PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Escuela de Posgrado

El acceso a servicios de salud mental como parte del contenido del derecho a la salud: Una propuesta para su justiciabilidad y evaluación jurisdiccional, según el tipo de obligación

Tesis para optar el grado académico de Maestra en Derecho Constitucional que presenta:

Astrid Kelly Cabezas Poma

Asesor:

Elena Cecilia Alvites Alvites

Lima, 2025

Informe de Similitud

Yo, Elena Cecilia Alvites Alvites, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesora de la tesis titulada *"El acceso a servicios de salud mental como parte del contenido del derecho a la salud: una propuesta para su justiciabilidad y evaluación jurisdiccional, según el tipo de obligación"*, de la autora Astrid Kelly Cabezas Poma, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 25%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 23/10/2025.

- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.

- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

Lima, 23 de octubre de 2025.

<table>
<tr><td colspan="2">Apellidos y nombres de la asesora: Elena Cecilia Alvites Alvites</td></tr>
<tr><td>DNI: 10138853</td><td rowspan="2">Firma:
 </td></tr>
<tr><td>ORCID:
https://orcid.org/0000-0001-5220-8899</td></tr>
</table>

A mis padres y hermano, por ser mi refugio y apoyo incondicional. Sin ellos, nada.

A mis maestros que me guiaron y enseñaron a encontrar mi voz académica en el Derecho Constitucional, y me brindaron invaluables oportunidades, a quienes les debo mi más profundo cariño y gratitud.

Resumen

El objetivo de la tesis es hacer una propuesta metodológica para evaluar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del acceso a servicios de salud mental como parte del contenido del derecho a la salud, según el tipo de obligaciones que se derivan del derecho.

La pregunta principal explora ¿qué criterios pueden o deben utilizar los jueces para evaluar y los ciudadanos para fundamentar sus demandas en casos de incumplimiento de obligaciones derivadas de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental"? La tesis concluye que se evalúa diferenciando el tipo de obligaciones. Las obligaciones básicas, al tener una estructura de norma regla, su cumplimiento se evalúa a través de la subsunción. Las obligaciones inmediatas, al tener estructura de norma regla, su cumplimiento se evalúa a través de la subsunción; sin embargo, si el cumplimiento vulnera principios, se aplica el test de proporcionalidad. Las obligaciones progresivas, al tener la estructura de normas principio, su incumplimiento se evalúa a través del test de proporcionalidad. Los elementos a tener en cuenta en el examen de proporcionalidad son los siguientes: urgencia, incumplimiento sistemático, falta de recursos disponibles, déficits de cumplimiento, vulnerabilidad del titular del derecho, diagnóstico médico del titular del derecho, existencia de tratamientos alternativos, necesidad del tratamiento, el enfoque social.

La tesis emplea el método dogmático, jurisprudencial, explicativo-propositivo. Es dogmático porque evalúa el contenido del derecho, la estructura y sus obligaciones. Es jurisprudencial debido a que identifica los estándares que los tribunales nacionales y comparados han utilizado para evaluar el incumplimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, y propone criterios. Es explicativo ya que analiza las razones por las que los métodos de la subsunción y el test de proporcionalidad son idóneos de aplicarse, según la estructura de las obligaciones generadas del derecho. Y, es propositivo porque hace una propuesta de criterios metodológicos para evaluar el incumplimiento del derecho.

Palabras clave:

Derecho a la salud, acceso a servicios de salud mental, obligaciones básicas, obligaciones inmediatas, obligaciones progresivas, reglas, principios, subsunción, test de proporcionalidad.

ÍNDICE

Resumen

Índice

Lista de Tabla

Introducción 8

Capítulo 1: El derecho de acceder a servicios de salud mental 16

1.1.- *Marco teórico y normativo del derecho a la salud mental* 16

1.2.- *Contenido del derecho de acceso al servicio de salud mental* 27

1.2.1.- *Estructura del derecho a la salud: identificación del derecho de acceso a servicios de salud mental* 28

1.2.1.1. Sujeto activo 30

1.2.1.2. Sujeto pasivo 32

1.2.1.3. El objeto: contenido de la obligación 34

1.2.1.3.1. Las obligaciones básicas 35

1.2.1.3.2. Las obligaciones inmediatas 37

1.2.1.3.3. Las obligaciones progresivas 41

1.3.- *Los servicios de salud mental en el Perú y su relación con las obligaciones que se generan de la posición ius fundamental "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental"* 49

1.3.1.- La falta de distribución equitativa de las instalaciones de salud mental con internamiento, de cara a las obligaciones básicas 52

1.3.2.- La falta de cobertura privada a las enfermedades de salud mental preexistentes, de cara a la obligación inmediata de adecuar el ordenamiento interno conforme a las obligaciones del Pidesc. 58

1.3.3- La falta de atención en salud mental oportuna y urgente en los establecimientos de salud públicos de cara a la obligación progresiva de proveer servicios de salud mental. 61

1.4.- Conclusiones 68

Capítulo 2: Protección judicial del derecho de acceso a los servicios de salud mental 70

2.1.- La protección de los derechos fundamentales 70

2.1.1.- La protección *ex ante* 70

2.1.2.- La protección *ex post* 75

2.1.2.1. Las normas regla y las normas principio como tipo de normas en que se configuran los derechos fundamentales 79

2.1.2.2. El tipo de norma que reconoce el derecho de acceso a los servicios de salud mental en la Constitución peruana 81

2.1.2.3. La protección judicial del derecho de acceso a los servicios de salud mental desde el tipo de normas 84

2.1.2.3.1. Las obligaciones básicas como normas regla 84

2.1.2.3.2. Las obligaciones inmediatas como normas regla 88

2.1.2.3.3. Las obligaciones progresivas como normas principio 91

2.1.2.3.3.1. La obligación de progresividad 91

2.1.2.3.3.2. La obligación de no regresividad 102

2.2.- Jurisprudencia sobre la justiciabilidad del derecho a la salud mental en el ordenamiento jurídico peruano 104

2.2.1. Caso sobre recursos judiciales efectivos frente a medidas de hospitalización en centros de salud públicos (STC 03854-2004-HC/TC, STC 05842-2006-HC/TC, STC 05048-2016-PA/TC, STC 1772-2019-PHC/TC) 112

2.2.2. Caso vinculado con recursos judiciales efectivos e igualdad y no discriminación frente a medidas de hospitalización en centros de salud públicos (STC 01956-2004-AA/TC, STC 02480-2008-PA/TC) 115

2.2.3. Caso vinculado con recursos judiciales efectivos, igualdad y no discriminación y adopción de medidas legislativas frente a medidas de hospitalización en centros de salud públicos (STC 03081-2007-PA) 117

2.2.4. Caso vinculado con recursos judiciales efectivos frente a medidas de hospitalización en centros de salud privados (STC 02313-2009-HC/TC, STC 01004-2021-PHC/TC) 119

2.2.5. Caso vinculado con servicios sin discriminación, recursos judiciales efectivos, elaboración de planes, y medidas que garanticen progresivamente el acceso a bienes y servicios de salud mental de personas internadas en establecimientos penitenciarios (STC 03426-2008-PHC/TC, STC 04007-2015-PHC/TC) 120

2.2.6. Caso vinculado con recursos judiciales efectivos frente a medidas de aislamiento en el domicilio (STC 00194-2014-PHC/TC) 121

2.2.7. Caso sobre acceso a servicios de salud mental sobre una base no discriminatoria y protección judicial efectiva de persona que solicita reubicación de puesto de trabajo por tratamiento mental (STC 02599-2014-PA/TC) 122

2.2.8. Caso Ley de Salud Mental, vinculado con la promoción de las obligaciones básicas, inmediatas y progresivas derivadas de la posición *ius fundamental* “toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental” (STC 0009-2020-PI/TC) 123

2.3.- Conclusiones 128

Capítulo 3: La protección judicial de tres casos particulares de acceso a servicios de salud mental en el Perú. 130

3.1.- Análisis de tres situaciones o casos vinculados con las obligaciones básicas, inmediatas y progresivas, derivadas de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental" 132

3.1.1.- *La falta de distribución equitativa de las instalaciones de salud mental públicas con internamiento, de cara a las obligaciones básicas.* 132

3.1.2.- *La falta de cobertura privada a las enfermedades de salud mental preexistentes, de cara a la obligación inmediata de adecuar el ordenamiento interno conforme a las obligaciones del Pidesc.* 135

3.1.3.- *La falta de atención en salud mental suficiente y oportuna en los establecimientos de salud públicos de cara a la obligación progresiva de garantizar el acceso pleno a los servicios de salud mental.* 142

3.2. Declaración de Estado de Cosas Inconstitucional 159

3.3. Conclusiones 160

Conclusiones 163

Bibliografía 167

Libros 167

Artículos 170

Revistas 171

Sentencias 174

Documentos 175

Ponencias 177

Normas 177

Tesis 177

Página Web 178

Introducción

En el Estado constitucional de derecho actual, la garantía y protección de los derechos fundamentales es uno de sus fines primordiales. Entre los derechos que se garantizan se encuentran los derechos civiles y políticos, así como los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante Desca).

En cuanto a los Desca, mucho se ha dicho acerca de su justiciabilidad. Hay quienes la cuestionan. Para ello se plantean diversos argumentos, como su falta de universalidad, su estructura distinta a la de los derechos civiles y políticos, su onerosidad, etc.

A fin de resolver dichos cuestionamientos, la doctrina, las legislaciones nacionales y los Tribunales han analizado y desarrollado el contenido y estructura de los Desca. Entre los puntos de partida de dicho análisis se encuentran el modelo de Estado, pues dependiendo de la concepción de la Constitución, se determinará el alcance de los derechos fundamentales que reconoce, y entre ellos de los Desca; la cláusula del Estado Social, en tanto que se constituye como una guía para todos los poderes públicos en la garantía y protección de los Desca (Orbegoso 2018: 55); el principio de dignidad, que se configura como la base de todos los derechos y otorga el mismo valor tanto a los derechos clásicos como a los Desca (Bazán 2005: 548-549); y la doctrina de la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos (Pinto 2006: 31), que establece que todos los derechos son de todos los seres humanos y se interrelacionan, sin jerarquía entre sí.

En nuestro ordenamiento jurídico, al haberse acogido al modelo de Estado social y democrático de derecho (artículo 43 de la Constitución), la Constitución es considerada como norma jurídica y política. En tanto norma jurídica, la Constitución vincula a todos, por lo que los derechos fundamentales que reconoce son vinculantes *erga omnes* (Tribunal Constitucional 05854-2005: fund. 3).

En este marco, el derecho a la salud, reconocido en el artículo 7 de la Constitución, tiene alcance frente a todos, esto es, el Estado y la sociedad.

Asimismo, en la medida que todos los derechos se fundan en el principio de dignidad, el derecho a la salud tiene el mismo valor que los demás derechos.

Su contenido y alcance es determinado por los sistemas de protección interno e internacional. A esta interacción entre ambos sistemas se le ha denominado sistema de protección multinivel de los derechos humanos (Urueña 2013: 309), el cual funciona en nuestro ordenamiento jurídico en virtud del artículo 55 y la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución. Estas disposiciones constitucionales establecen que las normas relativas a los derechos que la Constitución reconoce se interpretan conforme a los tratados internacionales de los que el Perú es parte, normas que son complementadas con las interpretaciones realizadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte, en concordancia con el artículo VIII del título preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional.

En ese sentido, a nivel interno, la protección del derecho a la salud mental se encuentra regulada en la Ley 30947, Ley de salud mental, que tiene por objeto establecer el marco legal para garantizar el acceso a los servicios, la promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación en salud mental (artículo 1). Asimismo, la Ley Nº 26842, Ley General de la Salud, cuyo artículo 11 fue modificado por la Ley Nº 29889, “Ley que modifica el artículo 11 de la Ley 26842, Ley General de Salud”, garantiza los derechos de las

personas con problemas de salud mental, la cual señala que “toda persona tiene derecho a gozar del más alto nivel posible de salud mental, sin discriminación”, y especifica un conjunto de obligaciones del Estado peruano, que tienen por objeto respetar y garantizar el derecho a la salud mental.

A nivel internacional, el derecho a la salud se encuentra regulado en el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (también conocido como Protocolo de San Salvador), que señala que este derecho garantiza el más alto grado de salud físico, mental y social. Asimismo, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce a la salud como parte del derecho a un nivel de vida adecuado. Y, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante Pidesc) refiere que el derecho a la salud mental garantiza el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Teniendo en cuenta lo expuesto, el derecho a la salud garantiza el derecho al más alto grado de bienestar físico y mental.

Asimismo, de este derecho se deriva un haz de *posiciones ius fundamentales*, entre las cuales se encuentra el “derecho de acceder a servicios de salud mental”.

Pues bien, los destinatarios de este derecho son toda persona, dada la universalidad de los derechos fundamentales; los obligados son el Estado y la sociedad, por la fuerza vinculante de la Constitución; y las obligaciones, teniendo en cuenta lo determinado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante Comité de Desc) a través de sus Observaciones Generales, aplicable en virtud de la protección multinivel, son: básicas, inmediatas y de cumplimiento progresivo.

Las obligaciones básicas exigen que el Estado garantice un mínimo de satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos reconocidos en el Pidesc, para lo cual el Comité de Desc ha listado un conjunto determinado de medidas en sus observaciones generales. Estas obligaciones no pueden ser desconocidas bajo ninguna circunstancia, por lo que son justiciables de manera inmediata.

En el caso del derecho de acceso a los servicios de salud mental, las obligaciones básicas se encuentran listadas en la Observación General 14, sobre el derecho a la salud, las cuales serían: a) garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud mental sobre una base no discriminatoria; b) facilitar medicamentos esenciales en el tratamiento de la salud mental; y c) velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud mental.

Por su parte, las obligaciones inmediatas, exigen que el Estado actúe inmediatamente a través de la eliminación de todo tipo de discriminación, con especial atención en los grupos en situación de vulnerabilidad, y la adopción de determinadas medidas como: a) la adopción de medidas legislativas; b) la provisión de recursos judiciales efectivos; y c) la elaboración y adopción de un plan detallado de acción para la aplicación progresiva de cada uno de los derechos del Pidesc. Estas obligaciones son justiciables de manera inmediata *prima facie*, pues se admite su postergación siempre que se presente una justificación razonable.

En cuanto al derecho de acceso a los servicios de salud mental, las obligaciones inmediatas que se derivan serían: garantizar el servicio a la salud mental sobre una base no discriminatoria, la cual al parecer estaría dirigida, a diferencia de las obligaciones básicas, a la protección especial de los grupos vulnerables; adecuar el ordenamiento interno conforme a las obligaciones del Pidesc; elaborar planes que permitan el acceso

universal a servicios de salud mental; y proveer de recursos judiciales efectivos que permitan la tutela del acceso a servicios de salud mental.

Finalmente, las obligaciones progresivas involucran gradualidad y progreso en la garantía de los derechos protegidos en el Pidesc. La gradualidad implica que el Estado se mueva tan rápido como le sea posible en garantizar y proteger los derechos; en tanto que el progreso involucra que la garantía del derecho sea hacia adelante, es decir, sea una mejora, lo que involucra también el no retroceso en su garantía. No obstante, en muchos casos la naturaleza de este tipo de obligaciones ha sido esgrimida por los Estados para justificar su inacción de proteger y garantizar los derechos sociales. En tal sentido, las obligaciones progresivas del derecho a la salud mental involucran que el Estado aumente gradualmente la cobertura y calidad del servicio de salud mental y su justiciabilidad dependería de las circunstancias del caso concreto.

Sin embargo, al evaluar si el Estado peruano cumple con las obligaciones expuestas, se observa que el acceso a los servicios de salud mental, como parte del contenido del derecho a la salud en su expresión de salud mental, presenta deficiencias que evidencian incumplimiento.

Así, por ejemplo, de la supervisión que realizó la Defensoría del Pueblo el año 2018, se observa que, para efectos de las enfermedades mentales que requieren atención con internamiento (donde se brinda atención al paciente agudo o crónico[1]), EsSalud cuenta con solo ocho Centros Asistenciales de Salud que tienen Unidades de hospitalización de salud mental y adicciones (Uhsma) [2], los cuales se encuentran ubicados en las regiones de Lima, Arequipa, Cusco, Junín, Lambayeque, Pasco y Puno, y con únicamente dos Centros de Rehabilitación Integral de Pacientes Crónicos (Cripc) ubicados en Huariaca (Pasco) y Cañete (Lima); en tanto que entre el Minsa y los gobiernos regionales, hay 17 establecimientos con Ushma ubicados en 12 regiones del país (Defensoría del Pueblo 2018: 88). Esta situación afecta el acceso de las personas que requieren servicios de internamiento de salud mental pero domicilian en regiones donde no se brindan tales servicios. Asimismo, también se convierte en un obstáculo para la protección de la familia de aquellas personas que domicilian en regiones donde no hay centros de salud mental con internamiento, y tienen orden judicial de internarse, dado que al ser trasladadas a otras regiones donde se brinda dicho servicio, quedan alejadas de sus familias.

Esta realidad demuestra que hay una distribución de las instalaciones que brindan servicios de salud mental con internamiento que no es equitativa, lo que conlleva a interrogarnos si es posible que la población ubicada en lugares donde no se brindan tales servicios de salud mental pueda exigir que se provean estos servicios en su localidad, pues claramente se observa que hay un incumplimiento de la obligación básica de velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de salud mental.

---

[1] Artículo 51 del Decreto Supremo 013-2006-SA, Reglamento de Establecimientos de Salud y Servicios Médicos de Apoyo.
"Artículo 51.- Establecimientos con internamiento
Son considerados establecimientos con internamiento aquellos que brindan atención integral, general o especializada al paciente agudo o crónico, y que para realizar atenciones o procedimientos clínicos o quirúrgicos, con fines diagnósticos, terapéuticos o de rehabilitación, requieran permanencia y necesidad de soporte asistencial por más de doce (12) horas por su grado de dependencia o riesgo."

[2] Las Ushma tienen por finalidad estabilizar a la persona en situación de emergencia psiquiátrica, agudización o reagudización del trastorno mental. (Defensoría del Pueblo 2018: 39)

De otro lado, con la promulgación de la Ley 30947, se estableció que los seguros de salud privados deben cubrir la atención en salud mental dentro de sus planes, incluyendo el tratamiento ambulatorio, internamiento, hospitalización y acceso a medicamentos y productos sanitarios[3]. No obstante, se observa que esta regulación permite el acceso a servicios de salud mental de manera parcial, pues no garantiza el acceso al tratamiento, internamiento, hospitalización, acceso a medicamentos y rehabilitación de las enfermedades mentales diagnosticadas con preexistencia.

Al respecto, la preexistencia es "cualquier condición de alteración del estado de salud diagnosticada por un profesional médico colegiado, conocida por el titular o dependiente y no resuelta en el momento previo a la presentación de la declaración jurada de salud"[4].

Asimismo, en el sistema de salud privado peruano, hay enfermedades que, si bien fueron diagnosticadas y no se resolvieron antes de la contratación del nuevo seguro de salud privado, no se consideran preexistentes. Siempre y cuando estas enfermedades hayan sido cubiertas por un seguro de salud de una Entidad Prestadora de Salud (EPS) o seguro privado, dentro del periodo inmediatamente anterior al contrato del nuevo seguro[5], haya recibido cobertura durante la vigencia de un contrato de seguro que cubrió

---

[3] Ley 30947, Ley de salud mental

"Artículo 10. Atención por los seguros de salud

10.1 Los seguros de salud públicos y privados deben cubrir la atención en salud mental dentro de sus planes, incluyendo el tratamiento ambulatorio o el internamiento u hospitalización, así como el acceso a medicamentos y productos sanitarios adecuados y de calidad, con excepción de los seguros con póliza de naturaleza específica.

10.2 Las compañías privadas que ofrecen seguros de salud están obligadas a brindar cobertura para el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación en salud mental, de acuerdo a las necesidades de las personas con los problemas de salud mental registrados en el Capítulo de Trastornos Mentales y del Comportamiento de la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud vigente al momento de la atención de salud, con la frecuencia, cantidad y duración necesaria.

10.3 Las personas en condición de pobreza o pobreza extrema con discapacidad mental que no cuenten con seguros deben ser incluidas en el Seguro Integral de Salud (SIS), de acuerdo a un plan progresivo de atención o prestaciones".

[4] Artículo 2 de la Ley 29561, Ley que establece la continuidad en la cobertura de preexistencias en el plan de salud de las Entidades Prestadoras de Salud.

[5] Ello se desprende de los artículos 1 y 3 de la Ley 29561, que establecen que el plan de salud ofertado por las EPS incluye la continuidad de la cobertura de diagnósticos preexistentes que hayan sido cubiertos por otro plan de salud, a consecuencia de cambio de centro laboral o de EPS. Eso se indica en las siguientes disposiciones:

Ley 29561, Ley que establece la continuidad en la cobertura de preexistencias en el plan de salud de las Entidades Prestadoras de Salud

"Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente Ley tiene el objeto de garantizar la continuidad de la cobertura de preexistencias de la capa compleja del plan de salud contratado en las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) para los trabajadores que cambian dicho plan por otro, a consecuencia de cambio de centro laboral o de Entidad Prestadora de Salud. Esta disposición es aplicable a los trabajadores y a sus derechohabientes.

(…)

Artículo 3.- Preexistencias de capa compleja del plan de salud de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), continuidad y condiciones

En el plan de salud y en el contrato de prestación de servicios de seguridad social en salud para afiliados regulares, ofertados por la Entidad Prestadora de Salud (EPS), que incluyan las enfermedades de capa compleja, debe incluirse una cláusula de garantía que permita la continuidad de cobertura de diagnósticos preexistentes en los supuestos señalados en el artículo 1 de la presente Ley.

Para hacer efectiva la continuidad de la cobertura de preexistencias de capa compleja, se debe cumplir con la inscripción en el nuevo plan de salud, dentro de los noventa (90) días calendario posteriores al inicio de su nueva relación laboral, bajo responsabilidad de la Entidad Prestadora de Salud (EPS)".

el período inmediatamente anterior o perteneció a una póliza grupal dentro del plazo de 120 días[6/7].

Así, las enfermedades mentales preexistentes –excluyendo a las que hayan sido cubiertas por un seguro de salud de una EPS o aseguradora privada de salud inmediatamente antes de la incorporación al nuevo seguro, o dentro de un periodo determinado– en ningún caso tienen cobertura por los seguros de salud privados, incluso si el usuario pudiera asumir el incremento de lo que implica el tratamiento a tales enfermedades. Asimismo, de la normativa vigente no queda claro si las enfermedades diagnosticadas por el seguro de salud público serían consideradas preexistentes ante la contratación inmediata del seguro de salud privado. O, tampoco hay claridad sobre las tarifas de pago de los seguros privados de salud, en cuanto a las enfermedades mentales no consideradas preexistentes, en comparación con las enfermedades físicas también no preexistentes.

La falta de cobertura a las enfermedades preexistentes evidencia muestra que no se cumple con la obligación inmediata del Estado de adoptar medidas legislativas que regulen la accesibilidad a servicios de salud mental de enfermedades preexistentes, en la atención brindada por las aseguradoras privadas, de cara al deber de adecuar el ordenamiento jurídico interno conforme a las obligaciones del Pidesc. En el presente trabajo de investigación, se analizará la falta de cobertura a las enfermedades preexistentes, sin dejar de lado a las otras omisiones advertidas también incumplirían la obligación inmediata de adoptar medidas legislativas que regulen la accesibilidad a servicios de salud mental sin discriminación, pues la procedencia del seguro público o privado, no debería ser un criterio para excluir de la cobertura a tratamientos de salud mental, y tampoco deberían existir diferencias entre la tarifa de pago del seguro privado por el servicio de salud mental con la tarifa de pago de la salud física.

Por su parte, a fin de ampliar la cobertura en salud mental, el Ministerio de Salud está promoviendo Centros de Salud Mental Comunitario en diferentes regiones del país[8], donde se capacita al personal en materia de salud mental. Sin embargo, pese al

[6] Ello se desprende del artículo 1 de la Ley 28770, que indica que no se considerará enfermedad preexistente aquella que se haya generado o por la que el beneficiario recibió cobertura durante la vigencia de un contrato de seguro que cubrió el periodo inmediatamente anterior o, si perteneció a una póliza grupal, dentro del plazo de 120 días anteriores al nuevo seguro. Eso reza en las siguientes disposiciones:
Ley 28770, Ley que regula la utilización de las preexistencias en la contratación de un nuevo seguro de enfermedades y/o asistencia médica con la misma compañía de seguros a la que se estuvo afiliado en el período inmediato anterior
"Artículo 1.- Tratamiento de las preexistencias en los seguros de enfermedades y asistencia médica
En la contratación de seguros de enfermedades y asistencia médica no se considerará enfermedad preexistente aquella que se haya generado o por la que el asegurado y/o beneficiario haya recibido cobertura durante la vigencia de un contrato de seguro que cubrió el período inmediatamente anterior, aun cuando dicho beneficio haya tenido origen en una póliza de seguro de enfermedades o asistencia médica diferente. El asegurado y/o beneficiario que, en los casos de pólizas grupales, deje de pertenecer al grupo asegurado, podrá contratar, en un plazo de 120 días contados a partir del término del contrato de seguro anterior, una nueva cobertura con cualquier aseguradora del sistema financiero peruano, para lo cual se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior".

[7] Cabe señalar que a partir de la regulación de la Ley 30562, se reconoce la obligación de las aseguradoras privadas de dar cobertura a enfermedades preexistes cubiertas previamente por otras aseguradoras, independientemente de que sean EPS o aseguradoras privadas de salud. Con esta regulación, se abre la posibilidad de pasarse de un sistema de salud a otro, dado que no limita si es seguro privado o público.

[8] Ministerio de salud
Minsa proyecta contar con 180 Centros de salud mental comunitario en el 2021. Consulta: 22 de abril de 2018.
http://www.minsa.gob.pe/?op=51&nota=25613

incremento de establecimientos que brindan servicios de salud mental, según la información proporcionada a la Defensoría del Pueblo, en el 2016, había 264 psiquiatras en los establecimientos del Minsa, de los cuales, el 72.3% se encontraban en los hospitales psiquiátricos de Lima y solo el 19% en regiones; y, con relación a EsSalud, en el 2014 contaban con 102 psiquiatras a nivel nacional (Defensoría del Pueblo 2018: 107). Esto demuestra que si bien hay un cumplimiento progresivo del estado peruano de incrementar establecimientos donde brindan servicios de salud mental, el personal especializado que atiende es reducido, y gran parte concentrado en Lima. Esta problemática nos lleva a preguntar si una obligación de cumplimiento progresivo puede ser exigible.

En base a lo expuesto, se observa que en el Estado peruano se vienen incumpliendo las obligaciones básicas, inmediatas y progresivas derivadas del derecho de acceso a los servicios de salud mental, el mismo que es una posición *ius fundamental* del derecho a la salud.

Este problema es de gran envergadura pues vulnera varios derechos conexos, agrava la situación de vulnerabilidad de determinados grupos y puede generar daños irreparables. Al respecto, la falta de acceso a servicios de salud mental vulneraría el derecho a la salud mental, en conexidad con el derecho a la vida, a la protección de la familia, al libre desarrollo de la personalidad, a la tutela jurisdiccional efectiva, entre otros. También agrava la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas en condición de pobreza, ya que, por su escasez de recursos económicos, no podrán acceder a los servicios de salud mental por su cuenta, lo que ocasionaría que continúen siendo víctimas de discriminación estructural. Asimismo, la falta de acceso a servicios de salud mental puede tornarse irreversible, por lo que su exigibilidad se convierte en una necesidad urgente.

Frente a dicha problemática, surge la necesidad de buscar soluciones a fin de que se garantice el derecho de acceso a los servicios de salud mental.

Häberle señala que la garantía y protección de los derechos fundamentales puede ser en sentido amplio o *ex ante* y en sentido estricto o *ex post.* El primer escenario se configura cuando la protección de los derechos fundamentales está a cargo del legislador, la administración y los particulares. En tanto que el segundo escenario es conformado cuando la protección del derecho se encuentra a cargo del órgano jurisdiccional, en caso haya vulneración del derecho, y por tanto se encarga de reparar y sancionar. (Häberle 2019: 133-146)

El presente trabajo de investigación se centra en el análisis de la protección y garantía del derecho de acceso a servicios de salud mental ex post. Y, de la variedad de procesos judiciales a través de los cuales se puede viabilizar la tutela del derecho a la salud mental, se realizará la protección en el proceso de amparo. Ello debido a que en este proceso se evalúa la amenaza y/o afectación del derecho en cada caso concreto y su tutela es de urgencia.

En este contexto, una de las interrogantes que surge de cara al incumplimiento de la garantía dicho derecho, la cual es la pregunta principal del presente trabajo de investigación, es ¿qué criterio utilizar para exigir judicialmente el derecho de acceso a servicios de salud mental?

El criterio que se propone es exigir la protección judicial de acuerdo al tipo de obligación en que se manifiesta el derecho de acceso a servicios de salud mental. Si es una obligación básica o inmediata, se exige luego de identificar su incumplimiento, aplicando

la subsunción. Si es una obligación progresiva, se exige luego de ponderar, teniendo en cuenta la urgencia.

Para llegar a dicho término, como punto de partida corresponde preguntarse, ¿cuáles son las obligaciones que se derivan del derecho de acceso a servicios de salud mental? Se advierte que las obligaciones son básicas, inmediatas y progresivas. Son obligaciones básicas las determinadas por el Comité de Desc en la Observación General 14. Las obligaciones inmediatas son la no discriminación y la adopción de medidas como la regulación adecuada, protección judicial efectiva y adecuación de la legislación al Pidesc. Las obligaciones progresivas son las medidas que garanticen el pleno goce del derecho de acceso a los servicios de salud mental.

Para verificar ello, en el primer capítulo se determinará el contenido del derecho de acceso a los servicios de salud mental y se identificarán las obligaciones que se generan, las cuales son básicas, inmediatas y progresivas.

Una vez identificadas las obligaciones que se generan del derecho de acceso a los servicios de salud mental, responderemos a la siguiente interrogante ¿de qué depende que las obligaciones se manifiesten como normas regla o normas principio?

En esta investigación se plantea que depende de su función argumentativa. Esto es, las obligaciones se manifiestan como normas regla si su contenido es cerrado, por cuanto su incumplimiento se resuelve mediante la subsunción. Y, las obligaciones se manifiestan como normas principio si su contenido es abierto, por cuanto su incumplimiento se resuelve a través de la ponderación.

A fin de arribar a dicha propuesta, en el segundo capítulo se desarrollará la protección judicial del derecho de acceso a los servicios de salud mental, teniendo en cuenta el enfoque de la función argumentativa de las normas regla y las normas principio y la jurisprudencia. Así, se analizará, si las obligaciones básicas, inmediatas y progresivas se manifiestan como normas regla o normas principio, en base a su estructura y solución de cara a su cumplimiento (subsunción o ponderación). Adicionalmente, se evaluará la práctica jurisdiccional nacional y comparada sobre la protección de los Desca y el derecho a la salud mental, lo cual servirá como herramienta para resolver el incumplimiento de las obligaciones, a través de la subsunción o ponderación.

Finalmente, ya identificadas las manifestaciones en que se presentan las obligaciones básicas, inmediatas y progresivas, sea como normas regla o normas principio, en el tercer capítulo se aplicarán los métodos de la subsunción y/o ponderación, en los tres problemas de incumplimiento advertidos previamente, referidos con: la falta de distribución equitativa de servicios de salud mental, la falta de cobertura de servicios privados de salud mental, y el acceso al servicio público de salud mental. Así, en este apartado se aplicará el criterio que se propone en esta investigación. El cual es abordar el problema del incumplimiento desde la manifestación de las obligaciones del derecho como normas reglas o normas principio, con lo cual su solución se aborda aplicando la subsunción o ponderación. Si es una obligación básica o inmediata, se aplica la subsunción, porque se manifiestan como norma regla. Si es una obligación progresiva, aplica la ponderación ya que se manifiesta como norma principio, para la cual se tendrá en cuenta la urgencia.

Con el desarrollo de los tres acápites referidos *supra*, se propondrá y aplicará un criterio para abordar el problema del incumplimiento del derecho de acceso a los servicios de salud mental. Tales criterios podrán ser empleados por los ciudadanos para exigir el

derecho de acceso a los servicios de salud mental, y también pueden ser considerados por los jueces constitucionales para dar protección judicial a dicho derecho.

En definitiva, esta tesis responde a mi preocupación por el tratamiento limitado y precario del derecho a la salud mental en el país, así como a mi objetivo de identificar y plantear bajo qué criterios es posible exigir, a través del amparo, el acceso a servicios de salud mental. Asimismo, creemos que esta investigación resulta relevante para el mundo jurídico en la medida que se plantearán criterios que puedan considerarse para garantizar la protección judicial del derecho de acceso a los servicios de salud mental. También será una herramienta para la comunidad, ya que los podrán utilizar cuando quieran exigir el cumplimiento de las obligaciones que conforman el acceso a la salud mental, como contenido del derecho a la salud.

Capítulo 1: El derecho de acceder a servicios de salud mental

1.1.- *Marco teórico y normativo del derecho a la salud mental*

En el marco del Estado de derecho, se han presentado distintas formas de Estado, los cuales han transitado en función al alcance de los derechos fundamentales, la fuerza vinculante de la Constitución, la interrelación entre los poderes del Estado, entre otras características. Así, en un inicio surgió el Estado liberal, el cual posteriormente dio tránsito al Estado social, el mismo que fue superado por el Estado social y democrático de derecho (Díaz 1998: 110).

En relación con el Estado liberal, su origen se remonta a la revolución francesa, con la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 (Planas 1993: 33). Los derechos reconocidos en este periodo tenían por objeto limitar el poder estatal, por lo que el sistema jurídico y político se orienta al respeto y no injerencia arbitraria de los ciudadanos (Cruz 2002: 214). Bajo este modelo de Estado, la Constitución era un texto que organizaba al poder y establecía sus límites (Vallejo 2010: 18), razón por la cual se le consideraba como una mera norma política. Finalmente, si bien había división de poderes (ejecutivo, legislativo y judicial), el legislativo era considerado el *prius inter pares,* dado que se entendía que representaba al pueblo (Quiroga 1987: 340). En el Perú, las Constituciones del siglo XIX, están dirigidas a obligar al Estado a respetar los derechos, aunque de determinados grupos de personas.

Sin embargo, dicho modelo de Estado entró en crisis debido a que, en términos de Ferrajoli, era insuficiente para reducir las desigualdades sociales y económicas (ej. garantizaba derechos sin tener en cuenta que habían grupos que necesitaban mayor protección, solo ejercían el derecho al sufragio quienes poseían determinados niveles de rentas) y la primacía de la ley que proponía colapsó a causa del exceso de regulación y el lenguaje cada vez más confuso con el que eran promulgadas (Silva 2010: 61-64).

Frente a dicha crisis, se incorporan en los textos constitucionales elementos del constitucionalismo social[9], el cual se ejemplifica en las Constituciones de México de 1917 (denominada Constitución de Querétaro) y de Alemania de 1919 (denominada Constitución de Weimar) (Planas 1993: 74). Bajo este contexto, los derechos requieren no solo el respeto a través de la no intervención estatal (propia del Estado liberal), sino también su garantía, mediante prestaciones positivas, de tal manera que se exige al Estado un alto grado de actividad de cara a la sociedad (Vallespín 1998: 130). No obstante, los derechos reconocidos en las Constituciones que expresan el

[9] En la doctrina, se considera que el padre del concepto "Estado social de Derecho" es Hermann Heller, dado que él formula ese nombre por primera vez en su artículo "¿Estado de Derecho o Dictadura?"; no obstante, se ha rastreado una conceptualización de Estado social previa, aunque de corte más conservador, en Lorenz von Stein (Vita 2015: 55). Así, en el artículo ¿Estado de Derecho o Dictadura?, Heller plantea la idea de Estado social de Derecho anteponiéndola al concepto de dictadura, conforme se observa: "Atemorizado por el avance de las masas obreras, no solamente cree amenazadas sus pretensiones de dominación política y económica, sino que a un mismo tiempo confunde así la clase con masa y raza extrañas a la cultura. Más concretamente, hay quien identifica sin más con la actual clase trabajadora a la masa espiritualmente no creadora presente en todas las clases sociales, calificando con frecuencia al proletariado de racialmente inferior, mientras para sí mismo pretende la condición de miembro de una élite cultural. Ello explica fácilmente que se estigmatice al Estado social de Derecho, todavía en sus primeros atisbos, como dominación de seres inferiores. Es sobremanera consecuente que sean uno y el mismo, el autor de la *Decadencia de Occidente*, y el más auténtico paladín que en Alemania tienen la religión de la violencia y el genio y la idea de la Dictadura" (Heller 1929: 295).

constitucionalismo social, denominados económicos, sociales y culturales, eran considerados como meras normas programáticas, esto es, como mandatos no exigibles, pues no tenían fuerza jurídica vinculante y estaban sujetos a discrecionalidad estatal (Vita 2015: 63). A manera de ejemplo, en la Constitución de Weimar se reconocen derechos sociales; sin embargo, eran considerados como líneas orientativas o proposiciones programáticas para el legislador (Fernández 2009: 44).

En el Perú, en la Constitución de 1920 se incorporaron elementos del constitucionalismo social, pues hacía referencia a garantías sociales, desarrolló prolijamente algunos Desca[10] (como el derecho a la educación), y estableció una participación del Estado más directa en temas relacionados con el trabajo o la libertad de comercio (Espinosa-Saldaña y Cruces 2015: 102-103). Sin embargo, se configuraron como medidas discrecionales.

Siguiendo esta misma línea, la Constitución de 1933 incorporó nuevas competencias al Estado como la instauración del sistema previsional, o la promoción de la participación de los trabajadores en los beneficios de las empresas (Espinosa-Saldaña y Cruces 2015: 102-103). Los derechos sociales que se reconocieron en estas Constituciones también habrían sido considerados derechos programáticos, pues eran lineamientos cuyo desarrollo estaba librado al Estado, pero no eran operativizados.

Ahora bien, luego de la segunda guerra mundial se abandonó la tesis según la cual la Constitución era una mera norma política, carente de contenido jurídico vinculante, transitando así al modelo de Estado Constitucional de Derecho (identificado así por Luigi Ferrajoli) (Ferrajoli 2002: 13-16), denominado también Estado social y democrático de derecho (nombrado así por Elías Díaz) (Díaz 2002: 233).

Bajo este modelo, la Constitución es considerada norma jurídica. En cuanto a los Desca, se les da, en algunas constituciones, el mismo valor que los derechos civiles y políticos, se les atribuyen obligaciones positivas y negativas a la vez, se interpretan en virtud de principios como la cláusula de Estado social, entre otras características.

En efecto, la Constitución, además de ser entendida como norma política, que organiza el poder, es considerada una norma jurídica, con fuerza vinculante frente a todo el ordenamiento jurídico, a todo poder público y a la sociedad (Tribunal Constitucional 05854-2005[11]: fund. 3).

Al concluir el siglo XX y al cabo de dos décadas del siglo XXI, en el Estado Constitucional de Derecho, se considera que los Desca tienen el mismo valor que los derechos civiles y políticos. Sobre el particular, tanto los Desca como los derechos civiles y políticos tienen entre sus fines la protección de la dignidad (Tribunal Constitucional 04232-2004:

[10] Sobre el inicio del reconocimiento de los derechos sociales en las cartas constitucionales del Perú, autores como Pareja Paz Soldán y Hakanson sostienen que a partir de la Constitución de 1920 recién se reconocieron los derechos sociales en el Perú (Hakansson 2012: 8), toda vez que las Constituciones anteriores a la de 1920 se limitaron a proclamar derechos individuales relativos a la libertad y ciudadanía y a garantizar su ejercicio (Pareja Paz Soldán 1980: 610). Sin embargo, autores como Espinosa-Saldaña y Cruces advierten que las Constituciones peruanas anteriores a la de 1920, ya habían incorporado algunos Desca, aunque en esta época, más que derechos, fueron fruto de consensos políticos, y no eran concebidos en términos de ser garantizados (Espinosa-Saldaña y Cruces 2015: 103). A manera de ejemplo, la Constitución de 1823, en su artículo 182, reconoció el derecho a la instrucción; la Constitución de 1826, en su artículo 148, reconoció la libertad de trabajo; la Constitución de 1867, en su artículo 24, reconoció la libertad de enseñanza.

[11] Publicada en la web del Tribunal Constitucional, el 8 de noviembre de 2005. No se tiene referencia de la fecha de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

fund. 5). Precisamente, el principio de dignidad, al ser entendido como un valor y principio fundamental de todo el ordenamiento jurídico, debilita toda distinción que se les haga a los derechos fundamentales (Espinosa-Saldaña y Cruces 2015: 105). Este principio presenta, en esencia, dos alcances: a) desde el punto de vista jurídico-político, el principio de dignidad legitima al Estado y el ordenamiento jurídico, en la medida que, teniendo en cuenta que la dignidad reconoce el valor central de la persona, su garantía coadyuva a que el Estado cumpla con su fin supremo, el cual es la protección de la persona; y b) desde el punto de vista jurídico-constitucional, el principio de dignidad impone el deber del Estado y la sociedad de proteger y promover a la persona, lo cual se manifiesta en la protección y promoción de todos los derechos fundamentales, sin distinción (Mendoza 2009: 76-77).

De otro lado, se considera que los Desca generan obligaciones negativas y positivas a la vez. Al respecto, los enunciados de derechos se caracterizan como enunciados de principios en el ámbito de la legislación, sobre todo constitucional (Añón 2014: 53). Así, todos los derechos generan obligaciones, las cuales pueden ser positivas, o de acción, y negativas, o de omisión (Añón 2014: 43).

Por su parte, otra característica del Estado constitucional es que los derechos se interpretan en virtud de principios, entre los cuales se encuentra la cláusula de Estado social. Y es que, en este modelo de Estado se incluyen valores y principios como condición de validez de las normas que configure el legislador, y como fuente sobre la cual el juez aplica el derecho (Sanz 2016: 31).

En ese orden, los derechos, y entre ellos los Desca, se interpretan y configuran conforme a la cláusula de Estado social. Este principio tiene entre sus fines alcanzar la justicia social y satisfacer las necesidades básicas de los ciudadanos (Escobar 2012: 369-370). Además, se constituye como una guía y directriz para todos los poderes públicos (Orbegoso 2018: 55).

En efecto, la justicia social busca reducir la pobreza (Escobar 2012: 370) y con ello garantizar la igualdad material. El principio de Estado social coadyuva a garantizar la igualdad material[12] y el respeto de los derechos fundamentales (Orbegoso 2018: 42). Consecuentemente, con la garantía de la igualdad material, la cláusula de Estado social busca alcanzar la justicia social.

El principio de Estado social también involucra la obligación de satisfacer las necesidades básicas de los ciudadanos (Escobar 2012: 370). Como se indicó anteriormente, el principio de Estado social coadyuva a garantizar la igualdad material. Las necesidades básicas son las condiciones de vida cuya falta de realización o satisfacción hacen imposible una vida humana sin daños graves, padecimientos u opresiones (Sosa 2015: 88). Con la satisfacción de las necesidades básicas se logra garantizar mayor igualdad (Escobar 2012: 370). De esa manera, la satisfacción de las

[12] El derecho a la igualdad tiene dos dimensiones, una formal y otra material. La dimensión formal impone al legislador el deber de no realizar diferencias injustificadas en la dación de la ley, y a la administración, el deber de aplicar la ley sin realizar diferencias. En tanto que la dimensión material supone no solo la abstención de tratos discriminatorios, sino también la exigencia positiva de equiparar situaciones desiguales, por lo que garantiza el trato igual a los que se encuentran en condiciones iguales, y diferente a los que se encuentran en situaciones diferentes. En nuestro ordenamiento, este derecho se encuentra reconocido en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución. (RTC 2851-2008-AA/TC, fund. 4; STC 0199-2013-PA/TC, fund. 19, etc.) En esa medida, la igualdad material tiene por finalidad proteger a los sectores sociales en situación de mayor vulnerabilidad, pues involucra tratar diferente a las situaciones diferentes (Carmona 2000: 145-147).

necesidades básicas coadyuva a garantizar la igualdad material, y con ello se materializa el principio de Estado social.

Asimismo, la cláusula de Estado social tiene como principales características: a) constituye una guía y directriz de todos los poderes públicos del Estado, de modo que el legislador debe desarrollar los derechos sociales, y la Administración Pública debe adoptar políticas con diseño social[13] y ejecutar materialmente los derechos sociales desarrollados por el legislador (Orbegoso 2018: 55); y b) constituye una directriz básica en la interpretación de la Constitución, de modo que todos los derechos se interpretan teniendo en cuenta su dimensión social, excluyendo una interpretación radicalmente individualista de los derechos fundamentales (González 2002: 55-67).

La Constitución peruana de 1979 recogió el modelo de Estado social y democrático de derecho en su artículo 79 [El Perú es una República democrática y social, independiente y soberana…]. Esta Constitución fue producto de las movilizaciones de diversos grupos sociales, quienes se unieron con la finalidad de darle al Estado contenidos democráticos y hacer de la Constitución una verdadera norma fundamental para una comunidad más igualitaria, en contraposición con las políticas liberales económicas adoptadas por el presidente Francisco Morales Bermúdez, que pretendían desactivar las medidas sociales implementadas por el gobierno de Juan Velasco Alvarado (Alvites 2004: 74-78).

Es en esta Constitución en la que los Desca fueron reconocidos de manera exhaustiva. Así, el derecho a la salud y la salud mental fueron recogidos de manera detallada en los artículos 15, 16 y 19 de la Constitución de 1979. En su artículo 15 se hizo una mención expresa a la protección de la salud "integral", y en su artículo 16 se indicó que el Estado era responsable de "la organización de un sistema nacional descentralizado y desconcentrado, que planifica y coordina la atención *integral* de la salud a través de organismos públicos y privados, y que facilita a todos el acceso *igualitario* a sus servicios, en *calidad adecuada* y con *tendencia a la gratuidad*". (León 2010: 506) De otro lado, esta carta constitucional fue la primera en tener realmente vocación normativa, dado que, entre otras características, les dio rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos (artículo 105), lo cual facilitaba un mayor margen de protección de los derechos, y en particular de los Desca (Espinosa-Saldaña y Cruces 2015: 103).

Finalmente, la Constitución de 1993, vigente hasta la actualidad, también fue promulgada con el modelo de Estado social y democrático de derecho, pues en su artículo 43 indica que "La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana".

Sin embargo, su texto redujo el contenido de los derechos consagrados en la Constitución de 1979 (Rubio Correa 1999: 11), pues el constituyente buscó dar una atención mínima a los Desca, en correspondencia al contexto ideológico del neoliberalismo, que acoge el modelo mínimo del Estado y de los servicios que debe brindar (León 2010: 506). Pese a dicha reducción, en la práctica no hubo un vaciamiento al contenido de los derechos, pues, teniendo en cuenta las características del modelo de Estado constitucional, podemos concluir que la Constitución de 1993 es considerada,

[13] El diseño social de la cláusula de Estado social involucra una estrecha relación entre los derechos fundamentales y el bien común, de modo que el ejercicio de los primeros debe ser compatible con la satisfacción de los derechos de terceros (bien común). El diseño social también determina que las medidas que se adopten tengan por finalidad garantizar la igualdad material, enfocando especial protección a la población en situación de vulnerabilidad.

además de una norma política, una norma jurídica que vincula, razón por la cual contiene mandatos normativos exigibles. Asimismo, todos los derechos que reconoce, tanto explícita como implícitamente, tienen el mismo valor, al fundarse en el principio de dignidad, generan obligaciones positivas y negativas a la vez, y se interpretan a la luz de principios como la cláusula de Estado social.

En base a lo señalado, se puede afirmar que, si bien el Constituyente de 1993 redujo la disposición que contenía el derecho a la salud, reconocido en los artículos 7 y 9 de la Constitución de 1993, se debe entender que este derecho no perdió su contenido. Ello debido a que el derecho a la salud se configura e interpreta conforme a las características del Estado social y democrático de derecho, conforme se observa a continuación.

1.1.1. El derecho a la salud vincula a todos los poderes públicos y a la sociedad.

El derecho a la salud está conformado por un haz de *posiciones ius fundamentales* que vinculan a todos los poderes públicos y a la sociedad.

Al respecto, si bien en el apartado 1.2 de la presente investigación se desarrollarán los alcances de las posiciones *ius fundamentales* que se derivan del artículo 7 de la Constitución de 1993, que reconoce el derecho a la salud, importa ahora destacar que una de tales posiciones es "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental".

La fuerza vinculante de dicha posición *ius fundamental*, así como de todas las que se derivan del artículo 7 de la Constitución, que reconoce el derecho a la salud, obliga a todos los poderes públicos a respetar, proteger y garantizarlas, pese a que dicho artículo hace mención únicamente a la protección. Finalmente, la fuerza vinculante del derecho a la salud permite su exigibilidad.

Así, en mérito al carácter vinculante del derecho a la salud, reconocido en el artículo 7 de la Constitución, con los poderes públicos, el legislador desarrolló el contenido de este derecho a través de la adopción de la Ley Nº 26842, Ley General de la Salud[14], en la cual especificó un conjunto de obligaciones del Estado peruano, que tienen por objeto respetar y garantizar el derecho a la salud. Asimismo, definió el contenido del derecho a la salud mental en su artículo 11 – modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley Nº 30947[15], "Ley de salud mental" – como el derecho de toda persona a gozar del más alto nivel posible de salud mental, sin discriminación alguna.

Por su parte, dado que la fuerza vinculante del derecho a la salud permite su exigibilidad, hay muchos casos que se han judicializado en la vía constitucional y finalmente el Tribunal Constitucional ha ordenado que el Estado cumpla con garantizarlo. Por ejemplo, en el caso recaído en el Expediente 2480-2008-PA/TC[16] (caso Medina Villafuerte), la parte demandante solicitaba que se le otorgue a don Ramón Medina Villafuerte atención médica y hospitalaria permanente e indefinida, así como la provisión de medicamentos necesarios para el tratamiento de su enfermedad mental, frente a lo cual el Tribunal declaró fundada la demanda, señalando que por las circunstancias de

[14] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 20 de julio de 1997.
[15] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de mayo de 2019.
[16] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de abril de 2009.

cada caso, el Estado tenía la obligación de garantizar la efectiva protección del derecho a la salud mental del afectado.

1.1.2. El derecho a la salud tiene el mismo valor que los demás derechos.

El derecho a la salud tiene el mismo valor que todos los demás derechos del ordenamiento jurídico, pues se fundamenta en el principio de dignidad (artículo 1 de la Constitución) y su garantía se reitera en la cláusula abierta de los derechos fundamentales (artículo 3 de la Constitución).

Sobre el particular, la cláusula abierta de los derechos fundamentales, establecida en el artículo 3 de la Constitución[17], señala que la enumeración de los derechos fundamentales en el capítulo I de la Constitución, no excluye a los demás que la Constitución garantiza. Como se indicó previamente, el derecho a la salud se encuentra reconocido en los artículos 7 y 9 de la Constitución, los cuales están ubicados en el capítulo II de la Constitución. Consecuentemente, si bien las disposiciones constitucionales que reconocen el derecho a la salud no se ubican en el capítulo I de la Constitución, son considerados derechos fundamentales plenamente garantizados por la Constitución. Esto coincide con una tesis temprana de Castillo, que señala que en la constitución peruana actual, todos los derechos constitucionales son derechos fundamentales, en mérito a dicha cláusula abierta (Castillo 2014: 144).

Por su parte, desde el punto de vista jurídico – constitucional, el principio de dignidad, al ser el fin supremo del Estado y la sociedad, les impone el deber de proteger y promover todos los derechos fundamentales, sin distinción. Consecuentemente, la protección del derecho a la salud tiene el mismo valor que los demás derechos, por cuanto coadyuvan a alcanzar el mismo fin supremo del Estado y la sociedad, el cual es garantizar la dignidad.

En ese sentido, teniendo en cuenta que el derecho a la salud tiene el mismo valor que los demás derechos, el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la salud es autónomo e independiente al sustentarse en el principio de dignidad humana (STC 05842-2006-HC/TC[18], fund. 48).

LEÓN ha observado que el Tribunal Constitucional, en una primera etapa (con el caso Juan Islas Trinidad y otros), interpretó que el derecho a la salud era innominado y se encontraba vinculado con los derechos a la vida, a la integridad física y dignidad de la persona; luego, en un segundo momento (con el caso Azanca Alhelí Meza García), entendió que el derecho a la salud es un derecho social cuyo carácter fundamental solo es cuando están en juego otros derechos, como la vida; posteriormente, en un tercer periodo (con el caso Correa Condori), reconoció que el derecho a la salud era un derecho autónomo aunque su fundamentalidad dependía de su relación con el derecho a la vida; y, finalmente, en una cuarta etapa (con el caso Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado-Hideyo Noguchi), que es la actual, entiende que el derecho a la salud es un derecho fundamental, independiente y autónomo (León 2014: 394).

[17] Constitución Política del Perú
"Artículo 3.- Derechos Constitucionales. Númerus Apertus.
La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".
[18] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 24 de octubre de 2009.

En todo caso, se aprecia que el alcance del derecho a la salud, reconocido en la Constitución de 1993, ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en dos etapas muy marcadas. La primera (desde el caso Juan Islas Trinidad y otros hasta el caso Correa Condori), en la que no se le daba al derecho a la salud el mismo valor que a los demás derechos reconocidos, pues su fundamentalidad y tutela estaban sujetos al vínculo que tenía con otros derechos. La segunda (desde el caso Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado-Hideyo Noguchi hasta la actualidad), en la que se entiende que el derecho a la salud tiene el mismo valor que todos los demás derechos, pues es un derecho fundamental por sí mismo, con autonomía e independencia en su tutela, lo que es coherente con el modelo de Estado recogido en la Constitución actual.

1.1.3. El derecho a la salud se interpreta en virtud de la cláusula de "Estado social".

El contenido del derecho a la salud se determina buscando entre sus fines alcanzar la justicia social y satisfacer las necesidades básicas. Asimismo, en virtud de la cláusula de Estado social, los poderes públicos deben adoptar medidas que garanticen y respeten el derecho a la salud.

En efecto, el derecho a la salud se interpreta en virtud del principio de Estado social por cuanto su contenido se determina con el fin de alcanzar la justicia social. Al respecto, como se indicó anteriormente, la cláusula de Estado social coadyuva a garantizar la igualdad material (Orbegoso 2018: 42), la cual tiene por objeto alcanzar la justicia social. El artículo 6[19] de la Ley N° 30947, Ley de salud mental, ha establecido como prioridad el cuidado de la salud mental en poblaciones en situación de vulnerabilidad, conformada por los niños, adolescentes, mujeres y adultos mayores. Esta disposición legal persigue dar una protección especial a tales sujetos, con la cual se les garantice un desarrollo saludable, con calidad de vida. La protección especial coadyuva a garantizar la igualdad material de este sector de la población, lo que contribuye a materializar la justicia social.

De otro lado, en aplicación de la cláusula de Estado social, el derecho a la salud mental se interpreta con el objeto de satisfacer las necesidades básicas de los individuos. A este respecto, el principio de Estado social involucra la obligación de satisfacer las necesidades básicas de los individuos (Escobar 2012: 370).

Un caso en el que se observa la protección del derecho a la salud mental y su conexión con las necesidades básicas, es el resuelto en la sentencia recaída en el expediente 194-2014-PHC/TC (analizado en el capítulo 2 de esta investigación). Se solicitaba que se retiren las rejas metálicas y el tapiado colocadas alrededor de la habitación del beneficiario, porque lo mantenían encerrado. El Tribunal Constitucional resolvió declarar fundada la demanda por considerar que, si bien el beneficiario padecía de síndrome orgánico cerebral crónico psicótico y retardo mental profundo, no había justificación razonable conforme con el modelo social de la protección de las personas con discapacidad, para su encierro. En este ejemplo se observa que, haciendo una interpretación conforme a la cláusula de Estado social, corresponde ordenar que se retiren las rejas y el tapiado de la habitación del beneficiario, pues estas condiciones le

[19] Ley 30947, Ley de salud mental
"Artículo 6. Prioridades en salud mental
En salud mental, se considera prioritario:
1. El cuidado de la salud mental en poblaciones vulnerables: primera infancia, adolescencia, mujeres y adultos mayores, bajo un enfoque de derechos humanos, equidad de género, interculturalidad e inclusión social, que garanticen el desarrollo saludable y la mejor calidad de vida de las personas, familias y comunidades.
(…)".

generan padecimientos, con lo cual no se satisfacen las necesidades básicas del beneficiario.

Asimismo, en virtud de la cláusula de Estado social, los poderes públicos deben adoptar medidas que garanticen y respeten el derecho a la salud. Sobre el particular, la Administración Pública debe adoptar políticas con contenido social (Orbegoso 2018: 74-84), de modo que se coadyuve a garantizar el derecho a la salud de la comunidad. El artículo 4 del Decreto Supremo Nº 007-2020-SA, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley Nº 30947, Ley de Salud Mental, establece que las entidades de los diversos sectores y niveles de gobierno incorporan, de acuerdo a sus competencias, a la salud mental[20]. Como se puede advertir, el artículo 4 del Decreto Supremo N° 007-2020-SA, se encuentra en la línea de un enfoque social, que busca garantizar el derecho a la salud mental de la comunidad de manera transversal, en todos los sectores estatales, pues incluye a la salud mental en todas las políticas públicas.

Por su parte, en atención al principio de Estado social, los derechos se interpretan teniendo en cuenta su dimensión social (González 2002: 55-67). Un ejemplo de ello se advierte en la sentencia recaída en el Expediente 4007-2015-PHC/TC[21] (analizada en el capítulo 2 de la presente investigación), en la cual pese a que el beneficiario de la demanda había sido excarcelado por cumplir su condena, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el fondo del asunto y declaró el estado de cosas inconstitucional con respecto a la situación de la salud mental de las personas que se encuentran internadas en los establecimientos penitenciarios del país. Se declaró el estado de cosas inconstitucional tras advertir que la situación del favorecido era representativa de todo un grupo de personas que estaban internadas en establecimientos penitenciarios, pero tenían problemas de salud mental que no habían sido diagnosticadas ni recibían tratamientos (fund. 72).

En ese caso se advierte que, en virtud de la cláusula de Estado social, el órgano jurisdiccional se legitima para tutelar la dimensión social del derecho a la salud mental de todos los reclusos de los centros penitenciarios que padecen problemas de salud mental, sin ser diagnosticados o tratados.

1.1.4. El contenido del derecho a la salud se interpreta conforme a los tratados internacionales.

[20] Decreto Supremo Nº 007-2020-SA, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley Nº 30947, Ley de Salud Mental

"Artículo 4. Inclusión de la salud mental en todas las políticas nacionales

Para el establecimiento de los lineamientos de política para la salud mental, en el marco de las políticas nacionales multisectoriales y sectoriales de salud, así como para el diseño, desarrollo y ejecución de acciones, actividades, planes, programas y servicios para el cuidado integral de la salud mental en todo el país, que incluyan la creación, fortalecimiento e implementación del modelo de atención comunitaria en salud mental, se toma en cuenta lo siguiente:

4.1 Los ministerios y las instituciones de diversos sectores que se encuentran en el ámbito de aplicación de la Ley consideran a la salud mental como derecho de los(as) ciudadanos(as) en todo el curso de vida, protegiéndola y promoviéndola en sus políticas, en concordancia con las Políticas Nacionales y los convenios internacionales ratificados por el Estado Peruano.

4.2 Las entidades de los diversos sectores y niveles de gobierno incorporan, de acuerdo a sus competencias, a la salud mental en los procesos de planificación, financiamiento, gestión, implementación, supervisión, seguimiento y evaluación de acciones en salud (…)".

[21] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 18 de diciembre de 2019.

El contenido del derecho a la salud exige considerar lo dispuesto por los diversos documentos y tratados internacionales sobre derechos humanos, tanto del sistema regional como del universal. Y es que en el ordenamiento jurídico peruano la protección de los derechos es multinivel. Una protección multinivel consiste en la interacción del sistema nacional con el internacional para garantizar los derechos (Urueña 2013: 309), por lo que en nuestro sistema la protección de los derechos fundamentales de la Constitución se integra con los tratados internacionales tanto a nivel positivo (artículo 55 de la Constitución) como interpretativo (en virtud de la IV disposición final y transitoria de la Constitución). (Expediente 01417-2005-AA/TC[22], fund. 9)

Así, en el ámbito regional, el artículo 26[23] de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) reconoce la obligación de los Estados parte de adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los Desca. En esa línea, el artículo 10[24] del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (también conocido como Protocolo de San Salvador) reconoce el derecho a la salud, entendiendo que garantiza el más alto grado de bienestar físico, mental y social.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha interpretado de manera variada la protección de los Desca, y en específico el derecho a la salud, derivada de la CADH y el Protocolo de San Salvador.

En el caso 5 pensionistas vs. Perú[25], la Corte IDH interpretó que la progresividad de los Desca, referida en el artículo 26 de la CADH, se medía en función de su cobertura sobre un conjunto de la población y no de las circunstancias de un muy limitado grupo de personas.

---

[22] Publicado en la web del Tribunal Constitucional, el 12 de julio de 2005. No se tiene referencia de la fecha de su publicación en el diario oficial *El Peruano.*

[23] Convención Americana de Derechos Humanos

"Artículo 26. Desarrollo Progresivo

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados".

[24] Protocolo de San Salvador

"Artículo 10

Derecho a la Salud

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

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;

b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;

c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;

d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;

e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y

f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables."

[25] Corte IDH. Caso 5 pensionistas Vs. Perú, sentencia de 28 de febrero de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 147-148.

Sin embargo, en el caso Lagos del Campo vs Perú[26], la Corte IDH estableció por primera vez la condena específica de manera autónoma por afectación del artículo 26 de la CADH (Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile 2018: 100). Indicó que se violaba el artículo 26 de la CADH, en concordancia con el artículo 29 de la misma, pues se había menoscabado el derecho a la estabilidad laboral, reconocido en los artículos 45, 46 y 34 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y el artículo XIV de la Declaración Americana, del señor Lagos del Campo.

Posteriormente, en el caso Poblete Vilchez vs. Chile[27], la Corte IDH garantiza por primera vez de manera directa y autónoma el derecho a la salud de las personas mayores (Díaz-Tendero 2019: 111). La Corte IDH visibilizó la protección de grupos en situación de vulnerabilidad e hizo precisiones sobre las obligaciones que se derivan de los Desca. Señala que del artículo 26 de la CADH se desprenden 2 obligaciones: a) adopción de medidas progresivas; y b) adopción de medidas inmediatas. Las primeras implican la obligación concreta y constante de avanzar tan rápido como sea posible, rumbo a la plena efectividad de los Desca. Y, las segundas consisten en adoptar medidas que garanticen el acceso sin discriminación a las prestaciones de los derechos.

Luego del caso Poblete Vilchez vs. Chile, la Corte IDH ha continuado pronunciándose sobre los Desca en otros casos, como Cuscul Piraval vs Guatemala[28], Muelle Flores vs. Perú[29], entre otros.

De otro lado, en el sistema universal, el artículo 25[30] de la Declaración Universal de Derechos Humanos[31] (DUDH), reconoce a la salud como parte del derecho a un nivel de vida adecuado.

En esa línea, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc) reconoce el derecho a la salud. Sobre el particular, luego de la adopción de la DUDH, se ordenó la elaboración de un tratado internacional que contuviera todos los derechos que habían sido reconocidos por ella (derechos civiles y políticos y Desca). Sin embargo, factores como la presión de los países occidentales que sostenían que los derechos civiles y políticos podían ser garantizados de manera inmediata, en tanto que los Desca sólo podían ser progresivamente, originaron que se emitieran dos tratados por separado, uno conocido como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el otro denominado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Mariño 1998, 86).El Pidesc, que entró en vigor en

[26] Corte IDH. Caso Lagos del Campo vs. Perú, sentencia de 31 de agosto de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 141-154. En el párrafo 143 la Corte IDH señaló:
"143. Respecto a los derechos laborales específicos protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, la Corte observa que los términos del mismo indican que son aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA."
[27] Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, sentencia de 8 marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 104-
[28] Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y Otros vs. Guatemala, sentencia de 23 de agosto de 2018 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).
[29] Corte IDH. Caso Muelle Flores vs. Perú, sentencia de 06 de marzo de 2019 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
[30] Declaración Universal de Derechos Humanos
"artículo 25
1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (…)".
[31] Fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

1976, reconoce los Desca y determina el conjunto de obligaciones que los Estados tienen con la finalidad de proteger y garantizar estos derechos.

En cuanto a la salud, el artículo 12[32] del Pidesc lo define como el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, esto es, su ámbito de protección no se restringe a la sola ausencia de enfermedades (Alto Comisionado de Naciones Unidas 2008: 6).

De lo expuesto en los tratados internacionales referidos, se puede concluir que si bien en un principio, con la DUDH, se consideraba que el derecho a la salud era parte del derecho a un nivel de vida adecuado; luego se le entiende como un derecho autónomo, que por sí mismo garantiza el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico y mental.

En consecuencia, en virtud de la protección multinivel, el derecho a la salud, reconocido en la primera parte[33] del artículo 7 de la Constitución peruana vigente, garantiza el más alto nivel posible de bienestar físico y mental.

Finalmente, la segunda parte[34] del artículo 7 de la Constitución garantiza la protección de las personas con discapacidad tanto física como mental. A tal efecto, a nivel universal existe un tratado que es relevante para la protección de la salud mental cuando hay una discapacidad de por medio, dado que con él se establece un nuevo modelo para entender a la discapacidad. Dicho documento internacional es la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que entró en vigor el año 2008, la cual reconoce derechos y determina medidas que los Estados deben cumplir, tomando como base el modelo social de discapacidad cuya finalidad consiste en garantizar la autonomía de las personas con discapacidad.

Al respecto, cabe señalar que existen tres modelos en el tratamiento de la discapacidad, los cuales son: a) modelo de la prescindencia; b) modelo médico o rehabilitador; y c) modelo social.

Bajo el modelo de la prescindencia se consideraba que la discapacidad era un castigo divino y las personas con discapacidad eran una carga que no aportaba nada a la comunidad, por lo que su prescindencia se encontraba justificada (Palacios 2008: 37). De otro lado, en el modelo médico se entendía que la discapacidad era una anomalía o

---

[32] Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
"Artículo 12
1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad".

[33] Constitución Política del Perú
"artículo 7.- Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa […]"

[34] Constitución Política del Perú
"artículo 7.- […] La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad."

desperfecto físico o mental y las personas con discapacidad aportaban a la sociedad en la medida que se rehabilitaban e integraban a la sociedad, por lo que si su normalización no se lograba su aislamiento resultaba justificado (Palacios 2008: 66). En tanto que el modelo social tiene como presupuesto que la discapacidad no es de origen religioso ni científico, sino social, en la medida que es la propia sociedad quien la limita al no prestar servicios apropiados; asimismo, en base al principio de dignidad humana, lo que aporten a la sociedad los individuos con discapacidad se encuentra íntimamente relacionado con la inclusión y la aceptación de la diferencia, por lo que las políticas a ser adoptadas no deben apuntarse individualmente a la persona afectada, sino más bien deben estar dirigidas hacia la sociedad para que ésta se adecúe a los individuos con discapacidad (Palacios 2008: 103-104)[35].

En ese sentido, si bien la protección especial que establece la segunda parte del artículo 7 de la Constitución se refiere a la persona incapacitada; conforme al modelo social, debe entenderse como protección especial para las *personas con discapacidad*, pues la discapacidad no es un límite, sino, por el contrario, es la sociedad la que limita a los individuos con discapacidad al no adecuarse a ellos; asimismo, el régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad debe estar dirigido hacia la adaptación de la sociedad a las personas con discapacidad.

En atención a todo lo señalado, se concluye que el derecho a la salud mental se encuentra reconocido en el artículo 7 de la Constitución Política del Perú vigente, el mismo que, pese a que se enmarcó en el contexto ideológico del neoliberalismo; su alcance debe determinarse en correspondencia con el modelo de Estado constitucional. En virtud de ello, está conformado por un haz de posiciones *ius fundamentales*, entre los cuales se encuentra el "derecho de acceso a los servicios de salud mental", la cual vincula a todos los poderes públicos y a la sociedad, es un derecho que tiene el mismo valor que todos los demás derechos, y se interpreta conforme a la cláusula del Estado Social.

Asimismo, en virtud de la protección multinivel, el derecho a la salud debe ser considerado un derecho que garantiza el más alto grado de bienestar físico y mental, garantizándose, fundamentalmente, en la segunda parte del artículo 7 de la Constitución, la protección correspondiente a las personas con discapacidad.

A continuación, con el marco teórico y normativo del derecho a la salud planteado, desarrollaré la relación entre el derecho a la salud mental y su posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental", sobre la cual se identificarán las obligaciones del Estado peruano, la aplicación de éstas en nuestra realidad y la posibilidad de su exigibilidad.

1.2.- *Contenido del derecho de acceso al servicio de salud mental*

Conforme a lo señalado anteriormente, el derecho a la salud mental se encuentra reconocido en el artículo 7 de la Constitución Política del Perú de 1993. Al respecto, el derecho a la salud es multidimensional, pues implica la consecución de varios estándares de calidad de vida, tales como los físicos, mentales, etc. (Müller 2014: 26). En consecuencia, el derecho a la salud comprende la protección de la salud mental.

[35] Si bien la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad adopta el modelo social de discapacidad, antes se habían aprobado tratados internacionales que tenían como base el modelo rehabilitador, pues entendían a la discapacidad como una limitación que debía ser normalizada. Así, tales tratados fueron la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, proclamada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 1971, la Declaración de los Derechos de Los Impedidos, proclamada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1975, entre otros.

Asimismo, el derecho a la salud se constituye como un derecho fundamental y como un servicio público (STC 2480-2008-AA/TC[36], fund. 5-9) (Parra 2003: 39).

En cuanto servicio público, el derecho a la salud mental implicaría la prestación pública de servicios encaminada a lograr una de las funciones-fines del Estado, que en este caso es la plena garantía y protección de la salud mental. Y es que un servicio público se refiere a una prestación pública que explicita una de las funciones-fines del Estado, que puede ser ejecutada por el mismo Estado o por terceros bajo fiscalización estatal (STC 0853-2005-AA/TC[37], fund. 8). En ese sentido, el servicio público de salud se encuentra encaminado a la realización del derecho a la salud (Parra 2003: 48), que es uno de los fines del Estado. Y, la salud como servicio público garantiza que las prestaciones sean ofrecidas de modo ininterrumpido, constante e integral (STC 2480-2008-AA/TC[38], fund. 8).

Y, como derecho fundamental, el derecho a la salud mental garantiza, en concordancia con lo protegido por el sistema multinivel, el más alto grado de bienestar mental de toda persona. De dicho contenido, en el marco del modelo de Estado constitucional, advertimos tres elementos: a) el sujeto titular del derecho a la salud mental es toda persona; b) los sujetos obligados son todos los poderes públicos y la sociedad; y c) "el más alto grado de bienestar mental" involucra un conjunto de obligaciones.

Dado que el Tribunal Constitucional, al determinar el contenido de los derechos fundamentales, en casos como Anicama Hernández (STC 1417-2005-AA/TC), ha utilizado la estructura de los derechos fundamentales planteada por Robert Alexy (titular, destinatario y objeto del derecho fundamental, Alexy 2012: 164) – lo que no obsta que existen otras estructuras de derechos fundamentales[39] –, donde precisamente se abordan los elementos referidos en el párrafo anterior, a continuación desarrollaremos el contenido del derecho a la salud mental utilizando la estructura de Alexy.

1.2.1.- *Estructura del derecho a la salud: identificación del derecho de acceso a servicios de salud mental*

Para Robert Alexy, los derechos fundamentales son un todo integrado por tres tipos de entidades: una disposición, normas y posiciones *ius fundamentales* (Alexy 1997: 240). Tanto las normas y como las posiciones *ius fundamentales* se adscriben de la disposición de derecho fundamental (Bernal 2015: 1571).

Las disposiciones son una serie de signos lingüísticos que se encuentran en el texto constitucional (Borowski 2003: 27). Así, el artículo 7 de la Constitución del Perú es una disposición que reconoce, en su primera parte, el derecho a la salud, pues enuncia un conjunto de signos lingüísticos que hacen referencia al derecho de protección de la salud: "Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa (…)".

[36] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de abril de 2009.
[37] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de julio de 2007.
[38] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de abril de 2009.
[39] La estructura de los derechos fundamentales planteada por ROBERT ALEXY no es la única, pues se advierte en la doctrina que hay otras teorías, como la formulada por FRIEDRICH MÜLLER, quien plantea que la estructura de los derechos fundamentales está conformada por el texto de la norma, el programa de la norma, el ámbito de la norma, la norma jurídica y la norma de decisión (Muller 2006: 234-247).

Cabe señalar que en la segunda parte de la disposición referida se enuncia un conjunto de signos lingüísticos que hacen referencia a la protección especial de las personas con discapacidad física o mental que no pueden velarse por sí mismas: "(…) La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad".

Por su parte, **las normas** se desprenden de las disposiciones y expresan un mandato (Borowski 2003: 27), esto es, son aquello que expresa un enunciado o disposición (Alexy 2012: 155). En este sentido, las normas son los posibles sentidos interpretativos que pueden ser válidas, si son conforme con el ordenamiento jurídico, o inválidas, si no se adecúan al mismo (Borowski 2003: 29). A manera de ejemplo, las normas que se desprenden de la disposición que contiene el artículo 7 de la Constitución peruana, referido en el párrafo anterior, son:

a) Toda persona tiene derecho a no contraer la infección del virus de la gripe.	→	**Es una afirmación que expresa un sentido interpretativo vinculado con el derecho a la salud. Sin embargo, es una norma inválida en la medida que brinda una cobertura que no es conforme con el contenido del derecho a la salud. Y es que el más alto grado de bienestar físico no garantiza no enfermarse.**
b) Toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud física.	→	Es una afirmación que expresa un sentido interpretativo del derecho a la salud. Y es una norma válida porque mediante el acceso a servicios de salud física, tanto preventivos como curativos, se logra el mantenimiento del más alto grado de bienestar físico.
c) Toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental.	→	Es una afirmación que expresa un sentido interpretativo del derecho a la salud mental. Y es una norma válida porque mediante el acceso a servicios de salud mental, tanto preventivos como curativos, se logra el mantenimiento del más alto grado de bienestar mental.

Finalmente, **las posiciones *ius fundamentales*** son un caso especial de norma (Borowski 2003: 26), pues son las normas de derecho fundamental válidas. La forma más común en que se presentan es mediante una estructura triádica compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto (Bernal 2007: 85 – 90). A manera de ejemplo, de las tres normas expuestas en el párrafo anterior, se puede advertir que solo dos son posiciones *ius fundamentales*, al ser normas válidas por encontrarse conforme con el ordenamiento jurídico peruano:

Norma	**Posición *ius fundamental***

a) Toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud física.	→	Posición *ius fundamental* por ser norma válida.	Sujeto activo: Toda persona Sujeto pasivo: El Estado y la sociedad Objeto: obligaciones básicas, inmediatas y progresivas
b) Toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental	→	Posición *ius fundamental* por ser norma válida.	**Sujeto activo:** Toda persona **Sujeto pasivo:** El Estado y la sociedad **Objeto:** obligaciones básicas, inmediatas y progresivas

Dado que en el presente trabajo de investigación se determinarán criterios que permitan exigir judicialmente el acceso a servicios de salud mental, se analizará la estructura triádica de la posición *ius fundamental* adscrita a la norma "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental", que se deriva de la disposición que contiene el artículo 7 de la Constitución, referido al derecho a la salud.

1.2.1.1. Sujeto activo

En términos generales, el sujeto activo es el titular del derecho, que puede ser una persona física o jurídica (Alexy 2012: 164).

La titularidad es la concreta atribución de un derecho o deber fundamental que el ordenamiento ha realizado a favor de un individuo, generando con ello las diversas posiciones jurídicas en las que el individuo se relaciona con el poder público o con particulares (Bastida y otros 2004: 84).

Ahora bien, todas las personas son titulares de derechos fundamentales, en tanto que estos pertenecen a todo sujeto por igual. Esta generalización se sustenta en el principio de universalidad de los derechos. El principio de universalidad se deriva del principio de dignidad y del derecho internacional de los derechos humanos, y consiste en que los derechos pertenecen a todos por igual, sin excepción. Consecuentemente, en virtud del principio de universalidad, no hay privilegio para ser titulares de derechos fundamentales. (Escobar 2012: 573-577)

En lo que respecta a la titularidad de los Desca, en la doctrina se advierten, principalmente, tres posturas que plantean quiénes son los titulares de las prestaciones que generan los derechos sociales:

a) Los que consideran que los beneficiarios de los Desca son individuos en tanto que pertenecen a colectividades o grupos sociales, entre los que se encuentra G. Cicala[40]. Plantean que los derechos sociales protegen las necesidades colectivas de grupos sociales. La colectividad a la que se refiere esta tesis está conformada por los grupos sociales en situación de vulnerabilidad como las personas con discapacidad, las minorías étnicas, los ancianos, entre otros.

   Bajo esta óptica, los derechos sociales tienen por finalidad superar las desigualdades sociales y mejorar las condiciones materiales de vida de

[40] Cicala, G., *Diritti social e crisi del diritto soggetivo nel sistema costituzionale italiano,* Nápoles, 1967.

determinados sectores de la sociedad, por lo que la tutela de estos derechos se realiza en atención a la pertenencia de colectividades que se encuentran en situación de vulnerabilidad (Gonzáles 2012: 162-163). A manera de ejemplo, para esta postura, una persona con discapacidad es beneficiaria de los Desca en tanto forme parte del colectivo de personas con discapacidad.

Al respecto, este planteamiento contraviene la característica de la universalidad en la titularidad de los derechos. En efecto, como se indicó previamente, el principio de universalidad en la titularidad del derecho refiere que toda persona es titular de derechos (Escobar 2012: 573). El enfoque adoptado en este apartado atribuye la titularidad del derecho a los individuos en tanto que pertenecen a colectividades determinadas. De lo expuesto, se observa que esta perspectiva excluye de la titularidad del derecho a aquellos sujetos que no pertenecen a colectividades, razón por la cual contraviene el principio de universalidad, que generaliza la titularidad del derecho.

b) Los que afirman que los beneficiarios de los Desca son únicamente los trabajadores, entre los que se encuentra J. Vilas Nogueira. Sostienen que los Desca surgen de la relación de producción entre el trabajador y el empleador, en la cual el trabajador ocupa una posición que necesita de mayor protección que la del empleador (Vilas 1980: 117-118).

   Al respecto, esta postura contraviene la característica de la universalidad de los derechos y excluye la protección de Desca distintos a los laborales.

   En efecto, esta perspectiva contraviene la universalidad de los derechos, en tanto que excluye la titularidad de los Desca a aquellos individuos que no son trabajadores. Como se indicó *supra,* en virtud del principio de universalidad de la titularidad de los derechos, toda persona es titular potencial de los derechos (Escobar 2012: 577). No obstante, la tesis de este apartado limita la titularidad de los Desca a únicamente los trabajadores. En ese sentido, dado que en virtud del principio de universalidad los Desca no pertenecen únicamente a los trabajadores, la perspectiva de este apartado excluye la titularidad de los derechos a toda persona que no se encuentre en la posición de trabajador.

   Asimismo, este enfoque suprime derechos distintos a los laborales, que también son Desca. Al respecto, en el Pidesc se han reconocido como Desca a los derechos a la vivienda (artículo 11), salud (artículo 12), educación (artículo 13), cultura (artículo 15), entre otros. En esa línea, en la Constitución Peruana vigente también se encuentran reconocidos los derechos a la salud (artículo 7), pensión (artículo 10), educación (artículo 13), entre otros. Sin embargo, la perspectiva descrita en este apartado únicamente considera como Desca a los derechos laborales. Por consiguiente, esta tesis restringe la identificación de derechos como Desca, apartando a derechos que, sin ser en estricto laborales, son Desca, como la salud, vivienda, educación, etc.

c) Los que entienden que los titulares son todos los individuos independientemente de pertenecer o no a una colectividad, conformado por autores como Beatriz Gonzáles Moreno y B. De Castro. Entienden que los derechos sociales tutelan intereses individuales y no la de un colectivo (Gonzáles 2012: 168 - 169), aunque, eso sí, puede extenderse su titularidad a ciertos colectivos en función a su situación de vulnerabilidad, como los pueblos indígenas. Uno de los sustentos de esta postura es la universalidad de los derechos, pues en función a esta

característica los derechos pertenecen a todo individuo, independientemente de pertenecer o no a un grupo. Esta es la tesis más adoptada en la doctrina moderna.

De las tres posturas expuestas, se advierte que la que se encuentra acorde con el modelo de Estado social y democrático de derecho, es la tercera, la cual propone que todo individuo es titular de los Desca. Ello debido a que es una manifestación de la característica de la universalidad de los derechos y no se restringe solo a los derechos de índole laboral.

Teniendo en cuenta lo señalado, el sujeto activo de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental", es toda persona. En ese sentido, toda persona es titular del derecho a la salud.

1.2.1.2. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo es el destinatario u obligado de garantizar y respetar el derecho, conformado por el Estado y particulares (Alexy 2012: 164).

La existencia de un obligado a garantizar el derecho se sustenta en la fuerza vinculante de la Constitución en un Estado social y democrático de derecho, dado que la Constitución proyecta su fuerza sobre los derechos fundamentales, por lo que éstos también vinculan a todos, esto es, al Estado y a la sociedad.

En cuanto al derecho a la salud, los obligados son el Estado y todos los integrantes de la sociedad, conformada por los particulares, los profesionales de la salud, las familias, las organizaciones de la sociedad civil, la empresa privada, entre otros (Parra 2003: 52).

Así las cosas, los destinatarios u obligados de garantizar el derecho el derecho de acceso a los servicios de salud mental, pueden ser el Estado y la sociedad.

Si el obligado es el Estado, su relación con el titular refleja la denominada eficacia vertical de los derechos fundamentales (Bastida, Villaverde, Requejo, Presno, Alaéz, Fernández 2004: 98). Esta relación manifiesta la dimensión objetiva del derecho, en la medida que el Estado está obligado a no intervenir en el contenido del derecho, así como a efectuar actuaciones necesarias que permitan el pleno desarrollo del derecho fundamental (Escobar 2012: 583).

Ahora bien, en el sistema constitucional, cada órgano del Estado ocupa diferente posición con relación a los derechos fundamentales, pues: *i)* el legislador, cuenta con mayor margen de libertad para definir los derechos, pues no está obligado a motivar sus decisiones, salvo después cuando se cuestionen sus intervenciones y límites; *ii)* el gobierno y la Administración, están obligados a aplicar la ley e interpretarla[41] conforme a la Constitución, mediante reglamentos de desarrollo y la adopción de alternativas que protejan en mayor medida las necesidades básicas de los titulares de los derechos fundamentales; y *iii*) los jueces y tribunales, están obligados a proteger los derechos fundamentales frente a toda intervención u omisión arbitraria. (Escobar 2012: 587-590)

[41] Esta interpretación no debe ser considerada equivalente a discrecionalidad de la Administración, pues en el marco de un Estado constitucional de Derecho, el cumplimiento del derecho es obligatorio. En ese sentido, la interpretación permite a la Administración elegir entre las medidas que más protegerían las necesidades básicas del titular del derecho. (Escobar 2012: 589)

Y, si la obligada es la sociedad, sea conformada por personas físicas o jurídicas, su relación con el titular refleja la denominada eficacia horizontal de los derechos fundamentales, y también nos encontramos en la dimensión objetiva de los derechos fundamentales.

En esta relación, la obligación de los particulares se ve modulada dependiendo de la posición concreta en la que se encuentran, pues los particulares ocupan posiciones muy diversas, como las relaciones escolares o sanitarias privadas, donde la posición de los sujetos privados se determina por la prestación de un servicio público que le equipara en ciertos aspectos a un poder público, o como las relaciones laborales, donde el empleador debe permitir el desarrollo de algunos derechos como libertad sindical o huelga (Bastida, Villaverde, Requejo, Presno, Alaéz, Fernández 2004: 101-102).

En todo caso, dado que el Estado es el sujeto obligado en primera instancia de satisfacer los Desca, la obligación de los terceros se deriva de una determinada regulación del Estado, quien es el responsable de diseñar, regular y supervisar las relaciones sociales entre sus distintos miembros (sujetos particulares o terceros) (Morales 2015: 67-68).

En cuanto a la prestación sanitaria ejecutada por particulares, el Estado es responsable de dicha actividad, pues brindan servicios cuyo interés es público y guarda relación con necesidades vitales, como es la salud (Villarreal 2019: 299).

A manera de ejemplo, en el derecho a la salud, así el paciente esté internado en un hospital público o en un hospital privado que tenga un convenio o contrato, la persona se encuentra bajo cuidado del Estado (Furfaro 2014: 95). Al respecto, la Corte idh, en el caso Suárez Peralta vs Ecuador, señaló que aun cuando el servicio de salud es privado, los Estados mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo[42] (Corte IDH 2013: párr. 144).

Un ejemplo de esta relación Estado – terceros – titulares de los derechos sociales, lo podemos advertir cuando una escuela privada (tercero) está obligada a proveer educación sin discriminación a los alumnos (titulares del derecho a la educación), donde el Estado a su vez tiene la obligación de velar porque la escuela preste el servicio educativo en estricto cumplimiento del mandato de no discriminación.

En base a lo expuesto, la obligación del sujeto pasivo de garantizar y proteger la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental", se sustenta en el efecto vinculante de la Constitución del modelo de Estado social y democrático de derecho. Esta obligación se encuentra en la dimensión objetiva del derecho. Asimismo, si el sujeto pasivo es el Estado, su relación con el titular refleja la eficacia vertical del derecho. Finalmente, si son los particulares los que brindan el servicio público de salud mental, su relación con el titular refleja la eficacia horizontal del derecho, sobre la cual el Estado, a través del Ministerio de Salud, asume su rol rector de normar, supervisar, fiscalizar y, si corresponde, sancionar en materia de salud, conforme a los artículos 2 y 4-A del Decreto Legislativo 1161[43], los cuales serán expuestos más adelante.

[42] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Peralta vs. Ecuador.
"[…] En ambas situaciones, ya sea que el paciente esté internado en un hospital público o en un hospital privado que tenga un convenio o contrato […], la persona se encuentra bajo cuidado del […] Estado". "Si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo"
[43] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de diciembre de 2013.

1.2.1.3. El objeto: contenido de la obligación

El objeto se refiere al ámbito de protección o garantía del derecho, compuesto por acciones positivas u omisiones (Alexy 2012: 164).

En el presente trabajo de investigación, el ámbito de protección o garantía del derecho a la salud mental está conformado por el conjunto de obligaciones que se derivan de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental".

Tales obligaciones serán analizadas a continuación, utilizando como base los criterios desarrollados por el Comité de Desc, a través de sus Observaciones Generales. Sobre el particular, el criterio interpretativo realizado por el Comité de Desc en la Observación General 14 se aplica en nuestro ordenamiento jurídico, en virtud de la protección multinivel y el principio de buena fe.

En efecto, la protección multinivel determina que los derechos fundamentales se garantizan con los sistemas interno e internacional (Urueña 2013: 309). La interacción de ambos sistemas funciona en nuestro ordenamiento jurídico en mérito al artículo 55 y la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución. Por ello, en aplicación de la protección multinivel, los criterios interpretativos del Comité de Desc, en torno a las obligaciones derivadas de los Desca, serían plenamente aplicables.

Por su parte, el principio de buena fe es un principio del derecho internacional, reconocido en el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969. Este principio supone un modelo ideal de conducta, que implica un actuar honesto, leal, probo, correcto, libre de subterfugios y sin malicia. En este sentido, el principio de buena fe evoca un actuar escrupuloso del Estado a la hora de cumplir las obligaciones y garantizar los derechos. (Novak 1997: 127) En esa línea, se entiende que, si el Estado peruano ha ratificado el Pidesc, debe interpretarse que, es respetuoso y acata las obligaciones establecidas en dicho pacto y lo que el Comité de Desc, como órgano especializado en la interpretación de este instrumento internacional, ha desarrollado sobre el contenido de los derechos que reconoce. Consecuentemente, en virtud del principio de buena fe, las interpretaciones realizadas por el Comité de Desc sobre las obligaciones que se derivan de los Desca, reconocidos en el Pidesc, se aplican plenamente en nuestro ordenamiento jurídico.

Aunado a lo expuesto, el Comité de Desc es el que más ha desarrollado el contenido de los Desca, derivados del Pidesc, sin perjuicio de los pronunciamientos de los órganos convencionales y no convencionales sobre los Desca.

Así, teniendo en cuenta las observaciones generales referidas por el Comité de Desc, los Desca generan obligaciones: i) básicas; ii) inmediatas; y iii) de cumplimiento progresivo (Abrámovich y Courtis 2002: 79-116).

Asimismo, la observancia del derecho a la salud requiere velar por la satisfacción de 4 características o elementos descritos por el Comité de Desc[44], las cuales son:

[44] Observación General Nº 14, párr. 12:
"12. El derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte:
a) Disponibilidad. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. La naturaleza precisa

disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad (Villarreal 2019: 292). Por ello, analizaremos las obligaciones mencionadas en el párrafo precedente teniendo en cuenta dichas características.

1.2.1.3.1. Las obligaciones básicas

En cuanto a las obligaciones básicas derivadas de los Desca, el Comité de Desc ha delimitado como estándares mínimos, cuyo alcance ha variado a lo largo de sus Observaciones Generales.

En una primera etapa, con la Observación General 3, el Comité de DESC consideró que existían obligaciones estatales mínimas que debían ser cumplidas, y que en caso no pudieran ser efectuadas, los Estados tenían que demostrar que habían realizado todo el esfuerzo para satisfacerlas (Observación General 3: párr. 10). Sin embargo, en una segunda etapa, con la Observación General 14, el Comité de DESC señaló que existen obligaciones estatales mínimas e indisponibles que debían ser cumplidas, y que bajo ninguna circunstancia los Estados Parte podían justificar su incumplimiento (Observación General 14: párr. 47).

---

de los establecimientos, bienes y servicios dependerá de diversos factores, en particular el nivel de desarrollo del Estado Parte. Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS.

b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos. ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades. iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos. iv) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.

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

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

En el ordenamiento jurídico peruano, el Tribunal Constitucional ha reconocido a estas obligaciones con la denominación de *obligación esencial mínima* (STC 1470-2016-HC/TC, fund. 27). Ha señalado que dicho contenido vinculante comprende niveles esenciales mínimos de cada uno de los derechos. Y, tomando como base la Observación General N° 3, considera que pueden ser incumplidos por el Estado en circunstancias especialmente justificadas, para lo cual debe demostrar que utilizó todos sus recursos disponibles para satisfacerlos (STC 1470-2016-HC/TC[45], fund. 27).

Como se puede observar, si bien el Tribunal Constitucional peruano reconoce a las obligaciones básicas, limita su alcance pleno, pues admite excepciones a su cumplimiento. Esto no se encuentra conforme con la Observación General 14 referida, que prescribe que no cabe su incumplimiento bajo ninguna circunstancia.

En suma, en virtud del criterio adoptado en la Observación General 14, del Comité de Desc, las obligaciones básicas son un estándar mínimo de obligaciones que deben ser garantizados por el Estado, independientemente de la situación en la que se encuentren (Parra 2006: 59). Dado que estas obligaciones no pueden ser desconocidas bajo ninguna circunstancia, su justiciabilidad[46] es inmediata y no cabe justificación alguna de su incumplimiento.

A fin de garantizar tales niveles esenciales, el Comité de Desc ha listado en sus observaciones generales un conjunto determinado de medidas para cada derecho.

Así, en relación con el derecho a la salud, las obligaciones básicas son indisponibles y no pueden incumplirse bajo ninguna circunstancia (Aldao y Clérico 2019: 349). Asimismo, en la Observación General 14, el Comité de Desc listó como obligaciones básicas del derecho a la salud mental, a las siguientes:

> […] el Comité considera que entre esas obligaciones básicas figuran, como mínimo, las siguientes:
> a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados; b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre; c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicos, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable; d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS; e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados, y periódicamente revisados, sobre la base de un proceso participativo y transparente; esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como el derecho a indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; el proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados (Observación General 14: 43).

En base a lo señalado, las obligaciones básicas que se derivan de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental", teniendo en cuenta las características de todo servicio de salud, serían:

[45] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 11 de marzo de 2020.

[46] La justiciabilidad, también denominada exigibilidad judicial o jurídica, consiste en el poder de los titulares del derecho para exigir judicialmente que los Estados respeten, protejan y garanticen el derecho (Vélez-Arango y González-López 2015: 123).

a) la obligación de garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud mental sobre una base no discriminatoria, en especial a los grupos vulnerables. Esta obligación se vincula con la accesibilidad, dado que esta característica exige el alcance geográfico y económico a los establecimientos, bienes y servicios de salud de todos los sectores de la población, en especial de los sectores más vulnerables y marginados de la población.

b) la obligación de facilitar medicamentos esenciales en el tratamiento de la salud mental. Esta obligación hace referencia a la disponibilidad, pues esta característica requiere que el Estado provea servicios que incluyan factores determinantes básicos de la salud, como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS.

c) la obligación de velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud mental. Esta obligación se relaciona, básicamente, con la disponibilidad y accesibilidad, ya que la distribución equitativa involucra la cobertura de centros de salud mental en todo el país, independientemente de la localidad donde se viva (disponibilidad), y el alcance geográfico a los centros de salud mental por todos los sectores de la población (accesibilidad).

d) la obligación de adoptar, sobre la base de pruebas epidemiológicas, una estrategia y plan de acción de salud mental pública. Esta obligación hace referencia a la disponibilidad, puesto que esta característica exige que el Estado cuente con programas.

1.2.1.3.2. Las obligaciones inmediatas

Con relación a las obligaciones inmediatas, en la Observación General 3 el Comité de Desc diferenció a las obligaciones inmediatas de las obligaciones de realización paulatina, llamadas también obligaciones progresivas (Observación General 3: párr. 1) (Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos 2005: 15).

Así, el Comité de Desc ha señalado que aunque el Pidesc (artículo 2 inciso 1) contempla la obligación de los Estados de lograr progresivamente –teniendo en cuenta la disponibilidad de recursos– la plena efectividad de los derechos que reconoce el Pacto, dicho documento también impone obligaciones con efecto inmediato, de las cuales, dos son particularmente importantes: a) garantizar derechos sin discriminación; y b) adoptar determinadas medidas (Observación General 3: párrafo 2 apartados 1 y 2) (Oficina en Colombia de la Organización de las Naciones Unidas para los derechos humanos 2005: 26) (Abramovich y Courtis 2006: 50). En esa misma línea, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado que a pesar que haya limitaciones de recursos, los Estados deben adoptar medidas de efecto inmediato, como garantizar el derecho a la salud sin discriminación y elaborar leyes y planes de acción a efectos de la plena realización de este derecho. (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos 2008: 6)

De lo expuesto, queda claro que las obligaciones inmediatas son medidas cuyo cumplimiento debe ser inmediato, por lo que no están sujetas a las restricciones derivadas de la disponibilidad de recursos. De ello, se infiere que la justiciabilidad de estas obligaciones es inmediata, pues el Estado tiene el deber de garantizar dichas obligaciones en el plazo inmediato, sin que la falta de disponibilidad de recursos sea

una excusa. No obstante ello, cabe precisar que en este tipo de obligaciones se admite la justificación razonable de su incumplimiento.

Ahora bien, en cuanto a la obligación inmediata de garantizar derechos sin discriminación, el artículo 2.2[47] del Pidesc proscribe todo tipo de discriminación, por cualquier motivo. Es un mandato que el Comité de Desc ha seguido en sus interpretaciones al Pidesc, a través de sus Observaciones Generales, pues ha señalado que "los Estados Parte se comprometen a garantizar el derecho a la salud sin discriminación" (Observación General 14, párr. 30), "el disfrute de [el derecho a la vivienda adecuada, sic] no debe estar sujeto, según el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, a ninguna forma de discriminación" (Observación General 4, párr. 6), "el requisito que se estipula en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto que garantiza "el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna" basada en determinados motivos especificados "o cualquier otra condición social" se aplica claramente a la discriminación basada en motivos de discapacidad" (Observación General 5: párr. 5).

Al respecto, la discriminación consiste en toda diferencia de trato, cuyos motivos son ilegítimos, y que tiene por propósito menoscabar o anular el goce o ejercicio de los derechos de las personas[48] (Góngora 2019: 145-146).

Sobre la prohibición de la discriminación, el Comité de Desc ha señalado, a propósito del derecho a la educación, que es una obligación que se aplica plena e inmediatamente, no estando sujeta a la disponibilidad de recursos ni progresividad: "la prohibición de la discriminación, consagrada en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos; se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente" (Observación General 13: párr. 31).

Como se puede observar, la obligación de garantizar derechos sin discriminación prohíbe todo tipo de diferencia -derivada de una norma, regulación o práctica- que cause perjuicio, por cualquier motivo, y se aplica inmediatamente, no estando sujeta a la disponibilidad de recursos ni progresividad.

En cuanto al derecho a la salud, garantizar que sea ejercido sin discriminación alguna, constituye una de las obligaciones inmediatas del Estado (Góngora 2019: 146). En ese sentido, la obligación de no discriminación en la atención sanitaria que brindan las instituciones públicas y privadas a la población es inmediata y no está sujeta a la disponibilidad de recursos (Villarreal 2019: 297).

Sobre la base de lo expuesto, una obligación inmediata que se deriva de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a los servicios de salud mental"

[47] Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
"Artículo 2
(…)
2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

[48] Existen distintas calificaciones de discriminación, entre las cuales están la directa e indirecta, múltiple, estructural, entre otra. Y, dicha diferencia puede tener diversos motivos, como la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, discapacidad, etc. (Salomé 2017: 19-47) (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa 2019: 43-71)

sería que los Estados tienen la obligación de eliminar toda norma, regulación o práctica que genere discriminación, por cualquier motivo, en el acceso al servicio del derecho a la salud mental.

Asimismo, teniendo en cuenta las características de todo servicio público de salud, se observa que la obligación de no discriminación se refiere a la accesibilidad, pues ésta exige el deber del Estado de que los establecimientos, bienes y servicios de salud sean accesibles, de hecho y de derecho, a todos, sin discriminación alguna, lo que es exigido por la obligación inmediata de no discriminación.

Por su parte, la obligación inmediata de adoptar medidas es un compromiso contraído del artículo 2 inciso 1 del Pidesc, y consiste en la obligación de adoptar determinadas medidas tendentes a lograr la plena efectividad de los derechos que el Pidesc reconoce, dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas a la satisfacción de las obligaciones del Pacto, de manera que no quedan condicionadas ni limitadas por ninguna otra consideración. (Observación General 3: párr. 2)

Al respecto, Abrámovich y Courtis afirman que esta obligación tiene por objeto que el Estado comience a dar pasos tan rápidos como sea posible con rumbo hacia la meta establecida, la cual busca la plena efectividad de los derechos (Abrámovich y Courtis 2006: 50).

Si bien las medidas inmediatas que se empleen serán las decididas por los Estados Partes del Pidesc, el Comité de Desc ha planteado algunas medidas específicas, las mismas que desarrollaremos a continuación aplicándolas al derecho de acceso a los servicios de salud mental:

a) La obligación de adoptar medidas legislativas (Observación General 3: párr. 3).

Este compromiso parte del artículo 2 párrafo 1 del Pidesc, en el que se estableció que "Cada uno de los Estados Partes (...) se compromete a adoptar medidas (…) para lograr (…) por todos los medios (…), inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos (…)". Esta obligación exige que se adopten, modifiquen o eliminen normas a fin de garantizar los derechos reconocidos en el Pidesc.

Así, en el caso del derecho de acceso a los servicios de salud mental, el Estado debe adoptar, modificar o eliminar normas a fin de proteger y garantizar este derecho. Y, las características del servicio de salud (accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad) se presentarán en función al contenido de la norma. Tal es el caso de la adopción de normas para velar por el consentimiento informado en la atención del servicio de salud mental sea proporcionado por el Estado o por terceros, la cual se relaciona con la accesibilidad y la aceptabilidad, en tanto permite el acceso del paciente a los tratamientos médicos, siempre que éstos sean los permitidos por la comunidad médica. Otro es el caso de la modificación de normas que regulan la prestación de servicios de salud mental por particulares, a fin de que éstos no sean una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios (Observación General 14: párr. 35), lo que se vincula con las todas las características del servicio de salud.

b) La obligación de ofrecer recursos judiciales efectivos (Observación General 3: párr. 5).

En un primer periodo, el Comité de Desc, a través de la Observación General 3, interpretó que esta obligación exigía la provisión de recursos judiciales únicamente respecto de los derechos considerados justiciables en el ordenamiento jurídico nacional; sin embargo, en un segundo momento, que es el actual y que inicia con la emisión de la Observación General 9, el Comité de Desc entiende que la provisión de los recursos judiciales se refiere a todos los derechos del Pidesc, independientemente de la particularidad de cada sistema jurídico (Abrámovich y Courtis 2006: 85-86).

En el caso del derecho de acceso a los servicios de salud mental, la obligación de proveer recursos judiciales efectivos involucra que se dispongan de los procesos judiciales pertinentes que permitan la exigibilidad jurídica de la atención en salud mental.

En el Perú, la obligación de proveer recursos judiciales efectivos a través del cual se puede tutelar el derecho a la salud mental, así como todos los Desca, se garantiza con procesos como el de hábeas corpus o el amparo.

A manera de ejemplo, a través de un proceso de hábeas corpus (Expediente N° 3426-2008-HC/TC[49]), se proveyó de recursos judiciales para garantizar el derecho a la salud mental de un demandante. En dicho caso, se solicitaba el internamiento en un centro hospitalario y el tratamiento en salud mental a favor de Pedro Marroquín Soto. El Tribunal Constitucional resolvió declarar fundada la demanda, dadas las particularidades del caso. Como se puede observar, a través de este proceso de hábeas corpus se garantizó la accesibilidad del servicio de salud mental del actor, en la medida en que se le brindó un tratamiento en salud mental. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe indicar que la disposición de internamiento en un centro hospitalario es cuestionable, pues contraviene el modelo social de la discapacidad.

Por su parte, en la STC 2945-2003-PA/TC[50], se garantizó la protección judicial del derecho a la salud de una demandante. En este caso, Azanca Meza García solicitaba antirretrovirales para su tratamiento contra el VIH/SIDA, a lo que el Tribunal Constitucional declaró fundado. Así, con la orden de suministrar los antirretrovirales se garantizó la disponibilidad, pues se dispuso que se cuente con un número suficiente. Y se garantizó la accesibilidad, pues se permitió el acceso de dichos medicamentos a las personas que los necesiten.

c) la obligación de elaborar y adoptar un plan detallado de acción para la aplicación progresiva de cada uno de los derechos del Pidesc (Observación General 1: párr. 4).

En cuanto al derecho de acceder a servicios de salud mental, esta obligación requiere la elaboración y adopción de planes que permitan la protección y garantía de este derecho. Asimismo, se observa que esta obligación es relevante porque permite el cumplimiento progresivo de todo el contenido del derecho.

De otro lado, las características del servicio de salud (accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad) se presentan en esta obligación dependiendo del tenor del plan. Así, por ejemplo, la elaboración de un plan que determine la distribución de bienes y servicios de salud mental a nivel nacional, se vincula con la disponibilidad, ya que con la elaboración de un plan detallado se podrá determinar el número suficiente de

[49] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 3 de noviembre de 2010.
[50] Publicada en la web del Tribunal Constitucional, el 12 de julio de 2004. En la Web no aparece la fecha de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

establecimientos, bienes y servicios públicos de salud mental y en qué zonas se debe priorizar.

Estas medidas deben ser adoptadas de manera inmediata por los Estados a pesar de que tengan limitaciones de recursos. Es así como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos lo entiende al señalar que "A pesar de las limitaciones de recursos, algunas obligaciones tienen un efecto inmediato, por ejemplo garantizar el derecho a la salud sin discriminación alguna y elaborar leyes y planes de acción específicos u otras medidas análogas a efectos de la plena realización de este derecho, como con cualquier otro derecho humano" (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos 2008: 6).

En conclusión, las obligaciones inmediatas derivadas de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental" serían: a) garantizar el servicio a la salud mental sobre la base de la no discriminación; b) adecuar el ordenamiento interno conforme a las obligaciones del Pidesc, mediante la adopción, modificación y eliminación de normas; c) proveer de recursos judiciales efectivos; y d) elaborar políticas en salud mental y planes de acción.

1.2.1.3.3. Las obligaciones progresivas

Las obligaciones progresivas garantizan la gradualidad y el progreso en la garantía plena de los Desca. Su reconocimiento y exigibilidad ha sido objeto de variada regulación e interpretación constitucional.

Al respecto, las obligaciones progresivas se encuentran reconocidas, a nivel internacional, en el artículo 2 inciso 1 del Pidesc y, a nivel interno, en la XI disposición final y transitoria de la Constitución.

A nivel internacional, el artículo 2 párrafo 1 del Pidesc, que forma parte de nuestro ordenamiento interno en virtud del artículo 55 de la Constitución, indica que los Estados Parte del Pidesc están obligados de adoptar todas las medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los Desca reconocidos en el Pacto:

> Artículo 2
> 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr **progresivamente**, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. (El resaltado es nuestro)

En tanto que, a nivel interno, la XI disposición final y transitoria de la Constitución señala: "[l]as disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente". Conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional peruano, esta disposición constitucional hace referencia al principio de progresividad (STC 2945-2003-PA/TC: fund. 36).

Cabe observar que las obligaciones progresivas pueden ser aplicables a todos los derechos, tanto a los derechos civiles y políticos como a los Desca (Piza Escalante 1984: párr. 6). Por tanto, si bien se advierte que el Tribunal Constitucional peruano ha vinculado, en su jurisprudencia [STC 02945-2003-PA/TC, STC 01417-2005-AA/TC, STC

00033-2010-PI/TC, STC 00853-2015-AA/TC[51]], a las obligaciones progresivas referidas en la XI disposición final y transitoria de la Constitución con el artículo 2.1 del Pidesc, no se puede concluir que el principio de progresividad es únicamente una obligación con los Desca, pues en el marco del Estado social y democrático de derecho, este principio de realización podría referirse a todos los derechos.

Como se puede advertir, la obligación de cumplimiento progresivo se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico, conforme a lo referido a nivel internacional y nacional.

Ahora bien, la exigibilidad jurídica de las obligaciones progresivas de los Desca ha sido objeto de variada interpretación en el ordenamiento jurídico peruano. Anteriormente, la interpretación mayoritaria sostenía que las obligaciones de cumplimiento progresivo derivadas de los Desca no eran exigibles; sin embargo, en la actualidad se ha asentado la tesis de que las obligaciones progresivas sí son exigibles.

Sobre el particular, cuando se proscribió, con la Ley de Amparo y Hábeas Corpus, la tutela del amparo de los derechos que requerían nuevos o mayores gastos públicos, se interpretó mayoritariamente que la tutela de los Desca estaba prohibida.

En efecto, la Ley 23506[52], Ley de Amparo y Hábeas Corpus[53], promulgada en 1982, proscribía en su artículo 25[54] que no daban lugar al amparo los derechos que irrogaban nuevos gastos e inversiones, referidos en la VI disposición general y transitoria[55] de la Constitución de 1979. Dicha proscripción de tutela constitucional se extendió incluso en parte de la vigencia de la Constitución de 1993, pues la XI disposición final y transitoria[56] de esta carta constitucional transcribía casi idénticamente lo señalado en la VI disposición general y transitoria de la Constitución de 1979. Y, el artículo 25 de la Ley de Amparo y Hábeas Corpus se mantuvo vigente hasta que esta norma fue derogada en el 2004, con la emisión de la Ley 28237, que aprobó el Código Procesal Constitucional.

Así pues, Sáenz observa que se consideraba que la exigibilidad de los derechos y obligaciones que requerían nuevos o mayores gastos públicos, a los que se refería la XI disposición final y transitoria de la Constitución de 1993, era imposible (Sáenz 2005: 69).

---

[51] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de noviembre de 2017.

[52] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 8 de diciembre de 1982.

[53] Si bien la Ley 23506 entró en vigor el 8 de diciembre de 1982, bajo el parámetro de la Constitución Política del Perú de 1979, tuvo vigencia hasta después de la promulgación de la Constitución de 1993. En específico, tuvo vigencia hasta cuando entró en vigor el nuevo Código Procesal Constitucional, aprobado por la Ley 28237, publicada el 31 de mayo de 2004 en el diario oficial *El Peruano*, la cual derogó la Ley 23506 en su primera disposición transitoria y derogatoria.

[54] Ley 23506, Ley de Amparo y Hábeas Corpus

"Artículo 25.- No dan lugar a la acción de amparo los derechos a que se refiere la Sexta de las Disposiciones Generales y Transitorias de la Constitución".

[55] Constitución de 1979

Disposiciones generales y transitorias

"SEXTA.- Las disposiciones constitucionales, que irrogan nuevos gastos e inversiones, se aplican progresivamente. La Ley Anual de Presupuesto contempla el cumplimiento gradual de esta disposición."

[56] Constitución Política del Perú de 1993

"Undécima.- Aplicación progresiva de Disposiciones de la Constitución

Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente".

Sin embargo, interpretar que la justiciabilidad de las obligaciones progresivas derivadas de los Desca estaban proscritas, era errónea porque en el marco del Estado social y democrático de derecho, los Desca son exigibles en la medida que vinculan al Estado y a la sociedad, y el artículo 25 de la derogada Ley 23506 se refería en general a todas las obligaciones que generaban nuevos o mayores gastos públicos, sean Desca o civiles y políticos.

Efectivamente, el artículo 25 de la derogada Ley 23506 proscribía la justiciabilidad a través del proceso de amparo, de los derechos referidos en la Sexta Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979 y la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993. Estas disposiciones se referían a la progresividad de toda disposición constitucional que generara nuevos o mayores gastos públicos, sin atribuir esta característica a los Desca únicamente. En ese sentido, los derechos, sean civiles y políticos o Desca, que no generaban nuevos o mayores gastos públicos sí tenían tutela jurisdiccional a través del proceso de amparo. Por consiguiente, resulta desacertado sostener que con el artículo 25 de la derogada Ley 23506 se proscribía la justiciabilidad de los Desca.

Por su parte, como se indicó líneas arriba, una de las características del Estado social y democrático de derecho es que la Constitución es una norma jurídica que vincula a todos los poderes públicos y a la sociedad, por lo que se entiende que los Desca tienen fuerza vinculante. Las constituciones de 1979 y 1993 reconocieron al Estado peruano como democrático y social de derecho, con lo cual los Desca tienen fuerza vinculante. De esta manera, si bien se había proscrito la justiciabilidad de las obligaciones progresivas a través del amparo (por el artículo 25 de la derogada Ley 23506), no resultaba adecuado interpretar que la justiciabilidad de las obligaciones progresivas no podían ser justiciables en ningún proceso, pues ello colisionaba con la fuerza vinculante de los Desca. En consecuencia, resulta erróneo sostener que los Desca no sean exigibles en el marco del Estado social y democrático de derecho.

Posteriormente, cuando se derogó la Ley de Amparo y Hábeas Corpus en el 2004, con la entrada en vigencia del también derogado Código Procesal Constitucional, aprobado con la Ley 28237, no se volvió a regular la proscripción establecida en el artículo 25 referido. Con ello se interpretó que ya no estaba prohibida la tutela jurisdiccional de las obligaciones progresivas que generaban nuevos o mayores gastos públicos de los derechos, a través del proceso de amparo.

En efecto, con la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional en el año 2004, ya no se reguló la proscripción del amparo de los derechos que requerían nuevos o mayores gastos públicos, referidos en la XI disposición final y transitoria de la Constitución. Por tanto, en virtud del principio *pro persona*[57], se podría considerar que a nivel normativo ya no existe la prohibición de tutela, a través del amparo, de las obligaciones de cumplimiento progresivo que involucran gastos públicos, haciéndolas plenamente exigibles (Sáenz 2005: 83).

Actualmente, la interpretación mayoritaria es que las obligaciones progresivas de los derechos, así generen nuevos o mayores gastos públicos, pueden ser exigibles jurídicamente. Dicha exigibilidad es concordante con la característica de la eficacia

[57] El principio *pro persona* consiste en que "los preceptos normativos se [interpreten, sic] del modo que mejor se optimice el derecho constitucional y se reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales". En sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente Nº. 1049-2003-PA/TC, 30 de enero de 2004, fund. 4; también en sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente Nº. 2005-2009-PA/TC, 16 de octubre de 2009, fund. 33.

normativa de la Constitución, la cual implica que, en el marco del modelo de Estado social y democrático de derecho, cualquier derecho puede ser exigible.

Así pues, el Tribunal Constitucional ha considerado en la STC 02945-2003-PA/TC, que la progresividad referida en la XI disposición final y transitoria de la Constitución, no debe ser entendida con carácter indeterminado y que de ese modo sirva de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues se trata de una obligación perentoria, sujeta a plazos razonables y acciones concretas y constantes del Estado (STC 02945-2003-AA/TC, funds. 36-37; STC 01417-2005-AA/TC, fund. 15). Asimismo, en la STC 00033-2010-PI/TC[58], el Tribunal indicó que, si bien el principio de progresividad no garantiza la plena efectividad de los Desca, implica que las medidas que se adopten no sean regresivas, y hayan mejoras (funds. 21-22).

Aunado a ello, actualmente se advierte que, en la tutela de judicial de los Desca se adoptan diversas fórmulas a través de las cuales, y dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto, se garantizan estos derechos. Así, por ejemplo, nuestro TC ha considerado que la protección judicial de los Desca se limita a proteger los derechos reclamados en el caso (ejm. STC 02599-2014-PA/TC[59], será explicada en el siguiente capítulo). En otros, tras advertir la magnitud de la vulneración de los Desca, se emiten sentencias estructurales, mediante las cuales se garantizan los Desca de un sector de la población mayor al que exigió judicialmente (ejm. 4007-2015-PHC/TC[60], será explicada en el siguiente capítulo). Asimismo, en otros procesos, los órganos jurisdiccionales emiten sentencias dialógicas, al realizar audiencias y/o visitas *in loco* para escuchar a todas las partes involucradas, y en base a ello resolver la controversia (ejm. STC 00194-2014-PHC/TC[61], será explicada en el siguiente capítulo). Estos criterios del TC y otros, provenientes de la doctrina, la jurisprudencia internacional y comparada, serán abordados en el siguiente capítulo de la tesis.

---

[58] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 25 de abril de 2012.

[59] El demandante solicita que se ordene a Essalud que disponga el traslado definitivo de su puesto de trabajo, de la Red Puno a otra Red de Lima, para continuar su tratamiento psiquiátrico que se realiza en Lima. El Tribunal declara fundada la demanda, ordenando el traslado de su puesto laboral, tras considerar que había una relación de causalidad ente el lugar de residencia del demandante y el restablecimiento de su salud. En este caso, se advierte que el órgano jurisdiccional únicamente se pronuncia sobre lo solicitado por el actor.

[60] La demandante solicita que se disponga el traslado de su hijo (beneficiario) del Establecimiento Penitenciario de Lurigancho al Departamento de Psiquiatría del Hospital de la Policía Nacional del Perú. El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, ordenando que se realice el inmediato diagnóstico y tratamiento en salud mental al beneficiario. Asimismo, declaró el estado de cosas inconstitucional, tras advertir la precariedad de la situación de salud mental de todas las personas recluidas en los establecimientos penitenciarios del país. En ese sentido, ordenó que se diseñe, proponga y ejecute un plan para asegurar la disponibilidad y accesibilidad del servicio de salud mental a las personas recluidas a nivel nacional. Sobre el particular, se observa que el Tribunal no solo analiza la situación del demandante, sino que, adicionalmente, advierte la situación precaria de la salud mental de todas las personas que se encuentran en la misma situación del actor, esto es, en reclusión. Y, en base a ello, declara el estado de cosas inconstitucional, para que los sectores del Estado involucrados garanticen la salud mental de todos los reclusos del Estado peruano.

[61] El recurrente solicita que se retiren las dos rejas metálicas y el tapiado de la ventana que se colocaron en la habitación de su hijo. El Tribunal declara fundada la demanda, considerando que se ha vulnerado el derecho a la libertad personal de una persona con discapacidad mental. Por tanto, ordena que se retiren las rejas y el tapiado referidos. En este caso, el Tribunal resuelve el caso, luego de realizar una visita *in loco* al lugar donde se encontraba el beneficiario de la demanda, donde realiza una inspección ocular y recaba información a través del diálogo con el padre (demandante), la madre (demandada) y el tío del beneficiario. Al respecto, se vislumbra que el órgano jurisdiccional emite una sentencia dialógica, teniendo en cuenta lo conversado con los involucrados del caso, y la inspección ocular realizada.

En atención a lo expuesto, se puede concluir que el principio u obligación de progresividad se encuentra reconocido, a nivel interno, en la XI disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú 1993, según lo señalado por el Tribunal Constitucional, y a nivel internacional, en el artículo 2.1 del Pidesc.

Asimismo, se observa que si bien antes la interpretación mayoritaria sostenía que con la proscripción establecida en el artículo 25 de la Ley 23506, los Desca no eran justiciables; actualmente la postura mayoritaria considera que los Desca, comprendiendo a las obligaciones progresivas, sí son plenamente justiciables. Para ello, se tiene en cuenta que dicha proscripción ya no existe con la vigencia del Código Procesal Constitucional, aprobado con la Ley 28237, ni con el Nuevo Código Procesal Constitucional, aprobado con la Ley 31307. También se considera la eficacia normativa de la Constitución y la vigencia efectiva de los Desca, en el contexto del Estado social y democrático de derecho. Y, se advierte que, en la protección judicial de los Desca, se los tutela a través de diversas fórmulas y teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto.

Finalmente, se advierte que la obligación de progresividad, referida en la XI disposición final y transitoria de la Constitución, no puede ser entendida como una remisión a la discrecionalidad del Estado; sino, como una obligación sujeta a plazos razonables y acciones constantes y concretas, que sean mejoras y no retroceso.

Que las obligaciones progresivas estén sujetas a plazos razonables y acciones constantes y concretas que impliquen mejoras y no retroceso, quiere decir que estas obligaciones involucran gradualidad y progreso en la garantía plena de los derechos garantizados en el Pidesc (Courtis 2006: 8). La gradualidad implica la prestación constante y que el Estado se mueva tan rápida y efectivamente como le sea posible hacia la meta propuesta, detrás de la cual está la finalidad de garantizar y proteger los derechos sociales (Observación General 3: párr. 9). En tanto que el progreso exige que la garantía del derecho sea hacia adelante, es decir, de no mantener el *status quo* (Courtis 2006: 8-9), y lo que *contrario sensu* involucra también el no retroceso en su garantía.

La prestación constante, tan rápido como sea posible con rumbo hacia la meta, y siempre hacia adelante, está sujeta al análisis de que la situación no permanezca en el mismo *status quo* que lo dejó el constituyente (Carpio 2005: 529), esto es, que en el caso concreto se observe la intención del Estado de adoptar medidas, sujetas a plazo razonable, que permitan la garantía plena del derecho.

En lo concerniente a la prestación constante, la Organización de Estados Americanos (OEA) ha planteado indicadores de progreso para medir el progreso de los Desca contemplados en el Protocolo de San Salvador. Ha propuesto un modelo tripartido de indicadores: a) estructurales; b) de proceso; y, c) de resultado. Los indicadores estructurales revelan información para evaluar cómo se organiza el aparato institucional y el sistema legal del Estado para cumplir las obligaciones del Protocolo. Los indicadores de proceso ofrecen información sobre la variación en los niveles de calidad o cobertura de programas en un determinado período de tiempo. Y, los indicadores de resultado reflejan los logros, el impacto y los efectos concretos de las acciones que el Estado ha realizado para garantizar los Desca. Estos indicadores se analizan de manera óptima teniendo en cuenta las siguientes categorías: a) recepción del derecho; b) contexto financiero y compromiso presupuestario; y c) capacidades estatales. Estas categorías se complementan con los principios transversales de igualdad y no discriminación, acceso a la justicia y participación política. (Organización de Estados Americanos 2015: 25, 26 y 28)

A manera de ejemplo, a continuación, se hará uso de algunos de los indicadores planteados por la OEA (Organización de Estados Americanos 2015: 26, 27, 45 y 46), para identificar ciertas situaciones que se relacionan con la prestación constante de las obligaciones progresivas derivadas de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental", en el Estado peruano.

	Indicadores Estructurales	Indicadores De Proceso	Indicadores de Resultado
Recepción del derecho	- El derecho a la salud mental se deriva del artículo 7 de la Constitución Política del Perú de 1993. - Hay una legislación específica sobre salud mental. Mediante la Ley 30947, se aprobó Ley de salud mental. Fue publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de mayo de 2019.	- Hay procesos constitucionales a través de los cuales se puede exigir judicialmente la cobertura del derecho a la salud mental, como se puede advertir de la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional, que será expuesta en el capítulo 2 de esta investigación. Entre las sentencias se encuentran: STC 3854-2004-HC/TC, 1956-2004-AA/TC, 5842-2006-HC/TC, 3081-2007-PA/TC, 2480-2008-PA/TC, 2313-2009-HC/TC, 3425-2010-HC/TC, 0194-2014-HC/TC, 4007-2015-HC/TC, 1772-2019-PA/TC, entre otras.	- El 69% de la población en Lima no accede a servicios de salud mental, mientras que, en Lima rural, el 93.2% de la población no accede. Asimismo, hay poblaciones con poco o ningún acceso a servicios de salud mental especializados, particularmente en las zonas alejadas, rurales, en regiones, y con mayor población en Lima Metropolitana. (Minsa 2021: 21 y 26).
Contexto financiero y compromiso presupuestario	- Las fuentes de financiamiento del presupuesto público general del Estado peruano, en el año 2021, son: los impuestos (62.8%), el endeudamiento (26.1%), las tasas y contribuciones (6.8%), el canon y las regalías (4%) y las donaciones (0.3%). (Ministerio de Economía y Finanzas 2021: 7)	- Para el presupuesto público del año 2021, se ha asignado S/ 20,991 millones de soles (13.5% más que lo asignado en el año 2020). En detalle, S/ 402 millones de soles han sido destinados para la estrategia de atención en salud mental. Esta suma representa el 1.14 % del presupuesto total del año 2021 (S/ 183,029,770, 158). (Ministerio de Economía y Finanzas 2021:10-11)	No se ha encontrado información sobre el "porcentaje promedio de ingresos del hogar gastados en salud según quintil de ingreso per cápita familiar".
Capacidades estatales	- Durante los meses de marzo, abril y mayo de 2020, se dejaron de atender tratamientos de salud mental que no eran de urgencia. Al respecto, entre los meses de marzo, abril y mayo de 2020, en el Perú se declaró el estado de emergencia, a través de los Decretos Supremos 44-2020-PCM[62], 051-2020-PCM[63], 064-2020-PCM[64], 075-2020-PCM[65],	- En el Perú se vienen inaugurando Centros de Salud Mental Comunitarios, mediante los cuales se brinda servicios de salud mental especializada a la comunidad con un enfoque comunitario. En los últimos 6 años, se han implementado 203 centros de salud mental	- Hay cobertura en salud mental reducida para la cantidad de la población que lo demanda. Al respecto, en el Perú se estima que aproximadamente hay 10 millones de habitantes que tienen alguna prevalencia de vida en trastornos mentales (Defensoría

[62] Publicado en el diario oficial *El Peruano,* el 27 de marzo de 2020.
[63] Publicado en el diario oficial *El Peruano,* el 15 de marzo de 2020.
[64] Publicado en el diario oficial *El Peruano,* el 10 de abril de 2020.
[65] Publicado en el diario oficial *El Peruano,* el 25 de abril de 2020.

	083-2020-PCM[66]. En ese periodo, conforme se advierte en el artículo 4 del Decreto Supremo 44-2020-PCM, se determinó que únicamente se podía circular por las vías de uso público en los casos de, entre otros, asistencia a centros servicios y establecimientos de salud, en casos de emergencias y urgencias. Por consiguiente, no hubo atención médica para tratamientos de salud mental que no eran de emergencia y urgencia.	comunitarios en todo el país[67].	del Pueblo 2018: 107). Sin embargo, en el Ministerio de Salud, al año 2021, había 373 especialistas en psiquiatría[68].

* Fuente: Información recopilada y consignada por la autora, en base a la estructura planteada por el grupo de trabajo del Protocolo de San Salvador (Organización de Estados Americanos 2015: 45 - 48).

Por su parte, el no retroceso se refiere a la prohibición de regresividad, que comporta la prohibición del Estado de empeorar el nivel de goce y ejercicio de los derechos garantizados en el Pidesc (Rossi 2006: 85). En este sentido, la prohibición de regresividad por un lado es un límite a los poderes públicos para que no eliminen o reduzcan lo garantizado por el derecho, y por el otro lado es una garantía para el beneficiario del derecho que fue objeto de mejora o mantenimiento (Courtis 2006: 17-18).

Sin embargo, de una interpretación sistemática de las Observaciones Generales del Comité de Desc, se puede advertir que no toda regresividad está prohibida, pues hay casos en los que sí se encuentra permitida (Observación General 13, Observación General 14, Observación General 15).

A este respecto, el Comité de Desc ha planteado elementos comunes para determinar si una medida regresiva debe ser permitida. Así, ha señalado que en primer lugar se debe identificar si dicha medida regresiva empeora o no lo garantizado por las obligaciones básicas, pues si lo empeora, dicha medida es manifiestamente contraria al contenido del Pidesc, y por ende es inválida o inconstitucional, ya que –como lo señalamos anteriormente– lo garantizado por las obligaciones básicas es indisponible (Courtis 2006: 39). Empero, si la medida regresiva empeora lo garantizado por obligaciones distintas a las básicas, la contravención al contenido del Pidesc, y por ende a la Constitución, se presume, por lo que el Estado deberá demostrar que la medida regresiva, para que sea permitida, tiene la finalidad de garantizar la totalidad de los derechos del Pidesc, que es la medida menos gravosa tras un análisis de todas las alternativas posibles, y que utilizó el máximo de sus recursos disponibles para evitar la medida regresiva (Observación General 13, párr. 45; Observación General 14, párr. 32; Observación General 15, párr. 19; Observación General 17, párr. 27; Observación General 18, párr. 21) (Rossi 2006: 91-93) (Courtis 2006: 38). Cabe señalar que Courtis ha señalado que el análisis de la regresividad se asemeja al juicio de razonabilidad, pues se exige la demostración de un fin legítimo (la mejora de la totalidad de derechos del Pidesc), y que sea necesaria (evaluación cuidadosa de la totalidad de las alternativas) (Courtis 2006: 40).

[66] Publicado en el diario oficial *El Peruano,* el 10 de mayo de 2020.
[67] Visitado el 13 de octubre de 2021: https://www.minsa.gob.pe/salud-mental/
[68] Visitado el 10 de octubre de 2021. Disponible en: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNjExNTQ4Y2QtYzlkNy00ZTU0LWJmZDEtYjQ0ZmI4OWM4MWMxIiwidCI6ImI3ZDJiMWZkLWU3NjMtNDY5ZS05NjE5LWM5M2I3MmEyYzUwMyJ9

En la misma línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha planteado un test para determinar si la medida regresiva es contraria al artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En este sentido, ha señalado que se debe analizar: "i) si la restricción fue impuesta a través de una ley, ii) si la restricción obedeció a un fin legítimo en el sentido de realizar un interés social o de preservar el bienestar general en una sociedad democrática; y iii) si la restricción fue proporcional en el sentido de ser razonable para obtener dicho fin y, en todo caso, de no sacrificar la esencia del derecho (…)" (Comisión Interamericana de Derechos humanos 2009: párr. 112).

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano, en la STC 0020-2012-PI/TC[69], ha considerado que las medidas regresivas se analizan a través de un test: i) debe encontrarse encuentra justificada por razones de interés social o, lo que es lo mismo, siempre que exista causa objetiva o legal que la justifique; ii) debe tratarse de una medida extraordinaria; iii) debe tratarse de una medida coyuntural; y iv) debe poseer eficacia limitada en el tiempo.

A manera de ejemplo, en el ámbito de la salud mental, una medida regresiva sería la disminución, en el Presupuesto Anual del Estado peruano, del monto de dinero que se destina anualmente a los bienes y servicios de salud mental. Sin embargo, como lo hemos señalado, esta medida puede ser razonable si es que el Estado justifica válidamente dicha reducción.

Así, aplicando los elementos planteados por el Comité de Desc, si la disminución del monto de dinero anual destinado a los bienes y servicios de salud mental tuvo por finalidad la compra de armamentos para la seguridad estatal, la regresión sería inválida, pues no tendría por objeto garantizar otro derecho reconocido en el Pidesc; pero sí tuvo por finalidad el incremento en la partida presupuestal de educación, la reducción pasaría el primer nivel de análisis, por buscar garantizar otro derecho del Pidesc, que es el derecho a la educación. Y, si analizamos la medida regresiva a través del test formulado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, primero tendríamos que determinar si fue realizada o no por una ley, pues si fue por una norma reglamentaria, la disminución del presupuesto para el sector salud mental sería inválida; en tanto que si hubiese sido aprobada por ley, entonces pasaría el primer nivel de evaluación, y en el segundo nivel se analizaría la finalidad, donde si se determina que el incremento tuvo por objeto la mejora de la partida presupuestal de educación, la medida regresiva sería válida, pues se evidenciaría que la finalidad de dicha medida es garantizar el bienestar general de la sociedad en lo respecta a la educación, dado que con la medida regresiva se buscaría mejorar la calidad de la educación, lo que beneficiaría a toda la sociedad.

Para el caso del derecho de acceso a servicios de salud mental, tanto la prestación gradual de medidas que coadyuven a garantizar plenamente el derecho, así como la no regresividad, que conforman la obligación progresiva, se vinculan con la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, pues esta obligación busca garantizar un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud mental (disponibilidad), que permita el acceso a toda persona, sin discriminación (accesibilidad), respetando la ética médica y culturalmente apropiada (aceptabilidad), y brindándose en condiciones adecuadas (calidad).

En consecuencia, teniendo en cuenta las características de las obligaciones progresivas, y su vínculo con las características del servicio de salud (accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad), se puede concluir que la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental", tiene

[69] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 18 de mayo de 2014.

como obligaciones progresivas el deber del Estado peruano de adoptar medidas de manera gradual, que tengan como meta garantizar plenamente el acceso y la disponibilidad del servicio de salud mental, y también tiene el deber de no retroceder en las medidas ya adoptadas.

1.3.- *Los servicios de salud mental en el Perú y su relación con las obligaciones que se generan de la posición ius fundamental "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental"*

Se ha señalado en el apartado anterior que la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceso a los servicios de salud mental" genera una serie de obligaciones (básicas, inmediatas y progresivas), en las que se manifiestan las distintas características del servicio de salud (disponibilidad, accesibilidad, calidad y adaptabilidad). En base a dicho marco conceptual, en el presente punto se evaluará cómo tales obligaciones se vienen cumpliendo en la realidad peruana.

En relación con los servicios públicos, cada ministerio se encarga de la gestión y dirección del servicio público que le corresponde. En efecto, el artículo 119 de la Constitución vigente indica que "la dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros; y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo". En concordancia con dicho texto constitucional, el artículo 22.2 de la Ley 29158[70], Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, indica que los Ministerios diseñan, establecen, ejecutan y supervisan políticas nacionales y sectoriales, asumiendo la rectoría respecto de ellas[71]. En ese sentido, los Ministerios son los órganos rectores en los servicios públicos a su cargo, los cuales tienen sustento constitucional.

En cuanto al servicio de salud, el artículo 2 del Decreto Legislativo 1161[72], Decreto Legislativo que aprueba la Ley de organización y funciones del Ministerio de Salud, señala que el Ministerio de salud es el órgano rector en materia de salud a nivel nacional[73]. El sector salud está conformado por el Ministerio de Salud, como organismo rector, las entidades adscritas a él y aquellas instituciones públicas y privadas de nivel nacional, regional y local, y personas naturales que realizan actividades que tienen impacto en la salud[74]. Y, dicha rectoría del Ministerio de Salud, conforme al artículo 4-A[75] del referido Decreto Legislativo 1161, consiste en la facultad para normar,

---

[70] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 20 de diciembre de 2007.

[71] Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo
"artículo 22.2.- Los Ministerios diseñan, establecen, ejecutan y supervisan políticas nacionales y sectoriales, asumiendo la rectoría respecto de ellas".

[72] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de diciembre de 2013.

[73] Decreto Legislativo 1161
"Artículo 2.- Naturaleza Jurídica del Ministerio
El Ministerio de Salud es un organismo del Poder Ejecutivo, órgano rector en materia de salud a nivel nacional, con personería jurídica de derecho público y constituye un pliego presupuestal."

74 Decreto Legislativo 1161
"Artículo 4.- Sector Salud
El Sector Salud, está conformado por el Ministerio de Salud, como organismo rector, las entidades adscritas a él y aquellas instituciones públicas y privadas de nivel nacional, regional y local, y personas naturales que realizan actividades vinculadas a las competencias establecidas en la presente Ley, y que tienen impacto directo o indirecto en la salud, individual o colectiva."

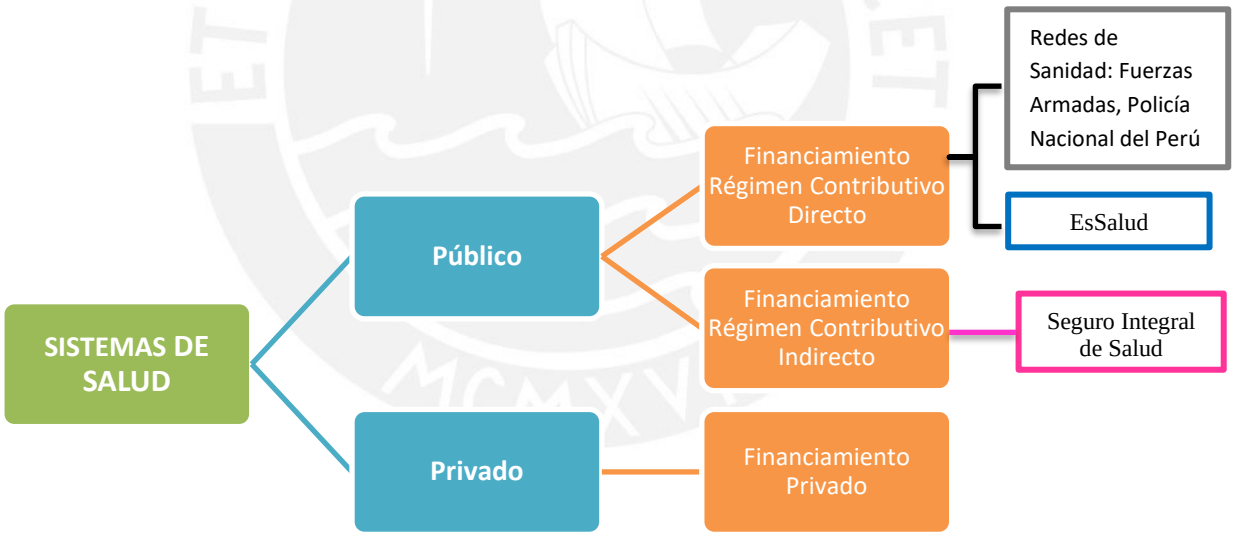
[75] Decreto Legislativo 1161,
Artículo 4-A, modificado por la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1504, publicado en el diario oficial *El Peruano,* el 11 de mayo de 2020.
"Artículo 4-A.- Alcances de la rectoría del Ministerio de Salud

supervisar, fiscalizar y, cuando corresponda, sancionar, en los ámbitos que comprenden la materia de salud.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se advierte que el órgano rector en materia de salud mental es el Ministerio de Salud, lo cual se sustenta en el artículo 119 de la Constitución, así como en el artículo 2 del Decreto Legislativo 1161. Dicha rectoría del Ministerio de Salud consiste en la facultad para normar, supervisar, fiscalizar y, cuando corresponda, sancionar, en los ámbitos que comprenden la materia de salud.

Ahora bien, en términos generales, en el Perú, existen dos sistemas que brindan servicios de salud: el público y el privado. El sistema de salud público es financiado por el régimen contributivo indirecto (comprendido por los recursos fiscales, el aporte de hogares y las donaciones de la cooperación intergubernamental) y el régimen contributivo directo (comprendido por las contribuciones directas y obligatorias de los empleadores). En el régimen contributivo indirecto se encuentra el Seguro Integral de Salud (SIS), administrado por el Ministerio de Salud; mientras que en el régimen contributivo directo se encuentra el Seguro Social de Salud (EsSalud), así como las redes de sanidades de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. En tanto que el sistema de salud privado es sustentado por el régimen privado (comprendido por el pago directo de las familias, de los honorarios profesionales o planes de atención de seguros privados, entre otros). (Defensoría del Pueblo 2018: 43-44) (Lazo-Gonzales, Alcalde-Rabanal, Espinosa-Henao 2016: 13-16).

A continuación, se mostrará un cuadro que sintetiza lo expuesto:



4-A1.- La potestad rectora del Ministerio de Salud comprende la facultad que tiene para normar, supervisar, fiscalizar y, cuando corresponda, sancionar, en los ámbitos que comprenden la materia de salud. La rectoría en materia de salud dentro del sector la ejerce el Ministerio de Salud por cuenta propia o, por delegación expresa, a través de sus organismos públicos adscritos y, dentro del marco y los límites establecidos en la presente ley, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, las normas sustantivas que regulan la actividad sectorial y, las normas que rigen el proceso de descentralización."

4-A2.- El Ministerio de Salud, ente rector del Sistema Nacional de Salud, y dentro del ámbito de sus competencias, determina la política, regula y supervisa la prestación de los servicios de salud, a nivel nacional, en las siguientes instituciones: Essalud, Sanidad de la Policía Nacional del Perú, Sanidad de las Fuerzas Armadas, instituciones de salud del gobierno nacional y de los gobiernos regionales y locales, y demás instituciones públicas, privadas y público-privadas."

* Fuente: Esquema elaborado por la autora

Para una garantía plena del derecho a los servicios de salud mental, es necesario que los sistemas de salud público y privado funcionen eficiente y articuladamente.

Sin embargo, en la práctica se observan limitaciones en la distribución, regulación, ejecución, entre otros aspectos, del servicio de salud mental.

Por ejemplo, no hay distribución equitativa de las instalaciones de salud mental en el Perú, lo que se encuentra vinculado con la obligación básica de "velar por la distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud", derivada de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental". En efecto, Lima es la región que concentra el mayor número de establecimientos y servicios de salud mental (Defensoría del Pueblo 2018: 25). Ello involucra que la disponibilidad de los servicios de salud mental en las regiones distintas a Lima es menor, en comparación con la capital. Por lo que esta limitación en el acceso guarda relación con la distribución equitativa de los servicios de salud mental.

De otro lado, se observa que no hay legislación que regule la cobertura de las enfermedades mentales preexistentes por parte proveedores particulares de servicios de salud mental. Este déficit compromete la obligación inmediata de adoptar normas a fin de proteger y garantizar el derecho a la salud mental. Sobre el particular, esta obligación involucra que el Estado regule el acceso a servicios de salud mental brindados por particulares, referidos a medicamentos, hospitalización, atención, etc., que son necesarios para un acceso pleno al servicio. Sin embargo, la falta de regulación que establezca la cobertura de la atención a enfermedades mentales preexistentes, permite que los proveedores privados de servicios de salud mental prescindan de brindar el servicio de salud a tales enfermedades preexistentes. Esta falta de atención constituye un límite en la garantía plena del derecho a la salud mental, por lo que guarda relación con la obligación inmediata de adecuar el adoptar medidas legislativas para garantizar la plena efectividad del derecho.

También se advierte que hay pocos especialistas en salud mental (psiquiatras) de cara a la demanda de la población peruana para acceder a servicios de salud mental. Sobre el particular, al 2016, el Ministerio de Salud tenía 264 psiquiatras a nivel nacional (Defensoría del Pueblo 2018: 107). En tanto que, a noviembre de 2020, se observaba que la cantidad de psiquiatras que integraban la red de salud del Ministerio de salud a nivel nacional era de 372[76]. De dicha información, se advierte que hay una limitada disponibilidad de servicios de salud mental de cara a la demanda de la población en general que tiene una prevalencia de vida en trastornos mentales, la cual sería de cerca de 10 millones de habitantes en el país (Defensoría del Pueblo 2018: 28). Ello se encuentra vinculado con la obligación progresiva de garantizar plenamente el derecho a la salud mental, pues hay un sector de la población, que no tiene acceso a los servicios de salud mental.

Como se puede apreciar de los casos expuestos, sin que se pierda de vista que existen muchos casos más, en la realidad peruana hay situaciones graves que evidencian el

[76] Visitado el 11 de octubre de 2021. Disponible en: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYWJmNDU2MWUtYjQxZi00ZDY4LThiZmYtZWQwZmY1ZTA4NWY1IiwidCI6ImI3ZDJiMWZkLWU3NjMtNDY5ZS05NjE5LWM5M2I3MmEyYzUwMyJ9

incumplimiento del Estado de garantizar las obligaciones básicas, inmediatas y progresivas, derivadas del derecho de acceso a servicios de salud mental.

De las situaciones expuestas, en el presente trabajo de investigación se abordarán los problemas de la falta de distribución equitativa de las instalaciones de salud mental con internamiento, la falta de cobertura privada a las enfermedades de salud mental preexistente, y la escasez de profesionales especializados en salud mental. Cada uno de estos supuestos se encuentra relacionado con las obligaciones básicas, inmediatas y progresivas, respectivamente. Por lo que, la elección de los 3 problemas referidos nos ayudará a analizar la aplicación de los criterios de resolución de incumplimiento que se identifiquen en las obligaciones básicas, inmediatas y progresivas, desde la teoría del derecho y la argumentación jurídica.

1.3.1.- La falta de distribución equitativa de las instalaciones de salud mental con internamiento, de cara a las obligaciones básicas

En el Perú, los servicios que se prestan en todas las redes de salud mental, sea pública o privada, se implementan conforme a lo señalado en la segunda disposición complementaria final[77] de la Ley 30947, Ley de salud mental. Así, en virtud de la Ley 30947 y el Decreto Supremo 007-2020-SA, reglamento de la Ley 30947, se desarrolla de la siguiente manera:

Servicios que se prestan en las redes de atención en salud mental		
	Establecimientos de salud	**Servicios Médicos de Apoyo**
Diagnóstico	Todos los establecimientos de salud (art. 3.9, 15 y 19 Decreto Supremo 007-2020-SA)	
Establecimientos de salud sin internamiento	Establecimientos de salud del primer nivel de atención, no especializado con servicios de atención en salud mental	Centros de rehabilitación psicosocial y

[77] Ley 30947
Disposiciones Complementarias Finales
"SEGUNDA. Implementación del modelo de atención comunitaria en salud mental
El modelo de atención comunitaria en salud mental se implementa a través de la creación y desarrollo de servicios asistenciales para la atención de la salud mental de la población, dentro de la red integrada de servicios de salud.
Estos servicios incluyen:
1. Establecimientos de salud sin internamiento:
   a. Establecimientos de salud del primer nivel de atención, no especializado con servicios de atención de salud mental.
   b. Centros de salud mental comunitaria.
2. Establecimientos de salud con internamiento:
   a. Unidades de hospitalización de salud mental y adicciones de los hospitales generales.
   b. Unidades de hospital de día de salud mental y adicciones de los hospitales generales.
   c. Módulos de atención al maltrato infantil.
   d. Establecimientos especializados.
3. Servicios médicos de apoyo:
   a. Hogares protegidos.
   b. Residencias protegidas.
   c. Centros de rehabilitación psicosocial.
   d. Centros de rehabilitación laboral.
4. Otros según las necesidades de la población".

(Atención ambulatoria en salud mental)	Centros de salud mental comunitaria (art. 22 Decreto Supremo 007-2020-SA)	Centros de rehabilitación laboral (art. 23.2 y 23.3 Decreto Supremo 007-2020-SA)
Establecimientos de salud con internamiento (Atención con internamiento o con hospitalización en salud mental)	Unidades de hospitalización en salud mental y adicciones en hospitales generales (art. 19.8 y 27 Decreto Supremo 007-2020-SA)	Hogares Protegidos y Residencias protegidas (art. 23.1 Decreto Supremo 007-2020-SA)
	Unidades de hospital de día de salud mental y adicciones de los hospitales generales (art. 19.9 Decreto Supremo 007-2020-SA)	
	Módulos de atención al maltrato infantil (art. 19.10 Decreto Supremo 007-2020-SA)	
	Establecimientos especializados (art. 27.16 Decreto Supremo 007-2020-SA)	
Otras atenciones según las necesidades de la población		

* Fuente: Cuadro elaborado por la autora, para el cual se tuvo como referencia la normatividad existente y el cuadro elaborado en el Informe Defensorial Nº 180 (Defensoría del Pueblo 2018: 38).

En cuanto al diagnóstico, el artículo 3.9 del Decreto Supremo 007-2020-SA lo define como un "proceso de escucha, observación, comprensión y análisis que lleva a la identificación de problemas y propuesta de explicaciones causales que afectan la salud mental de la persona, familias y/o comunidades".

Dicho proceso contribuye a lograr el más alto grado de bienestar mental, el cual es el contenido garantizado por el derecho a la salud mental. Sobre el particular, las intervenciones y terapias se realizan en el marco del diagnóstico determinado (artículo 17.7 del Decreto Supremo 007-2020-SA). En ese sentido, con el diagnóstico se abre paso a las intervenciones y terapias, las cuales persiguen la mejora de la salud mental de la persona, familia y/o comunidad. Con ello, el diagnóstico coadyuva a incrementar el bienestar mental.

Asimismo, el diagnóstico debe llevarse a cabo cumpliendo las obligaciones básicas derivadas de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental". Así, el diagnóstico necesita realizarse sobre bases no discriminatorias, su provisión requiere ser equitativa en todas las instalaciones de salud, y debe brindarse en el marco de estrategias y planes nacionales, elaborados en función de pruebas epidemiológicas y en un proceso participativo.

Aunado a ello, el diagnóstico debe realizarse cumpliendo las obligaciones inmediatas, esto es:

a) En cumplimiento de la obligación inmediata de adoptar medidas legislativas, el Estado tiene la obligación de adoptar normas que regulen el diagnóstico en salud mental, a fin de que su provisión garantice plenamente el derecho a la salud mental. Ejemplo: regular que el diagnóstico se realice siguiendo el enfoque del modelo social de discapacidad, señalado en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

b) En cumplimiento de la obligación inmediata de ofrecer recursos judiciales efectivos, el ordenamiento jurídico incorpora recursos judiciales efectivos que garanticen el

acceso al diagnóstico en salud mental adecuado (protección ex post). Un ejemplo del cumplimiento de esta obligación se advierte en la STC 5048-2016-PA/TC, pues el juez constitucional ordenó que se realice un nuevo diagnóstico sobre la salud mental de la beneficiaria de la demanda, tras advertir de la documentación presentada que se había variado el diagnóstico sin algún sustento.

c) En cumplimiento de la obligación inmediata de elaborar y adoptar un plan detallado de acción para la aplicación progresiva del derecho a la salud mental, el Estado debe elaborar y adoptar un plan en el que se establecen acciones e indicadores que dan cuenta de la implementación progresiva de la plena capacidad estatal para diagnosticar enfermedades mentales.

Por su parte, se cumple con las obligaciones progresivas cuando se incrementa, en un plazo razonable, la capacidad para garantizar plenamente el diagnóstico en salud mental de toda persona que lo requiera (gradualidad). Y, también se cumple con este deber cuando no se reduce la capacidad de diagnóstico a nivel nacional, salvo que haya una justificación razonable (no regresividad). Un ejemplo es la contratación de un mayor número de especialistas en salud mental, a nivel nacional, para que se incremente la capacidad de diagnóstico en salud mental en el Estado peruano.

En lo que respecta a los establecimientos sin internamiento, referidos en el cuadro *supra*, brindan servicios ambulatorios en salud mental. Estos comprenden los establecimientos de salud del primer nivel de atención no especializado con servicios de atención de salud mental, los centros de salud mental comunitaria, los centros de rehabilitación psicosocial y los centros de rehabilitación laboral (segunda disposición complementaria final de la Ley 30947 y artículos 22, 23.2 y 23.3 del Decreto Supremo 007-2020-SA). Los hospitales también brindan estos servicios ambulatorios (artículo 5.6 del Decreto Supremo 007-2020-SA[78])

Los servicios de salud mental en los establecimientos sin internamiento, como los centros de salud de primer nivel de atención y los centros de salud mental comunitaria, deben llevarse a cabo cumpliendo las obligaciones básicas derivadas de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental". Así pues, la atención en los establecimientos sin internamiento debe realizarse sobre bases no discriminatorias, facilitándose medicamentos esenciales de ser necesario, proveyéndose equitativamente en todas las instalaciones de salud, y aplicándose en el marco de estrategias y planes elaborados en función de pruebas epidemiológicas y en un proceso participativo y transparente.

La atención en los establecimientos de salud sin internamiento debe cumplir con las obligaciones inmediatas derivadas de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental", conforme a lo siguiente:

[78] Decreto Supremo 007-2020-SA
"artículo 5. Reforma de la atención en salud mental
(…)
5.6. Los hospitales brindan servicios ambulatorios de salud mental de forma complementaria en aquellos territorios que aún no cuenten con CSMC suficientes, y se realizan en el marco del modelo comunitario de atención, es decir, brindan servicios por equipos interdisciplinarios, con continuidad de cuidados, con participación activa de los(as) usuarios(as), con intervenciones en el individuo, familia y comunidad, incluyendo las visitas domiciliarias y con los enfoques considerados en el numeral precedente".

a) Se acata la obligación inmediata de adoptar medidas legislativas cuando se adoptan normas legales para lograr la plena efectividad del derecho a la salud mental. Ejemplo: el artículo 20 de la Ley 30947, Ley de salud mental, materializa la esta obligación al indicar que una de las condiciones de la atención en salud mental es brindar el servicio, desde el primer nivel de atención, con enfoque comunitario, interdisciplinario, integral y participativo.

b) La obligación inmediata de ofrecer recursos judiciales efectivos se garantiza proveyendo recursos judiciales efectivos que garanticen el servicio de salud mental en los establecimientos de salud sin internamiento, cuando se dé lugar a la protección ex post.

c) La obligación inmediata de elaborar y adoptar un plan detallado de acción para la aplicación progresiva del derecho a la salud mental se cumple cuando se elabora y adopta un plan que desarrolla la implementación progresiva de más establecimientos de salud del primer nivel de atención y centros de salud mental comunitaria.

En esa línea, se aplican las obligaciones progresivas cuando se incrementan los servicios de atención en salud mental en los establecimientos de salud del primer nivel de atención y se suman más centros de salud mental comunitario (gradualidad). Y, también se cumple con esta obligación cuando no se reducen los servicios de atención en salud mental en los establecimientos sin internamiento, salvo que haya una justificación razonable (no regresividad). Un ejemplo del cumplimiento de esta obligación es la inauguración de más Centros de Salud Mental Comunitarios, mediante los cuales se brinda servicios de salud mental especializada a la comunidad con un enfoque comunitario. En los últimos 6 años, se han implementado 203 centros de salud mental comunitarios en todo el país[79].

En lo relativo a los <u>establecimientos de salud con internamiento</u> que se indican en el cuadro *supra*, pueden comprender atención con internamiento o atención con hospitalización. La atención con internamiento consiste en el proceso por el cual el paciente es ingresado a un establecimiento de salud para recibir atención inmediata y específica por un periodo no mayor de 12 horas. En tanto que la atención con hospitalización es el proceso excepcional por el cual el paciente es ingresado a un establecimiento de salud para recibir atención de diagnóstico y terapéutica, que requiera permanencia y asistencia, por un periodo mayor de 12 horas. (Artículo 5[80] de la Ley 30947, Ley de salud mental)

Los servicios de salud mental en los establecimientos de salud con internamiento, que incluye la hospitalización (por un periodo mayor de 12 horas) y el internamiento (por un periodo menor de 12 horas), deben llevarse a cabo cumpliendo las obligaciones básicas derivadas de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a

[79] Visitado el 13 de octubre de 2021: https://www.minsa.gob.pe/salud-mental/

[80] Ley 30947

"Artículo 5. Definiciones

Para efectos de la presente ley, se entiende por:

(…)

2. Hospitalización. Proceso por el cual el paciente es ingresado a un establecimiento de salud para recibir cuidados necesarios con fines de diagnóstico o terapéuticos, que requieran permanencia y necesidad de soporte asistencial por más de doce (12) horas. La hospitalización se realiza en los establecimientos de salud del segundo y tercer nivel de atención.

3. Internamiento. Proceso por el cual el paciente en una situación de emergencia psiquiátrica es ingresado a un establecimiento de salud para recibir atención inmediata y específica por un periodo no mayor de doce (12) horas. El reglamento de la presente ley establecerá las condiciones de emergencias psiquiátricas. (…)"

servicios de salud mental". En ese sentido, la atención en los establecimientos con internamiento debe realizarse sobre bases no discriminatorias, facilitándose medicamentos esenciales en caso sea necesario, distribuyéndose equitativamente, y aplicándose en el marco de estrategias y planes elaborados en función de pruebas epidemiológicas y en un proceso participativo y transparente.

Asimismo, la atención en los establecimientos de salud con internamiento debe cumplir con las obligaciones inmediatas derivadas de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental", conforme a lo siguiente:

a) Se acata la obligación inmediata de adoptar medidas legislativas cuando se adoptan normas legales para brindar plenamente servicios de salud mental en los establecimientos de salud con internamiento. Por ejemplo, el artículo 10 de la Ley 30947, Ley de salud mental, cumple este tipo de obligación inmediata, en la medida que regula el deber de los seguros de salud públicos y privados de cubrir atención en salud mental, incluyendo el internamiento u hospitalización.

b) La obligación inmediata de ofrecer recursos judiciales efectivos se garantiza proveyendo recursos judiciales efectivos que garanticen la atención adecuada en los establecimientos de salud mental con internamiento (respetando la voluntad de la paciente, contando con una justificación razonable de su viabilidad, adecuándose al modelo social de discapacidad, etc.), cuando se dé lugar a la protección ex post. Un ejemplo del cumplimiento de esta obligación se advierte en la STC 05048-2016-AA/TC, pues el Tribunal Constitucional determinó que no correspondía la hospitalización en un centro de salud mental con internamiento, tras considerar que dicha hospitalización debía encontrarse motivada, contando con la voluntad expresa de la persona usuaria.

c) La obligación inmediata de elaborar y adoptar un plan detallado de acción para la aplicación progresiva del derecho a la salud mental se cumple cuando se elabora y adopta un plan que desarrolla la implementación progresiva de más establecimientos de salud con internamiento que brinden atención adecuada.

Finalmente, se aplican las obligaciones progresivas cuando se incrementan los servicios de atención en salud mental en los establecimientos de salud con internamiento (atención con internamiento y hospitalización), en el marco del modelo social de discapacidad (gradualidad). Y, también se cumple con esta obligación cuando no se reducen los servicios de atención en salud mental en los establecimientos con internamiento, salvo que haya una justificación razonable (no regresividad). En cuanto a la hospitalización, en el marco del modelo social de discapacidad, es un servicio que se brinda de manera excepcional. Por ello, la gradualidad en la hospitalización implicaría un incremento en los servicios, a fin de que sea más eficiente y logre una mejora más rápida y óptima en el bienestar mental de la persona hospitalizada, de modo que pueda ser dada de alta lo antes posible.

Ahora bien, en una supervisión a dichos centros de atención con internamiento en salud mental a nivel nacional, realizada por la Defensoría del Pueblo en el año 2018, se identificó que entre el Minsa y los gobiernos regionales, hay 17 establecimientos con Unidades de hospitalización de salud mental y adicciones (Ushma) ubicados en 12 regiones del país; en tanto que en EsSalud, que alberga a personas usuarias aseguradas en EsSalud[81], hay solo 8 Centros Asistenciales de Salud que cuentan con

[81] En EsSalud se atiende a trabajadores y trabajadoras con seguro de salud y a pensionistas; por eso, a diferencia de las personas usuarias de los hospitales del Minsa, las personas usuarias de EsSalud, en su

Uhsma, los cuales se encuentran ubicados en las regiones de Lima, Arequipa, Cusco, Junín, Lambayeque, Pasco y Puno. Adicionalmente, hay solo 2 Centros de Rehabilitación Integral de Pacientes Crónicos[82] (Cripc) ubicados en Huariaca[83] (Pasco) y Cañete (Lima). (Defensoría del Pueblo 2018: 88, 93-94, 133, 185)

Dicha falta de distribución en todas las regiones del país evidencia que la repartición de los establecimientos de salud mental con internamiento no sería equitativa, lo que ocasiona un perjuicio para las personas con recursos económicos escasos, genera desarraigo familiar y con la comunidad, y podría ocasionar un colapso del sistema de salud mental.

En efecto, no es equitativo porque la distribución de instalaciones que brindan atención con internamiento en salud mental no se encuentra en las 24 regiones del país, sino, por el Minsa, en 17 establecimientos ubicados en 12 regiones, y por parte de EsSalud, en 10 establecimientos ubicados en 8 regiones. Ello no garantiza un igual acceso para las personas que necesitan internamiento, pero viven en regiones donde no están estos establecimientos que brindan atención en salud mental con internamiento. Esto genera un obstáculo en el acceso al servicio de salud mental de las personas que no cuentan con recursos suficientes para trasladarse a la región donde prestan el servicio con internamiento. Además, ocasiona el desarraigo de la familia y la comunidad, pues los familiares de la persona internada tienen más obstáculos para acompañarla y visitarla durante el tiempo que requiera su internamiento. Y, también contribuye a que la atención en salud mental con internamiento colapse, al no encontrarse preparados para recibir usuarios de otras regiones.

Teniendo en cuenta la estructura del derecho de acceso al servicio de salud mental, la falta de distribución equitativa de las instalaciones que brindan atención en salud mental con internamiento contraviene la obligación básica de velar por la distribución equitativa de todas las instalaciones de salud mental, que comprende todo nivel (ya sea que se trate de enfermedades comunes o graves), la cual se deriva de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental".

En cuanto al sujeto activo, los principales afectados de la omisión de la obligación básica referida es toda persona que reside en las regiones donde no se encuentran ubicados los establecimientos que brindan servicios de salud mental con internamiento.

Y, el sujeto pasivo de esta obligación es esencialmente el Estado, pues es éste quien tiene que velar por una distribución equitativa de las instalaciones que brindan servicios de salud mental con internamiento.

---

mayoría, reciben el tratamiento y continúan trabajando, es decir, continúan incluidas en la comunidad y no tienen su salud tan deteriorada. (Defensoría del Pueblo 2018: 136)

[82] Los Cripc son establecimientos de salud mental de EsSalud donde se encuentran internadas personas usuarias con discapacidad mental severa. (Defensoría del Pueblo 2018: 39)

[83] El Cripc de Huariaca brinda atención a la Red Asistencial de Pasco; aunque en la realidad también recibe personas usuarias de diferentes partes del país. Precisamente, se corroboró que dicho Cripc recibe personas usuarias por mandato de los órganos encargados de la administración de justicia, incluido el Tribunal Constitucional, quienes ordenan el internamiento de personas con problemas de salud mental. Tal es el caso del ciudadano R.M.V., quien viene recibiendo atención en salud mental en el Cripc de Huariaca porque el Tribunal Constitucional ordenó en la STC 02480-2008-PA/TC, su internamiento permanente y por tiempo indefinido. Similar situación es la de la ciudadana G.R.S., quien fue hospitalizada por tiempo indefinido por orden del Décimo Juzgado Civil de Lima en el Expediente 02577-2005. (Defensoría del Pueblo 2018: 88, 93-94, 133, 185)

Finalmente, se advierte que el contenido de esta obligación estaría vinculado con la característica de la accesibilidad de los servicios de salud mental, pues la falta de distribución equitativa de las instalaciones que brindan servicios de salud mental con internamiento obstaculiza la accesibilidad geográfica y económica de las personas que necesitan tratamientos para sus enfermedades mentales agudas o crónicas, pero que residen en regiones donde no se encuentran dichos establecimientos.

Eventualmente, si bien este apartado de la tesis enfatiza en establecimientos con internamiento, la necesidad de los servicios de salud mental, que comprenden el diagnóstico y la atención en centros de salud, involucrada a los centros de atención sin internamiento, son también necesarios.

1.3.2.- La falta de cobertura privada a las enfermedades de salud mental preexistentes, de cara a la obligación inmediata de adecuar el ordenamiento interno conforme a las obligaciones del Pidesc.

Como lo señalamos en el apartado 1.2, entre las principales obligaciones inmediatas que se derivan del derecho de toda persona de acceder a servicios de salud mental, se encuentra la obligación de adoptar medidas legislativas, la cual comprende la adopción de normas que garanticen el derecho de acceso a servicios de salud mental, así como la modificación y eliminación de normas contrarias al Pidesc.

En cuanto a la obligación de adoptar normas que garanticen el derecho de acceso a servicios de salud mental, se advierte que involucra la regulación de todo servicio de salud, tanto público como privado. Ello es así debido a que, al ser el derecho de acceso a servicios de salud mental un servicio público (porque materializa uno de los fines del Estado, que es garantizar plenamente el derecho a la salud mental), el Estado se encuentra legitimado de exigir que todos los prestadores de este servicio, sean públicos[84] o privados[85], cumplan con las características del derecho a la salud (accesibilidad, disponibilidad y calidad) y las obligaciones que de él se derivan.

En este contexto de obligaciones estatales, se observa que antes de la emisión de la Ley 30947[86], en el Perú no había una regulación que obligue a las compañías privadas que ofrecen seguros de salud[87], a brindar cobertura para el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación en salud mental.

Ante este vacío legal, en la práctica se observaba que las aseguradoras privadas daban cobertura parcial a la atención de salud mental, o no daban alguna cobertura en este aspecto. Entidades prestadoras de salud (EPS), como Mapfre-Perú, brindaba consulta

[84] En la prestación de servicios de salud brindados por el sector público, se aprecia una relación jurídica: la relación entre el Estado, quien, como sujeto pasivo, debe prestar servicios de salud mental, así como regular el marco a partir del cual está obligado a prestar dichos servicios, y supervisar su cumplimiento; y los usuarios de la prestación de salud, como sujetos activos (eficacia vertical).

[85] En la prestación de servicios de salud brindados por el sector privado, se observan dos relaciones jurídicas: a) la relación entre el Estado, quien, como sujeto pasivo, debe regular un marco a partir del cual los centros de salud privados están obligados a prestar servicios de salud mental, así como supervisar su cumplimiento; y los usuarios de la prestación de salud, como sujetos activos (eficacia vertical); y b) la relación entre los centros de salud privados que brindan servicios de salud mental, quienes, como sujeto pasivo, deben prestar servicios de salud mental y están obligados a acatar y cumplir las medidas impuestas por la regulación estatal; y los usuarios de la prestación de salud, como sujetos activos (eficacia horizontal).

[86] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de mayo de 2019.

[87] Como se indicó en el apartado 1.3 de la presente investigación, en el Perú, la atención en servicios de salud mental es cubierta por el Estado y particulares. En el caso de los particulares, estos proveen servicios de salud mental a través de distintas modalidades, siendo una de ellas el seguro privado de salud.

de psicología, tratamiento psicoterapéutico individual o de grupo, consulta psiquiátrica o psicoterapia de pareja, pero no incluía medicamentos, hospitalización ni emergencia[88]. En tanto que la aseguradora Pacífico brindaba seguros de salud que no cubrían tratamientos mentales, referidos a consultas, pruebas auxiliares y tratamientos médicos, psicológicos y/o psiquiátricos, Trastornos Mentales y del Comportamiento, del Código Internacional de Enfermedades CIE 10, así como tratamientos para corregir trastornos de conducta, trastornos de la atención lenguaje y del aprendizaje, electroencefalograma para cefaleas o problemas de memoria o atención y curas de reposo o de sueño[89]. Mientras que Rímac indicaba que sus seguros integrales de salud no cubrían enfermedades mentales y desórdenes de la conducta, referidos a curas de reposo, surmenaje, enfermedades emocionales y desórdenes funcionales de la mente, desarrollo psicomotor, déficit de atención, trastornos o problemas de aprendizaje, trastornos o problemas del lenguaje, tratamientos de origen psiquiátrico y/o psicológico, incluyendo tratamiento psiquiátrico de apoyo a otras enfermedades no mentales (desorden emocional, desorden de ansiedad, depresión exógena, trastorno psicosomático)[90].

Esta situación evidenciaba que el estado peruano estaba incumpliendo la obligación inmediata de adoptar medidas legislativas, en el extremo de que no habían adoptado normas que garanticen el derecho de acceso a servicios de salud mental, en la atención brindada por las aseguradoras privadas.

Sin embargo, de cara a dicha omisión, con la promulgación de la Ley 30947, se regularon los servicios de salud mental brindados por los privados. En específico, el artículo 10 de la Ley 30947 estableció que los seguros de salud privados deben cubrir la atención en salud mental dentro de sus planes, incluyendo el tratamiento ambulatorio, internamiento, hospitalización y acceso a medicamentos y productos sanitarios:

> Artículo 10. Atención por los seguros de salud
> 10.1 Los seguros de salud públicos y privados deben cubrir la atención en salud mental dentro de sus planes, incluyendo el tratamiento ambulatorio o el internamiento u hospitalización, así como el acceso a medicamentos y productos sanitarios adecuados y de calidad, con excepción de los seguros con póliza de naturaleza específica.
> 10.2 Las compañías privadas que ofrecen seguros de salud están obligadas a brindar cobertura para el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación en salud mental, de acuerdo a las necesidades de las personas con los problemas de salud mental registrados en el Capítulo de Trastornos Mentales y del Comportamiento de la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud vigente al momento de la atención de salud, con la frecuencia, cantidad y duración necesaria.
> 10.3 Las personas en condición de pobreza o pobreza extrema con discapacidad mental que no cuenten con seguros deben ser incluidas en el Seguro Integral de Salud (SIS), de acuerdo a un plan progresivo de atención o prestaciones.

---

[88] Se analizó la gama de pólizas de seguro de salud que brindaba la aseguradora Mapfre-Perú, en febrero de 2019, antes de la publicación de la Ley 30947: Seguro de Asistencia Médica Nacional, Trébol Salud, Mapfre Perú / Seguro Médico Familiar, Viva Salud Plus, Mapfre Perú / Seguro Médico Familiar, Viva Salud, Mapfre Perú.

[89] Se analizó la gama de seguros de salud que brindaba Pacífico: Medicvida Internacional / Medicvida Nacional / Multisalud / Red Preferente. La información se obtuvo de la página web de Pacífico: https://www.pacifico.com.pe/seguros/saludhttps://www.pacifico.com.pe/seguros/salud - exclusiones . Visitado el 21 de abril de 2019.

[90] Se analizó la gama de seguros integrales de salud que brindaba Rímac: Salud Referencial / Full Salud / Red Preferente / Salud Red Médica. La información se obtuvo de la página web: https://www.rimac.com.pe/personas-salud?origen_fuente=rimac&origen_medio=pdp_salud_boton_todos. Visitado el 21 de abril de 2019.

Al respecto, con la regulación de la Ley 30947, sobre los servicios que brindan los privados, se estaría cumpliendo con parte de la obligación inmediata de adoptar medidas legislativas que garanticen el derecho de acceso a servicios de salud mental. Y es que, con la prescripción a los privados sobre la cobertura de servicios de salud mental, se amplía la disponibilidad de bienes y servicios en salud mental a los cuales puede acceder toda persona, lo que coadyuva a que haya una mayor protección del derecho a la salud mental.

No obstante lo expuesto, se observa que esta regulación permite el acceso a servicios de salud mental de manera parcial, pues no garantiza el acceso al tratamiento, internamiento, hospitalización, acceso a medicamentos y rehabilitación de las enfermedades mentales diagnosticadas con preexistencia.

La preexistencia es "cualquier condición de alteración del estado de salud diagnosticada por un profesional médico colegiado, conocida por el titular o dependiente y no resuelta en el momento previo a la presentación de la declaración jurada de salud"[91] para contratar el nuevo seguro de salud.

No obstante, en el sistema de salud privado peruano, hay enfermedades que, si bien fueron diagnosticadas y no se resolvieron antes de la contratación del nuevo seguro de salud privado, no se consideran preexistentes. Siempre y cuando estas enfermedades hayan sido cubiertas por un seguro de salud de una Entidad Prestadora de Salud (EPS) dentro del periodo inmediatamente anterior al contrato del nuevo seguro[92], haya recibido cobertura durante la vigencia de un contrato de seguro que cubrió el período

[91] Artículo 2 de la Ley 29561, Ley que establece la continuidad en la cobertura de preexistencias en el plan de salud de las Entidades Prestadoras de Salud.

[92] Ello se desprende de los artículos 1 y 3 de la Ley 29561, que establecen que el plan de salud ofertado por las EPS incluye la continuidad de la cobertura de diagnósticos preexistentes que hayan sido cubiertos por otro plan de salud, a consecuencia de cambio de centro laboral o de EPS. Eso se indica en las siguientes disposiciones:

Ley 29561, Ley que establece la continuidad en la cobertura de preexistencias en el plan de salud de las Entidades Prestadoras de Salud

"Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente Ley tiene el objeto de garantizar la continuidad de la cobertura de preexistencias de la capa compleja del plan de salud contratado en las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) para los trabajadores que cambian dicho plan por otro, a consecuencia de cambio de centro laboral o de Entidad Prestadora de Salud. Esta disposición es aplicable a los trabajadores y a sus derechohabientes.

(…)

Artículo 3.- Preexistencias de capa compleja del plan de salud de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), continuidad y condiciones

En el plan de salud y en el contrato de prestación de servicios de seguridad social en salud para afiliados regulares, ofertados por la Entidad Prestadora de Salud (EPS), que incluyan las enfermedades de capa compleja, debe incluirse una cláusula de garantía que permita la continuidad de cobertura de diagnósticos preexistentes en los supuestos señalados en el artículo 1 de la presente Ley.

Para hacer efectiva la continuidad de la cobertura de preexistencias de capa compleja, se debe cumplir con la inscripción en el nuevo plan de salud, dentro de los noventa (90) días calendario posteriores al inicio de su nueva relación laboral, bajo responsabilidad de la Entidad Prestadora de Salud (EPS)".

inmediatamente anterior o perteneció a una póliza grupal dentro del plazo de 120 días[93/94].

Ergo, en nuestro ordenamiento jurídico se considera como enfermedades preexistentes a aquellas alteraciones del estado de salud diagnosticadas y no resueltas antes de la contratación del nuevo seguro de salud, con excepción de las que fueron cubiertas por un seguro de salud de una EPS o aseguradora privada de salud, dentro del periodo inmediatamente anterior al contrato del nuevo seguro, o perteneció a una póliza grupal dentro del plazo de 120 días.

Así, las enfermedades mentales consideradas preexistentes no tienen cobertura por los seguros de salud privados, incluso si el usuario pudiera asumir el incremento de lo que implica el tratamiento a tales enfermedades.

Esta falta de cobertura a las enfermedades preexistentes evidencia una limitación en una de las características del derecho a la salud mental, que es la accesibilidad, que involucra el acceso de toda persona a servicios de salud mental, como el tratamiento, internamiento, hospitalización, acceso a medicamentos y rehabilitación.

En consecuencia, se observa que la Ley 30947, al no regular el tratamiento a enfermedades mentales preexistentes por seguros de salud privado, se encuentra vinculada con el incumplimiento de la obligación inmediata del Estado de adoptar medidas legislativas que regulan la accesibilidad a servicios de salud mental de enfermedades preexistentes, en la atención brindada por las aseguradoras privadas, de cara al deber de adecuar el ordenamiento jurídico interno conforme a las obligaciones del Pidesc.

1.3.3- La falta de atención en salud mental oportuna y urgente en los establecimientos de salud públicos de cara a la obligación progresiva de proveer servicios de salud mental.

En el estado peruano, cerca del 33.7 % del total de habitantes tiene una prevalencia de vida en trastornos mentales (Defensoría del Pueblo 2018: 28). Si tenemos en cuenta

[93] Ello se desprende del artículo 1 de la Ley 28770, que indica que no se considerará enfermedad preexistente aquella que se haya generado o por la que el beneficiario recibió cobertura durante la vigencia de un contrato de seguro que cubrió el periodo inmediatamente anterior o, si perteneció a una póliza grupal, dentro del plazo de 120 días anteriores al nuevo seguro. Eso reza en las siguientes disposiciones:

Ley 28770, Ley que regula la utilización de las preexistencias en la contratación de un nuevo seguro de enfermedades y/o asistencia médica con la misma compañía de seguros a la que se estuvo afiliado en el período inmediato anterior

"Artículo 1.- Tratamiento de las preexistencias en los seguros de enfermedades y asistencia médica

En la contratación de seguros de enfermedades y asistencia médica no se considerará enfermedad preexistente aquella que se haya generado o por la que el asegurado y/o beneficiario haya recibido cobertura durante la vigencia de un contrato de seguro que cubrió el período inmediatamente anterior, aun cuando dicho beneficio haya tenido origen en una póliza de seguro de enfermedades o asistencia médica diferente. El asegurado y/o beneficiario que, en los casos de pólizas grupales, deje de pertenecer al grupo asegurado, podrá contratar, en un plazo de 120 días contados a partir del término del contrato de seguro anterior, una nueva cobertura con cualquier aseguradora del sistema financiero peruano, para lo cual se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior".

[94] Cabe señalar que a partir de la regulación de la Ley 30562, se reconoce la obligación de las aseguradoras privadas de dar cobertura a enfermedades preexistes cubiertas previamente por otras aseguradoras, independientemente de que sean EPS o aseguradoras privadas de salud. Con esta regulación, se abre la posibilidad de pasarse de un sistema de salud a otro, dado que no limita si es seguro privado o público.

que, al 2022, la población en el Perú alcanzó los 33 millones 396 mil 700 habitantes[95], se concluye que 11,020,911[96] millones de habitantes, entre adultos y niños, en el Perú, padecen de algún problema de salud mental.

Sin embargo, en un informe, en el 2018, el Minsa refiere que solo uno de cada cinco personas que requiere atención en salud mental, en el país, recibe algún tipo de tratamiento (Minsa 2018: 13). En esa misma línea, la Defensoría del Pueblo ha advertido que "8 de cada 10 personas que necesitan atención en su salud mental no reciben tratamiento adecuado"[97]; y que "la brecha de atención en salud mental afecta al 80% de la población, especialmente a las personas en situación de pobreza y pobreza extrema"[98]. De manera más específica, en Lima hay brechas en el acceso a servicios de salud mental, que fluctúan entre 69% en Lima Metropolitana y el Callao, y 93,2% en Lima rural (Minsa 2021: 21), cifra que es superior a la brecha promedio del tratamiento de adultos en la región latinoamericana, del 78.1 %[99].

Incluso, para los sujetos que tienen acceso a los servicios de salud mental, se observa que en algunas instituciones de salud públicas hay una demora de un mes y medio en la atención, desde que es programada la cita médica. Sobre el particular, en el Hospital Víctor Larco Herrera "si bien en el servicio de consulta externa de personas adultas hay un buen número de psiquiatras, hay pocos psicólogos. Esto hace que se acumulen las citas, por lo que en el área de psicología de consulta externa hay un retraso de citas de mes y medio aproximadamente" (Defensoría del Pueblo 2018: 74).

En estudios realizados entre los años 2008 y 2018, se identificaron elementos que hacen deficiente o impiden a la población acceder a servicios de salud mental en el Perú, entre los cuales están:

a) la escasa disponibilidad de servicios de salud mental en las redes de servicios de salud y los hospitales y, en algunas zonas, el difícil acceso geográfico poblacional (Minsa 2018: 28 y 35);
b) el reducido presupuesto en los servicios públicos de salud mental (Minsa y OMS 2009: 30-31) (Minsa 2018: 28);
c) la política de recursos humanos de salud mental caracterizada por la falta de planificación, escasa inversión en capacitación, monitoreo y seguimiento, y ausencia de incentivos para el desarrollo de esta actividad (Minsa y OMS 2009: 30-31)

---

[95] Instituto Nacional de Estadística e Informática. Visitado el 11 de junio de 2023. Disponible en: https://www.gob.pe/institucion/inei/noticias/630584-poblacion-peruana-alcanzo-los-33-millones-396-mil-personas-en-el-ano-2022. Es importante señalar que, posterior a la recopilación de datos de este estudio, el Inei actualizó la cifra en 34 millones 402 mil 098 personas en el año 2024. Si bien se advierte un ligero incremento, la conclusión se mantiene. (Minsa. Visitado el 10 de enero de 2025. https://www.minsa.gob.pe/reunis/?op=1&niv=5&tbl=1)

[96] Cifra que se obtiene de multiplicar 33 millones 396 mil 700 habitantes por el porcentaje de la población que requiere atención en salud mental, que es 33 %.

[97] Defensoría del Pueblo. https://www.defensoria.gob.pe/ocho-de-cada-10-personas-no-reciben-atencion-en-salud-mental-pese-a-requerirlo/ Visitado el 20 de julio de 2023.

[98] Defensoría del Pueblo. Visitado el 11 de junio de 2023. Disponible en: https://www.defensoria.gob.pe/ica-recomendamos-conformar-comision-multisectorial-para-tratar-problemas-de-salud-mental/#:~:text=La%20brecha%20de%20atenci%C3%B3n%20en%20salud%20mental%20afecta%20al%2080,%2C1%25%20del%20presupuesto%20nacional.

[99] Organización Panamericana de Salud. Visitado el 20 de junio de 2023. Disponible en: https://www3.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=9408:2008-la-brecha-tratamiento-region-americas&Itemid=0&lang=pt#gsc.tab=0

d) la reducida cantidad de recursos humanos especializados en salud mental en el estado peruano y su centralización en la ciudad de Lima (Minsa 2018: 28) (Diez-Canseco y otros 2014: 133);
e) la escasez de recursos económicos es otro obstáculo para el acceso a servicios de salud mental (Diez-Canseco y otros 2014: 133)
f) la falta de percepción de padecimiento de algún trastorno mental (Minsa 2018: 34)
g) el desconocimiento del tratamiento adecuado o el miedo al estigma social (Minsa 2018: 34-35)

Respecto a la escasa disponibilidad de servicios de salud mental en las redes de atención de salud y los hospitales (Minsa 2018: 28 y 35), ser observa que, si bien a lo largo de los años se ha ido incrementando progresivamente la implementación de establecimientos de salud mental en el país; la cantidad sigue siendo limitada. Por ello, una de las razones que explican la brecha en la atención es la insuficiente oferta de servicios de salud mental y su centralización (Minsa 2018: 13).

En efecto, el Ministerio de Salud ha recomendado que se requiere 1 centro de salud mental comunitario por 100 000 habitantes (Minsa 2018: 29), de lo cual se concluye que se necesitan 333 centros de salud mental comunitarios para cubrir las necesidades de salud mental de la población peruana, de 33 millones 396 mil 700 habitantes[100]. Sin embargo, a marzo del 2023, hay 248 centros de salud mental[101], cifra que, aunque es superior a los 37 centros de salud mental comunitarios que había en el 2017 (Minsa 2018: 29), aun es limitada. Ello demuestra que el número de centros de salud mental comunitarios se ha incrementado en los últimos años; no obstante, aún hay un déficit de cerca de 85 establecimientos, a nivel nacional, lo que evidencia limitaciones en la oferta de servicios de salud mental.

En esa misma línea, el Ministerio de Salud, en el 2018, recomendó que se necesitan 241 hogares protegidos para solo cubrir las necesidades de las personas con trastorno mental grave, en situación de abandono social, sea que estén institucionalizadas o en situación de calle (Minsa 2018: 30). No obstante, a febrero de 2022, hay 57 hogares protegidos (Defensoría del Pueblo 2022: 44), cifra que es superior a los 6 hogares protegidos que había en el 2018 (Minsa 2018: 30). Ello evidencia que si bien hay un progreso en la implementación de hogares protegidos; aún hay un gran número pendiente (184 establecimientos), lo que muestra limitaciones en la oferta de servicios de salud mental para los sujetos que se encuentran en situación de vulnerabilidad por padecer algún trastorno mental grave y en situación de abandono social.

Asimismo, si bien se viene capacitando en salud mental a médicos y enfermeros, en un informe realizado por el Minsa en el 2018, se observó que, de los 7848 establecimientos

[100][100] Es relevante destacar que, posterior a la recopilación de datos de esta investigación, el Inei actualizó la cifra del número de habitantes en el 2024 a 34 millones 402 mil 098 personas. Si bien esta cifra representa un incremento, la conclusión sobre la insuficiente disponibilidad de centros de salud mental comunitarios para cubrir las necesidades de salud mental de la población en el Perú se mantiene. Ello debido a que, sobre la base de 1 centro de salud mental por cada 100 mil habitantes, en el año 2024 se necesitaban 344 centros; no obstante, hasta enero de 2025, solo hay 288 centros de salud mental comunitaria. Ver: https://www.minsa.gob.pe/reunis/?op=1&niv=5&tbl=1. Información recuperada el 2 de abril de 2025. Ver: https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/1086134-el-peru-cuenta-con-288-centros-de-salud-mental-comunitaria-distribuidos-en-todo-el-pais. Información recuperada el 2 de abril de 2025.

[101] https://www.gob.pe/10942-conocer-los-centros-de-salud-mental-comunitaria-en-el-peru. Información recuperada el 28 de julio de 2023.

de salud de primer nivel de atención[102], solo el 14.07% (1104 instalaciones, por lo general de nivel I-3 y I-4) cuentan con servicios de psicología (frecuentemente con un profesional) (Minsa 2018: 28-29). El número insuficiente es especialistas en salud mental contribuye a la disponibilidad de servicios insuficiente y baja cobertura de atención (Minsa 2018: 32). En tal sentido, se observa que hay atención insuficiente en servicios de salud mental en los establecimientos de salud de primer nivel de atención, pues cerca del 85 % no cuenta con personal capacitado en ese servicio, lo que repercute a la limitada disponibilidad de servicios de salud mental.

De igual manera, la alta dispersión de la población y el difícil acceso geográfico poblacional especialmente en zonas rurales, altoandinas y amazónicas, caracterizadas por una compleja realidad geo socio-sanitaria, limita la búsqueda de ayuda en servicios públicos de salud mental (Minsa 2018: 35). Dicho obstáculo geográfico muestra las deficiencias en el cumplimiento de la característica de la accesibilidad geográfica para acceder a servicios de salud, como parte de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental".

En cuanto al presupuesto público insuficiente en la categoría salud mental, se advierte que aún continúa siendo reducido y desproporcionado con el porcentaje que se les otorga a las demás enfermedades. En efecto, en el año 2005, el presupuesto asignado a la salud mental fue equivalente al 3 % del presupuesto total del sector salud (Diez-Canseco y otros 2014: 133); en tanto que para el año 2023, el presupuesto asignado en salud mental es el 2,069 % del total de la sección salud[103/104]. Si tenemos en cuenta que los trastornos mentales y del comportamiento alcanzan al 9,8% del total de carga de enfermedad[105] en el país, ocupando el segundo lugar y produciendo la pérdida de 17.7 años perdidos por cada mil habitantes (Minsa 2023: 43); no resulta proporcionado que se le otorgue solo el 2,069 % del presupuesto total de la categoría salud. Es en ese escenario que el Minsa ha recomendado que, dada la magnitud y prevalencia de trastornos mentales en el país, la inversión en el presupuesto general destinado a salud mental debería ser entre el 5% y 15% (Minsa 2018: 36).

Dicha reducción en el presupuesto público de la categoría salud mental muestra una **regresión** en la garantía del derecho de acceso a servicios de salud mental, lo que se contrapone con la obligación de progresividad en la tutela del derecho, en su característica de **progreso**.

En relación con la escasez de recursos humanos especializados en salud mental, en establecimientos de salud públicos, se advierte que se ha logrado un ligero incremento; sin embargo, aún continúa.

---

[102] Los establecimientos de salud del primer nivel de atención son denominados la puerta de entrada al sistema de salud, por cuanto son lo más cercano y el primer contacto con la población. Está conformado por establecimientos que brindan servicios de baja complejidad, como las postas y centros de salud con consultorios de atención básica. Información recuperada el 28 de julio de 2023. Disponible en: https://www.gob.pe/16727-conocer-establecimientos-de-salud-del-primer-nivel-de-atencion

[103] En el año 2023, el presupuesto público peruano del sector salud es de S/. 26,982,785,065, en tanto que en la categoría control y prevención en salud mental es de S/. 558,444,960. Por ello, el presupuesto público en salud mental equivale al 2,069% de la cuota asignada a la sección salud.

[104] Información obtenida de la página web del Ministerio de Economía y Finanzas. Visitado el 10 de junio de 2023. Disponible en: https://apps5.mineco.gob.pe/transparencia/Navegador/default.aspx

[105] La carga de enfermedad es un indicador que muestra "la brecha existente entre la situación actual de salud de una población y la ideal en la que cada miembro de esa población podría alcanzar la vejez libre de enfermedad y discapacidad" (Minsa 2023: 15)

En efecto, en el año 2009, había 187 psiquiatras en el Ministerio de Salud, de los cuales el 82% se encontraba en Lima y Callao (Diez-Canseco y otros 2014: 133); en tanto que, en el año 2020, había 372 psiquiatras contratados, de los cuales el 65% laboraba en Lima[106]. Actualmente, hay 465 psiquiatras laborando en establecimientos públicos del Ministerio de Salud, del cual el 63% brinda servicios en Lima[107]. De otro lado, en el año 2023 se han contratado 5065 psicólogos en el país, de los cuales el 26.2 % trabaja en Lima.

Aunado a lo expuesto, se observa que esta disponibilidad de especialistas en salud mental no solo es limitada de cara a los cerca de 33 millones de habitantes, sino también está centralizada en la ciudad de lima, sin focalizar la atención en las ciudades con mayor incidencia en salud mental, pues se advierte que en ciudades que presentan prevalencia más alta en trastornos mentales[108], como Ayacucho, Madre de Dios (cuya capital es Puerto Maldonado), Loreto (cuya capital es Iquitos), Tumbes, Puno y Ucayali (cuyo departamento es Pucallpa) hay 4, 1, 3, 3, 3 y 2 psiquiatras, respectivamente.

A continuación, se muestra la distribución del número de psiquiatras, a nivel nacional, en establecimientos del Minsa, en los años 2009, 2020 y 2023[109]:

	DISTRIBUCIÓN DE PSIQUIATRAS A NIVEL NACIONAL		
Regiones	**Número de psiquiatras en el año 2009**	**Número de psiquiatras en el año 2020**	**Número de psiquiatras en el año 2023**
Amazonas		3	1
Ancash	-	4	7
Apurímac	-	5	6
Arequipa	-	21	26
Ayacucho	-	5	4
Cajamarca	-	2	4
Callao	-	15	19
Cusco	-	6	8
Huancavelica	-	1	2
Huánuco	-	4	5
Ica	-	7	9
Junín	-	9	13
La Libertad	-	13	15
Lambayeque	-	5	10
Lima Metropolitana	-	241	293

[106] Base de datos INFORHUS, enero a diciembre de 2020, de la Dirección General de Personal de Salud, Observatorio de Recursos Humanos en Salud. Visitado el 11 de octubre de 2022. Disponible en: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYWJmNDU2MWUtYjQxZi00ZDY4LThiZmYtZWQwZmY1ZTA4NWY1IiwidCI6ImI3ZDJiMWZkLWU3NjMtNDY5ZS05NjE5LWM5M2I3MmEyYzUwMyJ9

[107] Información enregada por el Ministerio de Salud, en julio de 2023, como respuesta a un pedido de información solicitado en virtud del del derecho de acceso a la información pública realizado por la autora de esta investigación.

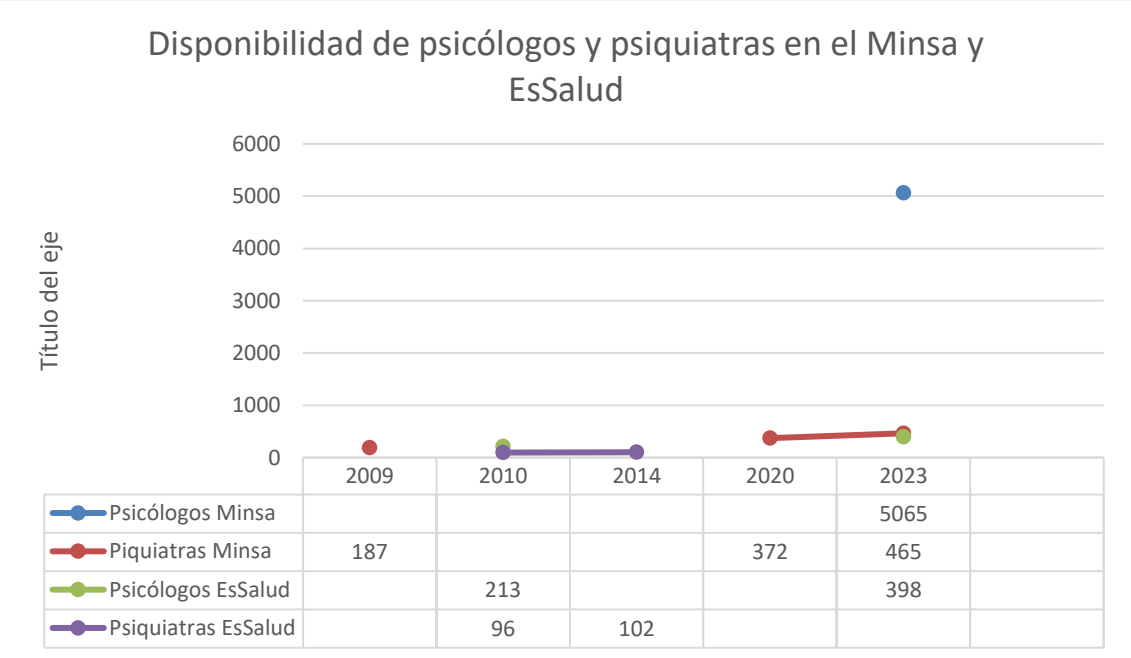
[108] Según estudios epidemiológicos realizados del 2003 hasta el 2014, se advirtió que las prevalencias anuales más altas de trastornos mentales se encuentran entre las poblaciones de las zonas urbanas de las ciudades, siendo Ayacucho, Puerto Maldonado, Iquitos, Tumbes, Puno y Pucallpa, las que presentan prevalencias mayores que el promedio (Minsa 2018: 19)

[109] Es importante destacar que, posterior a la recopilación de datos de esta investigación, el Ministerio de Salud actualizó la cifra del número de psiquiatras a 483 en el 2024. Si bien esta cifra muestra un ligero incremento, se mantiene la conclusión del escaso número de especialistas en salud mental. Ver: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiOGNlMWQ4NDYtNzg4ZS00YTVhLWIxNTctYmUyZmMzNjY2Zjc4IiwidCI6Ijc5MDVjMWZjLTkzM2MtNDUyYS04YjgzLWIyZTU2NDU1ZDE2YSIsImMiOjR9. Visitado el 10 de abril de 2025.

Lima Región	-	7	
Loreto	-	2	3
Madre de Dios	-	1	1
Moquegua	-	2	3
Pasco	-	0	3
Piura	-	1	8
Puno	-	2	3
San Martín	-	3	4
Tacna	-	9	13
Tumbes	-	2	3
Ucayali	-	2	2
Total	187	372	465

Fuente: Cuadro elaborado por la autora, en base a la información publicada por el Ministerio de Salud y entregada por esa misma institución a través de un pedido de información.

Por su parte, en el año 2010, había 96 psiquiatras y 213 psicólogos contratados por EsSalud (Diez-Canseco y otros 2014: 133); mientras que en el 2014, se encontraban contratados 102 psiquiatras en dicha institución (Defensoría del Pueblo 2018: 107). En la actualidad, al año 2023, según información proporcionada por EsSalud, a partir de un pedido de información realizado para esta investigación, hay 398 psicólogos por EsSalud, bajo todo tipo de modalidad de contrato de trabajo (EsSalud 2023).



En cuanto a la escasez de recursos económicos. Teniendo en cuenta que el tratamiento de la salud mental implica grandes costos económicos (Minsa 2018: 24), las personas con escasos recursos económicos tienen capacidad reducida para pagar un tratamiento adecuado en salud mental, razón por la cual enfrentan mayores obstáculos para acceder a dicho servicio. Ello se refleja en un estudio epidemiológico realizado en el país, en el que se observó que en promedio el 47% de la población que no fue atendida en salud mental refirió que el motivo principal fue la falta de dinero. (Diez-Canseco y otros 2014: 133)

En relación con la falta de percepción de padecimiento de algún trastorno mental; en un estudio realizado en el 2012, se observó que el 47.1% de la población que requiere atención en salud mental, no percibe o no reconoce que padece algún trastorno de salud mental (Minsa 2018: 34). Entre los diversos elementos que conllevan a la falta de reconocimiento de la dolencia de enfermedades mentales, están los criterios culturales o la falta de información sobre salud mental. En algunas comunidades, "problemas como la violencia familiar o el abuso del alcohol suelen verse "normales" (Minsa 2018: 35), lo que conlleva a la normalización de dichas situaciones, y ocasiona que ya no se busque atención en salud mental.

En lo que se refiere al desconocimiento del tratamiento adecuado o el miedo al estigma social (Minsa 2018: 34-35), se observa que parte de la población que sí advierte su padecimiento en salud mental, no busca ayuda o tratamiento porque, dada la falta de información adecuada sobre salud mental, considera que lo puede resolver por sí misma, no sabe a dónde acudir para recibir atención, o se avergüenza de acudir a los establecimientos de salud mental, por el estigma social. Así pues, se observa que, según estudios epidemiológicos del 2018, el 50 % de la población que sí reconoce y requiere atención profesional piensa que lo puede resolver por sí solo (Minsa 2018: 34). Asimismo, un alto porcentaje de la población que requiere atención en salud mental no sabe adónde ir, desconfía de los servicios médicos, o se avergüenza de buscar ayuda dada la marginación de la sociedad a las personas con trastornos mentales (Minsa 2018: 34).

Ahora bien, la atención en salud mental debe ser oportuna y en algunos casos es urgente. Sobre el particular, el Instituto Nacional de Salud Mental ha referido que los niños(as) y adolescentes requieren atención temprana y oportuna, a fin de evitar la cronificación de estos en la edad adulta[110] (Instituto Nacional de Salud Mental 2021: 23). En ese sentido, la búsqueda tardía de atención en salud mental propicia la cronicidad, mayor discapacidad, marginalidad y mayor vulnerabilidad (Minsa 2018: 35). Aunado a ello, especialistas advierten que el tratamiento en salud mental es urgente en algunos casos porque puede conducir a consecuencias irreparables, como una peor evolución de la enfermedad, hospitalizaciones o suicidios[111].

En suma, de todo lo expuesto se advierte que la implementación gradual de los servicios de salud mental, en los últimos años en el país, guarda relación con la obligación de progresividad, derivada de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de

[110] El Instituto Nacional de Salud Mental ha señalado lo siguiente: "En un país donde la salud mental es un privilegio, es vital que las instituciones de salud inviertan esfuerzos en pro de la prevención y el diagnóstico temprano de trastornos emocionales en la población en general y en los niños(as) y adolescentes en particular, grupo que conforma el 33% de la población actual; considerado grupo vulnerable por factores de desarrollo y educación entre otros, sumados a condiciones preexistentes en su salud mental, cuya intervención temprana y oportuna evitaría la cronificación de estos en la edad adulta". (Instituto Nacional de Salud Mental 2021: 23)

[111] El psiquiatra Rafael Touriño, en la revista "Cuadernos de psiquiatría comunitaria", refiere que las interrupciones del tratamiento farmacológico conducen a una peor evolución de la enfermedad y aumenta el riesgo suicida en los pacientes con depresión y trastorno bipolar. Además, el riesgo de ingreso hospitalario es cuatro veces mayor para los pacientes que no llegan a terminar el tratamiento con medicamentos estabilizadores del ánimo (como el valproato sódico y la carbamazepina), según otro estudio publicado por los investigadores británicos Jan Scott y Ravi Lingam". Recogido el 22 de julio de 2023, en: https://saludconlupa.com/salud-mental/7-de-cada-10-centros-de-salud-mental-se-han-quedado-sin-medicinas-por-que-el-estado-no-esta-comprandolas-a-tiempo/

acceder a servicios de salud mental". Como se indicó anteriormente, esta obligación garantiza que se adopten todas las medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los Desca. La ampliación progresiva de servicios de salud mental, como el aumento del número de centros de salud mental comunitarios y hogares protegidos, y el incremento de personal especializado, brindan una mayor cobertura de atención en salud mental, lo que coadyuva a una mayor efectividad del derecho a la salud mental.

Sin embargo, la brecha de acceso a los servicios de salud mental o el acceso tardío, sobre todo de las personas que requieren atención oportuna y urgente, conlleva a la necesidad de evaluar si dicha implementación progresiva de servicios de salud mental es suficiente. Corresponde así, evaluar el cumplimiento de la progresividad y si hay razones constitucionales que justifican la demora en la garantía. El sujeto activo estaría conformado por toda persona que necesita servicios de salud mental urgente o la encuentra tardíamente. El sujeto pasivo sería el Estado, en tanto que la insuficiente provisión oportuna de atención en salud mental en establecimientos de salud públicos es responsabilidad estatal. La obligación es, como se refirió, la adopción de medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los Desca, y está vinculada con la accesibilidad y disponibilidad del servicio de salud mental, que se refieren al acceso a establecimientos y tratamientos públicos oportunos y adecuados.

1.4.- Conclusiones

- El derecho a la salud mental se encuentra reconocido en el artículo 7 de la Constitución Política del Perú vigente, el mismo que, pese a que se enmarcó en el contexto ideológico del neoliberalismo, su alcance se determina conforme al modelo de Estado social y democrático de derecho. Por ello, su contenido vincula a todos los poderes públicos y a la sociedad, tiene el mismo valor que todos los demás derechos, se interpreta conforme a la cláusula del Estado Social y la protección multinivel.

- En ese contexto, el derecho a la salud mental garantiza el más alto grado de bienestar mental. Desde un punto de vista estructural, comprende la posición *ius fundamental* de "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental". Tiene: a) por sujeto activo a toda persona; b) como sujeto pasivo al Estado (eficacia vertical), en tanto proveedor directo de servicios de salud u órgano rector que regula, supervisa y sanciona a privados que proveen servicios de salud; y a la sociedad (eficacia horizontal); y c) las obligaciones c.1) básicas (velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud mental, etc.), cuya exigibilidad es inmediata; c.2) inmediatas (adoptar, modificar o eliminar normas a fin de proteger y garantizar el derecho de acceso a los servicios de salud mental, etc.), cuya exigibilidad es *prima facie* inmediata; y c.3) progresivas (adoptar medidas de manera gradual, que tengan como meta garantizar plenamente el acceso y la disponibilidad del servicio de salud mental, etc.), cuya exigibilidad depende de las características de cada caso en concreto.

- Todos los servicios de salud mental, como el diagnóstico y la atención en establecimientos de salud con internamiento o sin internamiento, se deben realizar cumpliendo con las obligaciones básicas, inmediatas y progresivas referidas en el anterior párrafo. De cara a las obligaciones derivadas de la posición *ius*

fundamental “toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental”, la falta de distribución equitativa de las instalaciones que brindan atención con internamiento se encuentra vinculada con la obligación básica de velar por la distribución equitativa de todas las instalaciones de salud mental. La falta de regulación que determine la cobertura privada a las enfermedades de salud mental consideradas preexistentes compromete la obligación inmediata del Estado de adoptar normas que garanticen el derecho de acceder a servicios de salud mental.

- Y, el déficit de atención en salud mental, por falta o retraso en la atención y el tratamiento en centros de salud mental comunitario, hogares protegidos o establecimientos de salud de primer nivel de atención interviene en la obligación de garantizar el derecho de acceso pleno a servicios de salud mental de manera progresiva.

Capítulo 2: Protección judicial del derecho de acceso a los servicios de salud mental

2.1.- La protección de los derechos fundamentales

Como se ha señalado en el capítulo 1 del presente trabajo de investigación, una de las características del Estado social y democrático de derecho es el deber de respeto y garantía de todos los derechos fundamentales, tanto civiles y políticos como Desca.

La configuración de tales deberes de respeto y garantía de los derechos fundamentales se encuentra a cargo del legislador, la administración, los particulares en función de la relación en la que se encuentren, entre otros. Y, en caso de lesión de derechos fundamentales, la protección se encuentra a cargo de los órganos jurisdiccionales, a través de la sanción y reparación.

En la doctrina, se han planteado distintas perspectivas a través de las cuales se pretende explicar la configuración de la garantía y respeto de los derechos fundamentales.

Así, autores como Häberle señalan que el escenario conformado por la protección de los derechos fundamentales a cargo del legislador, la administración y los particulares, es llamado protección en sentido amplio o *ex ante*, en tanto que el escenario conformado por la protección a cargo del órgano jurisdiccional, en caso haya vulneración del derecho, es denominado protección en sentido estricto o *ex post* (Häberle 2019: 133-146).

Por su parte, Ferrajoli sostiene que la protección de los derechos se configura mediante las garantías primarias y las garantías secundarias. Afirma que las garantías primarias comprenden a las prohibiciones correspondientes a los derechos consistentes en expectativas negativas de no lesión, y a las obligaciones correspondientes a los derechos consistentes en expectativas positivas de prestación. En tanto que las garantías secundarias son las intervenciones jurisdiccionales tendentes a reparar o sancionar las violaciones de las garantías primarias.[112] (Ferrajoli 2016: 14)

En base a lo expuesto, a continuación, se hará un análisis de la protección de los derechos fundamentales en los dos escenarios: la protección *ex ante* o garantía primaria y la protección *ex post* o garantía secundaria.

2.1.1.- La protección *ex ante*

En el Estado liberal, la protección de los derechos fundamentales únicamente estaba encargada al juez una vez que estos habían sido vulnerados. Sin embargo, en el contexto del modelo de Estado actual, el legislador y la Administración también asumen el deber de proteger los derechos fundamentales. (Orbegoso 2018: 168)

[112] Los derechos protegidos tanto en las garantías primarias como en las secundarias son los Desca y los derechos de libertad. En cuanto a los Desca, Ferrajoli plantea que consisten en expectativas positivas que comprometen a la esfera pública con obligaciones de prestación; en tanto que los derechos de libertad consisten esencialmente en expectativas negativas que comprometen a los poderes públicos con prohibiciones de lesión o limitación (Ferrajoli 2016: 55-56).

La protección *ex ante* consiste en la protección en un contexto en el que no hay vulneración del derecho fundamental, sea por acción u omisión. Por ello, teniendo en cuenta lo referido en el párrafo anterior, comprende el actuar del legislador y la Administración, destinado a garantizar derechos fundamentales y/o evitar su vulneración.

Dicha actuación del legislador y de la Administración no puede ser meramente discrecional, sino, por el contrario, debe estar sujeta a principios, como la dignidad (abordado en el apartado 1.1 del presente trabajo), en virtud del cual las medidas que se adopten deben buscar la máxima protección y promoción de la persona; y la cláusula de Estado social (indicado en el apartado 1.1 de esta investigación), conforme a la cual tales medidas deben procurar alcanzar la igualdad material[113], el pleno respeto de los derechos fundamentales.

Ahora bien, la protección *ex ante* supone un conjunto amplio de medidas. Tales medidas son de tipo legislativas, administrativas, institucionales, procedimentales, entre otras.

En cuanto a las medidas procedimentales, en la doctrina se han planteado múltiples formas de abordarla a fin de lograr una igualdad material real, enfocada en las particularidades de los destinatarios de las medidas. Una de ellas es la perspectiva del *status activus processualis*[114].

El *status activus processualis* consiste en la participación de las personas –sea exponiendo sus necesidades, eligiendo el tipo de prestación y la forma cómo debe ser configurada– en el procedimiento de prestación que se deriva del ámbito de protección de algunos derechos fundamentales y que es realizado por el Estado en beneficio de estas. Dicho *status* es uno de los cinco *status* o posiciones (status pasivo, status activo, status negativo, status positivo y status activus processualis) que le otorgan facultades (prestaciones, acceso a servicios, inmunidades, etc.) y obligaciones al individuo en su relación con el Estado.

En efecto, en el contexto del Estado liberal, Jellineck proponía que el individuo tenía cuatro *status* o posiciones frente al Estado: *a) status pasivo o subjetionis*, el individuo se somete al Estado, por lo que tiene obligaciones frente a este último; *b) status activo o de ciudadanía*, en esta posición, el individuo tiene competencias que le permiten participar en la formación de la voluntad estatal[115]*; c) status positivo o civitatis,* en esta posición, el individuo tiene la facultad de exigir la realización de acciones al Estado*; y d) status negativo o libertatis*, en esta posición, el individuo tiene libertades frente al Estado, de modo que protege al individuo frente a la intervención estatal (Alexy2012: 220-232)

Posteriormente, en el marco del Estado social y democrático de Derecho, Hesse plantea las bases para una nueva relación entre el Estado y el ciudadano, que más adelante

[113] Como se señaló en el apartado 1.1 de esta investigación, la igualdad material involucra el tratamiento diferente a situaciones diferentes, teniendo siempre como prioridad, proteger a la población que se encuentra en situación de vulnerabilidad.

[114] Häberle señala que el fortalecimiento del *status activus processualis* satisface la apertura material de la cláusula de Estado social (Häberle 2019: 92). Nosotros entendemos que esto se debe a que, al entender que la cláusula de Estado social es un principio dirigente de la política económica y social, que procura el equilibrio de oposiciones sociales e intereses en conflicto (Häberle 2019: 92), el *status activus processsualis* ayuda con la participación real de las distintas posiciones e intereses en el procedimiento de la adopción de una medida equilibrada y consensuada, que resuelva las oposiciones sociales y conflictos.

[115] Un ejemplo del *status activus* es el derecho al sufragio, dado que le otorga facultades al individuo para participar en la elección de sus representantes, quienes conforman el Estado.

será denominada por Häberle como *status activus processualis*. Así, Hesse señala que para lograr un verdadero Estado, que represente las diferencias de la comunidad, es necesaria la participación de la comunidad en la organización y el procedimiento de ejecución de las tareas estatales (como la procura existencial y garantizando la seguridad y asistencia social). A tal efecto, la multiplicidad de intereses y formas de conducta de la sociedad se reduce en una unidad de actuación, que es el poder Estatal, dado que la convivencia humana sólo es posible en el Estado y a través del Estado. Sin embargo, esa reducción a la unidad está en constante cambio, por lo que la única manera de lograr un verdadero Estado que represente a la comunidad y le sirva a esta última, es mediante la cooperación "organizada y procesualmente ordenada" de la comunidad en un orden jurídico que garantice el éxito de la colaboración, así como la realización de las tareas estatales. (Hesse 1992: 8-14)

Es en este contexto[116] que Häberle plantea una nueva relación entre el Estado y el ciudadano[117], adicional a las ya advertidas por Jellineck, y la denomina: *status activus processualis*. Así, sostiene que el *status activus processualis* consiste en la posición o *status* del individuo de participar efectivamente en la elaboración de las prestaciones estatales destinadas a ellos. *Ergo*, esta relación involucra que el Estado tiene la obligación de garantizar los derechos fundamentales mediante la participación del individuo en la organización y el procedimiento de su configuración y desarrollo[118]. (Häberle 2019: 38, 74)

La aplicación de la cualidad participativa del individuo en la configuración del derecho fundamental (esto es, el *status activus processualis)* se deriva, en opinión de Häberle, del derecho respectivo en conexión con el derecho a la igualdad y el modelo de Estado social y democrático de derecho[119] (Häberle 2019: 121).

Al respecto, se observa que, en nuestro ordenamiento, el *status activus processualis* se derivaría, y por tanto resultaría aplicable, de:

a) el modelo de Estado social y democrático de derecho reconocido en el artículo 43 de la Constitución, en la medida que la participación del individuo en la configuración y

[116] Si bien Häberle señala que las prestaciones de los derechos fundamentales mediante la organización y el procedimiento son propias del Estado prestacional (Häberle 2019: 33), en los términos de los modelos de Estado expuestos en la presente investigación se entiende que correspondería al Estado social y democrático de Derecho, dado que el autor señala que una de las características del Estado prestacional es la vigencia real de los derechos, el cual es precisamente una de las características principales del Estado social y democrático de Derecho.

[117] En el Estado social y democrático de Derecho la relación ya no es solo la considerada entre el Estado y el ciudadano, sino ahora es entre el Estado y el individuo.

[118] Para que el destinatario de la prestación del derecho fundamental pueda participar en la organización y el procedimiento de su configuración y desarrollo, el legislador debe regular la existencia de la organización y el procedimiento y la Administración debe materializar tales medidas (Orbegoso 2018: 172).

[119] Häberle señala que la cualidad participativa se deriva del derecho respectivo en conexión con los artículos 20 I y 3 de la Ley Fundamental (de Alemania, sic), que hacen referencia al modelo de Estado social y democrático de derecho y al derecho a la igualdad, respectivamente. A continuación, se expondrán ambos artículos:

- "Artículo 20 [Fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia] (1) La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social".
- "Artículo 3 [Igualdad ante la ley] (1) Todas las personas son iguales ante la ley. (2) El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes. (3) Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico o psíquico."

desarrollo del derecho, coadyuva al conocimiento de las particularidades del beneficiario, lo que permite una garantía real del derecho que se le garantizará[120];

b) el derecho a la igualdad en su dimensión material, referido en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución, dado que la participación de la población en situación de vulnerabilidad en la prestación de sus derechos, permitirá el conocimiento de sus necesidades reales, y con ello se garantizarán dichos derechos de manera más efectiva;

c) la cláusula de Estado social. Si bien es una característica del modelo de Estado social y democrático de derecho, en este apartado se hará énfasis en la relación *status activus processualis* – cláusula de Estado social. Como se indicó anteriormente, el *status activus processualis* coadyuva a lograr la igualdad material de las políticas que se adopten en torno a la prestación del derecho, lo que permite alcanzar la justicia social, la cual es uno de los fines de la cláusula de Estado social.

d) cumple con el deber del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, indicado en el artículo 44 de la Constitución, pues con el conocimiento de las necesidades reales de los destinatarios del derecho se logra su garantía plena.

De hecho, el Tribunal Constitucional ha aplicado el *status activus processualis* en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, en la STC 1470-2016-PHC/TC[121] (fund. 19), el Tribunal ha señalado que los derechos fundamentales generan derechos a acciones positivas, que pueden ser de tres tipos: a) derecho a protección; b) derecho a la organización y procedimiento; y c) derecho a acciones positivas en sentido estricto. El derecho a la organización y procedimiento es el *status activus processualis* y consiste, en términos del Tribunal, en la facultad del titular del derecho de exigir al Estado instituir organismos y procedimientos para hacer valer el derecho.

Un ejemplo de participación del destinatario del derecho en la organización y procedimiento de configuración y desarrollo de la prestación del derecho a la salud en el Perú, se observa en el modelo de gestión de servicios de salud de los Comités Locales de Administración de salud (CLAS). Dichos comités son personas jurídicas de derecho civil, conformados cada uno por siete miembros, seis de los cuales pertenecen a la comunidad y el sétimo es el médico jefe del establecimiento de salud, quienes tienen a su cargo la administración del centro o puesto de salud que brinda el primer nivel de atención de salud a las personas que forman parte de la comunidad. Estos comités funcionan en convenio con el Ministerio de Salud, e incorporan un Plan Local de Salud con objetivos, metas y resultados a cumplir, con financiamiento flexible al gasto, que permite adecuarlo a las necesidades locales[122].

Como se puede observar, este modelo de gestión de salud permite que la comunidad participe de forma activa en la organización y el procedimiento de la configuración y desarrollo de la prestación del derecho a la salud, aunque solo sea en el primer nivel de atención, pues quienes lo gestionan son miembros de la comunidad, los mismos que al tener pleno conocimiento de las necesidades de la sociedad, plantean objetivos y metas focalizados en omisiones y deficiencias reales.

---

[120] Como se indicó en el capítulo 1.1 de esta investigación, la garantía real de los derechos fundamentales es una de las características del modelo de Estado social y democrático de derecho.

[121] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 11 de marzo de 2020.

[122] Revisado el 12 de julio de 2019. http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/clproley2001.nsf/pley/3DB7F7ACA80AA0B705256D25005D3318?opendocument

Otro ejemplo de participación del destinatario del derecho en la organización y procedimiento en la configuración y desarrollo de la prestación del derecho a la salud, se advierte en el programa de Juntas de Usuarios de Servicios de Salud (JUS). La JUS es un "espacio de participación ciudadana en salud que promueve el diálogo entre los usuarios de los servicios de salud y Susalud[123], con el fin de desarrollar una relación de cooperación con los actores vinculados al sistema de salud". Se encuentra integrada por representantes designados de las organizaciones de pacientes, de personas con discapacidad, de personas por etapas de ciclo de vida y de voluntariados vinculados a la salud. Entre las actividades que desarrolla la JUS se encuentran: a) emitir opinión sobre consultas efectuadas por Susalud en relación a la promoción y protección de los derechos en salud de los usuarios; b) realizar consultas e informar a Susalud sobre hechos que podrían implicar vulneraciones al derecho a la salud; c) generar propuestas para contribuir a la protección del derecho a la salud; y d) entre otras. (artículos 5, 6 y 18 de la Resolución de Superintendencia N° 031-2019-SUSALUD/S[124], que aprueba el Reglamento de Junta de Usuarios de los Servicios de Salud).

Al respecto, se observa que la JUS coadyuva a que las diversas organizaciones de usuarios de los servicios de salud participen activamente en la organización y el procedimiento de la configuración y desarrollo de la prestación del derecho a la salud a nivel nacional, en la medida que estas organizaciones tienen un espacio en el que interactúan y pueden expresar sus propuestas y denuncias directamente con una entidad estatal de la salud, como Susalud.

Asimismo, un ejemplo de participación en la organización y procedimiento de configuración y desarrollo de la prestación del derecho a la educación, es el Consejo Participativo Regional de Educación (Copare). El Copare está encargado de promover y apoyar la participación de la sociedad civil en el desarrollo de la educación, ciencia, cultura y deporte de la región. Está conformado por el director regional de Educación – en calidad de presidente, representantes de instituciones eclesiales, la municipalidad provincial de la sede, asociaciones de padres de familia, organizaciones magisteriales, asociaciones de directores de los centros educativos, consejos escolares e instituciones públicas y privadas que desarrollen trabajo en el campo de la educación. Entre sus funciones se encuentran: a) participar en la formulación y adecuación de la política educativa nacional a las características de su contexto, así como en la elaboración del plan estratégico regional y los planes educativos anuales; b) Fomentar relaciones de cooperación entre la Dirección Regional de Educación y las instituciones públicas y privadas y organizaciones de cooperación institucional; y c) entre otras. (artículos 18, 19 y 20 del Decreto Supremo 015-2002-ED[125]).

Sobre el particular, se advierte que este modelo de organización coadyuva a que la población destinataria del servicio educativo regional participe y dialogue sobre la

[123] Susalud es la Superintendencia Nacional de Salud. Es un "organismo público técnico especializado, adscrito al Ministerio de Salud, con autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera y encargada de registrar, autorizar, supervisar y regular a las instituciones administradoras de fondos de aseguramiento en salud, así como supervisar a las instituciones prestadoras de servicios de salud en el ámbito de su competencia" (artículo 9 del TUO de la Ley 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, publicada el 13 de julio de 2014 en el diario oficial *"El Peruano"*).

[124] Este Reglamento no ha sido publicado en el diario oficial "El Peruano". Fue publicada en la página web de la Superintendencia Nacional de Salud.

[125] Decreto Supremo 015-2002-ED, Reglamento de Organización y Funciones de las Direcciones Regionales de Educación y de las Unidades de Gestión Educativa
Publicado el 12 de junio de 2002, en el diario oficial *"El Peruano".*

política educativa y los planes educativos con los actores que son parte de la implementación del servicio educativo en las regiones; con lo que se permite que la comunidad participe en la organización y el procedimiento de la configuración y desarrollo del derecho a la educación.

Sin perjuicio de lo expuesto, sería importante que se realicen y publiquen evaluaciones empíricas sobre la efectividad de tales experiencias de participación en la organización y el procedimiento de los Desca, a fin de hacer un balance de su funcionamiento, y así determinar si hay garantía plena de estos Desca.

En base a lo expuesto, y considerando el ámbito de protección del derecho a la salud mental, es posible sostener que la protección *ex ante* del derecho a la salud mental comprende medidas para garantizar el más alto grado de bienestar mental y evitar su vulneración.

Tales medidas, referidas a la salud mental, están a cargo del legislador y la Administración, quienes actúan sujetos a principios, como la dignidad y la cláusula de Estado social. En virtud al principio de dignidad, el legislador y la Administración adoptan medidas destinadas a buscar la máxima protección y promoción de la persona. Un ejemplo de ello, con el cual se sigue la línea de alcanzar la máxima protección de las personas con problemas de salud mental, es la adopción del modelo de atención comunitaria en los servicios de salud mental, dado que promueve la recuperación total e inclusión social de las personas con problemas de salud mental (artículo 21 de la Ley 30947). Asimismo, en mérito a la cláusula de Estado social, el legislador y la Administración promueven medidas con el objetivo de alcanzar la igualdad material, protegiendo así a las personas que presentan problemas de salud mental y se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Asimismo, las medidas que el legislador y la Administración adopten a fin de garantizar y/o evitar la vulneración del derecho a la salud mental, pueden ser de tipo legislativas, administrativas, procedimentales, entre otras. Una medida legislativa es la adopción de la Ley 30947, Ley de salud mental, pues establece planes, procesos, competencias, etc., destinadas a garantizar el derecho a la salud mental. Por su parte, una medida administrativa sería la adopción de planes nacionales en salud mental o la supervisión a los establecimientos que prestan servicios de salud mental. Y, una medida de *estatus activus procesuales* para la implementación del derecho a la salud mental sería que la comunidad destinataria participe de la planificación, implementación o vigilancia de las acciones contenidas en el plan. De esa forma, la participación de los titulares del derecho les permitirá manifestar sus necesidades reales, elegir el tipo de prestación y cómo deben ser ejecutados, etc.

2.1.2.- La protección *ex post*

La protección *ex post* se refiere a la protección de los derechos fundamentales una vez que estos han sido vulnerados. Así, la protección *ex post* de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental" se activa frente a su vulneración, que tiene lugar ante el incumplimiento, el cumplimiento defectuoso o la inaplicación arbitraria de sus obligaciones.

Para que se configure la protección *ex post*, se han provisto de mecanismos procesales de defensa, esto es, garantías jurisdiccionales, a cargo de los jueces ordinarios y constitucionales (Orbegoso 2018: 170). A manera de ejemplo, la condena por el delito

de discriminación e incitación a la discriminación (artículo 323[126] del Código Penal) es una garantía jurisdiccional a cargo de jueces ordinarios, que garantiza la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental", frente al incumplimiento de la obligación inmediata de no discriminación. En tanto que las garantías jurisdiccionales de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental", a cargo de los jueces constitucionales, se concreta a través de procesos constitucionales referidos en el artículo 200 de la Constitución[127/128].

En cuanto a la protección *ex post* que les corresponde a los jueces constitucionales (justicia constitucional), la protección de los derechos fundamentales en el Perú está a cargo del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Así, el Poder Judicial se pronuncia en primeras instancias en los procesos de Amparo, Hábeas Corpus, Hábeas Data y Cumplimiento, y sus Cortes Superior y Suprema en el proceso de Acción Popular. En tanto que el Tribunal Constitucional conoce en última y definitiva instancia los procesos de Amparo, Hábeas Corpus, Hábeas Data y Cumplimiento, y en única instancia los procesos de Inconstitucionalidad y Competencial (artículo 202 de la Constitución).

Estas competencias demuestran que tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional tienen la función de garantizar los derechos fundamentales y proteger la supremacía de la Constitución.

---

[126] Código Penal
"Artículo 323.- Discriminación e incitación a la discriminación
El que, por sí o mediante terceros, realiza actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia que anulan o menoscaban el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho de una persona o grupo de personas reconocido en la ley, la Constitución o en los tratados de derechos humanos de los cuales el Perú es parte, basados en motivos (…) discapacidad, condición de salud (…), será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de tres años, o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas".

[127] Constitución Política del Perú
"Artículo 200.- Son garantías constitucionales:
1. La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.
2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente.
No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular."
3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5 y 6 de la Constitución.
4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.
5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.
6. La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.
Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas."

[128] En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se observan diversos casos en los que se ha solicitado la protección del derecho a la salud mental: STC 03854-2004-HC/TC, STC 1956-2004-AA/TC, STC 03081-2007-PA, STC 02480-2008-PA/TC, STC 05842-2006-HC/TC, STC 2313-2009-HC/TC, STC 00194-2014-PHC/TC, etcétera.

Asimismo, el rol de último garante de los derechos fundamentales (en los procesos de Amparo, Hábeas Corpus, Hábeas Data y Cumplimiento) y la competencia para ejercer el control en procesos de inconstitucionalidad evidencian que el Tribunal Constitucional tiene una posición particular en la justicia constitucional, que es el de supremo intérprete de la Constitución[129] (Tribunal Constitucional 0030-2005-AI/TC[130], fund. 46).

Dicho rol del Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, también se deriva del artículo 201[131] de la Constitución, en el cual se precisa que es el órgano de control de la Constitución. Y, esa condición se encuentra referida de manera expresa en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional[132] y el artículo 1 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional[133], que refieren que el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la Constitución.

Sin embargo, dicho título de supremo intérprete que ostenta el Tribunal Constitucional, no es un súper poder que ponga en peligro la separación de poderes o las atribuciones del Parlamento, dado que solo se trata de afirmar su competencia constitucional dentro del esquema de distribución de competencias previsto en la Constitución. Es necesario recordar también que el Tribunal tiene límites (solo actúa a instancia de parte y la legitimación es restringida), carece de posibilidad de legislar (solo declara la inconstitucionalidad de normas o establece criterios interpretativos)[134], y carece de la posibilidad de afectar derechos fundamentales. (Alvites y Dargent 2000: 112-113)

A propósito de la cualidad del supremo intérprete descrita, cabe indicar que en la interpretación constitucional hay una pluralidad de intérpretes, cuya producción interpretativa, según su función, puede ser vinculante o no. En efecto, la interpretación de la Constitución es un proceso en el que se busca hallar el resultado constitucionalmente correcto a través de un procedimiento racional y controlable (Hesse 1992: 35). Dicha interpretación de la Constitución puede ser vinculante o no vinculante. El carácter vinculante de la interpretación involucra la obligación del ciudadano y los restantes órganos de acatar la interpretación, y se fundamenta en el sometimiento de todo poder del Estado a la Constitución (Hesse 1992: 34).

En ese sentido, los sujetos que se presentan potencialmente en el proceso de interpretar la Constitución son plurales. La pluralidad de intérpretes responde a que, en tanto la sociedad vive la Constitución, participa en el proceso de su interpretación. Así, los

---

[129] Una consecuencia del rol del Tribunal Constitucional como defensor de la supremacía constitucional es que sus decisiones, tanto en procesos de control abstracto como de tutela de derechos, vinculan a todos los poderes, y no solo a las partes involucradas (STC 5561-2007-AA/TC, fund. 37).

[130] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 13 de febrero de 2006.

[131] Constitución Política del Perú

"Artículo 201.- Tribunal Constitucional El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución (…)."

[132] Aprobada por la Ley 28301, publicada en el diario oficial *"El Peruano",* el 23 de julio de 2004.

[133] Aprobado por la Resolución Administrativa 095-2004-P-TC, publicado en el diario oficial *"El Peruano"*, el 2 de octubre de 2004.

[134] ADRIAN señala que el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de lo constitucionalmente ordenado y prohibido, mientras que el legislador, en tanto actúe respetando los márgenes de razonabilidad, es el supremo intérprete de lo constitucionalmente posible (Adrián 2014: 68-69). HESSE indica que cuando el Tribunal analiza la validez de la ley, le da una interpretación conforme a la Constitución (en virtud del principio de interpretación conforme con la Constitución), incluso si ello involucra cambiar el significado del contenido de la ley; sin embargo, si no es posible darle un contenido conforme a la Constitución, el Tribunal declara la nulidad de la ley o la conforma positivamente (Hesse 1992: 52). Como se puede observar, el control que realiza el Tribunal Constitucional como supremo intérprete está sujeto a límites, como el ámbito de control y el principio de interpretación conforme a la Constitución.

intérpretes son un grupo amplio, conformado por los órganos estatales, las potencias públicas, los ciudadanos, entre otros. (Häberle 2008: 31-32)

Los sujetos cuya función interpretativa no es vinculante son: a) el profesor de derecho constitucional que investiga el significado de un precepto constitucional; b) el abogado defensor de un acusado que en sus alegatos realiza su propia interpretación del texto constitucional; c) el Congresista que en los debates parlamentarios formula su posición haciendo referencia a la disposición constitucional; y o d) el estudiante universitario que en su examen resuelve un caso empleando una determinada interpretación de la Constitución (Castillo 2011: 12).

Por su parte, los sujetos cuya interpretación es vinculante, está representada por: a) el particular (persona jurídica) que aprueba su reglamento o estatuto apelando a una disposición constitucional, y su interpretación vincula solo a los miembros que pertenecen al mismo; b) el Parlamento cuando aprueba una ley de desarrollo constitucional, cuya interpretación vincula a todos los ciudadanos destinatarios de la ley; c) el órgano administrativo o ejecutivo, que formula una concreta política de acción gubernativa con la finalidad de promover la vigencia de un sentido interpretativo de la disposición constitucional; y d) los jueces que apelan a una determinada interpretación para sustentar su fallo, cuya interpretación vincula solo a las partes o *erga omnes*, dependiendo del proceso (Castillo 2011: 12-13).

Ahora bien, como se indicó anteriormente, uno de los objetivos del presente trabajo de investigación es determinar los criterios que pueda emplear el órgano jurisdiccional para garantizar el derecho de acceso a los servicios de salud mental. Estos criterios serán delimitados en el contexto de la protección ex post de los derechos fundamentales. Para identificar dichos criterios, a continuación, se analizarán las obligaciones que genera la posición *ius fundamenta*l "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental", considerando que las normas pueden manifestarse como normas regla y normas principio.

Y es que, como indican Alexy (Alexy 2012: 63), Atienza y Ruiz Manero (Atienza y Ruiz Manero 1996: 6), entre otros, el derecho está conformado por normas regla y normas principio. En esa línea, Clérico afirma que en las constituciones y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, los derechos tienen contenidos que se aplican en parte como normas regla y en otra parte como normas principio (Clérico 2018: 16). Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que las disposiciones constitucionales se manifiestan a través de normas regla y normas principio (STC 0021-2010-AI/TC[135], fund. 68; STC 0012-2010-PI/TC[136], fund. 68-76; RTC-1 0015-2014-AI/TC[137], fund. 14; RTC-1 0011-2014-AI/TC[138], fund. 12; entre otras).

Por ello, de cara a la protección jurisdiccional o *ex post*, se utilizará la categoría de normas regla y normas principio, para analizar las obligaciones que surgen de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental". Para tal efecto, de manera breve se expondrán las características más aceptadas de las normas regla y normas principio. A partir de tal descripción, se determinará el tipo de norma constitucional que reconoce el derecho de acceso a los

[135] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 25 de abril de 2012.
[136] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de enero de 2012.
[137] Publicado en la web del Tribunal Constitucional, el 6 de marzo de 2015. No se tiene referencia de la fecha de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.
[138] Publicado en la web del Tribunal Constitucional, el 23 de abril de 2015. No se tiene referencia de la fecha de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

servicios de salud mental y se identificará cómo es la protección judicial de este derecho desde el tipo de norma en que la obligación se configura.

2.1.2.1. Las normas regla y las normas principio como tipo de normas en que se configuran los derechos fundamentales

En la teoría del derecho, hay diversos autores que plantean propuestas de diferencia entre las normas regla y las normas principio. Entre los diferentes autores se encuentran Alexy, Dworkin, Prieto Sanchís, Manuel Atienza, Ruiz Manero, entre otros.

Alexy plantea que las reglas son normas que pueden ser cumplidas o no (Alexy 2012: 68). Aunque no siempre encierran un mandato definitivo, pues pueden ser exceptuadas con un principio (Rodríguez 2015: 163).

Cuando se presenta el conflicto entre las normas regla, se soluciona declarando la invalidez de una de las reglas o introduciendo una cláusula de excepción que elimina el conflicto (Alexy 2012: 69). La declaración de la invalidez de la regla se suele realizar en función a los criterios ley posterior sobre ley anterior, ley especial sobre ley general, etc. Sin embargo, las cláusulas de excepción no son teóricamente enumerables, sino que se introducen en razón de los principios; de hecho, nunca hay la seguridad de que en un nuevo caso no haya que introducir una nueva cláusula de excepción (Rodríguez 2015: 163). Un ejemplo de conflicto entre reglas es la regla que prescribe la prohibición de abandonar la sala antes de que suene el timbre de salida frente a la regla que permite abandonar la sala en caso de alarma de incendio. Este conflicto, en la línea propuesta por Alexy, se resuelve introduciendo una cláusula de excepción en la primera regla, que contemple el caso de que se encienda la alarma de incendios. (Alexy 2012: 69-70)

Por su parte, Alexy define a las normas principio como normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales. En ese sentido, las normas principio son mandatos de optimización que se cumplen en diferente grado. (Alexy 2012: 67-68). En esa medida, cuando se presentan colisiones entre normas principio, se solucionan con la ponderación. En la ponderación, una de las normas principio cede frente al otro, de acuerdo a su peso, lo cual aplica bajo ciertas circunstancias. Esto significa que, en los casos concretos, una de las normas principio precede a la otra, de acuerdo a su peso. (Alexy 2012: 70-71)

El peso de la norma principio se determina de acuerdo a sus posibilidades fácticas y jurídicas. Las posibilidades fácticas se evalúan en los exámenes del sub principio de idoneidad y el sub principio de necesidad (Alexy 2002: 27). En tanto que las posibilidades jurídicas se valoran en el examen de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. Es por ello que Alexy señala que las normas principio implican la proporcionalidad –que comprende los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (Alexy 2012: 91)–, y que dicha equivalencia significa que los tres subprincipios definen lo que debe entenderse por optimización (Alexy 2002: 26).

En el sub principio de idoneidad se evalúa si el medio adoptado está en condiciones de favorecer la norma principio (Alexy 2002: 27). En la evaluación del sub principio de necesidad se exige que, de dos medios igualmente idóneos, sea escogido aquel más benigno con el derecho fundamental afectado (Alexy 2002: 27). Finalmente, en la ponderación en sentido estricto se define si la importancia de la satisfacción de la norma principio contraria justifica la afectación o la no satisfacción del otro. Así, la medida se justifica si se determina que cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación

de una de las normas principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción de la otra norma principio. (Alexy 2002: 31)

En suma, la colisión entre principios se soluciona con la ponderación. Y la ponderación consiste en la determinación de precedencia de una de las normas principio en circunstancias determinadas, de acuerdo a su peso, el cual se obtiene de la evaluación del sub principio de idoneidad, sub principio de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En nuestro ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional peruano ha realizado numerosas ponderaciones frente a la colisión de normas principio que reconocen derechos fundamentales. Ha ponderado cuando han colisionado el derechos a la igualdad y el principio de idoneidad judicial (STC 0045-2004-PI/TC[139]), los derechos al medio ambiente, tranquilidad y salud contra los derechos a la libertad de trabajo y el libre desenvolvimiento de la personalidad (STC 0007-2006-PI/TC[140]), el derecho de defensa contra el derecho a una vida libre de violencia (STC 3378-2019-PA/TC[141]), el derecho a la salud contra los derechos al libre desarrollo y bienestar, ambiente adecuado y libertad (STC 02437-2013-PA/TC[142]), etcétera.

En cuanto al derecho a la salud, en la jurisprudencia se observa que el Tribunal Constitucional ha aplicado la ponderación en casos de colisión de posiciones *ius fundamentales* derivadas del derecho a la salud frente a otros derechos. Así, en la sentencia recaída en el expediente Exp. 02437-2013-PA/TC, el Tribunal empleó la ponderación para solucionar la colisión entre una posición *ius fundamental* vinculada con el bienestar físico y derivada del derecho a la salud, frente a los derechos al libre desarrollo y bienestar, ambiente adecuado y libertad.

En esta investigación se analiza la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental", derivada del derecho a la salud. Si bien en la posición *ius fundamental* que se analiza en la sentencia recaída en el expediente Exp. 02437-2013-PA/TC se relaciona con el bienestar físico, y no *strictu sensu* mental, tiene en común con la posición *ius fundamental* que se analiza en el presente trabajo, que ambas se derivan del derecho a la salud. En ese sentido, a continuación, con fines ilustrativos, se examinará un ejemplo de aplicación de la ponderación en la colisión de una posición *ius fundamental* relacionada con el bienestar físico, derivada del derecho a la salud, frente a determinados derechos.

Así, a manera de ejemplo respecto, en general, al derecho a la salud, el Tribunal Constitucional aplicó la ponderación en la sentencia recaída en el expediente Exp. 02437-2013-PA/TC, cuya demanda fue interpuesta por Margarita Cósar y otros contra Supermercados Plaza Vea. En dicho caso, los demandantes, en su condición de personas con discapacidad visual, solicitaron al supermercado demandado que se les permita ingresar en todas sus cadenas de tiendas a nivel nacional con la compañía de sus perros guía.

El Tribunal advirtió la colisión entre el deber del Estado de garantizar la salud pública de los usuarios del supermercado, derivado del derecho a la salud, y los derechos de los demandantes al libre desarrollo y bienestar, ambiente adecuado e igualdad. Así, el

[139] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31 de marzo de 2006.
[140] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 9 de diciembre de 2007.
[141] Publicada en la web del Tribunal Constitucional, el 6 de marzo de 2020. No se tiene referencia de la fecha de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.
[142] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 3 de julio de 2014.

Tribunal determinó que los derechos de los demandantes al libre desarrollo y bienestar, ambiente adecuado e igualdad, tenían una relación de precedencia frente a los derechos a la salud y protección al consumidor de las personas que eran usuarios del supermercado demandado, en el supuesto determinado de la prohibición de ingreso de los animales de asistencia de personas con discapacidad visual al supermercado demandado.

Para ello, evaluó los derechos en colisión a través del examen de proporcionalidad. Ahí observó que el medio adoptado (la prohibición de ingreso de los animales de asistencia al supermercado) era idóneo porque estaba en condiciones de favorecer o alcanzar la protección del derecho a la salud de los consumidores del establecimiento demandado, pues se evitaba que los animales dejen sus gérmenes o pelos cuando ingresen al supermercado. Asimismo, indicó que la medida era la única que permitía alcanzar el objetivo de garantizar el derecho a la salud de los consumidores, ya que no había otra medida que, alcanzando dicho objeto, fuera más benigna y que interviniera en menor medida los derechos de los demandantes. Finalmente, advirtió que en tanto que el grado de satisfacción del derecho de los consumidores era medio, el nivel de intervención en los derechos de los demandantes era alto, con lo que concluyó que la medida no era proporcional, pues no calzaba en la regla de la ponderación en sentido estricto, que indica "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro".

Teniendo en cuenta lo expuesto, en esta investigación se utilizará la técnica planteada por Alexy[143] para resolver conflictos entre normas regla y colisiones entre normas principio, frente al incumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho a la salud mental, pues se trata del método argumentativo que suele emplear recurrentemente no solo nuestro Tribunal Constitucional, sino también altos tribunales de otros países [144] y los tribunales supranacionales de protección de los derechos humanos[145], tal como se puede apreciar en su jurisprudencia.

2.1.2.2. El tipo de norma que reconoce el derecho de acceso a los servicios de salud mental en la Constitución peruana

[143] Sin perjuicio de que la técnica planteada por Alexy es la recurrentemente utilizada, también se observan otros métodos para resolver casos cuyo uso no es muy extendido. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional Alemán, para resolver las controversias, ha aplicado, aparte de la técnica de la ponderación, la metodología de la delimitación del derecho. Cuando ha aplicado la técnica de la delimitación del derecho, ha delimitado el ámbito de protección del derecho y el programa normativo de cada derecho o bien constitucionalmente protegido, para llegar a la conclusión si hay o no afectación del derecho o bien protegido. (Aláez Corral y Alvarez Alvarez 2008: 75-76)
En esa línea, Müller sostiene que las controversias se solucionan con la delimitación del ámbito normativo. Para ello, distingue dos grupos de elementos con cuyo concurso se concreta la norma: a) el primer grupo abarca los medios para el manejo de la norma, referidos a la interpretación de textos, normativos y no normativos; y b) el segundo grupo comprende los pasos que deben darse al concretar, lo que involucra la investigación del ámbito de la norma de la prescripción por transformar y de los elementos de los hechos relevantes (Muller 2006: 261-263).

[144] A nivel comparado, el principio de proporcionalidad es un criterio ampliamente utilizado como criterio de control de constitucionalidad en países europeos, tales como España, Francia, Italia, Portugal, Bélgica, Austria, Grecia, Suiza, Bulgaria, Croacia, Lituania, Eslovaquia, Eslovenia, República Checa, Polonia, Estonia, Hungría y Rumania (Bernal 2021: 155-157).

[145] A nivel de los tribunales supranacionales de protección de derechos humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos utiliza el principio de proporcionalidad como criterio para determinar si las restricciones establecidas por los Estados miembros violan o no los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Bernal 2021: 153). Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha utilizado el test de proporcionalidad para resolver las controversias, como lo hizo en el caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica, párrs. 83-89).

En nuestro ordenamiento jurídico, los derechos fundamentales no solo se encuentran reconocidos a partir de una perspectiva estrictamente positiva[146], sino también a partir de una opción valorativa o principista como el artículo 3 de la Constitución (STC 6546-2006-PA/TC[147]: 4). La individualización de los derechos también se logra de un ejercicio interpretativo. Para esto último, se puede acudir al principio de unidad de la Constitución e interpretación sistemática y a la protección multinivel de derechos humanos. En virtud del principio de unidad[148], los derechos se obtienen de la interpretación integral, sin contradicciones de la Constitución. Y, en función de la protección multinivel[149], el ordenamiento interno se extiende a los derechos reconocidos en el sistema internacional de protección de los derechos humanos.

En la línea de lo anterior, los Desca se encuentran reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico de manera expresa en disposiciones constitucionales (perspectiva positiva), a partir del artículo 3 de la Constitución (opción valorativa o principialista), o apelando a principios de interpretación y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (protección multinivel).

Así, desde la perspectiva positiva, los artículos 7 y 9 de la Constitución reconocen el derecho a la salud, el artículo 7-A reconoce el derecho de acceder al agua potable, los artículos 10, 11 y 12 hacen referencia al derecho a la seguridad social, los artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19 aluden al derecho a la educación, los artículos 22 y 23 de la Constitución hacen mención al derecho al trabajo, el artículo 24 hace referencia al derecho a la remuneración, el artículo 27 reconoce el derecho a no ser despedido de manera arbitraria, el artículo 28 hace mención a los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, etc.

Por su parte, desde la visión valorativa o principialista, en el cual los Desca obtienen su reconocimiento a partir del artículo 3[150] de la Constitución, los derechos, denominados innominados, se encuentran ligados a valores como la dignidad y los principios de soberanía del pueblo, Estado social y democrático de derecho y forma republicana de gobierno. Un ejemplo de un Desca reconocido como derecho innominado en nuestro ordenamiento jurídico, fue el derecho de acceso al agua potable, referido en la STC 6546-2006-PA/TC. En este caso, el Tribunal Constitucional señaló que dado que el derecho al agua potable no estaba reconocido en una norma expresa a nivel interno, y que a nivel internacional aún se encontraba pendiente de desarrollo, era permisible acudir, para su reconocimiento, a la opción valorativa o principialista de la cláusula de

---

[146] Cabe señalar que hay posturas, como la del positivismo estricto, que plantean que los derechos fundamentales necesariamente deben ser reconocidos por una disposición constitucional, esto es, formula una relación necesaria entre el derecho fundamental y la disposición normativa individual. En esta tesis, los derechos se reducen a normas positivas y es escéptica frente a la posibilidad del reconocimiento de los valores. Y es que el "positivismo estricto" considera que el sistema jurídico es un sistema cerrado en sí mismo, en el que las decisiones jurídicas se obtienen a partir de las normas jurídicas dadas, sin necesidad de remitirse a metas sociales. (Arango 2012: 120-123).

[147] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de enero de 2008.

[148] El principio de unidad alude a que las disposiciones constitucionales se interpretan de modo que se eviten contradicciones (Hesse 1992: 45).

[149] La protección multinivel evoca la protección de los derechos a través de la relación entre las distintas instancias, nacionales e internacionales (Nisticó 2018: 254).

[150] Constitución Política del Perú de 1993

"Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

los derechos no enumerados, en virtud de la cual el derecho de acceso al agua potable era un atributo fundamental no enumerado ligado a valores como la dignidad y el Estado social y democrático de Derecho (6546-2006-PA/TC: 5). No obstante, actualmente el derecho de acceso al agua potable se encuentra reconocido de manera expresa en el artículo 7-A de la Constitución, en virtud de la incorporación del artículo único de la Ley 30588, publicada el 22 de junio de 2017.

En cuanto a la protección multinivel[151], teniendo en cuenta que evoca a la protección de los derechos a través de la relación entre las distintas instancias, nacionales e internacionales (Nisticó 2018: 254), en el ordenamiento jurídico peruano se han identificado algunos Desca en base a su reconocimiento en instrumentos internacionales. Valga como ejemplo el derecho a la alimentación, el cual fue reconocido por el Tribunal Constitucional en nuestro ordenamiento jurídico a partir de su reconocimiento en instrumentos internacionales. Así, en la sentencia recaída en el Expediente 1470-2016-PHC/TC, el Tribunal indicó que el derecho a la alimentación existe en el ordenamiento jurídico peruano, dado que se encuentra reconocido en el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 11 inciso 1 del Pidesc, de los que el Perú es parte (fundamentos 12 al 15 de la sentencia).

De otro lado, en cuanto al contenido de los Desca, éste se obtiene de lo planteado en las disposiciones constitucionales, normas resultado de la interpretación jurídica y lo desarrollado en la protección multinivel. Un ejemplo de la determinación del contenido de un Desca en virtud de lo desarrollado en la interpretación constitucional y la protección multinivel, es el derecho a la salud, el cual tiene reconocimiento en el artículo 7 de la Constitución, y su contenido se determina en base a la interpretación realizada conforme a principios y valores como la cláusula de estado social y la dignidad, así como a lo delimitado en las leyes de desarrollo, el Pidesc y el Comité de Desc.

En suma, en nuestro ordenamiento jurídico, tanto el reconocimiento de los Desca, como la determinación de su contenido, se obtienen a partir de las disposiciones constitucionales, interpretación constitucional y la protección multinivel. Es en esta línea que se encuentra la tesis planteada por Dworkin, quien sostiene que los derechos fundamentales se obtienen de la comprensión integral del texto constitucional y otras disposiciones normativas que mediante interpretación forman parte de la posición jurídica fundamental del derecho. (Dworkin 1996: 80-81) (Arango 2012: 124-127)

En base a lo expuesto, se puede concluir que el derecho de acceso a los servicios de salud mental, como posición *ius fundamental* del derecho a la salud, se encuentra reconocido de manera expresa en el artículo 7 de la Constitución peruana. Y, su contenido está sustentado por los principios y valores de nuestro ordenamiento jurídico (como la cláusula de Estado social, la dignidad, etc.) y la protección multinivel. En atención a lo desarrollado en la protección multinivel, dicha posición *ius fundamental* garantiza el más alto grado de bienestar mental de toda persona.

Ahora bien, teniendo en cuenta el tipo de normas (normas regla o normas principio) que hay en nuestro ordenamiento jurídico, la disposición contenida en el artículo 7 de la Constitución, entre cuyas posiciones *ius fundamentales se encuentra* el derecho de toda persona de acceder a los servicios de salud mental, se manifiesta como una norma

[151] Cabe recordar que, como se dijo anteriormente, la protección multinivel de los derechos está conformada por las normas de derecho interno, los tratados internacionales sobre derechos humanos y la interpretación de sus órganos especializados, a través de sus observaciones generales y opiniones consultivas. Y, su aplicación en nuestro jurídico es en virtud del artículo 55 y la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, en concordancia con el artículo V del título preliminar del Código Procesal Constitucional.

principio. Es una norma principio que establece un mandato de optimización al Estado, para realizarlo en la mayor medida posible, fáctica y jurídicamente. Y es que dicha disposición plantea la orden de proteger la salud de toda persona, la cual, para hacerse efectiva, requiere de un conjunto de medidas, dentro de las posibilidades jurídicas y reales del Estado. Dado que estas medidas se realizan dependiendo de las posibilidades referidas, su cumplimiento es de grado; lo que no obsta que deban ser realizadas en la mayor medida posible.

Asimismo, la posición *ius fundamental* que se deriva de dicha disposición reconoce la titularidad universal*,* debido a que es un mandato dirigido a toda persona. Además, dicha titularidad universal se sustenta en el principio de universalidad de los derechos, en virtud del cual toda persona es titular de derechos, pues se deriva del principio de dignidad y del derecho internacional de los derechos humanos, como se refirió en el capítulo 1 de esta investigación. Del mismo modo, las obligaciones que se desprenden del contenido de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental", se aplican como normas regla (las obligaciones básicas, inmediatas y la obligación progresiva en su manifestación de prohibición de regresividad) y como normas principios (las obligaciones progresivas, en su manifestación como avance o progreso permanente).

Precisamente, a continuación, se explicará esta última afirmación, porque esa será la base para analizar cómo se realiza la protección judicial de las diversas obligaciones que se generan del derecho de acceso a los servicios de salud mental, dependiendo de su configuración como norma regla o norma principio.

2.1.2.3. La protección judicial del derecho de acceso a los servicios de salud mental desde el tipo de normas

2.1.2.3.1. Las obligaciones básicas como normas regla

Como se indicó en el capítulo 1 de esta tesis, las obligaciones básicas son medidas mínimas esenciales, de obligatorio cumplimiento, y no admiten justificación ante su omisión, bajo ninguna circunstancia.

Teniendo en cuenta dicha característica, desde el tipo de normas constitucionales (Alexy 2012: 68), las obligaciones básicas fungen como normas regla, pues al estar prescrito que son de cumplimiento obligatorio, pueden ser acatadas o no; es decir, no hay grado de realización. Si no son acatadas, son incumplidas.

Al respecto, hay autores, como Oscar Parra, que señalan que las obligaciones básicas son el contenido mínimo esencial de los derechos fundamentales en el marco de la teoría absoluta (Parra 2006: 59) (Torres 2015: 100). Sin embargo, se advierte que la equiparación de las obligaciones básicas con el contenido esencial de la teoría absoluta no es adecuada, dado que presenta una confusión entre la configuración y la limitación de los derechos fundamentales.

En efecto, la configuración de los derechos fundamentales – también denominada concretización o conformación del ámbito protegido del derecho –, consiste en la delimitación o determinación de los linderos conceptuales del derecho, de modo que lo hace practicable al titular y abre posibilidades concretas de ejercicio. Así, la configuración supone cualquier actuación dirigida a proteger, promover, posibilitar o facilitar el contenido del derecho. En la configuración, la regulación no recorta o restringe el ámbito normativo del derecho (Brage 2004: 72-73). En el caso de las obligaciones básicas, el Comité de Desc, al determinar que tienen un contenido inderogable

(Observación General 14), abrió la posibilidad concreta de que ciertos deberes sean cumplidos en toda circunstancia. De esta manera, la determinación de las obligaciones básicas, constituye una labor de configuración o concretización de los derechos, dado que esta medida está dirigida a posibilitar el ejercicio de los Desca.

Por su parte, la limitación de los derechos fundamentales – también conocida como intervención –, consiste en la restricción, intervención o recorte del ámbito protegido del derecho. La restricción necesita la fundamentación, que suele dar el examen de proporcionalidad (Brage 2004: 70-72). En la teoría constitucional de los derechos fundamentales, hay varias tesis que permiten determinar el límite último a la facultad del legislador de intervenir en el contenido de los derechos fundamentales, tales como la teoría absoluta, que señala que los derechos fundamentales tienen un contenido mínimo y esencial que nunca puede ser intervenido o vulnerado; la teoría relativa, que propone que el contenido de los derechos fundamentales puede ser intervenido siempre que se respete el principio de proporcionalidad (Parra 2006: 60); la teoría mixta, que sostiene que los derechos fundamentales tienen un contenido mínimo indisponible, conformado por el contenido esencial (propuesto por la teoría absoluta), y tienen también un contenido disponible, que puede ser intervenido siempre que sea proporcional (propuesto por la teoría relativa); entre otras. En este contexto, la determinación de las obligaciones básicas como contenido mínimo esencial, no son un límite de los Desca, pues no recortan o restringen el ejercicio del derecho sino que su cumplimiento lo tornan real brindándole una cobertura inicial al derecho, para afirmar su fuerza normativa.

En ese sentido, la equiparación de las obligaciones básicas al contenido esencial de la teoría absoluta no sería correcta, pues estas obligaciones concretizan o configuran el contenido o ámbito protegido de los Desca, mas no constituyen un límite a la facultad del legislador de intervenir en el contenido de los derechos fundamentales.

Ahora bien, como se indicó anteriormente, Alexy plantea que las reglas no siempre encierran un mandato definitivo, pues pueden ser exceptuadas con un principio (Rodríguez 2015: 163). Sin embargo, en el caso de las obligaciones básicas, pese a manifestarse como normas regla, tienen un contenido indisponible, esto es, no admiten incumplimiento, en virtud del mandato establecido por el propio Comité de Desc.

En efecto, el Comité de Desc ha prescrito que las obligaciones básicas son deberes estatales mínimos e indisponibles, cuyo incumplimiento no puede ser justificado bajo ninguna circunstancia (Observación General 14: párr. 47). En esta línea, Parra afirma que, en virtud del criterio adoptado en la Observación General 14, las obligaciones básicas son un estándar mínimo de obligaciones que deben ser garantizados por el Estado, independientemente de la situación en la que se encuentren (Parra 2006: 59). Y, en el caso particular del derecho a la salud, Aldao y Clérico sostienen que las obligaciones básicas son indisponibles y no pueden incumplirse bajo ninguna circunstancia (Aldao y Clérico 2019: 349).

Dicho contenido indisponible, que no admite incumplimiento bajo ninguna circunstancia, característico de las obligaciones básicas, se fundamenta en la dignidad, la democracia material, la igualdad material, el principio de buena fe, y la interpretación conforme al objeto y fin del Pidesc.

En efecto, el principio de dignidad, reconocido en el artículo 1 de la Constitución Política del Perú, impone la obligación del Estado de proteger a la persona humana como el fin

supremo del Estado[152]. Así, dicho principio presenta dos alcances: a) desde el punto de vista jurídico-político, el principio de dignidad legitima al Estado y el ordenamiento jurídico, en la medida que, teniendo en cuenta que la dignidad reconoce el valor central de la persona, su garantía coadyuva a que el Estado cumpla con su fin supremo, el cual es la protección de la persona; y b) desde el punto de vista jurídico-constitucional, el principio de dignidad impone el deber del Estado y la sociedad de proteger y promover a la persona, lo cual se manifiesta en la protección y promoción de todos los derechos fundamentales (Mendoza 2009: 76-77). En este sentido, con la garantía de las obligaciones básicas, que protegen mínimos indispensables de los Desca y cuyo cumplimiento debe darse en toda circunstancia y sin excepción, se protege y promueve a la persona, como parte del objetivo que persigue el reconocimiento de la dignidad, desde el enfoque jurídico constitucional.

De otro lado, el cumplimiento de las obligaciones básicas permite garantizar la democracia material. En efecto, la democracia, desde su dimensión formal, involucra la participación de la población en la toma de decisiones (Ferrajoli 2013: 9-10), mientras que la dimensión material involucra el respeto de todos los derechos fundamentales (Ansuátegui 2014: 39-40). En ese sentido, la garantía de los contenidos mínimos de los derechos fundamentales viabiliza la democracia en su dimensión material, bajo la cual se protegen todos los derechos.

Por su parte, la garantía de las obligaciones básicas permite cumplir con la igualdad en su dimensión material. Y es que la igualdad material reconoce la situación de desigualdad en la que se encuentran los individuos, y su objetivo es equipararla, permitiendo la garantía plena de los derechos humanos de toda persona. En este sentido, la protección de contenidos mínimos esenciales de los derechos, permite que, principalmente, las personas en situación de desventaja puedan gozar de mínimos de sus derechos humanos. Así, la garantía de niveles mínimos de los Desca permite garantizar las precondiciones necesarias para que el individuo se pueda desarrollar en condiciones de igualdad (Portocarrero 2019: 84)

Es relevante tener en cuenta que las crisis de los Estados, como las crisis económicas, generan crisis de los derechos, lo que afecta especialmente a los considerados más débiles, esto es, a la población en situación de vulnerabilidad (Ansuátegui 2014: 24-25). En ese contexto, la Comisión Interamericana de DDHH ha señalado que “en el contexto de la pandemia, los Estados deben velar por una distribución y acceso equitativos a las instalaciones, bienes y servicios de salud sin discriminación alguna, teniendo en cuenta a aquellas personas en mayor situación de vulnerabilidad, como las personas con enfermedades preexistentes que las hacen especialmente vulnerables al virus. La escasez de recursos no justifica actos de discriminación directos, indirectos, múltiples o interseccionales”[153]. En consecuencia, la no garantía del contenido mínimo de los Desca, vulnera el derecho a la igualdad, en la medida que obstaculizaría aún más que las personas en situaciones de desventaja se desarrollen en condiciones de igualdad, al no tener las precondiciones mínimas que se requieren para ello. Y, durante situaciones particulares como las crisis, vulnera gravemente el derecho a la igualdad material de la población en situación de vulnerabilidad, pues agudiza la precariedad en la que se encuentran, en vez de buscar superar la desigualdad.

[152] Constitución Política del Perú. Disponible en:
http://www.congreso.gob.pe/Docs/files/constitucion/constitucion-politica-14-03-18.pdf
“Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.
[153] http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2020/68-20MC545-19-VE.pdf

De otro lado, las obligaciones básicas deben ser cumplidas en toda circunstancia en virtud del principio de buena fe. Este principio, recogido en el artículo 26[154] de la Convención de Viena de 1969, determina la buena fe de los Estados en cumplir con las obligaciones a las que se comprometen en los tratados que suscriben. Así, en mérito a este principio, el Estado peruano, al ratificar el Pidesc, se ha comprometido a cumplir con las obligaciones que se derivan del Pidesc y de lo que el órgano encargado de su interpretación, el Comité Desc, desarrolle. Por tanto, teniendo en cuenta que el Comité Desc ha señalado que los Desca del Pidesc generan obligaciones básicas de obligatorio cumplimiento, el estado peruano se encuentra comprometido de acatarlas.

Por su parte, de una interpretación del objeto y fin del Pidesc, las obligaciones básicas son obligatorias para todos los Estados que hayan ratificado el Pidesc. Al respecto, la interpretación conforme al objeto y fin del tratado ha sido reconocido en el artículo 31[155] de la Convención de Viena. De ello, al interpretar el Pidesc conforme a su objeto y fin, todos los derechos del Pidesc deben ser cumplidos en toda circunstancia, pues el compromiso de garantizar todos los derechos surge de la ratificación del Estado a dicho tratado.

De lo expuesto, se observa que no hay justificación para inobservar las obligaciones básicas. De ahí nuestro disenso con el Tribunal Constitucional, con respecto a su consideración de que estas obligaciones, a las que ha denominado obligaciones esenciales mínimas, pueden ser incumplidas por el Estado en circunstancias especialmente justificadas (STC 1470-2016-HC/TC, fund. 27). De ahí que consideremos que tal postura de nuestro alto tribunal no es correcta.

En esa línea, cuando se presentan problemas de cumplimiento de las normas regla, se aplica la subsunción; pues, conforme se expuso en el capítulo 1 del presente trabajo, si las obligaciones básicas se manifiestan como normas regla, basta con constatar su incumplimiento o su cumplimiento deficiente, para determinar que se violó el derecho, sin la necesidad de examinar las razones de la omisión (Clérico 2018: 127-128). En esa línea, coincidimos con Aldao y Clérico cuando señalan que en los casos en que los mandatos de los Desca son claros, ya sea por el reconocimiento expreso o por la integración de normas y precedentes a través de reglas, la estrategia argumentativa aplicable es la subsunción (Aldao y Clérico 2019: 352).

En efecto, la resolución de la omisión (que comprende el incumplimiento total o el cumplimiento defectuoso) de las obligaciones básicas, se debe resolver aplicando la subsunción o silogismo jurídico. Tal estrategia argumentativa es una forma de razonamiento que consiste en deducir si una premisa que contiene datos fácticos (premisas fácticas), cumple o no con lo propuesto por otra premisa, que contiene datos normativos (premisas normativas) (Atienza 2017: 18). Las premisas normativas contienen una condición de la acción o del hecho; en tanto que las premisas fácticas constituyen el hecho o acción que va ser constatado si cumple o no con la premisa

[154] Organización de Naciones Unidas, Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, Viena 1969. Disponible en: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf
"26. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".

[155] Organización de Naciones Unidas, Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, Viena 1969. Disponible en: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf
"31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin."

normativa. Y, la deducción o constatación del cumplimiento de las premisas fácticas con las premisas normativas, se denomina conclusión.

A manera de ejemplo, tenemos que una obligación básica del derecho a la salud, conforme a la Observación General 14, es "garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud mental sobre una base no discriminatoria". El enunciado normativo sería "todos los Estados parte del Pidesc tienen la obligación de garantizar el acceso a los centros, bienes y servicios de salud mental sin discriminación", y la premisa fáctica sería: a) una situación en la que el Estado no garantiza el acceso a los centros, bienes y/o servicios de salud mental sin discriminación; o b) una situación en la que el Estado sí garantiza el acceso a los centros, bienes y/o servicios de salud mental. En la primera situación, la conclusión sería que el Estado no cumple con garantizar la obligación señalada en la premisa normativa, y, en la segunda situación, la conclusión sería que el Estado sí cumple con lo establecido en la premisa normativa. En tal sentido, aplicando la subsunción, frente al incumplimiento de las obligaciones básicas, corresponde declarar la violación del derecho a la salud.

En la jurisprudencia comparada, se observa que la Corte Constitucional de Colombia aplicó la subsunción en un caso, para dilucidar si el Estado había violado las obligaciones básicas del derecho al agua de los demandantes. Así, en la STC T-616/2010, los demandantes solicitaban que las empresas prestadoras de servicio de acueducto de sus respectivas ciudades, les suministren agua a sus hogares. En dicha sentencia, la Corte identificó las obligaciones básicas del derecho al agua, referidas en la Observación General 15, entre las cuales se encuentra la obligación del Estado de garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua (que se configuraría como la premisa normativa) y, verificó que los demandantes no contaban con suministro de agua (lo que se configuraría como la premisa fáctica), al habérseles sido negada la conexión por la demandada, y el agua al que accedían por su cuenta no permitía asegurar la cantidad mínima de agua disponible (esta es otra premisa fáctica). En consecuencia, tras verificar que la situación de los demandantes no cumplía con las obligaciones dispuestas en la premisa normativa, la Corte concluyó que se había vulnerado su derecho al agua.

En base a lo expuesto, las obligaciones básicas del derecho de acceso a los servicios de salud mental, determinadas en la Observación General Nº 14 (referidas en el capítulo 1 de la presente investigación), se manifiestan como normas regla. Su incumplimiento o cumplimiento defectuoso habilita la posibilidad de acudir a un proceso de defensa de la posición *ius fundamental* básica*,* lo que activa la protección ex post de los derechos. El proceso podría ser nacional o, vía subsidiaria, internacional. En ese contexto, el juez podría utilizar como criterio para resolver el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones básicas, el método de la subsunción, sin que sea necesario examinar las razones de su omisión.

2.1.2.3.2. Las obligaciones inmediatas como normas regla

Como se señaló en el capítulo 1 del presente trabajo de investigación, las obligaciones inmediatas son contenidos vinculantes de obligatorio cumplimiento inmediato; sin embargo, como lo veremos enseguida, admiten excepciones a su acatamiento.

Teniendo en cuenta dicha característica, desde el tipo de normas constitucionales (Alexy 2012: 68), las obligaciones inmediatas fungen como normas regla, dado que, al encontrarse establecido que son de cumplimiento obligatorio, pueden ser acatadas o

no. Y, como se indicó en el apartado anterior, el incumplimiento de las normas regla se resuelve utilizando el método deductivo del silogismo o subsunción.

Un ejemplo en el que se resolvió el incumplimiento de las obligaciones inmediatas a través del método de la subsunción es el acaecido en el caso E/C.12/55/D/2/2014, resuelto por el Comité de Desc. En este caso, la demandante solicitaba que se retrotraigan las actuaciones judiciales de la ejecución hipotecaria de su vivienda al momento inicial de la notificación de la demanda de ejecución hipotecaria que la entidad acreedora interpuso contra ella, por cuanto no se le notificó válidamente de la referida demanda, ni el auto de admisión a trámite ni ninguna otra comunicación anterior a la orden de subasta de su vivienda, lo que no le permitió defender su derecho a la vivienda, reconocido en el artículo 11 del Pidesc, ante los tribunales internos en España. El Comité de Desc consideró que la provisión de recursos judiciales efectivos para la protección de los derechos reconocidos en el Pidesc es una obligación inmediata (esta obligación sería la premisa normativa), y constató que el Estado español no tomó todas las medidas razonables para notificar adecuadamente a la recurrente, con lo cual no pudo ejercer una defensa adecuada en el proceso de ejecución hipotecaria al que estaba siendo sometida (esta constatación funge como la premisa fáctica), con lo cual concluyó que el Estado violó la obligación inmediata de provisión de recursos judiciales efectivos, derivada del derecho a la vivienda de la recurrente (conclusión).

Ahora bien, esa es la razón por la que se afirma que Alexy sostiene que las normas regla no siempre encierran un mandato definitivo, pues pueden ser exceptuadas con un principio (Alexy 2012: 80; Rodríguez 2015: 163). Esta situación se presenta, en ocasiones, en la ejecución de las obligaciones inmediatas, debido a que algunas veces la presencia de la obligación es objeto de debate. Ello, porque no permite la efectivización de otras obligaciones del mismo derecho que busca garantizar la obligación (inmediata), o como consecuencia de la presencia de otros derechos o bienes jurídicos que proteger.

Cabe precisar que, en cuanto a las obligaciones inmediatas – en tanto que se manifiestan como normas regla –, el Comité de Desc no ha establecido alguna prescripción adicional a la que refiere que su cumplimiento es inmediato. De lo que se infiere que estas obligaciones se manifiestan como reglas y no habría alguna salvedad al mandato definitivo y sin excepciones. Por ello, sería factible concluir que, en la ejecución de las obligaciones inmediatas, se presentan las mismas características de las normas regla planteadas por Alexy, esto es, que no siempre encierran un mandato definitivo, pues en algunas situaciones se admite excepciones a su cumplimiento.

La posición del Comité Desc, a diferencia de lo señalado expresamente sobre las obligaciones básicas, que no admiten incumplimiento bajo ninguna circunstancia, tal prescripción expresa no ha sido dada para las obligaciones inmediatas. Así, mientras que en las obligaciones básicas no sería posible aplicar las excepciones advertidas por Alexy, debido a que se han sido interpretadas como mandatos definitivos e indisponibles, en las obligaciones inmediatas no sucede lo mismo y por ende es posible explorar la aplicación de doctrina.

En efecto, para resolver las excepciones que se presentan en la ejecución de las obligaciones inmediatas, acudiremos a la doctrina, en la cual se han analizado situaciones en las que la aplicación de las normas regla resulta controvertida, lo que se aplicaría a las obligaciones inmediatas.

Al respecto, Atienza señala que en el nivel de las normas regla, se pueden presentar las lagunas normativas y las axiológicas. Las lagunas normativas consisten en la ausencia

de una regla o pauta específica de conducta que regule el caso; en tanto que las lagunas axiológicas consisten en que existe la regla, pero establece una solución axiológica inadecuada. Las lagunas axiológicas pueden ser de 3 tipos: a) existe una regulación para el caso, pero su aplicación va en contra del principio que busca garantizar la norma regla; b) existe una regulación para el caso, pero su aplicación va en contra de otros principios del ordenamiento jurídico; y c) existe una regulación para el caso, pero su aplicación va en contra de los criterios morales extra-jurídicos. (Atienza 2017: 32)

Teniendo en cuenta lo expuesto, para justificar el incumplimiento de las obligaciones inmediatas que derivan del derecho de acceso a los servicios de salud mental, deberíamos estar frente a una situación que dé cuenta de una laguna axiológica. Debido a que si las obligaciones inmediatas son un conjunto de normas regla, su posible incumplimiento no tiene que ver con la ausencia de normas regla, por lo que no habría laguna normativa. Sin embargo, si el incumplimiento se justifica en un principio del ordenamiento jurídico que deberá ser ponderado, estaremos frente a una posible laguna axiológica.

En esa línea, si las justificaciones del incumplimiento son razonables, se trataría de la existencia de obligaciones inmediatas (normas regla) que no pueden ser cumplidas, sea porque su aplicación contraviene el mismo principio que busca garantizar la obligación (derecho a la salud), o porque contraviene otros principios (derechos o bienes jurídicos del ordenamiento jurídico). Esta sería una conclusión aceptable teóricamente, pero su constatación práctica debe ser vista caso a caso.

Muestra de la necesidad de verificar en cada caso concreto la existencia de una verdadera laguna axiológica, podemos identificarla si tomamos el ejemplo del principio de equilibrio y estabilidad presupuestaria (artículo 77 de la Constitución[156]) que suele ser presentado por los Estados de forma recurrente para justificar el incumplimiento de las obligaciones inmediatas. Dicho de otra forma, para situarnos frente a una posible laguna axiológica.

Sin embargo, no siempre dicho principio constituye un límite a las normas reglas que regulan las obligaciones inmediatas que se derivan del derecho a la salud mental; ello, solo sucede en el caso de considerar a los Desca como un gasto y no como una forma de asegurar la vigencia de los derechos fundamentales en la realidad. De acuerdo a Corti, el presupuesto público es un instrumento que coadyuva a la garantía de los derechos fundamentales (Corti 2011: 789); en consecuencia, la aplicación del principio de equilibrio y estabilidad presupuestaria no siempre debería restringir el cumplimiento de las obligaciones inmediatas derivas de los Desca

Adicionalmente, la falta de disponibilidad presupuestaria no solo debe ser alegada, sino debe ser demostrada con falta de recursos y con acciones, como, por ejemplo, haber recurrido a la cooperación internacional para obtener ayuda económica en beneficio de la satisfacción de la obligación contenida en la norma regla. En esa línea, el presupuesto es un factor importante a tener en cuenta al cumplirse las obligaciones inmediatas no se analiza aisladamente y si se alega, debe demostrarse.

Los sostenido antes, es consistente con la forma de resolución de las lagunas axiológicas, cuya existencia y solución debe ser abordada en los casos concretos.

[156] Constitución Política del Perú
"Artículo 77.- El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización".

Así, Atienza considera que las lagunas axiológicas, en los 2 primeros tipos (cuando la aplicación de la norma regla va en contra del principio detrás de la norma regla y cuando la aplicación de la norma regla va en contra de los demás principios del ordenamiento jurídico), se resuelven aplicando la ponderación (Atienza 2017: 32-33). En contraste, autores como Núñez consideran que se pueden resolver aplicando criterios de jerarquía de principios o ponderando solo en los casos en los que el desajuste es lo suficientemente importante o grave[157] (Núñez 2017: 251-253).

Sobre el particular, la ponderación es un método a través del cual se analizan las particularidades de cada caso concreto. Permite determinar la idoneidad y necesidad de la medida, así como el grado de optimización frente al grado de intervención en las normas principio involucradas del caso concreto. Por ello, desde nuestro punto de vista, resulta útil aplicar la ponderación, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso.

En base a lo expuesto, se advierte que las obligaciones inmediatas del derecho de acceso a los servicios de salud mental (referidas en el capítulo 1 de la presente investigación), se manifiestan como normas regla. El incumplimiento de las obligaciones inmediatas se resuelve *en principio* aplicando la subsunción. Sin embargo, si el cumplimiento de las obligaciones inmediatas lesiona algún principio del ordenamiento jurídico, estamos ante una laguna axiológica. En ese caso, el principio del ordenamiento jurídico que justifica el incumplimiento de la obligación deberá ser ponderado.

2.1.2.3.3. Las obligaciones progresivas como normas principio

Finalmente, en el caso de las obligaciones progresivas, se observa que la obligación de no regresividad se presenta como una norma regla, en tanto que la obligación de progreso se presenta como una norma principio.

2.1.2.3.3.1. La obligación de progresividad

En cuanto a la obligación de progreso, que exige la prestación constante y siempre hacia adelante de medidas que garanticen plenamente el derecho de acceso a los servicios de salud mental, constituye una norma principio, pues es una norma que ordena que se realice algo (la garantía plena del derecho) en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas reales.

En relación con la protección judicial de la obligación de progreso como norma principio, hay autores que sostienen que no todas las normas principio vinculan a las autoridades judiciales. Es el caso de Alexy, quien sostiene que las obligaciones prestacionales en un ordenamiento jurídico se manifiestan a través de normas regla y normas principio, los que pueden dar lugar a 8 combinaciones en base a los siguientes tres criterios: a) normas que confieren derechos subjetivos o normas que obligan al Estado objetivamente; b) normas vinculantes o no vinculantes; y c) normas que fundamentan contenidos definitivos (normas regla) o contenidos *prima facie* (normas principio en sentido amplio) (Alexy 2012: 444).

De modo que al combinarse estos criterios se derivan las siguientes 8 combinaciones de normas con estructura propia (Alexy 2012: 445):

[157] De hecho, Núñez considera que no se debe aplicar de manera automática la ponderación frente a las lagunas normativas y axiológicas, pues eso induciría a un formalismo del juez. (Núñez 2017: 252-253)

Vinculante				No vinculante			
Subjetivo		Objetivo		Subjetivo		Objetivo	
Definitivo	prima facie	Definitivo	prima facie	definitivo	prima facie	definitivo	prima facie
1	2	3	4	5	6	7	8

Fuente: Alexy 2012: 445.

Bajo la tesis de Alexy, en los puestos 1 al 4 se encuentran las normas que confieren derechos y establecen obligaciones, que pueden ser normas regla o normas principio, y que son vinculantes al Estado, en esa medida estos supuestos sí son exigibles y puede reclamarse su cumplimiento ante los órganos jurisdiccionales.

Asimismo, para Alexy, en los supuestos del 5 al 8 se encuentran las normas que confieren derechos y establecen obligaciones, que pueden ser normas regla o normas principio, y que no son vinculantes al Estado. Es decir, su cumplimiento no podría ser exigido ante los tribunales y consideramos que en el ordenamiento jurídico peruano no se contemplan ese tipo de dispositivos, debido a que:

- Bajo el modelo de Estado social y democrático de derecho, acogido en el artículo 43 de la Constitución, todas las normas constitucionales vinculan a todos, por lo que todos los derechos y obligaciones establecidos en nuestro texto constitucional son vinculantes y por lo tanto pueden ser objeto de protección judicial. Y es que considerar que hay disposiciones constitucionales que no vinculan supondría afirmar que hay ámbitos de la Constitución que carecen de eficacia.

- En virtud del principio de supremacía constitucional, no es viable que haya normas constitucionales que no ejerzan su fuerza vinculante sobre todo el ordenamiento jurídico. En efecto, el principio de supremacía constitucional se encuentra recogido en el artículo 51 de la Constitución, y refiere que la Constitución es una norma jerárquicamente superior, por encima de las demás normas del ordenamiento jurídico (Castillo 2005: 5). Así, por este principio, los gobernantes y gobernados están obligados a cumplir con los mandatos constitucionales (STC 03666-2008-PA/TC, fund. 11). Consecuentemente, la presencia de normas que confieren derechos y obligaciones no vinculantes desconoce la fuerza vinculante de la Constitución sobre todo el ordenamiento jurídico, el Estado y los particulares; y por tanto vulnera el principio de supremacía constitucional.

  La existencia de normas constitucionales, que reconocen derechos u obligaciones, no vinculantes, desvirtúa el deber constitucional de respetar y hacer cumplir la Constitución, referido en el artículo 38 del texto constitucional. Efectivamente, dicha disposición establece la obligación de todos los peruanos (incluida la Administración) de respetar y defender la Constitución (STC 00050-2004-AI/TC, 00051-2005-AI/TC, 00004-2005-AI/TC, 00007-2005-AI/TC y 0009-2005-AI/TC: fund. 156). Bajo dicho marco, las normas constitucionales que establecen derechos y obligaciones no vinculantes colisionan con el deber de todo sujeto de acatar la Constitución.

- La presencia de normas constitucionales no vinculantes colisionaría con la obligación de los jueces de administrar justicia con arreglo a la Constitución. Efectivamente, de conformidad con el artículo 138 de la Constitución, los jueces imparten justicia con arreglo a la Constitución y las leyes (STC 06726-2013-PA/TC: fund. 4). Por tanto, las normas constitucionales no vinculantes impedirían que las

autoridades judiciales, en el ejercicio de su administración de justicia, puedan aplicar y hacer cumplir tales normas.

- En un Estado Constitucional no existen zonas exentas de control jurisdiccional constitucional (STC 0017-2008-AI/TC[158], fund. 8), por lo que el Tribunal Constitucional ha señalado que el legislador no puede eludir el cumplimiento de las normas de fin, sean normas principio o normas regla, aunque sí puede escoger los medios que a su criterio resulten más convenientes para realizarlos (STC 0012-2010-AI/TC[159], fund. 70).

- Dado que el Pidesc debe ser interpretado conforme a su objeto y fin (Convención de Viena 1969: 31), que es el reconocer todos los derechos y establecer obligaciones estatales, resulta razonable que todas las obligaciones, manifestadas como normas regla o normas principio, de los derechos reconocidos en dicho tratado sean justiciables.

Ahora bien, habiendo dejado sentado que, en nuestro ordenamiento jurídico, todos las normas principio recogidos en la Constitución vinculan a todos los poderes públicos, y a la sociedad, la protección judicial de la obligación de progreso se presenta en dos situaciones: por un lado, cuando se presenta un incumplimiento parcial, y por el otro, cuando se presenta un incumplimiento total. A continuación, analizaremos cada una de estas situaciones.

a) Cuando la obligación de progreso ha sido incumplida de manera parcial. Esto es, cuando hay una omisión parcial por haberse cumplido para determinadas personas o grupo de personas, pero no para otros sujetos, se postulan esquemas argumentativos que tienen como objeto exigir su cumplimiento.

Así, en la doctrina, autores como Víctor Abrámovich, Christian Courtis y Rodolfo Arango plantean la posibilidad de solicitar la protección judicial de la obligación a través de la invocación de otro derecho, que sería el derecho a la igualdad y no discriminación.

Abrámovich y Courtis consideran que el incumplimiento parcial presenta mayores posibilidades de exigirlas judicialmente y ser corregidas, al ser más evidente la vulneración diferenciada, y plantean que en esos casos se pueden exigir judicialmente el cumplimiento de la obligación no garantizada alegando la violación del derecho a la igualdad y no discriminación (Abrámovich y Courtis 2002: 43).

Por su parte, Arango plantea que la omisión parcial vulnera el derecho a la igualdad, por lo que en estos casos se puede exigir el cumplimiento de lo no garantizado ponderando el cumplimiento del derecho a la igualdad fáctica del afectado, contra otros principios materiales, como los principios de división de poderes y de la democracia, y también los derechos fundamentales de otros (Arango 2012: 204-205).

De ambos planteamientos, se observa que un elemento común que los autores consideran necesario analizar frente a un incumplimiento parcial es el principio-derecho a la igualdad y no discriminación. Y es que analizar la igualdad en el incumplimiento parcial de las obligaciones progresivas, coadyuva a contextualizar la situación de desventaja, lo estructural de esa desventaja, y la necesidad del titular del derecho, en su posición de sujeto activo, en comparación con otros sujetos que se encuentran gozando del derecho.

[158] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de junio de 2010.
[159] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de enero de 2012.

En suma, las obligaciones progresivas se presentan como normas principio, y ante su cumplimiento parcial se puede utilizar un esquema argumentativo basado en la lesión de la igualdad y no discriminación, planteado por Abrámovich, Courtis y Arango, que puede conducir a la utilización del test de igualdad (que incluiría el análisis de la ponderación, propuesta por Arango).

Al respecto, consideramos que, en el análisis de las posibilidades fácticas y jurídicas, para determinar si es viable el cumplimiento de la parte no garantizada de las obligaciones progresivas de los Desc, resulta conveniente evaluar el caso a través del test de proporcionalidad. Y, en el test se deben tener en cuenta la igualdad y no discriminación del afectado, junto con otros elementos que se identificarán en el siguiente apartado (incumplimiento total), frente a los principios con los que colisiona el cumplimiento.

b) Cuando la obligación de progreso no ha sido cumplida; esto es, cuando hay omisión total, se puede exigir la protección judicial dependiendo de las particularidades del caso concreto.

Frente al incumplimiento total de estas obligaciones, su protección judicial conlleva a evaluar si hay posibilidades fácticas y jurídicas que viabilizan su garantía, para lo cual se pueden tener en cuenta determinados criterios. Como se indicó antes, las obligaciones progresivas se manifiestan como normas principio, en tanto son mandatos de optimización, a cumplirse en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas reales. En caso de su incumplimiento, corresponde evaluar las posibilidades fácticas y jurídicas del caso concreto, examinando si su protección judicial colisionaría con otros derechos fundamentales o bienes jurídicos protegidos por la Constitución. En la doctrina y la jurisprudencia, se advierte que, para garantizar la protección judicial de los derechos fundamentales frente a la omisión total de cumplir obligaciones progresivas, se toman en cuenta diversos criterios con los cuales se determina la causalidad entre la omisión estatal absoluta y la afectación del derecho (Arango 2012: 189-190). Así, por ejemplo, algunos de los criterios son: i) la práctica sistemática de incumplimiento que lesiona derechos; ii) la necesidad de garantizar el derecho; iii) la urgencia en la tutela del derecho vinculado a personas en situación de vulnerabilidad; iv) la falta de recursos disponibles para garantizar el derecho; v) el reconocimiento expreso de la obligación a cumplir; vi) la vinculación del derecho lesionado con otros derechos o; vii) la verificación de determinadas deficiencias en el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del derecho.

Así, en Estados Unidos, un criterio relevante que se ha utilizado para otorgar protección judicial del derecho frente al incumplimiento absoluto es que sea una **práctica sistemática y reconocible objetivamente**, como lo sucedido en el caso Brown v. Board of Education. En este caso, se otorgó protección judicial del derecho a la educación de las personas afroamericanas por cuanto la segregación en la educación era una práctica sistemática en el país que se podía determinar objetivamente, lo que constituía una vulneración en los derechos a la educación e igualdad y no discriminación (Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483, 1954) (Arango 2012: 194-196).

Por otro lado, en Alemania, uno de los criterios relevantes para otorgar protección judicial frente a un incumplimiento absoluto es la **necesidad individual**. Para el Tribunal Alemán, la situación de necesidad debe ser individual en el caso concreto, por cuanto entiende que los derechos subjetivos son de carácter individualizado, a diferencia de las metas políticas. De modo que, si la persona demuestra que la omisión total lesiona sus derechos y que se encuentra en un estado de necesidad apremiante, en tanto que el

Estado no justifica razonablemente su inactividad, se le otorga protección judicial del derecho. (Arango 2012: 197-200)

De otro lado, la Corte Constitucional de Sudáfrica, en el caso Grootboom, valoró los criterios de idoneidad, necesidad, urgencia y la existencia de recursos estatales disponibles, para concluir que se había vulnerado el derecho a una vivienda digna de los demandantes. En este caso, los demandantes solicitaban que se les provea una vivienda básica, de manera temporal, hasta que obtuvieran una vivienda permanente; o que se les permita el acceso a un albergue, alimentación, asistencia médica y servicios sociales básicos para los niños del grupo. El Tribunal indicó que para analizar si el Estado había cumplido con sus obligaciones positivas, se debía determinar si las medidas adoptadas fueron razonables. La Corte indicó que el Estado debía adoptar medidas dirigidas a la realización progresiva del derecho al acceso a una vivienda digna, dentro de los recursos disponibles del Estado. Asimismo, señaló que las medidas adoptadas a fin de garantizar el goce del derecho deben tener en cuenta a las personas cuyas necesidades son las más urgentes de satisfacer y quienes se ven más desvalidos de ejercer sus derechos. (High Court of South África, Case N° 6826/99, 17 de diciembre de 1999)

En otra oportunidad, el Comité de Desc, en el caso Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili c. España, sobre el derecho de acceso a una vivienda adecuada, evaluó la justificación del Estado para no tutelar el derecho, la existencia de medidas alternativas a la adoptada, la presencia de personas en situación de vulnerabilidad afectadas por la medida, la conducta denunciada era parte de problemas estructurales; y señaló que, en épocas de crisis económicas o financieras, los cambios presupuestarios y ajustes que afecten las políticas públicas deben ser temporales, necesarias, proporcionales y no discriminatorias. (Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili c. España, E/C.12/61/D/5/2015, 21 de julio de 2017)

En dicho caso, Mohamed y Naouel denunciaron ante el Comité que se les había desalojado de una vivienda privada, sin tener en cuenta la situación particular en la que se encontraban, ni proveerles medidas alternativas de vivienda. El Comité concluyó en que se había vulnerado el derecho de acceso a una vivienda adecuada de los demandantes, por cuanto se ordenó el desalojo sin tomarse en cuenta la situación de vulnerabilidad en la que se encontraban los recurrentes, ya que contaban con niños a su cargo. Advirtió que tampoco se había considerado proveerles de medidas alternativas ante el desalojo; ni que la falta de pago por la vivienda de la cual habían sido desalojados los recurrentes era consecuencia de problemas estructurales del país, como la crisis económica, el nivel de desempleo y la exclusión social a los migrantes. Finalmente, precisó que cuando el desalojo esté justificado, se debe asegurar que se lleve a cabo de conformidad con los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Y, si no se otorgó o garantizó un alojamiento alternativo, considerando las circunstancias particulares del caso, el Estado debe demostrar que adoptó todas las medidas razonables, al máximo de sus recursos disponibles, para hacer valer el derecho a la vivienda.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en el caso Pabellón 13, consideró que, al evaluarse el incumplimiento de una obligación estatal por falta de recursos, el Estado debe acreditar que realizó todos los esfuerzos posibles para utilizar los recursos que están a su disposición, y que se tomó en cuenta a los grupos vulnerables. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 378/2014, sentencia de 15 de octubre de 2014, México)

En dicho caso, un grupo de pacientes del Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias (INER) interpuso una demanda de amparo contra las autoridades

responsables, solicitando que se ejecute el proyecto denominado “Construcción y Equipamiento del Servicio Clínico para Pacientes con VIH/SIDA y Co-infección por Enfermedades de Transmisión Aérea”, conocido como “Pabellón 13”, y que se disponga la transferencia de recursos para tal fin. La Corte declaró fundada la demanda porque entendió que se había vulnerado el derecho a la salud, reconocido en la Constitución Mexicana y en el Pidesc. En ese orden, dispuso que los recurrentes reciban tratamiento médico en instalaciones separadas del resto de los pacientes, a fin de evitar el contagio de alguna enfermedad; que las autoridades responsables consideren qué medida resulta más adecuada para brindar a los afectados un tratamiento médico apropiado a su padecimiento, ya sea mediante la remodelación del ambiente donde son tratados, o a través de la construcción de un nuevo pabellón hospitalario; o, en defecto de lo anterior, que sean atendidos en condiciones adecuadas e idóneas en algún otro hospital o clínica.

En el caso Pabellón 13, la Corte consideró que la obligación estatal de crear condiciones que aseguren la asistencia médica no se limita al acceso igual y oportuno a los servicios de salud, sino también abarca el tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades. En el caso de la enfermedad del VIH/Sida, el tratamiento apropiado involucra adoptar medidas a fin de evitar que las personas que lo padecen se encuentren expuestas indebidamente a los riesgos de coinfección de enfermedades que alarguen su tratamiento y que los sometan a mayores sufrimientos, con riesgo de que pierdan la vida. Dado que las autoridades responsables se limitaron a afirmar que por falta de disponibilidad presupuestaria no se llevaron a cabo las medidas tendientes a garantizar plenamente el derecho a la salud de los recurrentes, sin aportar algún material probatorio; la Corte advirtió que no habían demostrado que realizaron todos los esfuerzos posibles para utilizar los recursos que estaban a su disposición, para lograr la plena efectividad del derecho a la salud, sin discriminación.
En el caso del Tribunal Constitucional peruano, se observa que ha tomado en consideración diversos criterios en base a los cuales ha determinado la garantía judicial de las obligaciones de progreso de los Desca. Así, sucedió en la STC 02945-2003-AA/TC[160] (caso Azanca Meza García), donde el Tribunal planteó criterios para la justiciabilidad de los Desca, los cuales fueron: regulación de la protección del derecho, “gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado” (STC 2945-2003-AA/TC, fund. 33).

Ese caso muestra un gran avance en la protección de los Desca en el Estado peruano, dado que reconoce que los Desca pueden ser justiciables. No obstante, se observa que estos criterios desconocen el carácter fundamental del derecho a la salud, así como el principio de fuerza normativa de la Constitución. Sobre el particular, el Tribunal desvalora el carácter fundamental del derecho a la salud, porque solo lo considera protegible si se relaciona con otro derecho que sí estima fundamental, como la vida e integridad. Sin embargo, ello no es correcto porque cada derecho es fundamental, debido a que cada uno tiene un ámbito de protección propio que puede ser garantizado de manera independiente. Asimismo, el criterio de garantizar el derecho a la salud en tanto que esté regulada su protección, desconoce el principio de fuerza normativa de la Constitución[161], porque subordina la garantía del derecho a la salud a una regulación

[160] Publicada en la web del Tribunal Constitucional, el 12 de julio de 2004. No se tiene referencia de la fecha de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.
[161] El principio de fuerza normativa de la Constitución establece que la Constitución no solo es un documento político, sino también una norma jurídica, lo cual implica que todos los llamados a aplicar el Derecho deben considerara a la Constitución como premisa y fundamento de sus decisiones, teniendo en cuenta:

legal. De igual modo, el principio de fuerza normativa de la Constitución refiere que las disposiciones de la Constitución, entre ellas la disposición que reconoce el derecho a la salud, tienen eficacia directa, independientemente de su regulación legal.

Posteriormente, en la STC 0033-2010-PI/TC, el Tribunal Constitucional señaló que el deber de progresividad en la satisfacción de los Desca requiere la formulación de políticas públicas. Y si bien afirmó que no podía controlar políticas públicas, consideró que sí existe un marco de intervención en el control de las políticas públicas, siempre que esté conformado por lo siguiente: a) que existan políticas concretas; b) que se hayan realizado acciones concretas dirigidas a lograr la ampliación de las medidas progresivas; c) los planes hayan sido diseñados tomando en cuenta los niveles de protección mínimos de los derechos y protección de poblaciones especialmente vulnerables; d) incluir los indicadores de evaluación de los programas y la transparencia en la rendición de cuentas a fin de verificar que el Estado usó el máximo de los recursos disponibles; y e) la elaboración y seguimiento de la política se realice permitiendo la participación del ciudadano[162] (2010: fund. 29).

Al respecto, se observa que el marco de evaluación de las políticas públicas propuesto por el Tribunal permite cumplir las obligaciones de cumplimiento progresivo, pues la exigencia de un plan y los indicadores de evaluación dan cuenta de tal cumplimiento; e, incluso permitiría avanzar tan rápido como sea posible hacia la meta propuesta, lo que se encuentra relacionado con la característica de la gradualidad de la obligación de cumplimiento progresivo, desarrollado en el capítulo 1 de este trabajo.

Contemporáneamente, en la STC 0021-2010-AI/TC[163], el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de evaluar una ley que diseñaba e implementaba determinadas políticas públicas. Ahí señaló que dicha ley sólo podría ser inválida si contraviene el objetivo colectivo señalado por la Constitución o si tuviera algún grado inidóneo para procurar el objetivo de la Constitución y se encuentra prohibida por alguna disposición constitucional[164] (2010: párr. 71).

---

a) dado que la Constitución es norma superior habrán de examinar con ella todas las leyes y cualesquiera normas para comprobar si son o no conformes con la norma constitucional; b) habrán de aplicar la norma constitucional para extraer de ella la solución del litigio o, en general, para configurar de un modo u otro una situación jurídica; c) habrán de interpretar todo el ordenamiento conforme a la Constitución. En otras palabras, si la Constitución tiene eficacia directa no será sólo norma sobre normas, sino norma aplicable, no será sólo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más (STC 2689-2004-AA/TC, fund. 15).

[162] El Tribunal Constitucional, en la STC 0033-2010-PI/TC, fund. 29, señaló:

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 ESálud; 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.

[163] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 25 de abril de 2012.

[164] STC 0021-2010-AI/TC, fund. 71:

Ese mismo criterio fue empleado por el TC en la STC 0014-2014-PI/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-PI/TC y 0007-2015-PI/TC[165] (caso ley universitaria), al indicar que frente al cuestionamiento de normas con rango de ley que diseñan e implementan determinadas políticas públicas, el Tribunal puede declarar su inconstitucionalidad si se advierte que las acciones implementadas contravienen la promoción del objetivo colectivo señalado en la Constitución o cuando las acciones adoptadas son absolutamente inidóneas para procurar en algún grado el objetivo identificado en la Constitución y están a su vez prohibidas por otras normas constitucionales (2014 y 2015: párr. 21).

En la STC 3228-2012-PA[166/167] (caso reúso de material biomédico), el TC señaló que si bien no es competente para establecer o regular políticas públicas, sí lo es para controlar la legitimidad de estas políticas, en tanto se busque garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales (fund. 34). Y estableció unos criterios de evaluación de la constitucionalidad de las políticas públicas como expresión del cumplimiento de las obligaciones progresivas que se derivan de los Desca para que el juez constitucional evalúe las políticas públicas, los cuales consisten en:

> (1) se ha obviado la formulación de un plan o política que enfrente determinado problema relativo a la salud (déficit de existencia); (2) se ha incumplido la materialización efectiva de un plan adecuadamente formulado (déficit de ejecución); (3) se ha desatendido algunas de las dimensiones o principios relevantes del derecho a la salud en la formulación o implementación de una política pública en salud (déficit de consideración); (4) se han establecido políticas claramente contrarias a los principios que rigen el derecho a la salud (déficit de violación manifiesta) o claramente inconducentes (déficit de razonabilidad) o insuficientes para el cumplimiento de determinados objetivos prioritarios de la salud (déficit de protección deficiente o déficit de protección de niveles esenciales de salud); (5) se ha obviado enfrentar determinados aspectos que impiden la ejecución efectiva de la política pública y que terminan generando resultados negativos en salud (déficit de confrontación de problemas estructurales salud). Esto último puede ocurrir si se ha adoptado una política pública en salud sin permitir la participación de la sociedad civil o los directamente afectados en la política pública involucrada (déficit de participación política); se ha actuado sin precisar mecanismos de rendición de cuentas (déficit de transparencia); o se ha procedido olvidando el establecimiento de una línea de base e indicadores de derechos humanos que permitan evaluar el impacto de la política pública en el goce efectivo del derecho a la salud (déficit de evaluación de impacto) (STC 3228-2012-PA/TC: párr. 39).

En relación con los criterios de evaluación de políticas públicas propuesto por el Tribunal Constitucional en dicha sentencia, se observa que los puntos 1, 2 y 3 fueron formulados

---

> ante cuestionamientos de que una norma con rango de ley –que diseña e implementa determinadas políticas públicas- haya violentado una "norma directriz" de la Constitución, este Tribunal se siente en la necesidad de advertir que la declaración de invalidez de ésta solo será admisible en aquellos casos en los que las acciones implementadas contravengan manifiestamente la promoción del objetivo colectivo señalado por la Constitución, o cuando las acciones adoptadas constituyan medios absolutamente inidóneos para procurar en algún grado el objetivo identificado por la Constitución y se encuentren, a su vez, prohibidos por otras "normas directrices" que anida la misma Ley Fundamental.

[165] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 14 de noviembre de 2015.

[166] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 20 de febrero de 2017.

[167] En este caso, la demandante, Carmen Chávez Cabrera, solicitaba, entre otras cosas, la suspensión definitiva del reúso del material biomédico descartable y/o desechable a ser empleado por segunda o tercera vez en sus pacientes. El Tribunal declaró fundada la demanda por considerar que el reuso del material biomédico estaba sustentado en informes que no tenían en cuenta la realidad institucional del país en la cual se iba aplicar el reúso y la política del reuso fue dictada por un órgano que no tenía competencias.

previamente en la STC 0033-2010-PA; y se observa que se encuentran conforme con la característica de la gradualidad de las obligaciones progresivas. En tanto que el punto 3, al exigir que la política pública tome en cuenta el contenido del derecho, garantiza que la política pública se realice conforme a los estándares nacionales (disposiciones constitucionales, normas legales y disposiciones normativas producto de interpretación jurídica) e internacionales (tratados internacionales, pronunciamiento de las cortes internacionales, observaciones generales, opiniones consultivas, etc.) de protección de los Desca. Del mismo modo, el punto 4 también toma en cuenta el contenido del derecho, aunque en sentido negativo, de no intervención, en la medida que considera que toda política pública contraria al contenido del derecho, es inconstitucional. Y, este punto guarda relación con el criterio formulado en la STC 0021-2010-AI/TC, STC 0014-2014-PI/TC y otros, que exige que la norma o medida no contravenga objetivos señalados en la Constitución.

De esa forma, la aplicación de dichos criterios de evaluación de la constitucionalidad de las políticas públicas como expresión de las obligaciones progresivas se situaría en el esquema de subsunción. La premisa mayor estaría conformada por los criterios que ha establecido el TC; mientras que la premisa menor estaría constituida por la situación de la realidad en la que no se verifica la atención al principio de progresividad, y la conclusión estaría determinada por la existencia o no de alguno de los déficits. En todo caso, en esta evaluación no se advierte que el Tribunal Constitucional tome en cuenta criterios adicionales, como la urgencia o la necesidad.

Posteriormente, en la STC 1470-2016-PHC/TC[168] (Caso comedor popular), el Tribunal señaló que la efectivización[169] de las prestaciones positivas contenidas en los Desca se ordena en función a tres umbrales que enunciamos de forma breve:

- Primer umbral: la obligación esencial mínima del Estado. El Tribunal señala que esta obligación ha sido reconocida por el Comité de Desc en su Observación General N° 3, y está constituida por niveles esenciales mínimos de cada uno de los derechos. Estos niveles mínimos se identifican teniendo en cuenta la urgencia del caso. Asimismo, el Tribunal considera que estas obligaciones pueden ser incumplidas solo en casos extremos.

- Segundo umbral: políticas programáticas de desarrollo en materia social. El Tribunal señaló que este umbral se refiere a las obligaciones del Estado de adoptar, de manera progresiva, los medios orientados a complementar y desarrollar los niveles esenciales mínimos del primer umbral.

- Tercer umbral: satisfacción de finalidades individuales. El Tribunal planteó que este umbral está conformado por las condiciones que los individuos en forma individual o colectiva requieren para alcanzar diversos propósitos específicos de su interés, derivados del Desca tutelado. Estas obligaciones se cumplen discrecionalmente por el Estado, en función con las restricciones presupuestales que su concretización implique. Por tanto, el Estado es libre de valorar la prioridad de estas obligaciones, en tanto su nivel de urgencia y necesidad no demande el cumplimiento del primer o segundo nivel (2016: párr. 27).

[168] Publicado en la web del Tribunal Constitucional, el 11 de julio de 2019. En la Web no aparece la fecha de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

[169] La efectivización se refiere al otorgamiento de la tutela de los Desca, luego de que se haya exigido judicialmente. Por ello, responde a las preguntas ¿cómo y en qué medida se otorgan? PORTOCARRERO sostiene que el principal problema con la efectivización de los Desca gira en torno a cómo y en qué medida se pueden hacer efectivas las prestaciones positivas contenidas en los Desca (Portocarrero 2019: 83-84).

En cuanto al primer umbral, se observa que el Tribunal Constitucional entiende que las obligaciones básicas del primer umbral pueden ser incumplidas en casos excepcionales. Sin embargo, dicho criterio es contrario a lo señalado por el Comité de Desc en la Observación General 14, en la cual señaló que no cabe el incumplimiento de las obligaciones básicas, bajo ninguna circunstancia.

Con relación al segundo umbral, se observa que estaría comprendido por las obligaciones de cumplimiento progresivo que no son urgentes. Sin embargo, en la sentencia no se indican los criterios que se tomarían en cuenta para garantizar su protección judicial.

Con respecto al tercer umbral, se advierte que el Tribunal Constitucional consideraría que en este se encontrarían las obligaciones que se cumplen discrecionalmente por el Estado. Este carácter discrecional supondría que las obligaciones no podrían exigirse judicialmente e inhibirían el control constitucional, desconociendo que, en un Estado Constitucional y Democrático no hay zonas exentas de control. En esa medida, de alguna manera se resta fuerza normativa al mandato del derecho fundamental, lo que contraviene le principio de supremacía constitucional; razón por la cual la sola mención de la discrecionalidad conlleva a error se encuentra equivocada.

En la STC 2566-2014-PA/TC[170/171] (Caso Luigi Calzolaio), el Tribunal tomando como punto de partida, unos criterios para el control de las políticas públicas desarrollado en el caso reúso de material biomédico (STC 3228-2012-PA), detalla el contenido de los criterios que deben emplearse para evaluar la constitucionalidad de las políticas públicas como expresión del cumplimiento de las obligaciones progresivas que se derivan de los Desca. Estos criterios serían los siguientes[172]:

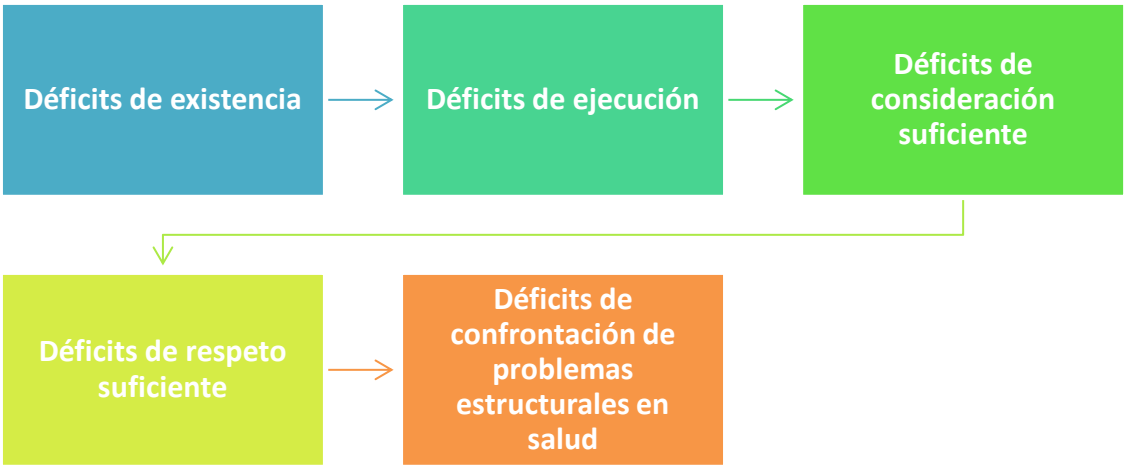
---

[170] En este caso, el demandante, don Luigi Calzolaio interpone demanda de amparo contra EsSalud-Red Asistencial de Arequipa y la Dirección Regional de Salud de Arequipa. Solicita que se ordene a la demandada: a) entregar el medicamento Losartán conforme a lo recetado por el cardiólogo en fecha 24 de mayo de 2013; b) sustituir el medicamento ácido acetilsalicílico 100 mg por la Aspirina 500 mg, conforme a lo recetado por el cardiólogo en fecha 24 de mayo de 2013; c) reprogramar la cita en enfermería del 27 de junio de 2013 para el 24 de junio de 2013, conforme lo ha dispuesto el cardiólogo; d) programar oportunamente la cita en enfermería para el 23 de julio de 2013, conforme lo ha indicado el cardiólogo; e) programar la cita en cardiología con el doctor Barragán en fecha cercana al 24 de agosto de 2013; f) reprogramar la cita del 25 de junio de 2013 en medicina general con fecha inmediata para evitar el vencimiento del riesgo quirúrgico, conforme a lo dispuesto en la Historia Clínica N° 242402: g) cesar de inmediato los maltratos psicológicos a que se ve sometido producto de la deficiente atención brindada; y, h) superar todos los obstáculos y barreras burocráticos que impiden una atención médica humana y oportuna, y un trato digno. Al respecto, el Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda por considerar lo siguiente: a) Fundada respecto a la solicitud de tratamientos médicos efectivos, intervención quirúrgica y el medicamento requerido, dado que no se advertía que se le hayan realizado de manera adecuada; b) Fundada con relación a la programación de citas de enfermería, cardiología y medicina general, debido a que podían ser reprogramadas en una nueva fecha; y c) Infundada la solicitud de supervisar a las instituciones administradoras de fondos de aseguramiento de salud, ya que esta función es competencia de Susalud. Finalmente, tras hacer un análisis de los servicios de EsSalud, en base al test para el control de las políticas públicas, el Tribunal observa que existen déficits de ejecución, consideración suficiente, protección básica, control o evaluación de impacto en el ámbito de las políticas materializadas por EsSalud; por lo que ordena a Susalud que supervise todas las prestaciones que realiza EsSalud.

[171] Publicado en la web del Tribunal Constitucional, el 7 de agosto de 2020. En la Web no aparece la fecha de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

[172] En la STC 2566-2014-PA/TC (párr. 39), el Tribunal Constitucional estableció:

- Déficits de existencia: si se ha obviado la formulación de un plan o política que enfrente determinado problema relativo a la salud.



Considerando la experiencia comparada y lo desarrollado por el Tribunal Constitucional peruano, podemos identificar que la protección judicial de las obligaciones de cumplimiento progresivo ha sido resuelta teniendo en cuenta el sub principio de idoneidad (Caso Grootboom, STC 2945-2003-AA/TC, STC 0021-2010-AI/TC, STC 0014-2014-PI/TC y otros), el subprincipio de necesidad (Caso Grootboom, caso Mohamed Ben Djazia, STC 2945-2003-AA/TC), la ponderación (Caso Mohamed Ben Djazia), la urgencia en la tutela del derecho vinculado a personas en situación de vulnerabilidad (Caso Grootboom, STC 2945-2003-AA/TC, STC 1470-2016-PHC/TC), los recursos disponibles para garantizar el derecho (Caso Grootboom, Caso Mohamed Ben Djazia, Caso Pabellón 13, STC 2945-2003-AA/TC), la práctica sistemática de incumplimiento que lesiona derechos (Caso Board of education, Caso Mohamed Ben Djazia), situaciones de vulnerabilidad (Caso Mohamed Ben Djazia, Caso Pabellón 13), los déficits (STC 33-2010-PI/TC, STC 3228-2012-PA/TC, STC 2566-2014-PA/TC), entre otros criterios. Estos criterios se sintetizan en el siguiente gráfico:

- Déficits de ejecución: si no se han realizado o materializado efectivamente los planes adecuadamente formulados.
- Déficits de consideración suficiente: en caso se haya desatendido las dimensiones o principios relevantes del derecho a la salud en la formulación o implementación de las políticas públicas pertinentes.
- Déficits de respeto suficiente: que, a diferencia de los déficits de consideración, aluden a trasgresiones graves o manifiestas del derecho a la salud. Los déficits de respeto suficiente, a su vez, pueden ser déficits de violación manifiesta, en caso se haya establecido políticas claramente contrarias a los principios que rigen el derecho a la salud; déficits de razonabilidad, si se han adoptado de medidas claramente inconducentes; y déficits de protección básica o elemental, con respecto a políticas insuficientes para el cumplimiento de determinados objetivos prioritarios de la salud.
- Déficits de confrontación de problemas estructurales en salud: en caso no se haya enfrentado asuntos que impiden la ejecución efectiva de las políticas públicas y terminen generando resultados negativos en la salud. Estos, entre otros, pueden ser déficits de participación política, si se ha adoptado una política pública en salud sin permitir la participación de la sociedad civil o de los directamente afectados por ella; déficits de transparencia, si no existe información pública actual y accesible sobre las políticas públicas y su ejecución; déficits de control, si no se han establecido o implementado debidamente formas supervisión o mecanismos de rendición de cuentas respecto a las políticas implementadas; déficits de evaluación de impacto, si se ha procedido sin establecer líneas de base o indicadores con enfoque de derechos que permitan evaluar los impactos de la política pública en el goce efectivo del derecho a la salud (STC 2566-2014-PA/TC: párr. 39)

Por lo expuesto, se advierte que un método que resulta útil para garantizar la protección judicial de las obligaciones de cumplimiento progresivo es el test de proporcionalidad, pues a través de él, se puede analizar la idoneidad de la medida solicitada, su necesidad, y se ponderarían derechos y bienes jurídicos constitucionales en colisión. Y, en esta ponderación se tendrían en cuenta elementos como la urgencia o gravedad, los recursos disponibles, la práctica sistemática, la situación de vulnerabilidad, entre otros elementos.

2.1.2.3.3.2. La obligación de no regresividad

En el caso de la no regresividad, se observa que se presenta como una norma regla desde la perspectiva de Alexy, porque comporta la prohibición del Estado de empeorar o retroceder el nivel de goce y ejercicio de los Desca (Rossi 2006: 85) (Directrices de Maastricht 1997: párr.14.a)[173], sin embargo, se trata de una afirmación *prima facie* porque, en la práctica, admite excepciones en caso se haya realizado dicho retroceso.

Tales excepciones pueden ser analizadas a través del test planteado por el Comité de Desc, en el que, conforme a lo referido en el capítulo 1 del presente trabajo, se deben evaluar los siguientes criterios: a) el Estado debe demostrar que la medida regresiva es razonable y tiene la finalidad de garantizar la totalidad de los derechos del Pidesc; b) la medida regresiva es la menos gravosa, tras un análisis de todas las alternativas posibles; c) si hubo participación de los grupos afectados en el examen de las medidas y alternativas propuestas; d) si las medidas regresivas son directa o indirectamente discriminatorias; y e) que utilizó el máximo de sus recursos disponibles para evitar la

[173] Las Directrices de Maastricht sobre violaciones a derechos económicos, sociales y culturales fueron acordadas por un grupo de expertos de derecho internacional que se reunieron en la ciudad de Maastricht - Holanda, con motivo del décimo aniversario de los principios de Limburgo sobre la aplicación del Pidesc, entre el 22 al 26 de enero de 1997. Estas directrices son utilizadas como instrumento interpretativo por organismos internacionales especializados en la interpretación del Pidesc, como el Comité de Desc (Courtis 2006: 11) (UN E/C.12/2000/13).

medida regresiva (Observación General 13, párr. 45; Observación General 14, párr. 32; Observación General 15, párr. 19; Observación General 17, párr. 27; Observación General 18, párr. 21, Observación General 19: 42) (Rossi 2006: 91-93).

Cabe señalar que autores como Courtis advierten que el test para determinar la regresividad elaborado por el Comité de Desc se asemeja al juicio de razonabilidad, pues se exige la demostración de un fin legítimo (relacionado con la totalidad de derechos del Pidesc) y que sea necesaria (referido a la evaluación cuidadosa de la totalidad de las alternativas) (Courtis 2006: 40).

Por su parte, como también se ha indicado en el capítulo 1 de la tesis, la Comisión IDH también ha planteado un testa través del cual se deben analizar las excepciones a la regla de la prohibición de regresividad, el cual comprende los siguientes criterios: a) que la medida regresiva haya sido impuesta a través de una ley; b) que la regresión tenga un fin legítimo relacionado con el interés social o el bienestar general; y c) que la regresión haya sido razonable para obtener dicho fin, sin sacrificar la esencia del derecho (Comisión Interamericana de Derechos humanos 2009: párr. 112).

En el caso del Tribunal Constitucional peruano, se observa en su jurisprudencia que, si bien no ha aplicado los test elaborados por el Comité de Desc o la Corte IDH, ha hecho uso de la ponderación para evaluar las medidas regresivas. Así, en la STC 0009-2015-PI/TC[174], en la que se cuestionaban diversos artículos del Decreto Legislativo 1133, "Decreto Legislativo para el ordenamiento del Régimen de pensiones del personal militar y policial", el Tribunal analizó la reducción de la pensión de viudez que establecía en comparación con la pensión de viudez de un régimen militar anterior (fundamentos 126 a 140). En este caso, el alto tribunal sostuvo que la evaluación de la regresividad de la medida debía tener en cuenta todos los recursos disponibles y el interés público, lo que en materia pensionaria, implicaba ponderar el derecho a la pensión, que asegure una vida digna, con la previsión y capacidad presupuestaria del Estado. De esta manera, al advertir que el monto de la pensión de viudez reducida no era inferior a la pensión mínima vital, no se comprometía el derecho a la pensión, por lo que no configuró la violación de la prohibición de regresión (STC 0009-2015-PI/TC, funds. 129-134).

Por su parte, Courtis propone que en el análisis de la medida regresiva se debe evaluar los siguientes aspectos: a) la carga de demostrar que la medida regresiva está justificada corresponde al Estado; b) la medida regresiva no debe ser sobre las obligaciones básicas, las cuales son irreductibles; c) el Estado debe demostrar la existencia de un interés calificado e imperioso que justifique la medida adoptada; d) el Estado debe acreditar que no existen medidas alternativas menos restrictivas del derecho; y e) examen de ponderación de la medida regresiva (Courtis 2006: 33-40).

De los diversos métodos para analizar las medidas regresivas, que proponen los organismos internacionales, como el Comité de Desc o la Comisión IDH, los organismos locales, como el Tribunal Constitucional, y algunos sectores de la doctrina, se observa que concuerdan en analizar la finalidad de la medida regresiva. En la mayoría de tales análisis se examina la necesidad de la adopción de la medida regresiva, y algunos evalúan la regresión a través de la ponderación.

Al respecto, se puede concluir que el test de proporcionalidad resulta un método útil para determinar si la medida regresiva se encuentra justificada, pues permite que se analice la finalidad de la medida regresiva, al constituirse la justificación de la intervención en el derecho; vale decir, la aplicación del sub principio de idoneidad.

[174] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 17 de mayo de 2019.

Asimismo, el sub principio de necesidad permitiría evaluar si se utilizaron todos los recursos disponibles o si existen otras medidas que sin ser regresivas alcanzan el mismo fin; y, finalmente, la ponderación en sentido estricto.

Cabe señalar que Atienza y Ruiz plantean que hay un tipo especial de norma principio que tiene condición de aplicación indeterminada, pero presenta conclusión cerrada. Los autores refieren que hay principios que tienen configuración abierta únicamente en las condiciones de aplicación, pero no en la descripción de la conducta. Así, una vez establecida la combinación de los factores que conforman el caso (las condiciones de aplicación y la conducta descrita), este principio exige un cumplimiento pleno, se cumple o no se cumple, no hay modalidades graduables de cumplimiento. (Atienza y Ruiz 1996: 8-10)

Si la prohibición de regresividad se reconstruye a través del principio especial planteado por Atienza y Ruiz, se obtiene la siguiente norma principio: “Si hay progreso y avance en la garantía plena del derecho de acceso a servicios de salud mental, y no hay justificación razonable de su retroceso; consecuentemente, está prohibido retroceder en lo avanzado”. En este enunciado se advierte que la condición de aplicación indeterminada es “si hay progreso y avance en la garantía plena del derecho de acceso a servicios de salud mental, y no hay justificación razonable de su retroceso” y la conducta prohibitiva cerrada es “está prohibido retroceder en lo avanzado”.

En el análisis de la condición de la aplicación se debe determinar si hay justificación razonable del retroceso. Un método para determinar la razonabilidad de la justificación es el test de proporcionalidad. Finalmente, solo luego de verificar si existe o no un sustento constitucionalmente válido del retroceso, se procede a aplicar dicha norma principio. Su cumplimiento es todo o nada, se cumple o no.

En suma, la obligación de no regresividad, como correlato de la obligación de progresividad, del derecho de acceso a los servicios de salud mental (referida en el capítulo 1 de la presente investigación), se manifiesta como norma regla (premisa normativa), en términos de Alexy. En esa medida, si se advierte en la práctica que se ha adoptado una medida regresiva (premisa fáctica), se concluiría que *en principio* se ha vulnerado la norma regla referida (conclusión). Sin embargo, para determinar si la conclusión es determinante, o puede admitirse el incumplimiento, corresponde evaluar las razones de la justificación de la medida regresiva. Y, para determinar si las razones pueden ser admitidas, se puede hacer uso del test planteado por el Comité de Desc, la Comisión Interamericana, el Tribunal Constitucional peruano, o la doctrina.

Haciendo uso de la tipología planteada por Atienza y Ruiz, la prohibición de regresividad se reconstruye a través del siguiente principio especial: “Si hay progreso y avance en la garantía plena del derecho de acceso a servicios de salud mental, y no hay justificación razonable de su retroceso; consecuentemente, está prohibido retroceder en lo avanzado”. En el análisis de la condición de la aplicación se debe determinar si hay justificación razonable del retroceso. Un método para determinar la razonabilidad de la justificación es el test de proporcionalidad. Finalmente, solo luego de verificar si existe o no un sustento constitucionalmente válido del retroceso, se procede a aplicar dicha norma principio. Su cumplimiento se cumple o no.

2.2.- Jurisprudencia sobre la justiciabilidad del derecho a la salud mental en el ordenamiento jurídico peruano

El Tribunal Constitucional peruano ha resuelto variadas demandas relacionadas con el derecho a la salud mental, tales como: i) la atención con hospitalización, ii) la atención de salud mental en establecimientos penitenciarios, iii) medidas de seguridad de personas con enfermedad mental, iv) el tratamiento de salud mental en un lugar cercano al domicilio, entre otros.

La tutela jurisdiccional del derecho a la salud mental está relacionada con la obligación de proveer recursos judiciales efectivos, derivada de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental", indicada en el capítulo 1 de este trabajo. Tal protección judicial efectiva implica que los órganos jurisdiccionales garanticen derechos conforme al modelo social de discapacidad, dado que es una obligación establecida en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, referida en el capítulo 1 de esta investigación. Esta obligación, para el caso de las personas con discapacidad psicosocial exige, como regla general, que la autonomía de la persona sea privilegiada en todo escenario de tratamiento médico.

Con relación a la **atención con hospitalización**[175/176], el Tribunal Constitucional ha resuelto casos en los que ha aplicado distintos modelos de discapacidad (modelo de rehabilitación[177] y modelo social[178]), referidos en el capítulo 1 de este trabajo, y ha establecido diversos criterios para determinar si corresponde la hospitalización.

En efecto, frente a dudas sobre el estado de salud mental de la persona a favor de quien se interpuso la demanda, el Tribunal, en la STC 1956-2004-AA/TC, ordenó que continuara hospitalizada, aplicando así el modelo de rehabilitación de discapacidad, pues tras considerar que no hay certeza de que la persona con discapacidad se haya rehabilitado, sigue la óptica de que el internamiento es la medida necesaria para rehabilitar a la persona con discapacidad.

Sin embargo, en la STC 5048-2016-PA/TC, el Tribunal no ordenó la hospitalización de la beneficiaria de la demanda, pese a que tuvo dudas sobre el diagnóstico y las razones del alta médica; de esta forma, en esta oportunidad, el Tribunal resolvió empleando el modelo social de discapacidad. En efecto, al ordenar la libertad de la persona con discapacidad mental, pese a tener dudas sobre su diagnóstico, se opta por garantizar la autonomía de la persona fuera de centros de internamiento. De esa forma también

[175] Como se refirió en el capítulo 1 del presente trabajo de investigación, la atención con hospitalización consiste en el proceso excepcional por el cual el paciente es ingresado a un establecimiento de salud, para recibir atención, por un periodo que requiere permanencia mayor de 12 horas (artículo 5 de la Ley 30947, Ley de salud mental).

[176] El Tribunal Constitucional peruano ha resuelto casos en los que se ha solicitado el internamiento. Al respecto, dicho internamiento se refiere a la atención con hospitalización, pues aluden al ingreso de los pacientes (beneficiarios de las demandas) a establecimientos de salud para recibir tratamiento por periodos mayor a 12 horas.

[177] En el modelo de rehabilitación o médico, se entendía que la discapacidad era una anomalía o desperfecto físico o mental. Se consideraba que las personas con discapacidad aportaban a la sociedad en la medida que se rehabilitaban e integraban a la sociedad, por lo que si su normalización no se lograba su aislamiento o internamiento resultaba justificado (Palacios 2008: 66).

[178] El modelo social tiene como presupuesto que la discapacidad no es de origen religioso ni científico, sino social, en la medida que se interpreta a la discapacidad como el resultado de las barreras sociales y de las relaciones de poder. Asimismo, en este modelo se aspira a la implementación de políticas con eje en la autonomía de la persona con discapacidad, por lo que se busca que las personas con discapacidad puedan elegir vivir fuera de las instituciones de internamiento. (Palacios 2008: 107, 123, 136 y 146)
El modelo social se reafirma con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Courtis 2007: 73), la cual es vinculante para el estado peruano, en aplicación de la IV disposición final y transitoria de la Constitución.

cumple con el principio la protección eficaz de la salud mental vinculándolo con el tratamiento no institucionalizado. Así, este órgano jurisdiccional parte de la autonomía de los individuos para atender la obligación inmediata de protección judicial efectiva, derivada de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental". A diferencia de la STC 1956-2004-AA/TC que contravendría la obligación de brindar protección judicial efectiva del derecho a la salud mental, pues aplica el modelo de rehabilitación.

Ciertamente, la regla general derivada del modelo social de la discapacidad es privilegiar la autonomía de la persona; sin embargo, el Tribunal ha identificado criterios adicionales para determinar si corresponde la hospitalización, tales como: a) la presencia o ausencia de medidas alternativas (STC 1004-2021-HC/TC, 5048-2016-PA/TC); b) el diagnóstico (STC 2480-2008-PA/TC, 5048-2016-PA/TC, 1772-2019-HC/TC); c) la seguridad propia y de terceros, relacionada con la situación de vulnerabilidad de quien brinda el cuidado (STC 3081-2007-PA/TC, 2480-2008-PA/TC, 1772-2019-HC/TC), la agresividad del beneficiario de la demanda (STC 3081-2007-PA/TC, 1772-2019-HC/TC, 5048-2016-PA/TC) y la dificultad de reinserción (STC 3081-2007-PA/TC); d) la situación familiar, relacionada con factores como los escasos recursos económicos (STC 3081-2007-PA/TC, 5048-2016-PA/TC), etc.; e) la voluntad (STC 5842-2006-PA/TC, 2313-2009-HC/TC, 5048-2016-PA/TC, 1004-2021-HC/TC); y f) necesidad de tratamiento (STC 3081-2007-PA/TC, 5842-2006-PA/TC), g) otros.

De ahí que el establecimiento de criterios para determinar la hospitalización ha sido objeto de cuestionamientos, en el contexto del modelo social de discapacidad. Así, Bregaglio indica que la voluntad de la persona no debería ser un último criterio, sino que debe prevalecer como regla, en desmedro del criterio del diagnóstico que no debería ser tomado en cuenta dado que propone que la discapacidad debe ser la base para limitar la capacidad jurídica. De igual modo, para la autora, debe rechazarse el criterio de la peligrosidad (relacionada con la agresividad) porque estigmatiza a las personas con discapacidad psicosocial y traslada al profesional de la salud la decisión de restringir la libertad sobre la base del riesgo o la comisión de un delito; asimismo, el criterio del entorno familiar (que tiene relación con las personas que brindan el cuidado), pasa por alto que la responsabilidad de eliminar las barreras que limitan la inclusión de las personas con discapacidad es del Estado (Bregaglio 2020)[179].

En relación con la afirmación de la autora, referida a que la voluntad de la persona es una regla y no debería ser un último criterio; advertimos que se encuentra conforme con el modelo social de discapacidad, pues con este modelo, reafirmado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se busca garantizar la autonomía y vida independiente de las personas con discapacidad (Courtis 2007: 75). Por ello, medidas como el internamiento o la hospitalización son de última *ratio*, excepcionales y lo más cortas posibles. Asimismo, en virtud del principio de universalidad, toda persona es titular de derechos y deberes fundamentales (Sarlet 2019: 273), razón por la cual las personas con discapacidad son titulares de derechos fundamentales. En ese contexto, es relevante que los criterios que se utilicen para determinar la procedencia de las medidas tengan como uno de sus ejes principales a la autonomía de las personas con discapacidad, ya que esta coadyuva a que gocen plenamente sus derechos fundamentales, como titulares de los mismos.

Respecto al cuestionamiento que Bregaglio hace al criterio del entorno familiar, advertimos que resulta correcto afirmar que el Estado tiene la obligación de eliminar las

[179] En: https://www.enfoquederecho.com/2020/10/28/el-tribunal-constitucional-y-el-internamiento-involuntario-de-personas-con-discapacidad-psicosocial-un-paso-adelante-y-dos-atras/

barreras que limitan la inclusión de las personas con discapacidad; sin embargo, como se recordó en el capítulo 1 de esta investigación, los derechos fundamentales no solo tienen como obligado al Estado, sino también a los particulares. En ese sentido, no resulta suficiente cuestionar el criterio del entorno familiar con el argumento de que únicamente es atribución de responsabilidad del Estado, pues los familiares también pueden ser obligados en la relación con el derecho *ius fundamental* de las personas con discapacidad psicosocial.

Lo referido *supra* no implica que en esta investigación se cuestione la aplicación del criterio del entorno familiar en todos los casos. De todos modos, consideramos que es válida la aplicación del criterio del entorno familiar siempre que sea razonable, en conjunto con otros criterios, pues considerarlo como único criterio para determinar la hospitalización sería discriminatorio para la persona con discapacidad psicosocial.

Y es que, utilizar como único criterio el referido a la situación familiar, relacionada con sus escasos recursos económicos, no se encuentra acorde con la obligación básica que señala que el acceso a los servicios de salud mental se debe realizar sobre una base no discriminatoria. Ello debido a que la discapacidad puede agravar la situación de pobreza, dado que la discriminación que puede derivar de la discapacidad lleva a la exclusión, marginación, falta de estudios, desempleo, entre otros factores que aumentan el riesgo de la pobreza (Martínez 2013: 13). Por ello, una familia con escasos recursos económicos puede sumirse más en la pobreza con el cuidado de personas con discapacidad psicosocial. Por tanto, utilizar como único criterio la condición económica de la familia pone en situación de desventaja a las personas que requieren tratamiento en salud mental pero provienen de familias con escasos recursos económicos, pues serían ineludiblemente hospitalizadas tan solo por no tener dinero, a diferencia de los sujetos que provienen de familias con recursos económicos. Es en esta línea que el Tribunal Constitucional ha precisado que la situación económica de la familia no puede ser determinante al momento de considerar si es que procede el internamiento, ya que se puede correr el riesgo de que las personas con discapacidad que provienen de familias de escasos recursos se vean condenadas a ser internadas u hospitalizadas (STC 1004-2021-HC/TC, fund. 13)

Asimismo, tener como único criterio el entorno familiar relacionado con la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la familia y que le impediría cuidar a la persona con discapacidad psicosocial, no es razonable, pues en estos casos, y siempre que cuenten con diagnóstico favorable para su desinstitucionalización, hay medidas alternativas que pueden alcanzar la finalidad que se busca, consistente en brindarles cuidados. Las medidas alternativas que se pueden adoptar se refieren a la transferencia de estos sujetos a los hogares protegidos[180] o a las residencias protegidas[181], donde se

[180] Decreto Supremo 007-2020-SA
"Artículo 23. Servicios médicos de apoyo
[…]
23.1. Hogares y Residencias Protegidas: son servicios médicos de apoyo que se implementan en viviendas con características propias de la comunidad en las que se convive de modo familiar, que brindan servicios residenciales transitorios alternativos a la familia, para personas con discapacidad intelectual y/o psicosocial en proceso de rehabilitación e inserción social, y que no cuentan con soporte familiar suficiente.
23.1.1. Los hogares protegidos se orientan a pacientes en condiciones de estabilidad clínica, que requieren cuidados mínimos y no cuentan con soporte familiar suficiente".

[181] Decreto Supremo 007-2020-SA
"Artículo 23. Servicios médicos de apoyo
[…]

les brinda servicios médicos de apoyo, implementados en viviendas con características propias de la comunidad en las que se convive de modo familiar. En estos lugares debe brindarse servicios médicos de apoyo con enfoque comunitario[182], en la medida que fomentan la promoción y protección de la salud mental con la participación de la comunidad y el entorno familiar.

A manera de ejemplo, un caso que muestra el menoscabo del derecho a la igualdad y no discriminación, en conexión con el derecho a la libertad del beneficiario de la demanda, se dio en la STC 02480-2008-PA/TC. En dicho expediente, se observa que el Tribunal Constitucional decidió que la persona con discapacidad psicosocial que, de acuerdo con los médicos, no necesitaba estar hospitalizada, debía estarlo porque para sus familiares era inviable cuidarlas (Constantino 2021: 157). Lo que debió realizar el Tribunal, a fin de no vulnerar los derechos del beneficiario, fue disponer que se le traslade a establecimientos que le brindaran cuidados mínimos o clínicos, como los ahora denominados hogares protegidos o las residencias protegidas. Y, en caso de que en dicho momento no hubieran existido estos establecimientos, se debió ordenar que se implementen.

Por otra parte, el cuestionamiento de Bregaglio al criterio del diagnóstico y la peligrosidad de la persona con discapacidad psicosocial no resulta razonable, toda vez que observamos que estos son elementos verificables sobre los que se puede determinar la hospitalización en cada caso concreto. En efecto, a través del diagnóstico se determina el tratamiento que en cada caso concreto se llevará a cabo a fin de atender la salud mental de la persona, razón por la cual este criterio tiene una relación de causalidad directa con la protección de dicho ámbito de la salud. Asimismo, el diagnóstico, realizado con el enfoque social de la discapacidad, determina el tratamiento a seguir teniendo a la hospitalización como última alternativa, por el menor tiempo posible. En esa medida, este criterio no debería ser totalmente dejado de lado, siempre que sea adecuado para garantizar el más alto grado de bienestar mental de la persona con discapacidad psicosocial, en concordancia con el modelo social.

Asimismo, la peligrosidad es otro criterio verificable que no resulta arbitrario pues su finalidad es proteger la integridad personal de terceros, que se encontrarían en peligro de ser lesionados por la persona con discapacidad psicosocial. Además, toda medida que interfiera en la libertad de las personas con discapacidad mental debe ser específica y por un periodo de tiempo muy limitado (Constantino 2021: 162), por lo que, dependiendo del caso concreto, la hospitalización por peligrosidad puede ser una opción legítima siempre que no debe ser indefinida.

En suma, en los casos de hospitalización de las personas con discapacidad psicosocial, se debe cumplir con garantizar las obligaciones básicas, inmediatas y de cumplimiento progresivo, derivadas de la posición *ius fundamental* “toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental”, que resulten aplicables, teniendo en cuenta el modelo social de la discapacidad y la autonomía de dichas personas.

De otro lado, en relación con la **atención de salud mental en establecimientos penitenciarios**, el Tribunal Constitucional ha establecido el estado de cosas

23.1.2. Las residencias protegidas, se orientan a pacientes clínicamente estables, pero con secuelas discapacitantes, que aún necesitan cuidados clínicos y/o psicosociales profesionales y comunitarios, brindados por personal de la salud”.

[182] “El modelo de atención comunitaria en salud mental reemplaza progresivamente al modelo de salud mental centrado en la atención hospitalaria especializada" (artículo 5.1 del Decreto Supremo N° 007-2020-SA).

inconstitucional, tras advertir una ineficiente e inexistente provisión de tratamiento mental en las cárceles a nivel nacional (STC 3426-2008-HC/TC y 4007-2015-HC/TC). Esta medida, que ordena la elaboración y aplicación de políticas en salud mental en establecimientos penitenciarios, se relaciona con la obligación básica de garantizar el acceso a servicios de salud mental sobre bases no discriminatorias, pues ordena que se brinde tratamiento en salud mental sin distinguir que el destinatario se encuentre en la cárcel. Asimismo, esta medida se vincula con la obligación inmediata de elaborar planes detallados para la garantía progresiva del derecho a la salud mental, pues ordena que se elaboren y apliquen planes a fin de garantizar plenamente la salud mental en las cárceles.

En otra instancia, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre las **medidas de seguridad de una persona con enfermedad mental** (STC 0194-2014-HC/TC). Señaló que las medidas de seguridad adoptadas, como las rejas y el tapiado alrededor del cuarto del beneficiario de la demanda, vulneraba su derecho a la libertad personal por cuanto no le garantizaba condiciones de vida digna, a la luz del modelo social de discapacidad. No obstante, al ordenarse el retiro de los elementos que reducían la circulación con libertad del beneficiario a su cuarto, solo se garantiza parcialmente la obligación de proveer recursos judiciales efectivos, debido a que no analizó también su consentimiento y tampoco dispone de alguna medida que coadyuve a promover y garantizar la libertad personal con autonomía del beneficiario dentro y fuera de su casa[183].

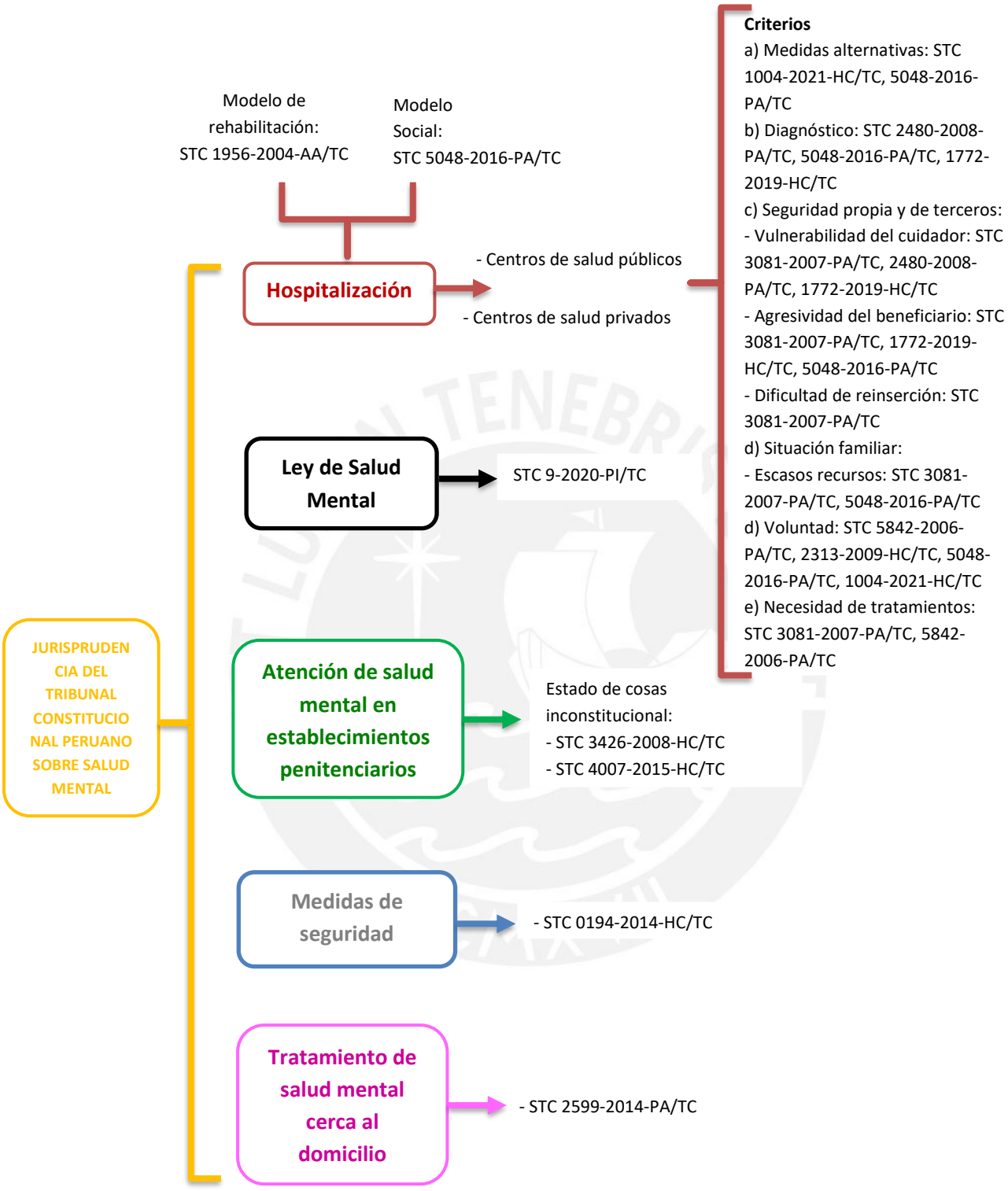
De otro lado, también se observa que el Tribunal ha resuelto un **caso sobre tratamiento de salud mental en un lugar cercano al domicilio** (STC 2599-2014-PA/TC). El TC concluyó que el puesto de trabajo del actor debía ser trasladado a la ciudad donde tenía su domicilio, pues en este lugar recibía tratamiento de salud mental. En este caso, se garantiza el acceso a servicios de salud mental sobre una base no discriminatoria y la protección judicial efectiva del derecho a la salud mental del beneficiario de la demanda, debido a que el traslado del centro laboral al lugar en el que el actor recibe su tratamiento médico, permite que se someta a una terapia médica constante, garantizando su derecho a la salud mental sin diferencia con respecto a las personas que reciben tratamiento médico en el lugar donde residen. Y, en la medida que se garantiza el derecho a la salud mental del demandante, se brinda protección judicial efectiva a dicho derecho.

Finalmente, el Tribunal Constitucional también ha tenido oportunidad de analizar la **constitucionalidad de la ley de salud mental**, a través de la STC 0009-2020-PI/TC. En esta sentencia, tras una interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales, la ley y su reglamento, indicó que la atención en salud mental es multidisciplinaria, incluyendo la atención psicológica, así como todos los elementos mínimos del servicio de salud mental, tales como el diagnóstico y el tratamiento.

En suma, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la justiciabilidad del derecho a la salud mental en el ordenamiento jurídico peruano, glosados brevemente, puede sintetizarse en el siguiente esquema:

[183] Constantino señala que, en dicha sentencia, si bien el Tribunal Constitucional ordena que el juez convierta la interdicción del beneficiario en apoyos y salvaguardas, dicho proceso no evita la privación de la libertad personal del individuo con discapacidad psicosocial. Ello debido a que el proceso de apoyos está destinado a regular situaciones de aplicación de la capacidad jurídica, es decir, actos jurídicos; por lo que no es un espacio para decidir asuntos sobre si la persona puede o no salir de su casa, a qué horas, con quién o si tiene llave de su hogar. (Constantino 2021: 165-166)

ET LUX IN TENEBRIS LUCET
MCMXVII


JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO SOBRE SALUD MENTAL
Modelo de rehabilitación: STC 1956-2004-AA/TC
Modelo Social: STC 5048-2016-PA/TC
Hospitalización
- Centros de salud públicos
- Centros de salud privados
Criterios
a) Medidas alternativas: STC 1004-2021-HC/TC, 5048-2016-PA/TC
b) Diagnóstico: STC 2480-2008-PA/TC, 5048-2016-PA/TC, 1772-2019-HC/TC
c) Seguridad propia y de terceros:
- Vulnerabilidad del cuidador: STC 3081-2007-PA/TC, 2480-2008-PA/TC, 1772-2019-HC/TC
- Agresividad del beneficiario: STC 3081-2007-PA/TC, 1772-2019-HC/TC, 5048-2016-PA/TC
- Dificultad de reinserción: STC 3081-2007-PA/TC
d) Situación familiar:
- Escasos recursos: STC 3081-2007-PA/TC, 5048-2016-PA/TC
d) Voluntad: STC 5842-2006-PA/TC, 2313-2009-HC/TC, 5048-2016-PA/TC, 1004-2021-HC/TC
e) Necesidad de tratamientos: STC 3081-2007-PA/TC, 5842-2006-PA/TC
Ley de Salud Mental
STC 9-2020-PI/TC
Atención de salud mental en establecimientos penitenciarios
Estado de cosas inconstitucional:
- STC 3426-2008-HC/TC
- STC 4007-2015-HC/TC
Medidas de seguridad
- STC 0194-2014-HC/TC
Tratamiento de salud mental cerca al domicilio
- STC 2599-2014-PA/TC

A continuación, se hará un análisis más profundo y detallado de cada uno de los casos resueltos por el Tribunal Constitucional peruano, referidos previamente. A través de dicho examen a las sentencias se les identificará con las obligaciones derivadas de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental", señaladas en el capítulo 1 de esta investigación[184].

Este análisis nos ayudará a determinar si alguno de los criterios que ha utilizado el Tribunal Constitucional para resolver casos sobre salud mental, pueden ser también tomados en cuenta y sumarse a la propuesta sistemática de razones a partir de las que los órganos jurisdiccionales deben intervenir para corregir situaciones de incumplimiento de las obligaciones derivadas de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental".
Si bien estas sentencias no son las únicas en las que se ha abordado el derecho a la salud mental, permiten dar cuenta de la línea jurisprudencial que el Tribunal Constitucional ha desarrollado sobre los temas de salud mental.

2.2.1. Caso sobre recursos judiciales efectivos frente a medidas de hospitalización en centros de salud públicos (STC 03854-2004-HC/TC[185], STC 05842-2006-HC/TC[186], STC 05048-2016-PA/TC, STC 1772-2019-PHC/TC [187])

En el expediente 03854-2004-PA/TC, el recurrente, Fernando Medrano Mosquera, interpuso demanda de hábeas corpus contra el jefe del Servicio de Salud Mental del Hospital Central de la PNP, encargado de la sección de Hospitalización, y los responsables de retener arbitrariamente a la favorecida Mónica Gladyz Medrano Mosquera, por cuanto fue internada en dicho nosocomio sin documentación que acreditara su internamiento, incomunicación y estado de salud. El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda tras advertir que se había procedido según las prácticas médicas y hospitalarias en salvaguarda de la salud de la beneficiaria de la demanda, dado que la beneficiaria no se encontraba incomunicada, al haber recibido visitas de familiares y compañeros de trabajo, y que había ingresado al nosocomio con un diagnóstico de adicción a opiáceos.

En esta sentencia, se observa que el Tribunal Constitucional no habría garantizado efectivamente la protección judicial del derecho a la salud mental de la beneficiaria de la demanda, puesto que a través del proceso no verificó las condiciones mínimas del tratamiento médico que se le estuvo brindando en el Hospital Central de la PNP. El Tribunal no analizó el consentimiento para la hospitalización, tampoco analizó si el tratamiento que se le brindaba era adecuado, adaptado a sus necesidades y estado de salud, éticamente apropiado, o si el tiempo de hospitalización era el estrictamente necesario. Con todo ello, se advierte que no se habría garantizado efectivamente el derecho a la salud en su interrelación con el derecho a la libertad personal de Mónica Gladyz Medrano Mosquera.

[184] Cabe recordar que son: las obligaciones básicas de garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud mental sobre una base no discriminatoria, en especial a los grupos vulnerables; las obligaciones inmediatas de adoptar medidas legislativas, de ofrecer recursos judiciales efectivos, de elaborar y adoptar un plan detallado de acción para la aplicación progresiva de cada uno de los derechos del Pidesc; y las obligaciones progresivas.
[185] Publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 8 de abril de 2005.
[186] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 24 de octubre de 2009.
[187] Publicada en la web del Tribunal Constitucional, el 30 de setiembre de 2020. No se tiene referencia de la fecha de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

Y es que, en el contexto del modelo social de la discapacidad, el órgano jurisdiccional debió evaluar si la hospitalización de la recurrente era la necesaria para brindarle un tratamiento adecuado, en el mínimo de tiempo, y adaptado a sus necesidades.

De otro lado, en el expediente 05842-2006-PA/TC, el actor interpuso demanda de hábeas corpus contra Luis Julio Matos Retamozo y doña Rommy Kendall Folmer, médicos psiquiatras de la Dirección de Adicciones del Instituto de Salud Mental "Honorio Delgado-Hideyo Noguchi", del Ministerio de Salud, a fin de que se restituya la libertad personal de los pacientes internados contra su voluntad de forma indebida en la Sala de hospitalización del referido instituto, y se aplique a los responsables de ello, lo que establece el Código Procesal Constitucional, a fin de denunciar por los presuntos ilícitos que estén produciendo ante el Ministerio Público.

El Tribunal Constitucional declaró infundado el extremo del cuestionamiento a la medida de internamiento en los centros de salud mental, por considerar que, si bien dicho internamiento sí restringe los derechos fundamentales de los pacientes, es proporcional con el fin constitucional existente, cual es la tutela de la salud mental (artículo 7 de la Constitución), pues se advirtió que el tratamiento guardaba relación con la recuperación de la salud mental. De otro lado, declaró fundado el extremo del ingreso irregular de algunas personas que se encontraban internadas irregularmente, dado que no contaban con el consentimiento adecuado, lo que vulneraba de manera conexa su libertad individual. Finalmente, declaró infundada la solicitud de remitir los actuados al Ministerio Público, por concluir que las acciones realizadas no constituían delito.

En este caso, el Tribunal Constitucional señaló que los Desca gozan del carácter de exigibilidad directa, la cual depende de: a) la gravedad y razonabilidad del caso; b) la vinculación del caso con otros derechos fundamentales; y c) la disponibilidad presupuestal, considerándose que este último requerimiento cederá ante la vinculación y amenaza cierta e inminente del derecho a la vida (fundamento 52). En la misma línea, con relación al derecho a la salud, el Tribunal indicó que su exigibilidad tiene relación directa con las posibilidades presupuestarias del país (fundamento 71). Al respecto, este criterio va en la línea de los requisitos para la exigibilidad de los Desca establecidos en la STC 2945-2003-AA/TC; sin embargo, en la actualidad no es compatible con las obligaciones básicas de los Desca, que no se encuentran sujetas a criterios de exigibilidad, dado su carácter irreductible.

El Tribunal señaló que el carácter social y programático del derecho a la salud no impide su exigibilidad directa a través de diversas medidas, no sólo negativas, sino también positivas por parte del Estado, y también de particulares (fundamento 60). En este fundamento, el Tribunal reconoce que la exigibilidad directa de los Desca permite el cumplimiento de las obligaciones negativas y también positivas. Este punto también es importante, porque se habla de la obligación de los particulares con respecto al derecho a la salud mental, pues reconoce la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

En la sentencia, el Tribunal señala que los problemas mentales de salud se pueden dar en dos facetas: aquellas que se refieren específicamente a la discapacidad mental y las que se refieren a las perturbaciones mentales (fundamento 25). Dentro del grupo de las personas que tienen perturbaciones mentales se encuentran las que sufren adicciones, sea alcoholismo, farmacodependencia, trastornos psiquiátricos o violencia familiar.

Al respecto, se observa en este caso que el Tribunal Constitucional promueve parcialmente la protección judicial del derecho a la salud mental de los beneficiarios de la demanda. En efecto, el Tribunal analizó el consentimiento para la hospitalización de los beneficiarios, y analizó si el tratamiento que se les brindaba era adecuado, adaptado

a sus necesidades y estado de salud. Sin embargo, no analizó si el tiempo de hospitalización era el estrictamente necesario. Esto último es relevante en el modelo social de la discapacidad, pues la hospitalización es el último recurso que se adopta, por el mínimo de tiempo que se requiera para brindar el tratamiento adecuado a cada situación. Por ello, el Tribunal debió analizar el tiempo que se requería para la hospitalización de cada peticionante.

Por su parte, en el expediente 05048-2016-PA/TC, doña Odila Yolanda Cayatopa Vda. De Salgado, interpuso demanda de amparo contra Essalud, a favor de su hija J. E. S. C. Solicita que se declare la nulidad de la orden de alta expedida por el Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo – Red Asistencial de Lambayeque; y en consecuencia, se ordene el inmediato traslado al Centro de Rehabilitación Integral para Pacientes Crónicos (CRIPC) Hospital 1 Huariaca – Essalud – Pasco u otro análogo, a fin de que se le dé un tratamiento mental integral. Alega la vulneración del derecho a la salud mental de su hija.

El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la sentencia, porque se ha vulnerado el derecho a la salud mental de la beneficiaria de la demanda, en la medida que la emplazada no actuó con la debida diligencia. Sobre el particular, el Tribunal advierte que hay una variación sin sustento en el diagnóstico de la beneficiaria de la demanda, pues en alguna documentación se indica que se le trata por esquizofrenia hebefrénica; sin embargo, en otros está consignado como esquizofrenia paranoide. Y, de otro lado, también observa que existen dudas razonables acerca del fundamento de la alta médica de la paciente, esto es, si se hizo en función de la mejora del paciente o en función a razones ajenas a la situación del paciente.

Ordenó que una Junta Médica de EsSalud emita un diagnóstico concluyente sobre la salud médica de la beneficiaria de la demanda, así como las alternativas de tratamiento conforme al modelo social de discapacidad. Asimismo, dispuso que un juez adecúe el proceso de interdicción seguido a favor de la beneficiaria en uno de apoyos y salvaguardas.

Adicionalmente, el Tribunal establece cuatro criterios para decidir si resulta necesaria la hospitalización:

> (…) en primer lugar, el diagnóstico médico; en segundo término, la necesidad de que a través de una posible hospitalización se garantice la seguridad e integridad del propio usuario y la de terceros (de acuerdo a la intensidad y recurrencia de muestras de agresividad y violencia); en tercer lugar, las características del entorno familiar, lo que incluirá la valoración del aspecto económico y social; y, finalmente, en cuarto lugar, la expresión de voluntad de la persona con discapacidad mental. Por ende, la situación de discapacidad, la garantía de seguridad del paciente y de terceros, y la situación económica, médica y social de la persona o personas sobre las que recaerá la responsabilidad del apoyo, no serán los únicos criterios para restringir la libertad personal de la persona con discapacidad a través del método intramural (STC 5048-2016-PA/TC: párr. 39).

Al respecto, en este caso se observa que el Tribunal promueve el cumplimiento de las obligaciones básicas, inmediatas y progresivas derivadas de la posición *ius fundamental* “toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental”, pues frente a la duda sobre el real estado de salud de la beneficiaria de la demanda, opta por no hospitalizarla, en concordancia con el modelo social. Además, ordena que se le realice un tratamiento conforme a su diagnóstico real; y promueve su autonomía con la disposición de que se adecúe el proceso de interdicción en uno de apoyos y salvaguardas.

En la STC 01772-2019-PHC/TC, doña Susana Guadalupe Montero Contreras interpone demanda de habeas corpus a favor de don Hans Richard's Torres Cabrera, y la dirige contra Ricardo Torres López, Amparo Cabrera Silva, Evelyn Torres Cabrera, Fernando Torres Cabrera, Félix Ricardo Sánchez Navarro y Cynthia Pando. Solicita que se ordene la libertad inmediata del beneficiario de la demanda, quien es su conviviente y se encuentra internado en una casa de reposo.

El Tribunal Constitucional declara infundada la demanda porque advierte que la decisión de internamiento del favorecido del proceso resulta razonable en razón de las especiales condiciones de deterioro de su salud mental. El Tribunal advierte que el beneficiario de la demanda tiene retardo mental leve, convulsiona, ha tenido episodios de comportamiento agresivo y requiere tratamiento médico y farmacológico.

Finalmente, recomienda que los padres del favorecido, quienes decidieron su internamiento, soliciten al juez competente que designe ayudas y salvaguardas a fin de determinar quién será el encargado de brindarle apoyo al beneficiario.

Sobre el particular, la sentencia no habría garantizado efectivamente la protección judicial del derecho a la salud mental del beneficiario de la demanda, puesto que a través del proceso no verificó las condiciones mínimas del tratamiento médico que se le viene brindando en la casa de reposo. El Tribunal, antes de concluir que resulta razonable el internamiento del beneficiario de la demanda, debió analizar si se encontraba adaptado a su estado de salud, si el tratamiento que se le brindaba promovía su autonomía, o si el tiempo de hospitalización era el estrictamente necesario. Con todo ello, se advierte que no se habría garantizado efectivamente el derecho a la salud en su interrelación con el derecho a la libertad personal de don Hans Richard's Torres Cabrera.

2.2.2. Caso vinculado con recursos judiciales efectivos e igualdad y no discriminación frente a medidas de hospitalización en centros de salud públicos (STC 01956-2004-AA/TC[188], STC 02480-2008-PA/TC[189])

En el expediente 01956-2004-PA/TC, la recurrente, Martha Combe Rivera, interpone demanda de amparo contra EsSalud, a fin de que se deje de pretender deshospitalizar a su hija, Martha Combe Rivera, sin haberse logrado los propósitos de atención médica y rehabilitación.

El Tribunal declaró fundada la demanda y ordenó al Hospital Hermilio Valdizán que continúe con la hospitalización de la beneficiaria mientras no se defina con claridad y precisión su estado de salud.

En este caso, el Tribunal consideró que no había suficientes documentos que demuestren cuál era el estado de salud mental de la beneficiaria de la demanda, quien padecía de esquizofrenia paranoide, y que sean concluyentes para dar de alta a la paciente, debido a lo escueto y contradictorio de su contenido. En tal sentido, frente a las dudas existentes acerca del estado real de salud de la beneficiaria de la demanda, así como dada la importancia de los derechos que reclama (salud) y la necesidad de su tutela inmediata, el Tribunal privilegió la hospitalización.

Al respecto, se observa que el Tribunal no habría cumplido con la obligación básica de garantizar el derecho de acceder a servicios de salud mental sobre una base no

[188] Publicado en la web del Tribunal Constitucional, el 4 de agosto de 2005. No se tiene referencia de la fecha de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.
[189] Publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 23 de abril de 2009.

discriminatoria, pues se determinó el tratamiento de salud con hospitalización de beneficiario de la demanda, únicamente por su discapacidad psicosocial (esquizofrenia paranoide), sin dar valor real a su estado de salud mental. Y es que, en el modelo social, el Tribunal, ante la existencia de dudas sobre el estado real de salud del beneficiario de la demanda, debió adoptar medidas que prioricen la autonomía de la persona, hasta que se determine la necesidad de la hospitalización.

De otro lado, se advierte que el Tribunal no habría cumplido con la obligación inmediata de protección judicial efectiva del derecho a la salud de la favorecida de la demanda, pues su decisión no se encuentra conforme al modelo social de la discapacidad, ya que, frente a las dudas sobre el real estado de salud mental de la beneficiaria, no priorizó su autonomía, sino, por el contrario, optó por el encierro en una institución. Esto se debe a que el Tribunal, antes de resolver el caso, debió determinar el estado real de discapacidad psicosocial del beneficiario de la demanda, y con ello analizar si era necesaria la hospitalización.

En el expediente 02480-2008-PA/TC, doña Matilde Villafuerte Vda. de Medina, interpone demanda de amparo a favor de su hijo don Ramón Medina Villafuerte, contra EsSalud. Solicita que se deje sin efecto el Informe Médico Psiquiátrico de Alta, de fecha 25 de octubre de 2006, emitido por el Centro de Rehabilitación Integral para Pacientes Crónicos del Hospital 1-Huarica-Pasco, y que, en consecuencia, se ordene la hospitalización permanente e indefinida de su hijo, así como la atención médica y la provisión de medicamentos necesarios para el tratamiento de la enfermedad mental de este último (esquizofrenia paranoide).

El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y ordenó el internamiento permanente e indefinido del beneficiario de la demanda en el Centro de Rehabilitación Integral para Pacientes Crónicos del Hospital 1 Huarica-Pasco, tras considerar que el informe que le daba de alta al beneficiario no había considerado las condiciones que rodeaban al favorecido, como el que la madre del beneficiario tenía más de 70 años y padecía de enfermedades que le disminuían sus funciones intelectuales y físicas, lo que le impedía atender y ayudar plenamente al beneficiario, y que el hijo padecía una enfermedad crónica y degenerativa que requería asistencia e internamiento prolongado.

Al respecto, se observa que el Tribunal no habría cumplido con la obligación básica de garantizar el derecho de acceder a servicios de salud mental sobre una base no discriminatoria, pues se determinó el tratamiento de salud con hospitalización de beneficiario de la demanda, únicamente por la condición económica y la situación de vulnerabilidad de la familia de la que proviene, sin dar valor real a su estado de salud mental. Esto se evidencia cuando el Tribunal, advierte que hay un informe que recomendaba el alta del beneficiario; sin embargo, le dio mayor valor a la situación de vulnerabilidad y pobreza del familiar del beneficiario, para concluir que debía continuar internado.

De otro lado, se advierte que el Tribunal no habría cumplido con la obligación inmediata de protección judicial efectiva del derecho a la salud del favorecido de la demanda, pues su decisión no se encuentra conforme al modelo social de la discapacidad, ya que, el Tribunal opta por tener en consideración la situación de la madre del beneficiario, mas no la voluntad de este último. Sobre el particular, Constantino indica que el Tribunal Constitucional resolvió el problema de vivienda o apoyos para la vida independiente, a través de una innecesaria privación de la libertad del beneficiario de la demanda (Constantino 2021: 157).

En este proceso, al igual que en el anterior caso, el Tribunal debió aplicar el modelo social de discapacidad, y consecuentemente disponer que se transfiera al beneficiario de la demanda, por el tiempo estrictamente necesario, a un establecimiento con las características del actualmente denominado hogar protegido[190], orientado a pacientes en condiciones de estabilidad clínica, que requieren cuidados mínimos y no cuentan con soporte familiar suficiente y donde se les brinda servicios médicos de apoyo, implementados en viviendas con características propias de la comunidad en las que se convive de modo familiar.

2.2.3. Caso vinculado con recursos judiciales efectivos, igualdad y no discriminación y adopción de medidas legislativas frente a medidas de hospitalización en centros de salud públicos (STC 03081-2007-PA[191])

En este caso, Rosa Jesús Salas Abad Vda. de Rivera interpuso demanda de amparo contra EsSalud, solicitando que se deje sin efecto la orden de alta de su hija G. R. S. (de 46 años), que padecía de esquizofrenia paranoide.

El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, dejó sin efecto la orden de alta referida, y ordenó que EsSalud otorgue atención médica y hospitalización permanente e indefinida a la hija de la recurrente en el centro hospitalario donde se encontraba. Consideró que la madre se encontraba imposibilitada de hacerse cargo de la paciente debido a su edad avanzada, escasos recursos económicos y salud delicada. Asimismo, valoró que, pese a que la beneficiaria de la demanda había obtenido una mejora casi total en el área psicopatológica y significativa en el desempeño laboral y socialización, correspondía su internamiento indefinido, debido a que había mostrado antes conductas agresivas contra la madre, y esta no se encontraba en condiciones de cuidar de la beneficiaria, porque era anciana, vivía sola, y carecía de servicios básicos de agua y luz.

Teniendo en cuenta las obligaciones desarrolladas en el capítulo primero de esta investigación, se observa que la resolución de este caso no cumpliría con la obligación básica de garantizar el acceso a los servicios de salud mental sobre una base no discriminatoria, pues la beneficiaria de la demanda continuará internada de manera indefinida en el centro hospitalario, debido a que tiene un familiar en condición precaria que no la puede cuidar. En este sentido, la beneficiaria no podrá acceder a un servicio de salud mental que promueva su autonomía y el ejercicio de otros derechos fundamentales, pese a mostrar una mejora significativa en su salud mental, únicamente porque proviene de una familia de escasos recursos económicos que no la puede cuidar.

Asimismo, el Tribunal no consideró la autonomía de la beneficiaria de la demanda, pues solo se basó en el criterio de las condiciones familiares para decidir que correspondía su internamiento indefinido; lo que contraviene el modelo social de la discapacidad.

---

[190] Decreto Supremo 007-2020-SA
"Artículo 23. Servicios médicos de apoyo
[…]
23.1. Hogares y Residencias Protegidas: son servicios médicos de apoyo que se implementan en viviendas con características propias de la comunidad en las que se convive de modo familiar, que brindan servicios residenciales transitorios alternativos a la familia, para personas con discapacidad intelectual y/o psicosocial en proceso de rehabilitación e inserción social, y que no cuentan con soporte familiar suficiente.
23.1.1. Los hogares protegidos se orientan a pacientes en condiciones de estabilidad clínica, que requieren cuidados mínimos y no cuentan con soporte familiar suficiente".

[191] Publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 22 de febrero de 2008.

Por tanto, al no resolver el caso teniendo como base al modelo social de discapacidad, la decisión de disponer el internamiento indefinido de la beneficiaria de la demanda en un establecimiento de salud público, no cumple con la obligación de brindar una protección judicial efectiva del derecho a la salud mental.

Cabe referir que, en este caso, el Tribunal debió aplicar el modelo social de discapacidad, considerando a la autonomía de la beneficiaria de la demanda, y consecuentemente disponer que se le transfiera, por el tiempo estrictamente necesario, a un establecimiento con las características del actualmente denominado hogar protegido[192], orientado a pacientes en condiciones de estabilidad clínica, que requieren cuidados mínimos y no cuentan con soporte familiar suficiente y donde se les brinda servicios médicos de apoyo, implementados en viviendas con características propias de la comunidad en las que se convive de modo familiar.

Asimismo, en este caso, el Tribunal puso en evidencia la necesidad de contar con una ley de salud mental (fundamento 40), requerimiento que se encuentra conforme con la obligación inmediata de adecuar el ordenamiento interno conforme al Pidesc, mediante la regulación del acceso a los servicios de salud mental.

Aunado a ello, se observa que el Tribunal requirió la vinculación del derecho a la salud con otros derechos para su exigibilidad, lo que contraviene el carácter autónomo de los derechos fundamentales. Efectivamente, la autonomía de los derechos implica que cada derecho sea fundamental por sí mismo; y esta calidad alude a su relación inmediata con la dignidad (Nogueira 2003: 81-82). La Corte Constitucional de Colombia ha señalado que los criterios que ponen en evidencia el carácter fundamental de los derechos son los siguientes: a) que tenga fuente propia en principios constitucionales; b) que tenga eficacia directa; y c) que tenga un contenido esencial propio[193] (cfr. STC T-406/92, párr.

---

[192] Decreto Supremo 007-2020-SA
"Artículo 23. Servicios médicos de apoyo
[…]
23.1. Hogares y Residencias Protegidas: son servicios médicos de apoyo que se implementan en viviendas con características propias de la comunidad en las que se convive de modo familiar, que brindan servicios residenciales transitorios alternativos a la familia, para personas con discapacidad intelectual y/o psicosocial en proceso de rehabilitación e inserción social, y que no cuentan con soporte familiar suficiente.
23.1.1. Los hogares protegidos se orientan a pacientes en condiciones de estabilidad clínica, que requieren cuidados mínimos y no cuentan con soporte familiar suficiente".

[193] En la STC T-406/92, la Corte Constitucional de Colombia expuso algunos criterios para identificar la fundamentalidad de los derechos:
"15. Esta Corte considera que para que un derecho tenga la calidad de fundamental debe reunir unos requisitos esenciales. De otro lado para la identificación de un derecho de tal naturaleza existen unos criterios que ponen en evidencia los requisitos señalados (…)
1). Conexión directa con los principios
[…] los principios constitucionales son la base axiológico-jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo. […] Los derechos fundamentales son, como todas las normas constitucionales, emanación de los valores y principios constitucionales, pero su vinculación con estos es más directa, más inmediata, se aprecia con mayor evidencia. Todo derecho fundamental debe ser emanación directa de un principio.
2). Eficacia directa
Para que un derecho constitucional pueda ser considerado como fundamental, debe además ser el resultado de una aplicación directa del texto constitucional, sin que sea necesario una intermediación normativa; debe haber una delimitación precisa de los deberes positivos o negativos a partir del sólo texto constitucional.
[…]
3). El contenido esencial
Existe un ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma o de las formas en las que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho

15). En esa línea, la protección de los Desca, al tener la cualidad de fundamentales, tiene su fuente directa en principios constitucionales como la dignidad y su eficacia es directa derivada de su reconocimiento constitucional, razón por la cual no requiere de otros derechos, como la vida, o de otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, para su exigibilidad.

2.2.4. Caso vinculado con recursos judiciales efectivos frente a medidas de hospitalización en centros de salud privados (STC 02313-2009-HC/TC[194], STC 01004-2021-PHC/TC[195])

En el expediente 02313-2009-PHC/TC, don José Orlando Bustamante Candiotti interpuso demanda de hábeas corpus a favor de su hermana Luz Bustamante Candiotti, contra la directora de la Casa de Reposo y Cuidados Especiales Divina Salud, con el objeto de que la demandada deje de retener arbitrariamente a su hermana y se la entregue.

El Tribunal declaró fundada la demanda, y en consecuencia, ordenó que se deje sin efecto el internamiento de la beneficiaria, previa conformación de consejo de familia, por cuanto observó que la beneficiaria de la demanda había sido internada sin que se cumpliera con lo establecido en el artículo 578 del Código Civil, que requiere de autorización judicial. Asimismo, dada la conducta del curador, de haber autorizado el internamiento de la beneficiada, sin acreditar amenaza ni determinar plazo alguno, dispuso que se realice el trámite correspondiente para que se conformara un consejo de familia, a fin de que se vele por los intereses de la beneficiaria.

En esta sentencia, se observa que el Tribunal Constitucional garantizó parcialmente la obligación de protección judicial efectiva del derecho a la salud mental de la beneficiaria de la demanda, al ordenar que se deje sin efecto la hospitalización, lo cual es relevante en el marco del modelo social de la discapacidad. No obstante, dicha garantía es parcial, dado que no analizó el consentimiento de la beneficiaria para el internamiento con hospitalización, pues únicamente hace referencia a la autorización judicial y a la conformación de un consejo de familia para convalidar la decisión de una futura hospitalización.

En este caso, el Tribunal debió resolver el caso teniendo en cuenta la necesidad real de la hospitalización de la beneficiaria de la demanda, pues en el modelo social de la discapacidad, dicho internamiento es la última opción. Para ello, debió considerar la manifestación de la voluntad de la beneficiaria, su diagnóstico, la existencia de medidas alternativas, entre otros criterios que determinan el tipo de tratamiento al que debía someterse.

De otro lado, en el expediente 01004-2021-PHC/TC, doña María Rocío Cano Guerinoni interpone demanda a favor de Álvaro Martín Linares Cano, quien tiene síndrome de Ásperger, y la dirige contra la Clínica Pinel SRL. Solicita que se declare la invalidez del internamiento involuntario del favorecido y que se ordene a la demandada la entrega del historial médico del favorecido.

fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas […]".

[194] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 24 de diciembre de 2009.

[195] Publicada en la web del Tribunal Constitucional, el 25 de octubre de 2021. No se tiene referencia de la fecha de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

La sentencia declara fundada la demanda porque se había vulnerado el derecho a la libertad personal del beneficiario. El Tribunal sustenta su decisión en que el beneficiario no había dado su consentimiento informado para internarse en la clínica demandada; tampoco había alguna sentencia de interdicción que nombrase algún curador para que tome la decisión de internarlo; y no se advierte que se haya analizado alternativas al tratamiento intramural para el beneficiario. Sobre el particular, el Tribunal considera que, en el modelo de atención comunitaria y en concordancia con el artículo 42 del Código Civil, resulta fundamental el concepto de consentimiento informado que debe brindar la propia persona en el contexto de los tratamientos médicos.

Asimismo, en esta sentencia se precisa uno de los criterios establecidos en la STC 5048-2016-PA/TC para determinar si es necesaria la hospitalización de la persona con discapacidad. El Tribunal indica que el criterio de la condición económica de la familia del favorecido no es determinante para determinar su hospitalización, pues si lo fuera, todas las personas con discapacidad de familias sin recursos económicos serían internadas.

En esta sentencia, se observa que el Tribunal Constitucional resuelve el caso garantizando la protección judicial efectiva del derecho a la salud mental del beneficiario de la demanda, puesto que aseguró su tratamiento médico mental con enfoque en el modelo social de discapacidad. Esta es una característica mínima, conforme a las obligaciones del Estado peruano derivadas de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que debe contar el servicio de salud para que sea garantizado efectivamente.

2.2.5. Caso vinculado con servicios sin discriminación, recursos judiciales efectivos, elaboración de planes, y medidas que garanticen progresivamente el acceso a bienes y servicios de salud mental de personas internadas en establecimientos penitenciarios (STC 03426-2008-PHC/TC[196], STC 04007-2015-PHC/TC)

En el expediente 03426-2008-PHC/TC, el demandante interpuso demanda de hábeas corpus a favor de Pedro Gonzalo Marroquín Soto, con la finalidad de que se interne al favorecido en un centro hospitalario de salud mental y reciba tratamiento médico especializado, en cumplimiento de lo dispuesto en una resolución judicial. Alega la vulneración de su derecho a la integridad personal.

El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda. Señaló en esa sentencia que el derecho a la salud mental es parte integrante del derecho a la salud, el único titular del derecho a la salud es la persona humana y el derecho a la salud mental tiene como contenido el derecho a disfrutar del mayor nivel posible de salud mental que permita al individuo vivir dignamente (Tribunal Constitucional 3426-2008-HC: 8).

Adicionalmente, el Tribunal declaró el estado de cosas inconstitucional respecto de las personas que adolecían de enfermedad mental, sujetas a medidas de internación, por la violación masiva y/o generalizada de uno o varios derechos fundamentales (derecho a la salud, integridad personal, etc.), dado que habían escasos planes, programas y servicios de salud mental dirigidos a personas sujetas a medidas de seguridad de internación, y peor aún, las que habían no estaban debidamente articuladas; razón por la cual ordenó que todos los poderes públicos adopten medidas en conjunto.

Sobre el particular, se advierte que el Tribunal delimita la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental", promoviendo la garantía

[196] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 3 de noviembre de 2010.

de las obligaciones básicas, inmediatas y progresivas, en la medida que dispone medidas que garanticen las características mínimas del servicio de salud mental de todos los internos en centros penitenciarios, ordena elaborar planes y programas, y adecuar el ordenamiento jurídico conforme a lo dispuesto por el Pidesc.

Adicionalmente, cabe advertir que en dicha sentencia el Tribunal Constitucional incurrió en una imprecisión al señalar que el derecho a la salud era un derecho social porque su efectividad requería de acciones prestacionales. Y es que dicha referencia se aparta de la característica de todo Desca, la cual consiste en generar obligaciones positivas (prestacionales) y negativas a la vez, y que su efectividad es en ambas obligaciones.

En el expediente 04007-2015-PHC/TC, doña Melchora Castañeda Tuesta de Flores interpone demanda de hábeas corpus a favor de M.H.F.C. contra el Instituto Nacional Penitenciario (INPE), a fin de que se disponga el traslado del beneficiario del Establecimiento Penitenciario de Lurigancho al Departamento de Psiquiatría del Hospital de la Policía Nacional del Perú.

El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda por haberse afectado el derecho a la salud del favorecido. El tribunal consideró que al beneficiario no se le siguió un tratamiento médico psiquiátrico mínimo y no hubo una efectiva disponibilidad ni accesibilidad del servicio de salud mental en el INPE, durante los 10 años que estuvo recluido.

Asimismo, el tribunal advirtió que la falta de disponibilidad de psiquiatras para los internos de establecimientos penitenciarios (hay un profesional psiquiatra para 289 internos en la Oficina Regional Lima), no cumplían las condiciones mínimas de dignidad, ni las condiciones mínimas de atención al cuidado de su salud mental.

Finalmente, tras advertir que la situación del favorecido es representativa de todo un grupo de personas, también internadas y con problemas de salud mental sin diagnóstico o tratamiento, el tribunal declaró el estado de cosas inconstitucional respecto de la situación de la salud mental de las personas que se encuentran internadas en los establecimientos penitenciarios. En este sentido ordenó al INPE, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Economía y Finanzas y el Poder Legislativo, que elaboren y ejecuten un sistema penitenciario de salud mental.

Sobre el particular, se advierte que el Tribunal delimita la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental", promoviendo la garantía de las obligaciones básicas, inmediatas y progresivas, en la medida que determina que el beneficiario de la demanda no recibió un tratamiento médico mental, ni se garantizaron las características del servicio de salud mental. Asimismo, como medida estructural, dispone la adopción de acciones para garantizar las características mínimas del servicio de salud mental de todos los que se encuentren en similar situación que el beneficiario.

2.2.6. Caso vinculado con recursos judiciales efectivos frente a medidas de aislamiento en el domicilio (STC 00194-2014-PHC/TC[197])

Don José Antonio Guillén Tejada interpuso demanda de hábeas corpus a favor de su hijo, Juan José Guillén Domínguez, contra doña Carolina Domínguez Ávila, madre del beneficiario. El recurrente solicita que se retiren las dos rejas metálicas que la

[197] Publicado en la web del Tribunal Constitucional, el 8 de julio de 2019. En la Web no aparece la fecha de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

demandada colocó y el tapiado de la ventana de la habitación de su hijo, pues se viene vulnerando los derechos a la integridad personal, libertad de tránsito y a no ser sometido a trato humillante. El demandante señala que las dos rejas, una ubicada en el patio y otra en el acceso a otra habitación, mantienen prácticamente preso al beneficiario, quien tiene síndrome orgánico cerebral crónico psicótico y retardo mental profundo.

En este caso, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, por considerar que se violó el derecho a la libertad personal del beneficiario, por cuanto la justificación de la demandada, de adoptar las medidas cuestionadas por cuestiones de "seguridad", a fin de proteger al interdicto (beneficiario), no se encontraba conforme al modelo social de protección de las personas con discapacidad.

El Tribunal resuelve la controversia teniendo en cuenta la información recabada en una visita *in loco* que realizó en el lugar en el que se encontraba el beneficiario.

En esta sentencia, se observa que el Tribunal Constitucional no habría garantizado totalmente y de manera efectiva la protección judicial del derecho a la salud mental del beneficiario de la demanda, puesto que, si bien ordena el retiro de los elementos que reducían la circulación con libertad del beneficiario a su cuarto; no analizó su consentimiento, y tampoco se recomendaron o determinaron medidas que promuevan su autonomía dentro y fuera de su casa. En esta línea, Constantino afirma que, si bien el Tribunal Constitucional dedica varios párrafos a explicar la importancia de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, no analiza el consentimiento del favorecido de la demanda (Constantino 2021: 164).

En este caso, en concordancia con el modelo social, se debió analizar en primer término, el consentimiento del beneficiario de la demanda, y dictaminarse medidas que promuevan su autonomía, teniendo en cuenta su diagnóstico, puesto que el solo retiro del tapiado de su cuarto no sería suficiente. Con ello, se garantizaría una protección judicial efectiva del beneficiario de la demanda.

2.2.7. Caso sobre acceso a servicios de salud mental sobre una base no discriminatoria y protección judicial efectiva de persona que solicita reubicación de puesto de trabajo por tratamiento mental (STC 02599-2014-PA/TC[198])

En este caso, el demandante solicita que se ordene a EsSalud que disponga su desplazamiento definitivo en un puesto de trabajo de la Red Asistencial Puno a la Red Asistencial Almenara de Lima u otra red asistencial de EsSalud de la ciudad de Lima, con la finalidad de continuar con su tratamiento psiquiátrico (se le había diagnosticado episodio depresivo grave con síntomas sicóticos) que se le realizaba en Lima. Entre los derechos que alega vulnerados están la salud, vida, integridad psíquica, física y seguridad social.

El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda por considerar que existía una relación de causalidad entre el lugar de residencia del actor y el restablecimiento de su salud, ya que el psiquiatra que lo trataba había recomendado el traslado del actor a Lima a fin de que se le atienda inmediatamente y evitar su traslado continuo desde Puno hasta Lima, máxime si su familia radicaba en Lima. Asimismo, el Tribunal advirtió que habían transcurrido 17 años desde que el actor venía solicitando a la demandada su desplazamiento a Lima por motivos de salud. Y, el Tribunal también consideró el actuar reincidente de la entidad emplazada en perjuicio del demandante, ya que anteriormente

[198] Publicado en la web del Tribunal Constitucional, el 6 de setiembre de 2019. No se tiene referencia de la fecha de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

el traslado del actor a Lima había sido ordenado en un proceso de amparo, y un proceso de represión de actos lesivos homogéneos, en los cuales se ordenó el traslado del actor a Lima.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ordenó, por la vulneración del derecho a la salud del actor, el traslado definitivo permanente del actor a la Red Asistencial Almenara de Lima u otra red de EsSalud en Lima, y, por la conducta reiterada y arbitraria de EsSalud, la remisión de los actuados al Ministerio Público en virtud del artículo 8 del Código Procesal Constitucional.

Al respecto, la sentencia habría garantizado el acceso a servicios de salud mental sobre una base no discriminatoria y la protección judicial efectiva del derecho a la salud mental del beneficiario de la demanda. Efectivamente, el traslado del centro laboral al lugar en el que el actor recibe su tratamiento médico, permite que se someta a una terapia médica constante, garantizando su derecho a la salud mental sin diferencia con respecto a las personas que reciben tratamiento médico en el lugar donde residen. Ello coadyuva a que el actor desarrolle libremente su proyecto de vida, sin interferencias arbitrarias, puesto que podrá organizarse sin hacer cortes que involucren su traslado de una ciudad a otra únicamente por su tratamiento mental. Y, en la medida que se garantiza el derecho a la salud mental del demandante, se tutela su protección judicial efectiva.

2.2.8. Caso Ley de Salud Mental, vinculado con la promoción de las obligaciones básicas, inmediatas y progresivas derivadas de la posición *ius fundamental* “toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental” (STC 0009-2020-PI/TC)

En este caso, el Colegio de Psicólogos del Perú interpone demanda contra el Congreso de la República, solicitando la inconstitucionalidad de los artículos 7, 9, 15, 17, 24, 25 y 26 de la Ley 30947, Ley de Salud Mental, por considerar que la ley no contempla el diagnóstico y tratamiento; establece disposiciones que hacen prevalecer el uso de medicamentos y por tanto limita la participación de psicólogos en la atención de salud mental; desnaturaliza las competencias de los psicólogos, por determinar que la evaluación en salud mental se realiza como un acto médico, a cargo de los psiquiatras.

El Tribunal, con el voto de la mayoría de los magistrados, declaró infundada la demanda. De los votos se advierte que, en líneas generales se considera que la ley impugnada sí incluye el diagnóstico y tratamiento a través de principios o mandatos de optimización que hacen referencia a la garantía del más alto nivel posible de salud mental. Asimismo, estiman que la ley y su reglamento hacen referencia a un enfoque multidisciplinario de la atención, por lo que no excluyen el tratamiento psicoterapéutico ni la participación de los psicólogos en la atención. El alto colegiado también concluye, de una lectura integral de la ley, que la atención en salud mental no solo lo realiza el médico psiquiatra.

Sobre el particular, se observa que el Tribunal Constitucional opta por aplicar el principio de presunción de constitucionalidad de las normas, dado que, en vez de declarar la inconstitucionalidad de la norma objeto de cuestionamiento, determina que, tras una lectura integral de la disposición constitucional, la norma y reglamento – haciendo uso de una interpretación sistemática –, la norma no excluye servicios como el diagnóstico, ni la atención psicológica.

De ello, se advierte que el Tribunal delimita la posición *ius fundamental* “toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental”, promoviendo la garantía de las obligaciones básicas, inmediatas y progresivas, en la medida que refiere que la atención en salud mental es multidisciplinaria, incluyendo la atención psicológica, así como todos

los elementos mínimos del servicio de salud mental, tales como el diagnóstico y el tratamiento.

En suma, se observa que el Tribunal Constitucional peruano ha avanzado en la protección de las personas con discapacidad psicosocial; desarrollando el contenido del derecho a la salud mental, aunque también ha tenido limitaciones. En efecto, se advierte que, en los últimos tiempos, el Tribunal ha resuelto casos aplicando el modelo social de la discapacidad, ante dudas sobre el real estado de salud mental de la persona a favor de quien se interpuso la demanda (STC 5048-2016-PA/TC). Otro avance se observa cuando el Tribunal ha declarado el estado de cosas inconstitucional en la atención de salud mental en los establecimientos penitenciarios, ordenando que diversos sectores del Estado adopten medidas para garantizar la atención efectiva de la salud mental en las cárceles a nivel nacional (STC 3426-2008-HC/TC, STC 4007-2015-HC/TC). Asimismo, ha ido desarrollando el contenido del derecho a la salud mental, a través de la identificación de criterios para determinar la hospitalización (STC 1004-2021-HC/TC, STC 5048-2016-PA/TC, STC 2480-2008-PA/TC, STC 1772-2019-HC/TC, STC 3081-2007-PA/TC, STC 5842-2006-PA/TC, STC 2313-2009-HC/TC). Y, como parte de la configuración de este derecho, también ha indicado que la atención en salud mental es multidisciplinaria, incluyendo la atención psicológica, así como todos los elementos mínimos del servicio de salud mental, tales como el diagnóstico y el tratamiento (STC 0009-2020-PI/TC).

Sin embargo, se observan limitaciones en la jurisprudencia, pues en algunas oportunidades el Tribunal Constitucional ha ordenado la adopción de medidas, como el sistema de apoyos y salvaguardas, que en estricto no evitan la privación de la libertad personal del individuo con discapacidad psicosocial (STC 0194-2014-HC/TC). En este caso, el Tribunal ordenó el retiro de los elementos que reducían la circulación con libertad del beneficiario a su cuarto, sin analizar su consentimiento, y sin recomendar medidas que promuevan su autonomía dentro y fuera de su casa. De igual modo, en otro caso, ante una solicitud de libertad inmediata de una casa de reposo, el Tribunal concluyó que la hospitalización era razonable, sin examinar si se encontraba adaptada al real estado de salud del beneficiario de la demanda, o si el tiempo de hospitalización era el estrictamente necesario (STC 1772-2019-PHC/TC). En los casos de hospitalización, como se indicó anteriormente, el Tribunal debe disponerla como última alternativa y por el menor tiempo posible. También deben tener en cuenta otras alternativas de hospitalización como los hogares y las residencias protegidas.

Ahora bien, del desarrollo jurisprudencial realizado por el Tribunal Constitucional peruano, sobre el derecho a la salud mental, es posible inferir algunos criterios que resultarán útiles para la resolución de situaciones en las que no se garanticen las obligaciones derivadas de la posición *ius fundamental* “toda persona tiene derecho de acceder a los servicios de salud mental”, en su manifestación como normas reglas o normas principios.

Así, en la STC 0009-2020-PI/TC, se indica que la atención en salud mental, que garantiza el derecho a la salud mental, es multidisciplinaria, incluyendo la atención psicológica y psiquiátrica, así como todos los elementos mínimos del servicio de salud mental, tales como el diagnóstico y el tratamiento. De dicha sentencia, se infiere que los servicios de salud mental, que se garantizan a través de las obligaciones básicas, inmediatas y progresivas, comprenden una asistencia multidisciplinaria, con psicólogos y psiquiatras, así como los servicios de diagnóstico y el respectivo tratamiento. En esa línea, la obligación básica de velar por una distribución equitativa de todas las

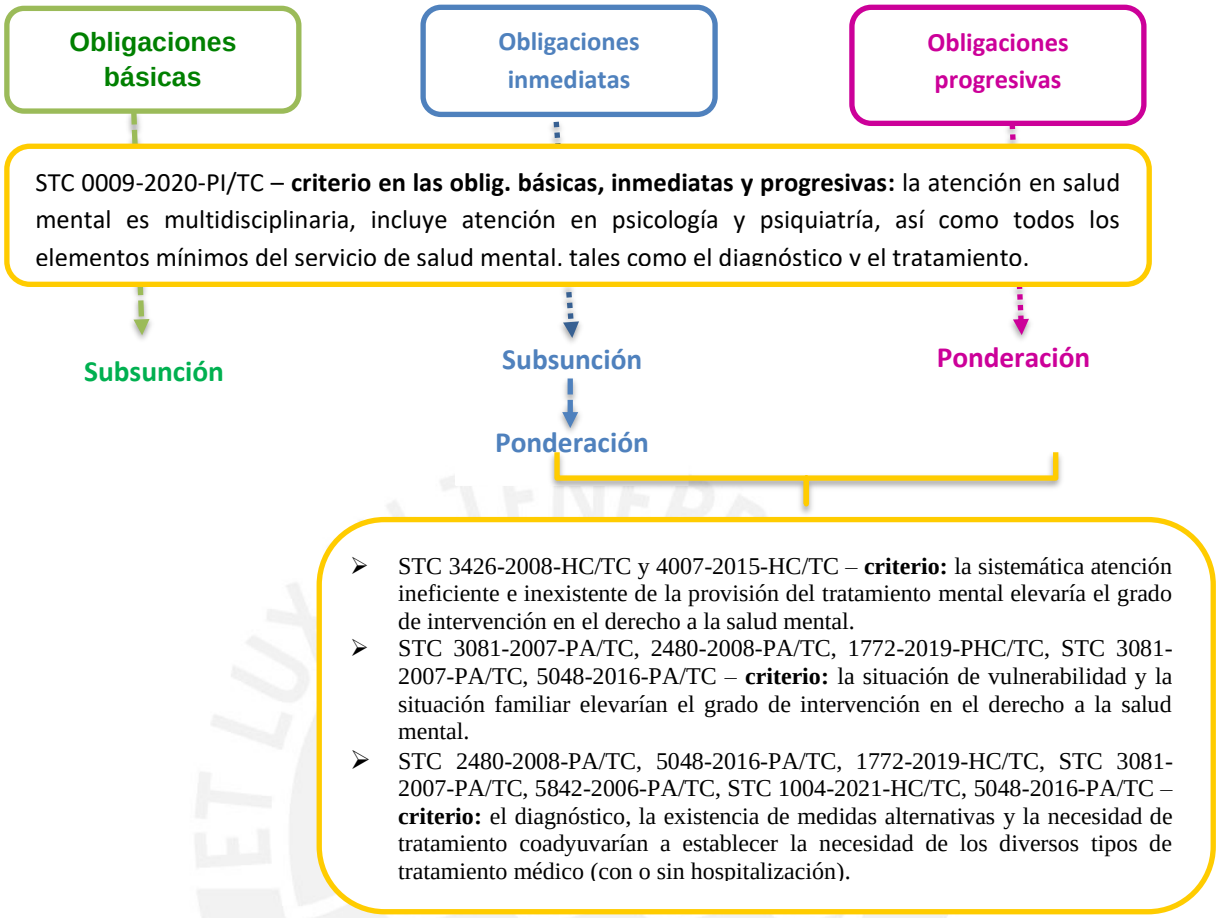
instalaciones, bienes y servicios de salud mental, implicaría la distribución equitativa de los servicios de psicólogos y psiquiatras, así como el diagnóstico y el correspondiente tratamiento mental. Por su parte, la obligación inmediata de adoptar medidas legislativas para lograr la plena efectividad del derecho a la salud mental, involucraría que se adopten normas que regulen la asistencia multidisciplinaria, con la provisión de diagnóstico y el respectivo tratamiento médico en salud mental. Y, la obligación de cumplimiento progresivo incluiría la provisión gradual de un número suficiente de psicólogos y psiquiatras, que brinden servicios de diagnóstico y el respectivo tratamiento médico, a fin de garantizar plenamente el acceso al servicio de salud mental.

De otro lado, en las STC 3426-2008-HC/TC y 4007-2015-HC/TC, el Tribunal Constitucional estableció el estado de cosas inconstitucional en la atención de la salud mental en establecimientos penitenciarios, tras advertir una ineficiente e inexistente provisión de tratamiento mental en las cárceles a nivel nacional. De estas sentencias se infiere que la atención ineficiente e inexistente de la provisión del tratamiento mental, de manera sistemática –que afectaría a un gran número de personas a nivel nacional–, tendría un valor de grado elevado, al punto que el Tribunal Constitucional declararía el estado de cosas inconstitucional ante dicha omisión. Por consiguiente, cuando se realice el respectivo test de proporcionalidad ante el incumplimiento de las obligaciones inmediatas o progresivas, la atención ineficiente e inexistente de la provisión del tratamiento mental, de manera sistemática, sería un criterio que elevaría el grado de intervención en el derecho a la salud mental.

Por otra parte, en las STC 1004-2021-HC/TC, STC 5048-2016-PA/TC, STC 2480-2008-PA/TC, STC 1772-2019-HC/TC, STC 3081-2007-PA/TC, STC 5842-2006-PA/TC y STC 2313-2009-HC/TC, el Tribunal Constitucional ha identificado criterios para determinar si corresponde la hospitalización, los cuales son: a) la presencia o ausencia de medidas alternativas; b) el diagnóstico; c) la seguridad propia y de terceros, relacionada con la situación de vulnerabilidad de quien brinda el cuidado, la agresividad del beneficiario de la demanda y la dificultad de reinserción; d) la situación familiar, relacionada con factores como los escasos recursos económicos, etc.; e) la voluntad; y f) necesidad de tratamiento. De dichas sentencias se infiere que hay criterios que deben ser analizados para determinar el tratamiento en salud mental con hospitalización que corresponde.

De tales elementos, el diagnóstico, la existencia de medidas alternativas, la necesidad de tratamiento, así como la situación de vulnerabilidad y la situación familiar coadyuvarían, en la aplicación del test de proporcionalidad, a establecer la necesidad de los diversos tipos de tratamiento médico (con o sin hospitalización), o también elevarían el nivel de intervención en el derecho a la salud mental de la persona que requiera el servicio de salud mental. Y es que el diagnóstico, la existencia de medidas alternativas y la necesidad de tratamiento contribuirían a determinar la necesidad del tratamiento médico que se requiere en el caso concreto. Asimismo, la situación de vulnerabilidad y la situación familiar (que involucra situaciones como la escasez de recursos) elevarían el grado de intervención en el derecho a la salud mental de la persona, en la medida que evidencian el grado de vulnerabilidad en el que se encuentran las personas que requieren de tratamientos en salud mental. Consecuentemente, cuando se realice el respectivo test de proporcionalidad ante el incumplimiento de las obligaciones inmediatas o progresivas, el diagnóstico, la existencia de medidas alternativas, la necesidad de tratamiento, así como la situación de vulnerabilidad y la situación familiar serían elementos que coadyuvarían a determinar la necesidad del tratamiento en salud mental o elevarían el nivel de intervención en el derecho a la salud mental.

Los criterios adoptados sobre salud mental en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, que resultarían útiles en la resolución de las situaciones de incumplimiento de las obligaciones básicas, inmediatas y progresivas derivadas del "derecho de acceso a servicios de salud mental" se sintetizaría de la siguiente manera:



Los criterios identificados en la jurisprudencia nacional se suman a los previstos en la práctica de otros tribunales para hacer una propuesta sistemática de razones a partir de las que los órganos jurisdiccionales deben intervenir para corregir situaciones de incumplimiento de las obligaciones derivadas del "derecho de acceso a servicios de salud mental". Precisamente, en el siguiente capítulo se desarrollará una validación de estos criterios a partir de casos distintos de los abordados hasta ahora y que, infelizmente, se presentan en la realidad.

2.3.- Conclusiones

- Las obligaciones que se desprenden del contenido de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental", tienen la estructura de normas regla (las obligaciones básicas, inmediatas y las obligaciones progresivas en su manifestación como prohibición de regresividad) y de normas principios (las obligaciones progresivas, en su manifestación como progreso).

- Las obligaciones básicas derivadas del derecho de acceso a los servicios de salud mental, además de manifestarse como normas regla, tienen un contenido indisponible, esto es, no admiten incumplimiento, en virtud del mandato establecido por el propio Comité de Desc. Cuando se presentan problemas de cumplimiento de las obligaciones básicas (por incumplimiento total o cumplimiento defectuoso), se evalúa a través de la subsunción. En tanto que las obligaciones inmediatas del derecho de acceso a los servicios de salud mental se manifiestan como normas regla. El cumplimiento de las obligaciones inmediatas se evalúa *en principio* a través de la subsunción. Sin embargo, cuando hay imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones inmediatas, porque su aplicación vulnera principios del ordenamiento jurídico, se presentan las lagunas axiológicas. Para determinar si hay justificación constitucional de que las obligaciones inmediatas sean incumplidas, se evaluará a través del test de proporcionalidad. Finalmente, se observa que las obligaciones de cumplimiento progresivo tienen la estructura de normas principio. Un método que resulta útil para evaluar si hay justificación constitucional del incumplimiento de las obligaciones de cumplimiento progresivo, es el test de proporcionalidad, pues a través de él, se puede analizar la idoneidad de la medida solicitada, la necesidad, y se ponderarían derechos y bienes jurídicos constitucionales en colisión.

- Por su parte, en la ponderación que se realice, los criterios que consideramos relevantes y que han sido desarrollados en la jurisprudencia comparada y nacional son los siguientes:

    - Urgencia en la tutela del derecho vinculado a personas en situación de vulnerabilidad (Caso Grootboom, Caso Mohamed Ben Djazia, Caso Pabellón 13, STC 2945-2003-AA/TC, STC 1470-2016-PHC/TC)
    - la práctica sistemática de incumplimiento que lesiona derechos (atención ineficiente e inexistente de la provisión del tratamiento mental de manera sistemática) (Caso Board of education, Caso Mohamed Ben Djazia)
    - La falta de recursos disponibles para garantizar el derecho (Caso Grootboom, Caso Mohamed Ben Djazia, Caso Pabellón 13, STC 2945-2003-AA/TC, 3426-2008-HC/TC y 4007-2015-HC/TC)
    - El subprincipio de idoneidad (Caso Grootboom, STC 2945-2003-AA/TC, STC 0021-2010-AI/TC, STC 0014-2014-PI/TC y otros)
    - El subprincipio de necesidad (Caso Grootboom, caso Mohamed Ben Djazia, STC 2945-2003-AA/TC)
    - La ponderación (Caso Mohamed Ben Djazia)
    - Déficits (STC 33-2010-PI/TC, STC 3228-2012-PA/TC, STC 2566-2014-PA/TC)
    - la situación de vulnerabilidad del titular del derecho de acceso a los servicios de salud mental y la situación de su familia (STC 3081-2007-

PA/TC, 2480-2008-PA/TC, 1772-2019-HC/TC, STC 3081-2007-PA/TC, 5048-2016-PA/TC)
    - el diagnóstico médico del titular del derecho (STC 2480-2008-PA/TC, 5048-2016-PA/TC, 1772-2019-HC/TC)
    - La existencia de medidas alternativas para el tratamiento médico
    - la necesidad del tipo de tratamiento médico que corresponde, con enfoque social (con o sin hospitalización) (STC 3081-2007-PA/TC, 5842-2006-PA/TC, STC 1004-2021-HC/TC, 5048-2016-PA/TC)

- Finalmente, cabe añadir que todas las obligaciones que se derivan del derecho de acceso a los servicios de salud mental, tales como las básicas, inmediatas y progresivas, deben desarrollarse conforme al modelo de enfoque social de discapacidad, comprendiendo una asistencia multidisciplinaria, con psicólogos y psiquiatras, así como los servicios de diagnóstico y el respectivo tratamiento (STC 0009-2020-PI/TC).

Capítulo 3: La protección judicial de tres casos particulares de acceso a servicios de salud mental en el Perú.

En el primer capítulo de este trabajo de investigación, se desarrolló el contenido del derecho a la salud en el marco del Estado social y democrático de derecho. Se determinó que este derecho se encuentra reconocido en el artículo 7 de la Constitución, del cual se deriva la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental", que tiene como sujeto activo a toda persona; como sujeto pasivo al Estado y particulares; y origina obligaciones básicas, inmediatas y progresivas.

Asimismo, en el acápite primero también se identificaron tres situaciones vinculadas con los tres tipos de obligaciones antes referidas. Así, la falta de distribución equitativa de instalaciones que brindan atención con internamiento compromete la obligación básica de velar por la distribución equitativa de instalaciones públicas con atención en salud mental con internamiento. Sobre esta situación es preciso mencionar que en el presente capítulo se evaluará la atención con internamiento, pero sin perder de vista que, como hemos visto en el capítulo anterior, es una medida residual desde el punto de vista de la titularidad universal de los derechos y del modelo social de la discapacidad.

También, cabe señalar que en la presente investigación se analizará la atención con internamiento porque su omisión o cumplimiento deficiente agrava la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra un determinado sector de la población, conformado por sujetos con nivel socioeconómico bajo, quienes no se encuentran en la capacidad de asumir los costos del traslado y la estadía en otras regiones donde se proveen servicios de salud mental con internamiento, lo que acrecienta la intervención en sus derechos fundamentales a la salud mental, a la protección de la familia de la que es desarraigada por la distancia, a la igualdad y no discriminación, entre otros. La segunda situación advertida y que será objeto de examen, es la falta de regulación que determine la cobertura privada delas enfermedades de salud mental consideradas preexistentes, la misma que se encuentra comprometida con la obligación inmediata de adoptar normas que garanticen el derecho de acceder a servicios de salud mental.

Finalmente, la tercera situación identificada y a evaluar es el déficit de médicos especializados en salud mental comprometería la obligación de garantizar plenamente el derecho de acceso a servicios de salud mental de manera progresiva, en su característica de gradualidad.

En el capítulo segundo, en base a la técnica planteada por Alexy, se advirtió que las obligaciones que se desprenden de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental" – expuestas en el primer capítulo de este trabajo – se aplican como normas reglas o normas principios. Asimismo, se planteó que el problema del incumplimiento de tales obligaciones se resuelve aplicando la subsunción o la ponderación, dependiendo del tipo de norma en que se manifiestan.

Así, las obligaciones básicas se manifiestan como normas reglas y el problema de su cumplimiento se resuelve aplicando la subsunción. En tanto que las obligaciones inmediatas se manifiestan como normas reglas, y el problema de su cumplimiento se resuelve aplicando la subsunción, salvo casos particulares en los que se aplica le test de proporcionalidad. Y, las obligaciones progresivas se manifiestan como normas principios y el problema de su cumplimiento se resuelve aplicando el test de proporcionalidad. Finalmente, teniendo como referencia la jurisprudencia nacional y comparada desarrollada sistemáticamente, se propuso que el test de proporcionalidad deberá tener en cuenta los siguientes criterios: a) urgencia en la tutela del derecho

vinculado a personas en situación de vulnerabilidad; b) la práctica sistemática de incumplimiento que lesiona derechos; c) la falta de recursos disponibles para garantizar el derecho; d) el subprincipio de idoneidad; e) la situación de vulnerabilidad del titular del derecho de acceso a los servicios de salud mental y la situación de su familia; f) el diagnóstico médico del titular del derecho; g) la existencia de medidas alternativas para el tratamiento médico; entre otros. Cabe precisar que estos criterios deben seguir el elemento de la autonomía, que es el primero a tomar en cuenta, dado que el internamiento es una medida excepcional, conforme a lo desarrollado en la segunda parte de esta tesis.

En ese marco, en este tercer capítulo se validará la propuesta planteada en la segunda sección, de resolver los casos en los que hay incumplimiento de las obligaciones derivadas de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental", dependiendo del tipo de norma en que se manifiestan. En particular, en base a la técnica desarrollada por Alexy, se aplicará la subsunción o la ponderación, con lo cual se determinará si las tres situaciones problemáticas vinculadas con las obligaciones básicas, inmediatas y progresivas, advertidas en el primer capítulo de esta tesis, vulneran o no la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental". Del mismo modo, en este capítulo también se validarán los criterios identificados de la jurisprudencia nacional y comparada y desarrollados sistemáticamente en el segundo apartado de esta investigación, a través de su aplicación dependiendo del caso objeto de análisis.

El proceso constitucional de amparo será el escenario donde se plantee nuestro análisis, dado que esta garantía constitucional protege el derecho a la salud, conforme a lo referido en el literal 27 del artículo 44 del Nuevo Código Procesal Constitucional; asimismo; tiene entre sus fines la protección efectiva de los derechos fundamentales; y brinda tutela urgente.

Al respecto, el proceso de amparo es el mecanismo procesal de protección de los derechos constitucionales diferentes a la libertad individual (garantizados estos por el proceso de *habeas corpus*[199]), a los derechos conexos a ésta y a los que protege el *habeas data*[200] (Viera 2014: 162). En esa línea, de manera específica, el literal 27) del artículo 44 del Nuevo Código Procesal Constitucional refiere que el amparo protege el derecho a la salud. Por consiguiente, se observa que las situaciones de incumplimiento identificadas previamente –referidas a la disponibilidad deficiente de profesionales especializados en salud mental, la falta de regulación de cobertura de enfermedades preexistentes y la falta de distribución equitativa de instalaciones con internamiento en salud mental— se encuentran directamente relacionadas con el derecho a la salud, razón por la cual el proceso de amparo es la vía constitucional idónea para analizar tales situaciones.

[199] Constitución Política del Perú
"Artículo 200.- Son garantías constitucionales:
1. La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos."

[200] Constitución Política del Perú
"Artículo 200.- Son garantías constitucionales:
"3. La Acción de *Hábeas Data*, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5 y 6 de la Constitución."

Por su parte, la protección efectiva de los derechos fundamentales es un mandato que surge del artículo 200 de la Constitucional y se corresponde con el artículo 2 del título preliminar y el artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional, en los cuales se señala que el fin de los procesos constitucionales es garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales. Esta finalidad, en el proceso de amparo, es la defensa del contenido constitucional de determinados derechos fundamentales, y que esa defensa se realizará reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación del derecho (Castillo 2008: 16). De ahí que el proceso de amparo sea el escenario procesal oportuno para el desarrollo de nuestra tesis.

De otro lado, el amparo brinda tutela urgente y oportuna cuando se ha vulnerado de manera directa la constitución o el aspecto constitucionalmente protegido del derecho (Viera 2014: 163). Por ello, la vía del amparo resulta la más adecuada para el análisis del incumplimiento total o parcial de las obligaciones identificadas *supra,* que se derivan del derecho de acceso a los servicios de salud mental, que requieren de tutela urgente.

Por lo expuesto, a continuación, se hará uso de los criterios propuestos en el segundo capítulo de este trabajo de investigación, para determinar si las situaciones de incumplimiento advertidas en el primer capítulo de esta tesis, vulneran o no la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental", en el contexto del proceso de amparo. Recordemos que tales situaciones de incumplimiento son: a) la falta de distribución equitativa de las instalaciones de salud mental con internamiento; b) la falta de cobertura privada a las enfermedades de salud mental preexistente; y c) la disponibilidad deficiente de profesionales especializados en salud mental.

3.1.- Análisis de tres situaciones o casos vinculados con las obligaciones básicas, inmediatas y progresivas, derivadas de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental"

En el capítulo primero de esta investigación se identificaron tres situaciones que contravendrían las obligaciones básicas, inmediatas y progresivas, derivadas de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental". Tales casos son: a) la falta de distribución equitativa de las instalaciones de salud mental con internamiento; b) la falta de cobertura privada a las enfermedades de salud mental preexistente; y c) la falta de atención en salud mental oportuna y urgente en los establecimientos de salud públicos.

Se indicó que, pese a que en la realidad peruana se advierten muchos casos de situaciones graves de incumplimiento de las obligaciones básicas, inmediatas y progresivas, derivadas del derecho de acceso a servicios de salud mental; en este trabajo se analizarán las tres situaciones o casos identificados, dado que nos ayudará a analizar la aplicación de los criterios de resolución del incumplimiento identificados cuando desarrollamos los criterios para el control del cumplimiento de las obligaciones básicas, inmediatas y progresivas.

En tal sentido, a continuación, se analizarán los tres casos referidos, en los que se aplicarán los criterios identificados para determinar si en ellos se han vulnerado el contenido de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental".

3.1.1.- *La falta de distribución equitativa de las instalaciones de salud mental públicas con internamiento, de cara a las obligaciones básicas.*

En el primer capítulo de esta investigación se advirtió que la falta de distribución equitativa de las instalaciones de salud mental con internamiento incumpliría la obligación básica de garantizar el derecho de acceder a los centros, bienes y servicios de salud mental sobre una base no discriminatoria, derivada de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental". Se analiza la atención con internamiento porque su omisión o cumplimiento deficiente agrava la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra un determinado sector de la población, conformado por sujetos con nivel socioeconómico bajo, quienes no se encuentran en la capacidad de asumir los costos del traslado y la estadía en otras regiones donde se proveen servicios de salud mental con internamiento, lo que acrecienta la intervención en sus derechos fundamentales a la salud mental, a la protección de la familia de la que es desarraigada por la distancia, a la igualdad y no discriminación, entre otros.

Teniendo en cuenta que las obligaciones básicas se manifiestan como normas regla, a continuación, se utilizará el criterio de la subsunción, desarrollado en el capítulo 2 del presente trabajo, para determinar si, en efecto, se presenta la vulneración referida.

Pues bien, como se indicó en el capítulo 1 del presente trabajo de investigación, la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental", que se deriva del derecho a la salud mental, reconocido en los artículos 7 y 9 de la Constitución, tiene como una de sus obligaciones básicas: "e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud". Esta obligación se vincula con la accesibilidad, dado que esta característica exige el alcance geográfico y económico a los establecimientos, bienes y servicios de salud de todos los sectores de la población.

Por tanto, la obligación básica de garantizar la distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud mental, sería la *premisa normativa*.

Por su parte, conforme a lo advertido por la Defensoría del Pueblo, referido en el capítulo 1 de esta investigación, en el Estado peruano, los centros de salud mental con internamiento, donde se brinda atención integral, general o especializada al paciente agudo o crónico, que requiere permanencia y soporte asistencial por más de 12 horas, no se encuentra en las 24 regiones del país. Entre el Minsa y los gobiernos regionales, hay 17 establecimientos con Unidades de hospitalización de salud mental y adicciones (Ushma) ubicados en 12 regiones del país. En tanto que, en EsSalud, que alberga a personas usuarias aseguradas en EsSalud[201], hay solo 8 Centros Asistenciales de Salud que cuentan con Uhsma, los cuales se encuentran ubicados en las regiones de Lima, Arequipa, Cusco, Junín, Lambayeque, Pasco y Puno. (Defensoría del Pueblo 2018: 88, 93-94, 133, 185)

De lo anterior, se observa que cerca de la mitad de regiones del país no cuenta con servicios de salud mental con internamiento, por parte del Minsa, así como de EsSalud. Esta falta en la prestación del servicio en varias las regiones del país, genera que las personas que requieren del mismo, deban viajar a las regiones que sí brindan atención en salud mental con hospitalización o internamiento, lo que se convierte en un obstáculo para acceder a los servicios de salud mental. En particular, puede resultar un obstáculo

[201] En EsSalud se atiende a trabajadores y trabajadoras con seguro de salud y a pensionistas; por eso, a diferencia de las personas usuarias de los hospitales del Minsa, las personas usuarias de EsSalud, en su mayoría, reciben el tratamiento y continúan trabajando, es decir, continúan incluidas en la comunidad y no tienen su salud tan deteriorada. (Defensoría del Pueblo 2018: 136)

absoluto para las personas que no cuentan con recursos económicos suficientes para realizar dicho traslado. Asimismo, estas personas, quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad, de tener que trasladarse verían intervenido su derecho a la protección de la familia, ya que sufrirían desarraigo y distanciamiento familiar, con su familia, al ser más difícil para estos acompañar en el viaje y estadía del tiempo que dure el internamiento. En esa línea, la falta de prestación del servicio de salud mental con internamiento en varias regiones del estado peruano constituye una discriminación[202] por razón socioeconómica[203], pues las personas que requieren el tratamiento con internamiento pero que no cuentan con muchos recursos económicos, tendrán dificultades para trasladarse para acceder al dicho tratamiento, a diferencia de los sujetos que sí cuentan con disponibilidad económica, para quienes el traslado les resulta más accesible.

Consecuentemente, el *supuesto de hecho* está constituido por la falta de atención de servicios de salud mental con internamiento en todas las regiones del país, que afecta a las personas con escasos recursos económicos que requieren de este servicio, pero viven en regiones donde no se brindan servicios de salud mental con internamiento.

En base a lo expuesto en la premisa normativa y el supuesto de hecho, la *conclusión* es que la falta de atención de servicios de salud mental con internamiento en todas las regiones del país incumple con la obligación básica de garantizar la distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud mental.

En esta conclusión, el Estado peruano es el sujeto pasivo, en tanto tiene la obligación de proveer la distribución equitativa de servicios de salud mental. Asimismo, el sujeto activo está conformado por toda persona que reside en las regiones donde no se encuentran ubicados los establecimientos que brindan servicios de salud mental con internamiento. Y, esto se vincula con la característica de la accesibilidad del derecho a la salud, pues la referida falta de distribución equitativa obstaculiza la accesibilidad geográfica y económica de las personas que necesitan tratamientos para sus enfermedades mentales agudas o crónicas, pero que residen en regiones donde no se encuentran dichos establecimientos.

Finalmente, conforme se examinó en el capítulo 2 de esta investigación, el Comité de Desc ha establecido como mandato que las obligaciones básicas tienen un contenido indisponible y no pueden incumplirse bajo ninguna circunstancia. Consecuentemente, no cabe evaluar la justificación del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación básica de proveer la distribución equitativa de servicios de salud mental, en su manifestación como regla. Y, con ello, tras aplicar el método de la subsunción, se concluye que el Perú se encuentra vulnerando la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental".

Cabe añadir que, si la conducta omisiva de implementar establecimientos de salud mental con internamiento a nivel nacional es llevada al proceso de amparo, se puede declarar el estado de cosas inconstitucional de dicha omisión estatal. Efectivamente, el

[202] La discriminación es toda distinción que tenga por objeto menoscabar en el goce y ejercicio de los derechos de las personas en condiciones de igualdad. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gonzáles Lluy vs Ecuador. Párrafo 253.

[203] El artículo 2.2 del Pidesc señala de manera expresa que una de las causas de discriminación es la posición económica: "2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social." (el resaltado se nuestro)

estado de cosas inconstitucional es una técnica que ha utilizado el Tribunal Constitucional para tutelar los derechos fundamentales de un grupo importante de personas que ven vulnerados sistemáticamente sus derechos por actos u omisiones estatales; y fijar respuestas inmediatas a dicha problemática en todos los sectores involucrados (STC 00799-2014-PA/TC, fund. 14). En cuanto a la falta de establecimientos de salud mental con internamiento en varias regiones del país, se observa que genera una situación de desigualdad estructural en el acceso a los servicios de salud mental, en perjuicio de las personas con limitados recursos económicos. Por ello, es viable que se declare el estado de cosas inconstitucional de la citada conducta omisiva que vulnera sistemáticamente el derecho a la igualdad de las personas con escasos recursos económicos de varias regiones del país, en conexión con los derechos a la salud y protección de la familia. Y, las medidas que se ordenen para dar respuesta a dicha problemática deben enfocarse en todos los sectores estatales que hagan posible la implementación de establecimientos que brinden atención en salud mental con internamiento, a nivel nacional.

3.1.2.- *La falta de cobertura privada a las enfermedades de salud mental preexistentes, de cara a la obligación inmediata de adecuar el ordenamiento interno conforme a las obligaciones del Pidesc.*

En el primer capítulo de esta investigación se advirtió que la falta de cobertura privada a las enfermedades de salud mental preexistentes por los seguros de salud privados, incumpliría la obligación inmediata de adoptar medidas legislativas que garanticen la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental", derivada del derecho a la salud mental.

Teniendo en cuenta que las obligaciones inmediatas se manifiestan como normas regla, a continuación, se utilizará el criterio de la subsunción, desarrollado en el capítulo 2 del presente trabajo, para determinar si, en efecto, se presenta la vulneración referida.

Pues bien, la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental", que se deriva del derecho a la salud mental, genera la obligación inmediata de adoptar medidas legislativas, la cual comprende la adopción de normas que garanticen el derecho de acceso a servicios de salud mental.

Tales normas destinadas a garantizar el derecho de acceso a servicios de salud mental involucran la regulación de todo servicio de salud, tanto público como privado, como se indicó en el capítulo 1 de esta investigación. Al respecto, dado que el derecho de acceso a servicios de salud mental un servicio público[204], el Estado se encuentra legitimado de exigir que todos los prestadores de este servicio, sean públicos[205] o privados[206], cumplan

[204] Como se refirió en el capítulo 1 del presente trabajo, el derecho de acceso a los servicios de salud mental es un servicio público porque materializa uno de los fines del Estado, que es la garantía plena del derecho a la salud mental.

[205] En la prestación de servicios de salud brindados por el sector público, se aprecia una relación jurídica: la relación entre el Estado, quien, como sujeto pasivo, debe prestar servicios de salud mental, así como regular el marco a partir del cual está obligado a prestar dichos servicios, y supervisar su cumplimiento; y los usuarios de la prestación de salud, como sujetos activos (eficacia vertical).

[206] En la prestación de servicios de salud brindados por el sector privado, se observan dos relaciones jurídicas: a) la relación entre el Estado, quien, como sujeto pasivo, debe regular un marco a partir del cual los centros de salud privados están obligados a prestar servicios de salud mental, así como supervisar su cumplimiento; y los usuarios de la prestación de salud, como sujetos activos (eficacia vertical); y b) la relación entre los centros de salud privados que brindan servicios de salud mental, quienes, como sujeto pasivo, deben prestar servicios de salud mental y están obligados a acatar y cumplir las medidas impuestas por la regulación estatal; y los usuarios de la prestación de salud, como sujetos activos (eficacia horizontal).

con las características del derecho a la salud (accesibilidad, disponibilidad y calidad) y las obligaciones que de él se derivan. Asimismo, la obligación de regular todo el servicio de salud comprende desde el diagnóstico hasta el tratamiento y rehabilitación en salud mental.

Por tanto, la obligación inmediata de adoptar normas que garanticen el derecho de acceso a servicios de salud mental, sería la *premisa normativa*.

Por su parte, conforme se advirtió en el capítulo 1 del presente trabajo, con la emisión de la Ley 30947[207], se reguló la cobertura de los servicios de salud mental de las compañías privadas que ofrecen seguros de salud[208]. En específico, el artículo 10[209] de la Ley 30947 estableció que los seguros de salud privados deben cubrir la atención en salud mental dentro de sus planes, incluyendo el tratamiento ambulatorio, internamiento, hospitalización y acceso a medicamentos y productos sanitarios.

No obstante, se observa que esta regulación permite el acceso a servicios de salud mental de manera parcial, pues no garantiza el acceso al tratamiento, internamiento, hospitalización, acceso a medicamentos y rehabilitación de las enfermedades mentales **diagnosticadas con preexistencia**. En nuestro ordenamiento jurídico se considera como enfermedades preexistentes[210] a aquellas alteraciones del estado de salud diagnosticadas y no resueltas antes de la contratación del nuevo seguro de salud, con excepción de las que fueron cubiertas por un seguro de salud de una EPS o aseguradora

[207] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de mayo de 2019.

[208] Como se indicó en el apartado 1.3 de la presente investigación, en el Perú, la atención en servicios de salud mental es cubierta por el Estado y particulares. En el caso de los particulares, estos proveen servicios de salud mental a través de distintas modalidades, siendo una de ellas el seguro privado de salud.

[209] Ley 30947

"Artículo 10. Atención por los seguros de salud

10.1 Los seguros de salud públicos y privados deben cubrir la atención en salud mental dentro de sus planes, incluyendo el tratamiento ambulatorio o el internamiento u hospitalización, así como el acceso a medicamentos y productos sanitarios adecuados y de calidad, con excepción de los seguros con póliza de naturaleza específica.

10.2 Las compañías privadas que ofrecen seguros de salud están obligadas a brindar cobertura para el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación en salud mental, de acuerdo a las necesidades de las personas con los problemas de salud mental registrados en el Capítulo de Trastornos Mentales y del Comportamiento de la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud vigente al momento de la atención de salud, con la frecuencia, cantidad y duración necesaria.

10.3 Las personas en condición de pobreza o pobreza extrema con discapacidad mental que no cuenten con seguros deben ser incluidas en el Seguro Integral de Salud (SIS), de acuerdo a un plan progresivo de atención o prestaciones.

[210] Conforme a lo señalado en el artículo 2 de la Ley 29561, Ley que establece la continuidad en la cobertura de preexistencias en el plan de salud de las Entidades Prestadoras de Salud, la preexistencia es "cualquier condición de alteración del estado de salud diagnosticada por un profesional médico colegiado, conocida por el titular o dependiente y no resuelta en el momento previo a la presentación de la declaración jurada de salud."

privada de salud, dentro del periodo inmediatamente anterior al contrato del nuevo seguro[211], o perteneció a una póliza grupal dentro del plazo de 120 días[212/213].

Consecuentemente, se constata que en el Perú no hay alguna norma jurídica que regule el tratamiento a enfermedades mentales preexistentes por seguros de salud privados, lo que se constituiría como la *premisa fáctica o supuesto de hecho*.
En base a lo expuesto en la premisa normativa y el supuesto de hecho, la *conclusión* es que el Estado peruano estaría incumpliendo la obligación inmediata de regular el acceso a servicios de salud mental de enfermedades preexistentes en el ámbito de las prestaciones privadas de salud, a pesar de que en el Perú el derecho a la salud recibe una atención mixta.

Ahora bien, como se indicó en el capítulo 2 *supra,* las obligaciones inmediatas, al manifestarse como normas regla, no siempre encierran un mandato definitivo, pues pueden ser exceptuadas por un principio. Por ello, la aplicación del método subsuntivo

---

[211] Ello se desprende de los artículos 1 y 3 de la Ley 29561, que establecen que el plan de salud ofertado por las EPS incluye la continuidad de la cobertura de diagnósticos preexistentes que hayan sido cubiertos por otro plan de salud, a consecuencia de cambio de centro laboral o de EPS. Eso se indica en las siguientes disposiciones:
Ley 29561, Ley que establece la continuidad en la cobertura de preexistencias en el plan de salud de las Entidades Prestadoras de Salud
"Artículo 1.- Objeto de la Ley
La presente Ley tiene el objeto de garantizar la continuidad de la cobertura de preexistencias de la capa compleja del plan de salud contratado en las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) para los trabajadores que cambian dicho plan por otro, a consecuencia de cambio de centro laboral o de Entidad Prestadora de Salud. Esta disposición es aplicable a los trabajadores y a sus derechohabientes.
(…)
Artículo 3.- Preexistencias de capa compleja del plan de salud de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), continuidad y condiciones
En el plan de salud y en el contrato de prestación de servicios de seguridad social en salud para afiliados regulares, ofertados por la Entidad Prestadora de Salud (EPS), que incluyan las enfermedades de capa compleja, debe incluirse una cláusula de garantía que permita la continuidad de cobertura de diagnósticos preexistentes en los supuestos señalados en el artículo 1 de la presente Ley.
Para hacer efectiva la continuidad de la cobertura de preexistencias de capa compleja, se debe cumplir con la inscripción en el nuevo plan de salud, dentro de los noventa (90) días calendario posteriores al inicio de su nueva relación laboral, bajo responsabilidad de la Entidad Prestadora de Salud (EPS)".

[212] Ello se desprende del artículo 1 de la Ley 28770, que indica que no se considerará enfermedad preexistente aquella que se haya generado o por la que el beneficiario recibió cobertura durante la vigencia de un contrato de seguro que cubrió el periodo inmediatamente anterior o, si perteneció a una póliza grupal, dentro del plazo de 120 días anteriores al nuevo seguro. Eso reza en las siguientes disposiciones:
Ley 28770, Ley que regula la utilización de las preexistencias en la contratación de un nuevo seguro de enfermedades y/o asistencia médica con la misma compañía de seguros a la que se estuvo afiliado en el período inmediato anterior
"Artículo 1.- Tratamiento de las preexistencias en los seguros de enfermedades y asistencia médica
En la contratación de seguros de enfermedades y asistencia médica no se considerará enfermedad preexistente aquella que se haya generado o por la que el asegurado y/o beneficiario haya recibido cobertura durante la vigencia de un contrato de seguro que cubrió el período inmediatamente anterior, aun cuando dicho beneficio haya tenido origen en una póliza de seguro de enfermedades o asistencia médica diferente. El asegurado y/o beneficiario que, en los casos de pólizas grupales, deje de pertenecer al grupo asegurado, podrá contratar, en un plazo de 120 días contados a partir del término del contrato de seguro anterior, una nueva cobertura con cualquier aseguradora del sistema financiero peruano, para lo cual se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior".

[213] Cabe señalar que a partir de la regulación de la Ley 30562, se reconoce la obligación de las aseguradoras privadas de dar cobertura a enfermedades preexistes cubiertas previamente por otras aseguradoras, independientemente de que sean EPS o aseguradoras privadas de salud. Con esta regulación, se abre la posibilidad de pasarse de un sistema de salud a otro, dado que no limita si es seguro privado o público.

es *prima facie,* pues si el cumplimiento de las obligaciones inmediatas lesiona algún principio del ordenamiento jurídico, estamos ante una laguna axiológica. En ese caso, el principio del ordenamiento jurídico que justifica el incumplimiento de la obligación deberá ser ponderado, a través del test de proporcionalidad, conforme a lo referido en el capítulo 2 de esta investigación.

En esa línea, si el cumplimiento de la obligación inmediata de regular el acceso a servicios de salud mental de enfermedades preexistentes lesiona algún principio del ordenamiento jurídico, se presenta una laguna axiológica. Consecuentemente, a continuación, se evaluará, a través del test de proporcionalidad[214], si la norma regla, *constituida por la obligación de regular el acceso a servicios de salud mental de enfermedades preexistentes en las aseguradoras privadas*, es idónea, necesaria y proporcional en relación con el derecho a la libertad de empresa. Si no es proporcional, en el caso concreto, se concluirá que el incumplimiento de la obligación inmediata de regular el acceso a servicios de salud mental de enfermedades preexistentes no tiene justificación razonable.

Previamente, y a efectos de tenerlo como referencia en el test de proporcionalidad, a continuación, se evaluará el grado de intervención de la medida – constituida por *la obligación de regular la cobertura del acceso a servicios de salud mental de enfermedades preexistentes en las aseguradoras privadas* –, en el derecho a la libertad de empresa, que es la norma principio que se advierte podría ser vulnerada con la norma regla.

El derecho a la libertad de empresa se encuentra consagrado en los artículos 58 y 59 de la Constitución. Este derecho protege la libertad de toda persona de desarrollar, en sus variadas formas, actividad empresarial, lo que implica:

> la elección del sector de la actividad económica en donde se va a desarrollar la actividad empresarial y la forma en la que la misma se realizará; el acceso al mercado sin restricciones, realizando actividades lícitas; en libre concurrencia con otros empresarios a fin de competir por las preferencias de los consumidores y usuarios, ello a fin de obtener un provecho económico que redunde en su propio bienestar y el de su entorno, así como en toda la sociedad (Landa 2017: 127).

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional ha señalado que el contenido del derecho a la libertad de empresa está determinado por 4 libertades: "a) la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado; b) la libertad de organización, que contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros; c) la libertad de competencia y d) la libertad de cesar las actividades". (STC 03479-2011-AA/TC[215]: fund. 6; STC 3330-2004-AA/TC[216]: fund. 13)

Así pues, la regulación del acceso a servicios de salud mental de enfermedades preexistentes interviene en la libertad de organización de las aseguradoras privadas – de elegir a qué servicios dar cobertura y con ello generar sus propios ingresos –, en la

[214] Como se indicó en el capítulo 2 de este trabajo de investigación, en el test de proporcionalidad se realizan los exámenes de idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto.
[215] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 13 de noviembre de 2014.
[216] Publicado en la web del Tribunal Constitucional, el 11 de agosto de 2004. No se tiene referencia de la fecha de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

medida que las obliga a brindar atención a las enfermedades de salud mental preexistentes.

Sin embargo, dicha intervención en el derecho no es alta, pues si bien se les obliga a dar cobertura a enfermedades mentales preexistentes, las aseguradoras pueden reorganizarse de manera que no les genere perjuicios económicos excesivos. Por ejemplo, podría establecerse el cobro de una suma adicional a los usuarios que requieren el bien o servicio por enfermedades preexistentes, o también pueden redistribuir el costo de los servicios en las enfermedades preexistentes al valor de todas las pólizas de servicios de salud mental que brindan. En tal sentido, el grado de intervención en el derecho a la libertad de empresa es medio.

En virtud de lo expuesto, se concluye que medida – constituida por *la regulación de la cobertura del acceso a servicios de salud mental de enfermedades preexistentes en las aseguradoras privadas* –, intervendría en un grado medio el derecho a la libertad de empresa. Por lo que a partir de esta constatación corresponde llevar a cabo la ponderación.

a) Examen del sub principio de idoneidad

En este examen, corresponde evaluar si hay una relación de causalidad entre la medida que interviene en el derecho [medios] y el fin que persigue alcanzar [fines].

Pues bien, la medida que interviene en el derecho a la libertad de empresa de las aseguradoras privadas, se concreta si el Estado cumpliera con su obligación de regulación de la cobertura del acceso a servicios de salud mental de enfermedades preexistentes en las aseguradoras privadas.

El objeto de la regulación de la cobertura del acceso a servicios de salud mental de enfermedades preexistentes en los seguros privados persigue la finalidad de garantizar el acceso a diagnósticos, tratamientos médicos con o sin internamiento, y medicamentos en salud mental, de las personas con enfermedades consideradas preexistentes a la suscripción del contrato de seguro privado de salud.

En esa medida, la regulación que realice el Estado para que los seguros privados de salud den cobertura a enfermedades mentales preexistentes obliga a éstas a prestar el servicio y, de esa forma, se alcanza se alcanza el objetivo vinculado al derecho fundamental a la salud. .

En efecto, el objetivo – que es el asegurar el acceso a diagnósticos, tratamientos médicos con o sin internamiento, y medicamentos en salud mental, de las personas con enfermedades consideradas preexistentes a la suscripción del contrato de seguro privado de salud – promueve el ejercicio del derecho a la salud mental, reconocido en el artículo 7 de la Constitución.

Efectivamente, el derecho a la salud mental se encuentra reconocido en el artículo 7 de la Constitución, del cual se deriva la posición *ius fundamental* “toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental”. Este derecho, como se ha indicado *supra*, garantiza el más alto grado de bienestar mental, y “comprende atención multidisciplinaria, así como todos los elementos mínimos del servicio de salud mental, tales como el diagnóstico y el tratamiento” (cfr. STC 0009-2020-PI/TC). En esa medida, promueve el acceso a servicios de salud mental de toda persona, con las características de disponibilidad, accesibilidad y calidad. En el caso que examinamos, se aprecia que la cobertura de las enfermedades mentales consideradas preexistentes por los seguros

de salud privados, promueve la disponibilidad y accesibilidad en los bienes y servicios de las aseguradoras privadas de salud, para diagnosticar, tratar o dar medicamentos a las personas con enfermedades mentales que así lo requieran.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se concluye que la norma regla, *constituida por la obligación de regular el acceso a servicios de salud mental de enfermedades preexistentes en las aseguradoras privadas,* alcanza la finalidad de garantizar el derecho a la salud mental.

Por consiguiente, a continuación, se examinará si existen otras medidas alternativas que, alcanzando la misma idoneidad, intervienen en menor medida en el derecho a la libertad de empresa de las aseguradoras privadas.

b) Examen del sub principio de necesidad

En este examen, corresponde evaluar si hay otra medida alternativa que, alcanzando el mismo fin y siendo igual de efectiva, interviene en menor grado los derechos afectados.

Al respecto, se advierte que el grado de satisfacción de la medida -regulación de la cobertura del acceso a servicios de salud mental de enfermedades preexistentes en las aseguradoras privadas-, es alto, pues la cobertura garantizaría el acceso al diagnóstico, tratamiento y medicamentos de salud mental para las personas que tienen enfermedades mentales consideradas preexistentes. Con dicha atención en diagnóstico, tratamiento y medicamentos a las enfermedades preexistentes, se coadyuva a lograr el más alto grado de bienestar mental.

En el contexto expresado, en el que la regulación de la cobertura del acceso a servicios de salud mental de enfermedades preexistentes en las aseguradoras privadas implica un grado de satisfacción alto en el derecho a la salud mental de las personas con enfermedad mental preexistentes [artículo 7 de la Constitución]; en tanto que genera un nivel de vulneración medio en el derecho a la libertad de empresa; no se advierten otras medidas alternativas hipotéticas que, orientadas a satisfacer efectivamente la finalidad perseguida, tengan un impacto menos severo en el derecho restringido.

En efecto, por ejemplo, un medio alterno sería que las personas con enfermedades mentales preexistentes sean atendidas por el sistema de salud público. Esta medida podría garantizar el acceso a servicios de salud mental preexistente; sin embargo, Sin embargo, no alcanzaría el mismo grado de satisfacción alto en el derecho a la salud mental, debido a que el sistema de salud público en salud mental es más limitado, en comparación con la mayor cobertura que puede brindar el sistema de salud privado para este tipo de dolencias.

En base a lo expuesto, se advierte que la regulación de la cobertura del acceso a servicios de salud mental de enfermedades preexistentes en las aseguradoras privadas supera el examen del sub principio de necesidad, ya que no existen medidas que, alcanzando el mismo fin, intervengan en menor medida el derecho fundamental a la libertad de empresa. Por tanto, corresponde continuar con el análisis de la medida a través del test de proporcionalidad en sentido estricto.

c) Examen de proporcionalidad en sentido estricto

En este examen, como se indicó en el capítulo 2 de este trabajo de investigación, se establece que la medida se justifica si se determina que cuanto mayor es el grado de la

no satisfacción o de afectación de una de las normas principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro (Alexy 2002: 31).

Así, en el caso, para que la medida [regulación de la cobertura del acceso a servicios de salud mental de enfermedades preexistentes en las aseguradoras privadas] se justifique, se debe determinar que cuanto mayor sea el grado de aflicción del derecho a la libertad de empresa de las aseguradoras privadas, tanto mayor debe ser el grado de importancia de la satisfacción de la garantía del derecho a la salud de las personas con enfermedades de salud mental consideradas preexistentes.

Como se indicó anteriormente, el grado de aflicción en el derecho a la libertad de empresa de las aseguradoras es medio. Ello, debido a que la obligación de que las aseguradoras privadas de salud brinden servicios de salud mental a enfermedades preexistentes interviene en la forma cómo se organizan para generar sus propios recursos. A consecuencia de que los tratamientos psicológicos y psiquiátricos pueden resultar costosos debido a la cantidad y lo prologado de las terapias, así como a su alto precio (Millán-González y González-Espinoza 2015: 196), las empresas de seguros no brindan atención a enfermedades preexistentes, pues les genera mayores costos a su servicio. Por lo que obligarlas a prestar el servicio a enfermedades preexistentes va involucrar un cambio en la organización para crear sus ingresos a las aseguradoras privadas. Sin embargo, no será alta la intervención, pues las aseguradoras pueden cobrar un adicional a cada usuario que solicite la cobertura o también puede incrementarse en la totalidad de los planes de salud que brindan.

De otro lado, conforme se indicó anteriormente, el grado de importancia o satisfacción del derecho que proporciona la medida es alto, pues la cobertura garantizaría el acceso al diagnóstico, tratamiento oportuno y medicamentos de salud mental para las personas que tienen enfermedades mentales consideradas preexistentes, con lo cual se coadyuvaría a alcanzar el más alto grado de bienestar mental de la población. Y es que la cobertura para las enfermedades mentales preexistentes es fundamental, debido a que coadyuva a garantizar una vida en condiciones de dignidad, garantiza la igualdad material, materializa la cláusula de Estado social, entre otras características del Estado democrático y social de derecho. Además, como se ha señalado en la jurisprudencia nacional y comparada, la situación de vulnerabilidad del titular del derecho es un elemento a valorar a su favor en el análisis (cfr. Caso Mohamed Ben y Caso Pabellón 13) (cfr. STC 3081-2007-PA/TC, 2480-2008-PA/TC, 1772-2019-PHC/TC, STC 5048-2016-PA/TC); por consiguiente, el padecimiento preexistente de enfermedades de salud mental coloca a las personas en situación de vulnerabilidad,, con lo cual se puede concluir que el grado de satisfacción en el derecho se eleva.

Así, por ejemplo, ante la falta de cobertura, total o parcial, de servicios de salud mental en establecimientos penitenciarios, el Tribunal Constitucional ha declarado el estado de cosas inconstitucional en dos casos [STC 03426-2008-HC/TC y STC 04007-2015-HC/TC], a fin de que todos los poderes públicos involucrados trabajen en conjunto para garantizar mínimos en bienes y servicios de salud mental en las cárceles. Con ello se muestra que el tribunal aplicó una técnica que busca garantizar derechos de un mayor número de personas y que los poderes públicos cambien la situación de vulneración sistemática de derechos fundamentales.

En base a lo expuesto, cabe concluir que el grado de satisfacción del fin (garantizar el derecho a la salud de todos los usuarios que no presentan enfermedades mentales preexistentes), en cuyo nombre se ha intervenido el derecho a la libertad de empresa de las aseguradoras privadas, es alto.

Por consiguiente, en la medida que el grado de aflicción sufrido por el derecho a la libertad de empresa es medio, en tanto que el grado de satisfacción del fin es alto, se concluye que la medida, esto es, la regulación de la cobertura del acceso a servicios de salud mental de enfermedades preexistentes en las aseguradoras privadas, es proporcional y por tanto debe ser realizada por el Estado y es constitucional.

En tal sentido, en la medida que la norma regla de regular el acceso a servicios de salud mental de enfermedades preexistentes en los seguros privados, es razonable y proporcional en sentido estricto, no se advierten principios que justifiquen su incumplimiento; razón por la cual debe ser cumplida. En esa línea, el incumplimiento de la obligación inmediata de regular el acceso a servicios de salud mental de enfermedades preexistentes en los seguros privados viola la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental".

3.1.3.- *La falta de atención en salud mental suficiente y oportuna en los establecimientos de salud públicos de cara a la obligación progresiva de garantizar el acceso pleno a los servicios de salud mental.*

Como se indicó en el capítulo 1 de esta investigación, cerca del 33.7 % del total de la población en el Perú tiene una prevalencia de vida en trastornos mentales (Defensoría del Pueblo 2018: 28). Si tenemos en cuenta que, al 2022, la población en el Perú alcanzó los 33 millones 396 mil 700 habitantes[217], se concluye que 11,020,911[218] millones de habitantes, entre adultos y niños, en el Perú, padecen de algún problema de salud mental.

Sin embargo, en el 2018, el Minsa refiere que solo uno de cada cinco personas que requiere atención en salud mental recibe algún tipo de tratamiento (Minsa 2018: 13). En esa misma línea, la Defensoría del Pueblo ha advertido que "8 de cada 10 personas que necesitan atención en su salud mental no reciben tratamiento adecuado"[219]; y que "la brecha de atención en salud mental afecta al 80% de la población, especialmente a las personas en situación de pobreza y pobreza extrema"[220]. Dicha cifra es superior a la brecha promedio del tratamiento de adultos en la región latinoamericana, del 78.1 %[221].

Incluso, para los sujetos que tienen acceso a los servicios de salud mental, se observa que en algunas instituciones de salud públicas hay una demora de un mes y medio en la atención, desde que es programada la cita médica (Defensoría del Pueblo 2018: 74).

---

[217] INEI. Visitado el 11 de junio de 2023. Disponible en: https://www.gob.pe/institucion/inei/noticias/630584-poblacion-peruana-alcanzo-los-33-millones-396-mil-personas-en-el-ano-2022

[218] Cifra que se obtiene de multiplicar 33 millones 396 mil 700 habitantes por el porcentaje de la población que requiere atención en salud mental, que es 33 %.

[219] https://www.defensoria.gob.pe/ocho-de-cada-10-personas-no-reciben-atencion-en-salud-mental-pese-a-requerirlo/ Visitado el 20 de julio de 2023.

[220] Defensoría del Pueblo
Visitado el 11 de junio de 2023. Disponible en: https://www.defensoria.gob.pe/ica-recomendamos-conformar-comision-multisectorial-para-tratar-problemas-de-salud-mental/#:~:text=La%20brecha%20de%20atenci%C3%B3n%20en%20salud%20mental%20afecta%20al%2080,%2C1%25%20del%20presupuesto%20nacional.

[221] Organización Panamericana de Salud. Visitado el 20 de junio de 2023. Disponible en: https://www3.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=9408:2008-la-brecha-tratamiento-region-americas&Itemid=0&lang=pt#gsc.tab=0

Al respecto, en estudios realizados entre los años 2008 y 2018, se identificaron elementos que hacen deficiente o impiden a la población acceder a servicios de salud mental en el Perú, entre los cuales están:

a) la escasa disponibilidad de servicios de salud mental en las redes de servicios de salud y los hospitales y, en algunas zonas, el difícil acceso geográfico poblacional (Minsa 2018: 28 y 35);
b) el reducido presupuesto en los servicios públicos de salud mental (Minsa y OMS 2009: 30-31) (Minsa 2018: 28);
c) la política de recursos humanos de salud mental caracterizada por la falta de planificación, escasa inversión en capacitación, monitoreo y seguimiento, y ausencia de incentivos para el desarrollo de esta actividad (Minsa y OMS 2009: 30-31)
d) la reducida cantidad de recursos humanos especializados en salud mental en el estado peruano y su centralización en la ciudad de Lima (Minsa 2018: 28) (Diez-Canseco y otros 2014: 133);
e) la escasez de recursos económicos es otro obstáculo para el acceso a servicios de salud mental (Diez-Canseco y otros 2014: 133)
f) la falta de percepción de padecimiento de algún trastorno mental (Minsa 2018: 34)
g) el desconocimiento del tratamiento adecuado o el miedo al estigma social (Minsa 2018: 34-35)

En lo referido a la escasa disponibilidad de servicios de salud mental en las redes de atención de salud y los hospitales (Minsa 2018: 28 y 35), ser observa que, si bien a lo largo de los años se ha ido incrementando progresivamente la implementación de establecimientos de salud mental en el país; la cantidad sigue siendo limitada.

En efecto, el Ministerio de Salud ha recomendado que se requiere 1 centro de salud mental comunitario por 100 000 habitantes (Minsa 2018: 29), de lo cual se concluye que se necesitan 333 centros de salud mental comunitarios para cubrir las necesidades de salud mental de la población peruana, de 33 millones 396 mil 700 habitantes. Sin embargo, a marzo del 2023, hay 248 centros de salud mental[222], cifra que, aunque es superior a los 37 centros de salud mental comunitarios que había en el 2017 (Minsa 2018: 29), aun es limitada.

En esa misma línea, el Ministerio de Salud, en el 2018, recomendó que se necesitan 241 hogares protegidos para solo cubrir las necesidades de las personas con trastorno mental grave, en situación de abandono social, sea que estén institucionalizadas o en situación de calle (Minsa 2018: 30). No obstante, a febrero de 2022, hay 57 hogares protegidos (Defensoría del Pueblo 2022: 44), cifra que es superior a los 6 hogares protegidos que había en el 2018 (Minsa 2018: 30).

Asimismo, si bien se viene capacitando en salud mental a médicos y enfermeros, en un informe realizado por el Minsa en el 2018, se observó que, de los 7848 establecimientos de salud de primer nivel de atención[223], solo el 14.07% (1104 instalaciones) cuentan con servicios de psicología (frecuentemente con un profesional) (Minsa 2018: 28-29). El

[222] https://www.gob.pe/10942-conocer-los-centros-de-salud-mental-comunitaria-en-el-peru

[223] Los establecimientos de salud del primer nivel de atención son denominados la puerta de entrada al sistema de salud, por cuanto son lo más cercano y el primer contacto con la población. Está conformado por establecimientos que brindan servicios de baja complejidad, como las postas y centros de salud con consultorios de atención básica. Información recuperada el 28 de julio de 2023. Disponible en: https://www.gob.pe/16727-conocer-establecimientos-de-salud-del-primer-nivel-de-atencion

número insuficiente es especialistas en salud mental contribuye a la disponibilidad de servicios insuficiente y baja cobertura de atención (Minsa 2018: 32).

En cuanto al presupuesto público insuficiente en la categoría salud mental, se advierte que aún continúa siendo reducido y desproporcionado con el porcentaje que se les otorga a las demás enfermedades. En efecto, en el año 2005, el presupuesto asignado a la salud mental fue equivalente al 3 % del presupuesto total del sector salud (Diez-Canseco y otros 2014: 133); en tanto que para el año 2023, el presupuesto asignado en salud mental es el 2,069 % del total de la sección salud[224/225]. Si tenemos en cuenta que los trastornos mentales y del comportamiento alcanzan al 9,8% del total de carga de enfermedad[226] en el país, ocupando el segundo lugar (Minsa 2023: 43); no resulta proporcionado que se le otorgue solo el 2,069 % del presupuesto total de la categoría salud. Es en ese escenario que el Minsa ha recomendado que, dada la magnitud y prevalencia de trastornos mentales en el país, la inversión en el presupuesto estatal destinado a salud mental debería ser entre el 5% y 15% (Minsa 2018: 36).

En relación con la escasez de recursos humanos especializados en salud mental, en establecimientos de salud públicos, se advierte que se ha logrado un ligero incremento; sin embargo, aún continúa.

Sobre el particular, en el año 2009, había 187 psiquiatras en el Ministerio de Salud, de los cuales el 82% se encontraba en Lima y Callao (Diez-Canseco y otros 2014: 133); en tanto que, actualmente (2023), hay 465 psiquiatras laborando en establecimientos públicos del Ministerio de Salud, del cual el 63% brinda servicios en Lima[227]. De otro lado, actualmente se han contratado 5065 psicólogos en el país, de los cuales el 26.2 % trabaja en Lima. En cuanto a EsSalud, se observa que, en el año 2010, había 96 psiquiatras y 213 psicólogos contratados (Diez-Canseco y otros 2014: 133); mientras que según información encontrada, en el 2014 se encontraron 102 psiquiatras (Defensoría del Pueblo 2018: 107), y en actualmente, en el año 2023, hay 398 psicólogos[228].

En cuanto a la escasez de recursos económicos. Teniendo en cuenta que el tratamiento de la salud mental implica grandes costos económicos (Minsa 2018: 24), las personas con escasos recursos económicos tienen capacidad reducida para pagar un tratamiento adecuado en salud mental, razón por la cual enfrentan mayores obstáculos para acceder a dicho servicio. La necesidad de atender a este grupo de personas es indispensable en la garantía efectiva del derecho a la salud mental en el país, pues en un estudio epidemiológico realizado en el país, se observó que en promedio el 47% de la población

[224] En el año 2023, el presupuesto público peruano del sector salud es de S/. 26,982,785,065, en tanto que en la categoría control y prevención en salud mental es de S/. 558,444,960. Por ello, el presupuesto público en salud mental equivale al 2,069% de la cuota asignada a la sección salud.

[225] Información obtenida de la página web del Ministerio de Economía y Finanzas. Visitado el 10 de junio de 2023. Disponible en: https://apps5.mineco.gob.pe/transparencia/Navegador/default.aspx

[226] La carga de enfermedad es un indicador que muestra "la brecha existente entre la situación actual de salud de una población y la ideal en la que cada miembro de esa población podría alcanzar la vejez libre de enfermedad y discapacidad" (Minsa 2023: 15)

[227] Información entregada por el Ministerio de Salud, en julio de 2023, como respuesta a un pedido de información solicitado en virtud del derecho de acceso a la información pública realizado por la autora de esta investigación.

[228] Información entregada por EsSalud, en agosto de 2023, como respuesta a un pedido de información solicitado en virtud del derecho de acceso a la información pública realizado por la autora de esta investigación.

que no fue atendida en salud mental refirió que el motivo principal fue la falta de dinero. (Diez-Canseco y otros 2014: 133)

En relación con la falta de percepción de padecimiento de algún trastorno mental; en un estudio realizado en el 2012, se observó que el 47.1% de la población que requiere atención en salud mental, no percibe o no reconoce que padece algún trastorno de salud mental (Minsa 2018: 34). Entre los diversos elementos que conllevan a la falta de reconocimiento de la dolencia de enfermedades mentales, están los criterios culturales o la falta de información sobre salud mental. En algunas comunidades, “problemas como la violencia familiar o el abuso del alcohol suelen verse “normales”” (Minsa 2018: 35), lo que conlleva a la normalización de dichas situaciones, y ocasiona que ya no se busque atención en salud mental.

En lo que se refiere al desconocimiento del tratamiento adecuado o el miedo al estigma social (Minsa 2018: 34-35), se observa que parte de la población que sí advierte su padecimiento en salud mental, no busca ayuda o tratamiento porque, dada la falta de información adecuada sobre salud mental, considera que lo puede resolver por sí misma, no sabe a dónde acudir para recibir atención, o se avergüenza de acudir a los establecimientos de salud mental, por el estigma social. Así pues, según estudios epidemiológicos realizados el 2018, el 50 % de la población que sí reconoce y requiere atención profesional piensa que lo puede resolver por sí solo (Minsa 2018: 34). Asimismo, un alto porcentaje de la población que requiere atención en salud mental no sabe adónde ir, desconfía de los servicios médicos, o se avergüenza de buscar ayuda dada la marginación de la sociedad a las personas con trastornos mentales (Minsa 2018: 34).

De lo expuesto, también abordado en el capítulo 1 *supra,* se puede observar que si bien hay un incremento gradual en la provisión del servicio de salud mental (con el aumento de centros de salud mental, hogares protegidos, especialistas en salud mental, entre otros); existe una brecha del 80 % en el acceso a los servicios de salud mental, superior al promedio de brecha en Latinoamérica, de 78.1 % en adultos.

Por ello, en este apartado se evaluará si la provisión actual de servicios de salud mental -que cuenta con una brecha de atención del 80%- como parte del cumplimiento de la obligación progresiva de garantizar la plena efectividad del derecho a la salud mental, derivada de la posición *ius fundamental* “toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental” es suficiente. Así, se analizará si hay razones constitucionales que justifican el no avance suficiente de la tutela de dicho derecho, que afecta más a las personas que se encuentran dentro de la brecha del 80 % que no accede a servicios de salud mental y que requieren atención urgente.

En ese sentido, se trabajará con el caso de una persona que se encuentra dentro de la brecha del 80% que no recibe atención en salud mental, a causa de la escasez de sus recursos económicos, ya que suelen ser los usuarios del sistema de salud público, e ilustra la vulnerabilidad estructural que padece la población en condición de pobreza. Y es que las enfermedades de salud mental son costosas en su tratamiento, razón por la cual las personas con escasos recursos económicos tienen capacidad reducida para pagar un tratamiento particular adecuado en salud mental, lo que conlleva a que su dolencia mental se incremente, agrave, cronifique o en algunos casos tenga consecuencias irreparables, que afecten sus derechos a la vida, salud, integridad, libre desarrollo de la personalidad, trabajo, entre otros.

Adicionalmente, en este análisis se tendrá como sujeto activo a una persona que requiere atención urgente en salud mental, pues en este supuesto, a fin de evitar la

cronicidad, mayor discapacidad o vulnerabilidad, se presenta la necesidad apremiante de buscar soluciones o de presentar justificaciones constitucionales que sustenten la no provisión del servicio.

Para tales efectos, a fin de examinar si el cumplimiento de la obligación progresiva es suficiente, cabe recordar que Clérico propone que, cuando se evalúa la violación del contenido del derecho a la salud como principio, se aplica el test de proporcionalidad (Clérico 2018: 28). En virtud de ello, la mencionada autora concluye que, del examen de proporcionalidad debe surgir el accionar estatal suficiente (Clérico 2018: 64). Nosotros estamos de acuerdo con dicho planteamiento, que sigue la línea de lo propuesto en el capítulo segundo de esta investigación, pues en la medida que la obligación de progresividad se manifiesta como norma principio, el test de proporcionalidad es el adecuado para examinar si se han adoptado medidas lo más amplias posibles, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas existentes para su cumplimiento. Con tal efecto, conforme a lo concluido en el capítulo 2 de este trabajo, se tendrán en cuenta los criterios de igualdad y no discriminación, urgencia, situación de pobreza, recursos disponibles, práctica sistemática, atención ineficiente e inexistente, vulnerabilidad del titular, situación familiar, diagnóstico, idoneidad, existencia de medidas alternativas, necesidad de tratamiento, ponderación, entre otros.

Así pues, al realizar la reconstrucción de un caso a través del proceso de amparo, en el que se analice la falta de atención oportuna de salud mental de una persona en condición de pobreza y que requiere el servicio con urgencia; se advierte que el análisis parte de la solicitud de una persona –con escasos recursos económicos y que requiere atención urgente– de atención oportuna en servicios de salud mental en un establecimiento de salud público, como puede ser en un centro de salud mental comunitario (considerando que, de los 33 centros de salud mental comunitarios que se requieren para cubrir la atención en salud mental de la población, hay 248), un hogar protegido (estimando que, de los 241 hogares protegidos que se necesitan, hay 57), o una instalación de primer nivel de atención (teniendo en cuenta que solo alrededor del 14.07% cuentan con servicios de psicología).

Pues bien, en la línea de lo expuesto, a continuación, se identificará la restricción o medida que interviene en los derechos que surge del actuar estatal insuficiente. Luego, se determinarán los derechos intervenidos y su grado. Finalmente, teniendo en cuenta estos elementos, se realizará el examen de proporcionalidad referido.

a. Identificación de la restricción o medida que interviene en el ámbito prima facie garantizado por los derechos fundamentales, que surge del actuar estatal insuficiente

En el presente caso, se observa que la medida que interviene en la posición *ius fundamental* “toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental”, que se deriva del derecho a la salud, se produce por la faltade atención suficiente y oportuna frente al pedido de una persona de servicios de salud mental (desde el diagnóstico hasta el tratamiento) en un centro de salud mental comunitario, hogar protegido o establecimiento de primer nivel de atención. Como se indicó *supra,* alrededor del 30% de la población en el país requiere atención en salud mental; sin embargo, el 80 % de los que necesitan atención en salud mental, no accede a dicho servicio, porcentaje que es superior a la brecha promedio en la región latinoamericana. Esta falta de prestación suficiente de servicios de salud mental de parte del Estado, afecta en mayor medida a las personas que se encuentran en situación de pobreza y que urgen atención urgente.

Seguidamente, se analizarán los derechos restringidos por la medida identificada.

b. Determinación del ámbito *prima facie* garantizado por los derechos fundamentales y el grado de su intervención

Se advierte que la falta de atención suficiente y oportuna a servicios de salud mental en un centro de salud mental comunitario, hogar protegido o establecimiento de primer nivel de atención. interviene en un nivel elevado en el derecho a la salud, en conexión con los derechos a la integridad personal e igualdad, por lo siguiente:

- La falta de atención suficiente y oportuna a servicios de salud mental en un centro de salud mental comunitario, hogar protegido o establecimiento de primer nivel de atención interviene en un grado alto en el derecho a la salud mental de las personas, particularmente en aquellascon escasos recursos económicos y requieren atención psiquiátrica urgente.

Al respecto, como se indicó en el capítulo 1 de esta investigación, el derecho a la salud se encuentra reconocido en el artículo 7 de la Constitución. Este derecho garantiza el más alto grado de bienestar físico y mental. Una de sus posiciones *ius fundamentales* es el derecho de acceder a servicios de salud mental, el cual tiene entre sus obligaciones garantizar progresivamente el acceso a servicios de salud mental. Y, en la prestación de esta obligación se manifiestan las características de disponibilidad, accesibilidad, calidad y adaptabilidad.

Teniendo en cuenta dicho contenido del derecho a la salud mental, la falta de atención suficiente y oportuna a servicios de salud mental en un centro de salud mental comunitario, hogar protegido o establecimiento de primer nivel de atención afecta en un grado más elevado a las personas en situación de pobreza, en comparación con las personas que sí tienen recursos económicos. Efectivamente, la pobreza es una condición humana que se caracteriza por la privación continua o crónica de recursos, capacidad, poder, entre otros elementos, que son necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos fundamentales[229]. En ese sentido, teniendo en cuenta que el tratamiento de la salud mental implica grandes costos económicos (Minsa 2018: 24), frente a la falta de prestación de servicios de salud mental pública, las personas en condición de pobreza no tienen los recursos o capacidad suficientes para contratar un servicio de salud mental privado, lo que conlleva a que no accedan oportunamente al servicio médico mental. Esta falta absoluta de acceso al servicio de salud mental de la persona en situación de pobreza, la priva de disfrutar de un nivel de vida adecuado, en el que goce plenamente de sus derechos fundamentales. Asimismo, como se indicó *supra,* la afectación del derecho a la salud mental a las personas en situación de pobreza eleva el grado de intervención en el derecho (STC 3081-2007-PA/TC, 5048-2016-PA/TC). Por tanto, la falta de atención suficiente y oportuna a servicios de salud mental en un centro de salud mental comunitario, hogar protegido o establecimiento de primer nivel de atención, de las personas en situación de pobreza, constituye una intervención grave en su derecho a la salud mental.

Además, la falta de atención suficiente y oportuna a servicios de salud mental en un centro de salud mental comunitario, hogar protegido o establecimiento de primer nivel de atención, de personas en situación de pobreza, se enmarca en el nivel profundo de vulnerabilidad estructural y sistémico en el que se encuentran estos sujetos. En efecto, la pobreza se caracteriza por violaciones múltiples e interconexas de los derechos

[229] Comité de Desc, E/C.12/2001/10, párr. 8.

civiles, políticos, económicos, sociales y culturales[230]. Por ello, la Corte Interamericana de derechos humanos ha señalado que la pobreza es un factor de vulnerabilidad que profundiza el impacto que tienen las víctimas de violaciones de derechos humanos[231]. Así, las personas en situación de pobreza que no acceden a un servicio de salud mental de manera oportuna, no solo ven intervenido su derecho a la salud mental, sino también, de manera conexa, se afectan sus derechos a la integridad, vida digna, libre desarrollo de la personalidad, entre otros. Y, ello manifiesta un incremento en el nivel de vulnerabilidad estructural y sistémico de estas personas.

En cambio, la falta de atención suficiente y oportuna a servicios de salud mental en un centro de salud mental comunitario, hogar protegido o establecimiento de primer nivel de atención afecta en un grado menor (no sería alto o grave) en las personas que sí tienen recursos económicos para contratar servicios de salud mental, dado que tienen la posibilidad de acceder al servicio de salud mental por su propia cuenta[232], con lo cual no se afectaría gravemente el derecho a la salud mental de estas personas, en conexión con sus otros derechos fundamentales.

En esta línea, en la causa C. 823.XXXV (caso Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social), uno de los criterios que se utilizó para disponer que se continúen suministrando medicamentos al menor hijo, para su padecimiento de la médula ósea, de manera gratuita, y en forma permanente e ininterrumpida, fue la falta de recursos en la que se encontraba. Asimismo, en la STC 03081-2007-PA/TC, también se utilizó el criterio de los escasos recursos económicos y la situación de vulnerabilidad para concluir que la madre de una paciente con enfermedad mental no podía hacerse cargo de ella.

Por su parte, la falta de atención suficiente y oportuna a servicios de salud mental en un centro de salud mental comunitario, hogar protegido o establecimiento de primer nivel de atención afecta en un grado más elevado a las personas que requieren dicho tratamiento de manera urgente, en comparación con los sujetos que no los requieren con urgencia.

Al respecto, en la STC 02383-2013-PA/TC[233] (fund. 14), el Tribunal Constitucional ha señalado que la urgencia, para la viabilidad del proceso de amparo, puede ser por amenaza de irreparabilidad (la alegada afectación puede tornar irreparable) o por la magnitud del bien involucrado o del daño (la alegada afectación puede generar daños graves). Asimismo, la atención en salud mental es particularmente urgente en pacientes con enfermedades crónicas, porque pueden agravarse, en la medida que tienen un mayor riesgo de desarrollar algún trastorno mental, que puede además dificultar el manejo y empeorar su condición crónica (Diez-Canseco y otros 2014: 135) La falta de atención oportuna a servicios de salud mental en los casos severos puede ocasionar que la salud mental se incremente o agrave hasta el punto de tornarse irreparable.

[230] ONU, Principios Rectores sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos, 27 de setiembre de 2012, Resolución 21/11, principio 3.
[231] Corte IDH, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006, párr. 104, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 201.
[232] En esta investigación no se analiza la falta de disponibilidad suficiente de psiquiatras frente a las personas que sí tienen recursos económicos que les permita contratar servicios de salud mental. Ello debido a que en estos casos la intervención en su derecho a la salud mental no sería alta o grave, al tener la posibilidad de acceder al servicio de salud mental por su propia cuenta.
[233] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2015.

Por tanto, atendiendo al concepto de urgencia referido, se observa que la falta de atención suficiente y oportuna a servicios de salud mental en un centro de salud mental comunitario, hogar protegido o establecimiento de primer nivel de atención, , en los casos que requieren atención urgente, puede convertirse irreparable o generar daños graves, lo que evidenciaría una intervención elevada en el derecho a la salud mental. De esta manera, se vulneraría en un grado elevado la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental".

En la jurisprudencia, tanto nacional como comparada, se observan casos en los que ha garantizado derechos en base a criterios como la urgencia, a fin de no generar daños irreparables en la garantía y goce del derecho. Así, en el caso Grootboom, el Tribunal de Sudáfrica consideró factores como la urgencia frente a la evidente vulnerabilidad de cientos de personas que habían sido desalojadas por el Estado, para garantizar el derecho a la vivienda digna de estas personas. Asimismo, el Tribunal Constitucional peruano, en el caso Azanca Meza García (STC 02945-2003-AA/TC), consideró la urgencia como uno de los criterios en virtud de los cuales correspondía garantizar el derecho a la salud de la demandante, y así ordenar la distribución de medicamentos retrovirales para el VIH/SIDA. En el mismo orden de ideas, en la STC 01470-2016-PHC/TC, el Tribunal Constitucional señaló que el criterio que define a una obligación en el primer umbral de garantía mínima y esencial de los derechos, es la urgencia. Con este factor, el Tribunal consideró que correspondía que no se cierre un comedor popular en Arequipa, a fin de garantizar el mínimo esencial del derecho a la alimentación adecuada de los usuarios.

En suma, se observa que, en particular, la falta de atención suficiente y oportuna a servicios de salud mental en un centro de salud mental comunitario, hogar protegido o establecimiento de primer nivel de atención interviene en un grado elevado el derecho a la salud mental de las personas en situación de pobreza y que requieren atención urgente.

- La falta de atención suficiente y oportuna a servicios de salud mental en un centro de salud mental comunitario, hogar protegido o establecimiento de primer nivel de atención impacta en un grado alto en el derecho a la integridad personal de las personas que se encuentran en una situación de pobreza y requieren atención médica mental urgente.

El derecho a la integridad personal garantiza 3 planos: físico, psíquico y moral. La integridad física "presupone el derecho a conservar la estructura orgánica del ser humano; y, por ende, a preservar la forma, disposición y funcionamiento de los órganos del cuerpo humano y, en general, la salud el cuerpo". Por su parte, la integridad psíquica garantiza "la preservación de las habilidades motrices, emocionales e intelectuales (…), asegura el respeto de los componentes psicológicos y discursivos de la persona, tales como su forma de ser, su personalidad, su carácter, así como su temperamento y lucidez para conocer y enjuiciar el mundo interior y exterior del ser humano". Y, la integridad moral "defiende los fundamentos del obrar de una persona en el plano de la existencia y coexistencia social". (STC 02333-2004-PHC/TC[234], fund. 2.1, 2.2 y 2.3)

La falta de atención suficiente y oportuna a servicios de salud mental en un centro de salud mental comunitario, hogar protegido o establecimiento de primer nivel de atención, para las personas que no cuentan con recursos económicos suficientes para contratar a un privado, y que requieren de dicho servicio con urgencia, devendría en la disminución de las habilidades motrices, emocionales y/o intelectuales del sujeto, en

[234] Publicado en la web del Tribunal Constitucional, el 29 de octubre de 2004. No se tiene referencia de la fecha de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

tanto que no podrían acceder al tratamiento en salud mental de manera oportuna y ello podría devenir en la cronicidad, mayor discapacidad, e irreparabilidad de su salud mental. Por consiguiente, la medida intervendría en un grado elevado el derecho a la integridad personal en el plano psíquico.

- La falta de atención oportuna a servicios de salud mental en un centro de salud mental comunitario, hogar protegido o establecimiento de primer nivel de atención impacta en un grado alto en el derecho a la igualdad de las personas que tienen escasez de recursos económicos y requieren atención urgente.

La discriminación consiste en toda distinción que tenga por objeto menoscabar en el goce y ejercicio de los derechos de las personas en condiciones de igualdad[235]. Asimismo, entre los criterios sobre los cuales se basa la discriminación (también denominados categorías sospechosas o motivos prohibidos), se encuentran la raza, sexo, edad, origen, idioma, religión, condición económica[236], discapacidad, entre otros.

Y, existen distintos tipos de discriminación, como son la directa, indirecta, múltiple, estructural, entre otros. La discriminación directa consiste en el trato diferenciado a una persona o grupo de personas, en base a las categorías sospechosas, y se explicita de manera clara o expresa[237]. La discriminación indirecta se refiere a aquel trato diferenciado sobre la base de un motivo aparentemente neutro, pero que genera perjuicio a una persona o grupo de personas[238]. La discriminación múltiple o interseccional consiste en la diferenciación por más de un motivo prohibido (Salomé 2015: 317). Asimismo, la discriminación estructural consiste en la existencia de prácticas, normas, políticas o actitudes culturales, históricas, sistémicas, sobre algunos grupos de la sociedad, que ocasionan que no gocen sus derechos, de la misma manera que otros grupos de la sociedad (Salomé 2017: 43) (Comité Desc 20: párr. 12).

En el caso concreto, la falta de atención suficiente y oportuna a servicios de salud mental en un centro de salud mental comunitario, hogar protegido o establecimiento de primer nivel de atención limita la posibilidad de que las personas en situación de pobreza que requieren atención urgente, accedan a tratamientos médicos mentales, a diferencia de los sujetos que sí cuentan con recursos económicos. Y es que los tratamientos médicos en salud mental son altamente costosos (Minsa 2018: 24), por lo que la falta de recursos económicos de las personas en situación de pobreza reduciría la posibilidad de que puedan acceder por su cuenta al servicio privado.

En consecuencia, las personas en condición de pobreza son discriminadas en el acceso a los servicios de salud mental públicos, en la medida que la falta de atención suficiente y oportuna a servicios de salud mental en un centro de salud mental comunitario, hogar protegido o establecimiento de primer nivel de atención genera que no puedan gozar de

[235] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gonzáles Lluy vs Ecuador. Párrafo 253.

[236] El artículo 2.2 del Pidesc señala de manera expresa que una de las causas de discriminación es la posición económica: "2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social." (el resaltado se nuestro)

[237] El Comité Desc, en la Observación General 20 párr 10.a, ha señalado que la discriminación directa es "un individuo recibe un trato menos favorable que otro en situación similar por alguna causa relacionada con uno de los motivos prohibidos de discriminación".

[238] El Comité Desc, en la Observación General 20 párr 10.a, ha señalado que la discriminación indirecta es "hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación".

su derecho a la salud mental, a diferencia de los que sí cuentan con recursos económicos para pagar el servicio privado.

Asimismo, las personas en situación de pobreza son objeto de discriminación múltiple[239], dado que se encuentran en situación de desventaja para gozar de sus derechos fundamentales, por varios motivos prohibidos, tales como la condición económica, la discapacidad en caso haya sido desembocada por la falta de tratamiento médico mental, a los que pueden aunarse otros factores como el sexo, la edad, la raza, etc.

Y, la falta de atención oportuna y suficiente en salud mental en el Estado, profundiza la situación de discriminación estructural que ya padecen las personas en situación de pobreza y que requieren de atención urgente en salud mental[240]. En efecto, las personas con escasos recursos económicos no pueden acceder por su cuenta a todos los servicios públicos, como el agua potable, educación, centros médicos, entre otros. La relación entre la pobreza y la salud mental crea un círculo vicioso, pues la pobreza y sus condiciones afectan la salud mental de las personas, y esta influye a su vez en la economía de los sujetos (Organización Mundial de la Salud 2001: 14) (Instituto Nacional de Salud Mental 2019: 34). En ese sentido, estas personas no acceden plenamente a todos los servicios públicos y de esa manera no pueden gozar de sus derechos fundamentales de la misma manera como sí lo hacen las personas que cuentan con recursos económicos para solventarlos por su cuenta. Así, dicha falta de acceso ocasiona que la pobreza se transmita de generación en generación, limita su participación en la sociedad, el mercado laboral, etc. Por tanto, la falta de atención suficiente y oportuna de servicios de salud mental en establecimientos como centros de salud mental y hogares protegidos es parte de la omisión sistemática del Estado, que no les permite a las personas en condición de pobreza a gozar plenamente de sus derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, en el caso Board of education, la Corte Suprema de Estados Unidos garantizó el derecho a la educación de estudiantes de raza negra, tras considerar que dichos estudiantes eran víctima de una práctica sistemática de discriminación en su educación, reconocible objetivamente. Se observa en dicho caso que las personas de raza negra eran víctimas de una discriminación estructural, en la que no podían ejercer múltiples derechos fundamentales y se encontraban excluidas históricamente, a diferencia de las personas que no eran de raza negra. En esa línea, la política educativa a nivel nacional en Estados Unidos era el acceso diferenciado a la educación para las personas de raza negra, lo que generaba que estos sujetos tengan más obstáculos para desarrollarse y gozar de sus derechos, con lo que la posibilidad de superar la pobreza era escaza. En tal sentido, la diferencia en el acceso a la educación en razón de la raza era un elemento objetivo de discriminación sistemática, lo que dio lugar a la decisión de la corte norteamericana para fallar a favor de la eliminación de dicho trato diferenciado.

Por tanto, la falta de atención suficiente y oportuna a servicios de salud mental en un centro de salud mental comunitario, hogar protegido o establecimiento de primer nivel de atención vulnera en un grado alto el derecho a la igualdad y no discriminación de las

[239] Como se indicó anteriormente, la discriminación múltiple o interseccional se produce cuando en una misma persona o grupo de personas, se une más de un motivo prohibido de discriminación (Salomé 2015: 317).

[240] Salomé advierte que en la región interamericana hay determinados grupos sociales que se encuentran en situación de discriminación estructural, entre los que se encuentran las personas en situación de pobreza, mujeres, personas LGTBI, etc. (Salomé 2017: 284-285)

personas en situación de pobreza, en la medida que son víctimas de discriminación múltiple y estructural.

En virtud de todo lo expuesto, se concluye que la falta de disponibilidad suficiente de servicios de salud mental en los establecimientos de salud públicos vulnera en un grado alto los derechos a la salud, integridad personal e igualdad y no discriminación de las personas en situación de pobreza y que requieren de atención urgente.

Pues bien, a continuación, se analizará si la falta de atención suficiente y oportuna a servicios de salud mental en un centro de salud mental comunitario, hogar protegido o establecimiento de primer nivel de atención interviene *arbitrariamente* en el ámbito *ius fundamental* de los derechos a la salud, integridad personal e igualdad y no discriminación de las personas en situación de pobreza y que requieren de atención urgente, a través del examen de proporcionalidad. Con ello, se observará si hay razones jurídico constitucionales que justifican la atención insuficiente en salud mental en el país.

c. Examen de proporcionalidad

Como se indicó en el capítulo 2 de este trabajo de investigación, el examen de proporcionalidad está compuesto por tres exámenes: a) el sub principio de idoneidad; b) el sub principio de necesidad y c) el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto. En consecuencia, a continuación, se realizará el examen del sub principio de idoneidad, en el cual se determinará si la medida que interviene en los derechos a la salud mental, integridad personal e igualdad y no discriminación de las personas en situación de pobreza y que requieren atención urgente, persigue un objetivo válido, y si dicho objetivo alcanza los fines constitucionales de garantizar progresivamente el derecho a la salud y el principio de equilibrio presupuestal. Luego, se realizará el examen del sub principio de necesidad, a través del cual se determinará si existen medidas que, alcanzando los mismos fines constitucionales, intervienen en menor medida los derechos identificados como intervenidos. Y, finalmente, el tercer examen es la ponderación en sentido estricto.

Examen del sub principio de idoneidad

En el presente caso, se observa que la falta de atención suficiente y oportuna a servicios de salud mental en un centro de salud mental comunitario, hogar protegido o establecimiento de primer nivel de atención es idónea para tutelar el principio de equilibrio presupuestal y la dimensión objetiva del derecho a la salud mental; y por el otro lado, no es suficiente para garantizar el derecho de acceso a servicios de salud mental de la solicitante.

En cuanto a la idoneidad del principio de equilibrio presupuestal, se observa que existe una relación causal entre el medio empleado [la falta de atención suficiente y oportuna a servicios de salud mental en un centro de salud mental comunitario, hogar protegido o establecimiento de primer nivel de atención] y el objetivo [preservar el presupuesto público]. Sobre el particular, la contratación de más personal en salud mental en establecimientos de salud mental, así como la implementación de más centros de salud mental y hogares protegidos implica la disposición de mayor presupuesto público. Para que se cubra la necesidad de atención en salud mental de cerca de 10 millones de habitantes en el Perú, se requiere de un mayor presupuesto público. En este sentido, la contratación actual de un reducido número de especialistas en salud mental en establecimientos públicos; de 57 hogares protegidos de los 241 que se recomiendan, de 248 centros de salud mental de los 333 que se necesitan; entre otros, involucra una

reducida disponibilidad presupuestal, lo que coadyuva a preservar el presupuesto público.

Y, se advierte que dicho objetivo [preservar el presupuesto público], promueve una finalidad constitucional [proteger el principio de equilibrio presupuestario, reconocido en el artículo 77 de la Constitución[241]].

Al respecto, el principio de equilibrio presupuestario consiste en que los ingresos y gastos del Estado se encuentren debidamente balanceados, de modo que se aprueben las medidas con criterios de razonabilidad. El presupuesto equilibrado es una idea-fuerza de la ortodoxia fiscal que se inspira en las doctrinas del *Public Choice*, que propone la fijación de límites a la capacidad de decisión política en materia fiscal y presupuestaria (Kresalja y Ochoa 2020: 337). Y, la consciencia de la escasez de recursos de cara a las obligaciones estatales de garantizar los derechos fundamentales subyace a dicho principio (STC 0016-2020-PI/TC[242], fund. 29).

En cuanto a la relación entre el presupuesto y la garantía de los derechos fundamentales, se advierten varios enfoques:

- De un lado, un enfoque considera que el ejercicio del derecho depende del presupuesto público (Corti 2011: 789). Un ejemplo de esta postura es la adoptada por el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia recaída en el Expediente 0083-1992-AA/TC, en la que considera que no son exigibles judicialmente las normas que requieran nuevos o mayores gastos públicos. En esta sentencia se observa que la tutela judicial del derecho depende de la disponibilidad del presupuesto público.

  Este enfoque es cuestionable porque colisionaría con una de las características del Estado constitucional de derecho, referida a la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, pues la falta de tutela judicial del derecho por únicamente demandar nuevos o mayores gastos públicos, devendría en la omisión de la garantía del derecho.

- Por otra parte, otro enfoque plantea que el ejercicio del derecho no depende del presupuesto público. Un ejemplo de este enfoque es el adoptado en la emisión de la Ley 31083[243] – Ley que establece un régimen especial facultativo de devolución de los aportes para los aportantes activos e inactivos bajo el Decreto Ley 19990[244] administrados por la Oficina de Normalización Previsional (ONP). Ello debido a que dicha norma fue emitida con la finalidad de garantizar el derecho a la pensión, sin tener fuente de financiamiento para cubrir los 15 000 millones de soles que involucraba su implementación, conforme fue advertido en la sentencia recaída en el expediente 0016-2020-PI/TC (fund. 9,15). Otro ejemplo es la Ley 31173[245], "Ley que garantiza el cumplimiento de la Ley 29625, Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo, priorizando a la población vulnerable, como consecuencia de la pandemia de la COVID-19, sobre devolución del Fonavi", cuyos algunos artículos fueron declarados inconstitucional por el Tribunal Constitucional. Con esta ley, el Congreso pretendió garantizar el derecho de

[241] Constitución Política del Perú
"Artículo 77.- El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización".
[242] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 11 de febrero de 2021.
[243] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 4 de diciembre de 2020.
[244] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de abril 1973.
[245] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 27 de abril de 2021.

propiedad, sin tener en cuenta que su implementación involucraba un presupuesto equivalente a 50 veces el Producto Bruto Interno de China (S/ 3,835 billones de soles).

Se advierte que este enfoque desnaturaliza el principio de equilibrio presupuestal, reconocido en el artículo 77 de la Constitución, puesto que no lo toma en cuenta, lo que podría generar desestabilidad en la economía, y con ello la desprotección de otros derechos fundamentales.

- Desde otra perspectiva, se plantea que el presupuesto público es un instrumento que coadyuva a la garantía del derecho (Corti 2011: 789). En este enfoque se reconoce que la garantía de los derechos fundamentales necesita de disponibilidad presupuestal; sin embargo, se requiere que dichas decisiones presupuestales sean razonables. La razonabilidad involucra que haya proporción entre los fines perseguidos por la autoridad y los medios empleados (Corti 2011: 866). En esta línea, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que todas las normas que rigen las actuaciones de los poderes públicos, a quienes se les ha encomendado la elaboración y aprobación del presupuesto público anual, se rigen por los principios de legalidad, competencia, justicia presupuestaria, equilibrio y estabilidad presupuestaria, etc. (STC 0016-2020-PI/TC, fund. 26).

  Se observa que esta perspectiva se encuentra en concordancia con el principio de equilibrio presupuestario, reconocido en el artículo 77 de la Constitución, puesto que orienta a los poderes públicos a utilizar razonablemente el presupuesto público, sin dejar de exigir la garantía de los derechos fundamentales. Asimismo, este criterio coadyuva a garantizar la igualdad material, y con ella a alcanzar la justicia social, pues el criterio de razonabilidad exige tomar en cuenta la protección prioritaria de los grupos en situación de vulnerabilidad.

En suma, teniendo en cuenta el tercer enfoque referido, la preservación del presupuesto público coadyuva a alcanzar la finalidad de proteger el principio de equilibrio y estabilidad presupuestal, puesto que permite el uso razonable del presupuesto público y a su vez coadyuva garantizar el derecho a la salud mental.

Ahora bien, en los últimos años se viene incrementando la atención en salud mental en centros de salud mental comunitario, hogares protegidos o establecimientos de salud de primer nivel de atención; con lo que se infiere que hay uso de parte del presupuesto público, que tiene por objeto garantizar progresivamente la cobertura en salud mental en el país. En virtud de ello, se concluye que la falta de atención en salud mental suficiente y oportuna en centros de salud mental comunitario, hogares protegidos o establecimientos de salud de primer nivel de atención coadyuva a resguardar el principio de equilibrio presupuestario, recogido en el artículo 77 de la Constitución, ya que se viene asignando el presupuesto de manera progresiva para la implementación paulatina de los establecimientos de salud mental.

En cuanto a la finalidad de garantizar la dimensión objetiva del derecho a la salud mental, se observa que hay implementación paulatina de centros de salud comunitarios, hogares protegidos y establecimientos de primer nivel de atención. Esto implica que hay un incremento en la disponibilidad de servicios en salud mental en establecimientos públicos, aunque no es suficiente para atender a la totalidad de la población que la requiere.

Al respecto, conforme a lo expuesto en el primer capítulo de esta tesis, hay disponibilidad parcial en la provisión de servicios de salud mental que afecta a cerca del

80 % de la población que requiere atención en salud mental, pero no accede. No obstante, se observa que hay un incremento gradual en la provisión de servicios en salud mental, pues se ha venido implementando centros de salud mental comunitarios y hospitales protegidos, se ha contratado más especialistas en salud mental en los establecimientos de salud públicos, entre otras actividades.

Siendo así, se advierte que existe una relación causal entre el medio empleado (la falta de atención en salud mental suficiente y oportuna en los establecimientos de salud públicos) y el objetivo que se pretende alcanzar (proveer el acceso paulatino al servicio de salud mental), pues la no provisión de manera suficiente servicios de salud mental en los establecimientos públicos, tiene como justificación la garantía paulatina del servicio de salud mental, lo que de cierto modo justificaría una omisión temporal.

Por su parte, dicho objetivo (proveer el acceso paulatino al servicio de salud mental), promueve un fin constitucional (la garantía de la dimensión objetiva del derecho a la salud mental, reconocido en el artículo 7 de la Constitución). En efecto, como se indicó en el capítulo primero, la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental" genera la obligación progresiva de garantizar gradual y siempre hacia adelante (no retroceso, sino progreso) hasta lograr la plena efectividad del derecho a la salud. Por consiguiente, la provisión paulatina de servicios de salud mental es una característica del derecho a la salud.

En tal sentido, se aprecia que el objetivo, referido a proveer el acceso paulatino al servicio de salud mental, promueve la garantía del derecho a la salud mental, el cual se encuentra recogido en el artículo 7 de la Constitución.

De otro lado, la falta de atención en salud mental suficiente y oportuna en los centros de salud mental, hogares protegidos o establecimientos de primer nivel de atención es inidónea para garantizar el derecho a la salud del solicitante (persona en condición de pobreza y requiere atención urgente).

Sobre el particular, como se indicó en el apartado en el que se determinó el ámbito *prima facie* garantizado de los derechos fundamentales y el grado de su intervención, la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental" genera la obligación progresiva de garantizar gradual y siempre hacia adelante (no retroceso, sino progreso) el ejercicio y goce del derecho a la salud, hasta lograr su plena efectividad. Asimismo, las características de este derecho son la accesibilidad, disponibilidad, calidad y asequibilidad. Sin embargo, se advirtió que la falta de atención suficiente y oportuna a servicios de salud mental en un centro de salud mental comunitario, hogar protegido o establecimiento de primer nivel de atención interviene en un grado más elevado a las personas en situación de pobreza y que requieren atención urgente.

En ese sentido, sin perjuicio de la obligación de garantía gradual del derecho de acceso a servicios de la salud mental, la protección suficiente de dicho derecho para las personas con escasos recursos y que requieren atención en salud mental urgente es fundamental, por ser altamente afectadas. La garantía suficiente permite garantizar el principio de dignidad, la cláusula de estado social, y coadyuva al ejercicio de sus otros derechos fundamentales, como la integridad personal, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, ente otros. Y es que la falta de atención suficiente y oportuna afecta en mayor medida a los más pobres y que requieren atención urgente, por cuanto estos enfrentan más obstáculos para costear los tratamientos mentales, se encuentran en una situación de vulnerabilidad estructural, y la demora en la atención ocasiona cronicidad de la enfermedad mental o daños irreversibles.

En el caso que se analiza en este acápite, de la persona en condición de pobreza y que requiere atención urgente en servicios de salud mental en un establecimiento de salud público, se observa que no hay un programa que atienda suficientemente a este tipo de personas; razón por la cual, se advierte que la medida (la falta de atención suficiente y oportuna frente al pedido de de servicios de salud mental, en un centro de salud mental comunitario, hogares protegidos o establecimientos de primer nivel de atención, de una persona, en condición de pobreza y que requiere atención urgente) no conduce a la garantía de su derecho de acceso a servicios de salud mental.

Por lo tanto, a continuación, se evaluará si existen medios alternos igualmente idóneos que, alcanzando la misma finalidad (promoción del principio de equilibrio presupuestal), intervienen en menor medida los derechos a la salud mental, integridad personal e igualdad y no discriminación de las personas en situación de pobreza que requieren atención en salud mental urgente.

Examen del sub principio de necesidad

Una medida alternativa a la falta de atención en salud mental es la programación tardía de la cita médica en salud mental; sin embargo, se observa que tampoco es suficiente para satisfacer el goce y ejercicio del derecho a la salud mental de las personas en condición de pobreza y que requieren atención urgente.

En algunas instituciones de salud públicas hay una demora de un mes y medio en la atención, desde que es programada la cita médica, lo que ocurre por ejemplo en el Hospital Víctor Larco Herrera “si bien en el servicio de consulta externa de personas adultas hay un buen número de psiquiatras, hay pocos psicólogos. Esto hace que se acumulen las citas, por lo que en el área de psicología de consulta externa hay un retraso de citas de mes y medio aproximadamente” (Defensoría del Pueblo 2018: 74).

Debido a que el tratamiento en salud mental requiere por lo general de múltiples citas o sesiones por un tiempo prolongado; la demora en la programación de sesiones, de un mes y medio por ejemplo, no es suficiente para las personas que requieren atención en salud mental urgente y se encuentran en situación de pobreza, por cuanto los destinatarios tienen que esperar hasta la fecha programada, al no tener recursos para contratar un servicio particular inmediato, corriendo el riesgo de que su trastorno mental se vuelva crónico o devenga en daños irreversibles.

En suma, la falta de atención suficiente y oportuna frente al pedido de una persona de servicios de salud mental (desde el diagnóstico hasta el tratamiento), en centros de salud mental comunitarios, hogares protegidos o establecimientos de primer nivel de atención, no es suficiente para garantizar el goce y ejercicio del derecho a la salud mental de las personas en condición de pobreza y que requieren atención urgente. Dicha medida no persigue la garantía del derecho de acceso a servicios de salud mental de dichos sujetos, razón por la cual esta medida no satisface el examen de idoneidad con respecto al derecho a la salud, reconocido en el artículo 7 de la Constitución.

En tal sentido, no se observa que haya una medida alternativa que, alcanzando la misma finalidad (proteger el principio de equilibrio presupuestal) intervenga en menor grado en los derechos a la salud mental, integridad personal, e igualdad y no discriminación de las personas en situación de pobreza que requieren atención en salud mental urgente.

Examen de proporcionalidad en sentido estricto

En este examen corresponde analizar si la falta de atención suficiente y oportuna frente al pedido de una persona de atención y servicios de salud mental (desde el diagnóstico hasta el tratamiento) en un centro de salud mental comunitario, hogar protegido o establecimiento de primer nivel de atención, es proporcional.

Para tal efecto, se analizará si el grado de afectación en los derechos (en el presente caso, los derechos a la salud mental, integridad personal e igualdad y no discriminación) es menor o igual al grado de optimización del principio que se persigue alcanzar (en el presente caso, proteger el equilibrio presupuestal). De ser mayor el grado de afectación en los derechos y menor el grado de optimización del principio que se pretende fomentar, la intervención resultaría desproporcional. Clérico precisa esta regla y señala que

> "en contextos donde las omisiones o acciones estatales insuficientes afectan las condiciones de existencia digna, requiere una precisión de la regla de la proporcionalidad en sentido estricto, que dice: "Cuando se está en presencia de una realización baja (o muy baja o extremadamente baja) de un derecho de prestación por una omisión o una acción insuficiente, entonces se trata en principio de una violación al mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente" (Clérico 2018: 121).

Como se advirtió previamente, la falta de atención suficiente y oportuna frente al pedido de una persona de atención y servicios de salud mental (desde el diagnóstico hasta el tratamiento) en un centro de salud mental comunitario, hogar protegido o establecimiento de primer nivel de atención interviene en grado alto o grave en los derechos a la salud, integridad psíquica e igualdad y no discriminación de las personas en situación de pobreza y que requieren de atención urgente en salud mental. Sin embargo, en el presente caso se observa que la importancia del grado de fomento de la protección del principio de equilibrio presupuestario, no es igual, cuando menos, al grado de aflicción sufrido por los derechos intervenidos.

En efecto, se observa que la falta de atención suficiente y oportuna frente al pedido de una persona de acceder a servicios de salud mental en un centro de salud mental comunitario, hogares protegidos o establecimientos de primer nivel de atención disponibilidad suficiente de servicios de salud mental en los establecimientos de salud públicos no garantiza en un nivel alto el principio de equilibrio presupuestario.

Sobre el particular, como se indicó previamente, el principio de equilibrio presupuestario consiste en que los ingresos y gastos del Estado se encuentren debidamente balanceados, de modo que se aprueben las medidas con criterios de razonabilidad. La razonabilidad involucra que haya proporción entre los fines perseguidos por la autoridad y los medios empleados (Corti 2011: 866). Se mencionó que, desde un enfoque acorde con el modelo de Estado social y democrático de derecho, el presupuesto es un instrumento que coadyuva a garantizar derechos fundamentales (Corti 2011: 789).

Siendo así, la falta de atención suficiente y oportuna frente al pedido de una persona de acceder a servicios de salud mental en un centro de salud mental comunitario, hogares protegidos o establecimientos de primer nivel de atención implicaría la preservación del presupuesto público, en la medida que la implementación paulatina de tales servicios coadyuva a preservar el presupuesto público. Sin embargo, la falta de inversión pública para ampliar la provisión de atención en salud mental a personas que se encuentran en situación de pobreza y requieren de atención mental urgente, no resulta razonable. Ello debido a que, si no se dispone del presupuesto público en tales casos, se desnaturalizaría el fin del Estado de garantizar el derecho a la salud mental de las

personas en situación de pobreza, a quienes les es difícil acceder al servicio de salud por su propia cuenta, se encuentran en una situación de vulnerabilidad estructural, y la demora en su atención puede causar la cronicidad de su enfermedad mental o generar daños irreparables. En ese sentido, el principio de equilibrio presupuestario, en la medida que no solo implica limitar la capacidad de decisión política en materia fiscal y presupuestaria, sino también que dicha limitación sea razonable exige que se disponga en materia presupuestaria las medidas para garantizar la atención de personas en situación de pobreza, que requieren atención urgente.

Asimismo, un elemento que se analiza para determinar si las decisiones presupuestales que implementan las obligaciones progresivas son razonables es el examen de "el máximo de los recursos disponibles". El máximo de los recursos disponibles involucra utilizar todos los recursos económicos y técnicos, comprendidos por la riqueza nacional y de la sociedad en su conjunto (Corti 2011: 795 y 799); así como pedir apoyo de la cooperación internacional. Asimismo, debe privilegiar a las personas en situación de vulnerabilidad, la desventaja estructural, urgencia, etcétera, lo que permite garantizar la igualdad material y con ello alcanzar la justicia social. Teniendo en cuenta lo referido, se observa que aún cuando no haya presupuesto público suficiente para sostener una política pública que implemente todos los centros de salud mental comunitarios, hogares protegidos y atención en salud mental en todos los establecimientos de primer nivel de atención que se necesitan para cubrir la demanda de los cerca de 10 millones de peruanos que la requieren, el Estado peruano podría recurrir a la cooperación internacional para solicitar apoyo, o elaborar programas de atención focalizados en atención inmediata a personas en condición de pobreza y que requieren atención urgente, a fin de garantizar la cobertura del servicio de salud mental de estas personas.

Por lo expuesto, en la medida que el principio de equilibrio presupuestal requiere de decisiones presupuestales *razonables*, se observa que la falta de atención suficiente y oportuna frente al pedido de acceder a servicios de salud mental en un centro de salud mental comunitario, hogar protegido o establecimiento de primer nivel de atención, de una persona que se encuentra en situación de pobreza, vulnerabilidad estructural y que requiere atención urgente, promueve en un nivel leve, o por lo menos no en un nivel elevado, el principio de equilibrio presupuestario.

En base a lo expuesto, se concluye que el grado de satisfacción del fin (la protección del principio de equilibrio presupuestal), en cuyo nombre se han intervenido los derechos a la salud mental, integridad física e igualdad y no discriminación de las personas en situación de pobreza y que requieren de atención urgente, es leve o por lo menos no en un nivel alto.

Por consiguiente, a medida que el grado de aflicción sufrido por los derechos a la salud mental, integridad psíquica e igualdad y no discriminación es grave; en tanto que el grado de satisfacción de la protección del principio de equilibrio presupuestal es medio y leve, corresponde concluir que la falta de atención suficiente y oportuna frente al pedido de servicios de salud mental, en un centro de salud mental comunitario, hogar protegido o establecimiento de primer nivel de atención, para una persona en condición de pobreza que requiere atención urgente, es desproporcionada.

Asimismo, en términos de la regla de la ponderación precisada por Clérico para las omisiones o acciones estatales insuficientes, la medida advertida viola el mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente, por cuanto hay una realización baja del derecho a la salud mental de las personas en condición de pobreza y que requieren atención urgente, por una acción insuficiente del Estado, y no hay una justificación constitucional razonable para dicho bajo grado de realización del derecho. En este

análisis, el principio de equilibrio presupuestal no es una justificación razonable por cuanto requiere de decisiones presupuestales razonables, lo que no se observa que se haya dado en el supuesto sub análisis por cuando no se ha priorizado la atención de las personas en condición de pobreza, en situación de vulnerabilidad estructural y que requieren atención urgente en salud mental; y tampoco se observa que se haya buscado ayuda a la cooperación internacional para tal programa.

En tal sentido, dado que la falta de atención suficiente y oportuna frente al pedido de servicios de salud mental, en un centro de salud mental comunitario, hogar protegido o establecimiento de primer nivel de atención, para una persona en condición de pobreza que requiere atención urgente es desproporcional y no hay razones constitucionales que justifiquen el accionar insuficiente del Estado, se concluye que se ha vulnerado la norma principio de garantizar progresivamente el acceso a servicios de salud mental de las personas en situación de pobreza y que requieren atención mental urgente, derivada de la posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental".

3.2. Declaración de Estado de Cosas Inconstitucional

El Estado de Cosas Inconstitucional (en adelante ECI) fue establecido por primera vez por la Corte Constitucional de Colombia, en la STC SU 559/97.

En nuestro ordenamiento jurídico, fue utilizada por primera vez por el Tribunal Constitucional en la STC 02579-2003-PHD/TC.

El ECI es una técnica a través de la cual el órgano jurisdiccional extiende los efectos de una sentencia a sujetos ajenos al proceso, cuando advierte una situación que por acción u omisión produce una vulneración generalizada de derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional ha señalado que es en virtud de su rol de encargado de la defensa de la supremacía constitucional que expande los efectos de las sentencias a más allá de las partes (STC 03149-2004-AC/TC: 14)

En la STC 02579-2003-PHD/TC, el Tribunal Constitucional refirió que la declaratoria del ECI se realiza cuando se advierta violación de un derecho derivada de un acto o conjunto de actos, y que lesione o amenace derechos de otros sujetos diferentes a los de la relación jurídico procesal. Y, si se trata de actos individuales, que tengan destinatarios a personas determinadas, la ECI se sustentará en una interpretación constitucionalmente inadmisible de una ley o una disposición reglamentaria por parte del órgano público. (STC 02579-2003-PHC/TC: 19)
.
Posteriormente, el Tribunal Constitucional peruano ha declarado el ECI cuando ha advertido: a) conductas sistemáticas y reiteradas contrarias a la Constitución (STC 03149-2004-AC/TC; STC 04539-2012-AA/TC); b) vulneración de derechos de un número significativo de personas (STC 02579-2003-PHD/TC; STC 00853-2015-PA/TC; STC 2744-2015-PA/TC); c) omisión del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones (STC 00799-2014-PA/TC; STC 00889-2017-PA/TC); d) la vulneración estructural o generalizada de derechos (STC 00853-2015-PA/TC; STC 00799-2014-PA/TC); entre otros.

En cuanto a la salud mental en el país, de todo lo expuesto anteriormente se observa que: a) hay insuficientes centros de salud mental, hogares protegidos y atención en salud mental en todos los establecimientos de salud mental de primer nivel, de cara al cerca de 11,020,911 de habitantes que padecen de algún problema de salud mental; b)

la brecha de la atención en salud mental es de casi el 80 % de la población, en especial en las personas en condición de pobreza[246], cifra que es superior a la brecha promedio del tratamiento de adultos en la región latinoamericana, del 78.1 %[247]; c) hay la reducida cantidad de recursos humanos especializados en salud mental en el estado peruano y centralizados en la ciudad de Lima (Minsa 2018: 28); d) hay reducido presupuesto en los servicios públicos de salud mental (Minsa y OMS 2009: 30-31) (Minsa 2018: 28), del 2 % asignado al sector salud, lo que resulta paradójico si las enfermedades de salud mental se encuentran en el segundo lugar de las enfermedades que se presentan en el país; no hay planes o programas enfocados a la atención de servicios de salud mental en establecimientos públicos, a personas que requieren atención urgente y se encuentran en situación de pobreza; entre otras situaciones.

Ante tal situación se observa que hay un conjunto de actos u omisiones estatales que conllevan a la vulneración del derecho de acceso a los servicios de salud mental de un número significativo de personas, cerca de 11 millones de habitantes en el país que padecen enfermedades mentales; y del 80% de personas que se encuentran en la brecha de acceso a la atención de salud mental. Asimismo, se advierte que hay una vulneración estructural del derecho de acceso a los servicios de salud mental en conexión con el derecho a la igualdad y no discriminación que afecta principalmente a las personas en condición de pobreza, que padecen de enfermedades mentales. Finalmente, como se ha expuesto, la falta de atención suficiente y oportuna de servicios de salud mental en establecimientos como centros de salud mental y hogares protegidos es parte de la omisión sistemática del Estado, no solo afecta a la persona que ha interpuesto la demanda, sino también a sujetos ajenos al proceso que también se encuentran en situación de pobreza, en medio de una vulnerabilidad estructural y que requieren atención urgente.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional, en su rol de máximo garante de los derechos fundamentales y defensor de la Constitución, debería declarar el Estado de Cosas Inconstitucional con respecto a la situación de salud mental en el país. Consecuentemente, debería ordenar al Ministerio de Salud, EsSalud y los órganos competentes, para que coordinen, diseñen, propongan y ejecuten un plan de acción que, en el plazo de 1 año, puedan asegurar la disponibilidad y accesibilidad del servicio de salud mental sobre todo de las personas en condición de pobreza, víctimas de una vulneración estructural de sus derechos fundamentales y que requieren de atención urgente. Finalmente, debe ordenarse que el Poder Ejecutivo, en coordinación con el Poder Ejecutivo, realicen las gestiones correspondientes para que se asigne mayor presupuesto al sector salud mental.

3.3. Conclusiones

- La obligación básica de garantizar la distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud mental, tiene la estructura de una norma regla, razón por la cual su cumplimiento se evalúa a través del método de

[246] Defensoría del Pueblo
Visitado el 11 de junio de 2023. Disponible en: https://www.defensoria.gob.pe/ica-recomendamos-conformar-comision-multisectorial-para-tratar-problemas-de-salud-mental/#:~:text=La%20brecha%20de%20atenci%C3%B3n%20en%20salud%20mental%20afecta%20al%2080,%2C1%25%20del%20presupuesto%20nacional.

[247] Organización Panamericana de Salud. Visitado el 20 de junio de 2023. Disponible en: https://www3.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=9408:2008-la-brecha-tratamiento-region-americas&Itemid=0&lang=pt#gsc.tab=0

la subsunción. A través de la subsunción se determina si el supuesto de hecho (comportamiento realizado) cumple o se subsume con lo ordenado por la premisa normativa (norma regla). La obligación básica de garantizar la distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud mental, es la norma regla, por lo que constituye la premisa normativa. El supuesto de hecho está constituido por el comportamiento realizado, que en el caso es la falta de atención de servicios de salud mental con internamiento en todas las regiones del país, que afecta a las personas con escasos recursos económicos que requieren de este servicio, pero viven en regiones donde no se brindan servicios de salud mental con internamiento. La conclusión es que la falta de atención equitativa de servicios de salud mental con internamiento en todas las regiones del país no cumple con lo que exige la norma regla que establece la obligación básica de garantizar la distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud mental. Por tanto, se confirma que hay incumplimiento de esta obligación.

- La obligación inmediata de regular el acceso a servicios de salud mental de enfermedades preexistentes, tiene la estructura de norma regla; razón por la cual su cumplimiento se evalúa a través del método de la subsunción. La premisa normativa (norma regla) está constituida por la obligación inmediata de adoptar normas que garanticen el derecho de acceso a servicios de salud mental. El supuesto de hecho (comportamiento realizado) es que en el Perú no hay alguna norma jurídica que regule el tratamiento a enfermedades mentales preexistentes por seguros de salud privados. La conclusión es que la falta de normas que regulen el tratamiento de enfermedades mentales preexistentes por seguros de salud privados, no cumple con lo que exige la norma regla que establece la obligación de adoptar normas que garanticen el derecho de acceso a servicios de salud mental. Por tanto, se confirma que el Estado peruano incumple la obligación inmediata de regular el acceso a servicios de salud mental de enfermedades preexistentes en el ámbito de las prestaciones privadas de salud.

- El cumplimiento de la obligación inmediata de regular el acceso a servicios de salud mental de enfermedades preexistentes no lesiona o no implica una intervención irrazonable en algún principio del ordenamiento jurídico, por lo que no se presenta una laguna axiológica. En efecto, a través del test de proporcionalidad se concluyó que obligación de regular el acceso a servicios de salud mental de enfermedades preexistentes en las aseguradoras privadas, es idónea y necesaria en relación con el derecho a la libertad de empresa. En la ponderación, se observa que el grado de satisfacción del derecho a la salud mental es más alto, y se eleva más si se tiene en cuenta el factor de vulnerabilidad; mientras que el grado de intervención en el derecho a la libertad de empresa es menor; razón por la cual la obligación de regular el acceso a servicios de salud mental de enfermedades preexistentes no lesiona de manera desproporcionada algún principio del ordenamiento jurídico.

- La obligación de garantizar atención en salud mental suficiente y oportuna en centros de salud mental comunitario, hogar protegido o establecimiento de primer nivel de atención se manifiesta como principio, razón por la cual se utiliza el test de proporcionalidad para evaluar si hay razones jurídico constitucionales que justifican el actuar estatal insuficiente en casos de personas que requieren atención urgente y se encuentran en situación de pobreza y vulnerabilidad estructural.

- A través del test de proporcionalidad, se observa que la falta de atención suficiente referida es idónea para garantizar el principio de equilibrio presupuestal y la dimensión objetiva del derecho a la salud mental. Asimismo, no se observa otra medida necesaria que alcance el mismo fin de proteger el principio de equilibrio presupuestal y el derecho a la salud mental en su dimensión objetiva, advertido en el examen de idoneidad. Finalmente, se observa que la falta de atención suficiente y oportuna frente al pedido de una persona de servicios de salud mental en un centro de salud mental comunitario, hogar protegido o establecimiento de primer nivel de atención es desproporcionada porque el grado de intervención en el derecho a la salud mental, igualdad y no discriminación, integridad personal y libre desarrollo de la personalidad de la persona que requiere atención urgente y que se encuentra en situación de pobreza es más alta, en comparación con el grado de optimización del principio de equilibrio presupuestal y la dimensión objetiva del derecho a la salud mental. También se advierte que la condición de pobreza, la vulnerabilidad estructural y la urgencia elevan el grado de vulneración de los derechos evaluados. Por consiguiente, el incumplimiento de la obligación de garantizar atención suficiente y oportuna en centros de salud mental comunitario no tiene justificación razonable, por lo que es inconstitucional.

Conclusiones

1. El derecho a la salud mental, cuyo reconocimiento se deriva del artículo 7 de la Constitución, se enmarca en el modelo de Estado democrático y social de derecho, vinculando a todos los poderes públicos y a la sociedad. Su interpretación se realiza conforme a la cláusula de estado social y la protección multinivel. Este derecho garantiza el más algo grado de bienestar mental, y su posición *ius fundamental* "toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental". Tiene como sujeto activo a toda persona, y como sujeto pasivo, al Estado y los particulares. Las obligaciones que implican son básicas (velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud mental, etc), inmediatas (adoptar, modificar o eliminar normas a fin de proteger y garantizar el derecho de acceso a los servicios de salud mental, etc.) y progresivas (adoptar medidas de manera gradual, que tengan como meta garantizar plenamente el acceso y la disponibilidad del servicio de salud mental, etc.). Sin embargo, este derecho presenta desafíos en su implementación, como la falta de distribución equitativa de las instalaciones que brindan atención con internamiento, la falta de regulación que determine la cobertura privada a las enfermedades de salud mental consideradas preexistentes y el déficit de atención en salud mental, por falta o retraso en la atención y el tratamiento en centros de salud mental comunitario, hogares protegidos o establecimientos de salud de primer nivel de atención.

2. Como se indicaba anteriormente, las obligaciones son diversas en el ámbito de la salud mental. Las obligaciones básicas tienen un contenido indisponible, se manifiestan como normas regla, y su cumplimiento se evalúa mediante la subsunción. Las obligaciones inmediatas tienen un contenido que admite inobservancia circunstancias excepcionales, se manifiestan como normas regla y su cumplimiento también se evalúa por subsunción; sin embargo, en algunas circunstancias pueden ponderarse. Finalmente, las obligaciones progresivas, en su dimensión progresiva tienen la estructura de normas principio, pero considerando su aspecto no regresivo se manifiestan como normas regla. En el nivel del progreso, su incumplimiento se evalúa mediante el juicio de proporcionalidad. En tanto que, como prohibición de regreso, su cumplimiento se evalúa a través de la subsunción, aunque también puede ponderarse. Es relevante añadir que entre los criterios que se deben tomar en consideración en el examen de proporcionalidad, se encuentran: urgencia, práctica sistemática, falta de recursos disponibles, déficits, vulnerabilidad, diagnóstico de la situación médica en salud mental del titular del derecho, enfoque social de la discapacidad.

3. Ahora bien, la pregunta principal que se planteó en este trabajo de investigación fue: ¿Qué criterio utilizar para exigir judicialmente el derecho de acceso a servicios de salud mental?

   Tras el análisis realizado del desarrollo dogmático y jurisprudencial de la posición *ius fundamental* “toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental”, derivada del derecho a la salud, así como del grado de cumplimiento estatal de sus obligaciones, consideramos necesario replantear la pregunta, a fin de que les sea tenga mayor alcance, tanto al justiciable que exige la tutela de su derecho, como al juez que evalúa y resuelve los casos sobre incumplimiento total o cumplimiento insuficiente de los Desca. La pregunta replanteada es ¿qué criterios pueden o deben utilizar los jueces para evaluar y los ciudadanos para fundamentar sus demandas en casos de incumplimiento de obligaciones

derivadas de la posición *ius fundamental* “toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental”?

Se propone que los jueces y ciudadanos evalúen y argumenten sus demandas, respectivamente, sobre el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la posición *ius fundamental* “toda persona tiene derecho de acceder a servicios de salud mental”, según el tipo de obligación, como se muestra a continuación:

a) Si es una obligación básica, tiene la estructura de una norma regla, por lo que su cumplimiento se evalúa a través del método de la subsunción. A través de la subsunción se determina si el supuesto de hecho (comportamiento realizado) cumple o se subsume con lo ordenado por la premisa normativa (norma regla).
   La obligación básica de garantizar la distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud mental, se manifiesta como norma regla. El supuesto de hecho (comportamiento realizado) está constituido por la falta de atención de servicios de salud mental con internamiento en todas las regiones del país, que afecta a las personas con escasos recursos económicos que requieren de este servicio, pero viven en regiones donde no se brindan servicios de salud mental con internamiento.
   La conclusión es que la falta de atención equitativa de servicios de salud mental con internamiento en todas las regiones del país no cumple con lo que exige la norma regla que establece la obligación básica de garantizar la distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud mental. Por tanto, se confirma que hay incumplimiento de esta obligación.

b) Si es una obligación inmediata, se manifiesta como norma regla, por lo que su cumplimiento se evalúa a través del método de la subsunción. Sin embargo, si su cumplimiento vulnera algún derecho o principio del ordenamiento jurídico, se presenta una laguna axiológica. Para determinar si su cumplimiento vulnera principios, se utiliza el test de proporcionalidad.
   La obligación inmediata de regular el acceso a servicios de salud mental de enfermedades preexistentes, tiene la estructura de norma regla. La premisa normativa (norma regla) está constituida por la obligación inmediata de adoptar normas que garanticen el derecho de acceso a servicios de salud mental. El supuesto de hecho (comportamiento realizado) es que en el Perú no hay alguna norma jurídica que regule el tratamiento a enfermedades mentales preexistentes por seguros de salud privados. La conclusión es que la falta de normas que regulen el tratamiento de enfermedades mentales preexistentes por seguros de salud privados, no cumple con lo que exige la norma regla que establece la obligación de adoptar normas que garanticen el derecho de acceso a servicios de salud mental.
   El cumplimiento de la obligación inmediata de regular el acceso a servicios de salud mental de enfermedades preexistentes no lesiona algún principio del ordenamiento jurídico, por lo que no se presenta una laguna axiológica. En efecto, a través del test de proporcionalidad se concluye que obligación de regular el acceso a servicios de salud mental de enfermedades preexistentes en las aseguradoras privadas, es idónea y necesaria en relación con el derecho a la libertad de empresa.

   En la ponderación, se observa que el grado de satisfacción del derecho a la salud mental es más alto, y se eleva más si se tiene en cuenta el factor de

vulnerabilidad; mientras que el grado de intervención en el derecho a la libertad de empresa es menor; razón por la cual la obligación de regular el acceso a servicios de salud mental de enfermedades preexistentes no lesiona de manera desproporcionada algún principio del ordenamiento jurídico.

Por tanto, se confirma que el Estado peruano incumple la obligación inmediata de regular el acceso a servicios de salud mental de enfermedades preexistentes en el ámbito de las prestaciones privadas de salud.

c) Si es una obligación progresiva, se manifiesta como norma principio, por lo que su incumplimiento se analiza aplicando el test de proporcionalidad.

En el examen de proporcionalidad, se toman en cuenta los siguientes criterios, desarrollados en la jurisprudencia: a) urgencia en la tutela del derecho vinculado a personas en situación de vulnerabilidad; b) práctica sistemática de incumplimiento que lesiona derechos; c) falta de recursos disponibles para garantizar el derecho; d) déficits; e) situación e vulnerabilidad del titular del derecho de acceso a los servicios de salud mental y la situación de su familia; f) diagnóstico médico del titular del derecho; g) existencia de medidas alternativas para el tratamiento médico; h) necesidad del tipo de tratamiento médico que corresponde, con enfoque social; entre otros.

La obligación de garantizar atención en salud mental suficiente y oportuna en centros de salud mental comunitario, hogar protegido o establecimiento de primer nivel de atención se manifiesta como principio. A través del test de proporcionalidad, se observa que la falta de atención suficiente referida es idónea para garantizar el principio de equilibrio presupuestal y la dimensión objetiva del derecho a la salud mental.
Asimismo, no se observa otra medida necesaria que alcance el mismo fin de proteger el principio de equilibrio presupuestal y el derecho a la salud mental en su dimensión objetiva, advertido en el examen de idoneidad.
Finalmente, se observa que la falta de atención suficiente y oportuna frente al pedido de una persona de servicios de salud mental en un centro de salud mental comunitario, hogar protegido o establecimiento de primer nivel de atención es desproporcionada porque el grado de intervención en el derecho a la salud mental, igualdad y no discriminación, integridad personal y libre desarrollo de la personalidad de la persona que requiere atención urgente y que se encuentra en situación de pobreza es más alta, en comparación con el grado de optimización del principio de equilibrio presupuestal y la dimensión objetiva del derecho a la salud mental. También se advierte que la condición de pobreza, la vulnerabilidad estructural y la urgencia elevan el grado de vulneración de los derechos evaluados.

Por consiguiente, el incumplimiento de la obligación de garantizar atención suficiente y oportuna en centros de salud mental comunitario no tiene justificación razonable, por lo que es inconstitucional.

4. Una de las preguntas secundarias es ¿cuáles son las obligaciones que se derivan del derecho de acceso a servicios de salud mental?

Las obligaciones que se derivan de la posición *ius fundamental* “toda persona tiene el derecho de acceder a servicios de salud mental”, derivada del derecho a la salud, reconocido en el artículo 7 de la Constitución, han sido desarrolladas por el Tribunal Constitucional, la Corte IDH y el Comité Desc.
Tiene como sujeto activo a toda persona; como sujeto pasivo al Estado y particulares; y origina obligaciones básicas, inmediatas y progresivas.
Tales obligaciones son:

a) Obligaciones básicas: a.1) garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud mental sobre una base no discriminatoria, en especial a los grupos vulnerables; a.2) facilitar medicamentos esenciales en el tratamiento de la salud mental; a.3) velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud mental; a.4) adoptar, sobre la base de pruebas epidemiológicas, una estrategia y plan de acción de salud mental pública.

b) Obligaciones inmediatas: b.1) adoptar, modificar o eliminar normas a fin de proteger y garantizar el derecho de acceso a servicios de salud mental; b.2) disponer de los procesos judiciales pertinentes que permitan la exigibilidad jurídica de la atención en salud mental; b.3) elaborar y adoptar planes que permitan la protección y garantía del derecho de acceder a servicios de salud mental; b.4) garantizar el servicio a la salud mental sobre la base de la no discriminación.

c) Obligación progresiva de adoptar medidas de manera gradual, que tengan como meta garantizar plenamente el acceso y la disponibilidad del servicio de salud mental. Esta obligación también prohíbe retroceder en las medidas ya adoptadas.

5. Otra pregunta secundaria es ¿de qué depende que las obligaciones se manifiesten como normas regla o normas principio?

   Depende de su contenido. Las obligaciones se manifiestan como normas regla si su contenido es cerrado, por lo que su cumplimiento se evalúa mediante la subsunción. En tanto que las obligaciones se manifiestan como normas principio si su contenido es abierto, razón por la cual su incumplimiento total o cumplimiento defectuoso se evalúaa través del test de proporcionalidad.

Referencias bibliográficas

Libros

Abramovich V. y Courtis, C. (2006). *El umbral de la ciudadanía*. Estudios del Puerto.

Abramovich, V. y Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Editorial Trotta.

Agencia de los derechos fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa (2019). *Manual de legislación europea contra la discriminación*. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Aláez Corral, B. y Álvarez Álvarez, L. (2008). *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Alchourrón, C. (2010). *Fundamentos para una teoría general de los deberes*. Marcial Pons.

Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales* (1.ª ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Alexy, R. (2012). *Teoría de los derechos fundamentales* (2.ª ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Editorial Ariel.

Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2000). *Ilícitos atípicos*. Editorial Trotta.

Arango Rivadeneira, R. (2012). *El concepto de derechos sociales fundamentales* (2.ª ed.). Legis.

Bastida, F., Villaverde, I., Requejo, P., Presno, M., Alaéz, B. y Fernández, I. (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Editorial Tecnos.

Bernal, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (3era ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales.* Universidad Externado de Colombia.

Brage Camazano, J. (2004). *Los límites de los derechos fundamentales*. Dykinson.

Carmona, E. (2000). *El estado social de derecho en la Constitución*. Colección Estudios.

Clérico, L. (2018). *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Corti, H. (2011). *Derecho Constitucional Presupuestario*. Abeledo Perrot.

Courtis, C. (2006). La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. En C. Courtis (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales.* Editores del Puerto.

De Castro, B. (2000). Los derechos sociales. En R. Soriano (Coords), *Diccionario crítico de los derechos humanos I*, Universidad Internacional de Andalucía, 1ª edición.

Díaz, E. (1998). *Estado de Derecho y Sociedad Democrática* (3.ª ed.). Taurus.

Dworkin, R. (1996). *Freedom's Law. The moral Reading of the american Constitution*. Oxford.

Dworkin, R. (1995). *Los derechos en serio*. Ariel.

Escobar Roca, G. (Dir.). (2012). *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*. Thomson Reuteers Aranzadi.

Ferrajoli, L. (2016). *Los derechos y sus garantías*. Trotta.

Ferrajoli, L. (2013). *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*. Trotta.

González Moreno, B. (2002). *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales.* Civitas.

Häberle, P. (2019). *Los derechos fundamentales en el Estado prestacional*. Palestra.

Heller, H. (1929). ¿Estado de Derecho o Dictadura? En (1985) *Escritos políticos*. Alianza Universidad (pp. 283-301).

Hesse, K. (1992). *Escritos de Derecho Constitucional* (2.ª ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2da edición, páginas 104.

Kresalja, B. y Ochoa, C. (2020). *Derecho Constitucional Económico. Tomo II: Recursos naturales, servicios públicos y régimen financiero* (2.ª ed.). Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Landa Arroyo, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Furfaro, L. (2014). El derecho a la salud en el sistema interamericano de protecciónón de derechos humanos. En AAVV, *Estudios acerca del derecho a la salud*. Thompson Reuters La Ley.

Lazo Gonzales, O., Alcalde Rabanal J. y Espinosa Henao, O. (2016). *El sistema de salud en Perú: situación y desafíos*. Colegio Médico del Perú.

Mendoza Escalante, M. (2009). *Derechos fundamentales y derecho privado*. Grijley.

Mezzetti, L. (2015). *Los derechos sociales fundamentales*. Ediciones Nueva Jurídica.

Morales, L. (2015). *Derechos sociales constitucionales y democracia.* Marcial Pons.

Muller, F. (2006). *Métodos de trabajo del derecho constitucional*. Marcial Pons.

Nogueira Alcalá, H. (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*". Universidad Nacional Autónoma de México.

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas. (2012). *El sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas. Folleto informativo Nº 30,* Naciones Unidas.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2008). *Derecho a la salud. Folleto Informativo sobre Derechos Humanos* N° 31, Naciones Unidas.

Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Cermi.

Pulido, B. (2015) Derechos Fundamentales. En Fabra Zamora, J. y Núñez Vaquero, A. (Coords), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (Vol. 2, pp. 1571-1594). Unam.

Organización de las Naciones Unidas. (2005). *Manual de calificación de conductas violatorias: Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, t. 2*. Oficina en Colombia de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá.

Orbegoso Silva, M. (2018). *Derechos fundamentales y prestaciones sociales. Una aproximación desde la teoría de la organización y el procedimiento*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Pareja Paz Soldán, J. (1980). *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979.* Editora Ital Perú SA, t. 2.

Parra Vera, O. (2006). El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad. En C. Courtis (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (pp. 53-78). Editores del Puerto.

Parra Vera, O. (2003). *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Defensoría del Pueblo de Colombia.

Planas, P. *(1993). El Estado Moderno (Apuntes para una nueva biografía del Estado Social de Derecho).* DESCO.

Red de Derechos Humanos y Educación Superior. (2013). *Protección multinivel de derechos humanos. Manual*.

Rodríguez Arana, J. (2015). *Derecho Administrativo y derechos sociales fundamentales*". Inap. (https://books.google.com.pe/books?id=i3rkCgAAQBAJ&pg=PT379&lpg=PT379&dq=cicala+derechos+sociales&source=bl&ots=Sud4S-

XhnV&sig=5WQhi0exbVCkpaWFImBPc-zSxao&hl=qu&sa=X&ved=0ahUKEwiBro6r-f7bAhVJw1kKHaciC0gQ6AEIMDAC#v=onepage&q=cicala%20&f=false)

Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Pontificia Universidad Católica del Perú, t. II.

Urquilla, C., (2009). *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*. Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos.

Valadés, D. (1994). *Constitución y Derecho* (2.ª ed.). Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Artículos

Aldao, M. y Clérico, L. (2019). El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos. El caso *Poblete Vilches* y el examen de (in)cumplimiento de las obligaciones impostergables y no ponderables. En M. Morales Antoniazzi y L. Clérico (Coords.), *Interamericanización del derecho a la salud* (pp. 335-362). Instituto de Estudios Constitucional del Estado de Querétaro.

Ansuátegui Roig, F. (2014). Los derechos sociales en tiempos de crisis. Algunas cuestiones sobre su fundamentación. En Mª J. Bernuz Beneitez y M. Calvo García (Eds.), *La eficacia de los derechos sociales* (pp. 23 - 42). Tirant Lo Blanch.

Añón Roig, M. (2014). Derechos humanos y obligaciones positivas. En Mª J. Bernuz Beneitez y M. Calvo García (Eds.), *La eficacia de los derechos sociales* (pp. 43 - 71). Tirant Lo Blanch.

Atienza, M. (2017). Algunas tesis sobre el razonamiento judicial. En J. Aguiló Regla y P. Grández Castro (Eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza* (pp. 11-42). Editorial Palestra.

Bernal Pulido, C. (2021). La migración del principio de Proporcionalidad a través de Europa. En F. De Fazio (Coor.), *Principios y proporcionalidad revisitados* (133-190). Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Carpio Marcos, E. (2005). La interpretación de los derechos fundamentales. En E. Ferrer Mac Gregor (Ed.), *Interpretación Constitucional.* Editorial Porrúa, México, 2005.

Castillo Córdova, L. (2011). Prólogo. En M. Barranco Avilés, *Constitucionalismo y función judicial* (9-31). Editorial Grijley.

Constantino Caycho, R. (2021). ¿Hogar, dulce hogar?: La privación de libertad de personas con discapacidad en casas particulares a partir de la sentencia Guillén Domínguez del Tribunal Constitucional peruano. En E. Alvites Alvites (Coor), *La Constitución frente a la sociedad contemporánea. Treinta años de la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.* Pontificia Universidad Católica del Perú.

Díaz-Tendero Bollain, A. (2019). El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores. En M. Morales Antoniazzi y L. Clérico (Coords.), *Interamericanización del derecho a la salud* (111-144). Instituto de Estudios Constitucional del Estado de Querétaro.

Góngora Mera, M. (2019). Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas. En M. Morales Antoniazzi y L. Clérico (Coords.), *Interamericanización del derecho a la salud* (145-178). Instituto de Estudios Constitucional del Estado de Querétaro.

Müller, Á. (2014). El derecho de la salud y los derechos humanos. En M. Aizenberg (Dir.), *Estudios acerca del derecho de la salud* (pp. 15-74). Thomson Reuters La Ley.

Núñez Vaquero, A. (2017). Ponderativismo y racionalidad de toma de decisiones. En J. Aguiló Regla y P. Grández Castro (Ed.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza* (pp. 245-274). Palestra - Themis.

Parra Vera, O. (2006). El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad. En C. Courtis (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (53-78). Editores del Puerto.

Rossi, J. (2006). La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En C. Courtis (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (79-115). Editores del Puerto.

Silva Escudero, M. (2010). El Estado Constitucional de Derecho según Luigi Ferrajoli. En R. Quico Palomino, M. Silva Escudero y R. Vallejo Odría, *Del Estado de Derecho liberal Al democrático y constitucional* (58-84). USMP.

Sosa Sacio, J. (2012). Tutela del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales a través del proceso de amparo. En J. Sosa Sacio, *La procedencia en el Proceso de Amparo* (pp. 7-39). Gaceta Constitucional.

Vallejo Odría, R. (2010). El Estado de Derecho Liberal. En R. Quico Palomino, M. Silva Escudero y R. Vallejo Odría, *Del Estado de Derecho liberal Al democrático y constitucional*, USMP.

Villareal, Pedro A. (2019). El derecho a la salud en lo individual y en lo colectivo: la calidad en los servicios de salud a partir de Poblete Vilches vs. Chile. En M. Morales Antoniazzi y L. Clérico (Coords.), *Interamericanización del derecho a la salud* (pp. 279-313). Instituto de Estudios Constitucional del Estado de Querétaro.

Revistas

Atienza, M. (2014). Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Revista Argentina De Teoría Jurídica, 15*(2), 194-222. http://revistajuridica.utdt.edu/ojs/index.php/ratj/article/view/93

Robert, A. (2002). Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional.* 22(66).

Alvites Alvites, E.y Dargent Bocanegra, E. (2000). Aproximaciones a la interpretación constitucional: dos lecciones para no olvidar. *Ius et veritas, 20*, 109-127.

Alvites Alvites, E. (2015). La “discriminación múltiple”. Formación del concepto y bases constitucionales para su aplicación en el Perú. *Pensamiento Constitucional, 20*, 311-334.

Anzures Gurría, J. (2017). La dimensión objetiva de los derechos fundamentales en México. *Año 31*, *26*(1), pp. 53-83.

Bazán, V. (2005). Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectoras en los ámbitos interno e interamericano. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, II*, 548-549.

Castrillo Córdova, L. (2014). El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales. *Foro Jurídico*, (13), 143-154.

Castrillo Córdova, L. (2006). El carácter normativo fundamental de la Constitución Peruana. *Repositorio Institucional Pirhua.*

Castrillo Córdova, L. (2008). Un caso de apelación de la medida cautelar sin efecto suspensivo en un proceso de amparo dirigido contra normas autoaplicativas*. Revista Jurídica del Perú, 86*.

Comanducci, P. (1998). Principios jurídicos e indeterminación del derecho. *Doxa 21-II*, 89-104.

Cruz Alli Aranguren, J. (2002) El derecho administrativo y la evolución del Estado. *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, *49*(1).

Cuenca, P. (2011). Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad. *Papeles en el tiempo de los derechos*, *3, 6*.

Díaz, E. (2002). Estado de Derecho y Derechos Humanos. *Ensayos Jurídicos en memoria de José María Cajica,* (1).

Diez-Canseco, F., Pince, A., Toyama, M., Benate-Gálvez, Y., Galán Rodas, E.; Medina-Verástegui, J., Sánchez Moreno, D., Araya, R., y Miranda, J. (2014). Atendiendo la salud mental de las personas con enfermedades crónicas no transmisibles en el Perú: Retos y oportunidades para la integración de cuidados en el primer nivel de atención. *Revista Perú Med Exp Salud Pública, 31*(1), 131-136.

Espinosa-Saldaña Barrera, E. y Cruces Burga, A. (2015). Apuntes sobre la evolución de los derechos sociales, económicos y culturales en el Perú y los alcances de su judiciabilidad. *Themis - Revista de Derecho*, (67), 101-116.

Fernández Segado, F. (2009). El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas Cuestiones Dogmáticas. *Revista de Derecho Público*, *10*(19).

Ferrajoli, L. (2002). Iuspositivismo crítico y democracia constitucional. *Isonomía, 16*, 7-20.

Ferrer Mac Gregor, E. (2017). Acerca de la “discriminación estructural histórica” en razón de la posición económica (pobreza) de los trabajadores sometidos a trabajo esclavo. UNAM.

Hakansson, C. (2012). Los derechos sociales en el marco iberoamericano. *PIRHUA*.

Häberle, P. (2008). La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución. *Revista sobre enseñanza del Derecho*, *6*(11), 29-61.

Instituto Nacional de Salud Mental. (2019). Estudio epidemiológico de salud mental comparativo. Ciudad de Abancay 2010-2016. *Anales de salud mental, XXXV*(2), pp. 118.

Instituto Nacional de Salud Mental. (2021). Estudio Epidemiológico de Salud Mental en Niños y Adolescentes en Lima Metropolitana en el Contexto de la Covid-19. *Anales de Salud Mental*, *XXXVII*(2).

León Florián, F. (2014). El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Pensamiento Constitucional*, (19).

León Florián, F. (2010). El derecho a la salud. *Gaceta Constitucional*, 491-524.

Mariño Menéndez, F. (1998). Avances jurídicos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del marco de Naciones Unidas. *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año 3,* (6), 85-95.

Martínez Ríos, Beatriz. (2013). Pobreza, discapacidad y derechos humanos. *Revista Española de Discapacidad, I*(I), 9-32.

Millán-González, R. y González-Espinoza, O. (2015). Salud mental y derechos humanos: el caso de los seguros médicos privados. *Acta Médica Costarricense. Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, 57*(4).

Nisticó, M. (2018). Limiti e prospettive del circuito di tutela su piú livelli dei diritti fondamentali. *Costituzionalismo.it, Fascicolo, 1*, 253-280.
https://www.costituzionalismo.it/costituzionalismo/download/Costituzionalismo_201801_668.pdf

Novak Talavera, F. (1997). Los principios generales del derecho: La buena fe y el abuso del derecho. *Actualidad Internacional*, *4*(9), 109-134.

Pacheco Rodríguez, M. (2017). Exigibilidad de los derechos sociales: algunas aportaciones desde la teoría del derecho. *Revista de la facultad de Derecho Pucp,* (79), 267-286.

Pinto, M. (2006). Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano. *Edición especial sobre derechos económicos, sociales y culturales. Revista IIDH*, *40*, 25-86.

Portocarrero Quispe, J. (2019). La justiciabilidad y la efectivización de los derechos sociales fundamentales. *Gaceta Constitucional*, t. 144, 77-99.

Sáenz Dávalos, L. (2005). La protección procesal de los derechos constitucionales programáticos. *Revista Peruana de Derecho Público*, Año 6, (11).

Salomé Resurrección, L. (2017). La discriminación y algunos de sus calificativos: directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional (o múltiple) y estructural. *Pensamiento Constitucional*, (22), 255-290.

Salomé Resurrección, L. (2015). La “discriminación múltiple. Formación del concepto y bases constitucionales para su aplicación en el Perú. *Pensamiento Constitucional*, (20), 311-334.

Sosa Sacio, J. (2015). Crítica a la dignidad humana y la noción de “necesidades básicas” como un posible mejor fundamento para los derechos. *Themis - Revista de Derecho,* (67), 87-99.

Ruiz Ruiz, R. (2012). La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho. *Derecho y Realidad,* (20), II semestre, 145-166.

Torres Zúñiga, N. (2015). Justiciabilidad de las medidas regresivas de los derechos sociales. Algunas reflexiones acerca de su protección en América Latina. *Derecho PUCP*, (75), 95-117.

Ureña, R. (2013). Luchas locales, cortes internacionales. Una exploración de la protección multinivel de los derechos humanos en América Latina. *Revista Derecho del Estado*, (30), 301-328.

Vallespín Oña, F. (1988). Estado de Bienestar y Constitución. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (1), 125-139.

Velez-Arango, A. y González-López, J. (2015). El acceso a medicamentos y su alcance por la vía judicial: análisis comparativo Colombia-España, *Revista Fac. Nac. Salud Pública,* 121-131.

Viera Arévalo, R. (2014). Aspectos Procesales del Amparo. *Revista IUS ET VERITAS*, (49), 162-174.

Vilas Nogueira, J. (1980). Igualdad jurídica y desigualdad económica en el Estado capitalista: los derechos sociales. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, (14), 111-123l.

Vita, L. (2015). Noción de principios jurídicos en la teoría del derecho de Hermann Heller. *Isonomía*, (43), 49-75.

Sentencias

Sentencia 02945-2003-AA/TC. (2004, 12 de julio). Tribunal Constitucional del Perú. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02945-2003-AA.pdf

Sentencia 00050-2004-AI/TC, 00051-2005-AI/TC, 00004-2005-AI/TC, 00007-2005-AI/TC y 0009-2005-AI/TC. (2005, 6 de junio). Tribunal Constitucional del Perú. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.pdf

Sentencia 03149-2004-AC/TC. (2005, 10 de octubre). Tribunal Constitucional del Perú. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03149-2004-AC.pdf

Sentencia 04232-2004-AA/TC. (2006, 19 de julio). Tribunal Constitucional del Perú. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04232-2004-AA.pdf

Sentencia 04853-2004-AA/TC. (2007, 22 de mayo). Tribunal Constitucional del Perú. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04853-2004-AA.pdf

Sentencia 00853-2005-AA/TC. (2007, 21 de junio). Tribunal Constitucional del Perú. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00853-2005-AA.pdf

Sentencia 01417-2005-AA/TC. (2005, 12 de julio). Tribunal Constitucional del Perú. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.pdf

Sentencia 05854-2005-AA/TC. (2005, 8 de noviembre). Tribunal Constitucional del Perú. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.pdf

Sentencia 05842-2006-HC/TC. (2009, 30 de marzo). Tribunal Constitucional del Perú. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/05842-2006-HC.pdf

Sentencia 05561-2007-AA/TC. (2010, 26 de marzo). Tribunal Constitucional del Perú. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05561-2007-AA.pdf

Sentencia 02480-2008-PA/TC. (2009, 10 de febrero). Tribunal Constitucional del Perú. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02480-2008-AA.pdf

Sentencia 03426-2008-HC/TC. (2010, 3 de noviembre). Tribunal Constitucional del Perú. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03426-2008-HC.pdf

Sentencia 03666-2008-PA/TC. (2008, 26 de noviembre). Tribunal Constitucional del Perú. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03666-2008-AA.pdf

Sentencia 02005-2009-PA/TC. (2009, 22 de octubre). Tribunal Constitucional del Perú. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.pdf

Sentencia 03660-2010-HC/TC. (2011, 25 de enero). Tribunal Constitucional del Perú. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/03660-2010-HC.pdf

Sentencia 1470-2016-PA/TC. (2019, 11 de julio). Tribunal Constitucional del Perú. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01470-2016-HC.pdf

Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. (2013, 21 de mayo). Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf

Case Brown v. Board of Education of Topeka. (1954). Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica.

Case N° 6826/99, Irene Grootboom. (and other applicants whose names are set out in annexure “A” Hereto) and Oortenberg Municipality and others, South Africa. (1999, 17 de diciembre). High Court of South África.

Amparo en Revisión 378/2014. (2014, 15 de octubre). Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. https://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=166107&SeguimientoID=605&CAP

Case Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili c. España. (2017, 21 de julio). Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

Documentos

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1989). *Presentación de informes por los Estados Partes (*Observación General N. º 1).

Observación General 3

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Asociación Nacional de Exservidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú* (Caso 12.670).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1991). *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)* (Observación General N. ° 4).

Defensoría del Pueblo. (2018). *Derecho a la Salud Mental. Supervisión de la implementación de la política pública de atención comunitaria y el camino a la desinstitucionalización* (Informe Defensorial N. º 180).

Defensoría del Pueblo. (2022). *Avances y limitaciones en el proceso de desinstitucionalización en los servicios de salud mental a nivel nacional, en el contexto de la emergencia sanitaria por coronavirus. Supervisión a establecimientos psiquiátricos y hogares protegidos* (Serie de Informes Especiales N° 004-2022-DP).

Ministerio de Economía y Finanzas. (2021). *Guía de orientación al ciudadano del presupuesto público 2021*.

Ministerio de Salud. (2018). *Plan Nacional de Fortalecimiento de servicios de salud mental comunitaria 2018-2021.* Dirección General de Intervenciones Estratégicas en Salud Pública – Dirección de Salud Mental.

Ministerio de Salud. (2020). *Plan de salud mental Perú, 2020-2021 (En el contexto del covid-19)*.

Ministerio de Salud. (2023). *Carga de enfermedad en el Perú. Estimación de los años de vida saludables perdidos, 2019*.

Ministerio de Salud. (2023). *Número de psicólogos y psiquiatras en el Perú, en el año 2023*. Obtenido de un pedido de información realizado por la autora de esta investigación.

Comité de derechos económicos, sociales y culturales. (2000). *Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.*

Observación General 5

Observación General 9

Observación General 19

Organización de Estados Americanos. (2015). *Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador* (Segunda Edición, OEA/Ser.D/XXVI.11). http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/indicadores.asp

Organización Mundial de la Salud. (2001). *Informe sobre la salud en el mundo*. *Salud mental: nuevos conocimientos, nuevas esperanzas*.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1984). *El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)* (Observación General N. º 13, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 154).

Comité De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales. (2000). *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)* (Observación General N° 14, U.N. Doc. E/C.12/2000/4).

Piza Escalante. (1984). *Voto separado en la Opinión Consultiva 4/84*.

Ministerio de Salud y Organización Panamericana de Salud – Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud. (2009). *Informe sobre los servicios de salud mental del subsector Ministerio de Salud del Perú*.

Ponencias

QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “Las transformaciones del Estado Contemporáneo a la búsqueda del Estado Social en Iberoamérica”, Ponencia presentada en el III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 1987. En Memorias del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, t. I, UNAM, 1987.

COURTIS, Christian. “La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. ¿Ante un nuevo paradigma de protección?”, En Memoria del Seminario Internacional. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Por una cultura de la implementación, México, Secretaría de Relaciones Exteriores: Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos. Primera edición, 2007, pp. 71-86. En: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2468/10.pdf

Normas

Ministerio de Salud. (2006, 25 de junio). Decreto Supremo 013-2006-SA. *Aprueban Reglamento de Establecimientos de Salud y Servicios Médicos de Apoyo.* Diario Oficial El Peruano. https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav/resultado

Ministerio de Salud. (2015, 6 de octubre). Decreto Supremo 033-2015-SA. *Aprueban el Reglamento de la Ley Nº 29889, Ley que modifica el artículo 11 de la Ley 26842, Ley General de Salud, y garantiza los derechos de las personas con problemas de salud mental.* Diario Oficial El Peruano. https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav/resultado

Congreso de la República. (2021, 23 de julio). Ley N. ° 31307. *Nuevo Código Procesal Constitucional aprobado por la Ley 31307.* Diario Oficial El Peruano. https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1288461

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 1969, https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf

Declaración de Quito, 1998, https://www.derechos.org/nizkor/la/declaraciones/quito.html

Tesis

Adrián Coripuna, J. (2014). *Razonamiento constitucional: críticas al neoconstitucionalismo desde la argumentación judicial* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú].

Rodríguez Santander, R. (2015). *Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica en el Estado Constitucional* [Tesis de doctorado, Universidad Carlos III de Madrid].

Alvites Alvites, E. (2004). *La participación de la jurisdicción constitucional en la defensa del constitucionalismo social. A propósito de la protección jurisdiccional de los derechos sociales por el Tribunal Constitucional* [Tesis de doctorado, Universidad de Alicante].

Salomé Resurrección, L. (2017). *El concepto de discriminación estructural y su incorporación al Sistema interamericano de protección de los derechos humanos* [Trabajo fin de máster, Universidad Carlos III de Madrid].

Página Web

Pacífico seguro. (2019, 21 de abril). *Seguros de Salud*. https://www.pacifico.com.pe/seguros/salud#exclusiones

Congreso de la República. (12 de julio de 2019). *Funcionamiento de los CLAS.* http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/clproley2001.nsf/pley/3DB7F7ACA80AA0B705256D25005D3318?opendocument

Sánz Burgos, R. (2016). *El Estado liberal, el Estado social y el Estado constitucional.* Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4990/3.pdf

Bregaglio Lazarte, R. (22, 5 de marzo). *El Tribunal Constitucional y el internamiento involuntario de personas con discapacidad psicosocial: un paso adelante y dos atrás.* Enfoque Derecho. https://www.enfoquederecho.com/2020/10/28/el-tribunal-constitucional-y-el-internamiento-involuntario-de-personas-con-discapacidad-psicosocial-un-paso-adelante-y-dos-atras/

Tovar, A. y Romero, R. (2023, 24 de mayo). *7 de cada 10 centros de salud mental comunitaria se quedaron sin medicinas en el último año.* Salud con Lupa. https://saludconlupa.com/salud-mental/7-de-cada-10-centros-de-salud-mental-se-han-quedado-sin-medicinas-por-que-el-estado-no-esta-comprandolas-a-tiempo/

Observatorio de Recursos Humanos en Salud. (2020, enero a diciembre). *Base de datos INFORHUS, de la Dirección General de Personal de Salud*. https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYWJmNDU2MWUtYjQxZi00ZDY4LThiZmYtZWQwZmY1ZTA4NWY1IiwidCI6ImI3ZDJiMWZkLWU3NjMtNDY5ZS05NjE5LWM5M2I3MmEyYzUwMyJ9

Portal del Estado Peruano. (2025). *Solicitar atención en Centros de Salud Mental Comunitaria en el Perú.* https://www.gob.pe/10942-conocer-los-centros-de-salud-mental-comunitaria-en-el-peru

Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2022, 11 de julio). *Población peruana alcanzó los 33 millones 396 mil personas en el año 2022.* https://www.gob.pe/institucion/inei/noticias/630584-poblacion-peruana-alcanzo-los-33-millones-396-mil-personas-en-el-ano-2022

Defensoría del Pueblo. (2018, 10 de octubre). *Ocho de cada 10 personas no reciben atención en salud mental pese a requerirlo.* https://www.defensoria.gob.pe/ocho-de-cada-10-personas-no-reciben-atencion-en-salud-mental-pese-a-requerirlo/

Defensoría del Pueblo. (2019, 9 de octubre). *Ica: Recomendamos conformar comisión multisectorial para tratar problemas de salud mental.* https://www.defensoria.gob.pe/ica-recomendamos-conformar-comision-multisectorial-para-tratar-problemas-de-salud-mental/#:~:text=La%20brecha%20de%20atenci%C3%B3n%20en%20salud%20mental%20afecta%20al%2080,%2C1%25%20del%20presupuesto%20nacional

Organización Panamericana de la Salud. (20 de diciembre de 2024) https://www3.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=9408:2008-la-brecha-tratamiento-region-americas&Itemid=0&lang=pt#gsc.tab=0

Organización Panamericana de la Salud. (20 de diciembre de 2024). *Salud Mental*. https://www.paho.org/es/temas/salud-mental

Portal del Estado Peruano. (20 de diciembre de 2024). *¿Qué es el primer nivel de atención de salud?* https://www.gob.pe/16727-conocer-establecimientos-de-salud-del-primer-nivel-de-atencion