



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04749-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
JACINTO FRANCISCO VILLACORTA
GUEVARA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 9 días del mes de agosto de 2011, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Eto Cruz y Beaumont Callirgos, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jacinto Francisco Villacorta Guevara contra la resolución expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, de fojas 128, su fecha 14 de julio de 2009, que declara improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), con el objeto que se declare inaplicable la Resolución 30850-2007-ONP/DC/DL 19990 que declara la caducidad de su pensión de invalidez definitiva; y que, en consecuencia, se le restituya la pensión de invalidez que se le otorgó mediante la Resolución 44120-2005-ONP/DC/DL 19990. Asimismo, solicita el pago de las pensiones devengadas y los intereses legales correspondientes.

Sostiene que la caducidad fue declarada sin tener en cuenta el certificado médico de fecha 25 de marzo de 2003, emitido por el Hospital IV Víctor Lazarte Echegaray de EsSalud, que dictaminó una discapacidad permanente total debido a una infección por virus de inmunodeficiencia adquirida, dolencia que actualmente se encuentra complicada con diabetes mellitus tipo II. Agrega que el informe médico que sirvió de sustento para emitir la resolución impugnada fue elaborado de manera parcializada, al estar a cargo de una comisión médica integrada por la propia demandada.

La ONP contesta la demanda y solicita que se declare infundada, expresando que la evaluación médica practicada por la Comisión Médica Evaluadora ha determinado que el actor presenta una enfermedad distinta a la que generó el derecho a la pensión otorgada y que presenta un grado de discapacidad que no le impide ganar un monto equivalente al que percibe como pensión, lo que configura la caducidad de la pensión de conformidad con el artículo 33º del Decreto Ley 19990.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04749-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

JACINTO FRANCISCO VILLACORTA
GUEVARA

Agrega que la controversia no puede resolverse sin contar con la historia clínica y sin un debate pericial en el que establezca las razones que ha tenido cada comisión para expedir su opinión.

El Sexto Juzgado Civil de Trujillo, con fecha 27 de febrero de 2009, declara improcedente la demanda, por estimar que existe controversia sobre el real estado de salud del actor, o en todo caso se encuentra cuestionada su discapacidad, dadas las evaluaciones médicas disímiles, lo que genera que los medios probatorios aportados al proceso sean insuficientes para amparar la pretensión, pues no se puede probar en forma fehaciente e inobjetable el grado de menoscabo de la capacidad del actor; consecuentemente, es necesario recurrir a la vía judicial ordinaria.

La Sala Superior competente confirma la apelada, por considerar que la pretensión del actor requiere ser tramitada en un proceso que cuente con estación probatoria para una cabal dilucidación y determinación de la pretensión.

FUNDAMENTOS

§ Procedencia de la demanda

1. De acuerdo con lo dispuesto por el fundamento 107 de la STC 00050-2004-PI/TC y otros acumulados, el derecho a no ser privado arbitrariamente de la pensión se constituye como un elemento del contenido esencial de este derecho, el cual encuentra protección a través del proceso de amparo de conformidad con los supuestos de procedencia establecidos en el fundamento 37.b) de la STC 01417-2005-PA/TC.
2. Considerando que la pensión como derecho fundamental, por su naturaleza, requiere de regulación legal para establecer las condiciones necesarias para su goce, se concluye que aquellas limitaciones o restricciones temporales o permanentes a su ejercicio han de estar debidamente sustentadas, a efectos de evitar la arbitrariedad en la intervención de este derecho.
3. Debe agregarse que en el presente caso se presenta una circunstancia particular, pues si bien el actor solicita la restitución de la pensión de invalidez, de autos se advierte que actualmente percibe la mencionada pensión de manera provisional, en virtud de una medida cautelar expedida por el Séptimo Juzgado Civil de Trujillo, como se consigna en la Resolución 19820-2008-ONP/DPR.SC/DL 19990 (f. 70), y que además se encuentra afectado de una enfermedad grave al ser portador del virus de inmunodeficiencia adquirida, situación que obliga a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04749-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

JACINTO FRANCISCO VILLACORTA

GUEVARA

este Colegiado a evaluar la controversia constitucional no solamente a través de la posible afectación al derecho a la pensión, sino también teniendo en cuenta el derecho a la salud del actor, a fin de evitar un perjuicio irremediable.

§ Delimitación del petitorio

4. La pretensión tiene por objeto la restitución de la pensión de invalidez, para lo cual se cuestiona la resolución administrativa que declara su caducidad. Siendo así, corresponde efectuar la evaluación del caso concreto considerando lo antes precitado, y que la titularidad del derecho invocado debe estar suficientemente acreditada para que sea posible emitir pronunciamiento.

§ Limitación al derecho fundamental a la pensión. La pensión de invalidez y la posibilidad de restringir su ejercicio. Reiteración de jurisprudencia.

5. En las SSTC 02937-2008-PA/TC, 00372-2008-PA/TC, 05523-2008-PA/TC y 0879-2009-PA/TC este Tribunal ha señalado, a partir de la STC 06106-2007-PA/TC, que la pensión de invalidez protege el estado de necesidad originado en la carencia de ingresos producida por una situación de incapacidad laboral, esta última circunstancia constituye la contingencia que merece ser protegida. Dicha protección, en el marco del Decreto Ley 19990, se encuentra ligada a tres situaciones o presupuestos que deben configurarse a fin de lograr el acceso al ejercicio del derecho fundamental y que dan nacimiento a la mencionada protección. Así, (i) debe tratarse de un asegurado considerado inválido (artículo 24º), (ii) que reúna los años de aportes y demás condiciones relativas al acaecimiento del riesgo (artículo 25º); y además, (iii) debe cumplir con la calificación del estado de invalidez (artículo 26º).
6. La pensión de invalidez en el régimen del Decreto Ley 19990, como cualquier tipo de pensión, se sujeta a determinadas condiciones y restricciones. Así lo ha entendido el Tribunal al señalar en la STC 10183-2005-PA/TC que *“la configuración legal del derecho a la pensión determina que sea factible establecer condiciones y restricciones para el goce del derecho fundamental, sin que ello configure su vulneración; [...]”* (fundamento 5). En la sentencia precitada se añade que *“[...] así como se establecen requisitos para el acceso a una pensión, también se han regulado supuestos en que el derecho puede restringirse temporalmente o extinguirse”* (fundamento 6).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04749-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

JACINTO FRANCISCO VILLACORTA

GUEVARA

§ **La calificación de la invalidez y la comprobación del estado de invalidez en el Decreto Ley 19990. Reiteración de jurisprudencia.**

7. El artículo 26º del Decreto Ley 19990 actualmente dispone que el estado de invalidez es determinado por el Instituto Peruano de Seguridad Social (hoy Seguro Social de Salud –EsSalud–), los establecimientos de salud pública del Ministerio de Salud (MINSA) o las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), de acuerdo al contenido que la ONP apruebe, previo examen de una comisión médica nombrada para tal efecto en cada una de dichas entidades y sobre la base de las directivas técnicas para el otorgamiento de la pensión de invalidez. La finalidad de este examen médico es calificar la imposibilidad del asegurado para desempeñar su trabajo por la pérdida de la capacidad laboral, determinando el tipo de enfermedad y el grado de menoscabo. Debe tenerse en consideración que la calificación médica constituye uno de los eslabones del procedimiento administrativo mediante el cual la entidad previsional, en uso de sus atribuciones, califica las solicitudes pensionarias evaluando el cumplimiento de los requisitos legales, y finalmente otorga la pensión de invalidez.

8. Como puede observarse, el otorgamiento de la pensión de invalidez supone un procedimiento administrativo singular en el que confluye la actuación de diversas entidades cada una con una atribución particular, las que luego de diversas actuaciones administrativas determinan la viabilidad del reconocimiento pensionario, y finalmente el acceso al derecho fundamental. Actualmente, como se ha indicado, recae en la ONP la calificación, el reconocimiento, el otorgamiento y el pago de los derechos pensionarios con arreglo a ley, de conformidad con el artículo 4 del Decreto Supremo 061-95-EF, que aprueba su estatuto. Por su parte, la competencia para la calificación de la invalidez del asegurado puede ser ejercida indistintamente por EsSalud, el MINSA o las EPS, entidades que a través de las Comisiones Médicas nombradas para dicho objeto y cumpliendo determinados estándares técnicos establecen la enfermedad o enfermedades que padece el asegurado y el tipo de incapacidad que aquélla o aquéllas originan.

Para que un asegurado sea considerado inválido –conforme al artículo 24º del Decreto Ley 19990–, debe padecer una incapacidad física o mental prolongada o presumida permanente. Tal calificación alude a la duración de la incapacidad, por lo que se entiende que la incapacidad debe ser de larga duración o presumirse como de duración permanente. En nuestro ordenamiento es la entidad competente la que a través de su comisión médica valora el carácter temporal o permanente de la incapacidad, y también la intensidad con la que ésta



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04749-2009-PA/TC

I.A LIBERTAD

JACINTO FRANCISCO VILLACORTA

GUEVARA

se presenta. De este modo, se establece una medición de la incapacidad en donde el grado más elevado de reducción en el rendimiento laboral dará lugar a una incapacidad total y por el contrario un grado menor generará una incapacidad parcial. En este contexto es pertinente mencionar que el artículo 30° del Decreto Ley 19990 regula una bonificación por gran invalidez, que supone el otorgamiento de una compensación económica a quienes padecen del mayor grado en la intensidad de la incapacidad, la que se configura cuando el inválido requiere del cuidado permanente de otra persona para efectuar los actos ordinarios de su vida, lo que demanda un mayor gasto económico.

10. En la medida que la incapacidad puede ser temporal o permanente, en el Sistema Nacional de Pensiones se regula la comprobación del estado de invalidez. En efecto, el artículo 35° del Decreto Ley 19990 establece una carga para el pensionista que se niegue a someterse a una comprobación de su estado de invalidez. En esa misma línea, el artículo 31° del reglamento del Decreto Ley 19900, aprobado por Decreto Supremo 011-74-TR, prevé que la comisión médica puede establecer una comprobación periódica del estado de invalidez, la cual puede efectuarse en un plazo no menor a seis meses ni mayor a cinco años. Si bien en este último caso, se entiende que la periodicidad de la comprobación opera para la incapacidad temporal, esto no implica que una incapacidad permanente no pueda ser verificada. Lo que debe tenerse en claro es que una incapacidad temporal o permanente no está sujeta a la regla de inmutabilidad. El legislador ha contemplado desde el origen del régimen pensionario del Decreto Ley 19990 la posibilidad de comprobar el estado de invalidez. El fundamento de esta revisión se encuentra en el desarrollo de la enfermedad que ocasiona el estado de la invalidez, pues es factible que se produzca una agravación o una mejoría de ésta, o también en la posibilidad de un error en la declaración del estado de invalidez derivada de datos inexactos o falsos consignados en el certificado médico.
11. En ese sentido, el segundo párrafo del artículo 26° del Decreto Ley 19990 referido a que en caso de enfermedad terminal o irreversible no se exigirá la comprobación periódica del estado de invalidez, no puede ser entendido como una prohibición de comprobación o revisión, sino solo como una excepción a la comprobación periódica prevista para una incapacidad temporal, lo que importa que en tales supuestos la comisión médica tendrá un límite en su accionar. Así, sólo está excluida la comprobación periódica –que en esencia está regulada para la incapacidad de carácter temporal–, mas no la comprobación o fiscalización posterior que la ONP realice en cumplimiento de sus obligaciones, establecidas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04749-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

JACINTO FRANCISCO VILLACORTA
GUEVARA

en el artículo 3.14 de la Ley 28532, y en mérito a la facultad de fiscalización posterior otorgada por el artículo 32.1 de la Ley 27444.

§ **El marco de actuación y de control de la entidad previsional. Reiteración de jurisprudencia**

12. Es necesario agregar que la preocupación de la entidad previsional concerniente a las situaciones anómalas y presuntamente irregulares en la tramitación de las solicitudes de pensión de invalidez es compartida plenamente por este Tribunal, tal como se ha expuesto en la reiterada jurisprudencia relacionada con la comprobación de enfermedades profesionales a través de los pedidos de historias clínicas (por todas, las SSTC 0110-2008-PA/TC, 05997-2007-PA/TC, 08959-2006-PA/TC, 05784-2006-PA/TC y 01763-2005-PA/TC), y en los precedentes recaídos en la STC 02513-2007-PA/TC (sobre riesgos profesionales) y en la STC 04762-2007-PA/TC (sobre reglas para acreditar aportes); sin embargo, no debe perderse de vista que la ONP, como organismo competente para calificar, otorgar y reconocer derechos pensionarios está facultada por el numeral 14 del artículo 3º de la Ley 28532 para efectuar las acciones de fiscalización que sean necesarias con relación a los derechos pensionarios en los sistemas a su cargo, a efectos de garantizar su otorgamiento con arreglo a ley. Ello implica que recae en la entidad previsional la obligación de utilizar todos los mecanismos a su alcance, y principalmente los de fiscalización, para lograr que el otorgamiento de las pensiones sea efectuado de forma correcta y únicamente a quienes cumplan con los requisitos previstos legalmente, vale decir, realizar en un plazo razonable un control *ex ante* que evite situaciones arbitrarias por el uso desmedido de una facultad de control de la Administración.
13. Es oportuno reiterar lo señalado por este Tribunal en la STC 08919-2006-PA/TC, al revisar un caso en el que discutía el otorgamiento de una pensión de invalidez derivada de una incapacidad por enfermedad profesional. En aquella ocasión se mencionó que: *“es deber del Estado brindar convenientes servicios a la ciudadanía y esto incluye la obligación que tienen las entidades de cumplir adecuadamente con las funciones que le han sido asignadas. De este modo disminuirían las arbitrariedades que comete la Administración y el ciudadano podría recobrar esa confianza en sus instituciones, lo que permitiría que el aparato estatal funcione de manera ordenada. En el caso de la calificación de pensiones de invalidez, conforme a lo establecido por el artículo 26º del Decreto Ley 19990, es la Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades de los establecimientos de salud pública del Ministerio de Salud o de Entidades Prestadoras de Salud o de EsSalud, el órgano competente para realizar la*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04749-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
JACINTO FRANCISCO VILLACORTA
GUEVARA

evaluación médica y establecer mediante un dictamen la incapacidad laboral que ocasiona el estado de salud del posible beneficiario. Esta forma en que opera el reconocimiento de las pensiones de invalidez es aplicable mutatis mutandis, a las pensiones de renta vitalicia en las que su otorgamiento se encontraba sujeto a la declaración de incapacidad practicada por una Comisión Evaluadora de Incapacidades, lo que evidencia que en un contexto de adecuado funcionamiento de las instituciones, organismos y dependencias estatales en la que cada entidad cumpla con las funciones y responsabilidades que le han sido fijadas, correspondería que la evaluación médica sea practicada conforme al diseño legislativo, siendo ésta una meta a la cual se debe propender para evitar, justamente, crear mecanismos alternos con el objeto de responder ante las arbitrariedades del poder público y lograr la eficacia de los derechos fundamentales”.

§ La línea jurisprudencial en materia de comprobación del estado de invalidez. De la caducidad de la pensión de invalidez

14. Este Tribunal, al resolver controversias constitucionales en las que se pretende la restitución de la pensión de invalidez por haberse declarado en sede administrativa la caducidad de la misma, ha sentado dos líneas jurisprudenciales. En primer lugar, se declara la improcedencia de la demanda, aplicando el criterio recaído en la STC 02513-2007-PA/TC (fundamento 45.b), pues cuando “*no se tiene certeza respecto a la enfermedad del actor y [dado] que sin un Certificado expedido por una Comisión Médica Evaluadora no es posible emitir juicio sobre la controversia*” (RTC 04038-2010-PA/TC). De este criterio se deriva una sub línea que se aplica en los casos que el documento médico presentado por el actor para ratificar su incapacidad haya sido expedido por un centro médico privado, lo que genera que, en aplicación de la STC 02513-2007-PA/TC, también se declare improcedente la demanda bajo el argumento precitado. La segunda línea jurisprudencial se orienta por desestimar la demanda debido a que la posterior evaluación médica, practicada al pensionista para efectos de la comprobación de la incapacidad, determina que éste se encuentra en el supuesto previsto en el inciso a) del artículo 33 del Decreto Ley 19990, que declara caduca la pensión *por haber recuperado el pensionista la capacidad física o mental o por haber alcanzado una capacidad, en ambos casos, en grado tal que le permita percibir una suma cuando menos equivalente al monto de la pensión que recibe*” (STC 04038-2010-PA/TC).

15.

Como se observa, este Colegiado ha considerado que resulta constitucionalmente legítimo que se declare la caducidad, propiamente la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04749-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
JACINTO FRANCISCO VILLACORTA
GUEVARA

extinción, de una pensión de invalidez, en aplicación del inciso a) del artículo 33º del Decreto Ley 19990, en virtud de la actividad que realice la entidad previsional en cumplimiento de sus obligaciones, establecidas en el artículo 3.14 de la Ley 28532, y en mérito a la facultad de fiscalización posterior otorgada por el artículo 32.1 de la Ley 27444.

16. Este accionar de la Administración encuentra uno de sus límites en el derecho a la debida motivación. En efecto, en la STC 05523-2008-PA/TC se ha dejado sentado, citando a la STC 04289-2004-AA/TC, que *“El derecho al debido proceso, y los derechos que contiene son invocables, y, por tanto, están garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. Así, el debido proceso administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública o privada– de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139º de la Constitución (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.)”*.
17. Bajo tal premisa, se concluye que el derecho fundamental al debido procedimiento comprende el deber de la Administración de motivar sus resoluciones de manera que el administrado pueda tener conocimiento de los criterios empleados para la toma de decisiones ~~que se concretan en actos administrativos~~.
18. En el contexto desarrollado no puede dejar de advertirse que las decisiones de la Administración, dentro del marco del derecho al debido proceso, también deben guardar adecuados términos de razonabilidad y proporcionalidad. Eso es lo que fluye de la STC 03075-2006-PA/TC, en la cual se precisó que *“[...] las dimensiones del debido proceso no solo responden a ingredientes formales o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación sustantiva o material, lo que supone que su evaluación no solo repara en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc.) sino que también, y con mayor rigor, se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.). Así las cosas, el debido proceso es un derecho de estructura compleja, cuyos alcances corresponde precisar a la luz de los ámbitos o dimensiones en cada caso comprometidas”*. De este modo, cuando la decisión por la cual se restringe el ejercicio del derecho a la pensión sea irrazonable o



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04749-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

JACINTO FRANCISCO VILLACORTA
GUEVARA

desproporcionada, en suma arbitraria, también se vulnera el derecho al debido proceso en su vertiente sustantiva.

§ El VIH/SIDA en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

19. De la Resolución 44120-2005-ONP/DC/DL 19990 (f. 7), se verifica que la pensión de invalidez definitiva se otorga al actor teniendo en cuenta el certificado médico de invalidez, de fecha 25 de marzo de 2003, emitido por el Hospital IV Víctor Lazarte Echegaray (f. 2), que le dictaminó una incapacidad de naturaleza permanente. En el mencionado certificado se consigna en el rubro diagnóstico CIE-10 el código “Z. 21 Estado de infección asintomática por el virus del VIH”. Asimismo, en el rubro observaciones se puede advertir que *“La infección por virus de Inmuno Deficiencia Adquirida es una enfermedad irreversible, dependiendo el paciente de medicación antirretroviral permanente para evitar aumento de carga viral y disminución de linfocitos CD4 (estado inmune)”*.
20. La enfermedad que origina la incapacidad del demandante, a juicio de este Colegiado, obliga a repasar la jurisprudencia sobre VIH/SIDA. Así, en las SSTC 02945-2003-AA/TC (fundamento 22) y 02016-2004-AA/TC (fundamento 21) se ha dejado sentado que *“Es innegable 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 (...) no les permite costear su tratamiento y sobrellevar las implicancias de esta enfermedad con dignidad. Únicamente mediante un tratamiento adecuado y continuo pueden atenuarse las manifestaciones no solo físicas, sino psicológicas de la enfermedad, logrando que en muchos casos el normal desenvolvimiento de las actividades del paciente no se vea afectado en un lapso de tiempo mayor que en aquellos casos donde la asistencia médica es casi nula. Es en este último caso donde la dignidad, la libertad y la autonomía de la persona se ven afectadas a consecuencia del deterioro de la salud y riesgo de vida del paciente, convirtiendo a estos individuos en una suerte de parias sociales, lo que de ninguna manera puede ser admitido desde el punto de vista constitucional”*.
21. De lo anotado fluye que este Colegiado no ha tenido oportunidad de realizar un análisis sobre las repercusiones del VIH/SIDA en el derecho fundamental a la pensión. Y es que la imposibilidad de ejercer el mencionado derecho constitucional también puede afectar, al igual que en el caso de la falta de prestaciones médicas, la dignidad, la libertad y la autonomía de la persona



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04749-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

JACINTO FRANCISCO VILLACORTA

GUEVARA

humana. Esto en atención a que el derecho a la pensión, por un lado, provee de recursos materiales para lograr una subsistencia digna en virtud de su componente esencial referido al derecho al mínimo vital y a que su privación arbitraria afecta el principio de dignidad pensionaria; y también porque en el instituto de la seguridad social, tal como se ha diseñado en el Perú, la condición de pensionista asegura el acceso a las prestaciones médicas, dentro de las que se incluye el suministro de medicamentos que el tratamiento integral contra el VIH/SIDA brinda para prolongar y mejorar la calidad de vida; lo que supone, en caso exista afectación del derecho a la pensión, la posibilidad de un deterioro en la salud con el consecuente riesgo para la vida del pensionista.

§ Los sujetos de especial protección constitucional

22. El artículo 4º de la Constitución establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono”. Bajo dicha premisa se busca dotar de tutela especial y reforzada a estos grupos sociales que, por su particular condición, demandan de un tratamiento singular, más aún si se encuentran en situación de abandono, pues en tal supuesto el requerimiento tuitivo comporta, además, una acción urgente y apropiada.
23. En tal contexto este Tribunal, en la STC 03330-2004-PA/TC (fundamento 35), ha señalado, respecto al resguardo de los niños y adolescentes, que *“El fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución les otorga radica en la especial situación en que ellos se encuentran; es decir, en plena etapa de formación integral en tanto personas. En tal sentido, el Estado, además de proveer las condiciones necesarias para su libre desarrollo, debe también velar por su seguridad y bienestar”*.
24. Desde otra perspectiva, en la STC 02480-2008-PA/TC (fundamento 13) este Tribunal ha precisado, a partir de los artículos 7º y 2º, inciso 1 de la Constitución, que *“(…) es evidente que la Constitución reconoce a las personas con discapacidad mental como sujetos de especial protección debido a las condiciones de vulnerabilidad manifiesta por su condición psíquica y emocional, razón por la cual les concede una protección reforzada para que puedan ejercer los derechos que otras personas, en condiciones normales, ejercen con autodeterminación. Por consiguiente, la obligación que asume el Estado como garante del derecho a la salud mental consiste en adoptar las medidas positivas adecuadas para reducir las desventajas estructurales y dar el trato preferente y apropiado a las personas con discapacidad mental, a fin de*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04749-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
JACINTO FRANCISCO VILLACORTA
GUEVARA

conseguir los objetivos de su plena participación y readaptación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas”.

25. En la precitada sentencia se ha considerado el derecho a la salud mental como derecho fundamental cuyo sustento se encuentra contenido en el principio-derecho de dignidad humana y en los derechos a la salud y a la integridad psíquica (fundamento 15). Asimismo, se ha establecido de modo enunciativo las obligaciones de abstención y/o prestación que recaen en el Estado. Entre ellas, cabe destacar que el Estado *“debe abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la supresión del servicio de salud mental, la suspensión injustificada de los tratamientos una vez iniciados o el suministro de medicamentos, sea por razones presupuestales o administrativas”* (fundamento 16.d). Y también debe subrayarse que *“El Estado debe diseñar políticas, planes y programas de salud mental dirigidos a mejorar la salud mental de las personas con discapacidad mental y reducir el impacto de las enfermedades mentales en la sociedad”* (fundamento 16.g).

§ **La persona con VIH/SIDA como sujeto de especial protección constitucional**

26. El tratamiento jurisprudencial que este Tribunal ha efectuado en torno al VIH/SIDA en las controversias relacionadas a la prestación de servicios de salud, exige evaluar los alcances de la protección que se debe brindar a las personas que padecen de la indicada enfermedad. En efecto, como se precisa en la STC 02945-2003-AA/TC (fundamento 49), al referirse a la protección de los derechos sociales, se ha dejado indicado que *“Es necesario, entonces, recomendar acciones concretas por parte del Estado para la satisfacción de estos derechos, sea a través de acciones legislativas o de ejecución de políticas, (...) en la medida en que el Ministerio de Salud viene implementando acciones concretas para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA”*. Y es en la línea que se cuenta en la actualidad con el Plan Estratégico 2007-2011 para la Prevención y Control de las ITS y el VIH/SIDA en el Perú, aprobado por el Decreto Supremo 005-2007-SA, el que posee carácter multisectorial y tiene por objeto guiar la implementación de programas y proyectos tanto en el ámbito gubernamental como en el sector no gubernamental, privado académico, de base confesional, de base comunitaria y de la cooperación internacional. Asimismo, debe destacarse que en función a dicho plan marco, el 30 de noviembre de 2008, mediante la Resolución Ministerial 376-2008-TR, se aprobaron las Medidas Nacionales frente al VIH y SIDA en el lugar de trabajo, como parte de los objetivos del sector, precisándose en el artículo 1 que se busca, entre otros fines, el ofrecer protección social frente al VIH y SIDA eliminando cualquier fuente de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04749-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

JACINTO FRANCISCO VILLACORTA

GUEVARA

discriminación contra las personas que viven con el VIH (PVV). Además, es menester mencionar que existen dispositivos expedidos por el Ministerio de Salud cuyo objeto es establecer las directrices para otorgar el tratamiento retroviral, como la Resolución Ministerial 752-2004/MINSA, que aprueba la Norma Técnica 019-MINDSA/DGSP-V.01: "Norma Técnica para la Adherencia al Tratamiento Antiretroviral de Gran Actividad – TARGA- en Adultos Infectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana"; la Resolución Ministerial 335-2008/MINSA, que aprueba la NTS 064-2008-MINSA/DGSP-V.01 "Norma Técnica de salud para la Profilaxis de la Transmisión madre-niño del VIH y la Sífilis Congénita"; y la Resolución Ministerial 081-99-SA/DM que aprueba la "Guía Nacional de Atención Integral del Paciente con Infección VIH/SIDA".

27. Para entender las políticas públicas que el Estado ha emprendido es conveniente mencionar los datos que arroja el Boletín Epidemiológico Mensual sobre la Situación del VIH/SIDA en el Perú del mes de abril de 2011 (http://www.dge.gob.pe/vigilancia/vih/Boletin_2011/abril.pdf). En lo que concierne al diagnóstico 1983-2011 de casos notificados al 30 de abril de 2011, en el Perú se han detectado 27,454 casos de SIDA y 44,004 casos de VIH notificados. Asimismo, en lo que concierne a la distribución de casos por edad y sexo se registra que en el rango de sesenticinco años a más existen 332 casos de hombres reportados de SIDA y 57 casos de mujeres, siendo en el rango de edad entre veinticinco a veintinueve años donde se presenta el mayor índice de casos de SIDA: en hombres 4,217 y en mujeres 1,241 casos reportados. A propósito de estos datos estadísticos, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha indicado que *"según el modelo de estimaciones desarrollado por OMS y ONUSIDA, existen aproximadamente 76.000 personas viviendo con VIH/Sida en el Perú"* (<http://www.onu.org.pe/Publico/infocus/luchacontrasida.aspx>). El escenario descrito es verdaderamente alarmante, si se tiene en consideración el incremento de casos de personas con VIH/SIDA en el país en los últimos cinco años. Así, el Plan Estratégico Multisectorial para la Prevención y Control de las ITS y el VIH/SIDA en el Perú consigna que *"El Ministerio de Salud - MINSA, (...) ha reportado, según datos oficiales, 18.508 casos de SIDA y 25.454 casos de VIH en el Perú notificados al 31/06/2006 (MINSA, 2006). Existen 7 mil personas que viven con SIDA (PVVS) que necesitan tratamiento, de las cuales aproximadamente 6.298 (89%) a la fecha ya recibe tratamiento antirretroviral de gran actividad (TARGA) (...)".* Como puede advertirse, el aumento de personas con VIH/SIDA constituye un indicador de que las medidas que se han adoptado a nivel estatal no han sido suficientes para amenguar o detener, como supuesto ideal, el avance de la enfermedad en el Perú. Esto se debe, según lo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04749-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
JACINTO FRANCISCO VILLACORTA
GUEVARA

precisa el plan estratégico al que se ha hecho referencia, a factores tales como la falta de comprensión de la epidemia fuera de los alcances del sector salud; la negación a minimización de la epidemia; el pobre o nulo acceso a métodos de prevención; la pobre cultura de las intervenciones; las creencias o patrones culturales; el pobre efecto de las campañas educativas, entre otras.

28. Para este Colegiado, la negación o minimización de la enfermedad es un elemento gravitante en el incremento de casos de VIH/SIDA, pues al olvidar el deterioro que ocasiona la epidemia en el estado de salud de las personas y las consecuencias en el riesgo de muerte, no se toman medidas preventivas adecuadas. Esta misma situación genera que la población desconozca las diferentes políticas sectoriales con las que cuenta para la protección de sus derechos fundamentales, como las Medidas Nacionales frente al VIH/SIDA en el lugar de trabajo, aprobadas por Resolución Ministerial 376-2008-TR, que consideran a la infección por el VIH como enfermedad profesional sujetándola a las prestaciones económicas y de salud vigentes del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (artículo 7º), o a la confidencialidad de los resultados al momento de la contratación de un trabajador, o a la exigencia de exhibir el resultado como requisito para continuar en el trabajo (artículo 8º).
29. Frente a la complejidad que representa la epidemia del VIH/SIDA en el Perú, se requiere adoptar un tratamiento particular para este especial grupo de personas, pues no cabe duda que se trata de una población vulnerable cuya vida, tanto en su aspecto material como en el que corresponde al desarrollo de su personalidad, depende de las acciones concretas que emprenda el Estado de la mano con la comunidad y el núcleo familiar, tanto en materia de salud como en lo que concierne al acceso al tratamiento antirretroviral de gran actividad, como en otros aspectos ligados a la prevención, a la atención integral de calidad, a la seguridad social y a la pensión. Estas acciones, que de por sí denotan que el Estado y los otros actores involucrados no permanecen indiferentes ante la grave enfermedad del VIH/SIDA, deben ser complementadas con otras medidas cuyo objeto sea lograr una adecuada protección de los derechos constitucionales de las personas infectadas con el VIH y de las que padecen de SIDA. De este modo se busca evitar, dada su especial situación de vulnerabilidad, cualquier trato discriminatorio o cualquier accionar arbitrario por parte de la Administración o de particulares, sobre todo cuando la grave enfermedad no hace distinción de ningún tipo y afecta a hombres, mujeres, niños, adolescentes y ancianos, ya que la vía de transmisión puede ser sexual, por el uso compartido de jeringas o por las transfusiones de sangre infectada por el virus, estas últimas denominadas de transmisión parenteral o también de la madre al hijo (vertical).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04749-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

JACINTO FRANCISCO VILLACORTA

GUEVARA

30. Conviene señalar que la Directiva Sanitaria 030-MINSA/DGSP-V.01, “Directiva Sanitaria para la Atención Médica Periódica a las/os Trabajadoras/es Sexuales y HSH”, aprobada por Resolución Ministerial 650-2009/MINSA, al identificar la población vulnerable, establece que *“En el marco del VIH, la vulnerabilidad está regida por la acción recíproca de una gama de variables, como son: factores personales, factores relativos a la calidad y la cobertura de los servicios, programas de prevención y factores del grupo social la prevención y control de las ITS en estos grupos es muy importante, por el impacto que esta estrategia tiene en la disminución de la diseminación de la epidemia del VIH/SIDA en la población general”*. Esta regulación, que si bien tiene como ámbito subjetivo a trabajadores sexuales y hombres que tienen sexo con otros hombres (HSH), revela que incluso para este tipo de personas que constituyen de por sí una población vulnerable, la posibilidad de contagio de VIH genera una vulnerabilidad mayor como consecuencia de la gravedad de la epidemia, lo que hace urgente e imperiosa la necesidad de conceder protección especial a este grupo poblacional.
31. Por lo expuesto y teniendo en cuenta que el Estado ha puesto en marcha, tal como se sugirió en la STC 02945-2003-AA/TC, medidas concretas para la satisfacción de los derechos sociales en los ~~pacientes~~ de VIH/SIDA, este Colegiado considera que es oportuno ~~hacer extensiva~~ la especial protección consagrada en el artículo 7º de la Constitución a las personas que padecen de una deficiencia física producto de la infección con VIH o el desarrollo del SIDA, pues es evidente que el estado de vulnerabilidad manifiesta en que se encuentra este sector de la población necesita de una protección reforzada para que puedan ejercer sus derechos fundamentales a plenitud, sin que se vean sometidos a medidas discriminatorias o a acciones arbitrarias por el solo hecho de padecer de la referida patología. Con esta afirmación se reitera, tal como lo señala el mencionado artículo 7º, que este gran sector de la población tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.
32. La postura asumida por el Tribunal Constitucional coloca a las personas con VIH/SIDA en un nivel superlativo de protección respecto al resto del grupo poblacional, lo que demandará del Estado y de la comunidad medidas tuitivas, sustentadas en el deber de solidaridad, con el objeto que no se generen acciones peyorativas o arbitrarias en el ejercicio de sus derechos fundamentales.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04749-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

JACINTO FRANCISCO VILLACORTA

GUEVARA

§ **La pensión de invalidez en el caso de personas afectadas con VIH/SIDA**

33. Dentro de las normas protectoras dictadas por el Estado para las personas que padecen de VIH/SIDA se cuenta la Ley 28243, que amplía y modifica la Ley 26626 sobre el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las Infecciones de Transmisión Sexual que establece en el artículo 7.2, en lo que respecta a la atención integral de salud, que *“Toda persona que se encuentra viviendo con HIV y SIDA, tiene derecho a recibir atención integral de salud continua y permanente por parte del Estado, a través de todos los establecimientos de salud donde tenga administración, gestión o participación directa o indirecta y a la prestación previsional que el caso requiera”* (resaltado agregado). La precitada disposición establece las acciones concretas que el Estado ha previsto para efectuar una efectiva protección, entre las que se encuentra la de permitir el acceso de los afectados de VIH/SIDA a una prestación previsional.
34. De otro lado, el artículo 6º de la Ley 26626 establece que *“Las personas con VIH/SIDA pueden seguir laborando mientras estén aptas para desempeñar sus obligaciones”*; y además que *“Es nulo el despido laboral cuando la causa es la discriminación por ser portador del VIH/SIDA”*. En esa misma línea, la Resolución Ministerial 376-2008-TR, que establece las Medidas Nacionales frente al VIH y SIDA en el lugar del trabajo, dispone en el artículo 9º que *“Es nulo el despido basado en que el trabajador es una PVV, así como todo acto dentro de la relación laboral fundado en esta condición”*. Ambos dispositivos parten de considerar, como premisa esencial, que las personas pueden seguir laborando mientras estén aptas para desempeñar sus obligaciones, por lo que cualquier decisión de poner fin a la relación laboral por decisión unilateral del empleador debe sustentarse en una causa justa de despido y no en el hecho de padecer de VIH/SIDA, lo que constituiría un acto discriminatorio, y por ende afectado de nulidad. Asimismo, en materia de seguridad social el artículo 7º señala que *“La infección por el VIH, en los casos que ésta sea considerada como enfermedad profesional y haya sido adquirida como consecuencia de la actividad laboral de alto riesgo, está sujeta a las prestaciones económicas y de salud vigentes en el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo”* (resaltado agregado). Esta disposición guarda coherencia con la norma precitada, en cuanto se privilegia la aptitud para realizar las labores, pero dota de protección a los trabajadores que adquirieron el VIH como enfermedad profesional al reconocerles el acceso a prestaciones médicas y previsionales dentro del régimen de riesgos profesionales. Sin embargo, tal medida tuitiva no se replica para las pensiones de invalidez, como fluye del artículo 11º que preceptúa que *“Las*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04749-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

JACINTO FRANCISCO VILLACORTA

GUEVARA

personas que se encuentran en una actividad laboral bajo dependencia, que han desarrollado el SIDA, y que como consecuencia de dicha enfermedad, de conformidad con la normatividad vigente, califican para obtener una pensión de invalidez, llevan a cabo el trámite pertinente ya sea ante la ONP o ante la AFP respectiva". De acuerdo a este dispositivo, la protección de la seguridad social solo alcanzaría a los trabajadores dependientes que hayan desarrollado el SIDA, lo cual no se condice con lo previsto en el precitado artículo 7º, que sí incluye dentro de sus alcances a los trabajadores con el VIH, situación que no encuentra asidero desde el punto de vista de la contingencia que se busca proteger ni de la patología misma, pues tanto la infección con el VIH como el propio SIDA pueden generar una incapacidad para el trabajo por las particulares características que tiene esta dolencia.

35. El distinto tratamiento que se advierte en la normativa, a juicio de este Colegiado, debe ser evaluado a través de los alcances del artículo 7.2 de la Ley 28243, en el sentido que la atención integral comprende también a la protección que brinda la seguridad social en pensiones, y en tal medida se viabiliza el acceso a la prestación previsional de las personas que se encuentran infectadas con el VIH y a las que padecen de SIDA. Solo con una interpretación en este sentido se cumple el rol que el Estado asume frente a las personas con el VIH/SIDA como sujetos de especial protección constitucional, haciéndolos, en principio, titulares de una pensión, pero siempre privilegiando el respeto al principio de continuidad propio del derecho al trabajo, que permite a un trabajador afectado de la patología seguir laborando hasta que se configure la extinción del vínculo laboral por invalidez. Bajo este supuesto, inclusive un trabajador afectado con el VIH podría acceder a una pensión de invalidez sin que resulte imperioso que desarrolle el SIDA, bastando solo que se configure un detrimento en la facultad física para el desarrollo de las labores asignadas. De este modo, será suficiente que el VIH afecte al trabajador de modo tal que una evaluación del estado individual clínico, de su estado virológico y de su estado inmunológico permita advertir un deterioro en su salud, para que se haga factible el acceso a una pensión.

36.

Es necesario hacer notar que la reforma previsional que se produjo con la creación del Sistema Privado de Pensiones (SPP) introdujo modificaciones "*a la determinación de criterios y consideraciones técnicas que permitan una evaluación adecuada del grado de incapacidad del grado de invalidez de los trabajadores afiliados*"(http://www.sbs.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=1&JER=935). En tal sentido, el Manual de Evaluación y Calificación del Grado de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04749-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

JACINTO FRANCISCO VILLACORTA
GUEVARA

Invalidez (MECGI) define el concepto de invalidez y tipifica las patologías a fin de determinar la cobertura del seguro dentro del SPP, utilizando para ello una clasificación de los diversos sistemas del organismo (p.e. sistema músculo esquelético, aparato respiratorio, aparato digestivo, sistema genital urinario, nervios espinales periféricos, entre otros). Asimismo, el manual contiene una tabla especial de valores combinados y una tabla de factores complementarios. El capítulo VIII, referido a la enfermedad neoplásica maligna, luego de explicar que el cáncer se ha constituido en la segunda causa de muerte en los últimos años, desconociéndose su real incidencia y que afecta a la población en edades productivas, indica que el diagnóstico hoy día se realiza en estados más precoces gracias a los avances tecnológicos y a una mayor cultura médica de la población. Asimismo, se precisa las características de neoplasias malignas que sobrepasan el 70% de menoscabo global de la persona (punto 8.4). Al respecto, se menciona que las neoplasias que por tipo histológico, ubicación o extensión de la lesión, son inoperables o están fuera de control por otras terapias, son incapacitantes en porcentajes superiores a los 2/3 global de la persona; al igual que, entre otras, el sarcoma de la piel, el melanoma maligno, el linfoma y el SIDA. Sobre esta patología se indica que *“En el caso de pacientes que presentan SIDA con neoplasia (Estadio III y IV), debe considerarse con un impedimento mayor de 70%, con pruebas confirmatorias positivas. No podrá ser calificados como inválidos, afiliados portadores que no demuestren síntomas o signos de la enfermedad”*.

37. Como puede evidenciarse, el MECGI aplicable a las pensiones de invalidez del SPP no brinda un tratamiento particular al VIH/SIDA como enfermedad infecciosa, sino tan solo se incluye al SIDA en el listado de dolencias que pueden ocasionar una incapacidad superior al 70% de menoscabo cuando la neoplasia en estadio III y IV sea resultado de aquélla. Es más, se señala expresamente que los afiliados portadores, vale decir quienes padezcan de VIH, no pueden ser calificados como inválidos cuando no hayan desarrollado la enfermedad. Esta circunstancia no hace sino ratificar la postura ya mencionada en los fundamentos que anteceden, en el sentido que las medidas legislativas o administrativas adoptadas en materia de tutela a las personas afectadas con VIH/SIDA resultan actualmente insuficientes para brindar una adecuada protección en los ámbitos de su desarrollo personal, y cuya causa, aparentemente, se puede encontrar en el desconocimiento de los efectos que esta enfermedad ocasiona en una persona y por ende en la sociedad en su conjunto, pues no es posible en estos días concebir a la persona humana como ente independiente ajeno a una estructura social, donde el deber de solidaridad constituye fuente del Estado Social y Democrático de Derecho.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04749-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
JACINTO FRANCISCO VILLACORTA
GUEVARA

38. Sobre el particular, este Colegiado ha señalado en la STC 0048-2004-PI/TC (fundamento 37), que: *“el principio de solidaridad, directamente relacionado con la naturaleza misma del Estado Social y Democrático de Derecho, está en la base misma de nuestro sistema jurídico, que ha puesto al hombre y no a la empresa ni a la economía, en el punto central de su ethos organizativo. Así, el Constituyente, al establecer en el artículo 1º de la Constitución, que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, ha dejado un mensaje claro para las generaciones futuras; por ello, tanto el Estado como la sociedad se organizan y toman sus decisiones teniendo como centro al ser humano. Cuando entran en conflicto la generación lucrativa o la mayor rentabilidad de ciertos grupos económicos, con el bienestar colectivo o la defensa de los bienes que resultan indispensables para que la vida humana siga desarrollándose, la interpretación que de la Constitución se haga debe preferir el bienestar de todos y la preservación de la especie, así como también de las demás especies (...)”*.

§ La posición del Estado frente al VIH/SIDA y su naturaleza de enfermedad infecciosa de carácter terminal

39. En la STC 02945-2003-AA/TC (fundamento 50), este Colegiado señaló que el pronunciamiento a favor de la demandante se explica no solo por la afectación potencial del derecho fundamental a la vida, sino por razones fundadas en la propia legislación de la materia que ha dispuesto los cauces para la máxima protección de los enfermos de SIDA, mediante la promulgación de la Ley 28243, que modifica la Ley 26626. Con esta afirmación la decisión del Colegiado articula la protección constitucional del indicado derecho fundamental con el desarrollo legislativo en materia de VIH/SIDA. En efecto, tal como se hizo en aquella oportunidad, es lo grave de la enfermedad y lo complejo de su tratamiento lo que obliga al Estado a enfrentarla con medidas multisectoriales con el objeto de conceder a todas las personas afectadas el acceso a la prevención, al tratamiento antirretroviral y a la atención integral de calidad. En este contexto es que el Plan Estratégico Multisectorial 2007-2011 para la Prevención y Control de las ITS y el VIH/SIDA en el Perú tiene como uno de sus objetivos estratégicos (objetivo 6) poder alcanzar un 90% de acceso de las PVVS a una atención integral y de calidad, y entre sus objetivos específicos apunta al fortalecimiento del sistema de redes de laboratorios para el diagnóstico, confirmación y otros exámenes para el acceso al TARGA (6.1). Esto en concordancia con el Plan Regional de VIH/ITS para el Sector Salud 2006-2015 de la Organización Panamericana de la Salud (OPS), cuyo objeto es



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04749-2009-PA/TC

1.A LIBERTAD

JACINTO FRANCISCO VILLACORTA
GUEVARA

fortalecer los servicios y sistema de salud de las Américas con el fin de contar con una respuesta más efectiva a la epidemia de VIH y controlar las ITS.

40. Es importante recordar la gravedad y complejidad de la epidemia para entender porque a nivel mundial, regional y en el Perú se emprenden planes preventivos, de atención y tratamiento para las personas que padecen el VIH/SIDA con especial incidencia en el tema de salud, pero que buscan dotar de una atención integral al paciente que abarca diversos aspectos tanto a nivel individual, familiar como comunitario. En ese sentido, deben mencionarse algunos conceptos que el Programa Conjunto de las Naciones Unidas para el VIH/SIDA (ONUSIDA) http://data.unaids.org/pub/FactSheet/2008/20080519_fastfacts_hiv_es.pdf ha precisado y que permiten advertir la amenaza y la problemática de orden social que representa la epidemia. Así:

"VIH es la sigla correspondiente a "virus de la inmunodeficiencia humana". Es un retrovirus que infecta las células del sistema inmunitario (principalmente las células T CD4 positivas y los macrófagos, componentes clave del sistema inmunitario celular) y destruye o daña su funcionamiento. La infección por este virus provoca un deterioro progresivo del sistema inmunitario, lo que deriva en "inmunodeficiencia". Se considera que el sistema inmunitario es deficiente cuando no puede cumplir su función de combatir las infecciones y las enfermedades. Las personas inmunodeficientes son más vulnerables a diversas infecciones, la mayoría de las cuales es poco común entre personas sin inmunodeficiencia. Las infecciones asociadas con la inmunodeficiencia grave se conocen como "infecciones oportunistas", ya que aprovechan la debilidad del sistema inmunitario".

Asimismo, se señala que:

"Sida es un término que corresponde a "síndrome de inmunodeficiencia adquirida" y constituye una definición de vigilancia basada en indicios, síntomas, infecciones y cánceres asociados con la deficiencia del sistema inmunitario que resulta de la infección por el VIH".

En lo que concierne a la evolución de la enfermedad, en el año 2005 la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha considerado que el VIH se divide en diferentes etapas en función a una diversidad de indicios, síntomas, infecciones y cánceres. Estas etapas son:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04749-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

JACINTO FRANCISCO VILLACORTA
GUEVARA

- *“Infección primaria por el VIH: puede ser asintomática o manifestarse mediante el síndrome retroviral agudo.*
- *Etapa clínica I: asintomática o inflamación general de los nódulos linfáticos.*
- *Etapa clínica II: pequeñas pérdidas de peso, manifestaciones mucocutáneas leves e infecciones recurrentes de las vías respiratorias altas.*
- *Etapa clínica III: diarrea crónica sin causa aparente, fiebre persistente, candidiasis o leucoplaquia oral, infecciones bacterianas graves, tuberculosis pulmonar e inflamación necrotizante aguda en la boca. Algunas personas tienen sida en esta etapa.*
- *Etapa clínica IV: incluye 22 infecciones oportunistas o cánceres relacionados con el VIH. Todas las personas que se encuentran en esta etapa tienen sida”.*

Por último, también se ha señalado que el desarrollo del SIDA puede variar considerablemente de unas personas a otras. El factor que genera la variación dependerá del tratamiento médico. Así, cuando no se recibe tratamiento, se desarrollan síntomas de enfermedades relacionadas con el VIH tras cinco o diez años, pero el lapso de tiempo que pasa desde la infección hasta que diagnostican SIDA puede ser de diez a quince años. Cuando la persona se somete a tratamiento antirretroviral el proceso de deterioro, o en todo caso el avance de la enfermedad, se torna menos progresivo al disminuir la carga viral de la persona infectada.

41. Las características de la enfermedad y la posición asumida por el Estado permiten afirmar, teniendo en cuenta también lo esbozado en la jurisprudencia del Tribunal, que el VIH/SIDA constituye una enfermedad que se agrava con el transcurso del tiempo, pues el virus, al reducir las células T CD4, deja al organismo en completa desprotección generando en la persona un estado de inmunodeficiencia, lo que a la postre permite que pueda ser atacado por cualquier infección oportunista producida por bacterias, hongos u otros virus que una persona sana sí podría enfrentar, ocasionando la muerte; evidenciándose por las circunstancias descritas el carácter de enfermedad terminal. En dicho contexto, es pertinente agregar que la Clasificación Internacional de las Enfermedades, décima versión (www.igb.es/patologia/e01_010.htm), cataloga en el capítulo uno a las Enfermedades Infecciosas y Parasitarias, y específicamente a las Enfermedades causadas por el VIH (Virus de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04749-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

JACINTO FRANCISCO VILLACORTA

GUEVARA

Inmunodeficiencia Humana) (B20-B24) dentro del mencionado rubro. Tal situación demuestra que se trata de una enfermedad infecciosa, y que en tal medida es el VIH la patología que ocasiona las infecciones y parasitosis oportunistas, como la candidiasis subsiguiente a la enfermedad por VIH (B20.4), la neumonía por pneumocystis subsiguiente a la enfermedad por VIH (B20.6), y también los neoplasmas malignos como el sarcoma de Kaposi subsiguiente a la enfermedad por VIH (B21.0), linfoma de Burkitt subsiguiente a la enfermedad por VIH (B21.1) y otros tipos de linfomas No-Hodgkin (B21.2).

§ La calificación de la invalidez en las personas afectadas de VIH/SIDA

42. Mediante la Resolución Ministerial 478-2006-MINSA, del 22 de mayo de 2006, se aprueba la Directiva Sanitaria "Aplicación Técnica del Certificado Médico requerido para el otorgamiento de la pensión de invalidez - D.S. N.º 166-2005-EF". Anteriormente dicho procedimiento estuvo regulado por el Decreto Supremo 057-2002-EF. Al respecto, es pertinente mencionar que la referida Directiva Sanitaria 003-MINSA/DGSP-V.01 contiene disposiciones generales en las que se define y establece las características de la Evaluación Médica de Incapacidad, del Informe de Evaluación Médica de Incapacidad, de la Calificación de la Incapacidad y la Determinación de la Invalidez, entre otras. Asimismo, en cuanto a las disposiciones específicas relativas a la Evaluación Médica de Incapacidad, señala que *"El médico especialista evaluador debe pronunciarse sobre la capacidad anatómica y funcional, describiendo los signos y síntomas agrupándolos por clase funcional, tomando como referencia el manual correspondiente"* (resaltado agregado). Con ello se busca que la labor del médico especialista por la que se evalúa la capacidad anatómica y funcional residual relacionada a los signos y síntomas evidentes, con el apoyo de exámenes complementarios, para determinar el estado de salud, enfermedad o incapacidad que disminuyan la capacidad física o intelectual, tenga un parámetro objetivo que comprenda pautas técnicas y metodológicas acordes a la labor asignada.

43. De conformidad con el Anexo 2 de la Directiva Sanitaria 003-MINSA/DGSP-V.01, relativa a la Evaluación de la Capacidad Funcional, el médico evaluador debe tener en cuenta el Manual de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez, y orientarse a la búsqueda y presentación de evidencias. Asimismo, debe precisar el diagnóstico del proceso (secuelas, alteraciones anatómicas y funcionales), el alcance del proceso (clases funcionales) y si la persona puede reinsertarse a su trabajo. Por último, el Informe de Evaluación Médica de Incapacidad debe detallar: (a) la historia clínica, y de ser posible la ocupacional;



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04749-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

JACINTO FRANCISCO VILLACORTA
GUEVARA

(b) diagnósticos CIE-10; (c) exámenes comprobatorios y (d) la clase funcional. Esto último se construye sobre la base de la información brindada por el evaluado y los signos y síntomas; así como de los resultados de los exámenes que miden la capacidad funcional y anatómica de un órgano o sistema, agrupándolos por su frecuencia e intensidad de los síntomas, respuesta al tratamiento y repercusión en el desarrollo de la vida cotidiana y laboral.

44. Como fluye de lo expuesto, la utilización del Manual de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez es una herramienta de suma importancia, dentro del procedimiento de calificación del estado de invalidez, para la evaluación y valoración de la enfermedad, y también para la determinación del grado y la naturaleza de la incapacidad, labor que recae en la Comisión Médica Calificadora de Incapacidades (CMCI). Para cumplir con dicha función la comisión se sustenta en la calificación de incapacidad presentada en el Informe de Evaluación Médica de Incapacidad realizado por el especialista.
45. La valoración de la enfermedad en el caso de las personas afectadas de VIH/SIDA se convierte en un elemento clave en la determinación de la incapacidad. En nuestra legislación se cuenta con el MECGI que se aplica a las pensiones de invalidez del SPP y con el Documento Técnico "Evaluación y Calificación de la Invalidez por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales", aprobado por la Resolución Ministerial 069-2011-MINSA, del 28 de enero de 2011, que tiene por finalidad establecer los criterios técnicos a ser utilizados en el proceso de evaluación y de calificación del grado de invalidez por accidentes de trabajo y por enfermedades profesionales. Este último documento, a diferencia del utilizado en el SPP, contiene criterios de calificación para el VIH/SIDA ocupacionales (clínicos funcionales, imágenes y laboratorio), cuya fuente es el Manual de Invalidez Permanente Asociación Médica Americana (AMA) del año 2005 y el Baremo Europeo de la Calificación de la Incapacidad Permanente. Esto permite advertir que no existe una metodología uniforme para la calificación de invalidez en el caso del VIH/SIDA, más aún si, tal como se ha señalado, la Directiva Sanitaria 003-MINSA/DGSP-V.01 no consigna ninguna referencia a la infección de VIH/SIDA, ni tampoco a partir del indicado documento se puede establecer los criterios de valoración de la incapacidad por la patología mencionada al carecerse del manual respectivo.
46. Esta situación contrasta con el tratamiento que tiene el VIH/SIDA como enfermedad infecciosa en otras latitudes, como ocurre en España, en donde la Guía de Valoración de Incapacidad para Médicos de Atención Primaria http://www.isciii.es/htdocs/publicaciones/documentos/GUIA_DE_VALORACI



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04749-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

JACINTO FRANCISCO VILLACORTA
GUEVARA

ON DE INCAPACIDAD LABORAL PARA AP.pdf), elaborada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Escuela Nacional de Medicina del Trabajo del Instituto de Salud Carlos III, prevé un Protocolo de Valoración de Incapacidad en pacientes con infección VIH. De este modo, para determinar la incapacidad laboral, se realiza un *“estudio personalizado del enfermo que incluya tres valoraciones: Estado individual clínico del paciente, estado virológico y estado inmunológico”* (sic). Para establecer el estado clínico debe revisarse, además de la comorbilidad (ocasionada por procesos concomitantes), los datos del paciente, que comprende la historia clínica completa, con la evolución de la enfermedad desde que se consideró VIH positivo, año de diagnóstico VIH y, de ser el caso, el momento de la seroconversión a SIDA; y la patología del paciente, sea que se encuentre asociada o no a la enfermedad a los efectos del tratamiento. Asimismo, debe evaluarse los estadios clínicos inmunológicos según la clasificación de los CD4 desde el inicio del tratamiento. Y por último, en este rubro se analizará la adherencia al tratamiento, situación que se observa en varios factores, como en el grado de cumplimiento, las resistencias y los efectos secundarios y desfavorables que pudieran aparecer. En cuanto a la carga viral, que es otro de los aspectos que el Protocolo de Valoración de Incapacidad en pacientes con infección VIH contiene, se refiere a la medición del *“ARN vírico por ml de plasma”* (sic). Este estudio debe recoger varias determinaciones realizadas por el mismo laboratorio, y la última debe ser reciente. De igual modo debe estudiarse la respuesta virológica a la terapia. En lo que concierne al estado inmunológico (recuento CD4), se precisa que *“Los recuentos normales de linfocitos CD4 son de 750 +/- 250 células/ml. La respuesta al tratamiento puede ser completa, incompleta o sin respuesta. En la respuesta completa existe un aumento constante de la cifra absoluta de linfocitos CD4”*. Los criterios que deben analizarse son la cifra de linfocitos CD4, que debe realizarse en varias determinaciones y en el mismo laboratorio, y la valoración de la estabilidad de la respuesta inmunológica en el tiempo.

47. Queda en evidencia, entonces, que aún no se cuenta con criterios de evaluación específicos para la valoración de la enfermedad infecciosa de VIH/SIDA, lo que, dada la particularidad de la patología y la especial protección constitucional que recae en quienes la padecen, deberían incluirse en la legislación que se viene expidiendo dentro del Plan Nacional de Lucha contra el Virus del Inmunodeficiencia Humana, el SIDA y las enfermedades de transmisión sexual, aprobado por Ley 26626, modificada por la Ley 28243.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04749-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

JACINTO FRANCISCO VILLACORTA

GUEVARA

§ **La regla de la inmutabilidad en la comprobación de los pensionistas de invalidez con VIH/SIDA**

48. Como se ha mencionado al revisar la jurisprudencia sobre calificación y comprobación del estado de invalidez en el Decreto Ley 19990, el control o la verificación del estado de invalidez de una incapacidad temporal o una incapacidad permanente no está sujeta a la regla de la inmutabilidad. Al respecto, se ha señalado que el sustento de la revisión se encuentra en el desarrollo del estado de la invalidez, pues es factible que se produzca un agravamiento o una mejoría de ésta, o también la posibilidad de un error en la declaración del estado de invalidez derivada de datos inexactos o falsos consignados en el certificado médico.
49. Tomando como base lo indicado, este Colegiado advirtió que el artículo 26° del Decreto Ley 19990, el cual establece que en caso de enfermedad terminal o irreversible no se exigirá la comprobación periódica del estado de invalidez, no podía ser entendido como una prohibición de comprobación o revisión, sino solo como una excepción a la comprobación periódica prevista para la incapacidad temporal, lo que importa que en tales supuestos la comisión médica tendrá un límite en su accionar, límite que en la actuación administrativa está dado, en principio, porque se considera innecesario revisar periódicamente el estado de salud de un pensionista con una enfermedad terminal. Asimismo, este Tribunal considera que la limitación debe extenderse al control posterior que practica la entidad previsional, cuando el pensionista ya sea titular de una pensión de invalidez producto de una incapacidad permanente derivada de una enfermedad terminal y su comprobación pueda generar una privación arbitraria. Estas consideraciones determinan que se otorgue un tratamiento particular a la enfermedad terminal o irreversible, e impone un marco especial de actuación a la comisión médica y a las demás entidades que participan del procedimiento de calificación y comprobación del derecho, las que se encuentran obligadas a garantizar el ejercicio del derecho a la pensión de conformidad con la Constitución y la ley. Esta obligación constitucional, contenida en el artículo 11° de la Constitución, que se plasma en el deber del Estado de supervisar el eficaz funcionamiento del sistema de seguridad social, genera la responsabilidad en la entidad previsional de utilizar todos los mecanismos a su alcance para el reconocimiento del derecho, lo que implica la realización de un control *ex ante* que evite situaciones arbitrarias por un uso desmedido de su facultad de control. Debe acotarse que esta obligación se irradia a todas las entidades que participan en el proceso pensionario, toda vez que comparten, como en el caso de la pensión de invalidez, la responsabilidad de hacer efectivo el goce del derecho



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04749-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
JACINTO FRANCISCO VILLACORTA
GUEVARA

fundamental.

50. La regla descrita adquiere mayor significación y relevancia en el caso de la enfermedad de VIH/SIDA, por ser enfermedad terminal, que genera una incapacidad de naturaleza permanente. En este sentido, conviene reiterar que el VIH/SIDA constituye una enfermedad viral consistente en la ausencia de respuesta inmunitaria (http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=sida) que se agrava con el transcurso del tiempo, pues el virus, al reducir las células T CD4, deja al organismo en completa desprotección generando en la persona un estado de inmunodeficiencia, lo que a la postre permite que pueda ser atacada por cualquier infección oportunista producida por bacterias, hongos u otros virus que una persona sana sí podría enfrentar, ocasionándole la muerte.
51. Conforme a ello, este Colegiado considera que la regla de la inmutabilidad debe relativizarse ante la patología del VIH/SIDA debido a su carácter de enfermedad infecciosa terminal. Tal situación no afecta el sustento de la comprobación de la pensión de invalidez, pues la posibilidad de que se genere una mejoría en un paciente afectado de VIH/SIDA, que bien puede originarse en la efectividad del tratamiento antirretroviral, no incidirá en el carácter terminal de la enfermedad. Asimismo, el riesgo de que se produzca un error en la declaración del estado de invalidez resulta bastante improbable en el caso de una persona que padece VIH/SIDA, en la medida que el informe del médico evaluador, requisito previo a la declaración, se basa en un examen especial que tiene en cuenta diversos elementos, como la carga vírica, el recuento de linfocitos y la información clínica del paciente. En ese sentido, es pertinente mencionar que la regla de inmutabilidad no es un concepto absoluto y que tampoco la facultad de fiscalización o control posterior se encuentra exenta de límites, como en los supuestos en que la entidad previsional haya afectado el derecho al debido proceso. Esta afectación también se configura cuando la decisión administrativa no respeta adecuados términos de razonabilidad y proporcionalidad.

Información requerida en sede del Tribunal Constitucional

52. Este Colegiado considera conveniente, antes de analizar la controversia, detallar la información requerida en uso de la atribución conferida por el artículo 119º del Código Procesal Constitucional.

- Mediante resolución del 30 de abril de 2010 se solicitó al actor el certificado médico emitido dentro de los alcances del artículo 26 del



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04749-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
JACINTO FRANCISCO VILLACORTA
GUEVARA

Decreto Ley 19990. Con fecha 5 de agosto de 2010, el accionante cumple el mandato y presenta la Carta 217-CMEyCIU-HB-VLE-ESSALID-2010, suscrita por el médico Fernando Renato Rao Benites en su calidad de Presidente de la Comisión Médica Evaluadora y Calificadora del Hospital Base “Víctor Lazarte Echegaray”, que contiene el Certificado Médico del 9 de junio de 2010 y el Informe de Evaluación Médica de Incapacidad del 27 de mayo de 2010.

- Por resolución del 29 de noviembre de 2010 se ofició al Hospital Base “Víctor Larco Echegaray” a efectos de que: (i) proceda a la remisión de la historia clínica 7144227 o la que corresponda, que respalde el certificado médico de invalidez del 25 de marzo de 2003, el certificado médico DL 19990, del 21 de febrero de 2007, emitido por la Comisión Médica Evaluadora y Calificadora de Incapacidades–Operativo ONP, y el certificado médico del 9 de junio de 2010, expedido por la Comisión Médica Evaluadora y Calificadora, en el que se detalle, además de la información relativa a la atención efectuada al paciente desde la fecha del diagnóstico que dio inicio a la discapacidad, el porcentaje de incapacidad que ocasiona la infección por VIH, la diabetes mellitus II y las complicaciones asociadas como la dislipidemia y la lipodistrofia, señaladas en el informe de evaluación médica de incapacidad del 27 de mayo de 2010; (ii) presente un informe médico que consigne los elementos que se han tomado en cuenta para determinar la valoración de la incapacidad laboral, así como la evaluación de la disfunción, es decir, de la pérdida o anormalidad de estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica; y si la valoración de la invalidez ha tomado en cuenta la presencia definida de enfermedad oportunista o tumor maligno como sintomático; y (iii) informe cuál es la entidad que viene brindado el tratamiento TARGA al paciente y cuál es el grado de adherencia al tratamiento. Por Carta 545-CMEyCIU-HB-VLE-ESSALUD-2010 se remite nuevamente la documentación referida en el punto anterior, y se indica que el certificado médico de invalidez del 25 de marzo de 2003, no se encuentra registrado en el libro de actas ni en el archivo físico de las Comisiones Médicas de Incapacidades. Asimismo, se precisa, en relación al certificado Médico DL 19990 del 21 de febrero de 2007, que el paciente fue atendido por el operativo convenio que existe entre EsSalud y la ONP, por lo que la información debe ser solicitada a la entidad previsional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04749-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

JACINTO FRANCISCO VILLACORTA

GUEVARA

- Por resolución del 6 de enero de 2011 se reitera el oficio al Hospital Base “Víctor Larco Echegaray” acotándose que el requerimiento previo no ha sido cumplido a cabalidad. Mediante Carta 123-D-HB-VLE-G-RALL-ESSALUD-2011 se remite la historia clínica fedateada perteneciente al demandante.
- Por resolución del 5 de abril de 2011, se oficia a la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, a efectos de que remita el cuaderno cautelar recaído en el expediente 2082-2008, el cual a la fecha no ha sido enviado.

§ Análisis del caso concreto

53. La Resolución 30850-2007-ONP/DC/DL 19990, del 9 de abril de 2007 (f. 8), declara la caducidad de la pensión de invalidez definitiva, advirtiéndose que la ONP sustenta su facultad de revisión en el artículo 12º de la Constitución, el numeral 14 del artículo 3º de la Ley 28532, el artículo 1º de la Ley 27023 y el artículo 4º del Decreto Supremo 166-2005-EF. Asimismo, ampara su accionar en el hecho de que “[por] las acciones administrativas dispuestas en el departamento de La Libertad, medicamente se ha determinado que en muchos casos el estado de incapacidad no subsiste, y por ende las condiciones que dieron lugar al otorgamiento de la pensión de invalidez tampoco subsisten” (sic). Por último, para acreditar que el actor se encuentra dentro de los alcances del inciso a) del artículo 24º del Decreto Ley 19990, señala que “de acuerdo con el Dictamen de Comisión Médica de folios 92, se ha comprobado que don JACINTO FRANCISCO VILLACORTA GUEVARA presenta una enfermedad con un grado de incapacidad que no le impide ganar un monto equivalente al que percibe como pensión” (sic).
54. Para analizar la actuación de la entidad previsional, este Colegiado estima pertinente evaluar el procedimiento llevado a cabo para la comprobación del estado de invalidez, esto sin perjuicio de la calidad de enfermedad terminal que tiene el VIH/SIDA, y que de plano restaría legitimidad al control posterior efectuado por la demandada, pues tal como se ha mencionado, en el caso de esta patología la comisión médica y demás entidades involucradas tienen una restricción para la revisión de la pensión de invalidez, cuando esta actuación conlleve la inmediata la extinción de la prestación previsional.
55. En tal sentido, debe precisarse que mediante escrito del 12 de agosto de 2008, la ONP presenta el Certificado Médico DL 19990, D.S. 166-2005-EF, expedido



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04749-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

JACINTO FRANCISCO VILLACORTA

GUEVARA

con fecha 21 de febrero de 2007 (f. 64) por la Comisión Médica de la Red Asistencial La Libertad, en el cual la Comisión Médica Calificadora de Incapacidades determina, en función al diagnóstico de las enfermedades por VIH asintomático (B20.9), dislipidemia (E78.2) y diabetes mellitus (E13.9), que el actor tiene una incapacidad permanente con grado parcial y que le ocasiona un menoscabo global de 27%. Asimismo, en el rubro observaciones, se advierte que el accionante debe someterse a una reevaluación en seis meses.

56. Posteriormente, por Carta 217-CMEyCIU-HB-VLE-ESSALUD-2010, firmada por el médico Fernando Renato Rao Benites como Presidente de la Comisión Médica Evaluadora, se remite el Certificado Médico D.S. 166-2005-EF y el Informe de Evaluación Médica de Incapacidad DS 166-2005-EF del 27 de mayo de 2010 (f. 9, 10 y 11 del cuaderno del Tribunal Constitucional). El informe médico suscrito por el galeno Alex Napoleón Castañeda Sabogal de la especialidad de infectología y por el galeno Fernando Gross Melo como jefe del Departamento de Medicina, consigna en el ítem de anamnesis que el actor es un *"Paciente con dx de Infección por Virus de Inmunodeficiencia Adquirida con ELISA reactivo en Octubre 2001; recibiendo TARGA en AZT + 3TC + 1DV en Enero 2002 en adelante. A lo largo de los años ha tenido cambios de esquema por recaídas, siendo su último esquema AZT + 3TC + ATV₁₅₀ + RTV, con buena evaluación. Presenta además como enfermedad concomitante diabetes mellitus tipo 2 y como complicaciones asociadas dislipidemia y lipodistrofia"* (sic). Asimismo, consigna en el rubro de resultados de exámenes de ayuda al diagnóstico CD4 724 cells/mm³, y en cuanto a la capacidad de reinserción laboral el informe señala que *"No requiere reinserción laboral por edad mayor a 70 años. A potestad de Comisión y/o del paciente"*. (sic). El diagnóstico es por infección por virus de inmunodeficiencia humana, asintomático y diabetes mellitus tipo 2. Por último, en la sección de observaciones, se consigna que el *"Paciente presenta enfermedad de fondo que al momento no tiene cura, pero es recuperable, evolucionando favorablemente. Tiene informe previo de incapacidad"* (sic).

57. Del documento médico precitado este Colegiado advierte determinados hechos que denotan las particularidades del VIH/SIDA como enfermedad terminal y la afección que causa en el actor. En primer lugar, se advierte que el actor ha presentado a lo largo de los años, desde que inició el tratamiento con antirretrovirales, cambios en el esquema de la infección por recaídas, lo que deja entrever la posibilidad de que estas complicaciones se presenten en el futuro. En segundo lugar, que si bien el accionante tendría un recuento de CD4 de 724 células/ml en su estado inmunitario, el informe de evaluación no consigna la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04749-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

JACINTO FRANCISCO VILLACORTA

GUEVARA

carga vírica, siendo necesario contar con exámenes recientes, los que tampoco obran en la historia clínica. En tercer lugar, que el médico evaluador ratifica que se trata de una enfermedad incurable y que el actor cuenta con un informe previo de incapacidad. Y por último, que la reinserción laboral, al no ser obligatoria por la edad del actor, queda a potestad de la Comisión Médica Calificadora de Incapacidad y/o del paciente, vale decir que es en esta entidad en quien recae la decisión de establecer una incapacidad.

58. De otro lado, el Certificado Médico D.S. 166-2005-EF, del 9 de junio de 2010, elaborado en atención al informe médico indicado, suscrito por los médicos Italo Silva Vilchez, Edwin Gálvez y Fernando Rao Benites, establece una incapacidad de naturaleza permanente y un grado de incapacidad parcial con un menoscabo global de 27%, sin tomar en cuenta el menoscabo combinado derivado del diagnóstico, ni los factores complementarios. Al respecto, es necesario hacer notar que el Certificado Médico del 21 de febrero de 2007, elaborado en el marco del convenio operativo ONP-EsSalud, y que fue el sustento para la declaración de caducidad de la pensión de invalidez, también fue suscrito por el Dr. Fernando Rao Benites como representante de EsSalud. Esta situación, si bien no constituye una irregularidad administrativa, incide, a criterio de este Tribunal, en la calificación de la invalidez efectuada posteriormente por EsSalud en el Certificado Médico de fecha 9 de junio de 2010, pues uno de los médicos integró ambas la CMCI, lo que afecta la objetividad del colegiado médico de EsSalud, en la medida que uno de sus miembros con anterioridad había dictaminado sobre la invalidez del actor. Asimismo, debe señalarse que la citada entidad, cuando se le oficia a efectos que presente un informe con los elementos que se han tomado en cuenta para determinar la valoración de la incapacidad laboral efectuada en el operativo ONP y EsSalud, sostiene que dicha información debe ser solicitada a la ONP, cuando es sabido que la demandada califica las pensiones, pero la obligada a registrar los actos médicos es la entidad que participó en el procedimiento de evaluación o de comprobación de la invalidez. Por último, se advierte también que en el mencionado documento se coloca en el rubro observaciones que el actor debe reevaluarse en seis meses.

59. Las circunstancias descritas, a juicio de este Colegiado, evidencian un accionar irrazonable de la institución médica que no ha seguido las pautas básicas para la valoración de la enfermedad de VIH/SIDA ni para la composición del CMCI al momento de efectuar la reevaluación derivada de este proceso constitucional; así como de la entidad previsional, que a pesar de calificar la incapacidad como permanente, ordena una nueva evaluación y pese a ello declara la extinción de la pensión, lo que constituye una incongruencia que contraviene el debido proceso



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04749-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

JACINTO FRANCISCO VILLACORTA

GUEVARA

en su dimensión material aplicable también al procedimiento administrativo que se desarrolla en torno a la calificación o comprobación del estado de invalidez.

60. Debe añadirse que mediante la Resolución 19820-2008-ONP/DPR.SC/DL 19990, del 21 de julio de 2008 (f. 70 a 74), la demandada, en cumplimiento del mandato judicial recaído en la resolución 2, del 26 de mayo de 2007, que concede la medida cautelar, suspende los efectos de la resolución impugnada y reactiva provisionalmente la pensión de invalidez del demandante. Tal situación tiene como correlato que el actor se adscriba al sistema de seguridad social en salud y pueda seguir recibiendo el TARGA por parte de EsSalud, medicación que le permite mantener su estado de normalidad funcional y orgánica y paliar los efectos que la enfermedad terminal ocasiona en las personas que la padecen. Convalidar la actuación de la entidad previsional en este caso significaría no solo brindar legitimidad a una privación arbitraria de la pensión, sino lesionar el derecho a la salud del accionante con la suspensión del tratamiento antiretroviral combinado que, tal como se ha explicado, permite prolongar y mejorar la calidad de vida de las personas afectadas de VIH/SIDA, evitando que vivan en condiciones de inferioridad.
61. De lo expuesto, queda demostrado que la actuación de la ONP al efectuar la comprobación de una pensión de invalidez cuyo origen fue la enfermedad infecciosa de VIH/SIDA constituye una arbitrariedad que lesiona el derecho fundamental a la pensión del accionante. Del mismo modo, se ha verificado que el proceso administrativo seguido para la comprobación del estado de invalidez ha afectado los adecuados términos de razonabilidad en los que debe sustentarse las actuaciones de la Administración Pública, que en este caso adquiere una dimensión dañosa relevante, pues ha puesto en grave riesgo la salud y la vida del demandante. Por tal motivo, este Tribunal Constitucional estima la demanda.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda al haberse acreditado la vulneración de los derechos a la pensión y al debido proceso del accionante; en consecuencia, **NULA** la Resolución 30850-2007-ONP/DC/DL 19990.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04749-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

JACINTO FRANCISCO VILLACORTA

GUEVARA

2. Ordenar a la ONP que restituya la pensión de invalidez, lo cual importa, en el caso concreto, que la prestación previsional que el actor continúa percibiendo de modo provisional derivada de una medida cautelar, en atención a la Resolución 19820-2008-ONP/DPR.SC/DL 19990, del 21 de julio de 2008, se convierta en una de carácter definitivo.
3. Exhortar a la ONP para que, atendiendo al análisis que sobre el VIH/SIDA se desarrolla en la presente sentencia, limite las acciones de control posterior de las pensiones de invalidez, tomando en consideración lo expuesto en los fundamentos 48 a 51.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ

ETO CRUZ

BEAUMONT CALLIRGOS

Lo que certifica

WILSON ANDRÉS ALZAMORA