

Apuntes para el entendimiento jurídico de los Servicios Asistenciales Sanitarios Públicos

Orlando Vignolo Cueva*

SUMILLA

El presente artículo busca brindarnos un alcance de lo que debemos entender por los Servicios Públicos Asistenciales Sanitarios, que en principio debe saberse su realización forma parte fundamental del derecho a la salud. Asimismo, para tener un adecuado entendimiento sobre dicho concepto debe tenerse en cuenta que es una actividad prestacional que brinda el Estado y que es realizada bajo ciertas técnicas que se rigen bajo la legislación sobre dicha materia, sin embargo debe tenerse en cuenta que si bien es el Estado encargado de brindar este servicio no, necesariamente, debe hacerlo por su propia cuenta, pudiendo de tal forma dejar que los privados brinden dichos servicios, logrando así mayor una competencia entre quienes puedan brindar dicho servicio, lo que los impulsará a brindar el servicio de la mejor forma. No obstante, a pesar que ello es lo óptimo no siempre se da de dicha manera, por ello el Estado debe de forma permanente vigilar la adecuada prestación de dicho servicio que forma parte de sus actividades.

I

Existe una faceta de la salud pública que resulta interesante de ser estudiada y planteada por el Derecho Administrativo. Esta vertiente tiene como objeto las prestaciones públicas brindadas con el fin de salvaguardar la facultad principalísima del derecho constitucional a la protección de la salud: la denominada *asistencia sanitaria*¹. El propósito de este trabajo es justamente buscar una categoría jurídica capaz de contener, reglar y adaptarse a ésta, para lo cual hace falta recurrir a las nociones propias de la actividad prestacional de la Administración Pública, aunque siempre sosteniendo la elección del concepto y su justificación en la actual diagramación del ordenamiento nacional.

En cualquier caso, las prestaciones asistenciales brindadas en establecimientos públicos comparten cierto rasgo diferenciador, ya que se incardinan en una realidad completamente alejada de las organizaciones administrativas no sanitarias. Tal

como describía PENACHO MARTÍNEZ, la atención hospitalaria supone “vínculos interpersonales mucho más intensos (...) el hospital es un mundo aparte; y, por ello, en su interior anida y se ve configurada una realidad propia y distinta; en la que la que los datos y exigencias de la realidad exterior se refractan cuando atraviesan los muros de la institución (...) El derecho, las normas (...) solo son, en multitud de casos, un punto de partida para la construcción de esa realidad diferente, en que la coherencia es fruto de la condensación de factores complejos, que se instalan más allá de la norma”².

Ahora bien, aunque las anteriores consideraciones resultan más visibles en las relaciones (de jerarquía) de empleo público del personal sanitario, es evidente que las cuestiones jurídico-administrativas a exponerse sobre la ordenación de medios, la ejecución de las propias prestaciones sanitarias y el propio recubrimiento normativo existente quedan marcados por este carácter particular, determinándose un modelo organizativo adecuado

* Doctorado por la Universidad de Zaragoza (España). Abogado por la Universidad de Piura (Perú). Abogado Asociado del Estudio Echeopar (Perú). Profesor de Derecho Administrativo, Contratación Pública y Metodología de la Investigación en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Piura y la Universidad ESAN. Miembro de la Unión Iberoamericana Municipalista.

¹ El profesor PemánGavín definió a la asistencia sanitaria como el derecho a recibir “las prestaciones sanitarias del Estado o, en otros términos, a la atención médica organizada y dispensada por los poderes públicos”. Vid. PEMÁNGAVÍN, Juan, “Derecho a la salud y administración sanitaria”. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia. 1989, pp. 79-80

² PENACHO MARTÍNEZ, Eugenio. “El ordenamiento sanitario como factor de organización jerárquica atenuada”. En: Documentación Administrativa, N° 229. 1992. p. 225

a estas peculiaridades, el cual, incluso, con sus bemoles, debe verse transmitido y reflejado -en su esencia y principios básicos- en aquellos esfuerzos de este estilo que puedan ser efectuados desde el sector privado.

Un dato extra sobre la importancia de la asistencia sanitaria pública es la capacidad que tiene este derecho para consolidar el *minimum* de prestaciones en pos de tutelar la salud de cada ciudadano, situación que como habíamos indicado en otra oportunidad es una obligación constitucionalmente impuesta al Estado surgido del “deber de contribuir a su promoción y defensa” y, a continuación, por la necesidad de formular y conducir la “política nacional de salud” para “facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud” (ver los artículos 7° y 9° de la Constitución). Aunque claro, el anterior planteamiento de una presencia pública querida y reforzada por el constituyente pueda ser discutida (en cuanto a su intensidad y modalidades); sin embargo, es innegable que sobre los hombros de los poderes públicos y particularmente de la Administración sanitaria del Estado recae la generación de las políticas públicas nacionales (en este caso desde la rectoría y dirección normativa del Ministerio de Salud), y claro, a reglón seguido, éstas ordenarían las prestaciones sanitarias ejecutadas desde los distintos (y desintegrados) aparatos asistenciales públicos existentes en nuestro país.

Es correcto marcar que un ámbito puntual de estas últimas actuaciones conformarían un núcleo indisponible necesario para sostener “la normalidad orgánica funcional”³ o el “normal desarrollo funcional de nuestro organismo (...) condición indispensable para el desarrollo y un medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo”⁴, siendo medidas sanitarias desagregadas, reales y exigibles en cada caso concreto, pertenecientes al contenido constitucional protegido de la facultad asistencial, imposibles de ser deformadas u olvidadas por los Poderes Públicos en su conjunto (más allá, incluso de las propias Administraciones Públicas involucradas).

En ese contexto, estimo que con la aprobación del llamado Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS) por parte del artículo 12° de la Ley N° 29344⁵, dentro del marco del nuevo proceso de aseguramiento universal en salud, entendido como el conglomerado básico de “listas de condiciones asegurables e intervenciones y prestaciones de salud”, ha terminado de plantear la re-ordenación de la morfología de la asistencia sanitaria pública, otorgándole un alcance técnicamente superior que el parcialmente derogado listado priorizado de intervenciones sanitarias (vigente aún en zonas no declaradas como pilotos para implementar el citado PEAS).

En nuestro ordenamiento, como ya se puede inferir de lo explicado, existen dos cosas que debemos descartar para dar respuesta a nuestro objetivo de explicación. En primer término, aunque es fundamental la tutela pública sobre la asistencia sanitaria (como evidentemente lo es, pues el grueso y las más complejas prestaciones sanitarias del país son hechas en establecimientos y centros de las redes públicas); no se recoge una *publicatio*⁶ formal, suficiente y asumida legislativamente, que permita catalogar a estas prestaciones como un *servicio público en sentido estricto*.

Al menos, el rastreo de las normas y disposiciones aparecidas en el artículo II, IV y VI del Título Preliminar de la Ley General de Sociedades o en los artículos 7° y 8° de la Ley Marco de Aseguramiento Universal no nos permiten afirmar que exista una declaración del legislador que cumpla con las características anteriormente expuestas, por el contrario se nota que aunque la “protección de la salud es de interés público”, “responsabilidad primaria del Estado” y existen diversos deberes de las organizaciones administrativas competentes, la “responsabilidad en materia de salud individual es compartida por el individuo, la sociedad y el Estado”. Más concretamente, se ha establecido que es de “interés público la provisión de servicios de salud, cualquiera sea la persona o institución que los provea”. Incluso, a partir del despliegue del aseguramiento universal en salud, con la intervención indistinta de instituciones de

³ Sentencia recaída en el Expediente N° 3081-2007-PA/TC, de 9 de noviembre de 2007, f.j. 29.

⁴ Sentencia recaída en el Expediente N° 3081-2007-PA/TC, de 9 de noviembre de 2007, f.j. 30.

⁵ El desarrollo pormenorizado del PEAS se planteó mediante el Decreto Supremo N° 016-2009-SA. Este listado incluye un conjunto de prestaciones sanitarias preventivas, recuperativas y de rehabilitación, completamente exigibles en porciones territoriales declaradas como pilotos del aseguramiento universal en salud, segmentadas (por sectores poblacionales y fases de la vida), compuestas por condiciones subjetivas, niveles de atención y tipos reales de servicios. Estas cuestiones descritas deben ser el inicio para tender a que todos los ciudadanos, ubicados en cualquier parte del territorio nacional, tengan un despliegue real e igualitario de sus respectivas facultades a la asistencia sanitaria pública. Si se quiere tengan un mínimo vital a la asistencia sanitaria.

⁶ Acerca del concepto de *publicatio* puede revisarse las alusiones, críticas y extractos doctrinales brindados por BACA ONETO, Víctor. “Servicio público, servicio esencial y servicio universal en el Derecho Peruano” en Vol. Col. coordinado por O. Vignolo Cueva. *Teoría de los Servicios Públicos*. Lima: Grijley. 2009, p. 358.

naturaleza pública, privada o mixta cuyos fines sean la recaudación, gestión de fondos o la prestación de servicios asistenciales. Por tanto, queda descartada cualquier forma de reserva de titularidad a favor del Estado, que lógicamente resultaría excluyente e impediría la libre iniciativa privada⁷, con lo cual lo esencial sería el acceso y práctica efectiva de las respectivas prestaciones para más ciudadanos del país, no importando la naturaleza jurídica de quien las brinda.

En segundo término, y como consecuencia del anterior argumento, debe indicarse que estas actividades no han sido configuradas por el mismo legislador bajo un *régimen de monopolio*, pues al no estar reservadas al sector público, “esto es, de exclusividad por el ente público titular del servicio, con exclusión de toda actividad empresarial privada en el mismo sector (...) como no sea con habilitación específica de dicho ente público”⁸; no cabría la eliminación o restricción marcada de la iniciativa privada, la libertad de contratación, de empresa, entre otros derechos constitucionales de contenido económico en diversos ámbitos asistenciales (y también en algunos no asistenciales que generen rentabilidad económica para quien los emprenda). En otras palabras, la no aparición de esta consecuencia jurídica producida desde una *publicatio* total, con densidad normativa y correctamente expuesta genera que la iniciativa privada mantenga su operatividad, “por cuanto no existe un monopolio formalmente declarado a favor de la Administración”⁹.

Entonces, verificados estos elementos conceptuales, cabe a continuación formular un par de interrogantes muy puntuales: ¿la protección y fuerte intervención asistencial pública pueden tener al costado actividades de mercado puestas en marcha por los privados? ¿Es posible que nuestro objeto de estudio conviva con aparatos de prestaciones sanitarias de titularidad privada?

La respuesta a ambas preguntas es afirmativa, ya que el camino de explicación que brindaremos va por un lado todavía inexplorado en nuestra doctrina que parte por evitar, en ámbitos donde no existan declaraciones legislativas de *publicatio*, una inadecuada contraposición entre los sectores público y privado¹⁰ (producida por elementos de ambos lados, que *fantasiosamente* alimentan el carácter antitético de éstos, cuando ambos extremos deben confluír en la defensa del bien común)¹¹, frente a emprendimientos que guardan relevancia para el interés público.

II

Sobre la base de los anteriores argumentos, debemos traer a colación alguna técnica de intervención jurídico-administrativa que permita la concurrencia de la *actividad prestacional pública* exigida por explícitos mandatos constitucionales¹² destinada a crear “un sistema sanitario suficiente”¹³; con la *intervención privada* sometida al régimen de libertad de empresa y cuya finalidad es la de colocar bienes y servicios sanitarios en el mercado. Pues bien, esta noción sería la del *servicio público compartido*, la cual al practicarse no elimina ni somete la iniciativa privada a prohibiciones de acceso o despliegue, sino por el contrario permite su ejercicio ordenado y regulado, sometida -claro está- a la dirección administrativa. Al costado, esta categoría permitiría que el Estado (y sus Administraciones sanitarias) puedan cumplir con el deber de crear y organizar servicios de asistencia garantizados de específicos derechos individuales, “en concreto, de todos aquellos que hacen nacer una obligación de prestación para la Administración Pública”¹⁴.

Como ya se habrá notado, esta técnica prestacional permitiría “la actuación concurrente en todas estas materias de las diferentes instancias territoriales -léase redes asistenciales sanitarias

⁷ BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, “Servicio público y derechos fundamentales”. En: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED. 2003, pp. 170-171

⁸ SALAS HERNÁNDEZ, Javier. “Régimen jurídico de los servicios públicos locales esenciales”. En: Revista Andaluza de Administración Pública. 1992. p. 34.

⁹ GIMENO FELIÚ, José María. *El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo*. Madrid: Cívitas 1994. p. 116.

¹⁰ Al respecto, como bien ha señalado el profesor brasileño De Azevedo Marques, en la actualidad se ha construido y mantiene en el Derecho Administrativo un mito que se puede resumir en lo siguiente: existe el paradigma de la “dicotomía absoluta” entre los intereses público y privados, apareciendo distinciones, vaciamientos y exclusiones radicales entre uno y otro. De esta tensión permanente, siempre prevalecerá el interés público que se encuentra monopólica y absolutamente en manos del sector público. *Vid.* De Azevedo Marques Neto, Floriano, “As transformações na dicotomia público-privado e a importância da regulacáo” en Vol. Col. *Regulación económica de los servicios públicos*, Ara, Lima, 2010, p. 129.

¹¹ BACA ONETO, Víctor. “Servicio público, servicio esencial y servicio universal en el Derecho Peruano”, p. 360.

¹² BACIGALUPO SAGGESE, Mariano. *Op. Cit.*, p. 174.

¹³ GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel. “Sanidad y administración sanitaria”. En el Vol. Col. coordinado por J. Bermejo Vera, *Derecho administrativo. Parte especial*. Madrid: Cívitas. 1999, p. 183.

¹⁴ GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel. *Op. Cit. Loc. Cit.*

públicas- y la incorporación al funcionamiento del sistema de las organizaciones sustentadas desde la base social. En suma, el Estado social (...) no es exclusivamente un Estado prestacional, ni -mucho menos- su plasmación práctica constituye un monopolio de los poderes públicos. Una opinión contraria nos situaría en los albores de un nuevo o renaciente despotismo ilustrado”¹⁵.

En el mismo sentido, detengamos un poco en las dos posibilidades que permitiría el *servicio público compartido* aplicado sobre la asistencia sanitaria. En *primer lugar*, este instituto aseguraría que la Administración Pública diseñe, ejecute y controle los servicios asistenciales considerados como necesarios de ser dispensados en su planificación de coberturas, prestaciones específicas y destinatarios, haciendo real la exigencia constitucional anteriormente descrita. Sin embargo, esto que supone la enumeración de unos cuantos conceptos en algunos dispositivos, es -en realidad- un esfuerzo formidable por instalar efectivamente una adecuada red hospitalaria y de centros de atenciones de menor complejidad (en términos del artículo 1º Decreto Supremo Nº 013-2006-SA de un conjunto sistematizado de los denominados “establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo”).

En este esquema de instalación de un aparato asistencial, la noción de *establecimiento público* constituye el nervio central capaz de otorgar cobertura y valor jurídico a esta infraestructura sanitaria, entendiéndose como un tipo peculiar de órgano administrativo “dotado de medios materiales, personales y técnicos para la realización de una actividad prestacional en favor de los particulares en cumplimiento de un fin público determinado, que cuenta con cierto grado de autonomía de gestión frente a la autoridad competente en razón del carácter técnico y material de su actividad. Es el caso de los hospitales, pero también de los colegios e institutos de enseñanza pública, de los cementerios, de los teatros o de los museos”¹⁶. Dicho concepto ha sido expresamente recogido por el artículo 17º del citado Decreto Supremo Nº 013-2006-SA, incluso trasladándose

su obligatoriedad a los establecimientos de titularidad privada (lo cual es una muestra del reflejo normativo que comentábamos), estableciéndose que los mismos son “aquellos que realizan, en régimen ambulatorio o de internamiento, atención de salud con fines de prevención, promoción, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, dirigidas a mantener o restablecer el estado de salud de las personas”.

En *segundo lugar*, la técnica permitiría -en general- que cualquier privado puede participar o intervenir en la sanidad pública, de manera prioritaria debido a su alta rentabilidad y posibilidades económicas, en la prestación de servicios de asistencia (atención primaria y ciertas atenciones de alta complejidad), en la producción o expendio de ciertos productos sanitarios (principalmente provistos por la industria farmacéutica) y en el desarrollo de las profesiones ligadas a las ciencias de la salud. Sin embargo, estas actuaciones reseñadas y cualesquiera otras que se pretendan emprender abiertamente en este sector, aunque sean libres de ser ejercitadas tienen una directa incidencia sobre el interés general, quedando así sometidas inmediatamente a una “intensa regulación pública”¹⁷, tal como por ejemplo ocurre con la apertura de farmacias sometidas a los fuertes requisitos *ex ante* necesarios para obtener la *autorización sanitaria de funcionamiento de droguería*, acto administrativo que -en suma- busca elevar la calidad en el tratamiento y dispensa de estos productos, distribuyéndolos adecuadamente en todo el territorio de la República¹⁸, pero que, en modo alguno, convierte a esta parte de la actividad farmacéutica en una actividad de titularidad pública¹⁹, más todavía si para el ciudadano “siempre (estará) mejor atendido cuando mayor sea el número de establecimientos farmacéuticos”²⁰.

En estos casos, las actuaciones de policía administrativa al sustentarse en la protección del interés público sanitario, justifican el sometimiento de estas actividades a una reglamentación detallada y un nivel de intervención que, sin dejar de lado a la tutela constitucional de la salud

¹⁵ GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel. “Principios generales del derecho administrativo social”, en en el Vol. Col. coordinado por J. Bermejo Vera, *Derecho administrativo. Parte especial*. Madrid: Civitas, 1999, pp. 159-160

¹⁶ VILLAR ROJAS, Francisco. “Responsabilidad en la gestión directa. Especial referencia a las nuevas fórmulas de gestión: Fundaciones”. En: *Derecho y Salud*. Volumen 8. Nº 1, 2000. p. 2.

¹⁷ BACIGALUPO SAGGESE, Mariano. *Op. Cit.*, p. 172.

¹⁸ BEATO ESPEJO, Manuel. “El derecho a la prestación sanitaria: libertad de prescripción y dispensación”. En: *Derecho y Salud*, 1994. p. 71.

¹⁹ SAINZ MORENO, Fernando, “Comentario al artículo 36º CE” en Vol. Col. *Comentarios a las Leyes Políticas*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, tomo III, p. 533 y ss.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo Español, de 29 de septiembre de 1987, f.j. 2.

pública por parte de la organización administrativa, impactan decididamente en sus formas de gestión a partir de un grupo de “normas imperativas de obligado cumplimiento, sustentadas en razones de orden público económico, de salud pública o de interés general, que vinculan a la actividad desde su implantación hasta su relación con terceros, pasando por su estricta organización”²¹. En ese sentido, podemos encontrar hasta tres ejes esenciales en pos de cumplir con el citado objetivo:

a) Que, los privados prestadores de las actividades sanitarias, en cualquiera de sus modalidades, cumplan con unas condiciones y requisitos mínimos, sometiendo a todos a la obtención previa de un título habilitante otorgado desde la práctica de potestades de policía administrativa (autorización, colegiación obligatoria para ejercer ciertas profesiones sanitarias, permisos, licencias, etc.)²². Esta cuestión es el presupuesto ineludible para asegurar que el privado pueda prestar el servicio u ofrecer el bien sanitario “con unos criterios mínimos de calidad que aseguren la satisfacción del interés general”²³. En concreto, acerca del valor de esta característica deseable en niveles adecuados en la prestación de los servicios asistenciales, sean ofertados por los privados o brindados por un establecimiento público, se ha indicado que su “efectividad (...) no depende tanto de los mecanismos jurídicos para exigirlos como del buen funcionamiento de los servicios sanitarios. Estos deben ser capaces de ofrecer respuestas técnicas de carácter preventivo, asistencial o rehabilitador, con un importante nivel de especialización (...) a la definición legal de las prestaciones debe añadirse la definición de los estándares de calidad de la atención prestada, y ello está en función de una compleja red de factores entre los que habría que mencionar las dotaciones de personal sanitario y de medios materiales de los centros, la formación de los médicos y demás categorías del personal, los estímulos al trabajo de los mismos, la buena organización de los centros, etc”²⁴.

- b) Que, se generen ciertos niveles de competencia entre prestadores allí donde las condiciones, circunstancias y posibilidades de diversa índole la hagan viable (el establecimiento de una regulación para permitir la competencia, como por ejemplo habíamos adelantado para los establecimientos farmacéuticos)²⁵. Como lo indicaba ARIÑO, es necesario “introducir una mayor competencia en aquellos aspectos o actividades en que ésta sea posible y en revisar o reformar el sentido de la regulación orientándola a la re-creación del mercado”²⁶.
- c) Evidentemente, existen muchas actividades sanitarias que tienen poca o ninguna rentabilidad económica para los privados, las cuales no serían satisfechas mediante los solos mecanismos del mercado (piénsese por ejemplo en las prestaciones de aseguramiento del mínimo vital o de atenciones altamente especializadas como las oncológicas o propias de una epidemia). Es en este punto, donde la regulación debe asumir el papel de discernimiento para señalar aquellas actuaciones que merecen estar bajo la salvaguarda *principalísima* del Estado mediante sus administraciones prestadoras, cumpliendo así de manera efectiva con las exigencias encomendadas por el constituyente y aquellas otras que podrían recalar en la esfera de los sujetos interesados en ofrecerlas en régimen de libertad de empresa. El camino se abriría así para ordenar la oferta de servicios en el mercado y para determinar las funciones públicas y la intensidad de su práctica por parte de las organizaciones administrativas pertinentes.

III

La técnica propuesta del *servicio público compartido*, (necesaria de ser instaurada y aplicada en las actuales circunstancias constitucionales y legales del país, con el propósito de juridificar correctamente las prestaciones de la asistencia sanitaria pública) no parece -a priori- encontrar

²¹ BEATO ESPEJO, Manuel, Op. Cit., 71.

²² BACIGALUPO SAGGESE, Mariano. Op. Cit., p. 172.

²³ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor. *Telecomunicaciones, regulación y competencia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas. 2009, p. 74.

²⁴ BELTRÁN AGUIRRE, Juan-Luis. “Prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud: aspectos jurídicos”. En: *Derecho y Salud*, 1994. p. 93.

²⁵ BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, Op. Cit., p. 173.

²⁶ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de derecho público económico*, Lima:Ara, 2004, p. 618. En el mismo sentido se pronuncia Hernández-Mendible cuando indica que “la última década del Siglo XX, en los países que se inspiran en el derecho continental se produjo un cambio de paradigma en la regulación, porque se comenzó a pasar de una regulación económica que restringía la libertad de empresa (...) a una regulación que pretende ordenar el mercado, sin sustituirlo y garantizar el ejercicio de la libertad de empresa y la libre iniciativa empresarial”. Vid. Hernández-Mendible, Víctor, *Telecomunicaciones, regulación y competencia*, p. 73.

eco o sustento en la escasa jurisprudencia de esta materia emitida por nuestro Tribunal Constitucional. Al menos, no se presenten fundamentos inmediatos que sean fáciles de examinar. Sin embargo, detengamos un poco en este punto y analicemos esta línea de argumentos para demostrar si son correctos o no.

El Alto Tribunal ha recurrido a la figura de los *servicios públicos* como la figura prestacional adecuada para organizar las actividades de un conjunto de establecimientos hospitalarios y asistenciales, los cuales deben ser capaces de suministrar un *mínimo* de actuaciones recaídas sobre la protección de la salud, tendientes a “lograr progresivamente su plena efectividad (...) en igualdad de condiciones para la totalidad de la población”²⁷. De esta primera consideración se pueden extraer tres consecuencias claras: primero la necesidad constitucional de que existan establecimientos sistematizados como una red pública de titularidad administrativa, todos ellos reflejos de “una concepción de la Administración Pública como organización servicial y vicaria en relación a los intereses generales”²⁸. En segundo término, la aparición y vigencia de un “derecho al mantenimiento de un mínimo vital”²⁹, cuya eficacia y conformación queda supeditada al amparo del ordenamiento sanitario, no siendo posible indicar directamente la existencia de una *dimensión* de esta facultad “como derecho de la persona a una cualidad o aspecto propio”³⁰. Finalmente, la necesidad de que este conjunto de Administraciones sanitarias eliminen los desequilibrios en el financiamiento público y prestaciones efectivas por razón del territorio, permitiendo que todos los ciudadanos en cualquier lado de la República puedan acceder o disfrutarlas en auténtica igualdad de medios (al menos, de manera real en aquellas que permiten el despliegue del “mínimo vital”)³¹.

En este punto, quiero resaltar una percepción personal sobre el término *servicio público* incluido

por la jurisprudencia constitucional. En nuestro ordenamiento, existe una permanente confusión y ambivalencia sobre el anterior concepto. Puntualmente, en los sectores que podríamos denominar como Derecho Administrativo social, el término es usado sin mayores precisiones para mostrar un sinnúmero de supuestos, no implicando “siempre una concreción en actividades de prestación. Así ocurre (...) en los ámbitos de la sanidad, la educación o los servicios sociales, cuyas normas reguladoras, tras calificar la correspondiente actividad de servicio público, pasan a amparar también actividades de limitación, e incluso fomento de la acción de los particulares que se admite en concurrencia con la actividad de prestación pública”³².

En ese sentido, reafirmo que para nuestro objeto de estudio no existe una *publicatio* formal, suficiente y recogida legislativamente que permita catalogar a la asistencia sanitaria como un *servicio público en sentido estricto*. Al menos, el rastreo de las normas y disposiciones aparecidas en la Ley General de Salud³³ o en la propia Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud no nos permiten afirmar que existe una declaración que cumpla con las características anteriormente expuestas; por tanto, queda descartada cualquier forma de reserva de titularidad y ejercicios monopólicos a favor del Estado, que lógicamente son excluyentes e impiden la libre iniciativa privada³⁴.

El camino de explicación va por otro lado. Nos encontramos ante una categoría que permite e involucra la concurrencia de la *actividad prestacional pública*, exigida “por explícitos mandatos constitucionales”³⁵ para crear “un sistema sanitario suficiente”³⁶, a la par de una *intervención privada* sometida al régimen de libertad de empresa y cuya finalidad es colocar bienes y servicios sanitarios en el mercado. Por tanto, si queremos calificar a la salud pública, debemos señalarla como un *servicio público compartido*, que al desplegarse no elimina ni se contrapone

²⁷ Sentencia recaída en el Expediente N° 2945-2003-AA/TC, de 20 de abril de 2004, f.j. 12.

²⁸ GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel. Op. Cit. p. 155.

²⁹ GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel. Op. Cit. p. 157.

³⁰ Debe indicarse que el Legislador y la Administración Pública son los Poderes Públicos encargados de ir engrosando o limitando las prestaciones recaídas para salvaguardar este “mínimo vital”. Hasta ahora tenemos un listado bastante extenso recogido completamente en el mencionado PEAS.

³¹ FUENTETAJA PASTOR, Ángel, “La intervención de la administración en la sanidad” en Vol. Col. *La intervención de la Administración en la sociedad*. Madrid: Colex, 2007, p. 1084.

³² GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel, Op. Cit. p. 157.

³³ En este punto nos apoyamos en los artículos II y IV del Título Preliminar de la Ley General de Salud.

³⁴ BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, “Servicio público y derechos fundamentales”. En: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED. 2003. pp. 170-171.

³⁵ BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, “Servicio público y derechos fundamentales”, p. 174.

³⁶ GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel. “Sanidad y administración sanitaria” en el Vol. Col. coordinado por J. Bermejo Vera, *Derecho administrativo. Parte especial*. Madrid: Civitas. 1999, p. 183.

con la iniciativa privada, sino contrario sensu, permite su concurrencia ordenada y regulada, sometida –definitivamente– a la dirección (rectoría) del poder público. Adicionalmente, para el Estado (y sus Administraciones sanitarias) se habría instaurado el deber de crear y organizar servicios de asistencia que garanticen la observancia de específicos derechos individuales, “en concreto, de todos aquellos que hacen nacer una obligación de prestación para la Administración Pública”³⁷.

Por lo explicado, resulta necesario recurrir a la noción del *servicio público compartido*, la cual se asienta sobre la idea de que las actividades practicadas en el contexto de la salud pública, y puntualmente la asistencia sanitaria pública, admiten sin mayores murmuraciones “la iniciativa privada (...) no siendo posible ni metafísica ni jurídicamente la asunción desde las instancias públicas de la totalidad de las actuaciones en el sector correspondiente”³⁸. En resumidas cuentas, si asumimos que el privado puede participar en la sanidad pública de manera prioritaria debido a su alta rentabilidad y posibilidades económicas, en la prestación de servicios de asistencia, en la producción o expendio de ciertos productos sanitarios (principalmente provistos por la industria farmacéutica) y en el desarrollo de las profesiones ligadas a las ciencias de la salud, cabe entender a continuación que estas actividades y cualesquiera otras que se pretendan emprender en este sector, aunque posibles de ser ejercitadas tienen una directa incidencia sobre el interés general, quedando así sometidas inmediatamente, como habíamos adelantado, a una “intensa regulación pública”³⁹.

Esta construcción conceptual, poniendo énfasis en la válida participación de los privados en ámbitos sanitarios y que se muestra como un reflejo distinto de la subsidiariedad social (puntualmente del protagonismo del ciudadano en la sociedad), tiene alguna justificación en fundamentos expresados por alguna sentencia del Tribunal Constitucional, en la cual se hacía mención a una realidad innegable: “la función y presencia de los agentes de la sociedad civil en los procesos y cambios acaecidos en el Perú contemporáneo, han aumentado extraordinariamente, sobre todo

durante los dos últimos decenios. Y durante ese tiempo, han demostrado su poder colectivo para establecer programas (no solo influir en ellos), así como de cooperar con las posiciones de los encargados de formular las políticas. Pues bien, como ventajas de esta forma de gestión se encuentran la disminución de costes y la mayor flexibilidad operativa. Pero quizás quepa conceputar causas no ya solo reconducibles a la eficiencia de los servicios (optimización de recursos), sino a su misma eficacia (consecución de fines) en el área de los llamados servicios sociales en sentido amplio o servicios a la persona (educación, cultura y, sobre todo, asistencia sanitaria y social)”⁴⁰.

Ahora bien, la incidencia de actuaciones privadas (prestadoras, de oferta de bienes farmacéuticos, alimenticios, de uso higiénico, etc.) implicará –de manera equilibrada– el cumplimiento de unas condiciones y requisitos mínimos, sometiendo a todas a la previa obtención de un título habilitante otorgado desde la práctica de potestades de policía administrativa (autorización, colegiación obligatoria para ejercer ciertas profesiones sanitarias, permisos, licencias, etc.)⁴¹. Esta cuestión es el presupuesto ineludible para asegurar que el privado pueda prestar el servicio u ofrecer el bien sanitario “con unos criterios mínimos de calidad que aseguren la satisfacción del interés general”⁴². Por la razón señalada, es que de manera correcta el profesor GARCÉS SANAGUSTÍN considera que la intervención pública (administrativa) en ámbitos sociales es *intensa e importante en número*, pues se exige de manera frecuente a las actividades privadas una “autorización administrativa, tras la cual el particular actúa con arreglo a una reglamentación minuciosa de su actividad y por medio de un control riguroso basado en fuertes poderes sancionadores”⁴³. Adicionalmente existen muchas actividades sanitarias que tienen poca o ninguna rentabilidad económica para los privados, las cuales no serían satisfechas mediante los solos mecanismos del mercado (piénsese por ejemplo en las prestaciones de aseguramiento del mínimo vital o de atenciones altamente especializadas como las oncológicas o las generadas a partir de una epidemia); frente a ellas, cabe reconocer la intervención administrativa prestadora como *obligatoria y exclusiva* (ya no concurrente).

³⁷ GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel. Op. Cit., p. 183.

³⁸ GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel. Op. Cit., p. 158.

³⁹ BACIGALUPO SAGGESE, Mariano. Op. Cit., p. 172.

⁴⁰ Sentencia recaída en los Expedientes N° 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC (acumulados), de 29 de agosto de 2007, f.j. 4. (Las cursivas son nuestras).

⁴¹ BACIGALUPO SAGGESE, Mariano. Op. Cit., Roc. Cit.

⁴² HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor. Op. Cit., p. 74.

⁴³ GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel. Op. Cit., Roc. Cit., p. 158.

Por otro lado, aunque relacionado con lo explicado en el último párrafo, resulta indispensable la separación de aquellas actividades sanitarias que podrían ser incluidas dentro de lo que el Tribunal Constitucional ha estimado como unos “extraños” *servicios públicos esenciales* (ligados directamente al despliegue de derechos fundamentales), todo esto formulado en sus intentos por imponer “límites al ejercicio del derecho de huelga, por razón de la naturaleza del servicio. Así, (...) el Decreto Supremo N° 010-2003-TR, prevé que (...) cuando la huelga afecte los servicios públicos esenciales o se requiera garantizar el cumplimiento de actividades indispensables, los trabajadores en conflicto deben garantizar la permanencia del personal necesario para impedir su interrupción total y asegurar la continuidad de los servicios y actividades que así lo exijan. En la determinación legal de los servicios públicos esenciales, la misma norma determina un listado (artículo 83°), a saber: a) Los sanitarios y de salubridad”⁴⁴. Resulta claro, que existiría, desde la *esencialidad* exigida por el Alto Tribunal, a las organizaciones administrativas y los propios empleados públicos involucrados, un directo recubrimiento jurídico sobre la “garantía de continuidad y regularidad”⁴⁵ en las prestaciones del *minimum* practicadas alrededor de las redes públicas y en aquellas otras que no perteneciendo a este círculo básico, no reciben atención de la iniciativa privada y simplemente está, por diversos motivos (esencialmente de rentabilidad económica), no cumple ningún papel prestador o de oferente.

Un par de ejemplos acerca de *servicios sanitarios esenciales* han sido mostrados en las sentencias constitucionales, cuando se remarca la necesaria intervención administrativa en las acciones de conservación y restablecimiento de la protección de la salud, “acciones cuyo cumplimiento corresponde al Estado, el cual debe garantizar una progresiva y cada vez más consolidada calidad de vida, invirtiendo en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo, para tal efecto, adoptar políticas, planes y programas en ese sentido”⁴⁶. Por otro lado, se haría presente dicha categoría en las atenciones especializadas de salud mental, de escasa atención por parte de los privados (del mercado en su conjunto

finalmente), señalándose el deber del Ministerio de Salud para iniciar “una capacitación de los profesionales médicos del sector, con la finalidad de cubrir el déficit de profesionales especializados y permitir un mínimo de descentralización. El propio Plan Nacional de Salud recomienda la necesidad de *definir la conformación de los equipos de profesionales especialistas en salud mental, según el nivel de complejidad (depresión, ansiedad, bipolaridad, esquizofrenia paranoide, trastornos postraumáticos, etc.)*”⁴⁷.

Un último tema de estos apuntes es el valor que tiene para el Tribunal Constitucional el acceso de todos los interesados a las prestaciones otorgadas por los servicios sanitarios, tanto asistenciales como de salubridad, las cuales deberían ser practicadas de manera permanente y sin desequilibrios de ningún estilo. En otras palabras, la construcción de la progresiva condición de *servicio universal* para estas actividades administrativas prestacionales. Al respecto, se ha declarado de manera abierta que “los servicios públicos de salud cobran vital importancia en una sociedad, pues de ellos depende no solo el logro de mejores niveles de vida de las personas, sino que incluso en la eficiencia de su prestación está en juego la vida y la integridad de los pacientes”⁴⁸. De manera puntual, se ha establecido supuestos de eliminación de barreras de acceso a pacientes por falta de medios monetarios, situación en la que surgiría la tutela pública destinada a salvaguardar la asistencia sanitaria que corresponda. Esto puede ser asumido cuando se indica que “en el caso de las personas diagnosticadas con VIH/SIDA y que padecen de la enfermedad, se carece de realismo al reconocerles algún estado de libertad o autonomía personal, cuando la falta de recursos económicos -como en el caso del recurrente- no les permite costear su tratamiento y sobrellevar la implicancia de esta enfermedad con dignidad”⁴⁹.

Pues, aunque resulta más sencillo de ser escrito en una sentencia, una verdadera *universalización* de la protección de la salud involucra cuestiones de profundo cambio en la esfera jurídica de los ciudadanos (en derechos y deberes), en la forma de como tendría que entender y asumir el legislador el proceso presupuestario en salud pública y en la propia estructura organizativa de

⁴⁴ Sentencia recaída en el Expediente N° 00005-2008-PI/TC, de 4 de septiembre de 2009, f.j. 17.

⁴⁵ Sentencia recaída en el Expediente N° 00008-2008-PI/TC, de 22 de abril de 2009, f.j. 22.

⁴⁶ En este punto, es necesario revisar las sentencias recaídas en los Expedientes N° 2945-2003-AA/TC, 2016-2003-AA/TC y 1956-2004-AA/TC.

⁴⁷ Sentencia recaída en el Expediente N° 3081-2007-PA/TC, de 9 de noviembre de 2007, f.j. 43. (Las cursivas son nuestras).

⁴⁸ Sentencia recaída en el Expediente N° 2945-2003-AA/TC, de 20 de abril de 2004, f.j. 30.

⁴⁹ Sentencia recaída en el Expediente N° 2016-2004-AA/TC, de 5 de octubre de 2004, f.j. 21.

las administraciones sanitarias, ya que por un lado implica la extensión subjetiva “del derecho a las prestaciones sanitarias por la vía tanto de la ampliación de los colectivos cubiertos, como por la eliminación de la financiación vía cotizaciones y hacerlo vía presupuestos públicos”⁵⁰. Mientras, que a reglón seguido, necesariamente involucra asegurar un proceso fuertísimo de ordenación de las prestaciones

sanitarias organizado alrededor de un único sistema de redes asistenciales públicas (lo que no tenemos -de ninguna manera- ahora), que permita garantizar las condiciones de acceso igualitario a los ciudadanos en todo el territorio nacional, incluso posibilitando la libre circulación de los pacientes o interesados entre establecimientos ubicados en distintas regiones, sin que estos últimos sufran mermas de calidad⁵¹.

⁵⁰ Fuentetaja Pastor, Ángel. “La intervención de la administración en la sanidad”. p. 183.

⁵¹ Fuentetaja Pastor, Ángel. “La intervención de la administración en la sanidad”. p. 1066.