

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Carrera de **DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

“LOS ALCANCES DEL LIBRE MERCADO Y SU  
IMPACTO EN LOS DERECHOS  
FUNDAMENTALES (SALUD)”

Tesis para optar el título profesional de:

**ABOGADO**

**Autor:**

JOSE GERMAN SALAZAR QUISPE

**Asesor:**

Dr. Emilio Augusto Rosario Pacahuala

<https://orcid.org/0000-0003-2421-548X>

Lima - Perú

**JURADO EVALUADOR**

Jurado 1 Presidente(a)	<b>Marcos Alberto Suclupe Mendoza</b>	<b>10206537</b>
	Nombre y Apellidos	Nº DNI

Jurado 2	<b>José Carlos Espinoza Rangel</b>	<b>40463445</b>
	Nombre y Apellidos	Nº DNI

Jurado 3	<b>Luis Christian Chu Alvarez</b>	<b>42155090</b>
	Nombre y Apellidos	Nº DNI

## **DEDICATORIA**

Este trabajo de investigación se lo dedico  
a mi familia, amigos que siempre creyeron en mí  
y nunca dudaron de mi capacidad para poder  
llegar hasta este último peldaño.

## **AGRADECIMIENTO**

Agradecimiento especial a mi hermano mayor, que siempre me empujo y dio ánimos para que pudiera empezar esta aventura académica, siempre vamos por más.

## Tabla de contenido

JURADO CALIFICADOR	2
DEDICATORIA	3
AGRADECIMIENTO	4
TABLA DE CONTENIDO	5
ÍNDICE DE TABLAS	6
RESUMEN	7
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	8
1.1. Realidad problemática	8
EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN EL PERÚ	16
1.2. Formulación del problema	19
1.3. Problemas específicos	19
1.4. Objetivos	19
1.5. Antecedentes	20
1.6. Justificación	25
1.7. Limitaciones	25
1.8. Bases teóricas	25
CAPÍTULO II: METODOLOGÍA	45
CAPÍTULO III: RESULTADOS	48
CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES	72
CAPÍTULO V: RECOMENDACIONES	82
REFERENCIAS	83
ANEXOS	88

## ÍNDICE DE TABLAS

**Tabla 1.....Pag. 48**

**Tabla 2.....Pag. 62**

Haga clic o pulse aquí para escribir texto.

**RESUMEN**

El presente trabajo de investigación tiene como fin presentar la problemática que hay en cuanto a cómo los derechos fundamentales establecidos en la constitución, pueden ser utilizados para fines lucrativos, usando el derecho del libre mercado, cuanto nos afecta esto como sociedad, viendo que los derechos fundamentales no pueden ser utilizados con fines de lucro, sino que son derechos primordiales e inherentes a toda persona. No siendo posible que estos sean aprovechados por empresarios que ven una oportunidad de lucro. A su vez, trata de reflejar como el estado ha fallado, en cuanto a la defensa y protección de del derecho a la salud, al no hacer una adecuada aplicación del artículo 9 de nuestra constitución.

**PALABRAS CLAVES:** LIBRE MERCADO SALUD DERECHOS  
FUNDAMENTALES ACCESO ESTADO.

## CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

### 1.1. Realidad problemática

Nuestra Constitución establece el derecho a la salud como un derecho fundamental, donde el estado asume la responsabilidad de brindar el acceso libre y de calidad a todas las personas. En su artículo 9 señala: “El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos los accesos equitativos a los servicios de salud”.

El derecho a la salud se encuentra recogido, tanto en los instrumentos universales de protección de los derechos humanos, como en los instrumentos regionales de protección de los derechos humanos: sistemas europeo, africano e interamericano. Los órganos de control, supervisión y vigilancia de carácter jurisdiccional o no, han contribuido a desarrollar a partir de informes o sentencias (según el caso) el derecho a la salud, a partir de la interpretación y aplicación del Derecho Internacional (Román A. Navarro, 2018, “Reconocimiento y protección del derecho a la salud por el corpus iuris internacional de los derechos humanos: universal y regional, alcances y limitaciones”, pag.12)

Este criterio nos lleva a entender que el derecho a la salud es primordial, dado que es entendido como un derecho humano y que por tanto protege nuestra integridad física, mental y psicológica, y en aras de poder ejercer derechos fundamentales ya establecidos en nuestro marco jurídico, sin el pleno goce de este no estaríamos en la facultad de accionar otros derechos de vital importancia, como por ejemplo el derecho al libre mercado. ¿Pero la realidad, verdaderamente nos demuestra que el derecho a la salud se antepone al derecho al libre mercado, y el Estado nos garantiza la accesibilidad a este derecho fundamental?

Como hemos señalado anteriormente, el artículo 9 señala: “El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos los accesos equitativos a los servicios de salud”.



Esto ha permitido una colisión con el artículo 59 que indica “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”, muchas veces la libertad de empresa es comprendida como un rol esencial para el desarrollo económico, pero el afán de lucro traducido en usura, hace que muchas personas dejen de acceder a una adecuada atención en salud, viéndose vulnerado este derecho fundamental.

Los derechos humanos han recibido diversas denominaciones a través del tiempo: derechos del hombre, garantías individuales o sociales, derechos naturales, derechos innatos, derechos esenciales, libertades públicas, derechos de la persona humana, derechos públicos subjetivos y derechos fundamentales. Los derechos se singularizan de acuerdo a sus principios: universalidad, historicidad, progresividad, aspecto protector, indivisibilidad y eficacia directa. (Caballero & Garcia, 2016)

En ese sentido, vemos que el derecho a la salud es un derecho humano, y que al igual que otros derechos igual de importantes tiene su fundamento en la dignidad de la persona, siendo que este derecho es una condición innegable para poder disfrutar de los demás derechos humanos.

Principio de Universalidad: Este principio se rige por la igualdad de todas las personas, no pudiendo esta ser sometidas a discriminación alguna, todas las personas son titulares de los derechos humanos, la universalidad se encuentra relacionado con los derechos a la igualdad y no discriminación (Comisión Nacional de derecho Humanos, 2016). Esta tiene como objetivo el goce de una serie de derechos, esto es independientemente del país en la cual la persona haya nacido o resida, es el sentido de la declaración universal de los derechos humanos y de los pactos de la ONU de 1996. La universalidad no es solo un asunto de cada

Estado independiente, sino, como lo establece los derechos humanos, es uno que atañe a toda la comunidad internacional.

La historicidad, dentro del reconocimiento de los derechos humanos y de su contenido es, en buena parte, resultado de la historia universal y de la civilización y en consecuencia, sujeto a evolución y modificación. Podemos referir la cuna de la civilización occidental: Grecia y Roma, se mostraba con naturalidad, con algunas excepciones, la existencia de la esclavitud, personas que eran tratadas como cosas y no como ciudadanos. La esclavitud en el mundo occidental perduro hasta después de mediados del siglo XIX, y en nuestros tiempos, en muchos “países civilizados” podemos apreciar nuevas formas de esclavitud como la trata de personas y el trabajo forzado.

La progresividad, y su principal característica, es la ampliación y protección de este principio, tanto en el plano nacional, regional e internacional, tanto en lo que se refiere a número y contenido de ellos, así como a la eficacia de su control. Otra característica es la irreversibilidad de los derechos, dado que el reconocimiento de estos hace que no sea posible desconocerlos, no hay regresividad. Esto también permite incorporar nuevos derechos humanos a la constitución, que se precisen y amplíen los ya reconocidos, y que se eliminen o atemperen limitaciones, que se creen nuevas garantías procesales para su amparo o se puedan perfeccionar los ya existentes.

El aspecto protector señala la protección de toda persona humana, dado que no importa la condición de esta (social, económica, política, etc.) siempre llegara a necesitarlo, sostiene también la protección abarca no solo a la persona sino también a la comunidad nacional, sociológica y políticamente a toda la ciudadanía. Los derechos tal como los conocemos históricamente, han sido conquistados y reconocidos por la fuerza, a través de luchas violentas. Las personas que siempre han estado en el poder siempre han intentado imposibilitar que las grandes multitudes hagan valer lo que les corresponde.

La indivisibilidad tiene como principal característica la unificación de todos los derechos, sean estos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, todos componen una unidad. Los derechos humanos son interdependientes entre sí, estos son importantes porque se apoyan unos con otros, formando así la unidad de bloque. Dentro del plano del derecho, la indivisibilidad es diversa del asunto de la jerarquía de derechos, sin embargo, como esta ya aceptado, el derecho a la vida tiene mayor importancia que muchos otros, como puede ser el derecho al libre mercado, o la libertad de tránsito. Sin vida los demás derechos pierden cualquier importancia para la persona.

La eficacia directa señala que los derechos humanos, consagrados en la Constitución y en los diversos instrumentos internacionales vigentes y ratificados, sean vinculantes para todas las autoridades ejecutivas, legislativas, judiciales y constitucionales autónomas, así como para los organismos, grupos y personas. También se señala que no es necesaria una ley que ampliara este ámbito de los derechos humanos. (Carpizo, 2011).

El no reconocimiento de estos principios nos llevara, indiscutiblemente, a la vulneración de nuestras condiciones básicas de vida, puesto que el derecho a la salud exige una adecuada protección jurídica y constitucional de esta misma. Es imprescindible que estos derechos se reconozcan como fundamentales e innegables, superando cualquier limitación económica.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos) reconoce que: */...Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...* El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señala el *derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. Alcántara sostiene que

la salud es un hecho social tanto material como inmaterial, por ello, es multidimensional y multicausal, desbordando así la competencia médica. Para Ferrajoli los derechos fundamentales conforman tres criterios axiológicos: el nexo entre derechos humanos y paz (garantizando los derechos fundamentales para conservar la paz), el nexo entre derechos e igualdad (igual valoración para todos), y el papel de la ley del más débil en alternativa a la ley del más fuerte. (Caballero & Garcia, 2016).

**Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 26 de septiembre de 2019:** El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

El Consejo de Derechos Humanos, Guiado por los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas. Reafirmando la Declaración Universal de Derechos Humanos y recordando el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

“Reafirmando también el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y poniendo de relieve que todos los derechos humanos son universales e indivisibles, están relacionados entre sí, son interdependientes y se refuerzan mutuamente”.

En este sentido, los Estados deben asegurar que sus acciones como miembros de organizaciones internacionales tomen en cuenta el derecho de cada individuo al disfrute del más alto nivel posible de salud física y bienestar, por lo tanto, la firma de acuerdos debe apoyar las políticas de salud pública. Promover un amplio acceso

a servicios de salud esenciales y tecnologías sanitarias seguras, eficaces y asequibles para la prevención, el tratamiento o el alivio.

Esto se puede apreciar en la Declaración Universal de Derecho Humanos, que en 1948 menciona la salud como parte del derecho a un nivel de vida adecuado (art 25). El derecho a la salud también fue reconocido como derecho humano en el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, de 1966.

Si bien podemos decir, ha sido la globalización la que ha puesto este derecho en la agenda mundial, ha sido la legislación de cada país la que se ha encargado que las competencias del libre mercado no sobrepasen, no subyuguen o no sometan a otros derecho iguales o más importantes que este último.

Un caso que podemos señalar es el que precisamente ocurrió en nuestro país con la firma del TLC con Estados Unidos, sobre la introducción de una protección de las patentes más estricta que la exigida en virtud de las reglas de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

A su vez, en el informe de evaluación de potenciales efectos sobre el acceso a medicamentos del TLC que se negocia con EE. UU (MINSa, 2005), sobre este tema, se afirma que:

Los principales efectos del capítulo de propiedad intelectual del TLC recaerían sobre los precios, el acceso a los medicamentos, los gastos de bolsillo y los presupuestos institucionales del MINSa y EsSalud. En el caso del efecto sobre los precios, se considera como supuesto que el efecto del TLC es continuo y que cada año 12 moléculas estarían pidiendo protección de datos. El resultado de esta simulación por 31 años implica que durante el primer año los precios podrían aumentar en 9,6%, los medicamentos originales aumentarían en 12,5%, los genéricos de marca en 4,3% y los genéricos DCI en 0,7%. Se estima que los años donde se producirán los mayores efectos serán entre el 2011 y el 2017 (años 6 y

13 después de la entrada en vigencia del sistema de protección de datos de prueba), en los que se generarían aumentos de precios entre un 55% y un 100%; en el caso de los medicamentos originales los precios aumentarían entre 72% y 132%.

En particular, el Gobierno debería asegurarse que puede adoptar medidas complementarias para evitar que los pobres se vean obligados a sufragar los costos del acuerdo de libre comercio. En el estudio del Ministerio de Salud se propone la creación de un fondo para medicinas sufragado por los sectores que se beneficiarían del acuerdo de libre comercio.

En ese mismo sentido, durante la pandemia, en el año 2020, el presidente Martin Vizcarra conformo una mesa de diálogo, esto para poder negociar con las clínicas privadas un intercambio prestacional en salud, esto debido a que el covid-19 evidencio los problemas estructurales de nuestro sistema de salud, la cual se vio rebasada por los miles de contagiados y personas que no podían acceder a una adecuada atención en el sistema de salud pública. Los dueños de las clínicas se mostraban renuentes a querer negociar un intercambio prestacional, ya que a las personas que asistían al sistema de salud privado se le estaban cobrando tarifas realmente altas, ante la negativa de las clínicas de llegar a un consenso, el presidente indico que si en un plazo de 48 horas las clínicas no formaban parte de la mesa de negociación planteada por el Ministerio de Salud para establecer acuerdos sobre las tarifas cobradas a los pacientes COVID-19, se suprimirá sus derechos de propiedad. Esta medida está contemplada en el artículo 70 de la Constitución peruana y puede aplicarse por razones de seguridad nacional o de necesidad pública.

El pronunciamiento del presidente se produjo luego de que la Asociación de Clínicas Particulares del Perú (ACP) desconoció un acuerdo con el Seguro Integral de Salud (SIS) - el seguro a cargo del Estado- relacionado con las tarifas de atención a pacientes infectados con el nuevo coronavirus. Este acuerdo implicaba

que el SIS cubriera la atención de sus asegurados derivados a cualquiera de las 65 clínicas afiliadas a esta asociación. Luego de una tensa negociación, se estableció fijar las tarifas que cobrarán por la atención a los pacientes con COVID-19 que derive el Estado. El monto fijado es de 55.000 soles más IGV por un periodo indeterminado de días de atención que puede ir desde uno hasta más de 30 días, esto se materializó con la emisión del Decreto Legislativo 1466-2020.

Nuestro ordenamiento jurídico y constitucional ha establecido que el Perú tiene un modelo económico social de mercado, ese carácter social hace que el Estado, por el interés de los consumidores, pueda ingresar a regular ciertas situaciones como las que se vivieron en los primeros meses de pandemia.

Con el paso del tiempo, la Sala Constitucional, en su jurisprudencia, estableció que el derecho a la salud tiene cobertura constitucional, que se deriva del derecho a la vida y del derecho a un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado, esto se encuentra establecido en la sentencia 2016-2004AA/TC y precisa: */...Nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la salud no se encuentra contemplado entre los derechos fundamentales formalmente establecidos en el Artículo 2.º de la Constitución y, más bien, se le reconoce en el Capítulo de los Derechos Económicos y Sociales a que se refieren los Artículos 7.º y 9.º; sin embargo, considera que cuando la vulneración del derecho a la salud compromete otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, tal derecho acentúa su carácter fundamental y, por tanto, su afectación merece protección vía acción de amparo.* (García & Soto, Tania, 2015).

La desigualdad es particularmente aguda en enfermedades de alto costo y también en otras condiciones lacerantes. Por ejemplo, en la mayoría de los países, la atención de la salud mental es imperceptible. Existen más de 66 mil personas con VIH –adquirido 97% por vía sexual– de las que apenas la mitad conoce que lo

padece, no obstante, son transmisores cotidianos de la infección. Los viejos problemas empeoraron, como la disminución del control de la tuberculosis a medida que aumentaba la resistencia a los medicamentos; o la desesperación y las innumerables frustraciones de los departamentos y hospitales de emergencia, consejería y cirugía cada vez más superpoblados; la falta de atención diaria, medicamentos y equipos a nivel de distrito, región y provincia.

## **Evolución del derecho a la salud en el Perú**

**Constitución de 1823:** En el capítulo V, de las Garantías Constitucionales establece en el artículo 1937 que de estar consignados los derechos sociales e individuales se declaran inviolables. En este artículo se puede observar que en los derechos sociales no estaba incluido el derecho a la salud.

**Constitución de 1826:** En el Título XI de las Garantías, Capítulo Único, del artículo 148,8 se hace mención a la seguridad, y a la salubridad de los peruanos, podemos observar que no está considerado el derecho a la salud.

**Constitución de 1834:** En el Título IX, Garantías Constitucionales, en el artículo 162,9 podemos observar que sólo está considerado, el término de salubridad de los ciudadanos.

**Constitución de 1856:** Dada el 13 de octubre de 1856 y promulgada el 19 del mismo mes, podemos observar que no hay ningún artículo que aborde el derecho a la salud.

**Constitución de 1860:** En el Título IV de las garantías individuales, encontramos a los artículos 23 y 2410 referidos al derecho a la educación, sin embargo, no hay artículo alguno referido al derecho a la salud



**Constitución de 1920:** En el Título IV, sobre las Garantías Sociales, podemos observar que en los artículos 46 y 47,<sup>11</sup> establecen por primera vez, la salud y la seguridad pública, la vida y la higiene.

**Constitución de 1933:** En los artículos 42, 44, 46, 48 y 50,<sup>12</sup> el ESTADO por primera vez garantiza la salud, los derechos civiles, políticos y sociales, la vida y la salud, la higiene, la previsión de invalidez, enfermedad y muerte, fomentando las instituciones de solidaridad social, el ESTADO tiene a su cargo la sanidad pública y cuida de la salud privada, dictando las leyes de control higiénico y sanitario.

**Constitución de 1979:** En el Capítulo III, de la Seguridad Social, Salud y Bienestar, en los artículos 15, 16 y 19,<sup>13</sup> el ESTADO garantiza el derecho a la protección de la salud integral y la Política Nacional de Salud. Por primera vez se habla de Políticas Nacional de Salud.

**Constitución de 1993:** En el Capítulo II, de los Derechos Sociales y Económicos, en los artículos 7, 9, 10 y 11,<sup>14</sup> se establece el derecho a la vida a la salud, a la protección de la salud y la política nacional de salud. Podemos observar que la Constitución no considera a la salud como un derecho fundamental. (Rosado, 2018)

**Defensoría del pueblo (noticias web 07.03.2018):** El defensor del pueblo Walter Gutiérrez, manifiesta su preocupación, dado que en nuestro país las mujeres continúan siendo la población con más problemas para acceder a los servicios básicos de salud. Manifestó que existe una brecha muy amplia, y que, según el informe del Thomson Reuters del 2017, la ciudad de Lima ocupa el primer lugar entre las metrópolis con más de 10 millones de habitantes en la que las mujeres tienen un precario o nulo acceso a seguros de salud, incluyendo el cuidado de su salud sexual y reproductiva. Esta situación se agudiza en el interior del país por la

falta de servicios especializados y de calidad, especialmente para las mujeres andinas y amazónicas. Estas carencias las exponen a situaciones de muerte materna, las que en el año 2017 ascendieron a 377 casos.

### **Mesa de Concertación para la lucha contra la pobreza-Entidad gubernamental**

**(noticias web 11.09.2018):** La pobreza y el limitado acceso a la salud, sobre todo para madres adolescentes, son factores que inciden en el incremento del embarazo precoz en el Perú. Uno de los aspectos más preocupantes es la mayor vulnerabilidad de adolescentes pobres, de zonas rurales, indígenas y con menor acceso a la salud y educación. Son 11 regiones las que muestran el mayor incremento de embarazos en adolescentes. Según información de la ENDES 2017 Amazonas registra el mayor incremento al pasar de 19,9 % en el 2016 a 23,8% en el 2017.

Dentro de esta problemática, se encuentra la limitada concurrencia del Estado u otros actores políticos, a fin de que puedan implementar acciones conjuntas para la prevención de embarazos adolescentes, ya que es importante que los centros de salud brinden estos servicios y esté al alcance de todos.

### **Organizaciones de Naciones Unidas (noticias web 13.06.2005):**

La nota refiere sobre el peligro de la firma del TLC con EEUU, y lo que puede significar su impacto en el Perú, y de cómo se podría diluir las salvaguardias de salud internacionalmente acordadas, subiendo los precios de los medicamentos esenciales que millones de peruanos ya no podrían pagar. El 2 de junio, el Ministerio de Salud del Perú hizo público un estudio sobre los efectos potenciales sobre el acceso a las medicinas de un posible acuerdo de libre comercio entre los Estados Unidos de América y el Perú. En el estudio se indicaba que de 700.000 a 900.000 personas quedarían excluidas del acceso a medicinas a no ser que aumentara el presupuesto del Ministerio de Salud o los ingresos de las personas pobres. Con esto podemos apreciar los efectos comerciales (libre mercado) que puede significar que muchas

personas no puedan acceder a un adecuado tratamiento, ya que estos tendrían que sufragar los nuevos costos del acuerdo de libre comercio.

## 1.2. Formulación del problema

Como hemos explicado antes, el problema está en:

¿La implementación explícita de un libre mercado en la constitución afecta el derecho fundamental de la salud?

## 1.3. Problemas específicos

- ¿La implementación explícita del libre mercado vulnera el derecho a la salud?
- ¿La implementación explícita del libre mercado podría elevar los precios de las medicinas?
- ¿La implementación explícita del libre mercado evitaría la intervención del estado en el sector salud?

## 1.4. Objetivos

- Analizar como la implementación explícita del libre mercado estaría vulnerando el acceso al derecho a la salud, y determinar si el estado ha generado políticas de salud para garantizar la protección de este derecho

### 1.4.1. Objetivos Específicos

- Analizar como la implementación explícita del libre mercado podría elevar los precios de los medicamentos, generando una distorsión comercial, perjudicando a la población.
- Analizar como la implementación explícita del libre mercado podría garantizar un adecuado acceso al derecho a la salud.

- Analizar como la implementación explícita del libre mercado impediría al estado aplicar medidas de protección adecuadas

## **1.5. Antecedentes**

### **1.5.1. Antecedentes internacionales**

La tesis “El derecho humano a la salud en el Estado de México”. Concluye que la salud es mucho más que la ausencia de enfermedad, que los diversos factores sociales, económicos, pero sobre todo políticos son de gran influencia para un adecuado estado de salud de los ciudadanos. Sostiene que las medidas aplicadas en el estado de México han resultado ineficientes, y que estos se podrán lograr exigiendo criterios sociales que propicien salud a todas las personas. Un sistema de salud óptimo representa tener personal idóneo, instrumentos y herramientas que permitan cumplir al personal médico una buena labor, el financiamiento de parte del gobierno, una logística integral. Las ausencias de todos estos medios incrementarán las malas condiciones de salud, por tanto, se vuelve un impedimento para el acceso a una salud de calidad. (Hernandez, 2019)

La tesis “El ejercicio del derecho fundamental a la salud en Colombia” señala que el derecho a la salud en Colombia, si bien se encuentra dentro del grupo de derecho sociales, económicos y culturales, ha sido la propia Corte Constitucional quien le ha dado la condición de derecho fundamental, haciendo un pronunciamiento en el año 1992, donde señala que el derecho a la salud es autónomo y no dependerá de otro derecho para que sea exigible. La intención que ha tenido el estado para salvaguardar y garantizar el derecho a la salud se ha visto reflejado en las distintas políticas de protección y prevención que han implementado, sin embargo, la investigación evidenció la ineficacia de las normas que regulan este derecho. Dentro de las soluciones que plantea la investigación se considera hacer un

llamado a la ciudadanía, fomentando la participación de esta a través de manifestaciones pacíficas y públicas, así como solicitar información, quejas antes las instituciones sanitarias encargadas de velar por la no fragmentación del ordenamiento jurídico y además de la protección integral del derecho a la salud. (Tovar & Velandia, Yenni, 2019)

En Chile, la tesis “El derecho a la salud en una nueva constitución: Una mirada desde el derecho internacional de los derechos humanos”. Concluye que una transformación constitucional, con respecto a seguir interpretando el derecho a la salud resulta en insuficiente, siendo necesaria una reelaboración del mismo, que pueda tomar los avances progresivos y tendencias que se han dado con respecto a la salud. La investigación recogió instrumentos internacionales con enfoque en la regulación del derecho a la salud, para extraer los elementos mínimos a ser considerados para una eficaz configuración del derecho a la salud: (i) el concepto de derecho de salud y su reconocimiento, el cual presenta una evolución desde el concepto de estado completo de bienestar físico, mental y social, al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud o bienestar físico, mental y social; (ii) la prevención y tratamiento de todo tipo de enfermedades, entregando obligaciones sustantivas al estado para la efectiva realización de este derecho; y (iii) la asistencia médica y servicios médicos, obligación sustantiva que debe asegurar disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, respeto y calidad. Se realizó un estudio comparado a nivel constitucional, donde se seleccionó 12 constituciones de Europa y América Latina, dicho estudio señaló que solo 3 de las 12 constituciones no consagran expresamente el derecho a la salud, y cuya promulgación de estas, es la más antigua. (Venegas, 2019)

“El derecho a la salud es un derecho humano”, precisa que el bienestar de las personas, se da con el cumplimiento del derecho a la salud como derecho fundamental, y a su vez, trata de mostrar las diversas carencias

manifestadas dentro del sistema de salud de la ciudad de México. El objetivo también radica en señalar el derecho a la salud como un derecho humano, la trascendencia de esta, que llevara a una mejor comprensión para mejorar las distintas vulneraciones en la cual incurre el estado, demostrado también durante la pandemia. Recomiendan unificar el sistema de salud, con el fin de optimizar los medios existentes, para que, a su vez, permita a las personas acudir a cualquier hospital de la red de instituciones gubernamentales. Considera también la organización actual del sistema de salud, un foco de desigualdad en el acceso a los servicios médicos e imposibilita una cobertura universal, esto a pesar de contar con una normativa sólida, la desatención sigue siendo uno de los mayores obstáculos hacia el pleno desarrollo de la salud. Los más perjudicados son las personas de bajos recursos, quienes son obligados a acudir a diversos establecimientos de salud no cubiertos por el estado, siendo la pobreza una traba más, frente al desarrollo y acceso a la salud. (Esther & Hernandez, 2021)

### **1.5.2. Antecedentes nacionales**

La tesis titulada “El derecho fundamental de la salud y la jurisprudencia en el Tribunal Constitucional peruano” considera la poca valoración que se le da a los derechos sociales, económicos y culturales frente a los derechos civiles y políticos, a su vez, busca esclarecer si existe exigibilidad en cuanto al derecho a la salud, para con un estado que basa el aseguramiento de este en el presupuesto nacional. Sostiene que el tribunal constitucional ha señalado que el derecho a la salud, si bien depende de las políticas públicas, estos derechos han dejado de ser programáticos, y han pasado a ser progresivos, esto merece una adecuada protección de parte del Estado, fomentando directrices que prevengan y no limiten el acceso a este derecho. La ejecución de presupuesto, que asegure la accesibilidad al sistema de salud de todos los ciudadanos, no debe verse como un mero gasto, muy por el contrario, se le debe considerar una inversión social para el bienestar común. El tribunal peruano, en su diversa jurisprudencia, ha venido desarrollando medidas para proteger el derecho fundamental de la salud en

las personas, pero el estado no ha avanzado al ritmo del tribunal, desprotegiendo a la ciudadanía, puesto que las políticas públicas implementadas han resultado insuficientes. Señala también que se debe fortalecer las medidas de supervisión y fiscalización estatal frente a las diversas instituciones de salud, esta deberá ser eficiente, eficaz y efectiva. El estado no tiene políticas eficientes y claras, en consecuencia, este debe garantizar el derecho fundamental a la salud mediante un marco normativo adecuado, que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo, los estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permitan prevenir cualquier amenaza de vulneración al derecho fundamental a la salud de la persona humana. (Rosado, 2018),

La tesis “El derecho fundamental a la salud y su exigibilidad en el ordenamiento jurídico peruano” tiene como objetivo posicionar la dignidad humana como la base del derecho fundamental de la salud, y determina que la propia naturaleza humana evoca una serie de derechos humanos que protegen bienes jurídicos. La vulneración del derecho humano, entendiéndose también como una afectación al derecho a la salud, pone en peligro la vida del ser humano, siendo la persona el fin supremo de la sociedad, no pudiendo el estado limitar el goce efectivo de los bienes humanos esenciales que le son conferidos. El Estado debe optimizar recursos para poder obtener las condiciones adecuadas para salvaguardar la vida de las personas, caso contrario, pondría en riesgo la vigencia de los derechos fundamentales. La colectividad social también es considerada dentro del esquema de los derechos humanos, los derechos sociales representan una garantía indispensable para el goce de los demás derechos, siendo necesario para la realización de los mismos recursos y condiciones materiales que hagan posible su aplicación. Considera que, si bien los derechos sociales necesitan recursos oportunos para su ejecución, esta deberá ir acorde con la realidad y condición real de cada estado. La exigibilidad del derecho a la salud, en los distintos órganos jurisdiccionales, deberá contener el derecho constitucional trasgredido, y la especificación de

este mismo, dicho contenido se orienta al restablecimiento y la conservación del funcionamiento armónico de la salud del ser humano. (Torres, 2021)

La tesis titulada “Derecho a la salud, un derecho fundamental rezagado a ser un derecho social: reflexión por la pandemia del covid-19” tiene como objetivo resaltar el manejo del Estado, las gestiones que este realiza y la administración de los recursos, para lograr un desarrollo idóneo del derecho a la salud. Indica también que el Estado, en sus distintos gobiernos de turno, han sido deficientes en cuanto a la dotación de recursos a nuestro sistema de salud, todo esto se vio reflejado durante la pandemia del covid-19, que evidencio el colapso del sector salud, al verse imposibilitado de atender la demanda de personas, por no contar con suficiente personal médico, camas UCI, siendo estos recursos esenciales para combatir el covid-19. Es importante considerar el derecho a la salud, como un derecho fundamental, nuestra sociedad no le da la consideración que amerita, a pesar de ser vital para la existencia y desarrollo de la persona. (Leòn, 2021),

La tesis titulada “El derecho a la salud pública y la protección social en el Hospital Regional de Pucallpa 2020” sostiene que la salud ha sido una constante preocupación para el ser humano. El derecho a la salud, entendido como un derecho humano, incluye también un adecuado servicio de salud y asistencia médica, así como de otros servicios esenciales, tales el acceso a agua limpia y potable, suministro de nutrición y vivienda adecuadas, condiciones sanas de trabajo y el medio ambiente, acceso a la información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Recomienda crear campañas de información sanitaria masiva social, relacionando la normativa del derecho a tener buena salud por que se instituiría una población educada y con formación, con la finalidad de hacer valer sus derechos para el bienestar de todos. (Chavez, 2021),



## 1.6. Justificación

La importancia del presente estudio es para determinar, de parte los distintos órganos públicos, una adecuada aplicación del artículo 9 de nuestra constitución, y que el Estado, en su rol de garantizar el acceso a la salud para todos los ciudadanos, regule las diversas situaciones que se han dado entre el derecho a la salud y el derecho al libre mercado. Entendiendo que no existen derechos más importantes por encima de ellos, ambos derechos conviven entre sí en condición de igualdad, pero en caso de una colisión, uno prevalecerá sobre el otro.

## 1.7. Limitaciones

La investigación llevada a cabo tuvo diversas limitaciones, debido a la coyuntura sanitaria que se vive en nuestro país, como el de no poder asistir físicamente a la biblioteca de la Universidad Privada del Norte y a las distintas bibliotecas que se encuentran en nuestra capital, por lo que las investigaciones se limitan a la revisión de textos de manera virtual, casi en su totalidad.

## 1.8. Bases teóricas

### Dignidad humana

La doctrina cristiana atribuye el concepto de dignidad humana a la dignidad que tiene todo ser humano, en razón que cada individuo lleva en sí misma un reflejo de divinidad que lo creo, desarrollando la igualdad entre los seres humanos. Encontramos así que la dignidad se relaciona a la imagen de Dios, esta naturaleza no proviene de la persona en sí, sino nace de una divinidad. (García Velutini, 1980)

El concepto de dignidad humana, según la doctrina cristiana, ha superado cambios históricos y controversias intelectuales, cambiado con el paso del tiempo, encontrándose en la modernidad un concepto de dignidad mucho más

intelectual, con una mayor inclinación a la realización social, donde la dignidad se transforma en el fundamento de ética pública y del sistema jurídico. La historia nos ha demostrado los distintos precedentes que han sido útil para la construcción del concepto moderno de la dignidad, sin embargo, debemos precisar que actualmente de su significado emanan valores y derechos que mantienen la democracia y además es fundamento del ser. (Peces Barba, 2003).

En este sentido, actualmente se tiende a dar un concepto de dignidad humana relacionado al valor de la persona, que además de ello, sirve como parámetro del orden político y jurídico, el cual supone el respeto del hombre como fin en sí mismo, premisa que debe estar presente en los planes de acción social del Estado, suministrando una base constitucional a sus políticas públicas, puesto que en el estado social, el respeto a la dignidad se refiere esencialmente a lograr una mejor calidad de vida de las personas. Definir a la dignidad humana entonces, es definir el valor que le corresponde al hombre como fin en sí mismo, dotado de inteligencia y libertad, distinto y superior a todo lo creado, que comparte un tratamiento acorde en todo momento con su naturaleza humana. (Tribunal Constitucional, EXP. N.º 2016-2004-AA/TC, fundamento 16)

La sentencia del tribunal constitucional define la dignidad humana como aquel valor indivisible de la persona, sirviendo como parámetro para el orden político y jurídico, basado en el respeto del hombre como fin, esta premisa debe ser considerada por el estado en el accionar social que esta implemente a sus bases constitucionales políticas, dado que, en el estado social, la valoración y el respeto a la dignidad humana está asociada a lograr una mejor calidad de vida para las personas. Se define la dignidad humana, como el valor que le ha sido otorgado al hombre como fin en sí mismo, provisto de inteligencia y libertad, distinto a todo ser creado.

Desde un punto de vista filosófico y religioso, el concepto de dignidad humana tiene un largo camino histórico. Sin embargo, desde un punto de vista legal, la dignidad es un nuevo concepto, que ocurre después de la Segunda Guerra Mundial, mientras que los textos que lo mencionan provienen de la historia moderna. Por lo tanto, la dignidad humana aparece como un núcleo central en importantes documentos internacionales (la expresión dignidad se encuentra en la Conferencia de San Francisco (1945) (*«a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana...»*); la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) (*«la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca [...] de todos los miembros de la familia humana». (...) «La fe de las Naciones Unidas en la dignidad y el valor de la persona humana»*); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) cuyo preámbulo establece que la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad humana inherente y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. (*«que conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz del mundo tienen por base la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana...»*); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) (*«La educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad»*); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) (*«Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad»*). (Lamm, 2017)

En ese sentido (Uriarte, 2020) señala que la dignidad es el valor que el propio ser humano se otorga, esto no es establecido por ninguna entidad o persona, sino que es algo que todo individuo goza, sin distinción de sexo, raza, religión, orientación sexual y otros condicionantes. Apunta al respeto y la consideración que amerita cualquier individuo por el mero hecho de ser humano. En ese sentido, el concepto de dignidad hoy en día se vincula con la libertad, la racionalidad, la ética y los valores humanos. Antiguamente, la dignidad era relacionada con valores marcados religiosamente, el respeto de la tradición o

la pertenencia a un grupo humano que es considerado meritorio del respeto de los demás. De allí que existan frases como “Preferible morir con dignidad que vivir de rodillas” u otras expresiones que se aproximan al orgullo.

### **Tipos de dignidad**

Desde su perspectiva (Uriarte, 2020) nos indica 3 tipos de dignidad:

- Dignidad ontológica o humana. Aquella que nace con los seres humanos y que se fundamenta en su pertenencia a la especie.
- Dignidad moral. Aquella que atañe al comportamiento de las personas en sociedad y al juicio que ésta se haga respecto al bien y al mal.
- Dignidad real o adquirida. Aquella que perciben los demás a nuestro alrededor y que apunta a la consideración que de nosotros se hagan.

### **La dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte Interamericana- Caso Miguel Castro Castro vs Peru**

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha solicitado a la corte que responsabilice al estado de Perú por las violacion de los derechos humanos, afectando a 42 reclusos que murieron, 175 resultaron heridas y 322 personas fueron detenidas en forma cruel e inhumana. La Corte Interamericana, en su análisis sobre la magnitud de las violaciones derivadas de la desnudez forzada de los detenidos durante este largo período, señaló lo siguiente:

*“(...) es preciso enfatizar que dicha desnudez forzada tuvo características especialmente graves para las seis mujeres internas que se ha acreditado que fueron sometidas a ese trato. Asimismo, durante todo el tiempo que permanecieron en este lugar a las internas no se les permitió asearse y, en*

*algunos casos, para utilizar los servicios sanitarios debían hacerlo acompañadas de un guardia armado quien no les permitía cerrar la puerta y las apuntaba con el arma mientras hacían sus necesidades fisiológicas (supra párr. 197.49). El Tribunal estima que esas mujeres, además de recibir un trato violatorio de su dignidad personal, también fueron víctimas de violencia sexual, ya que estuvieron desnudas y cubiertas con tan solo una sábana, estando rodeadas de hombres armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado. Lo que califica este tratamiento de violencia sexual es que las mujeres fueron constantemente observadas por hombres” (Corte IDH, Penal Castro Castro Vs. Perú, 2006, párr. 306).*

Lo determinante, en este caso, para la formación de una violación a la dignidad, se fundamenta en las circunstancias en que ocurrieron los hechos, es decir, no sólo la privación de libertad, sino también el hecho de que la persona se encontraba desnuda entre otras consideraciones, lo que el tribunal califica de insultante, teniendo en cuenta por supuesto, que son mujeres. Según los estándares de la Corte Interamericana, con base en la Convención de Belém do Pará, las violaciones contra las mujeres son inaceptables y especialmente peligrosas, ya que son vulnerables a la discriminación en diversos ámbitos. Entonces, la dignidad no es igual para todos, porque en este caso se repite la idea de que si las personas son especialmente vulnerables, se debe fortalecer la protección de la dignidad, es decir, para las mujeres, los niños y los pueblos indígenas, el concepto de dignidad se refiere a otras obligaciones. de estados. (Bohorquez & Roman, 2009).

## **Derechos Humanos**

Comprender la realidad es el único obstáculo para evitar su manipulación. Los derechos humanos no son una excepción. Por el contrario, tienen una dimensión en la historia moderna, una función ideológica, emocional y una influencia amplificada por el poder de la comunicación, que promueve una manipulación

multifacética y que por el contrario, exige un gran esfuerzo de comprensión. La manipulación puede provenir de un uso puramente semántico del concepto, de herramientas políticas partidistas, e incluso de negar su valor al oponerlo a otros valores u objetivos dados, es agresivo e incompatible con los derechos humanos. El uso de la retórica y la semántica se da cuando, desde trasfondos morales distintos a los que históricamente la han producido, y en contextos políticos no democráticos, se pretende legitimar una fuerza válida de derechos humanos y califica tales hechos de incompatibles con su origen o para su finalidad. (Peces, Barba 1989)

Los derechos humanos nacen con la humanidad misma, ha estado presente siempre en la historia del ser humano, evolucionando según cada época. Hace más de 2500 años, en la sociedad griega, existían ciudadanos gozando de determinados derechos, cuyo marco legal se encontraba regulado solo para ciertas personas, puesto que habían una minoría que no gozaba de estos mismos derechos, incluso privados de su libertad, a estos ciudadanos se les llamaba esclavos. La conquista de los romanos, al pueblo griego, no detuvo la esclavitud. La lucha de los esclavos por gozar de esos derechos es una historia tan larga como la esclavitud misma, recordemos los ejemplos de Espartaco y de Antonio. Todo este proceso de lucha forma parte de la actual dignidad humana. (Sagastume, 1991)

La idea de derechos humanos corresponde con la ratificación de la dignidad de la persona frente al Estado. El poder que se ejerce desde el sector público, debe estar siempre al servicio humano, no deben ser usados para agravar atributos inherentes a la persona, siendo esta un vehículo para que ella pueda vivir en una sociedad armoniosa, en condiciones que aseguren la plena dignidad de la persona. Nuestra sociedad contempla que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al estado, los cuales deben ser garantizados y respetados por este mismo, son los que hoy llamamos derechos humanos. (Nikken, 1994)

La concepción dominante (y limitante) desde la posguerra, formada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, supone unos derechos inherentes a la persona humana por el solo hecho de serlo. El mismo enfoque de concepción ius naturalista, parte desde la premisa que estos derechos trascienden la realidad concreta y las relaciones concretas entre individuos y grupos, esta condición parte desde la constitución de la persona como tal. No hay selección entre las personas humanas, por ello estas son de carácter universal. (Camacho, 2016)

La concepción del derecho positivo afirma que los derechos humanos son válidos si están institucionalizados en órdenes o sistemas jurídicos a través de actos humanos. Este criterio, al igual que iusnaturalismo, es válido en la concepción contemporánea de los derechos humanos, ya que los derechos contenidos en este concepto son todos aquellos derechos que las personas, a través de sus propias instituciones políticas, reconocen como tales, a través de normas internacionales como declaraciones, pactos, tratados y convenciones. (Hinojosa & Guerrero, 2017)

### **Derechos humanos y la segunda guerra mundial**

Los derechos humanos son derechos históricos, porque nacieron en circunstancias especiales y son producto de su época. Por lo tanto, todos los derechos surgen en diferentes momentos históricos, surgidas como resultado de las luchas sociales de diferentes grupos o alianzas para conquistar nuevas libertades. Por ejemplo, después de las guerras de religión, se conquistó el derecho a la libertad de religión. Luego de las luchas obreras, se reconoció el derecho de huelga. (Bobbio, 1991)

Podemos considerar que finalizada la Segunda Guerra Mundial, los derechos humanos y la declaración de esta misma nacen dentro del contexto de un hecho

historico, en la epoca de la post guerra. Las atrocidades que se cometieron sirvieron para afianzar la condicion humana y el respeto a la dignidad de las personas.

El año 1945, marca uno de los hitos más importantes en la historia universal, que obliga a la humanidad a pensar en los fundamentos últimos de su existencia, y en el centro de esta reflexión hay una realización particularmente aguda, la de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona. Esta conexión entre la Segunda Guerra Mundial y la declaración, que comenzó a redactarse inmediatamente tenía como fin dejar una clara huella en el texto en esta carta de garantías fundamentales. Una simple revisión del mismo e incluso las numerosas discusiones preparadas por la comisión así lo atestiguan. También escuchamos en la parte inicial para justificar la declaración de que "el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos ha originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad...". Una clara referencia a los crímenes nazis, al holocausto, que apenas se filtró durante los años de la guerra y que fue objeto de atención pública desde el primer mes de 1945.

Unos de lo principales ponentes de esta declaracion, Renè Cassin, considera que el articulo 3, que trata sobre el derecho a la vida, afirmando que si este derecho fundamental hubiese estado comtenplado en 1933, las atrocidades cometidas por Adolfo Hitler pudieron haber sido detenidas. El artículo 4, que condena la esclavitud, es una nueva oportunidad para evocar uno de los hechos más traumáticos de la Segunda Guerra Mundial. El rechazo a la esclavitud, ya habia sido manifestada por Francia, cuando se produjo la revolucion 1848. En los años venideros, como señaló el delegada polaca Kalinowska, se introdujeron nuevas formas de esclavitud, los campos de concentración, en los que murieron cientos de miles de personas. Con el estilo preciso e intencionado a la vez, propio de un texto de esta índole, se añadirá un matiz- "Queda prohibida la esclavitud, bajo todas sus formas". (Gonzales, 1996)



Las barbaridades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial trajeron consigo una serie de desarrollos en el campo del derecho internacional de los derechos humanos a nivel mundial y regional. Una característica sobresaliente de este proceso es el reconocimiento de los límites de los poderes de los estados a favor de la dignidad de todos aquellos bajo su autoridad, incluso en lo que respecta al trato de sus ciudadanos. En este sentido, la comunidad internacional, reconociendo las consecuencias de las violaciones sistemáticas de los derechos humanos fundamentales, se ha embarcado en realizar una serie de declaraciones, tratados universales y regionales, para reafirmar su reconocimiento de la dignidad humana.

Nos encontramos así, con la carta de las Naciones Unidas en la cual sobresale, como un propósito principal de la organización, el respeto y observancia de los derechos humanos y las garantías básicas de este. La Organización de las Naciones Unidas (ONU) está compuesta por seis órganos fundamentales: a) La Asamblea General, con sede en Nueva York, es el principal órgano consultivo y deliberativo de la ONU, y está compuesta por 192 estados miembros, b) El Consejo de Seguridad, órgano encargado del mantenimiento de la paz y seguridad internacional, está compuesto por 15 miembros, los cuales 5 son permanentes (China, Estados Unidos, Rusia, Francia y Reino Unido) y 10 son elegidos por un período de 10 años, c) El Consejo Económico y Social (ECOSOC), este órgano lleva a cabo las coordinaciones económicas y sociales de la ONU, d) El Consejo de Administración Fiduciaria, el cual dejó de operar desde 1994, cuando el último de los territorios en fideicomiso alcanzó su independencia, e) La Corte Internacional de Justicia, con sede en La Haya, Holanda, que es el máximo órgano judicial del sistema internacional, que se encarga de dar solución a las controversias jurídicas entre los estados partes, así como brindar opiniones consultivas para la ONU, f) Secretaría. (CEJIL, 2007)

Los crueldad de la guerra, entre otras cosas, causo el exterminio de 6 millones de hombres, mujeres y niños por pertenecer a una determinada religión, la judía, y a una determinada etnia, los semitas. Incitó la reacción de los líderes políticos, que comenzaron a considerar que los limites nacionales de la ley constitucional resultaban insuficientes para proteger a los miembros de la humanidad, dado que los problemas y conflictos que afectaban su vigencia rebasaban los límites de cada estado. El 26 de junio de 1945 en la Conferencia de San Francisco, Estados Unidos, 50 Estados firmaron la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). En la actualidad, casi todos los países del mundo forman parte de la ONU. El conjunto de los Estados miembros recibe el nombre de comunidad internacional.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, en Paris, Francia, aprobaron la Declaración Universal de Derechos Humanos. Los estados miembros suscriben que *“la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”*, a su vez, determinaron que la libertad, la justicia y la paz son valores que forman parte del desarrollo humano. (Castaño & Kandel, 2018)

### **Características del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)**

Como primer punto, el DIDH es una disciplina que difiere del Derecho Internacional Público (DIP) en que en los tratados del DIP, los sujetos de derecho son los Estados o en su caso los organismos internacionales; en cambio, en el DIDH y tal como lo dijera la Corte IDH en su Opinión Consultiva N° 2: *“Los tratados modernos sobre DDHH, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a sus propio Estado*

*como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre DDHH, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, asumen obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción".*

Los instrumentos internacionales de derechos humanos se firman en beneficio de las personas y no de otros estados, estos acuerdan voluntariamente limitar el ejercicio de su poder a aquellos ciudadanos dentro de su jurisdicción.

- Protector: Se promueve la plena integridad de los derechos fundamentales de la persona, esto es de gran importancia al interpretar las leyes. Por lo general, las normas deben ser interpretadas de buena fe y estableciendo su finalidad. El carácter especial de los tratados de derechos humanos justifica la aplicación de normas interpretativas que denominaremos "pro homine". Esta característica del derecho de protección se refleja en el surgimiento de varios mecanismos de protección tradicionales y no tradicionales que existen a nivel regional y global.
- Progresivo: El desarrollo de estos derechos demuestra la tendencia de ampliar constantemente su alcance, tanto en lo que toca al número y contenido de los derechos protegidos como en lo que se refiere al vigor de las instituciones internacionales de protección.
- Universalidad: Como lo señala la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en la Declaración que adoptara en Viena, suscrita el 25 de junio de 1993, el carácter universal de los derechos humanos "no admite duda"; "Todos los derechos humanos son universales y es deber de los Estados, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales, promover y proteger estos derechos". Esto significa que existe un consenso

mundial sobre la necesidad de reconocer y respetar estos derechos, presentado como un idea común para la humanidad.

- **Interdependencia:** Se considera que hay un núcleo central de derechos que no pueden considerarse respetados si uno de ellos es vulnerado. Estos derechos básicos están íntimamente relacionados entre sí, de manera que para que se pueda sostener que se respeta el derecho a la vida, también deben respetarse el resto de derechos, como por ejemplo el de la integridad personal, de libertad de expresión, etc. Si esto no sucede, en el ejemplo dado, no se respetará el derecho a la vida, no se tiene educación, vivienda, etc. (Kawabata, 2003)

### **Historia de los Derechos Humanos**

- El Código de Hammurabi en Babilonia (Irak, c. 2000 A.C.) se le conoce porque fue el primer código legal determinado por el rey de Babilonia. Esta considera “hacer que la justicia reinará en el reino, para destruir a los malvados y violentos, para evitar que los fuertes oprimiesen a los débiles, para iluminar el país y promover el bien de la gente”.
- La Carta de Ciro (Irán, c. 539 A.C.) escrita por el rey de Persia y establecida para su reino, que reconocía los derechos a la libertad, la seguridad, la tolerancia religiosa, la libertad de circulación, la libertad de la esclavitud, y algunos derechos económicos y sociales.
- Las enseñanzas de Confucio (c. 500 A.C.) se conceptualiza por el “ren” o compasión, y amar a los demás como eje fundamental. Confucio dijo: “Lo que no desees para ti mismo, no se lo hagas a los demás”. El Dr. Peng-chun Chang, experto chino en el confucianismo, que tuvo un actuación importante en la redacción de la Declaración Universal, señala que el confucianismo sentó las bases de los derechos humanos.

- El imán Ali Ibn Al Hussein escribió la epístola de los derechos en los principios del siglo VIII. Se considera que esta carta es el primer escrito que establece importantes derechos tal como se perciben en esa época y el primer intento de abordarlos desde una dimensión positiva. La epístola lista metodológicamente 50 de estos derechos. Están anclados en los primeros preceptos islámicos.
- La Charte du Mandé (1222 CE) y la “Charte de Kurukan Fuga (1236 CE), teniendo como base la codificación de la tradición oral de África Occidental, sus principales principios a defender son la descentralización, la conservación del medio ambiente, los derechos humanos y la diversidad cultural.

### **Derecho a la salud**

El derecho a la salud requiere potenciar a los ciudadanos para que puedan llegar al mas alto nivel de bienestar físico, mental y social. El derecho a la salud, dentro del marco de los derechos humanos, es el derecho a la protección de la salud, así como a beneficiarse de las mínimas condiciones de salubridad, lo que implica de manera explícita, que la salud de la persona es inseparable del medio humano en el cual vive y se rodea. (Alvarez, 1988)

### **Elementos esenciales del derecho a la salud**

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) Asequibilidad (disponibilidad): cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos y centros de atención de la salud, así como de programas. La naturaleza precisa 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 Organización Mundial de la Salud (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:

1. 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.

2. 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 encuentren 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.

3. Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención y aquellos 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.

4. Acceso a la información: comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. El acceso a la información no debe menoscabar el derecho a 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 sean 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) Adaptabilidad (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, de personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas (Sandoval, 2000).

El ejercicio del derecho a la salud comienza con el sistema organizado por el Estado, para atender las demandas de servicios de la comunidad. Por ello, la doctrina le atribuye el concepto de derecho prestacional, lo que significa que requiere desarrollo político, legislativo, económico y técnico para asegurar su expansión e inclusión. La prestación del derecho a la salud tiene un carácter programático por lo que exige un proceso en el que se diseñen y planifiquen las instituciones y los sistemas que lo hacen posible. Esto requiere que el tiempo y la consecuente ocupación de recursos y herramientas, sean distribuidos de acuerdo a una serie de parámetros que deben ser discutidos democráticamente. En este sentido, su percepción es progresiva. (Parra, 2003)

El derecho a la salud es un derecho humano básico, que existía antes que la sociedad y el Estado, porque corresponde al ser humano por su condición de tal y por el sólo hecho de serlo. Sin embargo, además de reconocerlo, los ciudadanos tienen derecho no solo a la protección de parte del estado nacional, sino también en el escenario internacional. (Donato, 2017)

La Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 25 establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado. Por lo tanto, nos detalla una serie de derechos relacionados, incluido el derecho a la salud. Esta disposición adolece de una definición del derecho a la salud, así como sus componentes. Sin embargo, se enfatiza en este artículo su característica de derecho inclusivo, pues no basta con que todos reciban una atención oportuna y adecuada, siendo que ciertas condiciones tales como acceso a agua limpia y potable, alimentación adecuada, vivienda y trabajo en condiciones sanitarias adecuadas son necesarias para el pleno ejercicio de este derecho. (Torres M. , 2021)



## **Tratados internacionales con jerarquía constitucional: Pacto Nacional de Derecho Economicos, Sociales y Culturales (PIDESC)**

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 mortalidad 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. (Gotlieb, 2016)

### **Derecho del libre mercado**

Los mercados, el intercambio de bienes y servicios, funcionan de una manera mas adecuada y eficiente cuando no son regulados, esto quiere decir que no haya intervencion en cuanto a los precios y cuando a las persona no se le pone obstaculos para comprar-vender. Esto mezclado con la libre competencia, vale decir que cualquier persona puede ofrecer un bien o servicios sin trabas, esto genera una correcta asignacion de los recursos, y tambien de los productos producidos. Esta asignacion espontanea la realizara un ente imaginario, y la realizara por medio de la mano invisible. (Smith, 1776).

### **Sobre la mano invisible del mercado de Adam Smith:**

*“En la medida en que todo individuo procura en lo posible invertir su capital en la actividad nacional y orientar esa actividad para que su producción alcance el máximo valor, todo individuo necesariamente trabaja para hacer que el ingreso anual de la sociedad sea el máximo*

*posible. Es verdad que por regla general él no intenta promover el interés general ni sabe en qué medida lo está promoviendo. Al preferir dedicarse a la actividad nacional más que a la extranjera él solo persigue su propia seguridad; y al orientar esa actividad para producir el máximo valor, él busca su propio beneficio; pero en este caso como en otros muchos, una mano invisible lo conduce a promover un objetivo que no entraba en sus propósitos. El que sea así no es necesariamente malo para la sociedad. Al perseguir su propio interés frecuentemente fomentará el de la sociedad mucho más eficazmente que si deliberadamente intentase fomentarlo”*

Un mercado libre es una condición necesaria de la libertad individual. Aunque necesario para la libertad, el capitalismo sólo no es suficiente para garantizarla. Tiene que estar acompañado por un conjunto de valores y de instituciones políticas favorables a la libertad. (Friedman, 1962)

Una economía de mercado autorregulada es un sistema económico controlado, regulado y dirigido únicamente por los precios de mercado. Esta economía tiene sus raíces en la suposición de que los factores económicos son potenciadores de la utilidad y/o de las ganancias. La autorregulación significa que toda la producción se dirige a la comercialización y que todos los ingresos provienen de esta venta. En este tipo de economía, cuanto más se desarrolla la producción, más insumos o factores de producción se deben asegurar; principalmente la oferta de trabajo, tierra y dinero. Estos tres factores deben estar disponibles para su compra en el mercado; es decir, debe estar disponible como mercancía. (Polanyi, 2003).

En el libre mercado, no hay límite para el precio al que se puede vender o la cantidad que se puede producir. Los vendedores son libres de ofertar lo que quieran y los consumidores son libres de elegir a quién compran. El precio de equilibrio será el resultante de la intersección de la oferta y la demanda.

Lo esencial para la existencia de un sistema de libre mercado es que ninguna fuerza o poder pueda interferir en el mercado. De esta forma, la base para la fijación del precio es la libre interacción entre el oferente y el demandante. En este tipo de mercado, el productor o proveedor tiene total libertad para determinar los factores de producción. Qué se produce, cuánto y para quién lo decide el empresario. A su vez, los consumidores son libres de elegir cuánto compran, de un bien en particular.

### **Las características esenciales del libre mercado**

- No existe intervención del gobierno en la forma de regulaciones, fijación de precios, cuotas o cualquier forma de intervención.
  - Oferentes y los demandantes interactúan libremente.
  - Los oferentes pueden elegir que, cuánto y a qué precio vender.
  - Los consumidores pueden elegir, considerando la información que tienen disponible y sus preferencias personales, que, cuanto y a quien le comprarán.
- (Roldan, 2017)

El libre mercado es el sistema económico basado en la libertad de oferta y demanda -es decir, sin intervención estatal- la importancia de este modelo se basa en sus resultados y en la especificación de los precios; decisiones de producción, inversión o ahorro, tomadas por los agentes de la oferta con base en las ganancias o utilidades que puedan adquirir; o las decisiones de consumo de los agentes de demanda, en función de la abundancia o la escasez del producto o servicio ofrecido en el mercado. (Velarde, 2021)

### **Derecho social del libre mercado**

Una economía social de mercado se basa en la organización del mercado como un mejor sistema de asignación de recursos y esfuerzos para organizar y proporcionar las adecuadas condiciones institucionales, éticas y sociales para su funcionamiento eficiente y equitativo

Para casos especiales, se trata de compensar o corregir los desequilibrios o excesos en los que se asienta el sistema económico moderno basado en mercados libres, caracterizado por una minuciosa y extensa división del trabajo y que, en determinados sectores y bajo ciertas circunstancias, puede alejarse de una competencia funcional. (Resico, 2010)

Por economía social de mercado, se entiende aquel sistema social, económico y político caracterizado por tener una política económica de mercado y al mismo tiempo una política social. Esta política intenta asegurar a los ciudadanos un mínimo de bienestar superior. (Felice, 2017)

La economía social de mercado es un sistema que protege la libertad de la iniciativa privada, al mismo tiempo reconoce y admite que el estado tenga cierta intervención para velar por el bienestar de las personas. Una economía social de mercado mezcla la libertad económica con ideales como el progreso social igualitario, a fin de que todos los ciudadanos puedan acceder a un mínimo de bienestar de vida. Una economía social de mercado tiene como objetivo corregir lo que se conocen como fallas del mercado. (Westreicher, 2020)

## CAPÍTULO II: METODOLOGÍA

### Tipo de investigación

El presente trabajo de investigación será diseñado bajo el planteamiento metodológico del enfoque cualitativo, porque considero que es el que mejor se adapta a las características y a las necesidades de la investigación.

Dentro del enfoque cualitativo vamos a utilizar la recolección de datos sin medición numérica, dado que a lo largo del proceso vamos ir afinando las preguntas de la investigación, y algunos alcances que nos lleven a determinar con mucha más claridad el objetivo de la misma.

Hernández, Fernández y Baptista señala que “Con frecuencia, estas actividades sirven, primero, para descubrir cuáles son las preguntas de investigación más importante, y después, para refinarlas y responderlas. La acción indagatoria se mueve de manera dinámica en ambos sentidos: entre los hechos y su interpretación, y resulta un proceso más bien “circular” y no siempre la secuencia es la misma, varía de acuerdo con cada estudio en particular” (2003, pág.149)

### Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos

Considerando la naturaleza de la investigación, como técnica de recolección de información podemos señalar:

Investigación documental: Dirigida a toda información recabada como resultado de la consulta de textos, documentos u otras herramientas impresas o digitales, con la finalidad de ser procesado, puesto en análisis o interpretado. (Baquero de la Calle & Gil, Emiliano, 2015)

Para el tipo de investigación cualitativa, con el fin de encontrar hipótesis de trabajo más o más certeras, se seleccionó la denominada muestra de

expertos, la cual brindará una valoración basada en la experiencia y el conocimiento. (Hernandez, Fernandez, & Baptista, 2014)

Para la recolección de datos, se han elaborado las siguientes herramientas:

### **Cuestionario de preguntas**

Se elaboró un cuestionario, con nueve preguntas abiertas, para identificar aspectos relevantes para esta investigación; esto con el fin de analizar las respuestas obtenidas y comprender el problema a través de expertos.

### **Protocolo o guía de entrevista**

La información recabada durante las entrevistas a los distintos abogados, tiene como objetivo conocer sus opiniones y criterios de acuerdo a su especialización y experiencia en el tema desarrollado en esta tesis de investigación, se contacta vía correo electrónico. Una guía de muestra está diseñada para ser aplicable a 3 abogados, que se especializan en el campo de la investigación.

### **Procedimiento**

#### **De análisis de datos**

Este proceso se inició con la verificación de las distintas fuentes documentales, literarias, y digitales, relacionados al derecho de la salud y libre mercado a nivel nacional e internacional, donde podemos señalar que lo primero está relacionado con los derechos humanos y la dignidad de la persona, y se constituye un derecho fundamental, el cual debería gozar de una adecuada protección de parte del estado, posteriormente se analizaron las distintas notas periodísticas nacionales e internacionales, para contrastar las diferentes realidades jurídicas de otros países.

### **Investigación del tema de estudio**

La presente investigación reúne toda la información sobre el derecho a la salud, derechos humanos, derecho del libre mercado, todo se obtienen de

diversas fuentes de información, como tesis, libros, revistas, artículos académicos, entrevistas a expertos, notas periodísticas, sitios web de periódicos o prensa digital.

### **Recolección de información**

Para la presente tesis, la obtención de información se logró mediante la técnica de análisis de expertos.

### **Método**

Se desarrolla el método deductivo, en el cual se utilizan algunos principios o conocimientos generales, los cuales sirven para sacar conclusiones a nivel particular en el área de investigación. (Baquero de la Calle & Gil, Emiliano, 2015).

### **Aspectos éticos**

Esta tesis protege totalmente los derechos de autor y propiedad intelectual de toda la información proporcionada y registrada para referencia durante el desarrollo de la tesis, así como en su apartado; mediante el uso estricto de las normas APA, es claro que las fuentes han sido debidamente citadas y se ha evitado el plagio en todos sus aspectos. El autor de esta tesis ha respetado la autoría de todas las referencias y textos utilizados en el desarrollo de este estudio, citando y referencias refiriendo cuando sea necesario.

## CAPÍTULO III: RESULTADOS

### 5.1. Notas periodísticas

La presente investigación, ha desarrollado la búsqueda de diferentes notas periodísticas orientadas a identificar situaciones donde el derecho a la salud, se ha visto colisionado por el derecho al libre mercado, tanto en el ambito nacional, como en el internacional. Esto con el afan de hacer un cruce con la realidad juridica de otros paises

**Tabla N°1**

<i>Noticias referidas al derecho a la salud y libre mercado: Internacional</i>						
Nº	Fuente informativa	Título de la noticia	Fecha de suceso	País	Contexto periodístico	Referencia de búsqueda
1	Ambito	Piden a la corte suprema frenar el aumento de las prepagas y obras sociales	Lunes, 16 de mayo del 2022	Argentina	Solicitud de revocacion de accion de amparo	<a href="https://www.ambito.com/economia/prepagas/piden-la-corte-suprema-frenar-el-aumento-y-obras-sociales-n5440911">https://www.ambito.com/economia/prepagas/piden-la-corte-suprema-frenar-el-aumento-y-obras-sociales-n5440911</a>
2	El tiempo	Tutelas en salud siguen aumentado: Defensoria del pueblo	Martes, 07 de abril del 2015	Colombia	Demanda de tutela de salud contra las EPS	<a href="https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-15533237">https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-15533237</a>
3	La tercera	Un millon y medio por afiliado: Isapres rechazan demanda colectiva por alzas en planes de salud en los ultimos cinco años	Lunes, 16 de mayo del 2022	Chile	Demanda de indemnizacion a los consumidores	<a href="https://www.latercera.com/pulso-pm/noticia/un-millon-y-medio-de-pesos-por-afiliado-isapres-rechazan-demanda-colectiva-por-alzas-en-planes-de-salud-en-ultimos-cinco-anos/VLO5RR7P4FB6DFCJ4E5K4FQY2E/">https://www.latercera.com/pulso-pm/noticia/un-millon-y-medio-de-pesos-por-afiliado-isapres-rechazan-demanda-colectiva-por-alzas-en-planes-de-salud-en-ultimos-cinco-anos/VLO5RR7P4FB6DFCJ4E5K4FQY2E/</a>

### Argentina

La ley de empresas de medicina prepaga, estos son proveedores de atención médica de forma privada. En la República Argentina, según la Ley 26682, los servicios prepagos son aquellos que tienen por objeto “prestar al usuario servicios



de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación en salud humana, mediante asociación voluntaria a través de pagos de parte de los afiliados al sistema”. La ley también establece que la contratación de servicios puede ser individual o empresarial (a través del empleador).

Desde la introducción del sistema de prepago en el país, aún no existe una ley que lo regule, siendo comprendidas bajo la ley de defensa del consumidor. Al mismo tiempo, las obligaciones tributarias son muy desiguales en relación con el seguro social y el impuesto al valor agregado tuvo diferentes grados de aplicación en un período muy corto.

la Ley 24.754 obligó a las empresas a cubrir las prestaciones consignadas en el PMO (Programa Medico Obligatorio) estas otorgan servicios que incluía mayor o menor beneficios, según lo estipulaba el acuerdo firmado con el usuario. A partir de la publicación de la ley, las empresas están sujetas a otorgar como mínimo la cobertura que brinda la PMO. Este sistema incluye la atención primaria, incluida la atención mater-noinfantil y la atención oncológica, a través de médicos generales y especialistas. También se determina que desde el momento de la incorporación, el beneficiario está asegurado para atención médica, ya que no hay carencias ni excepciones, pero las prepagas generalmente excluyen de su menú de atención a la toxicomanía, geriatría, trasplantes o el sida. La carencia de una adecuada regulación, a partir de la mencionada ley, los consumidores entablan apelaciones ante las oficinas de defensa del consumidor y logran, en general, que sus demandas sean atendidas.

## **Derecho a la salud en Argentina**

El derecho a la salud está establecido en el artículo 42 de la Constitución, que señala:

*ARTÍCULO 42.- “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno...”*

La constitución nacional establece que los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en el marco del vínculo de consumo, tienen derecho a una adecuada protección de la salud, siendo esta compatible con la garantía de protección integral de la persona humana, ya que esta misma protección se basa en el derecho a la vida y a la integridad física, reconocido también en tratados internacionales.

### **Derecho del libre mercado en Argentina**

El artículo de la constitución que enmarca el derecho al libre mercado, se encuentra establecido en el siguiente articulado constitucional:

*Artículo 42: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.*

La constitución reconoce la libertad de elección del consumidor y las condiciones de trato justo y digno. Esta libertad de elección significa por un lado la idea de proteger la competencia de las distorsiones del mercado, lo que queda claramente reflejado en el segundo párrafo del artículo, pero sobre todo la idea de control monopólico naturales y legales, que, además, en virtud de lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero, las autoridades competentes deberán proteger. Por

otra parte, la libertad de elección se distingue por otro derecho de gran importancia también reconocido en la Carta Magna, como es el derecho a la información.

### **Sobre la nota periodística**

En octubre de 2020, un hombre y su pareja presentaron una acción de amparo contra la obra social Swiss Medical S.A., a fin de que cesaran los incrementos de la cuota del plan de salud. Surge del expediente el en 2017, el reclamante se jubiló y las cuotas comenzaron a debitarse de su cuenta bancaria. En mayo de 2018, el costo del servicio se incrementó de forma abrupta y sin notificación previa.

El amparista se había afiliado al Plan Docthos de Swiss Medical en 2013, cuando era empleado de la Universidad Católica Argentina (UCA). En esa oportunidad, le informaron que las cuotas se descontarían de su sueldo y que, al momento de jubilarse, mantendría los beneficios del plan. En 2014, se le diagnosticó una grave enfermedad que lo obligó a realizar un tratamiento y, en 2019, una intervención quirúrgica.

Al contestar la demanda, el apoderado de Swiss Medical S.A. reconoció que el hombre y su pareja eran afiliados de la obra social, en el marco de un plan corporativo.

Oportunamente, el Juzgado Nacional en lo Comercial N°9 rechazó por improcedente la demanda interpuesta por los afiliados. En tal sentido, sostuvo que las oscilaciones en la cuota de los actores tuvieron lugar con posterioridad a que el hombre se jubilara, y que de las condiciones del contrato suscripto se contemplaba la posibilidad de que el afiliado pudiera continuar en esa calidad como “particular” contratando un plan equivalente, en las condiciones de comercialización vigentes.

Así, consideró que la fijación de la cuota no correspondía a la aplicación de aumentos no autorizados, sino al ajuste conforme las condiciones de contratación y a la normativa que rige a las afiliaciones corporativas.

La fiscal Boquín recurrió la decisión y la Sala A de la Cámara Comercial resolvió que los aumentos fueron informados por Swiss Medical y consentidos por el

afiliado. Boquín consideró que la Sala A no compatibilizó las leyes 26.682, de Marco Regulatorio de Medicina Prepaga, y 24.240, de Defensa del Consumidor -que son normas de orden público-, con la normativa y principios que surgen de los tratados internacionales que cuentan con jerarquía constitucional y con la reglamentación de esos derechos constitucionales.

A criterio de la representante del Ministerio Público, la sentencia cuestionada “desoye el marco contractual de adhesión y la condición de vulnerabilidad agravada del accionante, quien es un hombre jubilado que sufre una grave afección en su salud”, según publicó [fiscales.gob.ar](http://fiscales.gob.ar). En su recurso, la fiscal Boquín también destacó que la resolución de la Sala A tiene gran trascendencia por sus proyecciones futuras, ya que excede el interés individual de las partes y afecta el principio protectorio y de la defensa en juicio de los usuarios y consumidores del servicio de salud.

La fiscal general Gabriela Boquín, titular de la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y del Programa para la Protección de Usuarios y Consumidores (PPUC) pidió a la Corte Suprema revocar la sentencia, que desestimó el recurso de amparo interpuesto por un adulto mayor en situación terminal contra los aumentos impuestos por su obra social. (Petrillo, 2022).

## **Colombia**

El derecho a la salud en Colombia se institucionalizó en los artículos 44 y 49 de la actual constitución como un derecho inherente a la persona. En 1993, este derecho fue reglamentado creando así el Sistema de Seguridad Social Integral (SSSI), y a su vez, este sistema está conformado por tres subsistemas, entre ellos, el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). Este subsistema estableció la coexistencia de dos regímenes: el régimen contributivo y el régimen subsidiado en materia de salud. El SGSSS tiene como objetivos: organizar los servicios básicos y públicos de salud, facilitar el acceso universal a los servicios de salud en todos los

niveles de atención, cubrir enfermedades, embarazo, la titularidad en general, sus filiales y beneficiarios, y en consecuencia, asegurar el acceso a la salud servicios de promoción, protección y recuperación para todos.

La Ley 100 de 1993 estipuló la implementación de un Plan Obligatorio de Salud o POS, como paquete básico de servicios de salud para afiliados y beneficiarios de este sistema, por tanto, está destinado a coberturar las necesidades de salud y los derechos de atención en salud de los afiliados y beneficiarios del sistema, encargada de cubrir la implementación, reconocimiento y aseguramiento de servicios de promoción de la salud, prevención de enfermedades, medicamentos, intervenciones, hospitalización y rehabilitación, entre otros.

El amplio desarrollo normativo, con respecto al derecho a la salud, no ha logrado satisfacer todavía a los usuarios de parte de las Entidades Promotoras de Salud (EPS), o de parte de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS).

Un indicador de la falta de satisfacción, es la cantidad de sentencias de revisión de acciones de tutela, que durante años han demostrado los conflictos jurídicos, administrativos y económicos que se da con la aplicación del SGSSS con respecto al POS.

## **Derecho a la salud en Colombia**

El derecho a la salud se constitucionalizó en los siguientes artículos:

*ARTICULO 44. “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada...”*

*ARTICULO 49. “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el*

*acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad”*

El derecho a la salud esta consagrado en la Constitución de 1993, como un derecho económico, social y cultural, es decir, es un derecho de segunda generación, que posteriormente fue acreditado por la Corte Constitucional como un derecho fundamental. Se considera también el derecho a la salud, reconocidos en los instrumentos internacionales, y que a su vez estos están contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, también como un derecho fundamental.

### **Derecho de libre mercado en Colombia**

El derecho de libre competencia económica se encuentra regulado en la constitución de 1991, en dos de sus artículos:

*ARTICULO 88. “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el*

*ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. (...)*”

*ARTICULO 333. “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley”*

Estos derechos son individuales y colectivos a la vez, individual porque es de todos y supone responsabilidades, conforme lo indica el artículo 333, y colectivos porque su objetivo es defender los derechos e intereses de los consumidores de bienes y usuarios de servicios, tal como lo señala el artículo 88. Es un derecho económico de carácter absoluto, porque está restringido, entre otras cosas, por el bien público, la función social que debe cumplir, la responsabilidad social de ejercer la libertad de empresa y por la necesidad de proteger la competencia económica en sí misma.

### **Sobre la nota periodística**

Las tutelas de salud en Colombia han sido siempre un gran problema, por ejemplo de las casi 500 mil tutelas que los colombianos interpusieron en el 2014 para garantizar sus derechos fundamentales, 118.281 correspondieron a solicitudes relacionadas con la salud, la defensoría ha realizado un informe preliminar, donde señala que esta cifra representa el 23.7% del total de acciones jurídicas de este tipo.

Esto representa un incremento del 2.7%, frente a las 115.147 tutelas interpuestas en el 2013, esto es un dato que ha preocupado, puesto que se debe tener en consideración que en el año 2010, se interpusieron 94.502 acciones de tutela, evidenciando una tendencia creciente. Dicho informe fue presentado en la conmemoración del Día Mundial de la Salud, con un llamado de atención de la Defensoría del Pueblo “dado que el 70% de las solicitudes de los ciudadanos en materia de violaciones de su derecho fundamental a la salud está relacionado con solicitudes ya incluidas en el Plan Obligatorio de Salud (POS)”

El ministro de Salud Alejandro Gaviria puso en duda la veracidad de dichos informes y los porcentajes indicados. En respuesta, el defensor del pueblo Jorge Otarola manifestó que este no es un tema inventado, sino que proviene de un convenio con la Corte Constitucional, que se encarga de este tipo de análisis, y a su vez sugirió que el gobierno debería tomar decisiones concretas sobre este asunto.

El tipo de peticiones que hacen los ciudadanos a través de la tutela, de acuerdo con el mismo informe de la Defensoría, pero del año 2013, fueron: tratamientos (26%), medicamentos (15%), citas (11%), cirugías (9%) y prótesis e insumos médicos (9%). (Salud, 2015).

## **Chile**

El origen de las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES) encuentra sus bases tanto en la Constitución Nacional de 1980 como en el Decreto con Fuerza de Ley (DFL) N° 3.500 que crea un nuevo sistema de pensiones en el mismo año. Sobre este sustento jurídico es que se sancionó el Decreto N° 3 de 1981 que le otorga la calidad de entidad jurídica. Esta normativa a ha sido modificada con el tiempo, siendo derogada en 1990 con la Ley 18.933 que crea la Superintendencia de Isapres. La última modificación fue realizada con el decreto N° 1 de 2006 que unificar, organiza y coordina todas las leyes relacionadas con los sistemas de seguridad social, incluye toda la normativa relacionada con Isapres y al Fondo Nacional de Salud (FONASA), entre otros organismos del sistema de salud.

El inciso 3° del artículo 38 de la Ley 18.933 de ISAPRES, le permite a estas instituciones hacer un reajuste anual sobre el precio base, para muchas personas esta norma es ilegítima, abusiva e inconstitucional, que el estado, en desmedro de la ciudadanía, promueve de acuerdo al inciso 3 del artículo 1 de la constitución.

El ajuste anual que propone la ISAPRES contiene 3 opciones para el afiliado:



1: Aceptar expresa o tácitamente el alza (si nada dice o hace, según el inciso 3° del artículo 38, se entenderá que “acepta” el reajuste). El lucro de la Isapre prevalecerá porque dará los mismos beneficios y coberturas por un precio mayor, incrementando sus ingresos y utilidades a costa de la reducción del patrimonio del cotizante.

2: Aceptar el plan alternativo ofrecido por la Isapre, el cual mantiene el precio sin reajuste, con menores coberturas o beneficios. Esto es un reajuste disfrazado (con el mismo dinero recibirá menos coberturas y beneficios).

3: Si el afiliado no acepta este plan alternativo (menos coberturas por el mismo dinero), deberá desafilarse.

## **Derecho a la salud en Chile**

El derecho a la salud se encuentra normado en los siguientes artículos y/o incisos:

*Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:*

*9°. “El derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”*

La constitución regula el derecho a la salud, impone al Estado la obligación de garantizar el acceso libre e igualitario a las acciones encaminadas a la promoción,

protección, restauración de la salud y rehabilitación de las personas, así como la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. A su vez, reconoce el derecho a elegir a qué sistema de salud -público o privado- se beneficiará, y este último elemento es el único que puede ser garantizado por los tribunales, a través de un recurso de protección. Así, a primera vista, se podría argumentar que la atención de la salud es vista como un derecho negativo lo que significa la plena libertad de adquirir la atención que considere adecuada dentro del mercado de protección de la salud, ya que su único inciso que tiene plena garantía jurídica es el que reconoce el derecho a “elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”

### **Derecho del libre mercado en Chile**

El derecho del mercado se institucionaliza en los siguientes artículos y/o incisos:

*Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:*

*21°. “El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado*

*22°. La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica. Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos*

*23°. La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución”.*

Es necesario aclarar los principios económicos importantes que deben reconocerse en el marco constitucional. No es necesario pretender ser exhaustivo o hacer una evaluación, ciertamente constituyen hallazgos clave que requieren un análisis continuo. El primer principio es la libertad económica, no se puede negar que la libertad económica es sólo una expresión de la libertad de la ciudadanía en general. Este principio se aplica en el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, la libertad de elegir el sistema de salud, el sistema de seguridad social, la libertad de educación, la libertad de circulación, la libertad de asociación y la libertad de trabajo.

El segundo principio es el derecho de propiedad. Los derechos de propiedad son sólo una expresión de la libertad económica. El desconocimiento de la propiedad privada ha sido universalmente comprobado como la extinción de las libertades, al pasar a ser el Estado el único empleador, el Estado el único capitalista y el Estado el único dueño de la información. El tercer principio son los subsidiaridad económica, que son parte del concepto liberal de reconocimiento equitativo de pequeñas entidades en la comunidad económica, como individuos y corporaciones.

### **Sobre la nota periodística**

Las Isapres rechazan la demanda interpuesta por CONADECUS (Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios) en un proceso bajo la ley del consumidor, esta agrupación defensora de estos mismos interpuso una demanda colectiva ante el 1º juzgado civil de Santiago en contra de Banmedica, Vida tres, Cruz blanca, Colmena, Consalud y Nueva masvida. Esta acción tutelar tiene como fin reparar los perjuicios ocasionados a sus afiliados, debido a las alzas que de manera unilateral

las Isapres incurrieron en sus planes de salud entre julio del 2015 y junio del 2021. Este colectivo buscar resarcir a los usuarios que han tenido que soportar las alzas y también a las personas que han aceptado planes de salud con menos prestaciones cubiertas. La demanda establece que en el país existen más de 2 millones de afiliados, y el monto total de perjuicio a los consumidores es de aproximadamente US\$867 millones de pesos. La indemnización solicitada para cada afiliado es de un millón de pesos por daño extrapatrimonial.

En abril del 2022, una de las isapres indicó que la acción sea desestimada, dado que ellos manifiestan que la demanda es “temeraria y carece de fundamento”. A esto se suma que las isapres, aseguran no están sujetas a la ley del consumidor, dado que su relación con el usuario se materializa a través de un contrato de salud previsual, cuya ejecución, desde que inicia y hasta que termina, se encuentra regulada por el decreto de fuerza de ley N° 1 del año 2005 y por norma reglamentada dictada por la superintendencia de salud. Vida tres sostiene que no ha realizado ningún alza en el costo de sus servicios, durante el periodo señalado en la demanda.

Nueva másvida sostiene que “solo procedió a alzar el precio base de los planes de salud, una vez en el tiempo indicado por la demandante, esto sucedió entre los años 2020 y 2021, este proceso de adecuación, dicho sea de paso, quedó sin efecto por voluntad del legislador, haciendo caer el único argumento manejado por la parte demandante en relación a esta isapre, siendo la constante y reiterada alza de precios bases”.

Cruz blanca indica que “La norma actual permite que el incremento que se aplique a un determinado plan de salud deben ser el mismo para todos quienes se encuentren afiliados a él. En este escenario, no resulta admisible que se pretenda afirmar que Cruz blanca estaría perjudicando a uno o más afiliados específicos mediante las alzas de los precios base”.

En tanto Consalud asegura que es infundada que conadecus invoque “la jurisprudencia dada en recursos de proteccion como fundamento de su demanda”.

Colmena considera que “procesos anuales de adecuacion de los precios bases de los contratos de salud previstos en la ley de isapre, no han puesto riesgo la seguridad de los consumidores o de un determinado grupo de personas”.  
(Cardenas, 2022)

**TABLA 2**

<b>Noticias referidas al derecho a la salud y libre mercado: Nacional</b>					
<b>Nº</b>	<b>Fuente informativa</b>	<b>Título de la noticia</b>	<b>Fecha de suceso</b>	<b>Contexto periodístico</b>	<b>Referencia de búsqueda</b>
1	Ojo publico	El negocio de la salud: clínicas y aseguradoras elevan precios de servicios y planes de covid 19	Martes, 05 de mayo del 2020	El elevado precio que cobran las clínicas y aseguradoras por la realización de una prueba covid y el incremento en los planes de salud	<a href="https://ojo-publico.com/1800/clnicas-y-aseguradoras-elevan-precios-de-sus-planes-para-covid-19">https://ojo-publico.com/1800/clnicas-y-aseguradoras-elevan-precios-de-sus-planes-para-covid-19</a>
2	EFE	Investigan a clínicas en Perú por cobrar pruebas gratuitas del covid 19	Viernes, 05 de junio del 2020	El cobro que hicieron las clínicas para realizar una prueba covid, a pesar que estas eran otorgadas por el estado de forma gratuita	<a href="https://www.efecom.com/efe/america/sociedad/investigan-a-clinicas-en-peru-por-cobrar-pruebas-gratuitas-del-covid-19/20000013-4263750">https://www.efecom.com/efe/america/sociedad/investigan-a-clinicas-en-peru-por-cobrar-pruebas-gratuitas-del-covid-19/20000013-4263750</a>
3	Ojo Publico	Dos compañías globales dominan negocio del oxígeno en Perú	Martes, 02 de junio del 2020	La concentración de ventas de oxígeno medicinal de parte de dos corporaciones	<a href="https://ojo-publico.com/1842/dos-companias-globales-dominan-negocio-del-oxigeno-en-peru">https://ojo-publico.com/1842/dos-companias-globales-dominan-negocio-del-oxigeno-en-peru</a>
4	IDL Reporteros	El cartel factivo de las medicinas	Viernes, 07 de agosto del 2020	Sobrevaloración de los precios de medicamentos	<a href="https://www.idl-reporteros.pe/cartel-factico-de-medicinas/">https://www.idl-reporteros.pe/cartel-factico-de-medicinas/</a>
5	BBC News Mundo	“Lo que más nos asusta es que a mis padres les quiten la casa: la angustia de una familia peruana endeudada tras enfermar por covid	Viernes, 12 de febrero del 2021	Los gastos a los cuales incurrió una familia, y el endeudamiento casi imposible de costear	<a href="https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-55918506">https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-55918506</a>
6	El comercio	La desesperación por una cama UCI y oxígeno: familiares de pacientes ofrecen hasta lo imposible para salvarles la vida	Viernes, 30 de abril del 2021	Familiares de pacientes covid utilizan cualquier medio para poder costear el tratamiento de sus familiares.	<a href="https://elcomercio.pe/peru/la-desesperacion-por-una-cama-uci-y-oxigeno-casos-de-peruanos-que-ofrecen-hasta-lo-imposible-por-salvarle-la-vida-a-su-familiar-pandemia-covid-19-noticia/?ref=ecr">https://elcomercio.pe/peru/la-desesperacion-por-una-cama-uci-y-oxigeno-casos-de-peruanos-que-ofrecen-hasta-lo-imposible-por-salvarle-la-vida-a-su-familiar-pandemia-covid-19-noticia/?ref=ecr</a>

## **Sobre las notas periodísticas**

De la recopilación de notas de prensa a nivel nacional, se puede determinar que las clínicas privadas, en el contexto de la pandemia del Covid-19, se vinieron registrando altos costos de medicamentos, atención médica, hospitalización, oxígeno, etc. Esto pudo ser constatado en los diversos testimonios de los familiares, quienes ante la imposibilidad de pagar sus deudas, gastaron sus ahorros, solicitaron créditos, vendieron diversos bienes muebles e inmuebles, todo lo que tuvieran a su alcance para poder sufragar los altas facturas de las clínicas privadas. Se puede verificar un aprovechamiento y hasta podríamos decir una mercantilización de la salud, de parte de las clínicas, al cobrar los test de covid, cuando estas eran proporcionadas y procesadas por el propio gobierno de manera gratuita. Esto también expuso nuestro alicaído sistema de salud, demostrando todas sus deficiencias.

## **EXPEDIENTE 250-2012/CPC-INDECOPI-PIU- RESOLUCIÓN 0976-2014/SPC-INDECOPI**

### **Multan a clínica que por no atender a paciente que programo su cita.**

Una usuaria denunció a la Clínica Belén SA luego de acudir a dicho establecimiento, y de que le indicaran que por tener seguro de trabajadora del Banco de la Nación solo tendrían turno para la siguiente semana, pero si pagaba al contado podía ser atendida el día siguiente. La señora Ojeda accedió y programó su cita para el día siguiente. Sin embargo, llegado el día tampoco la atendieron con excusa de que la política de la clínica era solo atender a un trabajador del banco por mes.

En sus descargos, la clínica negó atender a un solo trabajador del Banco de la Nación por mes. También precisó que la denunciante llegó a las 20 horas pese a que su cita había sido programada para las 17:30. Preciso que el médico designado

originalmente dejó de atender a las 19:30 por problemas de salud, por lo que los demás seis pacientes programados fueron atendidos por otro médico.

En primera instancia, la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Piura declaró fundada la denuncia contra la clínica en el extremo referido a la negativa a brindar el servicio médico solicitado por la señora Ojeda. Indecopi verificó que no se acreditó que la cita de la denunciante fuese programada a las 17:30, ni que su médico hubiese sufrido un problema de salud.

La Sala no halló pruebas de que la Clínica Belén atendiera a otros pacientes después de suspender el servicio de la señora Ojeda, ni que esto se debiera a ser trabajadora del Banco de la Nación. Por ello la Sala revocó la resolución de primera instancia en el extremo que declaró fundada la denuncia, y la reformó para declararla infundada ya que no acreditó presunto trato desigual a la denunciante.

Sin embargo, la sala sí halló responsable a la clínica por no brindar un servicio idóneo, debido a que la denunciante programó su cita médica con un profesional determinado, pese a ello ella no fue atendida, y la clínica no aportó medios probatorios necesarios que acrediten que la causa de la suspensión del servicio médico no era imputable a la institución.

## **EXPEDIENTE 0102013/CC1- RESOLUCIÓN 02932015/SPC-INDECOPI**

### **Declaran fundada la denuncia a la Clínica Internacional por omitir diagnosticar de manera correcta y oportuna la influenza AH1N1**

El 15 de febrero de 2013, la señora Maura Justina Yupán Francia denunció a la Clínica Internacional S.A, por infracción de los artículos 18° y 19° de la Ley 27591, Código de Protección y Defensa del Consumidor. Ella acudio a este centro privado de salud, en atención a que su hermana, Ana Yupan Francia presentaba síntomas de fiebre alta, tos, dificultad respiratoria, náuseas y vómitos. En aras de recibir una



adecuada y oportuna atención, abonó la suma de S/5,000 soles, para cubrir los gastos en las cuales pudiera incurrir.

Se le diagnosticó “Insuficiencia respiratoria”, se le dispuso de internamiento y un tratamiento de antibióticos. Durante su internamiento, los galenos presentaban, dentro de sus respectivos turnos, diagnósticos distintos, siendo que uno de ellos el doctor Amador Jaymez Vasquez reportaba constantemente una mejoría, lo que era contradecida por sus otros colegas.

Debido a un inadecuado diagnóstico, y al suministro de medicamentos que no eran los recomendados para el mal que aquejaba a la paciente, la clínica gestionó, de manera tardía, una toma de muestra del Instituto Nacional de Salud (INS) de la influenza A1H1N1, dado que los síntomas que presentaba la paciente eran similares a estos. Sin embargo el 6 de diciembre la paciente falleció, los resultados del aspirado bronquial llegaron 3 días después, confirmando que la paciente padecía y falleció debido a la influenza A1H1N1.

### **Descripción de resultados de la técnica: Guía de entrevista**

<b>Nº</b>	<b>Nombres y Apellidos</b>	<b>Profesión</b>	<b>Colegiatura</b>
1	Hugo Adán Falconi Tupiño	Abogado	CAL 37730
2	Julio Cesar Donato Arbizu Gonzales	Abogado	CAC 5489
3	Javier Ángel Sotomayor Berrocal	Abogado	CAL 47901

### **Sobre la implementación de mecanismos de regulación al libre mercado**

Cada entrevistado ha manifestado una opinión fundamentada, en lo que respecta a una adecuada implementación de mecanismos de regulación al libre mercado, como lo indica Falconi (2022) la materialización de los mecanismos de regulación del libre mercado no se han visto concretizados en su totalidad, dado que en la

practica el organismo que se encarga de la defensa del consumido (Indecopi) ha multado a varias cadenas empresariales, esto por la concertacion de precios que incurrieron varias de estas. Arbizu (2022) señala que los mecanismos de regulacion han resultado insuficientes, esto debido a la ortodoxia del modelo y la participacion subsidiaria del estado en actividades economicas, fundametales para las personas, señala que existe una contradiccion con respecto del estado, de garantizar y proveer estos derechos basicos, esto pasa cuando el encargado de su provision es otro, enriqueciendose con ello, pero sin una supervision estatal adecuada. Sotomayor (2022) sostiene que con la incorporacion del principio del libre mercado en nuestra constitucion politica, se creo una salida inmediata a la crisis economica que azotaba el pais, sin embargo considera tambien gracias a esta, se pudo evidenciar muchos atropellos en cuanto a derechos no solo de salud, sino a los laborales y hacia el consumidor, en ese sentido, estos errores han permitido hacer notoria la falta de mecanismos de regulacion la cual debe ser corregida para que la afectacion pueda ser controlada y/o erradicada.

En la opinion de los entrevistados, en nuestro pais existe una vulneracion del libre mercado al derecho fundamental de la salud, Arbizu (2022) sostiene que la salud siendo un derecho fundamental, le corresponde al estado garantizar y provisionar un adecuado acceso, sin que haya una vulneracion del mismo, considera tambien que la liberalizacion del derecho a la salud ha terminado por convertir este derecho en una mercancia, generando monopolios que afectan la garantia y accesibilidad de la ciudadania. De la misma manera Falconi (2022) señala que existe una vulneracion, esto es porque algunas empresas olvidan que nuestra constitucion no consagra simplemente el libre mercado, sino que esta iniciativa privada es libre y debe ejercerse dentro de una adecuada economia social de mercado, un claro ejemplo fue lo que sucedió en la pandemia del covid 19, donde inusualmente los precios de algunos medicamentos se elevo de manera desproporcional, ante lo cual muchas familias vieron la necesidad de vender o hasta hipotecar sus casas, con el unico afan de cubri los gastos hospitalarios y de medicinas en algunas clinicas privadas. Para Sotomayor (2022) resulta dificil hablar de una vulneracion al derecho a la salud en este caso, por lo que advierte que gracias al libre mercado, el

consumidor cuenta con una amplia gama de opciones en cuanto a salud (clínicas, farmacias, etc) sostiene también que si existen errores dentro del mercado, uno de estos pudo observarse durante el pico de la pandemia del covid 19, donde casi se efectúa la expropiación de las clínicas de parte del estado, debido a la negativa de estas de querer negociar una tarifa plana de atención a los usuarios en general.

### **La distorsión comercial de los medicamentos generada por la implementación del libre mercado**

Los entrevistados señalan, de forma casi unánime, que hay distorsión comercial de medicamentos por la implementación del libre mercado. Falconi (2022) manifiesta que hay una grave inobservancia en cuanto a la aplicación del libre mercado, dado que nuestra carta magna indica que el Perú cuenta con una economía social de mercado, y mientras esto no sea aplicado debidamente, la accesibilidad a medicinas que cuenten con una protección de derechos de propiedad generará un perjuicio social, sumado a que algunas empresas farmacéuticas, en un afán excesivo de lucro y como se ha visto anteriormente, concertarán indebidamente los precios de los medicamentos. Por su parte Arbizu (2022) indica que un indicativo para verificar la distorsión es la elevación de costos de los medicamentos para enfermedades graves, huérfanas y no frecuentes, esto hace que las personas no puedan acceder a estos sin antes pagar unos sobrecostos muy elevados. Sotomayor (2022) indica que lo que ahora se conoce como medicamentos de marca y genéricos, permite que se genere una diferencia sustancial en el precio de ambos, siendo el genérico el más económico, pudiendo el libre mercado abastecer de estos mismos para que las personas puedan tener acceso a medicamentos de calidad, y económicos, señala también que la propiedad intelectual relacionada a los laboratorios y medicamentos no generaría ningún perjuicio a la sociedad al contar con la variedad de medicamentos, esto son los llamados medicamentos genéricos.

En lo que respecta a los TLC y la imposición que estos generan a la protección de propiedad intelectual y su afectación negativa al acceso de medicamentos, los entrevistados sostienen que la promoción de parte de EEUU perjudica en parte el

acceso a los medicamentos. Falconí (2022) señala que si bien el TLC eleva la protección de propiedad intelectual, lo cual debe verse como algo positivo, considera sin embargo que para determinados productos, como los medicamentos para el cáncer, VIH, diabetes y otros, estos deben tener un tratamiento especial, para que la protección de propiedad intelectual de medicamentos que no son genéricos, no afecte la producción y el alcance de medicamentos genéricos, teniendo en cuenta que en nuestro país, la mayoría de personas no puede costear medicamentos protegidos bajo la propiedad intelectual, que en su mayoría son más elevados que los genéricos. Para Arbizu (2022) el TLC demuestran a un nivel integral, que el favorecimiento a la libertad comercial y al destrabe de requisitos para el comercio global, no viene de la mano con un favorecimiento del acceso de la ciudadanía a los servicios básicos y de calidad, sostiene que estos mecanismos han precarizado el acceso a estos productos y servicios. Una opinión particular tiene Sotomayor (2022) quien manifiesta que si bien los TLC son acuerdos que nuestro estado tiene con determinados países, estos tienden a elevar el estándar de protección de propiedad intelectual, buscando obtener medicamentos de calidad lo cual no es malo ni genera una negativa al acceso a los medicamentos.

### **Sobre el libre mercado y la garantía a un adecuado acceso a la salud**

Con respecto a que si el libre mercado garantiza un acceso adecuado al derecho a la salud, tenemos diversas opiniones. Falconí (2022) considera que una adecuada y verdadera implementación de economía social de mercado, si garantizaría plenamente el derecho y acceso a la salud, porque se estaría empezando a respetar nuestra constitución política vigente, en pro de la ciudadanía. Arbizu (2022) advierte que el libre mercado no garantiza el acceso al derecho a la salud, porque el siendo un derecho fundamental, garantiza a su vez el correcto ejercicio de otros derechos, sostiene que la salud deje de ser tratada como una mercancía sujeta al lucro excesivo de unos cuantos, esto se ha visto sobretodo en pandemia, donde se han visto afectados una gran parte de la población. Para Sotomayor (2022) el libre mercado si garantiza el acceso a la salud, porque a través de este principio constitucional se cuentan con droguerías, medicamentos, empresas

prestadoras de salud, que son reguladas por el propio estado, pero indica también que este último es imperfecto, y que necesita fortalecerse.

En relación al acceso adecuado a la salud y la supeditación financiera que una persona debe tener, el abogado Falconi (2022) indica que al Perú le falta mucho por fortalecer el sistema sanitario de financiación pública, y toma como ejemplos lo que pasa en países como Alemania o Dinamarca, donde la visión de estado de bienestar de la población, se basa en la financiación por impuestos de parte de los ciudadanos y del estado con los presupuestos estatales que asigna, siendo que el ciudadano danés no co-paga por servicios públicos de calidad, sino que el estado cubre todo estos servicios. Por su parte Arbizu (2022) manifiesta que la mercantilización de la salud genera una brecha enorme entre el servicio privado y el papel de garante que tiene el estado a través del sistema público de salud, esto es que en la práctica quien pueda costear un monto mayor de dinero, estará mejor protegido en salud, generando una distorsión de la salud como derecho fundamental al precarizar su acceso igualitario para todas las personas, independientemente de su situación económica. Sotomayor (2022) señala que si bien hay críticas con relación a este tema, al tener un sistema de salud precario, lo cual hace muy difícil que el estado pueda cubrir esa necesidad de las personas, sostiene también que debemos diferenciar acceso a la salud con el acceso a las medicinas, son dos cosas distintas, si bien ambos están en un mismo bloque, pero el acceso a la salud y el acceso a las medicinas son diferentes, ya que si uno se encuentra enfermo, puede costear una medicina, o hasta traerlo del extranjero, la falta de acceso se evidenció con la pandemia, donde lamentablemente morían personas por no poder acceder a una cama UCI, siendo que hay un mal manejo en cuanto las políticas de acceso a la salud, pero desde el punto de vista del acceso a los nosocomios, no a las medicinas.

## **El libre mercado como impedimento de aplicación de medidas de protección de parte del estado**

Parte de los entrevistados han identificado que el libre mercado impide al estado adoptar medidas de protección, sin embargo, como señala Falconi (2022) una adecuada implementación de la economía social de mercado, si garantizaría a la ciudadanía medidas de protección, esto en el afán del estado de tener y construir una visión adecuada de bienestar social. Arbizu (2022) si considera que el libre mercado impide al estado adoptar medidas proteccionistas, siendo que este ha optado por una mínima intervención con respecto a su función vigilante, pero también indica que estas pueden regularse en mayor o menor medida. Por el contrario para Sotomayor (2022) el libre mercado no impide al estado tomar medidas de protección adecuadas, ya que el marco constitucional que le da la empresa y al estado es un vínculo de necesidad mutua, lo cual cuenta con un marco regulador. El estado si adopta medidas de protección, esto lo hace a través de las sanciones administrativas, cierres de las empresas, con la posibilidad de hasta poder expropiar, existe sí, una falta de ejecución adecuada de las normas y lineamientos, porque es el mismo estado que carece de esa capacidad.

En lo que respecta a que si el estado ha dejado la rectoría de la salud a los privados, Falconi (2022) considera que si se da de esa manera, pero que el estado puede mejorar en ese sentido, que el rol de Indecopi es importante, imponiendo sanciones a algunas instituciones privadas por sus indebidas infracciones. Para Arbizu (2022) el estado ha abdicado en su función de garantizar el acceso y ejecución del derecho a la salud, siendo que las instituciones reguladoras no cumplen su función, dejando operar a distintos monopolios que se encargan de fijar costos y calidad de atención. Sotomayor (2022) sostiene que el estado dejó en manos de los privados el tema de la salud, demostrando que no es un eficiente administrador, lo cual no está mal, porque al reconocer esto permite que se encuentre una solución en los privados, pero el estado debe controlarlos para evitar que se cometan abusos.

Sobre la correcta aplicación de las normas constitucionales en cuanto se refiere al derecho a la salud, Falconi (2022) señala que a través del Tribunal constitucional y el poder judicial, se ha avanzado en la correcta aplicación de normas constitucionales, en lo que respecta al derecho a la salud, manifiesta a su vez una jurisprudencia del TC sobre una jurisprudencia del TC en el que declara “*FUNDADA en parte la demanda de cumplimiento (...) en consecuencia: 1. Ordena que el Ministerio de Salud, en el plazo de treinta (30) días, implemente un sistema de emergencia para atender la salud de las personas contaminadas por plomo en la ciudad de la Oroya (...)*”: (EXP. N.º 2002-2006-PC/TC). Por su parte Arbizu (2022) considera que siendo la salud un derecho fundamental y siendo reconocido en los diversos instrumentos internacionales, es deber del estado garantizar de manera eficaz su acceso y ejercicio, indica también que la interpretación sistemática que se la ha dado muchas veces ha puesto como límites facticos del acceso y ejercicio del derecho, a los principios del modelo neo liberal, que a menudo entran en pugna con el derecho a la salud, en estos casos, la judicatura debe resolver cada caso, haciendo uso de un test de proporcionalidad y fallando de acuerdo a preceptos constitucionales. Para Sotomayor (2022) el estado si hace correcta aplicación de normas constitucionales, cuando permite accesos, facilidades, para que podamos tener un adecuado acceso al derecho a la salud dentro del marco constitucional, lo que tendríamos que observar es que si ha existido situaciones que han vulnerado el derecho a la salud, esto lo vimos en la época del covid, la falta de acceso a las camas UCI, esto quiere decir que en el aspecto de prevención estamos mal y debemos mejorarlo.

## CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

### Discusión

#### **La implementación explícita del libre mercado y la falta de mecanismos de regulación de este, vulnera el derecho a la salud.**

De los resultados de la presente investigación, mediante la aplicación de entrevistas, análisis de información nacional e internacional y estadística descriptiva, podemos determinar que la implementación del libre mercado y la falta de mecanismos de regulación de estos, afectan en parte el derecho fundamental de la salud, debemos precisar que el estado ha sido el gran responsable de este accionar, al no contar con regulaciones adecuadas.

Con respecto a los antecedentes internacionales, se ha podido identificar una misma problemática, que es la ineficacia del estado para poder ejecutar la normativa vigente, (Hernandez, 2019) las medidas aplicadas resultan ineficientes, que para tener resultados idóneos solo se podrá lograr con una logística integral y el apoyo del propio gobierno, en concordancia (Tovar & Velandia, Yenni, 2019) manifiesta que las distintas políticas de protección y prevención han resultado insuficientes dejando muchas veces al usuario en un estado de indefensión. (Venegas, 2019) considera que se necesita una reelaboración constitucional de este derecho, dentro del marco de la propia constitución, a fin de que puedan tomar en cuentas los avances progresivos y tendencias que se han dado con respecto a la salud. Para (Esther & Hernandez, 2021) uno de los principales objetivos sería señalar el derecho a la salud como un derecho humano, manifiesta que la organización del sistema de salud necesita de una reorganización, esto para frenar la desigualdad que se da en el acceso a los servicios médicos, imposibilitando una adecuada cobertura universal.

Dentro de las notas periodísticas internacionales presentada, se ha podido identificar qué tanto como en Argentina y en Chile, el sistema de salud privado carece de un mecanismo de regulación adecuado, se puede comprobar que los



usuarios han presentado diversas acciones judiciales en contra de los privados, esto se debe al aumento de las tarifas mensuales que les han sido impuestos, y que son materializadas unilateralmente por las empresas prestadoras de salud. El sistema de salud prepaga en Argentina carece de regulación por ley propia, lo que hace que estén comprendidas bajo la ley de defensa del consumidor. En Chile las ISAPRES son las encargadas de prestar un servicio de salud prepagado por los usuarios, estas tienen la potestad de realizar un ajuste anual, a la tarifa de precio base mensual que pagan los ciudadanos. En Colombia, podemos apreciar que son las EPS (Empresas prestadoras de salud) y la IPS (Instituciones prestadoras de salud) las encargadas de brindar el servicio de salud privado en el país, pero son estas las que tienen más reclamo por la vía de tutela de derechos, los usuarios manifiestan que le son negados procedimientos, medicamentos y tratamientos que están contenidos en el POS (Plan obligatorio de salud), esto quiere decir que a pesar de que se encuentran cubiertos por el plan de salud adquirido por el usuario, medicamentos como el omeprazol, las insulinas, el oxígeno, y hasta los analgésicos esenciales le son negados.

Asimismo, los resultados de las entrevistas aplicadas a los expertos Falconi (2022) y Arbizu (2022) consideran que nuestro país carece de un sistema adecuado de regulación, dado que es el propio estado quien debe garantizar el acceso al derecho a la salud, y ante la falta de estos mecanismos, el privado ha salido a suplir el rol protector que debería cumplir este mismo. La implementación del artículo 58 de la constitución, que rige a nuestro país como una economía social de mercado, aun no se ha materializado, y que es deber del estado poder aplicar la norma constitucional. Sotomayor (2022) señala que, gracias a la implementación del libre mercado dentro de la constitución del 93, el país pudo salir de la crisis en la cual se encontraba sumergido desde la época de los 80, a su vez, esto permitió evidenciar ciertos atropellos en cuanto a derechos fundamentales en desmedro de los consumidores, y que es el estado quien debe implementar los mecanismos de regulación adecuado, y que a pesar de estas fallas, el libre mercado ha permitido que las personas puedan acceder a servicios básicos de salud.

**La implementación explícita del libre mercado podría elevar los precios de los medicamentos generando una distorsión comercial y perjudicando a la población**

De acuerdo con nuestros entrevistados Arbizu (2022) y Falconi (2022) coinciden que hay una desprotección al ciudadano, esto debido a una inadecuada implementación del derecho social de mercado, que ante la falta de reglas claras, se genera un perjuicio social, con la elevación de costos de medicinas para enfermedades graves, huérfanas, VIH, cáncer, etc. Sotomayor (2022) considera que el libre mercado ha permitido el acceso a medicamentos, que antes de la implementación de este, no hubiésemos sido capaces de acceder, afirma también que gracias a la protección de la propiedad intelectual la sociedad cuenta con medicamentos genéricos de calidad, lo cual no genera ningún perjuicio social.

Los TLC Arbizu (2022) y Falconi (2022) si bien consideran que estos acuerdos traen consigo libertad comercial, lo cual es positivo, consideran hay productos como los medicamentos genéricos para el VIH, diabetes u otros, que deberían tener un tratamiento especial, para que la protección de medicamentos que no son genéricos, no afecte la producción y la accesibilidad de medicamentos genéricos.

De acuerdo con Sotomayor (2022) los TLC elevan el estándar de protección de propiedad intelectual, esto se da con el fin de buscar medicamentos de mayor calidad, lo cual no considera negativo.

Con respecto a la recopilación de notas periodísticas del ámbito nacional, podemos determinar que las clínicas privadas, dentro del contexto de la pandemia del COVID-19, se registraron trágicos excesos en cuanto a los cobros de medicinas, atención médica, hospitalizaciones, oxígeno, etc, esto se pudo verificar con la desesperación de familiares, que ante la imposibilidad de poder costear las deudas adquiridas, gastaron sus ahorros, solicitaron créditos, vendieron sus bienes muebles e

inmuebles. Asimismo, se puede apreciar un aprovechamiento de parte de las clínicas, al realizar un cobro excesivo, para realizar pruebas covid que eran proporcionadas y procesadas por el propio estado de manera gratuita.

Esto también desnuda nuestro precario sistema de salud, demostrando todas sus falencias.

La constitución contempla la figura de la economía social de mercado, sin embargo el modelo que más se acerca es de una economía de libre mercado, esto debido a sus mecanismos reguladores poco eficientes, esto se ha visto reflejado durante la pandemia del covid 19, en la cual los distintos órganos reguladores no actuaron de manera eficiente. La entidad pública encargada de velar por los derechos de los usuarios en los servicios de atención médica, es SuSalud, quien se ha visto limitada, como se ha evidenciado en la crisis por la pandemia. Varios medios reportaron denuncias de pacientes COVID-19 atendidos en clínicas que les exigieron pagos de entre 100.000 y 700.000 soles por todos los servicios prestados.

## **Pandemia**

Una pandemia es la afectación de una enfermedad infecciosa de los humanos a lo largo de un área geográficamente extensa, es decir, que se extiende a muchos países o que ataca a casi todos los individuos de una localidad o región. Como ejemplo el covid es una infección que se cataloga como pandemia.

Para la Organización Mundial de la Salud (OMS), la aparición de una nueva pandemia requiere que:

- Aparezca un nuevo virus o una nueva mutación de uno ya existente, que no haya circulado anteriormente y que la población no sea inmune a él.
- El virus tenga la capacidad de transmitirse de persona a persona de forma eficaz, provocando un rápido contagio entre la población.

## **Covid 19**

La covid 19 es una enfermedad producida por el nuevo coronavirus, llamado SAR-CoV2. La Organización Mundial de la Salud se entero por primera vez de este nuevo virus el 31 de diciembre de 2019, cuando recibio una notificacion de un grupo de casos de “neumonia viral” que estalló en Wuhan (República Humana de China).

### **Covid 19 en Perú**

El 6 de marzo del 2020 las autoridades peruanas dieron a conocer el primer caso confirmado de coronavirus en el país. Desde ese momento el avance de la pandemia ha sido monitoreado por el Ministerio de Salud (MINSA) con reportes diarios a la poblacion. A a partir de la primera muerte por covid 19 en el Perú, el rastreo de contagiados y numero de fallecimientos ha sido una labor cuestionada y dificil de realizar, dado que el país carecia de la suficiente infraestructura sanitaria adecuada para realizar esta labor y poder contener el avance del coronavirus.

### **Estado de emergencia**

En principio, el estado de emergencia es un regimen de excepcion. Este concepto se refiere a aquellas “regimen de crisis” que nuestra constitucion le brinda al estado con el carácter de extraordinarias, para que este pueda hacerle frente a hechos, sucesos o acontecimientos , que por su naturaleza pongan en peligro o atenten contra el normal funcionamiento de los poderes publicos o amenazan la continuidad de las instituciones estatales y los principios básicos de convivencia dentro de una comunidad política.

### **Estado de emergencia en el Perú-Covid 19**

El 15 de marzo del 2020, el presidente de la republica, Martin Vizcarra, declaro el estado de emergencia en el país, por un periodo inicial de 15 días, esto a traves

del Decreto Supremo 44-2020-PCM, como una medida preventiva ante el creciente numero de casos de covid 19.

### **Medidas en salud publica**

Gracias a las medidas adoptadas por el Ministerio de salud, se logro aumentar la capacidad de respuesta de nuestro sistema de salud, esto se dio mediante una optima integracion de ESSALUD, sanidad de las FFAA y el sistema privado, lo cual permitio incrementar el numero de camas UCI, asi como contar con más equipos y personal calificado. En la capital, el gobierno habilito dos torres de la Villa Panamericana para albergar a personas contagiadas, la cual cuenta con capacidad para albergar a más de 900 personas, asimismo, se inauguró el Hospital de Ate, donde se implementaron 50 camas UCI, para atender pacientes con casos extremos de covid 19.

### **La implementación explícita del libre mercado podría garantizar un adecuado acceso al derecho a la salud.**

Como se ha podido verificar en los distintos antecedentes nacionales, encontramos una clara similitud en cuanto al derecho a la salud y políticas públicas se trata. (Rosado, 2018) señala que el estado debe fomentar las directrices que prevengan y no limiten el acceso a la salud, indica tambien que se deben fortalecer las medidas de supervision y fiscalizacion estatal, frente a las diferentes instituciones de salud publicas y privadas. Por su parte (Leòn, 2021) resalta que las gestiones que realice el estado frente a la administracion de recursos para poder lograr un desarrollo idoneo del derecho a la salud, manifiesta tambien que el estado y sus anteriores gobiernos, no han dotado ni reforzado de manera adecuada el sistema estructural de salud, y que todo esto se evidencio en la pandemia del covid 19.

Para (Chavez, 2021) y (Torres, 2021) la salud tiene como fin principal posicionar la dignidad humana como la base del derecho fundamental de la salud, la vulneracion del derecho humano se entiende tambien como la afectacion a la salud misma del individuo, no pudiendo limitar el goce efectivo de los bienes humanos

que le son conferidos, y siendo la persona el fin supremo de la sociedad. La salud y el adecuado acceso a este derecho, incluye un adecuado servicio de salud y asistencia médica, así como otros servicios como agua potable, vivienda, comida, etc.

Con respecto a las entrevistas con los expertos Falconi (2022) manifiesta que una verdadera implementación de economía social de mercado si garantizaría el acceso a la salud. Para Arbizu (2022) no considera que la implementación del libre mercado garantiza un adecuado acceso a la salud, indica que este derecho garantiza el ejercicio de otros igual de importantes y que no debe verse como una mercancía sujeta a lucro de unos cuantos. Por el contrario, Sotomayor (2022) si considera que el libre mercado garantiza el acceso a la salud, puesto que gracias a ello tenemos diversas comercios y empresas, que garantizan en gran medida que el ciudadano pueda atenderse donde mejor crea conveniente, y que si debemos enfocarnos en mejorar los entes reguladores estatales.

**La implementación explícita del libre mercado impediría al estado aplicar medidas de protección adecuadas.**

Con respecto a las entrevistas, Arbizu (2022) y Falconi (2022) consideran en parte que el libre mercado si impide que al estado aplicar medidas de protección adecuadas, sin embargo, estas medidas y las instituciones encargadas de su regulación deben ser fortalecidas por el estado, a fin de generar un estado de bienestar en la ciudadanía. Indecopi es la entidad encargada de velar por los intereses del consumidor, y es la que debe imponer sanciones administrativas y multas más severas, adecuar su normativa vigente, para evitar futuras vulneraciones, impidiendo que se conformen futuros monopolios sanitarios o un cartel con respecto a los medicamentos. Consideran también que el estado ha avanzado de manera lenta en cuanto aplicación de las normas constitucionales, conforme a la interpretación sistemática que se han dado, poniendo muchas veces como límites facticos el acceso y el ejercicio al derecho a la salud, a los principios del modelo neoliberal. Para estos casos se debe resolver, aplicando un test de

proporcionalidad entre ambos derechos, y emitiendo sentencias de acuerdo a los preceptos constitucionales y convencionales

De manera contraria, Sotomayor (2022) señala que el libre mercado no impide al estado adoptar medidas de protección adecuadas, que el estado implementa estos mecanismos al imponer sanciones administrativas o hasta cierre de empresas, con la opción de poder expropiar estas, tal como estuvo a punto de ocurrir en pandemia con las clínicas privadas, que no se alinearon a las necesidades de las personas, solo hasta que se le dio el ultimátum de la expropiación, que estaba contemplada por ley. Señala que el estado ha demostrado ser un deficiente administrador, dejando en manos de las empresas la rectoría de la salud, lo cual puede resultar positivo, teniendo en cuenta que esto sirve para poder encontrar soluciones dentro de las clínicas privadas. Conforme a la aplicación correcta de normas constitucionales, el estado si ha cumplido este rol, y lo hace cuando permite accesos, facilidades y al tener un sistema de salud propio, que le otorga el marco constitucional. Lo que se debería observar es las diversas situaciones que se han generado debido a la pandemia del covid, por ejemplo, el casi nulo acceso a camas UCI, los cobros excesivos, etc.

## Conclusión

Concluimos que la presente tesis ha identificado una vulneración, en parte, al derecho fundamental de la salud de parte del libre mercado, esta conclusión llega debido a una fórmula mal aplicada del libre mercado, porque se ha advertido un aprovechamiento indebido de parte de esta en situaciones determinadas, tal como se pudo verificar en plena pandemia del covid 19. Esto se da de la mano con un estado ineficiente en cuanto a control y regulación, esta falla de parte del estado ha permitido que estas imperfecciones se puedan visualizar dentro del mercado, y haya predominado un afán de lucro excesivo de parte de los privados.

El derecho a la salud está relacionado estrechamente con los derechos humanos, esto debido que estos derechos tienen conexidad con el derecho a la propia vida, cuando la desatención a la persona enferma puede causar o lesionar su propia vida, esto quiere decir que si los primeros no fueran protegidos se ocasionaría una amenaza o vulneración a lo segundo.

El estado debe garantizar una aplicación adecuada del artículo 9 de nuestra constitución política, esto es primordial en aras de proteger nuestra integridad física y mental, ya que la protección de este derecho nos permite poder desarrollar otros, como el del libre mercado.

Concluimos que el estado debe colocar salvaguardas o un tratamiento especial dentro de los TLC, con respecto al derecho de propiedad intelectual frente a los diversos medicamentos, esto para proteger la accesibilidad de estos y a su vez que puedan poder ser adquiridos por la ciudadanía.

Concluimos que el estado aplica una administración inadecuada, falta de políticas públicas acorde a la realidad nacional, así como falta de ejecución de las normativas que regula el ámbito de la salud, siendo el estado un mal administrador.



Concluimos que, si debe existir un libre mercado, y que ha sido una pieza fundamental dentro del aparato de salud pública, sin embargo, esto tiene que ir de la mano de manera copulativa con una administración eficiente y mínimamente garantista, que adopten medidas públicas que obliguen a los empresarios a tener que brindar la atención en cuanto a salud se trata, anteponiendo este derecho fundamental.

## CAPÍTULO V: RECOMENDACIONES

Establecer políticas públicas eficientes para situaciones en la cual el país se encuentre en estado de emergencia, sancionando la mercantilización de la salud, esto se encontraría traducido en cobros exorbitantes a los usuarios, la no atención en situaciones de emergencia extrema, que requiera una inmediata atención, las clínicas no podrán solicitar un copago, condicionando la atención a este mismo.

Las entidades prestadoras de servicios de salud privada, obligatoriamente no dejará de atender, bajo ningún motivo, a un ciudadano en situación de emergencia

Fortalecer los distintos organismos reguladores estatales (SuSalud, Indecopi) a fin de poder imponer sanciones administrativas eficaces, una de ellas sería la imposición de una sanción pecuniaria ejemplar, y de continuar con las mismas prácticas, se dispondría el cierre de la clínica y/o farmacia.

Asimismo, que adopte y remita a las entidades reguladoras cuáles son las políticas que ha implementado, a raíz de la vulneración de un derecho fundamental como la salud, el incumplimiento de esta solicitud implicaría una sanción administrativa, y de persistir, la sanción será económica.

De manera periódica, las empresas prestadoras de salud deberán remitir un informe en el cual deberán comunicar cuáles son las políticas que han implementado a fin de contrarrestar las prácticas en las cuales hayan podido incurrir, en desmedro de los consumidores, el incumplimiento será sancionado de manera administrativa, y de persistir, la sanción será pecuniaria.

Promover, y a su vez fortalecer los sistemas de salud público/privado (policlínicos, SISOL) las cuales han demostrado eficacia al momento de brindarle un servicio de salud a los usuarios.

Utilizar beneficios o incentivos tributarios para que los privados, en base a la atención brindada en casos de emergencia, pueda acceder a deducciones de impuestos.

**REFERENCIAS**

- Act2016-2004 (Tribunal Constitucional 2004).
- Alvarez, J. (1988). *Derecho al desarrollo*. Lima: Cultural Cusco.
- Baquero de la Calle, J., & Gil, Emiliano. (2015). *Metodología de la investigación jurídica*. Quito: Corporación de estudios y publicaciones. Obtenido de <http://dspace.uhemisferios.edu.ec:8080/jspui/bitstream/123456789/552/1/%2834%29%20Metodolog%c3%ada%20de%20la%20investigaci%c3%b3n%20jur%c3%addica.pdf>
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema. Obtenido de [http://culturadh.org/ue/wp-content/files\\_mf/144977835110.pdf](http://culturadh.org/ue/wp-content/files_mf/144977835110.pdf)
- Bohorquez, V., & Roman, J. (2009). Las tensiones de la dignidad humana: conceptualización y aplicación en el derecho internacional de los derechos humanos. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24903.pdf>
- Caballero, O., & Garcia, O. (2016). Protección de derechos en salud en el Perú: experiencias desde el rol fiscalizador de la Superintendencia Nacional de Salud. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Publica*. Obtenido de [http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1726-46342016000300019](http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-46342016000300019)
- Camacho, D. (2016). El concepto de los derechos humanos, el dilema del carácter de los derechos humanos. *Revista de ciencias sociales*. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/153/15348419001.pdf>
- Cardenas, L. (16 de Mayo de 2022). Un millón y medio de peso por afiliado: Isapres rechazan demanda colectiva por alzas en los planes de salud en los últimos cinco años. *La tercera*. Obtenido de <https://www.latercera.com/pulso-pm/noticia/un-millon-y-medio-de-pesos-por-afiliado-isapres-rechazan-demanda-colectiva-por-alzas-en-planes-de-salud-en-ultimos-cinco-anos/VLO5RR7P4FB6DFCJ4E5K4FQY2E/>
- Carpizo, J. (2011). Los Derechos Humanos; Naturaleza, Denominación y Características. *Cuestiones Constitucionales*. Obtenido de <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n25/n25a1.pdf>

- Castaño, J., & Kandel, V. (marzo de 2018). El surgimiento de la Declaración Universal de los los derechos humanos: contexto historico y algunas de sus características. Bueno Aires, Argentina. Obtenido de <http://ijdh.unla.edu.ar/advf/documentos/2018/03/5aba56fb09444.pdf>
- CEJIL. (2007). La proteccion de los derechos humanos en el sistema interamericano , guia para defensores de DDHH. Buenos Aires, Argentina. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4942/10.pdf>
- Chavez, B. (s.f.). *El derecho a la salud pública y la protección social en el Hospital regional de Pucallpa 2020*". Universidad privada de Pucallpa, Ucayali. Obtenido de [http://repositorio.upp.edu.pe/bitstream/UPP/258/1/tesis\\_avelino.pdf](http://repositorio.upp.edu.pe/bitstream/UPP/258/1/tesis_avelino.pdf)
- Conforti, M., Scaravilli, N., Martinuzzi, S., & Crespo, M. (2005). El derecho a la salud y el incumplimiento de los prestadores. Obtenido de [https://www.auditoriamedicahoy.com.ar/biblioteca/Derecho\\_a\\_la\\_salud.pdf](https://www.auditoriamedicahoy.com.ar/biblioteca/Derecho_a_la_salud.pdf)
- Donato, N. (marzo de 2017). Derecho a la salud. Buenos Aires, Argentina. Obtenido de OMS: <https://salud.gob.ar/dels/printpdf/135>
- Esther, I., & Hernandez, C. (2021). El derecho a la salud es un derecho humano. *Conamed*, 90,94. Obtenido de <https://www.medigraphic.com/pdfs/conamed/con-2021/con212e.pdf>
- Friedman, M. (1962). *Capitalismo y libertad*. Chicago.
- Garcia Velutini, O. (1980). *Sobre derechos personales y dignidad humana*. Caracas: Sucre.
- Garcia, M., & Soto, Tania. (s.f.). *EL DERECHO A LA SALUD Y SU EFECTIVA PROTECCIÓN EN EL HOSPITAL ALMANZOR EN EL AÑO 2015*. Universidad Señor de Sipan, Chiclayo. Obtenido de <https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/3176/MARLENE%20MILAGROS%20GARC%C3%8DA%20D%C3%8DAZ.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Gonzales, N. (22 de enero de 1996). Guerra Mundial y derechos humanos. *El País*. Obtenido de [https://elpais.com/diario/1996/01/23/internacional/822351623\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1996/01/23/internacional/822351623_850215.html)

- Gotlieb, V. (s.f.). *Reconocimiento y ejercicio del derecho a la salud en Argentina*. Universidad nacional del Rosario, Rosario. Obtenido de <http://capacitasalud.com/biblioteca/wp-content/uploads/2016/02/Reconocimiento-y-ejercicio-del-derecho-a-la-salud-en-Argentina.pdf>
- Hernandez, I. (s.f.). *El derecho humano a la salud en el estado de Mexivo*. Centro universitario de UAEM, Texcoco. Obtenido de <http://ri.uaemex.mx/bitstream/handle/20.500.11799/99873/TESIS%20EL%20DERECHO%20HUMANO%20A%20LA%20SALUD%20%20EN%20EL%20ESTADO%20DE%20M%c3%89XICO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Hernandez, R., Fernandez, C., & Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación*. Mexico: Interamerica Editores. Obtenido de <https://www.uca.ac.cr/wp-content/uploads/2017/10/Investigacion.pdf>
- Hinostroza, L., & Guerrero, S. (2017). El concepto de los derechos humanos frente a los derechos de las minorías. *Prolegòmenos derechos y valores*. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/876/87652654003.pdf>
- Humanos, C. N. (2016). *Los Principios de Unversalidad, Interdependencia, Indivisibilidad y Progresividad de los derecho humanos*. Mexico. Obtenido de <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/34-Principios-universalidad.pdf>
- jovenes, M. d. (2009). *Counsil of Europe*. Obtenido de <https://www.coe.int/es/web/compass/what-are-human-rights->
- Kawabata, J. (2003). *Los derechos humanos*. Buenos Aires, Argentina. Obtenido de <http://ijdh.unla.edu.ar/advf/documentos/2017/02/589352927f54e.pdf>
- Lamm, E. (2017). *La dignidad humana*. Buenos Aires. Obtenido de <https://salud.gob.ar/dels/printpdf/30>
- Leòn, M. (s.f.). *Derecho a la salud, un derecho fundamental rezagado a ser un derecho social: reflexion por la pandemia del covid-19*. Universidad Cesar Vallejo, Lima. Obtenido de [https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/73692/Leon\\_CNMSD.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/73692/Leon_CNMSD.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

- Mexico], C. N. (1 de Agosto de 2016). Obtenido de <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/34-Principios-universalidad.pdf>
- Nikken, P. (1994). El concepto de los derechos humanos. *Estudios basicos de los derechos humanos*. Obtenido de <https://perio.unlp.edu.ar/catedras/comyddhhlic/wp-content/uploads/sites/152/2021/08/1-Nikken-El-Concepto-de-Derechos-Humanos.pdf>
- Parra, O. (2003). *El Derecho a la Salud en la Constitucion, la Jurisprudencia y los instrumentos Internacionales*. Bogota. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/27803.pdf>
- Peces Barba, G. (2003). *La dignidad de la persona desde la filosofia del derecho*. Madrid: Dykinson.
- Peces, B. (1989). *El fundamento de los derechos humanos*. Madrid. Obtenido de <file:///C:/Users/JOSE/Downloads/12259-Texto%20del%20art%C3%ADculo-35349-1-10-20200124.pdf>
- Petrillo, V. (2022). Piden a la corte suprema frenar el aumento de las prepagas y obras sociales. *Ambito*. Obtenido de <https://www.ambito.com/economia/prepagas/piden-la-corte-suprema-frenar-el-aumento-y-obras-sociales-n5440911>
- Polanyi, K. (2003). La gran transformacion, los origenes politicos y economicos de nuestros tiempos. *Fondo de cultura economida*.
- Roldan, P. (2017). Mercado libre. *Economipedia*. Obtenido de <https://economipedia.com/definiciones/mercado-libre.html>
- Rosado, I. (s.f.). *EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y LA JURISPRUDENCIA EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO*. Universidad Catolica de Santa Maria, Arequipa. Obtenido de <http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/UCSM/7348/E8.1625.MG.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Sagastume, M. (1991). ¿Que son los derechos humanos? Evolucion historica. Guatemala. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/15872r.pdf>

- Salud. (07 de abril de 2015). *Tutelas en salud siguen aumentando; Defensoria del pueblo.* *El Tiempo.* Obtenido de <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-15533237>
- Smith, A. (1776). *La riqueza de las naciones.* Londres. Obtenido de [http://www.iunma.edu.ar/doc/MB/lic\\_historia\\_mat\\_bibliografico/Fundamentos%20de%20Econom%C3%ADa%20Pol%C3%ADtica/194-Smith,%20Adam%20-%20La%20riqueza%20de%20las%20naciones%20\(Alianza\).pdf](http://www.iunma.edu.ar/doc/MB/lic_historia_mat_bibliografico/Fundamentos%20de%20Econom%C3%ADa%20Pol%C3%ADtica/194-Smith,%20Adam%20-%20La%20riqueza%20de%20las%20naciones%20(Alianza).pdf)
- Torres, G. (s.f.). *El derecho fundamental de la salud y su exigibilidad en el ordenamiento jurídico peruano.* Universidad de Piura, Piura. Obtenido de [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/4969/DER\\_2104.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/4969/DER_2104.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Torres, M. (2021). Cumplimiento del derecho a la salud: Caso Ecuador durante la pandemia del covid 19. *JUEES*, 115-116. Obtenido de <file:///C:/Users/JOSE/Downloads/728-Texto%20del%20art%C3%ADculo-4246-1-10-20211108.pdf>
- Tovar, A., & Velandia, Yenni. (s.f.). *El ejercicio del derecho fundamental a la salud en Colombia.* Universidad Libre, Bogota. Obtenido de <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/17852/Monografia%20de%20Investigaci%C3%B3n.pdf?sequence=1>
- Uriarte, J. (21 de abril de 2020). *Características.* Obtenido de <https://www.caracteristicas.co/dignidad/>
- Velarde, L. (2021). Entendiendo los conceptos constitucionales de libre iniciativa privada y economía social de mercado. *Ius et Praxis.* Obtenido de <file:///C:/Users/JOSE/Downloads/4966-Texto%20del%20art%C3%ADculo-19429-1-10-20210721.pdf>
- Venegas, C. (s.f.). *El derecho a la salud en una nueva constitucion: Una mirada desde el derecho internacional de los derechos humanos.* Universidad de Chile, Santiago. Obtenido de <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/171126/El-derecho-a-la-salud-en-una-nueva-constituci%C3%B3n.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

## ANEXOS

### Instrumento

Guía de entrevista

**Título:** Los alcances del libre mercado en cuanto a derechos fundamentales-salud  
-2022

**Entrevistado:**

\_\_\_\_\_

**Profesión:** \_\_\_\_\_ **Grado académico:** \_\_\_\_\_

---

### INTRODUCCIÓN

**Objetivo general:** Determinar como la implementación explícita del libre mercado y la falta de mecanismos de regulación de este, vulnera el derecho a la salud.

**1.Desde su experiencia ¿Considera que la implementación explícita del libre mercado se ha materializado sin un adecuado mecanismo de regulación, esto para no afectar otros derechos fundamentales? ¿Por qué?**

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_



---

---

**2.Desde su experiencia ¿considera que la implementación del libre mercado vulnera el derecho a la salud?, ¿por qué?**

---

---

---

---

---

---

---

---

---

**Objetivo específico 1:** Analizar como la implementación explícita del libre mercado podría elevar los precios de los medicamentos, generando una distorsión comercial, perjudicando a la población

**3.En su opinión ¿Considera que la implementación del libre mercado afecta la accesibilidad de las personas a medicamentos que cuentan con protección sobre derechos de propiedad intelectual, generando un perjuicio social?**

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

**4. Desde su experiencia ¿Considera que los TLC promovidos por EEUU imponen estándares más elevados a la protección de propiedad intelectual, afectando de manera negativa el acceso a medicamentos?**

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

**Objetivo Específico 2:** Analizar como la implementación explícita del libre mercado podría garantizar un adecuado acceso al derecho a la salud.

**5. ¿Considera el libre mercado garantiza el acceso adecuado al derecho a la salud? ¿Por qué?**

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

**6. ¿Considera que el acceso adecuado a la salud está supeditado al mecanismo de financiación que una persona pueda tener? ¿Por qué?**

---

---

---

---

---

---

---

---

**Objetivo Específico 3:** Analizar como la implementación explícita del libre mercado impediría al estado aplicar medidas de protección adecuadas.

**7. En su opinión ¿Considera que el libre mercado impide al estado adoptar medidas de protección adecuadas? ¿Por qué?**

---

---

---

---

---

---

---

---

**8. Desde su experiencia ¿Considera que el estado ha dejado la rectoría de la salud en manos de los privados? ¿Por qué?**

---

---

---

---

---

---

---

**9.Desde su experiencia ¿Considera que el estado hace una correcta aplicación de las normas constitucionales, en cuanto se refiere al derecho fundamental de la salud? ¿Por qué?**

---

---

---

---

---

---

---

---

## APLICACIÓN DE INSTRUMENTO

Entrevista

**Título:** Los alcances del libre mercado en cuanto a derechos fundamentales-salud  
-2022

**Entrevistado:** Hugo Adán Falconi Tupiño

**Profesión:** Abogado

**Grado académico:** Titulado

---

## INTRODUCCIÓN

**Objetivo general:** Determinar como la implementación explícita del libre mercado y la falta de mecanismos de regulación de este, vulnera el derecho a la salud.

**1.Desde su experiencia ¿Considera que la implementación explícita del libre mercado se ha materializado sin un adecuado mecanismo de regulación, esto para no afectar otros derechos fundamentales? ¿Por qué?**

Nuestra Constitución Política vigente consagra oportunamente en su artículo 58 que nuestro país se rige por una “*economía social de mercado*”, y en la práctica considero que la implementación explícita de lo que debería denominarse una “*economía social de mercado*” aún no se ha materializado con un adecuado mecanismo de regulación que proteja lo suficiente los derechos fundamentales de los ciudadanos porque en la práctica se ha visto como INDECOPI en varias ocasiones ha multado a algunas cadenas empresariales por concertación de precios.

**2.Desde su experiencia ¿considera que la implementación del libre mercado vulnera el derecho a la salud?, ¿por qué?**

Nuestra Constitución Política vigente consagra oportunamente en su artículo 58 que en nuestro país “*la iniciativa privada es libre*”, sin embargo, considero que, a falta de un mecanismo de regulación adecuado, en algunos casos, algunas empresas han olvidado que nuestra Constitución no consagra simplemente el *libre mercado*, porque lo que establece es la iniciativa privada que es libre y debe ejercerse en una “*economía social de mercado*”, sin embargo, ello no se ha visto reflejado en la realidad, por ejemplo cuando a raíz de la pandemia del Covid 19 se ha visto como es de público conocimiento que en algunos casos se incrementó inusitadamente los precios de algunos medicamentos y se elevó desproporcionadamente los gastos que muchas familias tuvieron que afrontar teniendo incluso que vender o hipotecar sus casas para poder costear los servicios hospitalarios en algunas clínicas privadas que al final no les brindaron en algunos casos el servicio adecuado, lo que ha dejado en claro que lamentablemente en nuestro país se ha desvalorizado el derecho humano, constitucional y fundamental a la salud, primando vergonzosamente el interés mezquino de algunas malas empresas, lo que debe cambiar en nuestro país.

**Objetivo específico 1:** Analizar como la implementación explícita del libre mercado podría elevar los precios de los medicamentos, generando una distorsión comercial, perjudicando a la población

**3. En su opinión ¿Considera que la implementación del libre mercado afecta la accesibilidad de las personas a medicamentos que cuentan con protección sobre derechos de propiedad intelectual, generando un perjuicio social?**

La implementación a secas del *libre mercado* considero que es una inobservancia flagrante de nuestra Constitución Política vigente, porque lo que consagra realmente nuestra actual Carta Magna es la implementación de una “*economía social de mercado*”, y mientras ello se inobserve, la accesibilidad a medicamentos que cuentan con protección sobre derechos de propiedad intelectual corre un serio riesgo generando un perjuicio social, porque nosotros como ciudadanas(os) estaremos a merced de algunas malas cadenas farmacéuticas que solo velarán únicamente por su beneficio

económico concertando indebida e ilegalmente precios de medicamentos que cuenten por ejemplo con protección sobre derechos de propiedad intelectual, haciendo así inaccesible estos medicamentos a la ciudadanía como es de público conocimiento, sin tener en consideración del interés general

**4. Desde su experiencia ¿Considera que los TLC promovidos por EEUU imponen estándares más elevados a la protección de propiedad intelectual, afectando de manera negativa el acceso a medicamentos?**

De acuerdo a un documento publicado por la CEPAL sobre “*TLC Y PROPIEDAD INTELECTUAL: DESAFIOS DE POLITICA PUBLICA - en 9 países de América Latina y el Caribe*” de Álvaro Díaz señala que: “*(...) el impacto de los TLC en materia de innovación (...) indica que una mayor protección de la propiedad intelectual puede no generar más innovación sino que incluso puede llegar a desincentivarla, especialmente en países donde predomina la innovación incremental y donde el gasto en I+D es bajo (...)*”, de lo que se advierte que evidentemente los TLC elevan la protección de propiedad intelectual, lo que en principio no está mal, sin embargo considero que en determinado productos como los medicamentos genéricos para el cáncer, VIH, diabetes u otros, debería haber un tratamiento especial en algunos casos, para que la protección de propiedad intelectual de los medicamentos que no son genéricos, no afecte la producción de los medicamentos genéricos, porque por ejemplo en nuestro país el nivel adquisitivo es muy bajo en relación a los EEUU, y la gran mayoría de ciudadanas(os) en el Perú no están capacidad de poder costear medicamentos protegidos con propiedad intelectual que tienen en su gran mayoría precios más elevados a diferencia de los medicamentos genéricos.

**Objetivo Específico 2:** Analizar como la implementación explícita del libre mercado podría garantizar un adecuado acceso al derecho a la salud.

**5. ¿Considera el libre mercado garantiza el acceso adecuado al derecho a la salud? ¿Por qué?**

Respuesta: Considero que una adecuada implementación de la “*economía social de mercado*” sí garantizaría el derecho a la salud en nuestro país

porque en principio empezariamos por respetar nuestra Constitución Política vigente en beneficio de toda la ciudadanía.

**6. ¿Considera que el acceso adecuado a la salud está supeditado al mecanismo de financiación que una persona pueda tener? ¿Por qué?**

Respuesta: Considero en principio mejor aún como buenos ejemplos a seguir de manera gradual al país de Alemania, y también al país de Dinamarca, en éste último país por ejemplo, su visión de Estado de bienestar está basado en hacer realidad un sistema sanitario de financiación pública que procede de los impuestos de las(os) ciudadanas(os) y presupuestos estatales, y por tanto la(el) ciudadana(o) danés no co-paga los servicios sanitarios públicos que son de calidad, ya que el Estado danés paga todo el servicio sanitario público a sus ciudadanas(os), y es por eso que figura como uno de los países de la Unión Europea con mayor gasto en salud como porcentaje del PIB en 2020 que fue de: 8.89%, a diferencia de nuestro país donde el gasto público en salud como porcentaje del PIB en 2020 fue de: 3.16%, en donde la(el) ciudadana(no) sí co-paga, por lo que aún falta mucho por fortalecer un sistema sanitario de financiación pública en el Perú.

**Objetivo Específico 3:** Analizar como la implementación explícita del libre mercado impediría al estado aplicar medidas de protección adecuadas.

**7. En su opinión ¿Considera que el libre mercado impide al estado adoptar medidas de protección adecuadas? ¿Por qué?**

Considero que una adecuada implementación de la “*economía social de mercado*” sí garantizaría medidas de protección adecuadas porque tiene también como visión construir un verdadero Estado de bienestar.

**8. Desde su experiencia ¿Considera que el estado ha dejado la rectoría de la salud en manos de los privados? ¿Por qué?**

Sí, y el Estado tiene aún mucho tramo por liderar en materia de salud, y felizmente al menos tenemos a INDECOPI, que como es de público conocimiento impuso administrativamente sanciones de multas adecuadamente importantes a algunos privados por sus indebidas infracciones, por lo que deberían adecuarse a nuestra Constitución Política



y leyes vigentes, sino por lo contrario, de ser el caso deberían ser emplazados por nuestro Poder Judicial.

**9. Desde su experiencia ¿Considera que el estado hace una correcta aplicación de las normas constitucionales, en cuanto se refiere al derecho fundamental de la salud? ¿Por qué?**

Considero que a través de nuestro Tribunal Constitucional y el Poder Judicial se ha avanzado mucho en la correcta aplicación de las normas constitucionales en lo que refiere al derecho fundamental a la salud, porque como muestra de un botón sugiero la lectura del siguiente enlace sobre una jurisprudencia del TC en el que declara *“FUNDADA en parte la demanda de cumplimiento (...) en consecuencia: 1. Ordena que el Ministerio de Salud, en el plazo de treinta (30) días, implemente un sistema de emergencia para atender la salud de las personas contaminadas por plomo en la ciudad de la Oroya (...)”*: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02002-2006-AC.pdf>

## Entrevista

**Título:** Los alcances del libre mercado en cuanto a derechos fundamentales-salud  
-2022

**Entrevistado:** Julio Cesar Donato Arbizu Gonzales

**Profesión:** Abogado

**Grado académico:** Titulado

---

## INTRODUCCIÓN

**Objetivo general:** Determinar como la implementación explícita del libre mercado y la falta de mecanismos de regulación de este, vulnera el derecho a la salud.

**1.Desde su experiencia ¿Considera que la implementación explícita del libre mercado se ha materializado sin un adecuado mecanismo de regulación, esto para no afectar otros derechos fundamentales? ¿Por qué?**

Creo que el modelo constitucional peruano ha optado por una economía de libre mercado, con mecanismos de regulación insuficientes, precisamente por la ortodoxia del modelo y la participación subsidiaria del Estado en la actividad económica. Si bien en la práctica, existen instituciones reguladoras de los distintos servicios que satisfacen derechos fundamentales, hay una contradicción respecto a la obligación del Estado de garantizarlos, cuando otro es el encargado de su provisión, se enriquece de ello y no tiene una supervisión adecuada.

**2.Desde su experiencia ¿considera que la implementación del libre mercado vulnera el derecho a la salud?, ¿por qué?**

Sin duda. Porque al ser la salud un derecho fundamental, es el Estado quien debería estar encargado de su provisión en términos de garantizar el adecuado acceso de la ciudadanía a su provisión. En la práctica, lo que sucedido con la liberalización del derecho a la salud es que este se ha convertido en una mercancía que, además ha generado monopolios que afectan mucho más a garantizar el acceso al derecho a la salud.

**Objetivo específico 1:** Analizar como la implementación explícita del libre mercado podría elevar los precios de los medicamentos, generando una distorsión comercial, perjudicando a la población

**3. En su opinión ¿Considera que la implementación del libre mercado afecta la accesibilidad de las personas a medicamentos que cuentan con protección sobre derechos de propiedad intelectual, generando un perjuicio social?**

Así es. Y esto se puede verificar con la elevación de los costos de los medicamentos para enfermedades, graves, huérfanas o no frecuentes, cuyas moléculas son más costosas, a las que la ciudadanía no puede acceder sin pagar montos muy elevados y al mismo Estado que debe preferir medicinas de menor calidad.

**4. Desde su experiencia ¿Considera que los TLC promovidos por EEUU imponen estándares más elevados a la protección de propiedad intelectual, afectando de manera negativa el acceso a medicamentos?**

Los TLC han demostrado a un nivel integral, que el favorecimiento a la libertad comercial y al destrabe de requisitos para el comercio global, no viene acompañado de un favorecimiento del acceso de la ciudadanía a servicios básicos y de calidad. Por el contrario, estos mecanismos han supuesto la precarización de ese acceso y de la calidad de esos productos o servicios.

**Objetivo Específico 2:** Analizar como la implementación explícita del libre mercado podría garantizar un adecuado acceso al derecho a la salud.

**5. ¿Considera el libre mercado garantiza el acceso adecuado al derecho a la salud? ¿Por qué?**

No. La salud es un derecho fundamental que puede garantizar el ejercicio correcto de otros derechos. Y por lo visto en estos tiempos de pandemia, debe tener un interés prioritario de los Estados para su adecuado acceso y provisión a la ciudadanía. Sería ideal que la salud no sea tratada como una mercancía sujeta al lucro de unos cuantos, cuando eso afecta a las grandes mayorías.

**6. ¿Considera que el acceso adecuado a la salud está supeditado al mecanismo de financiación que una persona pueda tener? ¿Por qué?**

En buena cuenta sí, porque la mercantilización de la salud ha generado una brecha enorme entre el servicio privado y el papel garante del Estado, a través del sistema de salud pública. Esto, en la práctica genera que quien pueda pagar un mayor monto de dinero, estará mejor protegido en su salud. Esto genera una distorsión de la salud como derecho fundamental, agregando criterios distintos de la simple titularidad de derechos, para distinguir los grados de eficacia de su ejercicio.

**Objetivo Específico 3:** Analizar como la implementación explícita del libre mercado impediría al estado aplicar medidas de protección adecuadas.

**7. En su opinión ¿Considera que el libre mercado impide al estado adoptar medidas de protección adecuadas? ¿Por qué?**

Sí, aunque esto se puede regular en mayor o menor medida, algunos modelos, como el peruano, han optado por una mínima intervención del Estado, y han permitido la conformación de monopolios que favorecen la concertación de precios y afectan el acceso oportuno y eficaz.

**8. Desde su experiencia ¿Considera que el estado ha dejado la rectoría de la salud en manos de los privados? ¿Por qué?**

Sí, porque está visto que las instituciones reguladoras no funcionan y opera, como dijo en la respuesta anterior, un monopolio que se encarga, en los hechos, de fijar costos y calidad de la atención. Se podría decir que, de esta manera, el Estado ha abdicado de su derecho a garantizar el acceso y ejecución del derecho a la salud.

**9. Desde su experiencia ¿Considera que el estado hace una correcta aplicación de las normas constitucionales, en cuanto se refiere al derecho fundamental de la salud? ¿Por qué?**

Al ser un derecho fundamental contenido en la constitución y al estar reconocido como tal en los instrumentos internacionales de derechos humanos (regionales y globales), el Estado tiene la obligación de garantizar de manera eficaz y oportuna su acceso y ejercicio. Sin embargo, la interpretación sistemática que se le ha dado, muchas veces ha puesto como

límites fácticos del acceso y ejercicio del derecho, a los principios del modelo neo liberal, disfrazados de derechos que, a menudo entran en pugna con el derecho a la salud. En estos casos, la judicatura debería resolver cada caso, haciendo un test de proporcionalidad y fallando de acuerdo a los preceptos constitucionales y convencionales, de una manera que garantice el derecho a la salud.

## Entrevista

**Título:** Los alcances del libre mercado en cuanto a derechos fundamentales-salud  
-2022

**Entrevistado:** Javier Ángel Sotomayor Berrocal

**Profesión:** Abogado

**Grado académico:** Titulado

---

## INTRODUCCIÓN

**Objetivo general:** Determinar como la implementación explícita del libre mercado y la falta de mecanismos de regulación de este, vulnera el derecho a la salud.

**1.Desde su experiencia ¿Considera que la implementación explícita del libre mercado se ha materializado sin un adecuado mecanismo de regulación, esto para no afectar otros derechos fundamentales? ¿Por qué?**

Definitivamente la incorporación del Principio de Libre Mercado en nuestra Constitución Política del Estado, creó una salida inmediata a la crisis económica en la cual se encontraba sumergida nuestra economía como las políticas del estado adoptadas en el año 70 y 80; sin embargo, también permitió evidenciar ciertos errores que fueron evidenciados con muchos atropellos de derechos laborales y al consumidor. En ese sentido, son estos errores quienes han permitido hacer notoria la falta de mecanismos adecuados de regulación que si se han ido efectuando en el camino y han permitido que esta afectación pueda ser generalmente controlada.

**2.Desde su experiencia ¿considera que la implementación del libre mercado vulnera el derecho a la salud?, ¿por qué?**

Resulta difícil hablar de una vulneración a la salud en este caso. Si advertimos que debido al libre mercado contamos con muchas farmacias podríamos concluir que los medicamentos si se encuentran al alcance de los ciudadanos; sin embargo, si observamos lo sucedido en época de pandemia, podremos observar que el hecho que casi se efectúe una expropiación sobre las clínicas particulares, permite advertir que existen errores que aún no han

sido solucionados. Ahora bien, si no contamos con el libre mercado, y tuviésemos un régimen socialista, el control que pueda tener el Estado respecto del sistema de Salud, considero a mi opinión, que no sería el más adecuado, puesto que, este sistema si es viable para nuestra economía, pero no cabe duda que deben efectuarse correcciones necesarias al respecto

**Objetivo específico 1:** Analizar como la implementación explícita del libre mercado podría elevar los precios de los medicamentos, generando una distorsión comercial, perjudicando a la población

**3. En su opinión ¿Considera que la implementación del libre mercado afecta la accesibilidad de las personas a medicamentos que cuentan con protección sobre derechos de propiedad intelectual, generando un perjuicio social?**

Lo que se conoce como medicamentos hoy en día, medicamentos de marca y genéricos, y que ello ha generado una diferencia sustancial en los precios que si se relaciona en base a esto última; sin embargo, esto permite observar que si existe medicamentos que en un abastecimiento en nuestra sociedad y desde esa perspectiva no genera ningún perjuicio. Ahora bien, la propiedad intelectual relacionada a los laboratorios y medicamentos no generaría ningún perjuicio a la sociedad al contar con la variedad de medicamentos esto es los medicamentos genéricos

**4. Desde su experiencia ¿Considera que los TLC promovidos por EEUU imponen estándares más elevados a la protección de propiedad intelectual, afectando de manera negativa el acceso a medicamentos?**

Los TLC son acuerdos que nuestro estado tiene con determinados países, en este caso con EEUU, y este TLC eleva el estándar de protección de propiedad intelectual, dado que busca es tener medicamentos de mayor calidad, lo cual no es malo ni genera una negativa al acceso a los medicamentos, nosotros debemos tener medicamentos de calidad, y en ese sentido no considero que sea un aspecto negativo

**Objetivo Específico 2:** Analizar como la implementación explícita del libre mercado podría garantizar un adecuado acceso al derecho a la salud.

**5. ¿Considera el libre mercado garantiza el acceso adecuado al derecho a la salud? ¿Por qué?**

Si garantiza, porque a través del libre mercado no solo tenemos droguerías, medicamentos, empresas que en el ámbito de salud el estado les permite ingresar. También contamos con un órgano regulador, que está al tanto de ello, y como todo país si considero que cuenta con fallas, sin embargo, mientras no veamos que en nuestro país una persona no se muere por falta de medicamentos, considero que estamos bien como país. Considero que, si tenemos medicamentos y que podríamos tener mejores medicinas, deberíamos ir por ese enfoque, mapear lo que se puede mejorar para poder tener más y mejores medicamentos.

**6. ¿Considera que el acceso adecuado a la salud está supeditado al mecanismo de financiación que una persona pueda tener? ¿Por qué?**

Hay críticas en relación a esto, puesto que nuestro sistema de salud es muy precario, debemos diferenciar acceso a la salud con el acceso a las medicinas, son dos cosas distintas, si bien ambos están en un mismo bloque, pero el acceso a la salud y el acceso a las medicinas son diferentes, si yo ahora necesito de una medicina urgente, puedo conseguirlo en una farmacia o hasta traerlo del extranjero, en cambio el acceso a la salud, lo que implica tener una enfermedad como lo que paso en la época del covid, donde lamentablemente morían personas por no poder acceder a una cama UCI, y acá se evidencio este grave problema, siendo que hay un mal manejo en cuanto al manejo de acceso a la salud, pero desde el punto de vista del acceso a los nosocomios, no a las medicinas.

**Objetivo Específico 3:** Analizar como la implementación explícita del libre mercado impediría al estado aplicar medidas de protección adecuadas.

**7. En su opinión ¿Considera que el libre mercado impide al estado adoptar medidas de protección adecuadas? ¿Por qué?**



No, porque el marco constitucional que le da a la empresa y al estado, es un vínculo de necesidad mutua, lo cual cuenta con un marco regulador. El estado si adopta medidas de protección, esto lo hace a través de las sanciones administrativas, cierres de las empresas, con la posibilidad de hasta poder expropiar, estas, que es lo que estuvo a punto de ocurrir en tiempo de pandemia, cuenta con este mecanismo, si estas no se alinean con lo que el estado necesita, si la gente se encuentra muriendo. Lo que sí existe es una falta de ejecución adecuada de las normas y lineamientos, porque es el mismo estado que carece de esa capacidad.

**8.Desde su experiencia ¿Considera que el estado ha dejado la rectoría de la salud en manos de los privados? ¿Por qué?**

El estado tuvo que sacrificar el dejar en manos de los privados no solo el tema de la salud, también la educación, demostrando que no es un eficiente administrador, lo cual no está mal, porque al reconocer esto permite que se encuentre una solución en los privados, pero el estado debe controlarlos para evitar que se cometan abusos, me parece que el problema es que los privados deben ser supervisados constantemente, si el estado no hace esa labor, se genera un sistema imperfecto. Aun así, considero que el sistema privado fue la mejor opción que pudo haber encontrado el estado, porque si no tuviéramos privados solo tendríamos hospitales del estado, y estos no darían una satisfacción adecuada para el ciudadano, si tuviésemos solo farmacias del pueblo, no tendríamos medicamentos que pudieran soportar los males y las decadencias de salud de los peruanos. Podemos observar que no está mal haber dejado el tema de la salud en manos de los privados, y corresponde al estado estar atrás del privado, respirarle en la nuca, controlarlos, y castigarlos ejemplarmente cuando cometan abusos.

**9.Desde su experiencia ¿Considera que el estado hace una correcta aplicación de las normas constitucionales, en cuanto se refiere al derecho fundamental de la salud? ¿Por qué?**

El estado si hace correcta aplicación de normas constitucionales, cuando permite accesos, facilidades, tener el derecho a la salud dentro del marco constitucional, lo que tendríamos que observar es que si ha existido

situaciones que han vulnerado el derecho a la salud, esto lo vimos en la época del covid, la falta de acceso a las camas UCI, esto quiere decir que en el aspecto de prevención estamos mal y debemos mejorarlo. Corregir lo que tenemos y fortalecer lo que viene funcionando bien, es la consigna que el estado debería tener.