISSAL).

Por otro lado, en el caso de los afiliados al régimen contributivo, en calidad de afiliados independientes (o potestativos), esgrimen que la Ley no ha establecido ningún mecanismo para la atención que deben recibir en el caso de enfermedades no cubiertas por el PEAS, pues no se prevé para ellos el acceso al mecanismo del Listado de Enfermedades de Alto Costo, ni se ha considerado la posibilidad de que puedan contratar Planes Complementarios.

Finalmente, alegan que el PEAS apenas replica la cobertura que brindaba la Capa Simple del Seguro Social de Salud, prevista en el D.S. 009-97-SA, Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, incrementando solo enfermedades mentales no transmisibles y neoplásicas. Sin embargo, en el caso de enfermedades neoplásicas, la cobertura solo alcanza el diagnóstico por consulta externa, derivando su tratamiento al Listado de Enfermedades de Alto Costo. Esta escasa cobertura del PEAS, brindada a los afiliados del régimen subsidiado y semicontributivo, -afirman- vulnera el derecho a la protección de la salud de dichos afiliados, el principio de equidad en salud y el mandato constitucional de progresividad en la cobertura de la seguridad social.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

§2. Argumentos de la contestación de la demanda.

Con fecha 26 de mayo de 2011, el Apoderado especial del Congreso de la República en procesos de inconstitucionalidad contesta la demanda solicitando sea declarada infundada. Afirmo que la Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud ha establecido ciertamente un trato diferenciado entre regímenes, fundado en la condición socioeconómica de las personas, previendo para el caso de los regímenes subsidiado y semicontributivo, la posibilidad de acceder a la atención de enfermedades de alto costo, a través de la cobertura del FISSAL; posibilidad que sin embargo no ha sido reconocida para los afiliados al régimen contributivo. Aduce que dicha diferenciación, aunque incide gravemente en el principio-derecho de igualdad, pues se sustenta en un motivo constitucionalmente prohibido, sin embargo supera el test de igualdad que el Tribunal Constitucional ha establecido. Así, alega que dicha diferenciación pretende la protección de un fin constitucionalmente legítimo, como es el acceso de las personas con menos recursos al tratamiento de enfermedades de alto costo a través del Listado de Enfermedades de Alto Costo; del mismo modo, dicha medida es idónea para el logro del fin establecido, pues a través de este sistema a cargo del FISSAL se permite el acceso a atenciones costosas; por otro lado, la medida también se presenta como necesaria, pues no hay otra forma de garantizar dichas atenciones costosas a personas que carecen de recursos económicos; por último, la medida es proporcionada en sentido estricto, dado que el grado de satisfacción e importancia del fin constitucional que se pretende es alto, y de la misma intensidad que la intervención en el principio-derecho de igualdad.

Por otro lado, sostiene que el hecho de que el PEAS no haya cubierto todas las contingencias de salud no vulnera necesariamente el derecho a la protección de la salud, establecido en el artículo 7 de la Constitución. Afirmo que este derecho, de acuerdo a cómo lo ha interpretado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU y el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, está sujeto a la disponibilidad presupuestaria, y que ello ha sido reconocido en el artículo 16 de la Ley, donde se señala que el PEAS puede ver incrementada su cobertura, progresivamente, de acuerdo a la disponibilidad presupuestaria y la oferta de servicios. En lo que se refiere al principio de equidad en salud, aduce que éste se respeta desde que se ha previsto que todas las personas puedan acceder a una protección integral del derecho a la salud, ya sea mediante la aplicación de Planes Complementarios (en el caso de los afiliados al régimen contributivo), o ya mediante el mecanismo del Listado de Enfermedades de Alto Costo (para los afiliados



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO	
FOJAS	077

EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

al régimen subsidiado y semicontributivo). Finalmente, en cuanto al derecho a la seguridad social, esgrime que éste, conforme lo ha definido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es un derecho de configuración legal, que supone que las prestaciones a cargo del sistema de seguridad social deban ser previstas por la ley, lo que justamente ha sucedido en el caso de autos, pues es la Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud la que ha definido las prestaciones de salud que corresponden a cada régimen de afiliación.

IV. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. Los recurrentes solicitan que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 17 y 21 de la Ley N° 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud (LMAUS), 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.

§2. La existencia de tres regímenes en la Ley Marco de Aseguramiento Universal y la afectación del principio-derecho de igualdad

2.1. Los regímenes establecidos en la Ley Marco de Aseguramiento Universal

2. El artículo 19 de la LMAUS establece tres regímenes de financiamiento, donde de manera obligatoria y en forma progresiva, deberá encontrarse afiliada toda la población residente en el territorio nacional:

“1. El régimen contributivo: 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.

2. El régimen subsidiado: Comprende a las personas que están afiliadas a las instituciones administradoras de fondos de aseguramiento en salud, por medio de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

un financiamiento público total. Dicho régimen está orientado principalmente a las poblaciones más vulnerables y de menores recursos económicos y se otorga a través del Seguro Integral de Salud.

3. El régimen semicontributivo: Comprende a las personas que están afiliadas a las instituciones administradoras de fondos de aseguramiento en salud, por medio del financiamiento público parcial y aportes de los asegurados y empleadores, según corresponda”.

3. Aunque el propio artículo 19 ha establecido una *paridad inicial* en la cobertura de salud para los tres regímenes, al disponer que “A partir de la vigencia de la presente Ley, **todos** los peruanos son beneficiarios del Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS)”, el Tribunal observa que la LMAUS ha regulado una cobertura específica para cada régimen. Así, si bien todas las personas afiliadas en cualquiera de estos regímenes de financiamiento gozan, como mínimo del PEAS; en el caso de los afiliados al *régimen contributivo*, en concreto, los que pertenecen al Seguro Social de Salud (EsSalud) y los que pertenecen a las Sanidades de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, de acuerdo al artículo 18 de la LMAUS, mantienen sus planes de aseguramiento específico, de acuerdo a la normativa aplicable a cada caso; es decir, mantienen el plan de cobertura *completa* que brinda EsSalud a sus afiliados (artículo 34 del D.S. 009-97-SA, Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud), así como los que brindan las Sanidades de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú (artículo 36, inciso 7 de la Ley 27238, Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú).

4. Distinto es el caso de los afiliados a los regímenes subsidiado y semicontributivo, para los que la cobertura sólo alcanza a las prestaciones incluidas en el PEAS, la cual se caracteriza por ser *limitada*. Ese es su carácter pues, como lo define el artículo 13 de la LMAUS, el Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS) es un “listado **priorizado** de condiciones asegurables e intervenciones que como mínimo son financiadas a todos los asegurados por las instituciones administradoras de fondos de aseguramiento en salud”. Dicho listado, que corresponde elaborar al Ministerio de Salud, debe hacerse teniendo en cuenta, como prescribe el artículo 15 de la Ley, estudios de carga de enfermedad, análisis de costo-beneficio, la capacidad de oferta del sistema de salud, así como estimaciones financieras y análisis actuariales (art. 15 LMAUS) y está sujeto a una evaluación. cada dos años, a efectos de determinar “la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

inclusión progresiva de **más** condiciones de salud, según disponibilidad financiera y oferta de servicios” (artículo 16º LMAUS).

5. Dicho PEAS fue aprobado por Decreto Supremo N° 016-2009-SA, de fecha 29 de noviembre de 2009. Éste sustituye al Listado Priorizado de Intervenciones Sanitarias que fuera regulado por el Decreto Supremo N° 004-2007-SA (que reglamentaba las prestaciones a cargo del Seguro Integral de Salud), y comprende un total de 140 condiciones asegurables, categorizadas en:

- I. Población sana (5 condiciones asegurables).
- II. Condiciones obstétricas y ginecológicas (28 condiciones obstétricas y 5 ginecológicas).
- III. Condiciones pediátricas (12 condiciones que afectan al recién nacido y 11 que afectan al menor de 12 años).
- IV. Condiciones neoplásicas (3 condiciones referidas a tumores del aparato genital femenino y 4 referidas a otros tumores).
- V. Condiciones transmisibles (5 condiciones referidas a infecciones del aparato respiratorio, 5 a infecciones del aparato genitourinario y de transmisión sexual y 21 a otras infecciones).
- VI. Condiciones no transmisibles (4 condiciones referidas a enfermedades mentales, 15 a enfermedades crónicas y degenerativas y 22 a enfermedades agudas).

Según el Tribunal aprecia, cada una de las condiciones asegurables tiene, según el caso, intervenciones de prevención, diagnóstico y seguimiento, y un número definido de prestaciones por cada tipo de intervención, el cual varía en cada caso concreto. Así, por ejemplo, en el caso de las condiciones neoplásicas sólo se encuentran cubiertos el cáncer de cuello uterino, la miomatosis uterina, el cáncer de mama, la hipertrofia prostática, la neoplasia de colon, la neoplasia de estómago y la neoplasia de próstata, estando incluido algún tipo de tratamiento sólo en el caso de la hipertrofia prostática, la miomatosis uterina y el cáncer de cuello uterino, reduciéndose la cobertura, en los demás casos, sólo a la fase de diagnóstico, con un número limitado de prestaciones (consultas ambulatorias y exámenes médicos).

6. De este modo, el Tribunal observa que el Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS) constituye, en los términos de la propia Ley, un plan básico de atenciones,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO	
FOJAS -	080

EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

que si bien ha incrementado algunas condiciones asegurables con relación al Listado Priorizado de Intervenciones Sanitarias que regulaba el Decreto Supremo N° 004-2007-SA, y ha definido de un modo más preciso las prestaciones aseguradas, incorporando el concepto de “garantías explícitas”, sin embargo sigue siendo un plan limitado de cobertura de las necesidades de salud de los afiliados a los regímenes subsidiado y semicontributivo.

Dicha limitación en la cobertura de necesidades de salud de estos regímenes no se ve superada por el mecanismo establecido en el artículo 21 de la LMAUS, pues al margen del examen que sobre ese artículo realizará el Tribunal, el Fondo Intangible Solidario de Salud (FISSAL), como mecanismo para financiar un Listado de Enfermedades de Alto Costo, tal y como se desprende de la propia Ley, es en sí mismo un mecanismo *condicionado*, que depende de su definición previa por el Ministerio de Salud.

Así también se desprende del artículo 129 del Decreto Supremo N° 008-2010-SA, Reglamento de la Ley N° 29344, Ley de Aseguramiento Universal en Salud, que establece

“el Listado de Enfermedades con Alto Costo de Atención a cargo del FISSAL, será aprobado por el Ministerio de Salud, mediante Resolución Ministerial. El número de patologías de la Lista de Enfermedades y Prestaciones financiables y el monto de su cobertura, se sustentará en estudios de siniestralidad, incidencia y prevalencia, así como a los costos que implican las prestaciones respectivas y las probabilidades de recuperabilidad de las enfermedades”.

En el caso del PEAS, la cobertura del Listado de Enfermedades de Alto Costo, a pesar de ser complementaria de éste, tampoco es completa, pues se basa en distintos estudios que determinan la prioridad en la inclusión de una enfermedad en lugar de otra. Además de ello, el artículo 135 del citado Reglamento establece que la atención de un caso de enfermedad de alto costo debe pasar primero por una “evaluación y aprobación” a cargo del FISSAL. Con lo cual, la cobertura que allí se prevé no es automática para todos los afiliados del régimen subsidiado y semicontributivo, sino que requiere de la aprobación previa de la entidad financiadora correspondiente (FISSAL), la que establece en su artículo 136, que es progresiva y



EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

“están en función a la disponibilidad de recursos financieros del FISSAL y del número de patologías con cobertura establecidas por el MINSA”.

7. De manera pues que la cobertura en la atención de salud para los afiliados a los regímenes subsidiado y semicontributivo (a través del PEAS o del FISSAL) es distinta de la cobertura de atención de la que gozan los afiliados al régimen contributivo (a través de los planes específicos).

2.2. El principio de igualdad formal o igualdad de trato.

8. Corresponde, por tanto, evaluar si dicha disparidad de trato es jurídicamente relevante de cara al contenido constitucionalmente protegido del Derecho de Igualdad. La faceta del principio de igualdad aquí invocada tiene que ver con la *igualdad formal* o *igualdad de trato* que este Tribunal ha definido, en distintas oportunidades, como “[el] derecho fundamental [que] comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de la persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en hechos, situaciones o acontecimiento coincidentes; por ende, deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias” (STC 0004-2006-PI/TC, FJ. 116). Como también hemos afirmado “la igualdad es un principio-derecho que instala a las personas, situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones” (STC 0004-2006-PI/TC, FJ. 116).
9. La condición previa para evaluar el trato igualitario o discriminatorio brindado a las personas o grupos de personas es la situación idéntica o similar en la que éstas se encuentren, y de la que deriva la necesidad de que cualquier beneficio otorgado a éstas deba ser estrictamente paritario. En el caso de la LMAUS, para poder evaluar si la diferente cobertura brindada a los distintos regímenes es violatoria del principio de igualdad de trato, es preciso examinar primero si las personas afiliadas a cada régimen se encuentran en idéntica o similar situación, para luego determinar si sobre ellas el legislador ha operado un trato discriminatorio respecto a la cobertura de salud



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

brindada. Consiste, este primer paso, en conclusión, en determinar si es posible la comparación entre las personas afiliadas a cada uno de estos tres regímenes. Es decir, en verificar si el término de comparación es adecuado.

10. En la determinación de si es adecuado (o no) el término de comparación propuesto, esto es, si las personas afiliadas en cada uno de estos regímenes se encuentran en una situación jurídica similar, es preciso observar dos circunstancias: a) en primer lugar, el origen de los regímenes de financiamiento establecidos en la LMAUS; y b) la fuente del financiamiento de cada régimen de afiliación establecido en la Ley.

a) En cuanto al origen de los regímenes de financiamiento contenidos en la LMAUS, el Tribunal observa que éstos no han sido creados *ex novo* por el legislador, sino que los mismos provienen de y se agrupan en torno a distintas clases de seguros de salud, cada uno administrado y gestionado por una entidad diferente. En el caso del régimen contributivo, se ubican dentro de él personas afiliadas al Seguro Social de Salud (EsSalud), a las Sanidades de las Fuerzas Armadas, a las Sanidades de las Fuerzas Policiales y a aseguradoras privadas. Éstas no constituyen un fondo común, pues de acuerdo al artículo 7 de la LMAUS, cada una de ellas es una institución administradora de fondos de aseguramiento en salud (IAFAS), que han sido agrupadas bajo un mismo régimen, en razón a identificar que los fondos que cada una maneja provienen de la cotización de sus afiliados. En el caso de los regímenes subsidiado y semicontributivo, dichos regímenes provienen, a su vez, del Seguro Integral de Salud (SIS), el cual contaba con las modalidades de afiliación en los componentes subsidiado y semisubsidiado (artículo 80 y 81 del D.S. N° 008-2010-SA, Reglamento de la Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud). La LMAUS no ha creado, por tanto, de modo arbitrario los regímenes de financiamiento contenidos en su artículo 19, sino que los ha definido así por la necesidad de ordenar los casos en los cuales las instituciones administradoras de fondos de aseguramiento se manejan con fondos provenientes de cotizaciones privadas (régimen contributivo), y los casos en los cuales la institución de fondo de aseguramiento (SIS) se financia con fondos provenientes del presupuesto público, casi de modo exclusivo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

b) En cuanto a la fuente de financiamiento de cada régimen, como ya se dejó entrever, y conforme lo indica el artículo 7 de la LMAUS, cada institución administradora de fondos de aseguramiento en salud (IAFAS), “administra los fondos destinados al financiamiento de prestaciones de salud a sus afiliados”. Cada fondo es, en consecuencia, autónomo y se compone, entre otros ingresos, por el pago del aporte o cotización del afiliado (en el caso de las IAFAS perteneciente al régimen contributivo), o por el subsidio entero o parcial que otorga el Estado a través del presupuesto público (en el caso de la IAFAS que administra los fondos de los regímenes subsidiado y semicontributivo). Cada afiliado no se encuentra vinculado, por tanto, a una entidad general dispuesta en la LMAUS para todos los regímenes de financiamiento, ni siquiera a una entidad general de financiamiento en cada régimen, sino que se vincula específicamente con cada IAFAS existente al interior de dichos regímenes, a través de un contrato de afiliación y del Plan de Aseguramiento que dicha IAFAS le ofrezca. Tanto es así que el propio artículo 17 de la LMAUS ha establecido que “las instituciones administradoras de fondos de aseguramiento en salud pueden ofrecer planes que **complementen** el Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS)”.

11. Ello evidencia que el régimen jurídico dispuesto para el régimen subsidiado y semicontributivo no es equiparable con el régimen jurídico dispuesto para el régimen contributivo al no encontrarse en una situación idéntica o similar. No sólo porque cada persona se encuentra afiliada a una institución administradora de fondos de aseguramiento en salud distinta (EsSalud, Sanidades de Fuerzas Armadas, Sanidades de Fuerzas Policiales, aseguradoras privadas y SIS), sino porque los fondos a partir de los cuales cada IAFAS otorga una cobertura determinada en salud tienen un origen distinto y son autónomos entre sí. No existe, pues, un término válido de comparación al no existir identidad esencial de propiedades jurídicamente relevantes entre el objeto del juicio de igualdad, esto es, de las personas adscritas al régimen contributivo, frente al término de comparación, el cual está compuesto por las personas pertenecientes al régimen subsidiado y semicontributivo.

En definitiva, a las personas afiliadas a los regímenes subsidiado y semicontributivo, como a los afiliados del régimen contributivo se les garantiza un plan básico de atenciones (PEAS). Sin embargo, solo para el caso de los regímenes subsidiado y semicontributivo, la LMAUS contempla la posibilidad de adicionar planes específicos



EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

o complementarios. Existe, pues, una acción estatal concreta que más bien pretende, en la línea del mandato constitucional contenido en el artículo 9 de la Constitución, brindar acceso equitativo a los servicios de salud a las personas sin recursos económicos suficientes para financiar la atención sanitaria. Esta acción estatal debe ser evaluada, sin embargo, en su legitimidad y alcance, desde la dimensión sustantiva del principio-derecho de igualdad, que es lo que a continuación abordará este Tribunal.

2.2. El principio de igualdad sustantiva y la legitimidad de la política de aseguramiento universal en salud

12. Como este Tribunal ha expresado en reiteradas oportunidades “hoy en día la igualdad expresa una concepción propia del Estado Democrático y Social de Derecho. [...] En su dimensión liberal, la idea de igualdad conlleva la prohibición de arbitrio, tanto en el momento de creación de la norma que introduce la diferencia como en el de su aplicación. La igualdad, desde la perspectiva del principio democrático, excluye que ciertas minorías o grupos sociales en desventaja puedan quedarse ‘aislados y sin voz’. Desde el punto de vista social, la idea de igualdad legitima un derecho desigual a fin de garantizar a individuos y grupos desventajados una igualdad de oportunidades” (STC 0004-2006-PI/TC, FJ. 114).

El principio-derecho de igualdad no puede abordarse unidimensionalmente, como una mera exigencia de trato paritario entre personas situadas en condiciones idénticas o similares. La evolución del Estado Constitucional, que ha incorporado las exigencias éticas derivadas del principio de *dignidad humana*, imponen que este principio alcance un contenido más amplio, que incluya la necesidad de realizar acciones positivas tendientes a equiparar a las personas en la satisfacción de sus derechos y necesidades básicas. De este modo, el principio de igualdad, visto en su *dimensión sustantiva*, exige que se brinden a las personas las mismas *oportunidades* para el goce real y efectivo de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce. Esta exigencia, por lo demás, vale tanto para la equiparación de *derechos civiles* básicos, como el derecho a la defensa en juicio (que puede requerir del Estado una acción positiva, en el caso de litigantes o procesados sin recursos económicos), de *derechos políticos*, como el derecho al voto y a la participación política (donde las medidas de discriminación positiva a favor de poblaciones tradicionalmente excluidas, como el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

caso de las cuotas electorales, son frecuentes), y de *derechos sociales*, como el derecho a la alimentación, salud, vivienda o educación (donde la necesidad de medidas positivas que favorezcan a personas que no tienen satisfechas estas necesidades básicas es más urgente). Como ha sostenido este Tribunal:

“El principio de igualdad en el Estado constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora. La vinculación negativa está referida a la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado respecto de la exigencia de “tratar igual a los que son iguales” y “distinto a los que son distintos”, de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole. Sin embargo, enfocar la interpretación del derecho a la igualdad desde una faz estrictamente liberal, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal, razón por la cual es deber de este Colegiado, de los poderes públicos y de la colectividad en general, dotar de sustancia al principio de igualdad reconocido en la Constitución. En tal sentido, debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales” (STC 0004-2006-PI/TC, FJ. 120).

13. Por otro lado, en relación con la salud, el artículo 9º de la Constitución establece que “El Estado determina la política nacional de salud. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a **todos el acceso equitativo** a los servicios de salud”. La salud, como derecho fundamental, impone al Estado el deber de realizar las acciones necesarias para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud, en condiciones de equidad. El lugar central de la salud y de los servicios sanitarios que se requieren para preservarla adecuadamente, ha sido destacado también en múltiples tratados internacionales, donde se ha impuesto igualmente al Estado la obligación de realizar acciones tendientes a brindar a todas las personas acceso, en condiciones de equidad y calidad, a los servicios de salud, pues como ha afirmado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU,



EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

“La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. [...] (que) está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos ... como la dignidad humana, la vida, la no discriminación, el derecho al trabajo, a la educación, a la libertad de circulación, entre otros” [Observación General N° 14 sobre “El derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud”, párrafos 1 y 2].

14. Ahora bien, la adopción de medidas orientadas a establecer el acceso equitativo a los servicios de salud no se superpone ni es incompatible con la obligación de adoptar medidas especiales a favor de los grupos más vulnerables. Como recuerda el artículo 10, inciso f), del Protocolo Adicional sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [también denominado “Protocolo de San Salvador” y que, luego de su ratificación por el Estado peruano, su contenido constituye un parámetro interpretativo sobre el contenido y los alcances de los derechos económicos, sociales y culturales], todo Estado se encuentra en el deber de satisfacer las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.
15. En la obligación jurídica de brindar a todas las personas un acceso equitativo a los servicios de salud, entonces, especial preocupación ha de tenerse por las poblaciones más vulnerables y, entre ellas, las personas calificadas en condición de *pobreza* y *pobreza extrema*. Este es un *deber* que se justifica no sólo por la especial dificultad de estas personas para acceder por su cuenta a los servicios de salud, sino por la grave situación a las que estas personas se enfrentan ante el evento de una enfermedad, lo que puede comprometer, además de la propia vida, el ejercicio de otros derechos básicos y la propia posibilidad de superar la condición de pobreza en que se encuentran. Es por esta razón que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU ha afirmado, en su Observación General N° 14, que “Los Estados tienen la **obligación especial** de proporcionar seguro médico y los centros de atención de la salud necesarios a quienes carezcan de medios suficientes” (párrafo 19).
16. La Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud no afecta el derecho de igualdad en su dimensión sustantiva, en lo relacionado con la cobertura en salud para los afiliados al sistema de salud de las personas de escasos recursos económicos. Su finalidad es, conforme el contenido constitucionalmente garantizado de aquel derecho, *institucionalizar* una política pública mediante la cual se logre el acceso



EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

universal a los servicios de salud, sobre todo, para la población que debido a sus condiciones sociales y económicas, no ha tenido acceso o lo ha hecho en condiciones inadecuadas. La preocupación que subyace a la política pública de aseguramiento universal ha sido brindar un seguro de salud a las personas ubicadas en condición de pobreza y pobreza extrema, con la finalidad de menguar el gasto en estos hogares, combatir los altos índices de enfermedad en estas poblaciones así como la poca recurrencia a los centros de salud. Y es que como indicaba el estudio "Análisis y Tendencias en la Utilización de los Servicios de Salud. Perú 1985-2002" (Ministerio de Salud – Organización Panamericana de la Salud, Lima, septiembre de 2003), en el año 2000 del total de personas que sufrían alguna enfermedad, el 85% no accedía a servicios de salud por falta de recursos económicos; posteriormente, en el año 2003, la Encuesta Nacional de Hogares elaborada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática determinó que un 63% de la población ubicada en el primer quintil de ingreso (pobreza extrema) no consiguió acceder a servicios de salud pese a necesitarlo; precisando que de ellos el 50% se ubicaba en las zonas rurales.

17. Conforme declara el propio artículo 1 de la LMAUS, el objeto de esta Ley es "establecer el marco normativo del aseguramiento universal en salud, a fin de garantizar el **derecho pleno y progresivo** de toda persona a la seguridad social en salud" (énfasis agregado). Este objeto o finalidad se ve confirmada por los siguientes principios que, entre otros, de acuerdo al artículo 3 de la LMAUS, rigen el proceso de aseguramiento universal:

- (a) *Universalidad*: de acuerdo a este principio, "el aseguramiento universal es la garantía de la protección de la salud para todas las personas residentes en el Perú, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida".
- (b) *Integralidad*: que supone el "otorgamiento de todas las prestaciones necesarias para solucionar problemas de salud".
- (c) *Equidad*: según el cual, "el sistema de salud provee servicios de salud de calidad a toda la población peruana, **priorizando** a la población más vulnerable y de menos recursos. Para evitar la discriminación por capacidad de pago o riesgo, el sistema ofrece financiamiento subsidiado para la población más pobre y vulnerable así como mecanismos para evitar la selección adversa".



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

18. La política de aseguramiento universal en salud, con el objetivo principal de alcanzar mejores niveles de equidad en salud, se sostiene básicamente en dos reformas principales:

i) la ampliación de la cobertura a todas las personas residentes en el territorio nacional, mediante el cumplimiento del objetivo de que “toda la población residente en el territorio nacional disponga de un **seguro de salud**” (artículo 3 de la LMAUS);

ii) la ampliación de la cobertura brindada a los sectores más desfavorecidos, tanto en cantidad de necesidades de salud cubiertas como en la mejora de la calidad en la atención de las mismas. Como ha prescrito explícitamente el artículo 5.2 de la LMAUS, “el proceso de aseguramiento universal en salud es gradual y continuo, busca la **inclusión** de **todas** las personas residentes en el Perú al sistema y la **ampliación** de la cobertura de los **planes** de aseguramiento”. Por otro lado, el artículo 5.3. ha previsto que “El Estado asegura a toda la población cubierta bajo el esquema de aseguramiento universal en salud un sistema de protección social en salud que incluye garantías explícitas relativas al acceso, **calidad**, protección financiera y oportunidad, con las que deben ser otorgadas las prestaciones” (énfasis agregado).

19. Así, por lo que se refiere a la ampliación de la cobertura en salud a todas las personas residentes en el territorio nacional, el Tribunal observa que la Primera Disposición Complementaria de la LMAUS ha dispuesto el cumplimiento de dicho objetivo a través del mecanismo de selección de *zonas piloto* donde se iniciará el proceso de aseguramiento universal, *priorizando* las zonas de pobreza y extrema pobreza, lo que es conforme con el principio de equidad (artículo 5.3. de la LMAUS). En esta línea, el Comité Técnico Implementador del Aseguramiento Universal en Salud (conformado mediante D.S. 011-2009-SA) ha diseñado, en junio de 2011, el “*Plan Estratégico al 2021 para la Implementación del Aseguramiento Universal en Salud*”, donde se prevé la cobertura total de la población (al 100%) hasta antes de culminar el próximo quinquenio (esto es, antes del 2016), avanzando hasta dicha fecha, con base en “criterios de inclusión social, zonas de pobreza extrema y de necesidad imperiosa de la población de recibir servicios de salud”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO	
FOJAS	089

EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

20. Por otro lado, en lo relacionado a la ampliación de la cobertura de las necesidades de salud, el Tribunal aprecia que la misma se realiza a través de la fijación de un plan básico de atenciones (PEAS), el cual debe evaluarse cada dos años “para incluir progresivamente más condiciones de salud” (art. 16 de la LMAUS). Como ya se precisó, la cobertura del Plan Esencial de Aseguramiento Universal en Salud (PEAS), alcanza 140 condiciones asegurables, añadiendo al Listado Priorizado de Intervenciones Sanitarias contenido en el Decreto Supremo N° 004-2007-SA, la atención de algunas neoplasias y enfermedades mentales. Esta cobertura comprende el 65% de la carga de enfermedad y, según el Ministerio de Salud, ésta puede ampliarse a 160 condiciones asegurables en el 2012 y 185 en el 2014, lo que representaría el 85% de la carga de enfermedad (Cf. el *Informe de Gestión. A un año de Implementación del Aseguramiento Universal en Salud. Abril 2009-Abril 2010*, p. 7).
21. Esta ampliación de la cobertura de las necesidades de salud tiene su fundamento en el principio de *progresividad* de los derechos económicos, sociales y culturales. Tal principio, si bien no garantiza que la plena efectividad de estos derechos pueda ser alcanzada inmediatamente, no por ello se encuentra privado de valor jurídico. La primera consecuencia de su establecimiento es que las medidas que deba adoptar el Estado con referencia a la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, para empezar, no pueden ser “regresivas”, esto es, que generen un estado de cosas o una situación que sea más perjudicial a la que se encuentre efectivamente establecida. En el ámbito de la salud, dicho principio se encuentra previsto en el artículo 4° de la Ley 29344, al establecer el denominado principio de irreversibilidad, según el cual las prestaciones de salud a las que se tenía acceso antes de que se inicie el proceso de aseguramiento universal en salud, y durante el mismo, no pueden sufrir ningún menoscabo como consecuencia de algún proceso posterior.
22. Finalmente, en lo atinente a la mejora en la calidad del aseguramiento en salud, el Tribunal aprecia que la LMAUS ha previsto un sistema de *garantías explícitas* que pretende una prestación de los servicios de salud en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad. Estas garantías, que de acuerdo al artículo 112 del Reglamento de la LMAUS, son de *acceso, calidad, oportunidad y protección financiera* han sido recogidas parcialmente en el Plan Esencial de Aseguramiento Universal en Salud, que ha previsto dichas garantías para 34 condiciones asegurables,



EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

principalmente asociadas a las condiciones obstétricas, ginecológicas y pediátricas, previéndose incrementar dichas garantías a 60 en el año 2011, hasta cubrir las 185 condiciones asegurables en el 2016 [*cfr.* Fund. Jur. N.º 42 de esta sentencia].

23. En definitiva, la LMAUS ha dispuesto una política de favorecimiento de las personas con menos recursos con el objeto de posibilitar su acceso a servicios de atención sanitaria de calidad, a través de un seguro subsidiado con recursos del presupuesto público. Ésta es una medida necesaria desde el punto de vista del contenido constitucionalmente garantizado del derecho de igualdad en su dimensión sustantiva. La política estatal de favorecimiento del aseguramiento en salud para las personas situadas en condición de pobreza y pobreza extrema, si bien privilegia a esta capa de la población y focaliza los recursos públicos hacia ella, no supone una restricción en el goce del derecho a la atención de salud de las personas situadas en el régimen contributivo, pues éstas, como ya se precisó, de acuerdo al artículo 18 de la LMAUS, gozan de los planes específicos que tenían antes de la promulgación de la Ley, lo que incluye, como ya se adelantó, una cobertura completa en la atención de salud.

2.3. La cobertura de salud para los afiliados independientes de EsSalud en el régimen contributivo

24. En la demanda también se ha cuestionado la constitucionalidad de la norma implícita derivada del artículo 21 de la LMAUS, según la cual para los *afiliados independientes* del Seguro Social de Salud [esto es, aquellas personas que no son trabajadores formalmente dependientes, y que por superar la condición de pobreza necesaria para estar afiliados en el régimen subsidiado o no ser calificados como aptos para el régimen semicontributivo según el Sistema de Focalización de Hogares, deben afiliarse al régimen contributivo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 79 del Reglamento de la LMAUS y la Resolución Jefatural N.º 014-2011-SIS, que aprueba la "Directiva que regula el Proceso de Afiliación al Régimen de Financiamiento Semicontributivo del Seguro Integral de Salud en el marco del Aseguramiento Universal en Salud"] la cobertura no es completa, ya que éstos se encuentran garantizados sólo en el Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS), el cual reemplaza a la Capa Simple y al Plan Mínimo de Atención de EsSalud (según lo previsto en el artículo 96 del Reglamento de la LMAUS).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

Alegan su inconstitucionalidad, pues –según afirman- para este segmento de afiliados no se ha previsto la posibilidad de contar con *planes complementarios* que les cubran las enfermedades no incluidas en el PEAS, además de haber sido *excluidos* del sistema del Listado de Enfermedades de Alto Costo, el cual se encuentra dispuesto sólo para los afiliados a los regímenes subsidiado y semicontributivo. Entre tanto, el Apoderado del Congreso ha justificado la exclusión del beneficio del Listado de Enfermedades de Alto Costo, así como del subsidio público a estos afiliados, con base en la escasez de los recursos públicos y en la necesidad de atender primero a las poblaciones más vulnerables.

25. Así las cosas, el Tribunal analizará si la distinción efectuada por el legislador persigue (o no) que determinados grupos, inmersos en una situación de desventaja, se justifique de cara a las exigencias provenientes del derecho de igualdad, que en último extremo tienen como el principal de sus fundamentos a la dignidad humana. Pues bien, como ya se ha dicho antes en esta sentencia, es legítimo e incluso exigible, desde un punto de vista constitucional, la atención prioritaria que debe brindarse a las poblaciones más vulnerables (y entre ellas a las ubicadas en condiciones de pobreza y pobreza extrema). Es por ello que la decisión del legislador de financiar el plan básico de atenciones y el listado de enfermedades de alto costo para las personas con menos recursos ubicadas en los regímenes subsidiado y semicontributivo, constituye una *forma* de priorizar los recursos del presupuesto público destinados a la protección de la salud de la población en su conjunto. El Tribunal es de la opinión que dicha estrategia respeta un enfoque de derechos humanos en el diseño de la política pública en un contexto de escasez de recursos. No obstante, si bien es legítimo iniciar el proceso de aseguramiento universal con los sectores más vulnerables de la población (lo que incluye además de los sectores ubicados en pobreza y pobreza extrema, poblaciones desfavorecidas, como las mujeres, los niños y adolescentes, personas mayores, personas con discapacidades, pueblos indígenas, de acuerdo a la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, párrafos 18 al 27), el Estado tampoco puede desatender su obligación de brindar un acceso adecuado a los servicios de salud al resto de la población nacional, como por lo demás se desprende del artículo 1 de la LMAUS. Y es que el hecho de no encontrarse ubicado bajo el umbral de la pobreza o pobreza extrema (o no ser calificado como apto para ser incluido en el régimen semicontributivo), no supone que las personas así clasificadas puedan afrontar un



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

evento de enfermedad sin poner en riesgo su seguridad financiera y la de su familia o, incluso, su propia salud y la vida en caso de no alcanzar a cubrir el alto costo de una enfermedad compleja.

26. Por otro lado, también se ha afirmado que los afiliados independientes de EsSalud no tienen ninguna posibilidad de acceder a las atenciones no incluidas en el PEAS ni a atenciones de alto costo, pues tampoco pueden ser cubiertos mediante los planes complementarios ofrecidos adicionalmente por EsSalud. Esta interpretación, efectuada por los demandantes, sin embargo, a la luz del propio dispositivo legal es incorrecta, pues de acuerdo al artículo 17 de la LMAUS, “Las instituciones administradoras de fondos de aseguramiento en salud pueden ofrecer planes que complementen el Plan Esencial de Aseguramiento en Salud”, lo cual no excluye en ningún momento a EsSalud. La posibilidad de que EsSalud pueda brindar, vía planes complementarios, una cobertura mayor a la brindada por el PEAS ha sido asumida además por el propio Seguro Social de Salud, pues tal como puede verse en su página web, la cobertura que brinda a este tipo de afiliados alcanza el 80% de carga de enfermedad (sobre el 60% alcanzado por el PEAS), incluyendo 236 prestaciones más que las brindadas por el PEAS (ver el enlace <http://www.essalud.gob.pe/contenido.php?id=115>). Y estas prestaciones adicionales han sido consolidadas en la “Lista de condiciones asegurables que cobertura el Seguro de Salud para Trabajadores Independientes” (ver el enlace http://www.essalud.gob.pe/downloads/Nuevo_SG_1.pdf). Por lo demás, el propio “Contrato de Seguro de Salud para Trabajadores Independientes” dispone en su cláusula quinta que:

“ESSALUD otorgará a EL AFILIADO y/o sus dependientes debidamente inscritos, según corresponda, la cobertura contratada, que comprende las siguientes prestaciones:

a) Prestaciones preventivas, promocionales, de recuperación y rehabilitación que se indican en el PEAS a que se refiere el Anexo del Decreto Supremo N° 016-2009-SA.

b) Otras prestaciones recuperativas adicionales señaladas en la “Lista de Condiciones Asegurables que cobertura el Seguro de Salud para Trabajadores Independientes”, publicada en la página Web”. (Cfr. el contrato en el enlace http://www.essalud.gob.pe/downloads/Contrato_Peas_2010_A.pdf).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

De modo, pues, que la posibilidad de incrementar la cobertura en el caso de los afiliados independientes de EsSalud ha sido regulada por la LMAUS, a través de los planes complementarios brindados por el Seguro Social de Salud. En dicho contexto, no existe un *impedimento* ni una *falta de previsión* para acceder a una mejor cobertura de salud en el supuesto impugnado, máxime si el incremento de atenciones y cobertura en el Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS) corresponde ser gozado, de acuerdo al artículo 13 de la LMAUS, en igualdad de condiciones, por todos los afiliados en cualquier de los regímenes de aseguramiento.

27. Por cierto, el hecho de brindar planes complementarios que completen la cobertura de salud para los afiliados independientes, no constituye una facultad *discrecional* con que cuente el Seguro Social de Salud. Por el contrario, representa una *exigencia* que se deriva del derecho fundamental a la salud y del principio de acceso equitativo a los servicios de atención sanitaria pues, como ya se sostuvo, si bien en algunos casos la posibilidad de acceder a una mejor cobertura puede ser asumida, a través de seguros privados, por afiliados independientes con capacidad económica; en muchos casos, dicha posibilidad es solo ilusoria. Para este segmento amplio de la población (con ingresos medios o ubicados en el quintil 3) es preciso asumir la *obligación progresiva* de incrementar el Plan de Atenciones del que gozan en la actualidad los afiliados independientes del Seguro Social de Salud. Dicha obligación está a cargo, en principio, de EsSalud, en tanto Institución Administradora de Fondos de Aseguramiento en Salud que administra los fondos de los afiliados de dicha entidad. Y como tal, se encuentra prevista en el propio artículo 21 del Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, el cual precisa que “El Plan Mínimo de Atención se revisa cada dos años y se modifica por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Salud, solicitándose previamente la opinión técnica del IPSS”. La revisión del Plan Mínimo de Atención a que alude este dispositivo (el cual se refería a la cobertura brindada a los asegurados potestativos, hoy afiliados independientes) debe entenderse, sin embargo, como referido a la actualización, vía planes complementarios brindados por EsSalud, de la “Lista de condiciones asegurables que cobertura el Seguro de Salud para Trabajadores Independientes”, de modo autónomo y adicional a la revisión del Plan Esencial de Aseguramiento Universal en Salud que efectúa el Ministerio de Salud.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO	
FOLIOS	094

EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

Por añadidura, este Tribunal recuerda que la obligación progresiva de ampliar la cobertura de salud a los afiliados independientes reside también en el Estado, particularmente en la entidad encargada de llevar adelante el proceso de aseguramiento universal en salud (que, de acuerdo al artículo 6 de la LMAUS, es el Ministerio de Salud). Y es que, como se tiene previsto en el artículo 9 de la Ley Fundamental: “El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo **norma y supervisa** su aplicación”. Este mandato constitucional encarga, pues, en el Poder Ejecutivo la tarea de plantear, normar y supervisar la *política de salud*, lo que supone que recae en el Ministerio de Salud, como órgano especializado de este poder del Estado, la obligación de garantizar el derecho a la salud de todos los peruanos. A este ente corresponde *diseñar* las formas a través de las cuales los afiliados independientes de EsSalud puedan gozar de una cobertura más amplia, lo que incluye la posibilidad de hacer ajustes en el sistema de aseguramiento universal para alcanzar dicho fin, según una evaluación previa de los resultados de este proceso; además, la tarea de *supervisar* los avances del proceso y el correcto desempeño de todas las instituciones a cargo del aseguramiento universal en salud, corresponde también, de acuerdo al artículo 9 de la LMAUS, a la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud (SUNASA). De modo que el Estado no debe ni puede perder de vista que si bien es legítimo que el proceso de aseguramiento universal focalice sus esfuerzos y los recursos del presupuesto público en las personas más necesitadas, los problemas existentes en las instituciones encargadas del aseguramiento en el régimen contributivo (entre ellos/EsSalud) no son pocos y requieren también atención por parte de los órganos constitucionalmente encargados de garantizar el derecho a la salud.

28. El deber de progresividad en la cobertura de salud de los afiliados independientes de EsSalud, tanto en el ámbito de responsabilidad que corresponde a EsSalud como en el que corresponde al Ministerio de Salud, es por lo demás un *deber jurídicamente exigible*, pues como este Tribunal ha tenido ocasión de precisar:

“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, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en **obligaciones concretas por cumplir**, por lo que los Estados deben adoptar



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO	
FOJAS	095

EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población. De manera que los derechos sociales deben interpretarse como verdaderas **garantías** del ciudadano frente al Estado dentro de una visión que busca revalorar la **eficacia jurídica** de los mandatos constitucionales y, por ende, la vigencia de la Constitución. Así, en algunos casos han sido planteados incluso como deberes de solidaridad que involucran no solo obligaciones del Estado, sino de toda la sociedad.

El reconocimiento de estos derechos implica, entonces, superar su concepción programática, perfeccionando los mandatos sociales de la Constitución, así como la obligación del Estado, en la cual se impongan metas cuantificables para garantizar la vigencia del derecho” (STC 2945-2003-PA/TC, FF.JJ. 12-14).

29. En este sentido, el Tribunal recuerda que aún cuando las *formas* o *medios* empleados para avanzar en la cobertura de aseguramiento de los afiliados independientes de EsSalud constituye un asunto que corresponde elegir y definir a las autoridades políticas y administrativas competentes, ello no priva de la competencia de los Tribunales para controlar el cumplimiento o la eficacia del deber de progresividad: i) en primer lugar, verificando la *existencia* de planes concretos, debidamente estructurados, que se encuentren dirigidos a lograr la ampliación progresiva de la cobertura de salud de los afiliados independientes de ESsalud; ii) en segundo lugar, controlando la realización de *acciones concretas* dirigidas a llevar dicho plan o programa al plano de realidad, puesto que una prolongación indefinida en la ejecución de dicha política afecta la eficacia del deber de progresividad; iii) en tercer lugar, evaluando que dichos planes hayan sido diseñados respetando un *enfoque* de derechos fundamentales, esto es, que tomen en cuenta los niveles de protección mínimo de los derechos y la protección de poblaciones especialmente vulnerables; iv) en cuarto lugar, examinando la inclusión de *indicadores de evaluación* de los programas y la *transparencia* en la rendición de cuentas, de modo que pueda verificarse, como lo exige el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que el Estado ha destinado “hasta el máximo de los recursos disponibles” para lograr progresivamente la satisfacción del derecho; y, finalmente, v) controlando si en la elaboración y seguimiento de dicha política se han brindado espacios de *participación* para la intervención y control de los ciudadanos, especialmente de los grupos involucrados en dichas medidas. Por lo demás, la idea de concebir el goce y la efectividad del derecho al más alto nivel posible de salud



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO	
FOJAS .	096

EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

tomando en cuenta las condiciones socioeconómicas de una persona, de un lado, así como los recursos económicos de los que disponga el Estado, por el otro, es un criterio adoptado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Observación General N° 14, relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, párr. 9), órgano responsable de la interpretación de las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y que este Tribunal comparte.

Por tanto, aún cuando las autoridades políticas gocen de un amplio *margen de acción* en la fijación de medios para la consecución de un nivel adecuado de disfrute del derecho de acceso a los servicios de salud, existen ciertos requerimientos mínimos que las autoridades deben cumplir y que es obligación de los jueces y tribunales controlar. En realidades socialmente desestructuradas como las nuestras, en donde la exclusión del goce de los derechos para un amplio sector de ésta se encuentra largamente asentada, es tarea de este Tribunal *impulsar, corregir o encaminar* el accionar de dichas autoridades, a fin de evitar *graves* estados de insatisfacción de necesidades básicas, que atenten directamente contra el principio de dignidad humana y el carácter normativo de la Constitución.

30. En el caso de autos, este Tribunal observa que si bien el deber de progresividad se encuentra regulado en la LMAUS, como en el artículo 21 del Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, y viene siendo efectivamente implementado mediante la "Lista de condiciones asegurables que cobertura el Seguro de Salud para Trabajadores Independientes"; sin embargo, aprecia que dicha regulación es aún *insuficiente*, en tanto adolece de un *plan de contingencia* que cubra, al igual que en el régimen subsidiado y semicontributivo, las enfermedades de alto costo para los afiliados independientes de EsSalud, las mismas que son, en el caso de afiliados con escasos recursos económicos, las que pueden poner en riesgo la seguridad financiera del afiliado y su familia, así como su propio derecho a la salud y a la vida. Este plan, como ya se refirió, debe tener en cuenta las realidades socioeconómicas diferenciadas de los afiliados independientes y respetar en su estructura el principio de equidad en salud. Esta *omisión*, sin embargo, no constituye una infracción constitucional, en tanto la LMAUS ha iniciado legítimamente su plan de aseguramiento y cobertura subsidiada con las poblaciones más desfavorecidas, a donde ha dirigido y priorizado la estrategia de aseguramiento; lo que no impide a este



EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

Tribunal advertir sobre la necesidad de que el Ministerio de Salud y el Seguro Social de Salud (EsSalud), diseñe e implemente, en un plazo razonable, un plan de contingencia destinado a cubrir progresivamente las atenciones de alto costo de los afiliados independientes de EsSalud, teniendo en consideración el deber de brindar acceso equitativo a los servicios de salud a que se ha hecho mención en esta sentencia.

2.4. Principio de equidad en salud y cobertura brindada a los afiliados a los regímenes subsidiado y semicontributivo

31. Es menester ahora examinar si dicha política de aseguramiento universal cumple las exigencias que se derivan del principio de *equidad en salud*. A este respecto, se cuestionó la constitucionalidad de la LMAUS porque ésta brindaría una *protección deficiente* a dicho principio pues, según se afirma, el Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS) cubre menores prestaciones a las brindadas a los afiliados al régimen contributivo, y en cuanto al sistema del Listado de Enfermedades de Alto Costo, éste no ha sido regulado ni implementado hasta la fecha.

32. El principio de equidad en salud ha sido recogido en el artículo 9 de la Constitución, al establecer que corresponde al Estado “facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud”. De entrada, el Tribunal advierte que no cualquier desigualdad en materia de salud constituye una afectación del principio de equidad en salud, sino sólo cuando éstas se encuentran enraizadas en causas sociales y el Estado no hace nada por evitarlo. En ese sentido, la Sociedad Internacional por la Equidad en Salud ha definido a este principio como “la ausencia de diferencias sistemáticas y potencialmente remediables en uno o más aspectos de la salud a lo largo de poblaciones o grupos poblacionales definidos social, económica, demográfica y geográficamente” (ver el enlace: <http://www.iseqh.org/>).

33. En la determinación de los alcances del principio de equidad en salud, el Tribunal ha de tener en cuenta, conforme lo dispone la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la interpretación que sobre el mismo ha realizado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, a través de la Observación General N.º 14. Tal interpretación ha de realizarse conforme a un criterio amplio y extensivo,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

teniendo en consideración que “la equidad en salud es una disciplina amplia (...) y es mejor verla como un concepto multidimensional, que incluye aspectos relacionados con el logro de la salud y la posibilidad de lograr buena salud, y no sólo con la distribución de la atención sanitaria, [además] de la justicia en los procesos y (...) la ausencia de discriminación en la prestación de la asistencia sanitaria; [además de requerir] que las consideraciones sobre la salud se integren en temas más amplios de la justicia social y de la equidad global, prestando suficiente atención a la versatilidad de los recursos y a las diferencias de alcance e impacto de los diferentes acuerdos sociales” (Amartya Sen, “¿Por qué la equidad en salud?”, en *Primero la gente*, Deusto, Barcelona, 2007, pp.75-76).

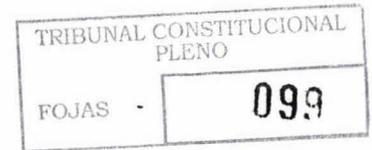
34. A juicio del Tribunal, el *contenido* del principio de equidad en salud comprende, cuando menos, las siguientes variables:

a) En primer lugar, la exigencia de enfrentar las *desigualdades sociales* que tienen un efecto negativo y dificultan el logro de una buena salud. Como se recoge en la Observación General N° 14, “el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana 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” (párrafo 4). Desde que el principio de equidad en salud pretende una equiparación en el goce del más alto nivel posible de salud física y mental, y no sólo en la prestación de los servicios de salud, éste exige que se ataquen diversas inequidades sociales que afectan la posibilidad de gozar de buena salud. En particular, los denominados *determinantes sociales de la salud*, que conforme a la Organización Mundial de la Salud [Comisión de Determinantes Sociales de la Salud, “*Subsanar las desigualdades en una generación. Alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud*” (OMS, 2009, en http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789243563701_spa.pdf).], son los siguientes:

- Educación y atención desde la primera infancia
- Entornos urbanos y rurales saludables



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

- Prácticas justas en materia de empleo y trabajo digno
- Protección social a lo largo de la vida
- Atención universal de salud
- Políticas y programas sanitarios equitativos
- Financiamiento, deuda y ayuda internacional equitativa
- Responsabilidad de los mercados y los sectores privados
- Equidad de género
- Expresión y participación políticas
- Gobernanza mundial eficaz

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. Como se ha afirmado en la Observación General N° 14, “El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos 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” (párrafo 3). De modo que para el acceso equitativo a la salud puede ser tan importante la provisión adecuada de un servicio de salud, 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, en tanto *elementos esenciales* de la atención sanitaria de acuerdo a lo recogido en la Observación General N° 14 [párrafo 12]. Para la satisfacción de este principio es preciso contar con la posibilidad de “tener un seguro de salud” que cubra determinadas contingencias sanitarias. Es preciso, además, que la persona pueda acceder físicamente al servicio (lo que supone la presencia cercana y suficiente de centros de salud), y que sea tratada con



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO	
FOJAS	100

EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

atenciones que efectivamente prevengan o recuperen su salud (lo que supone la provisión de servicios de calidad), además de ser ética y culturalmente aceptables (lo que exige, por ejemplo, el desarrollo de procedimientos de salud intercultural).

- d) En cuarto lugar, el principio de equidad en salud supone también el respeto al principio de *no discriminación* en la provisión de los servicios médicos, de acuerdo a lo previsto en el párrafo 12 b) de la Observación General N° 14. Esta exigencia, contenida en el principio de igualdad formal o igualdad de trato abordada líneas arriba, supone que en la distribución de los servicios de salud no deba restringirse desproporcionadamente el acceso a servicios de salud a un grupo de personas determinados, con base en motivos prohibidos, o sólo 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. Reconocida la centralidad de la salud en las posibilidades humanas de afrontar una vida digna, la única forma de brindar a todas las personas (dadas las diferencias de recursos económicas 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, éstos se distribuyan *equitativamente*, teniendo en cuenta la prioridad en la atención de las poblaciones más desfavorecidas, tal como antes se ha explicitado. Por lo demás, en el uso de los recursos para la salud es necesario guardar niveles adecuados de *transparencia* y *eficiencia*, pues dada la escasez de recursos públicos y las distintas necesidades de la población, es preciso que se dé a los recursos el mejor uso posible. La preocupación por esta última dimensión del principio de equidad en salud, en sus facetas de mayores ingresos, mayor equidad y mayor eficiencia, ha sido puesta de manifiesto en el último Informe de la Organización Mundial de la Salud, titulado "*La financiación de los sistemas de salud. El camino hacia la cobertura universal*" (de 2010, y disponible en http://whqlibdoc.who.int/whr/2010/9789243564029_spa.pdf).



EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

35. Pues bien, al examinar si la LMAUS es compatible con el principio de equidad en salud, todavía es preciso aclarar que si bien dicho principio exige que todas las personas tengan la misma oportunidad de alcanzar buena salud [lo cual incluye la misma posibilidad de acceder a los servicios de salud], sin embargo, el hecho de que el Plan Esencial de Aseguramiento en Salud no brinde la misma cobertura de atenciones en salud que los planes específicos del régimen contributivo, no constituye necesariamente una afectación de dicho principio. Y es que en un contexto de escasez de recursos, donde el conjunto completo de atenciones en salud es altamente costoso y las necesidades de protección de distintos derechos son igualmente amplias, el principio de equidad (o de igualación de los planes de cobertura) asume la naturaleza de una obligación progresiva. Esta obligación no exige que, *prima facie*, todas las personas cuenten con una misma protección de salud, sino impone al Estado la adopción de medidas concretas encaminadas decididamente al logro de dicho objetivo. Es en este ámbito donde, como antes se ha expuesto, cabe la intervención de la justicia constitucional, a efectos de verificar si las autoridades competentes vienen llevando a cabo un plan o programa dirigido al logro de la equidad en salud.
36. En el plano de la acción abstracta de constitucionalidad, tal control de la política de aseguramiento universal en salud establecida en la LMAUS ha de circunscribirse a verificar si ésta se encuentra adecuadamente orientada a la satisfacción de los componentes esenciales del principio de equidad de salud.
37. En lo atinente a la consideración de los “determinantes sociales de la salud”, en tanto su tratamiento queda fuera del diseño y estructura de un sistema sanitario, no es posible efectuar el análisis de la LMAUS a la luz de las exigencias de la equidad en esta faceta. Sin embargo, es necesario precisar que el hecho de focalizar los programas sociales en departamentos, ciudades y centros poblados en pobreza y pobreza extrema (como el Programa Juntos o Cuna Más) puede ser muy importante para enfrentar, en paralelo con el otorgamiento de un seguro subsidiado, el problema de los determinantes sociales de la salud. A este respecto, es preciso tener en cuenta que dichos programas deben tener canales para impulsar la capacidad productiva de las personas, con el objeto de hacerlos sostenibles y realmente efectivos los planes para superar las desigualdades sociales que no permiten a las personas gozar de una buena salud.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

En lo que se refiere al disfrute equitativo de otros derechos como condición para el acceso equitativo a la salud, en tanto éstos se encuentran expresamente reconocidos en nuestra Constitución y su afectación puede ser objeto de protección a través de los procesos correspondientes (entre ellos, los procesos constitucionales), este Tribunal considera que la LMAUS no la afecta. Por lo demás, el derecho a participar en la formulación y seguimiento de la política de aseguramiento ha sido garantizado en el artículo 4.7. de la LMAUS. Del mismo modo, la posibilidad de efectuar reclamos ante la prestación inadecuada (con afectación de la libertad de elección e información) o deficiente de los servicios de salud ha sido prevista en el artículo 9.3. de la LMAUS y en los artículos 29 y 113 del Reglamento de la LMAUS.

Por lo demás, el Tribunal recuerda que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, de cara al artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, comporta la obligación de que el Estado prevea recursos judiciales efectivos a fin de que en su seno se diluciden eventuales violaciones de derechos fundamentales. La noción de “recursos judiciales”, por cierto, no excluye que se contemplen recursos administrativos que persigan la misma finalidad (Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Observación General N° 9, relativa a la aplicación interna del Pacto, párr. 9). En ambos casos, deben tratarse de recursos idóneos y eficaces para la tutela adecuada del derecho fundamental a la salud. Tal exigencia se deriva de la *obligación de garantizar* que tiene el Estado para con dicho derecho, y se traduce en la necesidad de establecer reglas organizacionales y procedimentales que permitan la existencia de condiciones institucionales adecuadas a fin que este derecho pueda ser ejercido en su nivel más óptimo. A juicio de este Tribunal, la protección sustancial de los derechos fundamentales, y la correlativa estructuración de procedimientos con la finalidad de resguardar su tutela, mantienen una influencia recíproca, sin que exista predominio de una sobre la otra, y ello es una demanda del rol estatal de no solo evitar interferir negativamente en el ejercicio de los derechos fundamentales, sino de intervenir o actuar en caso sea necesario para adoptar mecanismos pertinentes para promover la eficacia plena de los derechos económicos, sociales y culturales, y en particular del goce efectivo del derecho a la salud, con el cual el Estado debe efectivizar su rol de garante mediante la implementación de procedimientos tanto administrativos como judiciales que permitan dilucidar una posible violación de este derecho.



EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

38. En lo que respecta al acceso a los servicios de salud, brindados integralmente en sus aspectos de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud, el Tribunal observa que el artículo 4.4. de la LMAUS ha dispuesto al “principio de integralidad” como uno de los principios que inspira el proceso de aseguramiento, el cual supone el “otorgamiento de **todas** las prestaciones **necesarias** para solucionar determinados problemas de salud”. No obstante esta declaración de principio, el Tribunal advierte que el Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS) no cubre todas las prestaciones necesarias para la recuperación de la salud, sino que en muchos casos fija un número determinado de atenciones o prestaciones, según el tipo de intervención (prevención, recuperación o rehabilitación) y según la complejidad de la condición asegurable (vgr. en el caso de neoplasias).

Esta limitación interviene *prima facie* en el principio de integralidad establecido en el propio artículo 4.4. de la LMAUS, pues si bien se han considerado en el PEAS todas las fases requeridas para mantener la salud de las personas, desde la prevención y educación hasta el seguimiento del proceso recuperativo, dicho intento no incluye “todas las **prestaciones necesarias**”. No obstante, el Tribunal considera que la incorporación sucesiva de un número cada vez mayor de prestaciones que atiendan a la persona hasta su recuperación plena es una obligación progresiva que depende de la ampliación de los recursos destinados al financiamiento de los regímenes subsidiado y semicontributivo.

El Tribunal advierte, igualmente, que en algunos casos puede suceder que la limitación en el número de prestaciones atente *gravemente* contra la salud de las personas, sus capacidades funcionales esenciales e incluso ponga en riesgo su propia vida, supuesto en el cual es necesario igualmente que el Seguro Integral de Salud en coordinación con el Ministerio de Salud adopten un *plan de contingencia* que permita a estas personas acceder a dichas prestaciones de salud para el mantenimiento o recuperación plena de su estado de salud; plan que debe ser adoptado en un plazo razonable y que no puede esperar a la ampliación progresiva del PEAS (realizado cada dos años). Como ya ha señalado este Tribunal en anterior oportunidad, cuando la salud queda severamente afectada y la propia existencia se pone en riesgo, ante el impedimento de acceder a los servicios de salud, el Estado adquiere mayores exigencias, que van desde la existencia de planes específicos y urgentes que afronten esta situación hasta la exigibilidad directa, en ciertos casos, del derecho a la salud:



EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

“Únicamente mediante un tratamiento adecuado y continuo pueden reducirse las manifestaciones no solo físicas, sino psicológicas de la enfermedad, logrando que en muchos casos el normal desenvolvimiento de las actividades del paciente no se vea afectado en un lapso mayor que en aquellos casos donde la asistencia médica es casi nula. Es en este último caso donde la dignidad, la libertad y la autonomía de la persona se ven afectadas a consecuencia del **deterioro de la salud y riesgo de vida** del paciente, tornando a estos individuos en una suerte de parias sociales, lo que de ninguna manera puede ser admitido desde el punto de vista constitucional” (énfasis agregados) (STC 2945-2003-AA/TC, FJ. 22).

39. Por otro lado, en lo que se refiere a los *elementos esenciales* que debe poseer el servicio de salud, esto es, la disponibilidad, la accesibilidad física y económica, la aceptabilidad y la calidad, el Tribunal advierte que la LMAUS trae como novedad el establecimiento de un sistema de *garantías explícitas* que pretenden proteger la prestación adecuada del servicio de salud, frente a una protección que no reúna ninguna de dichas condiciones. Estas garantías, de acuerdo al artículo 5.3. de la LMAUS y los artículos 114 a 117 del Reglamento de la LMAUS, son las siguientes:

- **Garantía explícita de acceso:** asegura el otorgamiento de las prestaciones de salud contempladas en el PEAS por los diferentes regímenes de financiamiento.
- **Garantía explícita de calidad:** está referida al mejor manejo clínico en el otorgamiento de las prestaciones de salud contenidas en el PEAS, relacionadas al óptimo uso de la infraestructura, equipamiento y recursos humanos.
- **Garantía explícita de oportunidad:** son los plazos máximos para que el usuario una vez ingresado al establecimiento de salud reciba las prestaciones garantizadas en el PEAS
- **Garantía explícita de protección financiera:** se refiere a que todas las IAFAS deben garantizar la liquidez suficiente para la atención de los planes de salud contratados y el manejo técnicamente aceptable de los fondos de sus afiliados, así como la solvencia y rentabilidad que garanticen su estabilidad económica financiera.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

La introducción de este conjunto de garantías explícitas, aunque de incorporación progresiva, y con la facultad de ser exigidas administrativamente ante las IAFAS o la SUNASA (conforme lo prescribe el artículo 113 del Reglamento de la LMAUS) y judicialmente, –en opinión de este Tribunal– constituye una medida adecuada que coadyuva a la realización del principio de equidad. Con ellas se supera aquella concepción de acuerdo a la cual la salud para las personas situadas en pobreza o pobreza extrema debe ser necesariamente de menor calidad que la ofrecida por los seguros privados.

40. Por otro lado, en lo que se refiere al principio de *no discriminación*, cabe decir que éste ya se analizó cuando se evaluó la legitimidad del establecimiento de tres regímenes de financiamiento en la LMAUS. Sin embargo, el Tribunal advierte que el principio de equidad podría verse afectado cuando en el diseño de los objetivos específicos del proceso de aseguramiento, o en su aplicación por las IAFAS o las IPRESS, se privilegien el logro de objetivos globales de salud, o de objetivos de rendimiento eficiente de una institución, a costa de la postergación en la atención a poblaciones desfavorecidas y enfermedades costosas, aún cuando éstas se encuentren cubiertas o financiadas por el seguro. El Tribunal valora que este fenómeno, que se ha llamado “selección adversa”, haya sido advertido por el legislador, al establecer en el artículo 4.5 de la LMAUS que “el sistema de salud (...) ofrece mecanismos para evitar la selección adversa”. Y que el artículo 33. k) del Reglamento de la LMAUS haya encargado a la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud (SUNASA) “evitar la selección adversa y el riesgo moral en la relación entre los usuarios y las IAFAS, IPRESS, entidades prepagadas de salud y toda aquella entidad pública, privada o mixta que ofrezcan servicios en la modalidad de pago regular y anticipado; así como el abuso en la posición de dominio y la formación de monopolios u oligopolios entre IAFAS e IPRESS”.

41. Finalmente, en lo relacionado con el *financiamiento* de la atención en salud para los que se encuentran en una situación de pobreza, como ya se explicitó, aún cuando la focalización del presupuesto para este segmento de la población fue destinándose progresivamente a través del Seguro Integral de Salud, la LMAUS ha institucionalizado dicha política y la ha convertido en *irreversible*, al precisar su artículo 20 que:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO	
FOJAS	106

EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

“El Estado debe incrementar progresivamente, cada año, de manera obligatoria los fondos destinados al financiamiento del régimen subsidiado y semicontributivo”.

Tal irreversibilidad es particularmente relevante si se observa que antes de la emisión de esta norma, el incremento del gasto público en salud, como presupuesto de la vigencia efectiva del principio de equidad en salud, era un objetivo que no era cumplido cabalmente por el Estado. Antes bien, era un problema que se venía agravando, pues mientras el gasto público en salud no aumentaba o aumentaba en proporciones muy escasas, el número de afiliados al SIS crecía aceleradamente.

El Tribunal observa que a partir de la promulgación de la LMAUS esta situación ha tenido señales importantes de cambio. La inversión en salud, específicamente en la ampliación del aseguramiento universal, ha crecido significativamente y ha supuesto un rápido incremento del número de asegurados en el país y la mejora de algunos servicios de salud críticos. Este incremento del gasto en salud no sólo ha estado destinado a incrementar la cobertura financiera para el mayor número de afiliados, sino en ampliar la capacidad operativa del sistema de salud público, con inversión en equipamiento, y en personal sanitario, que permita cerrar las amplias brechas existentes en este sector. Para este efecto, se han aprobado en los últimos dos años una serie de dispositivos que autorizan transferencias de recursos al proceso de aseguramiento universal, como se detalla en el *Informe de Gestión. A un año de implementación del Aseguramiento Universal en Salud. Abril 2009-Abril 2010*, emitido por el Ministerio de Salud.

42. Más allá del incremento en el gasto en salud, el Tribunal observa que el más importante avance en materia de financiamiento en salud, como garantía de vigencia del principio de equidad, ha sido la reciente aprobación de la Ley N° 29761, Ley de Financiamiento Público de los Regímenes Subsidiado y Semicontributivo del Aseguramiento Universal en Salud (publicada el 22 de julio de 2011). Hasta antes de la aprobación de esta Ley, dos eran los problemas que se venían presentando en el financiamiento del Seguro Integral de Salud: i) en primer lugar, el problema de la disminución de la cobertura financiera por asegurado; así, a pesar del incremento en el financiamiento al SIS, se tenía que en el 2008 un afiliado contaba con S/. 40.5 de cobertura en promedio, mientras que en 2010 el subsidio promedio ascendía a S/.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO

FOJAS

107

EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

36.2; y ii) el problema de la deuda que el Seguro Integral de Salud registraba con algunas entidades prestadoras del servicio de salud, o la deficiente gestión de los recursos por los Gobiernos Regionales, que demoraban el pago a los hospitales, todo lo cual generaba, como queda registrado en el Informe Defensorial N° 120, la falta de voluntad en dichos hospitales para atender a las personas beneficiarias del SIS.

La nueva Ley de Financiamiento Público, con el objeto de superar el problema de incremento de afiliación y lograr sostenibilidad y seguridad financiera, en su artículo 4 ha dispuesto que:

“El Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS) de los regímenes subsidiado y semicontributivo se financia con cargo a los siguientes recursos:

a. Los créditos presupuestarios que se asignan anualmente al Seguro Integral de Salud (SIS) tomando como referencia, para el régimen subsidiado, el valor de la prima y el número de afiliados y, para el régimen semicontributivo, el valor de la prima, el coeficiente de financiamiento público (proporción) y el número de afiliados”.

Por otro lado, la nueva Ley ha establecido también en su artículo 9 un procedimiento específico para el pago a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPRESS), previendo expresamente, además, que “el mecanismo de pago establecido para el Seguro Integral de Salud (SIS) busca generar incentivos que promuevan la eficiencia, el fortalecimiento de la atención primaria de salud, y el cierre de brechas”.

43. En consecuencia, aún cuando la cantidad de recursos no es suficiente para atender todas las necesidades de salud de los afiliados al régimen subsidiado y semicontributivo, y aún cuando el porcentaje del PBI dedicado a salud es todavía inferior a lo que se requiere según la OMS para el logro de la equidad en salud [este porcentaje en el 2009 era de 4.6%, el cual dista mucho del objetivo trazado en el Acuerdo Nacional, donde se fijó como meta del gasto en salud el 7% del PBI, y de los estudios realizados por la OMS, que estiman como necesario para lograr los objetivos de equidad en salud, un mínimo de 6% del PBI. (Cfr. la *Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 4880/2010-PE sobre Ley de Financiamiento Público de los Regímenes Subsidiado y Semicontributivo del Aseguramiento Universal en Salud*, p. 14)], los esfuerzos realizados en los últimos años, a partir de la publicación de la LMAUS, y en especial de la publicación de la Ley de Financiamiento, dan una



EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

clara señal de la dirección de la política pública, encaminada al cumplimiento de la equidad en el financiamiento de la salud. Por lo demás, en cuanto al aspecto de la *eficiencia* en el manejo de los recursos, es evidente que uno de los objetivos centrales del modelo de “pluralismo estructurado” o “competencia regulada” impulsado por la LMAUS es lograr el mejor aprovechamiento de los recursos con los que cuenta el sistema sanitario. Así, el artículo 22 de la LMAUS ha fijado una serie de criterios para lograr la articulación de los servicios brindados por las distintas entidades prestadoras de salud existentes en los distintos regímenes de financiamiento. Entre dichas medidas se ha previsto la estandarización de las intervenciones y los manuales de procesos y procedimientos, así como la posibilidad de suscribir convenios de intercambio de servicios entre distintas instituciones administradoras de fondos de aseguramiento y entidades prestadoras, con base en los principios de complementariedad y subsidiariedad.

De todo ello se aprecia que la LMAUS ha considerado, en su diseño y mecanismos de implementación, en lo que corresponde, los componentes esenciales del principio de equidad en salud. El Tribunal Constitucional observa, igualmente, que el artículo 6.1. de la Ley N° 29761, Ley de Financiamiento Público de los Regímenes Subsidiado y Semicontributivo del Aseguramiento Universal en Salud, ha dispuesto la asignación de recursos para la ampliación progresiva de la cobertura del aseguramiento en salud y del plan de beneficios que se entrega a través del PEAS a los regímenes subsidiado y semicontribuivo, como un **objetivo prioritario** del Estado.

44. No obstante ello, el Tribunal tampoco puede dejar de reconocer, como lo han invocado los demandantes, la *desatención* en la implementación del principal mecanismo que tiene la LMAUS para remediar el delicado problema de las atenciones de enfermedades de alto costo. Para este Tribunal es claro, como ya se adelantó, que el impedimento de acceder al servicio de salud necesario, de una persona con carencia de recursos económicos, tiene el efecto de comprometer su capacidad funcional esencial para su salud o incluso su propia vida, representando *intervención grave* del derecho a la salud de esa persona. Si bien es cierto, los recursos son escasos y deben priorizarse en la *atención primaria* de salud para lograr resultados amplios de salud que beneficien a un número amplio de personas, también es cierto que la obligación del Estado de cubrir las contingencias de alto costo no puede quedar desatendida.



EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

En este sentido, el Tribunal considera que una interpretación orientada a la Constitución del artículo 21 de la LMAUS [“Las enfermedades de alto costo de atención que no están incluidas en el PEAS *pueden* ser financiadas para la población bajo el régimen subsidiado y semicontributivo con el Fondo Intangible Solidario de Salud (FISSAL)”] no puede entenderse en el sentido de que éste faculta a que, discrecionalmente, se decida el financiamiento de las enfermedades de alto costo que no están incluidas en el PEAS para la población del régimen subsidiado y con el Fondo Intangible Solidario. De modo que más que una facultad discrecional, en realidad se trata de una obligación de cumplimiento progresivo, derivada de la eficacia jurídica del derecho a la salud.

45. En segundo lugar, aunque este Tribunal aprecia que en la Ley N° 29761, Ley de Financiamiento Público de los Regímenes Subsidiado y Semicontributivo del Aseguramiento Universal en Salud, se ha establecido la obligación de financiamiento de este Fondo [al considerarlo una Unidad Ejecutora constituida como una Institución Administradora de Fondos de Aseguramiento en Salud (IAFAS), a la cual, de acuerdo al artículo 12 de esta Ley, le corresponden los créditos presupuestarios destinados al FISSAL, que se asignan anualmente al Pliego Seguro Integral de Salud, de acuerdo a las normas presupuestarias vigentes, además de los ingresos provenientes de la venta de planes de aseguramiento]; también advierte que vulnera el deber de progresividad, cuando pasado un período razonable de tiempo, la obligación de implementación del FISSAL no se ha ejecutado. En ese sentido, el Tribunal observa que desde que se aprobó la LMAUS, en el mes de abril de 2009, hasta la fecha, dos años y medio después, aún no se ha aprobado el Listado de Enfermedades de Alto Costo por el Ministerio de Salud, ni se ha establecido el procedimiento para acceder a este mecanismo de atención de enfermedades costosas, además de las enfermedades raras o huérfanas que, de acuerdo a la Ley N° 29698, deben también ser atendidas por este fondo.

46. Este Tribunal recuerda que por muchas que fueran las dificultades financieras que pueda suponer la provisión de recursos a necesidades sociales de alto costo como esta, el Estado, a través de sus órganos competentes, no puede dejar de buscar las formas de aplicar y cumplir con una Ley dictada con el objeto de superar un grave déficit de protección social, que supone una afectación amplia y sistemática de



EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

derechos fundamentales. Por tanto, la carencia de regulación del Listado de Enfermedades de Alto Costo y de los procedimientos para el funcionamiento del FISSAL constituye un supuesto de *inconstitucionalidad latente*, que debe ser superada en el lapso más breve posible. Tal constatación, sin embargo, no puede suponer la declaratoria de invalidez de la LMAUS, pues ésta no resulta en sí misma inconstitucional, sino sólo la situación *de hecho* constituida por su no aplicación. De ahí que este Tribunal se vea obligado a llamar la atención del Ministerio de Salud, en tanto órgano rector del proceso de aseguramiento universal en salud y encargado de regular las omisiones detectadas, a fin de que adopte las medidas necesarias y adecuadas para superar dicho estado de cosas inconstitucionales.

47. Por lo demás, este Tribunal debe recordar, como ha expresado la Organización Mundial de la Salud, que las formas de financiamiento y manejo eficiente de los recursos pueden ser diversas. El Estado puede recurrir a diversos mecanismos que posibiliten un incremento de los recursos para este sector. La apelación a la solidaridad social, de distintos modos, es perfectamente legítima en esta circunstancia. Y es que como este Tribunal ha tenido ocasión de precisar, los derechos sociales deben entenderse, dentro una concepción integral, no sólo como obligaciones a cargo del Estado, sino como deberes de solidaridad que comprometen a la sociedad en su conjunto (STC 2945-2003-AA/TC, FF.JJ. 23-25).

Es igualmente importante, por último, destacar la relación que existe entre la realización del principio de equidad en salud y la información a los ciudadanos de que la política de aseguramiento universal de salud constituye una exigencia derivada del contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la salud. Su materialización, de la forma como se ha previsto en la LMAUS, por tanto, no es una concesión o una gracia estatal, por lo que en la superación de sus carencias, ineficiencias y deficiencias sus usuarios tienen una gran responsabilidad.

El Tribunal advierte que la inexistencia de información en ese sentido propicia la tolerancia a problemas como los advertidos por la Defensoría del Pueblo en su Informe Defensorial N.º 120 [“Atención de Salud para los más pobres: El Seguro Integral de Salud”, de mayo de 2007], donde daba cuenta que el 67% de los encuestados, beneficiarios del SIS, refirió maltrato en la atención (como colas largas, indiferencia y desinterés del personal); el 32% alegó que había sido discriminado,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

pues se atendió primero a los que no eran del SIS; el 83% no recibió información durante su atención; el 27% no entendía lo que se explicaba y el 85% afirmó que al personal le faltaba calidez en la atención.

Lo que llama la atención de este Tribunal es que ante dicha atención deficitaria, el 84% afirmaba desconocer los canales legales para efectuar sus reclamos o quejas, y el 92% alegaba desconocer cuáles eran sus derechos respecto al servicio que se les brindaba. En dicho contexto, este Tribunal estima que uno de los temas en los que deberá incidir el Ministerio de Salud, a efectos de avanzar en el logro de la equidad en salud, es el de la difusión amplia del aseguramiento universal como un proceso inscrito en el cumplimiento del deber estatal de satisfacer el derecho a la salud de todos los peruanos; promoviendo no sólo el conocimiento de las atenciones específicas que ofrece el aseguramiento universal, sino también de que la realización de ésta es la concretización de un derecho fundamental, así como de los mecanismos administrativos y judiciales que contempla la LMAUS para reclamar su desconocimiento o violación.

VI. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad.
2. Interpretar el artículo 21 de la Ley N° 29344 en el sentido de que las enfermedades de alto costo de atención que no están incluidas en el PEAS *son* financiadas para la población bajo el régimen subsidiado y semicontributivo con el Fondo Intangible Solidario de Salud (FISSAL), conforme a lo establecido en el fundamento 44 de esta sentencia.
3. Poner la presente sentencia en conocimiento del Ministerio de Salud, a efecto de que realice las siguientes acciones:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0033-2010-PI/TC
LIMA
25% DEL NÚMERO LEGAL
DE CONGRESISTAS

- a) Diseñe, en coordinación con EsSalud, un plan de contingencia progresivo que permita cubrir las enfermedades de alto costo de los afiliados independientes de EsSalud, teniendo en cuenta las diferencias económicas entre estos afiliados, de acuerdo a lo previsto en el fundamento 30 de esta sentencia.
- b) Establezca un plan de contingencia que permita cubrir las atenciones necesarias para preservar las capacidades esenciales de una buena salud o los riesgos contra la vida, cuando dichas atenciones superen el límite máximo de prestaciones establecidas en el PEAS, de acuerdo a lo previsto en el fundamento 38 de esta sentencia.
- c) Regule, mediante Decreto Supremo, en el más breve plazo posible, el Listado de Enfermedades de Alto Costo y el procedimiento para acceder a este mecanismo, de acuerdo a lo previsto en el fundamento 46 de esta sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ

Lo que certifico:

VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR