



**PROYECTO DE LEY DE REFORMA
CONSTITUCIONAL QUE CONSAGRA EL
DERECHO FUNDAMENTAL A PARTICIPAR EN
LA ELABORACIÓN DE LAS POLÍTICAS
PÚBLICAS EN MATERIA DE SALUD Y EL
DERECHO FUNDAMENTAL AL ACCESO A
TECNOLOGÍAS SANITARIAS**

Los Congresistas que suscriben, con la facultad que establece el artículo 107° de la Constitución Política del Estado y conforme a lo dispuesto por los artículos 75° y 76° del Reglamento del Congreso de la República, presentan la siguiente propuesta legislativa *multipartidaria*:

**PROYECTO DE LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE CONSAGRA EL
DERECHO FUNDAMENTAL A PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LAS
POLÍTICAS PÚBLICAS DE SALUD, Y EL DERECHO FUNDAMENTAL AL ACCESO A
TECNOLOGÍAS SANITARIAS**

I. FÓRMULA LEGAL

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;
Ha dado la Ley siguiente:

**LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE CONSAGRA EL
DERECHO FUNDAMENTAL A PARTICIPAR EN LA ELABORACIÓN DE LAS
POLÍTICAS PÚBLICAS EN MATERIA DE SALUD**

Artículo 1°. Objeto

Esta ley tiene por objeto modificar el inciso 17° del artículo 2°, así como los artículos 7° y 9° de la Constitución Política de 1993, a fin de consagrar el derecho fundamental de toda persona de participar, en forma individual o asociada, en la elaboración de las políticas públicas en materia de salud, con principal énfasis en el acceso a servicios de salud, brindados por el Estado o particulares, que garanticen altos estándares de seguridad y eficacia, así como en la consulta previa, acceso a la información, formulación de propuestas y fiscalización de las tecnologías sanitarias y su debida y oportuna evaluación.

Artículo 2°. Reforma Constitucional

Modifícase el inciso 17° del artículo 2°, así como los artículos 7° y 9° de la Constitución Política de 1993, por los textos sustitutorios siguientes:

“**Artículo 2°.** Toda persona tiene derecho:
[...]

17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum. **“También gozan del derecho de participar, en forma individual o asociada, en la formulación, implementación y ejecución de las políticas públicas vinculadas al desarrollo de cualquiera de sus derechos, en especial los relacionados al derecho a la salud, esta participación es facultativa”.**

“**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. 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.

El derecho a la salud obliga al Estado a:

- a) **Garantizar el acceso a medicinas y medicamentos, a todas las personas, que le permitan recibir el tratamiento adecuado para restablecer y/o preservar su salud.**
- b) **Garantizar el acceso a tecnologías sanitarias, como productos farmacéuticos y dispositivos médicos, que contribuyan a restablecer o preservar su salud.**
- c) **Garantizar el respeto a la voluntad, debidamente informada, de las personas sujetas a tratamientos médicos, así como su participación voluntaria en el marco de investigaciones científicas en las que participen.**
- d) **Las mencionadas obligaciones son enunciativas, debiendo desarrollarse las mismas acorde a ley y en concordancia con el inciso 17 del artículo 2 de la Constitución. En todo momento se prioriza a quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad y se debe dar especial atención al tratamiento y prevención de enfermedades catastróficas.**



“**Artículo 9.-** El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación, **garantizando la participación ciudadana**. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos, el acceso equitativo a los servicios de salud.”

Artículo 3°. Vigencia

Esta ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial “El Peruano”.

En Lima, a los ____ días del mes de noviembre de dos mil veinte.

II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

CONTENIDO:

- II.1. ¿Por qué y para qué una Reforma Constitucional en materia de salud? Lecciones tras la pandemia por la Covid-19.
 - II.1.1. El caótico escenario de la salud en el Perú pre pandemia por la Covid-19.
 - II.1.2. Recursos y eficiencia del gasto en salud.
 - II.1.3. Veeduría y participación ciudadana para el control de la eficiencia del gasto público: La necesidad de su reconocimiento constitucional.
- II.2. ¿Por qué y para qué los ciudadanos debieran participar, en forma individual o asociada, en la elaboración de las políticas públicas en materia de salud? La corriente internacional
- II.3. La salud como servicio público y el paciente como el centro de su atención: la necesidad de enfatizarlo en la Constitución.
- II.4. Las razones de los cambios constitucionales propuestos (análisis exegético).
 - II.4.1. Planteamiento.
 - II.4.2. Sobre las modificaciones al inciso 17° del artículo 2° de la Constitución.
 - II.4.3. Sobre las modificaciones al artículo 7° de la Constitución.
 - II.4.4. Sobre las modificaciones al artículo 9° de la Constitución.

II.1. ¿Por qué y para qué una *reforma constitucional* en materia de salud? Lecciones tras la pandemia por la Covid-19

II.1.1. El caótico escenario de la salud en el Perú pre pandemia por la Covid-19

La pandemia por la Covid-19 ha venido a alumbrar, con potentes reflectores, la absoluta precariedad del sistema de salud en el Perú. Así, en un documento de acceso público elaborado por la Oficina General de Planeamiento, Presupuesto y Modernización del Ministerio de Salud, publicado el 21 de enero de 2020¹, intitulado “Diagnóstico de brechas de infraestructura o acceso a servicios en el sector salud”², se muestran estas alarmantes cifras³:

¹ Nótese que se trata de un documento elaborado a inicios de año, es decir, 3 meses antes de que el Poder Ejecutivo decreta el estado de emergencia por la pandemia por la Covid-19 (15 de marzo de 2020).

² Disponible en: <https://www.minsa.gob.pe/transparencia/index.asp?op=301#> Consultado: 22 de octubre de 2020.

³ *Ibidem*, p. 8.



Tabla 2.
Indicadores de Brecha de Infraestructura y Equipamiento del Sector Salud 2018

Indicador de Brecha	Valor Absoluto	Porcentaje
1. Porcentaje de establecimientos de salud del primer nivel de atención con capacidad instalada inadecuada.	6785	77.78%
2. Porcentaje de nuevos establecimientos de salud requeridos del primer nivel de atención.	281	20.74%
3. Porcentaje de hospitales con capacidad instalada inadecuada.	124	51.00%
4. Porcentaje de nuevos hospitales requeridos.	172	56.21%
5. Porcentaje de institutos especializados con capacidad instalada inadecuada.	9	60.00%
6. Porcentaje de laboratorios del Instituto Nacional de Salud con capacidad instalada inadecuada	39	95.12%
7. Porcentaje de laboratorios regionales de salud pública con capacidad instalada inadecuada.	23	95.83%
8. Porcentaje de sedes administrativas con inadecuado índice de ocupación	1664	79.92%
9. Porcentaje de sistemas de información de salud que no funcionan adecuadamente	9	75%
10. Porcentaje de centros de promoción y vigilancia comunal requeridos	1264	66.91%

Fuente: Tabla 1 y Fichas técnicas de los indicadores asociados a la brecha de servicio. Elaboración: OPMI-MINSA.

Nótese que de manera previa a que se reportara el primer caso de un ciudadano peruano infectado por coronavirus en nuestro país (6 de marzo de 2020⁴), a inicios de 2020, 77.78% de establecimientos de salud del primer nivel de atención⁵ contaban con capacidad instalada inadecuada, expresada en la precariedad de la infraestructura, equipamiento obsoleto, inoperativo e insuficiente⁶, tal como se muestra en la siguiente tabla del mismo documento que venimos citando⁷:

⁴ Véase: <https://www.tvperu.gob.pe/noticias/nacionales/presidente-martin-vizcarra-confirma-primer-caso-de-coronavirus-en-el-peru> Consultado: 22 de octubre de 2020.

⁵ El Ministerio de Salud define a los establecimientos de salud del primer nivel de atención como aquellos “que desarrollan, principalmente, actividades de promoción de salud, prevención de riesgo y control de daños a la salud, diagnóstico precoz y tratamiento oportuno, teniendo como eje de intervención las necesidades de salud más frecuentes de la persona, familia y comunidad”. Cfr. “Infraestructura y equipamiento del primer nivel de atención: Norma técnica de salud N° 113-MINSA / DGIEM.V.01 / Ministerio de Salud. Dirección General de Infraestructura, Equipamiento y Mantenimiento; Lima: Ministerio de Salud; 2015; p. 10. Disponible en: <http://bvs.minsa.gob.pe/local/minsa/3366.pdf> Consultado: 22 de octubre de 2020.

⁶ *Ibíd.*, p. 10.

⁷ *Ibíd.*, p. 11.



Tabla 4: Indicador Porcentaje de establecimientos de salud del primer nivel de atención con capacidad instalada inadecuada

DEPARTAMENTO	ES CON CAPACIDAD INSTALADA INADECUADA	TOTAL DE ES DEL PRIMER NIVEL DE ATENCIÓN	INDICADOR
Amazonas	402	490	82%
Ancash	373	420	89%
Apurímac	275	394	70%
Arequipa	233	292	80%
Ayacucho	305	412	74%
Cajamarca	605	870	70%
Callao	41	84	49%
Cusco	288	374	77%
Huancavelica	274	414	66%
Huánuco	231	335	69%
Ica	132	163	81%
Junín	453	530	85%
La Libertad	228	331	69%
Lambayeque	157	199	79%
Lima	641	838	76%
Loreto	352	456	77%
Madre De Dios	90	99	91%
Moquegua	56	68	82%
Pasco	233	269	87%
Piura	377	442	85%
Puno	408	484	84%
San Martín	334	387	86%
Tacna	71	96	74%
Tumbes	38	56	68%
Ucayali	188	220	85%
TOTAL	6785	8723	78%

FUENTE: OPM/ MINSA, RENIPRESB enero 2020.

Apréciase que Madre de Dios, además ser una de las zonas con mayor índice de criminalidad en el Perú (criminalidad organizada debido a la depredación de los bosques, la minería ilegal y todos los delitos que se gestan alrededor de estas actividades ilícitas, además de la gravísima contaminación ambiental⁸), ocupa el primer lugar de establecimientos de salud del primer nivel de atención que cuenta con una deficiente capacidad instalada (91%).

Y a pesar de que durante los primeros siete meses del año 2020, entre las regiones que más recursos recibieron por canon minero se encuentra, en primer lugar, Áncash con una recaudación de 1,031 millones de soles; seguida de Arequipa, con 409 millones soles, y Cusco con 227 millones de soles⁹; sin embargo, Ancash, después de Madre de Dios, es la segunda región con establecimientos de salud de primer nivel con deficiente capacidad instalada (89%), Arequipa, 80%, y Cusco, 77%.

También los establecimientos de salud del primer nivel de atención de EsSalud sufren de esta terrible deficiencia: 84% del total¹⁰.

⁸ Véase <https://www.ocmal.org/crimen-en-madre-de-dios/> Consultado: 22 de octubre de 2020.

⁹ Véase <https://andina.pe/agencia/noticia-ancash-y-arequipa-son-las-regiones-que-recibieron-mas-recursos-canon-minero-este-ano-766158.aspx> Consultado: 22 de octubre de 2020.

¹⁰ Ibídem, p. 11.

Los establecimientos del segundo y tercer nivel de atención, muestran cifras escalofriantes, sobre todo si se tiene en cuenta que atienden problemas de salud de urgencia o emergencia o que requieren mayor nivel de especialización¹¹. Así, en el documento oficial que venimos citando, se indica lo siguiente al respecto¹²:

Porcentaje de hospitales con capacidad instalada inadecuada.

Al mes de enero de 2020, en el Registro Nacional de IPRESS se contabiliza 243 hospitales de segundo y tercer nivel de atención, de los cuales 137 son de categoría II-1, 49 son de categoría II-2, 20 de categoría II-E, 31 de categoría II-1 y 5 de categoría III-E (tabla 6)

Los hospitales son responsables de satisfacer las necesidades de salud de la población de su ámbito jurisdiccional, a través de una atención integral ambulatoria y hospitalaria mediante servicios especializados; que reciben las referencias de los establecimientos de salud de primer nivel de atención de su ámbito de competencia.

A este escenario de caos pre-pandemia por la Covid-19, se agrega la situación paupérrima en la prestación de servicios de los institutos especializados y de la investigación en salud.

En cuanto a lo primero, las deficiencias en la prestación de servicios de los institutos especializados con infraestructura y equipamiento no acordes a los estándares sectoriales establecidos, incluyendo la gestión del riesgo, se contabiliza 15 institutos especializados de los cuales 13 son de categoría III-2; 1 de categoría III-E y 1 que no cuenta con categoría¹³.

¹¹ En un documento elaborado por la Contraloría General de la República intitulado "Operativo de control. 'por una salud de calidad'. Del 28 de mayo al 1 de junio de 2018" (disponible en: http://doc.contraloria.gob.pe/documentos/operativos/OPERATIVO_POR_UNA_SALUD_DE_CALIDAD.pdf Consultado: 22 de octubre de 2020), se muestra información importante para comprender las categorías de establecimientos del sector salud (primer, segundo y tercer nivel). Transcribimos:

"[M]ediante Resolución Ministerial N.º 546-2011/MINSA de 13 de julio de 2011, el Ministerio de Salud formuló la NTS N.º 021-MINSA/DGSP-V.03 Norma Técnica de Salud "Categorías de Establecimientos del Sector Salud", en la cual establece que la clasificación de los establecimientos de salud, se efectúa con base a niveles de complejidad y a sus características funcionales comunes. Para ello, los establecimientos de salud cuentan con Unidades Productoras de Servicios de Salud (UPSS) que en conjunto determinan su capacidad resolutoria, respondiendo a realidades socio-sanitarias similares y diseñadas para enfrentar demandas equivalentes. Así, de acuerdo al comportamiento de la demanda, se reconocen tres (3) niveles de atención:

- El primer nivel de atención es la puerta de entrada al sistema de salud, atiende una oferta de gran tamaño y de baja complejidad; a su vez se clasifica en: Categoría I-1, Categoría I-2, Categoría I-3 y Categoría I-4.
- El segundo nivel de atención complementa la atención integral iniciada en el primer nivel de atención, agregando un grado de mayor especialización tanto en recursos humanos como tecnológicos, brindando un conjunto de servicios de salud dirigidos a solucionar los problemas de las personas referidas del primer nivel de atención o aquellas que por urgencia o emergencia acuden a los establecimientos de salud de este nivel. Además, realiza actividades preventivas promocionales, según corresponda y se clasifica, a su vez en Categoría II-1, Categoría II-2 y Categoría II-E.
- Finalmente, el tercer nivel de atención es el mayor nivel de especialización y capacidad resolutoria en cuanto a recursos humanos y tecnológicos dirigidos a la solución de necesidades de salud que son referidas del primer y segundo nivel de atención, así como aquellas personas que acuden a los establecimientos de este nivel por razones de urgencia o emergencia, y se clasifica, a su vez en tres (3) categorías: Categoría III-1, Categoría III-2 y Categoría III-E".

¹² *Ibidem*, p. 12.

¹³ *Ibidem*, p. 15.

Agrega la fuente oficial de donde obtenemos estas cifras e información actualizada a enero de 2020¹⁴, que:

En el caso del Indicador de Brecha "porcentaje de institutos especializados con capacidad instalada inadecuada", se identificó que el 60% de dichos establecimientos prestan servicios de manera limitada, ya que el 40% restante tuvo inversiones en los últimos años, como por ejemplo el INCOR, Instituto Nacional de Salud Niño San Borja, IREN Centro, entre otros.

Y en el caso de la investigación en salud y desarrollo tecnológico, la información oficial que presenta el documento citado es indignante. Citamos¹⁵:

Porcentaje de laboratorios del Instituto Nacional de Salud con capacidad instalada inadecuada

El Instituto Nacional de Salud es un Organismo Público Ejecutor del Ministerio de Salud dedicado a la investigación de los problemas prioritarios de salud y de desarrollo tecnológico. Tiene como mandato proponer políticas y normas, promover, desarrollar y difundir la investigación científico-tecnológica y brindar servicios de salud en diferentes campos para lo cual está conformado por los siguientes centros nacionales:

- Centro Nacional de Salud Ocupacional y Protección del Medio Ambiente para la Salud (CENSOPAS)
- Centro Nacional de Salud Pública (CNSP)
- Centro Nacional de Alimentación y Nutrición (CNAN)
- Centro Nacional de Productos Biológicos (CNPB)
- Centro Nacional de Salud Intercultural (CENSI)
- Centro Nacional de Control de Calidad (CNCC)

Cada uno de estos centros nacionales incorpora dentro de su estructura funcional diversos laboratorios nacionales teniendo como misión la promoción, desarrollo y difusión de la investigación científico-tecnológica y la prestación de servicios de salud en los campos de

la salud pública, el control de las enfermedades transmisibles y no transmisibles, la alimentación y nutrición, la producción de biológicos, el control de calidad de alimentos, productos farmacéuticos y afines, la salud ocupacional y protección del ambiente centrado en la salud de las personas y la salud intercultural, para contribuir a mejorar la calidad de vida de la población

En el caso del Indicador de Brecha antes citado, se identificó que 39 de ellos se encuentran realizando el servicio de manera limitada, lo cual representa el 95.12% del total de Laboratorios del INS que tiene a su cargo.

Tabla 12: Indicador Porcentaje de laboratorios del Instituto Nacional de Salud (INS) con capacidad instalada inadecuada

INDICADOR	VALOR AÑO 2020
Porcentaje de Institutos Especializados con capacidad instalada inadecuada	95.12%
Laboratorios Inadecuados	39
Total de Laboratorios de Salud	41

FUENTE: OPMI MINSA.

Las cifras y conclusiones oficiales que hemos mostrado construyen el diagnóstico clínico del sistema de salud peruano: su sistema inmunológico es absolutamente precario. Y debido a esas bajísimas defensas, no estaba —ni está— preparado para afrontar el asedio y el ataque

¹⁴ *Ibidem*, p. 16.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 16 – 17.

de la pandemia por la Covid-19. Pero no sólo ello, no está preparado para afrontar cualquier crisis sanitaria en el Perú.

Es más, según la Defensoría del Pueblo, la falta de recursos humanos afecta la atención médica en todo el territorio nacional:

“En algunos departamentos del país, el número de profesionales de la salud se encuentra por debajo de lo estimado por la Organización Mundial de la Salud (OMS), que es de 23 profesionales por cada 10,000 habitantes, para alcanzar las tasas de cobertura de las intervenciones clave de atención primaria de salud (primer nivel de atención). Entre estos departamentos se encuentra Loreto, con 18, Piura y San Martín, con 18.7, y Puno y Cajamarca, con 21.9, profesionales por cada 10,000 habitantes. Esta necesidad de recursos humanos no solo afecta a los establecimientos de primer nivel de atención, sino también a los principales hospitales de cada departamento que, debido a esta carencia, muchas veces se ven impedidos de ofrecer las prestaciones de salud que debieran de acuerdo a su categoría; tal es el caso de los servicios de emergencia, que según la norma técnica vigente, deberían contar –las 24 horas– con médico traumatólogo y anesitólogo disponibles, lo cual no puede cumplirse en muchos de los hospitales.

En la supervisión realizada, en los Hospitales de Categoría III de Lambayeque, Cusco, La Libertad, Callao, Loreto, Arequipa y Junín, los Directores de dichos nosocomios, manifestaron que necesitaban aproximadamente un 25,4% de médicos adicionales, mientras que en los Hospitales de Categoría II de Amazonas, Ancash, Ayacucho, Cajamarca, Huancavelica, Huánuco, Ica, Madre de Dios, Piura, Puno, San Martín, Tacna, Pasco, Ucayali, Tumbes, Moquegua, indicaron que necesitaban un 27,4% de médicos adicionales para cubrir la demanda de atención que reciben. Uno de los principales problemas en materia de recursos humanos en salud, es el centralismo, que genera desigualdad en la distribución de los profesionales de salud en el país. Por ejemplo, de acuerdo a la información elaborada por el Ministerio de Salud en el año 2015, el 70 % de los médicos especialistas se encuentran en Lima, Callao, Arequipa y La Libertad”¹⁶.

II.1.2. Recursos y eficiencia del gasto en salud

Dime cuántos impuestos se cobran (y cómo se gastan) y te diré qué derechos tienes, es una acertada conclusión a la que arriba GONZALES BERTOMEU, al prologar el libro de Stephen Holmes y Cass Sunstein¹⁷.

¹⁶ Defensoría del Pueblo: “Reporte. Derecho a la Salud”; Año II, N° 9; Lima: agosto 2018; pp. 2-3. Disponible en: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/Bolet%C3%ADn-Salud-9-agosto-2018.pdf> Consultado: 22 de octubre de 2020.

¹⁷ Gonzales Bertomeu, Juan F.: “Prólogo. El Estado como precondition de los derechos: beneficios y límites de una concepción relevante para América Latina”; En: Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R.: “El costo de los

No le falta razón. La asignación de recursos y su efectividad en el gasto público son claves para proteger y atender los derechos fundamentales, sobre todo en cuanto atañe al derecho a la protección de la salud. Son dos caras de una misma moneda. No basta solo con asignar recursos, es saber cómo gastarlos de modo *inteligente*.

En una nota del diario *Gestión* de mayo de 2019¹⁸ se señala, al respecto, lo siguiente:

“Según ComexPerú, si bien el Perú destina cada vez mayores recursos al sector salud, en esa materia el país aún tiene importantes desafíos, pues aún está rezagado con respecto a otros países de América Latina.

Así, por un lado, destaca que el presupuesto asignado al sector Salud se incrementó un 63.4% en los últimos cinco años, mientras que el gasto público ejecutado llegó a un 60.7%”.

En esa misma línea, como bien destaca una nota muy reciente del diario “El Comercio”¹⁹, desde el 2010, el Presupuesto Institucional de Apertura (PIA) de la función Salud viene creciendo a un promedio superior al 10%. Sin embargo, esta tendencia se cortó en el 2016, durante el gobierno de Ollanta Humala, quien decidió aprobar el presupuesto 2016 destinando a esta función con una reducción interanual de casi 2%.

Agrega esta nota periodística que:

“[E]n un plano más detallado, en el Ministerio de Salud (Minsa), la eficiencia también ha venido mejorando. De un avance de 87,7% en el 2010 se pasó a un 94,4% en el 2019. Sin embargo, se observa una variación particular en el **Presupuesto Institucional de Apertura** (PIA) –monto establecido en el proyecto de ley para su respectiva aprobación– vs. el **Presupuesto Institucional Modificado** (PIM) –que refleja la asignación final de recursos en cada año–. Entre el 2010 y el 2019, en seis ocasiones el modificado terminó siendo menor al de apertura [*ver infografía*]. Esta tendencia viene desde el 2015. El efecto es que, al ser la base menor, el porcentaje de eficiencia termina siendo mayor”²⁰.

Lo anterior se muestra en este gráfico publicado en la misma nota periodística que venimos citando:

derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos”; 1ra edición, 2da reimpression; Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015; p. 15.

¹⁸ Cfr. <https://gestion.pe/economia/comex-peru-gasta-salud-debajo-promedio-america-latina-268172-noticia/?ref=gesr> Consultado: 22 de octubre de 2019.

¹⁹ Edición del 22 de junio de 2020. Disponible en: <https://elcomercio.pe/economia/peru/coronavirus-eficiencia-del-ministerio-de-salud-en-la-ejecucion-de-recursos-es-menor-a-la-que-se-reporta-desde-el-2015-minsa-presupuesto-ollanta-humala-ncze-noticia/?ref=ecr> Consultado: 22 de octubre de 2020.

²⁰ *Ibíd.*



Datos similares presenta *Convoca* en una nota periodística del 30 de julio de 2020²¹, agrupándolos en función a la inversión suscitada en las cuatro últimas administraciones presidenciales. De allí que aporta esta importante información que reproducimos:

“A comienzos de 2010, el presupuesto inicial (PIA) destinado al rubro salud subió porcentualmente en más de 10% con respecto al año anterior. En 2015 tuvo su mayor aumento con 22,6%, llegando a ser de más de 13 mil 725 millones de soles en comparación con los 11 mil 197 millones de soles de presupuesto de 2014. En 2016, el presupuesto disminuyó en poco más de 254 millones de soles y aumentó en 2,4% en 2017.

En los dos siguientes años, los recursos para el sector salud volvieron a subir en su usual porcentaje: 16,2% en 2018 y 13,7% el 2019. En 2020, sin embargo, el presupuesto tan solo subió 1,5% con respecto a 2019 llegando a 18 mil 495 millones de soles. Es decir, el virus del COVID-19 apareció en el Perú el año con más bajo crecimiento porcentual del presupuesto del sector salud en los últimos años”²².

El gráfico elaborado por la fuente periodística que aquí citamos permite una mejor visualización de los datos comentados²³:

²¹ Cfr. <https://convoca.pe/agenda-propia/incremento-de-presupuesto-prometido-para-el-sector-salud-esta-entre-los-mas-bajos-en> Consultado: 22 de octubre de 2020.

²² *Ibíd.*

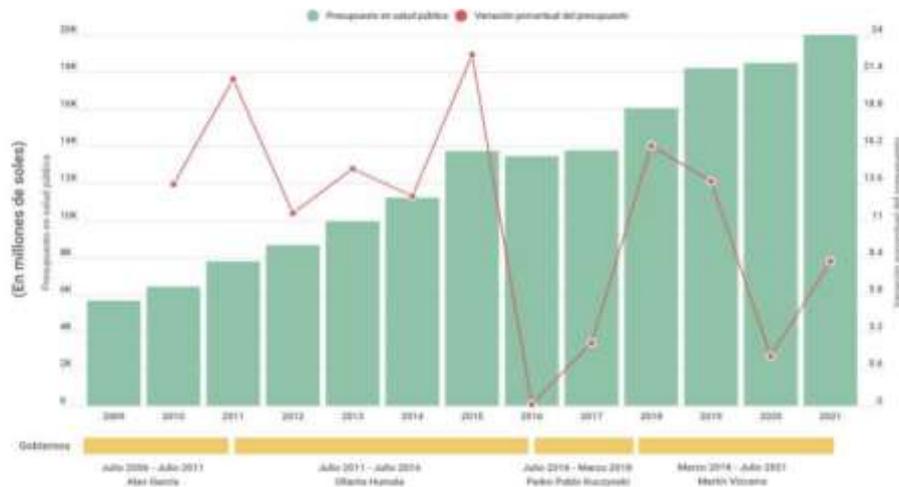
²³ *Ibíd.*



Evolución del presupuesto en salud en monto, porcentaje y periodo de gobierno

El presupuesto institucional de apertura (PIA) en el sector salud tuvo un crecimiento constante en monto, entre 2009 y 2020. Pero si vemos la evolución en porcentajes ha sido fluctuante, con años que presentan un aumento superior al prometido por el presidente Martin Vizcarra para 2021.

Se tomó en cuenta el presupuesto institucional de apertura (PIA).



Fuente: Portal de Transparencia del Ministerio de Economía y Finanzas. Datos e información: César Montenegro / Convoca.pe

Es más, ante el ofrecimiento del Presidente Martín Vizcarra de aumentar significativamente el presupuesto destinado a la salud, la nota periodística de *Convoca* que venimos citando procura echar luces para desentrañar a cuánto asciende, realmente, la mejora en el destino de recursos públicos de este sector. Señala al respecto lo siguiente:

“[...] [L]os 20 mil millones de soles prometidos por el presidente Vizcarra para 2021, solo representaría un aumento en 8,1% en relación al presupuesto de apertura de este año: un porcentaje mayor que el año pasado, pero no con respecto a la evolución histórica del presupuesto en salud pública.

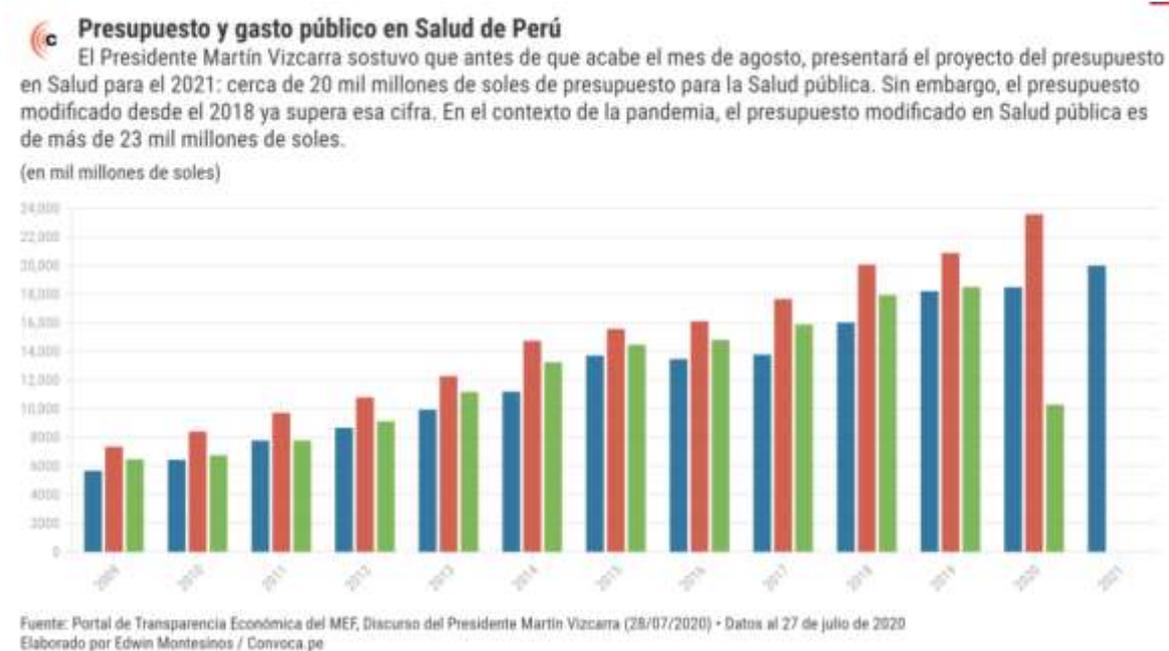
Si se toma en cuenta el presupuesto institucional modificado (PIM) en el sector salud en 2018 y 2019, las cifras superan los 20 mil millones de soles anunciados por el Jefe de Estado. Mientras que en 2020, el presupuesto con las partidas modificadas para enfrentar la pandemia en salud llega a 23 mil 589 millones si se toman en cuenta las cifras hasta el 27 de julio.

Convoca.pe conversó con Abel Salinas, ex Ministro de Salud de enero a abril de 2018, quien señaló que 20 mil millones de soles no es una inversión histórica en lo absoluto. Para que lo sea, este presupuesto debería estar por encima del 7% del Producto Interno Bruto (PIB) del país, agregó.

Perú solo destina el 3.2% del PIB como gasto público en salud, convirtiéndose en el segundo país con menor gasto público en la región andina, después de Venezuela, según los datos actualizados a 2018 por la Organización Panamericana de la Salud. Países como Ecuador, Colombia, y Bolivia destinan

más del 4% mientras que Chile y Argentina asignan el 4.9%, y Uruguay, el 6.4%.”

El gráfico elaborado por la fuente citada²⁴ permite una mejor visualización de la data mencionada:



Sin embargo, insistimos, tanto como aumentar el destino de recursos hacia el sector salud, resulta clave la *eficiencia* en el gasto público. Por ello, en una nota elaborada por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), se afirma lo siguiente:

“Muchos creen que una mejor atención en salud tiene que ver con cuánto dinero invierte el país. Siempre se ha pensado que más hospitales, más personal médico y más dinero significarían mejor salud. Y si bien ese es un factor importante, no todo tiene que ver con la cantidad. La eficiencia del gasto en salud juega un rol fundamental en el desempeño de la región en materia de salud: **si América Latina fuera una región más eficiente en cuanto a su gasto sanitario, los latinoamericanos podrían vivir casi cuatro años más.** Y en países como **Bolivia, Guyana, Trinidad y Tobago, y Surinam**, ese número podría subir hasta siete y alcanzar casi los 80 años”²⁵.

En efecto, se requiere de un proceso de *gasto inteligente*, sobre el cual, en una muy reciente publicación del BID, se advierte que en los casos de los países de América Latina y el Caribe

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Banco Interamericano de Desarrollo: “Mejor gasto, mejor salud”. *Cfr.* <https://www.iadb.org/es/mejorando/vidas/mejor-gasto-mejor-salud> Consultado: 22 de octubre de 2020.

se tiene que gastar mejor “cambiando de un gasto despilfarrador e ineficiente a un gasto eficiente que contribuya al crecimiento sin agudizar la desigualdad”²⁶. Es decir:

“[I]dentificar las eficiencias en el gasto público puede contribuir a reducir la carga. Este proceso se conoce con el nombre de gasto “inteligente”. En lugar de recortar los gastos en todos los ámbitos —como se ha hecho muchas veces en el pasado—, es preferible dividir el presupuesto sector por sector, identificar las ineficiencias técnica y asignativa y cambiar el gasto, si se justifica. Es importante elaborar diagnósticos basados en la evidencia, llevar a cabo análisis de costo-beneficio y obtener tasas de retorno con el fin de asignar el gasto allí donde sea más productivo y eficiente para lograr el bienestar social”²⁷.

En el campo de la salud, en América Latina y el Caribe, “las ineficiencias están en el desperdicio de insumos, en la duplicación de exámenes, en estadías hospitalarias innecesarias”, como lo señala el BID, al comentar la publicación antes citada²⁸. Y agrega que estas ineficiencias también se encuentran

“[E]n la regulación de los precios de los medicamentos —vital para hacer más eficiente el gasto sanitario— está presente en solo algunos países de la región como **Ecuador, El Salvador y Colombia**, donde los medicamentos llegan a ser hasta un 40% más baratos.

De igual forma, la ineficiencia del gasto sanitario se refleja en cómo los países subutilizan los medicamentos genéricos y terminan gastando más en comprar fármacos de marca, que pueden llegar a ser más de un 40% más caros. Los autores del estudio destacan los casos positivos de **México** —donde el Estado entrega exenciones fiscales— o el de **El Salvador**, donde el gobierno apoya económicamente a pequeños empresarios farmacéuticos que fabrican medicamentos genéricos”²⁹.

¿Cómo hacer para lograr un sistema de salud con un gasto más eficiente? La publicación del BID que venimos citando, al comentar la experiencia de algunos países en América Latina, plantea al respecto lo siguiente:

“La efectividad del gobierno, la transparencia, la participación ciudadana en la formulación de políticas y la calidad regulatoria también influyen de manera favorable en el funcionamiento y la eficiencia del sector público (Wagstaff y Claeson, 2004), que cumple un rol crucial en la organización y la operación de

²⁶ Alejandro Izquierdo, Carola Pessino y Guillermo Vuletin (Editores): “Mejor gasto para mejores vidas: cómo América Latina y el Caribe puede hacer más con menos”; Banco Interamericano de Desarrollo: 2018; pp. 49-50. Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Mejor-gasto-para-mejores-vidas-C%C3%B3mo-Am%C3%A9rica-Latina-y-el-Caribe-puede-hacer-m%C3%A1s-con-menos.pdf>
Consultado: 22 de octubre de 2020.

²⁷ *Ibidem*, p. 50.

²⁸ Banco Interamericano de Desarrollo: “Mejor gasto, mejor salud”; *ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

la mayoría de los sistemas de salud en América Latina y el Caribe. El desempeño relativamente eficiente de los sistemas de salud de Chile, Costa Rica y Uruguay puede estar relacionado con las mejoras en la regulación del sector público, la transparencia y la rendición de cuentas a los ciudadanos. Estos países han desarrollado sistemas de gobierno electrónico y están avanzando en mecanismos de adquisición electrónica, que posiblemente hayan ayudado a las mejoras de eficiencia (OCDE, 2014b; Scrollini y Durand Ochoa, 2015)³⁰.

II.1.3. Veeduría y participación ciudadana para el control de la eficiencia del gasto público: La necesidad de su reconocimiento constitucional

Hasta aquí, el panorama desolador del diagnóstico sobre la precariedad del sistema de salud público, sumada al insuficiente destino de recursos y, peor aún, con el ineficiente gasto público en dicho sector, torna necesario asumir el reto de seguir el camino de algunos países, principalmente de sociedades y realidades similares, como los de América Latina, para ser constantes en el incremento de la asignación de recursos, pero ser muy *inteligentes* en el gasto de aquellos. Para lograrlo, son cuatro ejes los que propone el BID al respecto: efectividad del gobierno, la transparencia, la participación ciudadana en la formulación de políticas y la calidad regulatoria.

De todos ellos, consideramos que la *participación ciudadana* constituye un elemento crucial en la tarea de exigir el incremento de la inversión pública en salud, así como monitorear, informarse y participar en la fiscalización y toma de decisiones en la eficiencia del gasto público en salud. Con mayor razón si es el ciudadano de quien se origina el poder público y es el destinatario de las políticas públicas.

Y es que, como bien plantea el BID:

“Los gobiernos de la región deben trabajar más para construir confianza. Crear instituciones que faciliten la acción colectiva de los ciudadanos, como los partidos políticos fuertes, pero también las asociaciones vecinales, es una parte clave de esto. Además, y de manera más rápida, los gobiernos pueden construir confianza proporcionando a los ciudadanos información más abundante, fiable y oportuna sobre como los resultados de las políticas corresponden a las promesas realizadas. Los ciudadanos que saben que pueden monitorear al gobierno y que pueden actuar de forma colectiva cuando el monitoreo revela defectos, tienen más probabilidades de confiar en el gobierno.

La información no es una panacea. A corto plazo, la información sobre el desempeño (no desempeño) de los políticos incluso puede tener efectos perniciosos, a saber, la decepción y la falta de participación ciudadana, por un lado, y el aumento en el uso de tácticas electorales ilícitas, como la compra de

³⁰ Alejandro Izquierdo, Carola Pessino y Guillermo Vuletin (Editores): “Mejor gasto para mejores vidas: cómo América Latina y el Caribe puede hacer más con menos”; op.cit., p. 222.

votos, por otro (Chong et al., 2015; Cruz, Keefer y Labonne, 2016). Sin embargo, sobre todo cuando se acompaña de modalidades efectivas de acción colectiva, de transparencia en el contenido y los resultados de las políticas y programas públicos, así como en términos de la responsabilidad del gobierno y de los funcionarios políticos por esos resultados, eventualmente construye confianza y aumenta los incentivos políticos para las políticas destinadas a mejorar el bienestar”³¹.

Comentando la experiencia chilena, DONOSO señala que la forma como se han ido estructurando los procesos de reforma sanitaria, incide en las prácticas (o praxis) participativas en salud³². La razón estriba en que se trata de un sector que hace uso intensivo de mano de obra, en el cual, el grueso de los gastos corresponde a salarios, el efecto de los procesos de reforma recae principalmente en los funcionarios y funcionarias; en consecuencia, como el proceso de atención o de prestaciones de salud, incluye una interacción permanente con usuarios y usuarias, también repercute sobre la calidad del servicio proporcionado por los trabajadores de salud que laboran en determinadas condiciones de trabajo, niveles de ingreso, calificación y satisfacción laboral³³. Es por ello que agrega:

“A su vez, el sector salud, integrante del Estado, incorpora los valores políticos de cada sociedad. El énfasis de la acción política desde el Estado Central, en el marco de las reformas de la salud ha estado puesto en la eficiencia y el gerenciamiento, que incide en la naturaleza y los contenidos en la relación entre ciudadanía y Estado y de los roles preponderantes de cada uno.

[...]

Podría decirse que se ha producido un desplazamiento desde la lógica de las coberturas universales de un Estado bienestar a un Estado gerencial, preocupado por la calidad de los servicios. Los ciudadanos se relacionan con los servicios de salud en tanto usuarios o clientes. El desarrollo de sistemas de libre elección, resitúa a ciudadanos y ciudadanas en condición de consumidores. En esta calidad, la participación ciudadana se expresará en el ejercicio del rol fiscalizador, de garante de la calidad de los servicios, del acceso y oportunidad de la atención y del aseguramiento y protección financiera”³⁴.

Todos estos planteamientos tienen pleno sentido en la medida de que América Latina busca alinearse al movimiento cultural surgido en Europa con posterioridad a las dos guerras

³¹ Alejandro Izquierdo, Carola Pessino y Guillermo Vuletin (Editores): *Ibíd*em, pp. 400-401.

³² Donoso Valenzuela, Nora: “Participación y cohesión social como ejes de la reforma y del modelo de atención en salud”; En: “Participación social en salud. Reflexiones y herramientas para la acción social en Chile”; Gobierno de Chile: Ministerio de Salud, 2009; p. 16. Disponible en: <http://www.bibliotecaminsal.cl/wp/wp-content/uploads/2016/03/Participacion-Social-en-Salud.pdf> Consultado: 23 de octubre de 2020.

³³ *Ibíd*em.

³⁴ *Ibíd*em.

mundiales que impactaron fuertemente en la economía y en la cultura jurídica y constitucional del viejo continente. Se trata de una *nueva* visión de cultura jurídica, denominada *Estado Constitucional*, que deja de lado el paradigma del Estado liberal decimonónico que pretendía “proteger” las libertades y derechos ciudadanos en función a lo establecido por la *ley* y que, por el contrario, coloca al ser humano como el centro real y principalísimo de cualquier ordenamiento jurídico nacional y comunitario^{35 36}. Se trata de un nuevo paradigma en el cual el juicio de conformidad constitucional, a través de la poderosa arma de la interpretación de la *lex legum*, la defensa de la institucionalidad, de los valores, los principios constitucionales y, esencialmente, de los *derechos fundamentales* de las personas, recae en el Juez, a quien le compete la función de ser el “garante de la complejidad estructural del Derecho en el Estado Constitucional, es decir, [...] de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia”³⁷.

Por ello es que consideramos *necesario* que la participación de los ciudadanos, de manera individual o colectiva, en el campo de las políticas públicas de salud (inversión y eficiencia en el gasto), deba tener reconocimiento constitucional. De esa manera, en virtud a tal reconocimiento, su exigibilidad será insoslayable, puesto que abre la puerta al control constitucional destinado a lograr su plena efectividad. Y es que, como lo ha señalado la doctrina, “entre Constitución y control existe una visión unívoca porque es imposible concebir la Constitución sin mecanismos de control para su cumplimiento”³⁸.

Así, esta iniciativa busca de acelerar el paso de nuestro país al trascender —mediante el reconocimiento constitucional— de la visión del sistema constitucional clásico por el cual la participación ciudadana en el sistema democrático se limita a la elección periódica de los representantes políticos y que niega la intervención directa de los ciudadanos en la formación de decisiones que puedan afectar el interés general³⁹, para dar lugar a lo que en la visión del Estado Constitucional se pretende con la participación ciudadana en la Administración Pública: “proporcionar apoyo (nueva legitimidad) a una Administración tradicionalmente cerrada, separada de la sociedad, para superar dicha segregación entre Estado y sociedad, de modo que los destinatarios de la acción pública puedan expresar directamente sus demandas

³⁵ Fioravanti, Maurizio: “Los Derechos Fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones”; Madrid: 2009; Editorial Trotta; sexta edición; p. 128.

³⁶ Agrega Fioravanti (ibídem) que el Estado Constitucional “[D]estruye el dogma liberal-estatalista de la fuerza absoluta de la ley, y crea así una situación, inconcebible para la doctrina decimonónica, en la que la validez de las normas del Estado está como suspendida, en el sentido de que depende de un juicio sobre su conformidad con la Constitución y, en definitiva, con una cierta interpretación de la Constitución y de los principios constitucionales”.

³⁷ Zagrebelsky, Gustavo: “El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia”; Madrid: 2009; Editorial Trotta; novena edición; p. 153.

³⁸ López Flores, Luciano: “El control constitucional en el Perú: ¿un modelo aún por armar?”; En: VOX JURIS, Lima (Perú) 34 (2); p. 84. Disponible en: <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/1075/857> Consultado: 22 de octubre de 2020.

³⁹ Danós Ordóñez, Jorge: “La participación ciudadana en el ejercicio de las funciones administrativas en el Perú”; En: Revista de Derecho Administrativo N° 1, Lima: 2006; Círculo de Derecho Administrativo; pp. 121-122.

y controlar las decisiones que adopten las autoridades, principalmente en aquellos campos donde predomine el carácter discrecional de las mismas"⁴⁰.

II.2. La salud como servicio público y el paciente como el centro de su atención: la necesidad de enfatizarlo en la Constitución

Siendo que el Estado Constitucional es un paradigma de “Estado de los Derechos Fundamentales”, el centro de la atención estatal gira en torno al respeto cabal e irrestricto de tales derechos de la persona humana. Por ello, las políticas públicas, influidas por el paradigma del *Estado Constitucional*, son enfocadas como *servicios públicos*. Así, por ejemplo, en el campo de la justicia, se advierte que —por la influencia de este paradigma— el rol del poder jurisdiccional del Estado se concentra en asegurarle al ciudadano la tutela efectiva de “sus” derechos fundamentales⁴¹. De allí que brinde un *servicio de justicia* en contraposición con el paradigma del siglo XIX concebido como “Estado de Derecho”, en el cual tenía sentido que el Estado ofrezca al ciudadano su “Administración de Justicia” (y que ésta fuera el centro del debate, el objeto principalísimo de los estudios dogmáticos sobre la justicia), puesto que la ley que configura tal administración era la garantía de la protección del derecho ciudadano a requerir justicia en determinado caso concreto; en cambio, en el paradigma del Estado Constitucional, el Estado se coloca frente a un reto distinto, de mayor envergadura y sensibilidad social: servir al ciudadano en su requerimiento de justicia⁴².

Siguiendo la lógica del *Estado Constitucional*, el Tribunal Constitucional, al interpretar los artículos 7°, 11° y 13° de la Constitución, ha concebido a la salud tanto como un derecho y como *servicio público*. En los fundamentos 7°, 8° y 9° de la STC N° 02480-2008-PA/TC (caso Ramón Medina Villafuerte⁴³), el máximo contralor de la Constitución dijo al respecto lo siguiente:

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

8. En este contexto, la salud como servicio público garantiza que las prestaciones sean ofrecidas de modo ininterrumpido, constante e integral debido a que está de

⁴⁰ Danós Ordóñez, Jorge: *Ibídem*.

⁴¹ López Flores, Luciano: “Los ‘Poderes Judiciales’, Proceso y Política Judicial. Una mirada desde el Estado Constitucional”; En: *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*; Volumen 6; N° 2; Lima: 2016; Pontificia Universidad Católica del Perú; p. 161. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/16421/16808> Consultado: 23 de octubre de 2020.

⁴² *Ibídem*.

⁴³ *Cfr.* <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02480-2008-AA.html> Consultado: 23 de octubre de 2020.

por medio la protección de derechos fundamentales, como la vida, la integridad y la dignidad humana. De este modo, la protección real y efectiva del derecho a la salud se garantiza mediante prestaciones eficaces, regulares, continuas, oportunas y de calidad, que también sean, simultáneamente universales e integrales.

9. En tal sentido, todas las personas tienen el derecho de poder acceder al servicio de salud y el Estado se encuentra obligado a organizar, dirigir, reglamentar, garantizar y supervisar su prestación de conformidad con los principios de continuidad en la prestación del servicio, eficacia, eficiencia, universalidad, solidaridad, integridad y progresividad. Ello es así porque la prestación del servicio de salud está conectada con la realización misma del Estado social y democrático de derecho y con la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad”.

Cuando la jurisprudencia constitucional en nuestro medio entiende a la salud tanto como un derecho y como un servicio público, se alinea con la perspectiva que se tiene a nivel de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, concretamente, con lo dispuesto por el artículo 10° del Protocolo de San Salvador⁴⁴.

Sin embargo, no basta con tal reconocimiento, puesto que como ya ha dispuesto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fundamento 99° de la sentencia recaída en el caso Ximenes Lopes vs Brasil (del 4 de julio de 2006⁴⁵):

“[L]a Corte estima que los Estados son responsables de regular y fiscalizar con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de **servicios de salud públicos de calidad**, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud”.

⁴⁴ **Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (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”.

⁴⁵ Cfr. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf Consultado: 23 de octubre de 2020.

[negritas y subrayados agregados]

En tal sentido, un instrumento singular y trascendental que sirve para contribuir con ese deber estatal de regular y fiscalizar permanentemente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales destinados a brindar *servicios de salud de calidad*, es la participación ciudadana, puesto que, como ya hemos dicho antes, es el ciudadano no sólo la fuente de origen del poder público sino el centro principalísimo, como usuario, del servicio público de salud, brindado por el Estado, por entidades mixtas o privadas.

Tal enfoque nos regresa al punto de inicio y que es el centro neurálgico de esta propuesta de reforma constitucional: ¿cuál es la justificación para que los ciudadanos participen en las políticas públicas en materia de salud? A pesar que la respuesta a esta pregunta la hemos respondido antes (*supra* II.1.3.), a continuación, aportaremos más razones que solventan lo ya argumentado desde la perspectiva de lo que viene sucediendo en otros países de América Latina y del resto del mundo.

II.3. ¿Por qué y para qué los ciudadanos debieran participar, en forma individual o asociada, en la elaboración de las políticas públicas en materia de salud? La corriente internacional

Siguiendo a ARIÑO ORTIZ, una de las fuentes antes citadas señala que la participación ciudadana en la Administración permite romper el monopolio interpretativo de lo que es el interés público cuya definición corre hoy día exclusivamente en manos de la Administración, razón por lo que resulta indispensable la intervención de los ciudadanos en el proceso de formación de decisiones que involucren el interés general, para la reorientación de los objetivos públicos⁴⁶.

En materia de salud pública, el criterio por el cual la *participación ciudadana* es indispensable en las políticas públicas fue consagrado en el cuarto principio de la "Declaración de Alma Ata", histórica conferencia internacional sobre Atención Primaria de Salud (APS), en la que participaron 134 países, 67 organizaciones no gubernamentales y alrededor de 3 mil personas, celebrada en la ciudad de Alma Ata (Kasajistán, Rusia), en 1978 del 6 a 12 de setiembre⁴⁷, la cual fue organizada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización Panamericana de la Salud (OPS) y el UNICEF.

Como se señala en la fuente antes citada⁴⁸:

“Al concluir el evento, el 12 de setiembre, se leyó la trascendental Declaración de Alma- Ata que enfatizaba la definición de salud de la constitución de la

⁴⁶ Danós Ordóñez, Jorge: *ibídem*, p. 123.

⁴⁷ ¿Qué es la declaración de Alma Ata? En: Boletín de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Edición N° 5/UNIVERSIDAD Y FACULTAD; Lima: 2018. Disponible en: <https://unmsm.online/sanfernandoinforma/index.php/2018/09/06/que-es-la-declaracion-alma-ata/> Consultado: 23 de octubre de 2020.

⁴⁸ *Ibídem*.

Organización Mundial de la Salud (OMS) de 1948 proclamando que la salud es un derecho humano que todas las personas merecen disfrutar, para lo cual la Atención Primaria de Salud es una estrategia para llegar a la meta: Salud para todos en el año 2000. La declaración instaba a los Estados a realizar todos sus esfuerzos para procurar una mejor salud a las personas”.

El cuarto principio de esta importante Declaración fue redactado y aprobado en estos términos:

“IV. El pueblo tiene el derecho y el deber de participar individual y colectivamente en la planificación y aplicación de su atención de salud”⁴⁹.

Al respecto, MÉNDEZ y VANEGAS señalan que a pesar de los términos en que está enunciado este principio declarativo:

“[...] la participación social en salud ha sido interpretada desde dos perspectivas: una utilitarista, donde los gobiernos y otros sectores de la sociedad se valen de los recursos disponibles en la comunidad para compensar costos en la provisión de servicios de salud, y otra que la ve como una herramienta de empoderamiento que da a la comunidad un papel más activo y de mayor responsabilidad en lo referido a la salud de la población. Bajo esta última premisa, la participación social se entiende como un proceso en que los miembros de la comunidad, individual o colectivamente, asumen diferentes niveles de compromisos y responsabilidades. La población identifica sus problemas, formula y ofrece soluciones, crea organizaciones para dar continuidad a los programas y en general contribuye a satisfacer las necesidades de salud de una manera deliberada y democrática⁵⁰”.

El mismo sentido de relevancia de la participación social en el diseño de políticas de salud fue asumido en la *Carta de Ottawa*, adoptada en la primera Conferencia Internacional sobre la Promoción de la Salud, intitulada “Hacia un nuevo concepto de la salud pública”, reunida en Ottawa (Ontario, Canadá) del 17 al 21 de noviembre de 1986, dirigida al logro del objetivo “Salud para todos en el año 2000”.

La conferencia tomó como punto de partida los progresos alcanzados como consecuencia de la Declaración de Alma Ata sobre la atención primaria de la salud, el documento “Los Objetivos de la Salud para Todos” de la Organización Mundial de la Salud, y el debate sobre la acción intersectorial para la salud sostenido en la Asamblea Mundial de la Salud⁵¹.

⁴⁹ Texto oficial, en versión en español, disponible en: <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2012/Alma-Ata-1978Declaracion.pdf> Consultado: 23 de octubre de 2020.

⁵⁰ Claudio A. Méndez y Jairo J. Vanegas López: “La participación social en salud: el desafío de Chile”; En: Rev Panam Salud Publica 27(2), 2010; p. 145. Disponible en: <https://www.scielosp.org/pdf/rpsp/2010.v27n2/144-148/es> Consultado: 23 de octubre de 2020.

⁵¹ Carta de Ottawa para la atención de la salud (1986). Versión oficial en español. Disponible en: <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2013/Carta-de-ottawa-para-la-apromocion-de-la-salud-1986-SP.pdf> Consultado: 23 de octubre de 2020.

La participación social estuvo planteada en términos de *reforzamiento de la acción comunitaria*. Citamos:

EL REFORZAMIENTO DE LA ACCION COMUNITARIA

La promoción de la salud radica en la participación efectiva y concreta de la comunidad en la fijación de prioridades, la toma de decisiones y la elaboración y puesta en marcha de estrategias de planificación para alcanzar un mejor nivel de salud. La fuerza motriz de este proceso proviene del poder real de las comunidades, de la posesión y del control que tengan sobre sus propios empeños y destinos.

El desarrollo de la comunidad se basa en los recursos humanos y materiales con que cuenta la comunidad misma para estimular la independencia y el apoyo social, así como para desarrollar sistemas flexibles que refuercen la participación pública y el control de las cuestiones sanitarias. Esto requiere un total y constante acceso a la información y a la instrucción sanitaria, así como a la ayuda financiera.

Como se aprecia, estos dos importantes instrumentos —la *Declaración de Alma Ata* y la *Carta de Otawa*— en materia de salud pública, adoptados por la comunidad internacional, son los que plantearon la *participación ciudadana* en las políticas de salud como un instrumento fundamental para la toma de decisiones en las políticas de salud pública, en su control y fiscalización. Esta perspectiva es constante en la comunidad internacional. De allí que sea la primera recomendación del *informe final* de la *Comisión sobre determinantes sociales de la salud*⁵² que está enunciada en estos términos:

“Recomendaciones generales de la Comisión

1. Mejorar las condiciones de vida

Mejorar el bienestar de las niñas y las mujeres, y las condiciones en que nacen los niños; favorecer el desarrollo de la primera infancia y la educación para los niños y las niñas, mejorar las condiciones de vida y de trabajo y formular políticas de protección social dirigidas a toda la población; y crear las condiciones que permitan envejecer bien. **Las políticas encaminadas a alcanzar esos objetivos han de contar con la participación de la sociedad civil**, los poderes públicos y las instituciones internacionales”⁵³.

[énfasis en negritas nuestro].

⁵² Esta Comisión corresponde a una iniciativa puesta en marcha por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 2005 con el propósito de “de recabar datos científicos sobre posibles medidas e intervenciones en favor de la equidad sanitaria y promover un movimiento internacional para alcanzar ese objetivo”. La Comisión debía emitir un *informe final* que fue evacuado en 2008 y publicado en 2009.

⁵³ Comisión sobre determinantes sociales de la salud: “Subsanar las desigualdades en una generación: alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud. Informe Final de la Comisión sobre determinantes sociales de la salud”; Organización Mundial de la Salud; Buenos Aires: 2019; p. 2. Disponible en: http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789243563701_spa.pdf?ua=1 Consultado: 23 de octubre de 2020.

En esta oportunidad, esta recomendación se sustenta, esencialmente, en darle el enfoque a la *participación ciudadana* como un valioso instrumento para lograr la *equidad sanitaria*. Dice, al respecto, la Comisión:

“Salir del ámbito de la administración pública e involucrar a la sociedad civil y al sector del voluntariado, así como al sector privado es un paso fundamental para alcanzar la equidad sanitaria.

Una mayor participación de la comunidad y de la sociedad en los procesos de elaboración de políticas contribuirá a que las decisiones adoptadas en materia de equidad sanitaria sean más justas. Además, la salud es un punto de confluencia de diferentes sectores y actores - ya se trate de una comunidad local que esté elaborando su propio plan sanitario (como el proyecto “ciudad sana” de Dar es Salaam (Tanzania), o de la participación de toda una ciudad, incluidas las autoridades locales, en el diseño de espacios que promuevan los desplazamientos a pie y en bicicleta (como el proyecto “Healthy by Design” en Victoria, Australia).

Lograr que la salud y la equidad sanitaria sean un valor compartido por todos los sectores es una estrategia difícil desde el punto de vista político, pero es indispensable a nivel mundial”⁵⁴.

MESA-LAGO invoca el mismo principio de participación para el caso de la seguridad social. Anota que la participación de los asegurados en la administración es un importante complemento de la democracia que continúa siendo enteramente justificada hoy y teóricamente es un principio de la seguridad social⁵⁵. Agrega que, si bien el Convenio 102 de la OIT no garantiza enteramente dicha participación, salvo en ciertos casos, “dicha participación ayuda a que los sistemas reflejen las necesidades y aspiraciones de aquellos a los que la seguridad social debe servir y a que los cotizantes cumplan con sus obligaciones”⁵⁶.

En suma: la participación ciudadana es un criterio acentuado y aceptado en la comunidad internacional para la eficiencia de las políticas públicas sanitarias que requiere cristalizarse. Países de América Latina como Chile, Uruguay, Colombia, El Salvador, van transitando esa senda con la necesaria discusión y ajustes en el camino, sin duda. Y es que, como lo ha recomendado la *Comisión sobre determinantes sociales de la salud* en su *informe final* de 2008, entre las medidas que deben adoptar los países, están las siguientes:

“Dar poder efectivo a todos los grupos de la sociedad mediante un sistema de representación justo en los procesos de toma de decisiones relativos al

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 10.

⁵⁵ Mesa-Lago, Carmelo: “Las reformas de salud en América Latina y el Caribe: su impacto en los principios de la seguridad social”; Santiago de Chile: 2005; Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL); p. 22. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3888/1/S2005077_es.pdf Consultado: 23 de octubre de 2020.

⁵⁶ *Ibíd.*

funcionamiento de la sociedad, en particular, en lo tocante a los efectos que éstas puedan tener en la equidad sanitaria, y crear y mantener un marco de participación social en la formulación de políticas.

Robustecer los sistemas políticos y jurídicos con el fin de proteger los derechos humanos, garantizar la identidad jurídica y tener en cuenta las necesidades y las reivindicaciones de los grupos marginados, en particular de los pueblos indígenas.

Garantizar la representación y participación justas de todos los individuos y comunidades en la toma de decisiones sanitarias, y hacer que ello se convierta en una característica del derecho a la salud.

Permitir que la sociedad civil pueda organizarse y actuar de forma que se promuevan y respeten los derechos políticos y sociales que afecten a la equidad sanitaria”⁵⁷.

Finalmente, en esa perspectiva, a iniciativa de la **Active Citizenship Network** (Red de Ciudadanía Activa —ACN—), que es una red flexible de organizaciones cívicas europeas que participan como socios en sus diferentes proyectos, dirigidas a fomentar la participación activa de los ciudadanos en la formulación de políticas europeas relativas a la salud, la responsabilidad social corporativa, la educación y la capacitación a nivel global⁵⁸, en 2002, en la ciudad de Roma, elaboró la *Carta Europea de Derechos del Paciente*, basada en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la cual contempló 14 derechos de los pacientes en relación con sus servicios de salud⁵⁹.

En el sustento de la *Carta Europea de Derechos del Paciente*, la ACN precisa que, respecto a estos 14 derechos, debe tenerse presente:

- La definición de los derechos implica que tanto los ciudadanos como todos aquellos relacionados con la asistencia sanitaria asumen sus propias responsabilidades. Los derechos están correlacionados con las obligaciones y las responsabilidades.
- La Carta se aplica a todos los individuos, reconociendo el hecho de que diferencias como la edad, sexo, religión estatus socio económico, grado de alfabetización, etc. pueden influenciar las necesidades individuales de asistencia sanitaria.
- La Carta no intenta posicionarse en temas éticos.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 18.

⁵⁸ “Día Europeo de los Derechos de los Pacientes”. Junta de Castilla y León. España: Nota del 18 de abril de 2020. Disponible en <https://www.saludcastillayleon.es/AulaPacientes/en/dias-mundiales-relacionados-salud/dia-europeo-derechos-pacientes-159f5b> Consultado: 23 de octubre de 2020.

⁵⁹ Active Citizenship Network: “Carta Europea de Derechos del Paciente”. Versión en español disponible en: <https://www.femenino.org/pages/el-viaje-del-cancer/internacional-carta-europea-de-los-derechos-de-los-pacientes.pdf> Consultado: 23 de octubre de 2020.

- La Carta define derechos válidos en los Sistemas de Salud europeos contemporáneos. Por lo tanto, deberán ser revisados y modificados teniendo en cuenta su evolución y el desarrollo del conocimiento científico y tecnológico.
- Los catorce derechos son una encarnación de los derechos fundamentales y, como tales, deben ser reconocidos y respetados independientemente de las limitaciones financieras, económicas o políticas, teniendo en cuenta los criterios de adecuación de los cuidados médicos.
- El respeto a estos derechos implica el cumplimiento de requisitos técnicos y de organización, así como de patrones profesionales y de comportamiento. Por lo tanto, requieren una reforma global de la forma en que operan los Sistemas Nacionales de Salud.
- Cada artículo de la Carta se refiere a un derecho, definiéndolo e ilustrándolo, sin pretender prever todas las situaciones posibles⁶⁰.

II.4. Las razones de los cambios constitucionales propuestos (análisis exegético)

II.4.1. Planteamiento.

Con base a todo lo abordado anteriormente (*supra* II.1 a II.3), esta propuesta de reforma constitucional busca *consagrar*, al más alto nivel de nuestro ordenamiento jurídico interno, la participación de los ciudadanos, de manera individual o colectiva, en el campo de las políticas públicas de salud, a fin de lograr que dicho importante y trascendental instrumento no tenga marcha atrás. Es un gran paso sin retorno, a fin de colocar al Perú a tono con el movimiento iniciado en los países del primer mundo —y de algunos otros en América Latina— que procuran ganar la confianza del ciudadano en las políticas públicas, dándole participación efectiva en la toma de decisiones y en la fiscalización del gasto público, en aras de lograr un *gasto inteligente*.

Con esta iniciativa, Perú se colocaría a la vanguardia de los países de América Latina de instaurar, en su Carta Política, la participación ciudadana en las políticas públicas en general y de la salud en particular.

Para ello, la fórmula legal diseñada (*supra* I) plantea modificar los textos del artículo 2°, inciso 17°; 7° y 9° de la Constitución Política vigente. Y para tal efecto, en los textos sustitutorios hemos tomado como base las fuentes citadas en esta exposición de motivos, tales como las recomendaciones contenidas en el *informe final* de la *Comisión sobre determinantes sociales de la salud*; así como varios de las disposiciones contenidas en la *Carta Europea de los Derechos del Paciente*.

El análisis exegético de cada norma cuya reforma planteamos, lo realizaremos a continuación.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 3 - 4.

II.4.2. Sobre las modificaciones al inciso 17° del artículo 2° de la Constitución.

El texto vigente del inciso 17° del artículo 2° de la actual Carta Política consagra el *derecho a la participación ciudadana*, de manera individual o asociada, *en la vida política, económica, social y cultural de la Nación*.

Sin embargo, ese derecho está emparentado, de acuerdo al viejo paradigma del Estado liberal de Derecho, única y exclusivamente, con el ejercicio de los denominados *derechos políticos*: elegir y ser elegido, así como de determinados mecanismos de democracia directa (remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum). Claro está que tales derechos requieren de leyes de desarrollo constitucional, tales como las leyes de elecciones y la Ley N° 26300 que regula los derechos inherentes a los mecanismos de democracia directa. De allí que el texto constitucional comentado señala que dichos derechos se ejercen *conforme a ley*.

Es por ello que el texto propuesto *amplía* las actuales fronteras del derecho a la participación ciudadana, de manera individual o asociada, *en la vida política, económica, social y cultural de la Nación*, llevándolas hacia el camino del ***“También gozan del derecho de participar, en forma individual o asociada, en la formulación, implementación y ejecución de las políticas públicas vinculadas al desarrollo de cualquiera de sus derechos, en especial los relacionados al derecho a la Salud, esta participación es facultativa”***.

De esta manera, la Carta Fundamental de nuestro país se colocaría a la vanguardia del resto de países de América Latina y de otros países del mundo, consagrando y asumiendo, a nivel constitucional, la participación ciudadana en la toma de decisiones de las políticas públicas de diversos servicios públicos esenciales que les brinda el Estado, incluyendo la fiscalización. Con ello, se busca virar hacia el norte de recomendaciones efectuadas por organismos internacionales como el BID que reclaman, en América Latina, la necesidad de transparentar el gasto público y de realizarlo con eficiencia e *inteligencia*. Y, con tal propósito, un instrumento clave es la *participación ciudadana*.

II.4.3. Sobre las modificaciones al artículo 7° de la Constitución.

Para viabilizar y compactar el derecho a la participación ciudadana en la toma de decisiones en las políticas públicas vinculadas al derecho a la salud que consagra el texto propuesto de reforma del inciso 17° del artículo 2° de la Constitución, nuestra propuesta plantea modificar los actuales textos de los artículos 7° y 9° de la Carta Política que se ocupan, en el caso del primero, del derecho a la protección a la salud; y, el segundo, de la política nacional de salud.

En este apartado comentaremos la reforma del artículo 7° de la Constitución para hacer lo propio, luego, con la modificación propuesta del artículo 9° (*infra* II.4.4.).

El texto vigente del artículo 7° de la Carta Política vigente dice:

“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. 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”.

Como se aprecia, la citada disposición constitucional tiene dos partes: (i) el reconocimiento de que *todos* tienen derecho a la protección de la salud y el deber de contribuir a su promoción y defensa (en donde, a tenor de dicha disposición, el Estado no asume ningún deber *explícito* con relación a tal protección y defensa); y, (ii) el reconocimiento de los derechos de la persona con discapacidad.

Nuestra propuesta plantea los siguientes cambios:

“**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. 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.

El derecho a la salud obliga al Estado a:

- a) **Garantizar el acceso a medicamentos y tratamientos, a todas las personas, que le permitan recibir el tratamiento adecuado para restablecer y/o preservar su salud.**
- b) **Garantizar el acceso a tecnologías sanitarias, como productos farmacéuticos y dispositivos médicos, que contribuyan a restablecer o preservar su salud.**
- c) **Garantizar el respeto a la voluntad, debidamente informada, de las personas sujetas a tratamientos médicos, así como su participación voluntaria en el marco de investigaciones científicas en las que participen.**
- d) **Las mencionadas obligaciones son enunciativas, debiendo desarrollarse las mismas acorde a ley y en concordancia con el inciso 17 del Art. 2 de la Constitución. En todo momento se prioriza a quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad y se debe dar especial atención al tratamiento y prevención de enfermedades catastróficas.”**

Nuestra propuesta, en primer término, se alinea con el 12vo derecho de la Carta Europea de Derechos del Paciente⁶¹ que plantea que los servicios de salud se adapten a las necesidades

⁶¹ Este derecho está enunciado en estos términos (ibídem, p. 8):

“12- *Derecho a un tratamiento personalizado*

Todo individuo tiene derecho a programas de diagnóstico o terapéuticos adaptados en lo posible a sus necesidades personales.

personales de la persona que se atiende en los servicios sanitarios. Es decir, subraya que el *paciente es el centro del servicio*, de tal manera que así se sientan las bases constitucionales para iniciar el camino que deje atrás la medicina industrializada y buscar recuperar “*el cuidado del paciente como la prioridad de las organizaciones médicas y de los propios clínicos*”⁶² (médicos y personal de la salud).

Tal planteamiento tiene anclaje en el artículo 1° de la Constitución que enfatiza: “*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*”. Por ello el texto propuesto inicia afirmando que “**acorde con la finalidad prevista en el artículo 1° de esta Constitución, la salud es un servicio público centrado en el paciente y que garantiza el Estado al más alto estándar posible**”.

Y porque la persona humana —que es el fin supremo de la sociedad y del Estado— debe ser el foco principalísimo de atención de las políticas públicas, dentro del paradigma del Estado Constitucional, la salud *debe* ser entendida como un servicio público que el Estado garantiza. Éste no puede “estar de costado” y por ello la Constitución tiene la obligación de hacer énfasis de su función de garante. ¿Y qué garantiza? La prestación de dicho servicio que debiera ser su principal labor y que, por ello, es brindado por instituciones públicas, mixtas (de capitales públicos y privados, como así lo sugiere el artículo 11^o⁶³) y privadas, quienes pueden brindar tal servicio *previa autorización estatal*, lo cual implica el deber que tiene el Estado de supervisarlas y regularlas, algo que pareciera no estar claro en la actualidad, aunque el Tribunal Constitucional ha venido señalándolo en su jurisprudencia al referirse a diversos servicios públicos, como la salud y la educación⁶⁴.

Los servicios de salud deben garantizar, para este objetivo, programas flexibles, orientados lo más posible al individuo, asegurándose de que los criterios de sostenibilidad no prevalezcan sobre el derecho a la atención sanitaria”.

⁶² Montori, Víctor: “La rebelión de los pacientes. Contra una atención médica industrializada”; Barcelona: 2020; Antoni Bosch editor; p. 153.

⁶³ **Constitución Política de 1993**

“**Artículo 11°.-** El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.

La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado”.

⁶⁴ En el fundamento 60° de la STC N° 0011-2013-PI/TC (caso de la Ley de Protección de la Economía Familiar), el Tribunal Constitucional enfatizó en el rol regulatorio de los servicios públicos brindados por privados que lo lleva a tener que intervenir frente a cualquier exceso en el ejercicio de la “libertad contractual”. Dijo al respecto:

“60. Sobre la base de lo anterior, una regulación estatal de mayor intensidad, respecto a empresas prestadoras, se halla justificada; y esto porque, en los contratos de servicios públicos, la libertad contractual no se ejerce en condiciones de simetría. En concreto, los usuarios no negocian las cláusulas en virtud de las cuales se contrata el servicio, sino que más bien la regla consiste en que ellos se “adhieren” a una serie de cláusulas y asumen obligaciones que han sido preestablecidas, sin que estas puedan ser realmente “negociadas”. Tal situación se extiende a los servicios de electricidad, agua, telefonía, **salud**, educación, entre otros. Por esta razón, el Estado está legitimado para desarrollar un rol regulatorio y de especial protección que excluya la posibilidad de que el usuario se vea forzado a consentir condiciones abusivas en la contratación”. [negritas y subrayados agregados] Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00011-2013-AI.pdf> Consultado: 23 de octubre de 2020.

Esto cobra particular relevancia, si tomamos en cuenta que el Tribunal Constitucional, al analizar el nivel de eficacia de los derechos sociales⁶⁵, ha establecido 3 umbrales para evaluar su nivel de cumplimiento. A saber:

a) **Primer umbral:** la obligación esencial mínima del Estado

Este umbral comprende niveles esenciales mínimos de los derechos sociales, y que por lo tanto el Estado está justificado de incumplir solo en circunstancias especialmente justificadas.

b) **Segundo umbral:** políticas programáticas de desarrollo en materia social

Hace alusión a un estadio de cumplimiento donde el Estado está obligado a implementar políticas programáticas progresivas, incrementando el nivel de bienestar social de los ciudadanos respecto del derecho social en cuestión.

c) **Tercer umbral:** satisfacción de finalidades individuales

En el último umbral, el Estado queda obligado a satisfacer las condiciones individuales que los ciudadanos requieren para alcanzar propósitos específicos de su interés, que guarden relación directa con el derecho social en cuestión. De acuerdo al Tribunal, "el Estado podrá cumplir discrecionalmente con este umbral de necesidades en función de restricciones presupuestales que su concretización implique⁶⁶".

Al determinar que toda persona tiene derecho a que el Estado garantice el acceso a medicinas, tratamientos, tecnología y servicios de salud a efectos de lograr su preservación y restablecimiento, la exigencia para el Estado se coloca –por defecto– entre los umbrales dos y tres. Esto es, el control judicial que se practicará, de aprobarse la reforma constitucional que aquí se plantea, pasará por exigir políticas progresivas que resulten en asegurar prestaciones de salud orientadas a las necesidades individuales de cada individuo, en materia de salud.

Cabe destacar que la enumeración de estos derechos tiene por propósito encausar la labor del legislador, de tal manera que la ley de desarrollo constitucional no desnaturalice la finalidad constitucional de esta reforma: asegurar la participación efectiva de la ciudadanía en la toma de decisiones de las políticas públicas y de su debido control y fiscalización. Si lo hiciera, esa ley sería inconstitucional y, por ende, susceptible de control ante las autoridades jurisdiccionales competentes.

Asimismo, la disposición constitucional contenida en el literal "b" del artículo 7 de la Constitución, establece el deber del Estado de garantizar el acceso oportuno a las tecnologías

⁶⁵ Tribunal Constitucional: STC N° 01470-2016-PHC/TC.

⁶⁶ *Ibíd.* Fundamento Jurídico 27, "Tercer Umbral".

sanitarias, por parte de todos los ciudadanos; priorizando el caso de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad.

Por tecnología sanitaria queda comprendida toda aplicación de conocimientos y habilidades organizados en forma de medicamentos, dispositivos médicos, vacunas, procedimientos y sistemas, desarrollados para resolver un problema de salud y mejorar la calidad de vida⁶⁷.

En otras palabras, las tecnologías sanitarias comprenden a los medicamentos, pero no se limitan a estos, sino que incorporan, además, a dispositivos médicos o productos sanitarios que son utilizados para: (i) promover la salud, (ii) prevenir, diagnosticar o tratar una enfermedad; o, (iii) rehabilitar o cuidar prolongadamente a un paciente. Cabe mencionar que estas definiciones se encuentran actualmente desarrolladas por la Ley N° 29459 - "Ley de los productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios".

La constitucionalización de este componente del derecho fundamental a la salud resulta esencial, si se toma en cuenta que si bien a nivel infra constitucional es reciente el reconocimiento del acceso a medicamentos⁶⁸, como componente esencial del derecho a la salud; la deuda histórica en la provisión de productos farmacéuticos y dispositivos médicos en el Perú⁶⁹ hace necesario que se reconozca al más alto nivel jerárquico normativo, el deber del Estado de garantizar dicho acceso, remarcando que existe una priorización respecto de las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad.

Consagrar este componente del derecho a la salud, en la Constitución, otorgará legitimidad y herramientas legales para que el legislador observe detenidamente si el desarrollo dado hasta la fecha a nivel infra-constitucional, resulta suficiente para garantizar el acceso a los medicamentos. Además, permitirá que frente la inacción o la insuficiencia de las medidas del Poder Ejecutivo, sean las propias personas titulares de este derecho, quienes puedan exigir judicialmente la tutela de sus intereses sanitarios.

Por último, cabe destacar como otra importante conquista social el deber del Estado de atender con especial atención las denominadas enfermedades catastróficas o de alto costo. Según la Organización Mundial de la Salud, las enfermedades catastróficas son aquellas cuyo tratamiento implica un costo directo igual o mayor al 40% del ingreso familiar.

Si bien en el caso peruano contamos con el Fondo Intangible Solidario de Salud, a la fecha no contamos con una partida presupuestal específica para enfermedades raras o huérfanas, las cuales, si bien afectan a aproximadamente 2 millones de peruanos y peruanas, presentan

⁶⁷ Concepto desarrollado por la Organización Mundial de la Salud en: *Evaluación de Tecnologías Sanitarias aplicada a los dispositivos médicos. Serie de documentos técnicos de la OMS sobre dispositivos médicos*. 2017. p. 15

⁶⁸ Se estableció mediante Decreto de Urgencia 007-2019.

⁶⁹ De acuerdo a información de la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas del Ministerio de Salud, la brecha entre las necesidades sanitarias de acceso a medicamentos esenciales y la oferta disponible, era de alrededor de 88%, al año 2014. Información disponible en: http://www.digemid.minsa.gob.pe/UpLoad/UpLoaded/PDF/EAccMed/Disponibilidad/1_DIGEMID_DIRECCION_GENERAL.pdf

una baja demanda en cuanto a medicamentos y a la vez, una baja oferta; condenando a los pacientes a la precarización de su derecho a la salud.

Recordemos que el Fondo Intangible Solidario de Salud – FISSAL ha sido creado dentro del Seguro Integral de Salud – SIS para el pago de tratamientos de alto costo de sus asegurados.

En sus inicios, el mayor porcentaje del gasto de este Fondo (alrededor del 60%) era destinado al tratamiento oncológico, mientras que el resto se diluía en tratamientos no vinculados a un programa presupuestario (Asignaciones Presupuestarias que No resultan en Productos – APNOP). Sin embargo, desde el 2014 el gasto en este último rubro ha crecido de manera sostenida, llegando a concentrar el 75% al cierre del 2019 y desplazando por amplio margen al gasto enfocado en tratamiento oncológico.

Además, el 80% del gasto en APNOP se destina al pago de servicios de hemodiálisis; razón por la cual en el Proyecto de Ley de Presupuesto del 2021 se ha destinado S/ 252 millones al pago de servicios de hemodiálisis por insuficiencia renal.

El problema radica en que esta lógica de financiamiento está dejando sin recursos a los pacientes que sufren enfermedades raras y huérfanas, puesto que la gran mayoría de recursos del FISSAL (60% aproximadamente) son destinados a hemodiálisis.

En esa línea, urge asegurar la obligación del Estado de tratar y prevenir las enfermedades de alto costo que podrían llevar a las familias de los pacientes que las sufren por debajo de la línea de pobreza. Esto es algo que se pretende garantizar a través de la incorporación del inciso “b” al artículo 7° de la Constitución Política.

Finalmente, se mantiene la concordancia con respecto al derecho fundamental de participación en la elaboración de políticas públicas que afecten derechos fundamentales, como la salud, debiéndose darle prioridad a la población en situación de vulnerabilidad.

II.4.4. Sobre las modificaciones al artículo 9° de la Constitución

Finalmente, nuestra propuesta de reforma del artículo 9° de la Carta Política vigente solidifica y otorga coherencia normativa al entramado de las reformas constitucionales propuestas del inciso 17° del artículo 2° y del artículo 7° de la Constitución, a través de la siguiente modificación:

“Artículo 9.- El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación, **garantizando la participación ciudadana**. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.”

Como se puede apreciar, la propuesta consiste en asegurar la participación ciudadana en la determinación de las distintas políticas de salud, como se incluyó en el numeral 17 del Art. 2 de la Constitución.

III. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

Esta propuesta legislativa no representa gasto alguno al erario nacional. Y, por el contrario, aporta grandes beneficios en lo que atañe a fortalecer los derechos de participación ciudadana en las políticas públicas relacionadas a servicios públicos y, en particular, de protección de la salud. Se trata de la reforma constitucional de los artículos 2.17°, 7° y 9° de la Carta Política vigente que tiene por propósito instaurar un modelo de participación ciudadana en las políticas públicas de salud, acorde con la corriente internacional y conforme a las recomendaciones de importantes organismos internacionales como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la Organización Mundial de la Salud (OMS) e instituciones no gubernamentales de reconocimiento en materia de derechos humanos de los pacientes como la **Active Citizenship Network** (Red de Ciudadanía Activa —ACN—) que elaboró, en 2002, la *Carta Europea de los Derechos del Paciente*.

IV. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA PROPUESTA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La propuesta, de lograr aprobación, tendrá efecto directo sobre los textos vigentes de los artículos 2.17°, 7° y 9° de la Carta Política, puesto que los reforma íntegramente, conforme a los textos sustitutorios plasmados en la fórmula legal (*supra* I).

V. RELACIÓN DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA CON LAS POLÍTICAS DE ESTADO DEL ACUERDO NACIONAL

La iniciativa legislativa propuesta tiene relación directa con la siguiente Política de Estado y Agenda Legislativa del Acuerdo Nacional:

2. Equidad y Justicia Social

13. Acceso Universal a los Servicios de Salud y a la Seguridad Social