

MASTER UNIVERSITARIO EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD
EN LA CONSTITUCIÓN DE EL SALVADOR**

~

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

~

**PRESENTADO POR
ALBERTO ALFARO-ALVARADO**

**DIRIGIDO POR EL PROF. DR. D.
ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ**

Valencia, 2020

A mi familia

“La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad así como por la honra se puede y debe aventurar la vida”.

El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha

Miguel de Cervantes Saavedra

INDICE

SIGLAS Y ABREVIATURAS	I
RESUMEN	III
INTRODUCCIÓN	V
CAPÍTULO I.- EL ESTADO SOCIAL Y SU CONSTITUCIONALIZACIÓN COMO	
PRECURSOR DEL DERECHO A LA SALUD	1
1. El surgimiento del Estado social.....	2
2. La constitucionalización del Estado social.....	8
CAPÍTULO II.- EL DERECHO A LA SALUD	19
1. Cuestiones semánticas sobre el derecho a la salud.....	20
2. Definiendo la expresión “derecho a la salud”	25
3. La naturaleza del derecho a la salud.....	31
4. El objeto del derecho a la salud.....	33
5. Las obligaciones del Estado para la protección del derecho a la salud.....	36
CAPÍTULO III.- LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD	43
1. La legitimidad.....	44
2. La competencia.....	46
3. Límites y dificultades para la justiciabilidad del derecho a la salud.....	48
4. Mecanismos jurisdiccionales para la protección y justiciabilidad del derecho a la salud.....	50
4.1 El proceso de amparo.....	51
4.2 El proceso de inconstitucionalidad.....	54

5. Ampliación del acceso al derecho a la salud.....	56
5.1 Legitimación activa de intereses difusos en el proceso de amparo.....	56
5.2 El amparo frente a terceros: la justiciabilidad del derecho a la salud frente a particulares.....	58
5.3 El proceso de inconstitucionalidad por omisión.....	60
6. Ampliación del alcance de protección del derecho a la salud.....	61
6.1 El papel interpretativo del derecho internacional de derechos humanos	61
6.2 Prohibición de regresividad del derecho a la salud.....	62
CONCLUSIÓN.....	64
BIBLIOGRAFÍA.....	66

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AA. VV.	Autores varios
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CESCR	Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales
CN	Constitución de la República de El Salvador
CSJ	Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador
DD. HH.	Derechos humanos
DESC	Derechos económicos, sociales y culturales
DIDH	Derecho internacional de los derechos humanos
DO	Diario Oficial de la República de El Salvador
MINSAL	Ministerio de Salud de la República de El Salvador
OEA	Organización de los Estados Americanos
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OPS	Organización Panamericana de la Salud
SCA	Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia
SC	Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia
SNS	Sistema Nacional de Salud de la República de El Salvador
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN DE EL SALVADOR

THE PROTECTION OF THE RIGHT TO HEALTH IN THE CONSTITUTION OF EL SALVADOR

RESUMEN: El derecho a la salud constituye un modelo de progreso en las diferencias establecidas entre derechos sociales y fundamentales. La inclusión de este derecho en los textos constitucionales es uno de los logros más relevantes del constitucionalismo del siglo pasado, que se ha ido consumando de la mano del Estado social. La naturaleza de este derecho corresponde a la de un auténtico derecho fundamental, con facultades o poderes de actuación reconocidos como consecuencia de exigencias ético-jurídicas derivadas de la dignidad, libertad e igualdad inherentes a la persona humana. Su objeto viene constituido por obligaciones de carácter positivo y negativo, dirigidas hacia sus destinatarios, con especial relevancia: el Estado. El derecho internacional en materia de derechos humanos tiene un valor interpretativo muy importante al momento de definir el contenido y alcance de este derecho. Su justiciabilidad ha generado debate en cuanto a la legitimidad y competencia de los tribunales para la protección del mismo. Asimismo, su justiciabilidad plantea dificultades relacionadas con la falta de especificación de su contenido y alcance, además de límites e inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales, así como una falta de tradición jurídica en su protección. Para ello, se propondrán formas novedosas de ampliación del acceso a este derecho y alcance de su protección.

PALABRAS CLAVE: Estado social, Derecho a la salud, justiciabilidad.

ABSTRACT: The right to health constitutes a model of progress in the established differences between social and fundamental rights. The inclusion of this right in constitutional texts is one of the most relevant achievements of constitutionalism in the last century, which has been consummated by the hand of the social state. The nature of this right corresponds to that of an authentic fundamental right, with faculties or powers of action recognized as a consequence of ethical-legal demands derived from the dignity, freedom and equality inherent in the human person. Its purpose is constituted by obligations of a positive and negative nature, directed towards its recipients, with special relevance: the State. International human rights law has a very important interpretative value when defining the content and scope of this law. Its justiciability has generated debate regarding the legitimacy and jurisdiction of the courts to protect it. Likewise, its justiciability poses difficulties related to the lack of specification of its content and scope, limits and inadequacy of traditional procedural mechanisms, as well as a lack of legal tradition in its protection. For this, new ways of expanding access to this right and scope of its protection are proposed.

KEY WORDS: Social state, Right to health, Justiciability

INTRODUCCIÓN

El derecho a la salud de la salud constituye un modelo de progreso en las diferencias establecidas entre derechos sociales y fundamentales. La inclusión de este derecho en los textos constitucionales se ha ido consumando de la mano del Estado social. Sin embargo, en la Constitución salvadoreña este derecho se constituye como una figura compleja, debido a su estrecha vinculación con otros bienes constitucionalmente protegidos como la vida y la integridad. En ese contexto, la justiciabilidad del derecho a la salud plantea límites y dificultades y, por ello, se vuelve necesario analizar las mismas y proponer medidas que contribuyan a mejorar su protección y justiciabilidad.

El objetivo del presente Trabajo de Fin de Máster consiste en analizar, desde una perspectiva constitucional, la protección del derecho a la salud en la Constitución de El Salvador. Concretamente, analizar el acceso al mismo, su naturaleza jurídica, y los límites y dificultades que plantea su protección y justiciabilidad. En ese sentido, se intentará responder si efectivamente existe hoy en día una plena protección del derecho a la salud en El Salvador. Finalmente, y de ser el caso, se establecerán las principales deficiencias que presenta el mismo y se propondrán medidas que contribuyan a mejorar la protección y justiciabilidad del derecho a la salud en El Salvador.

En el primer capítulo de la presente investigación se abordará lo correspondiente al surgimiento del Estado social y la constitucionalización del mismo como antecedentes del derecho a la salud, lo que nos contextualizará y remontará a las primeras causas por las que surge el reconocimiento de este derecho en el constitucionalismo del siglo pasado.

En el segundo capítulo, se analizará lo relacionado a la definición del concepto “derecho a la salud”, las cuestiones semánticas en relación al mismo, la naturaleza de este derecho y el objeto del mismo, así como las obligaciones que derivan hacia el Estado para su protección, lo que nos dará una visión objetiva en cuanto al alcance y contenido de este derecho.

En el tercer capítulo se examinará lo relativo a la legitimidad y competencia de los tribunales para la protección y justiciabilidad del derecho a la salud. Asimismo, se analizarán los límites y dificultades que plantea la justiciabilidad de este derecho, haciendo referencia a la falta de especificación del contenido y alcance del Derecho a la Salud; límites procesales e inadecuación de los mecanismos procesales de protección tradicionales; y, la falta de tradición en la protección jurídica de este Derecho. Además, se abordarán los mecanismos jurisdiccionales protección del derecho a la salud: el proceso de amparo y el proceso de inconstitucionalidad. Finalmente se propondrán formas novedosas se ampliación del acceso al derecho a la salud y alcance de su protección

Para todo ello, se combinará un análisis de bibliografía sobre la teoría de los derechos sociales, con especial énfasis en el derecho a la salud, así como un análisis de legislación nacional y comparada sobre el derecho a la salud.

CAPÍTULO I.- EL ESTADO SOCIAL Y SU CONSTITUCIONALIZACIÓN COMO PRECURSOR DEL DERECHO A LA SALUD

El reconocimiento constitucional del derecho a la salud no ha sido, bajo ningún contexto, asunto baladí. Representa un largo camino que inició hace más de doscientos años. Desde el sistema de beneficencia para la asistencia sanitaria y los seguros de enfermedad de Bismarck, se alcanzó, por fin, la inserción y la protección constitucional de este derecho, que es uno de los más singulares del constitucionalismo moderno. El derecho a la salud es uno de los derechos sociales por antonomasia. Por ello, desde la Constitución salvadoreña de 1950, ha sido elevado a la categoría de bien público.

El proceso de inclusión de este derecho dentro de las distintas constituciones, ha sido simultáneo con el Estado social. El entendimiento de este derecho en cuanto a su alcance, naturaleza y contenido, ha sufrido transformaciones radicales en la medida que el Estado ha adoptado nuevas funciones y roles. Desde el Estado de Derecho que se desentendía de la situación social de los individuos, hasta el Estado social de Derecho interventor y transformador de la realidad social.

La particularidad de este derecho, consiste en ser el paradigma más evidente del fin de las diferencias que, desde hace mucho tiempo, se habían establecido entre las libertades individuales y los derechos sociales. En ese contexto, la Constitución salvadoreña de 1983, establece que es obligación del Estado, asegurar a los habitantes de la República el goce de la salud.

1. El surgimiento del Estado Social

El Estado Social se erige como la unión entre la sociedad civil y el Estado, en contraposición al Estado liberal, en el que el Estado únicamente se encontraba legitimado para garantizar la seguridad, la justicia y obras públicas, estando vedada cualquier forma de intervención, al entenderse que la misma constituía un abuso de poder e injerencia en los asuntos de la sociedad civil¹. Históricamente, significa el intento de adaptación del Estado tradicional a las condiciones sociales de la civilización industrial y postindustrial con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas para enfrentarla². En ese contexto, se plantea la intervención estatal como algo necesario para remediar las malas condiciones de vida, de la población más desamparada³. Asimismo, para adoptar medidas que logren atenuar el conflicto social⁴.

¹ GARCÍA COTARELO, J.: *Del Estado del bienestar al Estado del malestar*, 2ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 11 y ss.

² GARCÍA-PELAYO, M.: *Transformaciones del Estado contemporáneo*, 2ª ed. (9ª imp. 1995), Alianza Editorial, Madrid, 1985, p. 18.

³ Para DÍAZ, el Estado Social surge como alternativa ante la grave crisis y las insostenibles carencias e insuficiencias del modelo liberal, patentes ya con toda claridad desde, al menos, los años 1914-1918. En este modelo el Estado se vuelve decididamente intervencionista para poder atender y llevar a la práctica las demandas sociales de mayor igualdad, derechos y libertades para los menos favorecidos, introduciendo reformas, correcciones, regulaciones y redistribuciones. *Vid.* DÍAZ, E. “Estado y Democracia”, en Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura, Nº 19-20, Cáceres, 2001-2002, pp. 212-213. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=831255> (fecha de consulta: 1/IV/2020).

⁴ FORSTHOFF, E., “Problemas constitucionales del Estado social”, en ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E. y DOEHRING, K., *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 47-48.

Se encuentra conformado por normas y principios que regulan la vertiente social y colectiva del Estado. Respecto de su conceptualización, no se debe confundir la categoría de “Estado Social” con la de “Estado de Bienestar”, puesto que, la primera, se refiere a un modelo constitucional, mientras que, la segunda, hace referencia de manera genérica a la existencia de políticas públicas orientadas a satisfacer necesidades sociales, sin que las mismas tengan su correlato en el texto constitucional⁵. Al hablar del Estado de Bienestar, nos movemos en el campo de la teoría política; concretamente en la teoría de los fines del Estado, que no exige, necesariamente, una teoría constitucional⁶.

Su fundamento radica en el acuerdo entre capital y trabajo. De ahí que el texto de la Constitución no sea solamente el resultado de la decisión del Poder Constituyente, sino también una garantía del cumplimiento del acuerdo entre capital y trabajo⁷. Por ello, a diferencia de lo que sucede en otros modelos constitucionales, en el Estado Social, el legislador y los poderes públicos no tienen la libertad para determinar qué medidas o normas son las que afectan al contenido “social” que ha sido incorporado en el texto constitucional, sino que, se encuentran obligados a respetar sus reglas y principios, así como a potenciar y extender los mismos⁸.

⁵ ASENSI SABATER, J. “Origen e Historia del Estado Social”, en Noguera Fernández, A. y Guamán Hernández, A. (directores), *Lecciones Sobre Estado Social y Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 25-26.

⁶ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., “El Estado Social”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 23, Núm. 69, septiembre-diciembre, 2003, p. 146. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/802674.pdf> (fecha de consulta: 1/IV/2020).

⁷ ASENSI SABATER, J., *Lecciones Sobre Estado Social...*, op. cit, pp. 25-26.

⁸ *Ídem.*

En este modelo, la Constitución establece un conjunto de derechos sociales; asimismo, erige tareas al Estado para que los garantice; y, además, otorga instrumentos a los poderes públicos para intervenir en la economía, equilibrar las desigualdades y promocionar bienes públicos⁹.

El origen histórico del Estado Social está relacionado con el liberalismo de finales del siglo XVIII, que trajo consigo un incremento en el grado de participación en la política y aumento del poder económico de la clase burguesa. En dicho período, se sustituye el sistema económico y político del antiguo régimen y se redefine la relación entre Estado y sociedad. Este nuevo régimen, basado en principios de liberalismo económico, implantó sus principios teóricos en las relaciones de producción e intercambio de bienes que favorecieron al poder económico de la burguesía liberal¹⁰.

⁹ Por ello, se ha sostenido que el Estado Social, “...más que una realidad, es un concepto tendencial. Consiste en un sistema de solidaridad nacional [...] gestionado por los poderes públicos con participación ciudadana efectiva y con respeto a la primacía del Derecho y de los derechos” *Vid.* TORRES DEL MORAL, A.: *Principios de Derecho Constitucional Español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 5a edición, 2004. Tomo I, p. 51. Asimismo, *vid.* TAJADURA, J. (dir.): *Los principios rectores de la política social y económica*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004.

¹⁰ Para TOMÁS Y VALIENTE, las principales libertades de contenido económico amparadas en este período consistían en: “a) Libertad de comercializar cualquier producto de la tierra o cualquier “obra de la industria”. b) Libertad de precio: “Todo se podrá vender y revender al precio y en la manera que más acomode a sus dueños”. c) Libertad para el ejercicio del comercio y de la industria. [...] d) Libertad de circulación por todo el territorio nacional de los granos y de las “demás producciones” y muy en especial de los “objetos de comer, beber y arder”. e) Supresión de las aduanas interiores, existentes durante el Antiguo Régimen [...] Se trató, pues, con todas estas disposiciones de crear un mercado nacional y libre, de proteger el libre ejercicio del comercio y de la industria, de suprimir las tasas o fijaciones estatales de precios, y de garantizar la “libre concurrencia del trabajo y el capital”. En este período el trabajo era considerado una mercancía y sujetaba el mismo al juego de la oferta y la demanda, a efecto de establecer con naturalidad y sin presiones ajenas el precio justo del mismo, el precio de concurrencia. De esto se derivaron dos consecuencias jurídicas: Primera, en la

Bajo esta perspectiva, el Estado consiste en una organización racional, dotada de una estructura jerárquica y orientada hacia ciertos objetivos y valores. Dicha racionalidad se encuentra en la ley, con sus características de generalidad y abstracción, en la división de poderes y en la organización burocrática de la Administración. Por otra parte, la sociedad se entiende como un orden espontáneo, dotado de racionalidad inmanente que se expresa en leyes económicas y basada en una estructura horizontal¹¹. En este esquema, el liberalismo defendía la existencia de un orden natural que no debía ser controlado por el Estado, instaurado en la libre concurrencia del trabajo y el capital, para el bienestar económico y el progreso social. El Estado debía limitarse a garantizar las condiciones adecuadas para que se diera una armonía natural y espontánea en el desarrollo de la actividad civil.

Sin embargo, con el surgimiento del capitalismo en Europa, a la situación social le sobrevienen cambios que acaban con la idea de la armonía natural y espontánea que pregona el liberalismo. Lo anterior, debido a que la concentración del capital y la producción, provoca la creación monopolios financieros. Además, coincidiendo con el desarrollo fabril, ocurre un empobrecimiento masivo de los trabajadores industriales y la población rural. El abandono rural, el aumento de la población en las ciudades y la presencia de una gran cantidad de personas trabajadoras que viven de la venta de su

relación de trabajo de dos individuos el Estado no podía intervenir ni fijar condiciones mínimas de jornal ni de duración. Segunda. Las asociaciones de trabajadores con finalidades de protección y contratación colectiva fueron repudiadas. *Vid.* TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho español*, 4a ed., (12a reimpr.), Tecnos, Madrid, 2004, pp. 414-416.

¹¹ GARCÍA-PELAYO, M.: *Transformaciones del Estado...*, op. cit., pp. 21-22.

trabajo, cambian totalmente las relaciones sociales. En ese contexto, las personas se vuelven dependientes del trabajo y su salario, puesto que lo contrario significaba la imposibilidad de acceder a bienes que aseguren su mínimo vital¹². Esta menesterosidad social no solo afectó a las clases más desfavorecidas, sino también a las privilegiadas. Así, la sociedad se volvió cada vez más conflictiva y no fue capaz de autorregularse. En dicho escenario, la única solución, que se perfiló como viable, consistió en permitir que el Estado interviniera para corregir los fallos ocurridos en el mercado¹³, por medio de la adopción de medidas dirigidas a redistribuir la riqueza y conceder prestaciones sociales.

La “cuestión social”, como antecedente del Estado Social, ocurre en Europa durante el siglo XIX. De manera creciente, las clases menos favorecidas fueron tomando conciencia de la situación que les embargaba, de la falta de correlación entre sus necesidades y las de las clases más privilegiadas, asimismo, del deber de actuar por medio de organizaciones en defensa de sus intereses.

En un primer momento, aparecen dos pensamientos doctrinarios para el abordaje de la “cuestión social”, que buscaban encontrar alternativas a los efectos nocivos de la revolución industrial. Por una parte, el marxismo y el socialismo revolucionario, ofrecían propuestas subversivas y de total emancipación de la sociedad frente al Estado y entendían a este último como una estructura de poder al servicio de la burguesía y lo identificaban como el causante de la desigualdad material. Por otra parte, el socialismo moderado y el socialismo conservador, apelaban por un proceso gradual en la implementación de

¹² FORSTHOFF, E., “Problemas constitucionales... op. cit. pp. 48-49.

¹³ DE CABO MARTÍN, C., *La crisis del Estado Social*. PPU, Barcelona, 1986, pp. 20-30.

reformas sociales que solucionaran la desigualdad. Estas últimas corrientes de pensamiento, buscaban potenciar la misión social del Estado¹⁴, en contradicción con la tradición socialista que concebía la revolución social frente al Estado y no a partir de este.

En la formación del concepto de Estado Social, la desigualdad social no se eliminaba por medio de una revolución social en contra del Estado¹⁵. Lejos de eso, la lucha se planteaba en contra de contenidos y modalidades específicas del Estado. El voto universal se concebía como el medio para redefinir al Estado como un instrumento “vicarial” de la democracia social. A partir del sufragio universal, se obtienen mejoras para la clase trabajadora, quienes asumen especial interés en fortalecer la orientación social del Estado. Es precisamente a partir del voto universal que la clase trabajadora se organiza y crea cooperativas que le permiten competir con la economía capitalista y, por tanto, emanciparse. El Estado renuncia a su antigua postura abstencionista y se convierte en un elemento de transformación social, procurando el máximo desarrollo de los individuos que integran la sociedad. Bajo esta perspectiva, Estado y sociedad ya no se concebían como conceptos excluyentes, sino, como dos elementos que constituyen toda comunidad humana y que son integrados por las mismas personas. Por ello, la transformación hacia una sociedad con la que todos estén de acuerdo, resultaba necesaria¹⁶.

¹⁴ GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1984, p.34.

¹⁵ LASSALLE, F., *Discours et pamphlets*, trad. V. Dave y L. Remy, V. Giard et E. Brière, Paris, 1903.

¹⁶ VON STEIN, L., *Movimientos sociales y monarquía*, trad. E. Tierno Galván, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pp. 27-31.

2. La constitucionalización del Estado Social

En Europa, tras las dos grandes guerras mundiales acontecidas en la primera mitad del siglo XX, la idea del Estado Social se acrecentó. Las crudas consecuencias económicas, sociales y políticas causadas por los conflictos bélicos, dejó en evidencia la necesaria intervención del Estado para superar los obstáculos que planteaba la crisis generalizada. No obstante, se había cuestionado la existencia del Estado. Pues, si el Estado liberal aspiraba a no perder su vigencia, tenía que reinventarse y perfeccionar sus aspectos sociales, económicos y culturales. Fue precisamente ese interés por disipar los cuestionamientos que habían surgido respecto de su existencia, el que movió al Estado a estructurar a la sociedad¹⁷.

Como ya se adelantaba en líneas anteriores, en el marco del Estado liberal, el Estado únicamente se encontraba legitimado para garantizar la seguridad, la justicia y obras públicas, estando vedada cualquier forma de intervención, al entenderse que la misma constituía un abuso de poder e injerencia en los asuntos de la sociedad civil¹⁸. Sin embargo, los conflictos bélicos mundiales facilitaron la deslegitimación del Estado, puesto que la seguridad de la sociedad civil corría peligro de manera continua. A partir de ahí, al Estado liberal que no intervenía en asuntos sociales, económicos y culturales, se le comenzó a culpar por la crisis económica causada por la guerra. En ese contexto, dejó de considerarse legítimo al Estado que apelaba a su carácter neutral, de árbitro. En sentido inverso, comenzó a considerarse legítimo al Estado que intervenía para remediar los conflictos

¹⁷ GARCÍA-PELAYO, M.: *Transformaciones del Estado...*, op. cit., pp. 21-25.

¹⁸ GARCÍA COTARELO, J.: *Del Estado del bienestar...*, op. cit., pp. 11 y ss.

sociales. En un principio, dicha intervención social, se realizaba de manera exorbitante al formalismo propio del Estado de Derecho. Las transformaciones acontecerán luego de la Segunda Guerra Mundial, momento en el que el Estado mostrará, desde su estructura, los cambios que ha sufrido la sociedad y organizará un orden social y económico diferente al mostrado en otras épocas. Su nueva legitimación ya no solo se fundamentará en conservar un régimen de libertades, sino también, en la igualdad progresiva de la sociedad. Así, el Estado social se conjugará como la suma de la libertad y la igualdad que, en otros tiempos, habían sido considerados como excluyentes. En ese sentido, la constitucionalización del Estado social supone un cambio de paradigma en las relaciones entre Estado y sociedad, así como en las funciones del primero.

El antecedente del constitucionalismo del Estado Social lo conforman la Constitución mexicana de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919, siendo las primeras en plasmar los principales temas del Estado Social. En ambos textos, no se establece expresamente la “cláusula social”, sin embargo, fueron pioneros en incluir, además de los derechos clásicos de libertad, un extenso catálogo de derechos sociales¹⁹.

La Constitución de Weimar, establecía una orientación muy diferente a los precedentes constitucionales liberales. Pues, en su texto, reflejaba las transformaciones sociales que se estaban produciendo en Europa, y específicamente en Alemania, como consecuencia del ascenso de los partidos obreros, el desarrollo de la sociedad industrial y

¹⁹ El artículo 151 de la Constitución de Weimar establecía que “*el orden de la vida económica debe responder a los principios de la justicia con el objetivo de garantizar a todos una existencia humana digna*”.

la concentración de nuevas funciones y fines en el Estado para llevar a efecto un programa de reformas²⁰.

Supone, además, la ruptura con la concepción liberal clásica, según la cual la Constitución expresa un orden natural, para cuya satisfacción basta con que la Constitución cuente con un adecuado equilibrio de poderes y con procedimientos formales para la resolución de conflictos. En el texto de Weimar, por el contrario, la Constitución pasa a integrar un programa de principios y valores, preceptos programáticos que buscan su realización a partir de los nuevos sujetos sociales²¹.

Sin embargo, la jurisprudencia de Weimar provocó que las exigencias sociales de la Constitución, quedarán reducidas a fórmulas vacías, carentes de contenido y fueron consideradas como programáticas, desprovistas de significado y carácter vinculante para el legislador²². Así, la constitucionalización de los derechos sociales derivó en la dificultad de su aplicación y complicó la eficacia jurídica de los mismos, quedando relegados a la categoría de recomendaciones sociales y económicas.

La expresión “Estado social de Derecho”²³, fue acuñada hasta 1929 y dota al Estado de contenido social, para mitigar las desigualdades en las que había desembocado el Estado liberal. El Estado de Derecho, como concepto, era aceptado y no fue puesto en discusión

²⁰ ASENSI SABATER, J., *Lecciones Sobre Estado Social...*, op. cit, p. 28.

²¹ *Ídem*.

²² ABENDROTH, W., “El Estado de derecho democrático y social”, en ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E. y DOEHRING, K., *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 19-20.

²³ HELLER, H., “¿Estado de Derecho o dictadura?”, en *Escritos Políticos*, trad. Gómez de Arteche, S., Alianza Universidad, Madrid, 1985, pp. 283-301.

sino hasta el final de la primera Guerra Mundial. Resulta curioso que, en el período de desarrollo del capitalismo, sea la clase trabajadora quien haga propia la idea de democracia ampliamente utilizada por la clase burguesa, pero en su vertiente social. Esto ocurre por medio de partidos políticos y sindicatos que consiguen formar parte del Órgano Legislativo y se establece, en términos jurídicos y políticos, en un mismo nivel con la burguesía. En el ejercicio de la función legislativa, la clase trabajadora trata de obstaculizar las ambiciones de la clase burguesa, reclamando prestaciones y sustrayendo la propiedad en función social. Ante esta situación, la clase burguesa empieza a poner en tela de juicio al Estado de Derecho y los principios que lo conforman.

La conciencia de la crisis del Estado de Derecho se vuelve general y como una superación a dicha crisis se presenta la acomodación del Estado de Derecho a las urgentes tareas sociales por medio de una remodelación o reinterpretación del Estado de Derecho como Estado social de Derecho²⁴.

Con la inclusión del concepto Estado social de Derecho en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, se plantea la cuestión de si realmente es posible la unión del elemento social y del liberal dentro de una Constitución, puesto que ello implicaba adoptar el Estado de Derecho estricto y, sobre el mismo, examinar hasta qué punto era compatible con las reivindicaciones que planteaba el Estado social²⁵. Para ciertos sectores de la doctrina, el Estado de Derecho era incompatible a nivel constitucional con el Estado social y viceversa

²⁴ FORSTHOFF, E., “Concepto y esencia del Estado social de Derecho”, en ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E. y DOEHRING, K., *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 74.

²⁵ *Ibidem*, p.80.

y, este último solo podía ser incorporado en la legislación ordinaria, concretamente, en el ámbito de la actuación de la Administración pública, sede natural en donde ejerce sus funciones el Estado social. Por otra parte, se sostenía que las garantías del Estado de Derecho no podían equipararse a las reivindicaciones del Estado social, puesto que se entendía que este último no era un concepto jurídico y, en ese sentido, no podía generar derechos ni obligaciones.

Se sostenía, además, el alto grado de formalización que caracteriza a la Constitución del Estado de Derecho, que se manifestaba en la división de poderes, en el principio de legalidad, en el concepto de ley, en la garantía de los derechos fundamentales y en la independencia judicial. Se entendía que precisamente dichos elementos eran los que dotaban de eficacia al Estado de Derecho y no los elementos ideológicos contenidos en el concepto de Estado social.

En el Estado de Derecho, las garantías a los derechos fundamentales podían establecerse de manera general y abstracta y consistían en límites impuestos al poder y no interviene en la situación social del individuo. En cambio, en el Estado social, las garantías establecen derechos de participación e implica que el Estado intervenga no deje solo al individuo en su situación social. Por ello, Estado de Derecho y Estado social eran entendidos como conceptos antagónicos²⁶.

Además, se discutía sobre el carácter genérico y de aplicación inmediata que revestía a las normas sociales y por el que precisaban la intervención del legislador. Lo anterior, habida cuenta que en el texto de una Constitución no se podían precisar con

²⁶ *Ibidem*, pp. 85-86.

exactitud la totalidad de aspectos que componen la regulación social. En ese sentido, se tachaba a las normas sociales de ser normas meramente programáticas, ya que una norma constitucional debía caracterizarse precisamente por su aplicabilidad inmediata²⁷.

Ocurre cierta contradicción entre el Estado de Derecho y el Estado social en la medida que no se puede implantar la fórmula de Estado social dentro del Derecho Constitucional material. Pues, un abuso del Estado de Derecho, pondría fin a la función social y, con ello, peligraría la existencia misma del Estado. En sentido contrario, un abuso del Estado social, pondría fin al Estado de Derecho²⁸.

En contraposición a dicha postura, otra parte de la doctrina defendía la constitucionalidad del Estado social y la concurrencia del mismo con el Estado de Derecho. Consideraban, concretamente, que los componentes del Estado social no eran excluyentes con los del Estado de Derecho, sino que se encontraban en una situación de complementariedad, precisamente porque se entendía a la fórmula de Estado social como una norma fundamental de Derecho y base del ordenamiento jurídico. Se situaba como una precondition lógica de interpretación para el resto de normas²⁹. De esa manera, aunque en la Ley Fundamental de Bonn no se fijara el contenido material de la función social del Estado, sí que se podía fijar un contenido mínimo de ese principio que sirviera de orientación a la actividad del Estado. La vinculación de la noción de Estado social de

²⁷ *Ibidem*, pp. 87-88.

²⁸ *Ibidem*, p. 106.

²⁹ ABENDROTH, W., “Sobre el concepto de Estado de Derecho democrático y social tal como se formula en la Constitución de la República Federal de Alemania”, en *Sociedad antagónica y democracia política. Ensayos sobre sociología política*, Trad. M. Sacristán, Ediciones Grijalbo, Barcelona-México, 1973, p. 266.

Derecho con la de democracia, refleja que el Estado tiende a conseguir en cada caso una situación de compromiso entre los diversos grupos sociales que les garantice a los mismos un mínimo de criterios comunes para todos. La intervención estatal, desde una perspectiva democrática y con la finalidad de transformar el orden económico y social, resulta ineludible en aquellos casos en los que peligre la existencia digna de un grupo³⁰.

En la actualidad, los planteamientos por los que se le asociaba un carácter programático a la fórmula de Estado social, han sido plenamente superados. Hoy en día se acepta sin ambages a dicha fórmula como un principio rector vinculante³¹. El Estado social ha alcanzado una importancia monumental, precisamente fortalecida por su enlace con el Estado de Derecho; y, además, por la inserción en el artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn de la “cláusula de intangibilidad”³². Sin embargo, la dificultad que plantea la fórmula del Estado social de derecho, radica en el carácter abierto de la misma y el riesgo que corre el Derecho Constitucional en el debate político periódico, lo que podría degradarla a la “condición de fórmula vaporosa”³³.

En El Salvador, la discusión sobre el reconocimiento del Estado social de Derecho, llega con la Constitución de 1950, inspirada en Weimar y Querétaro. Si bien en su texto no reconocía la fórmula de “Estado social”, sí incluyó un Título específico en el que

³⁰ *Ibidem*, p. 280.

³¹ BENDA, E., “El Estado social de Derecho”, en *Manual de Derecho Constitucional*, IVAP-Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 521 y ss.

³² El artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn establece “No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20”.

³³ *Ibidem*, p. 522.

expresamente establecía el reconocimiento de diversos derechos sociales. Así, puede encontrarse el Título XI, denominado “Régimen de Derechos Sociales”, dentro del texto constitucional³⁴. A partir de ahí, el Estado de Derecho, no solo reconocía expresamente, sino que también protegía los derechos de contenido social incorporados en la Constitución.

Las siguientes líneas del discurso inaugural de la Asamblea Nacional Constituyente, resultan muy reveladoras sobre las nuevas concepciones sociales y políticas de la época:

“A la mitad exacta del siglo XX, en la culminación de una crisis mundial que ha sacudido con dos grandes guerras una misma generación, el pueblo salvadoreño quiere incorporarse no sólo en leyes ineficaces, sino en realizaciones efectivas a la gran corriente democrática que, en ampliación continua de horizontes, invade el mundo desde hace cerca de dos centurias. La concepción liberal llegó a nosotros y se plasmó en leyes de elevado contenido. Bajo ese signo nacimos a la vida independiente, y aún en las postrimerías del coloniaje nos cobijó con la Constitución de Cádiz. La corriente culminó en mil ochocientos ochenta y seis, año memorable en el cual una élite que acababa de ganar en guerra una batalla por el poder político, imprimió a las leyes su concepción liberal. La Constituyente de mil ochocientos ochenta y seis actuó a la altura de su época, y de ahí que mucho de lo que se hizo, aun cuando contrariaba la tradición aldeana, con la perspectiva del tiempo que

³⁴ El Título XI, de la Constitución salvadoreña de 1950, denominado “Régimen de Derechos Sociales”, establece el reconocimiento y protección de los derechos relativos a la familia (Capítulo I, arts. 180-181), el trabajo y seguridad social (Capítulo II, arts. 182-196), la cultura (Capítulo III, arts. 197-205) y la salud pública y asistencia social (Capítulo IV, arts. 206-210). En este último apartado, se reconoce el Derecho a la salud de los habitantes y lo eleva a la categoría de bien público, obligando tanto al Estado como a los individuos, a velar por su conservación y restablecimiento.

permite aquilatar los valores históricos, convirtiéndose en mérito, y los principios que causaron desasosiego, fueronse lentamente a lo hondo de la conciencia nacional y convirtiéronse en el ideal de varias generaciones, en causa con apóstoles y apóstatas, Sanchos y Quijotes, héroes y desertores, o sea en causa vital y humana con las tradiciones y vaivenes de lo vital y humano. El derecho Constitucional, es una doctrina científica que transforma de acuerdo con la historia. De aquellas Ciudades Estados que sirvieron a Aristóteles para inducir gran parte de su Política, al Estado liberal que creó la Revolución Francesa, por ejemplo, va mucha distancia. Y también la hay entre este último y el Estado promotor del bien público, barruntado por la misma Francia en mil ochocientos cuarenta y ocho, mejor concretado en la República de Weimar y haciéndose realidad cada día, en la mayor parte de los Estados democráticos de hoy”³⁵.

La Constitución salvadoreña de 1950 fue sucedida por la Constitución de 1963 y, esta última, por la actual Constitución de 1983. Los dos textos constitucionales posteriores a la Constitución de 1950, retoman el reconocimiento de los derechos sociales y su protección.

Al presente, desde diferentes ámbitos doctrinarios, se reclama el creciente deterioro y crisis actual del Estado social. En la búsqueda de soluciones, en el ámbito del Derecho Constitucional, se plantea cimentar, en el contexto del principio constitucional de la solidaridad, el concepto de Estado social interventor y transformador³⁶. Desde esa

³⁵ GALINDO POHL, R., *Documentos históricos*, El Salvador, Imprenta Nacional, San Salvador, 1950-1951, p. 31.

³⁶ DE CABO MARTÍN, C., *Teoría constitucional de la solidaridad*, Marcial Pons, Barcelona, 2006, p. 50.

perspectiva, se sitúa al Estado social y democrático de Derecho como una estructura en la que el Estado social es la condición básica por la que se determina el Estado democrático y el Estado de Derecho³⁷. Así, el Estado social, como principio, establece la composición de la totalidad de bienes constitucionalmente protegidos y, por ello, genera una transformación en el Derecho. Desde esta postura, el Derecho, además de adjudicarse una función promocional, aumenta exponencialmente el ámbito de sus competencias, causando una “lluvia de normas”³⁸. La transformación en el Derecho es cuantitativa y cualitativa por la preeminencia del aspecto objetivo sobre el subjetivo. Esta objetivación del Derecho, es una muestra del pluralismo existente en el proceso de formación de ley y en cómo son pactadas las normas en el Órgano Legislativo.

Debido a la reciente crisis económica y, a la actual crisis sanitaria, que por separado han causado una sacudida en las bases estructurales del Estado social, se ha puesto en tela de duda la existencia del mismo. Es en por ello que cierta parte de la doctrina ha sostenido que la realidad socio-política del Estado social se encuentra en transformación o en vías de extinción, a pesar que su fórmula se encuentre insertada en el texto constitucional³⁹. Ello, encuentra su parangón en el derecho a la salud, en el que, empero de su arraigo constitucional y desarrollo legal, la actuación de la Administración sanitaria no ha podido dar una respuesta eficaz frente a la pandemia de enfermedad por coronavirus de los años 2019-2020.

³⁷ *Ídem.*

³⁸ *Ibidem*, p. 21.

³⁹ *Ibidem*, p. 16.

Sin embargo, resulta innegable la necesidad de reivindicar la riqueza y complejidad teórica del Estado social, que no solo implica la prestación de servicios, sino que se extiende a lo largo de la intervención y transformación de la sociedad por medio del Derecho⁴⁰.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 17.

CAPITULO II.- EL DERECHO A LA SALUD

El derecho a la salud se encuentra reconocido por la Constitución salvadoreña de 1983, elevándolo a la categoría de “bien público”, que obliga al Estado y los particulares a velar por su conservación y restablecimiento. La jurisprudencia constitucional, ha reconocido a este derecho y confirmado la justiciabilidad del mismo.

Sin embargo, cabe preguntarse ¿a qué hace referencia la expresión “derecho a la salud”?, ¿cuál es la naturaleza de este derecho?, ¿cuál es su objeto?, ¿cuál es su contenido?, ¿qué obligaciones derivan del mismo?, ¿hacia quien se dirigen tales obligaciones?

Lo anterior adquiere relevancia debido a que el alcance y entendimiento de este derecho ha sido muy debatido en la doctrina. Así encontramos desde posturas que son demasiado generales y abstractas que dificultan su entendimiento, hasta posturas demasiado restrictivas que dificultan su respeto, protección y cumplimiento.

Existe insuficiente doctrina en El Salvador que favorezca a una mejor determinación de este derecho, por ello se vuelve necesario analizar el mismo desde la óptica de la doctrina internacional, así como el derecho internacional en materia de derechos humanos que, posee un papel interpretativo muy importante.

En el presente capítulo se abordará el marcado debate que existe en la doctrina sobre las cuestiones semánticas de la expresión “derecho a la salud”, así como la definición del mismo tanto desde el contexto nacional como internacional. Asimismo, se abordará lo correspondiente a su naturaleza, objeto, contenido y las obligaciones que derivan del mismo.

1. Cuestiones semánticas sobre el derecho a la salud

Existe un marcado debate en la doctrina sobre la manera adecuada de enunciar el derecho a la salud. Se han establecido diferentes formas de enunciarlo, tales como: “derecho al cuidado de la salud” o “derecho a la protección de la salud”. Más allá de las distintas formas de expresión utilizadas en la doctrina y en el derecho comparado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), lo establece como el “derecho al más elevado estándar de salud posible”.

Para diferentes sectores de la doctrina⁴¹, la fórmula de “Derecho a la Salud” resulta demasiado general, abstracta e inadecuada. Lo anterior, debido a que, al enunciarlo de esa manera, se hace referencia al derecho de toda persona a estar sana, situación que resulta del todo descabellada e ilusoria, puesto que existen numerosos riesgos que amenazan con la salud y que no pueden ser controlados (factores medioambientales, genéticos, etc.).

⁴¹ ROEMER, R., “The Right to Health Care”, en Fuenzalida-Puelma, H. y Scholle, S., (Eds.), Pan American Health Organization, *The Right to Health in the Americas. A Comparative Constitutional Study*, Washington, D. C., 1989, pp. 17-23. Asimismo, *vid.* DEN EXTER, A., y HERMANS, H., “The Right to Health Care: A Changing Concept?”, en Den Exter, A. y Hermans, H. (eds.), *The Right to Health Care in Several European Countries*, Kluwer Law International, 1991, pp. 1-10. Además, *vid.* LEARY, V. A., “Implications of a Right to Health”, en Mahoney, K. E. & Mahoney, P. (eds.), *Human Rights in the Twenty-First Century. A Global Challenge*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, pp. 481-493. También, *vid.* GIESEN, D., “A Right to Health Care?: A Comparative Perspective”, en *Health Matrix: The Journal of Law-Medicine*, 4to Vol., Cleveland, 1994, pp. 277-295. Disponible en: <https://scholarlycommons.law.case.edu/healthmatrix/vol4/iss2/6> (fecha de consulta: 27-IV-2020). En similares términos, *vid.* TOMASEVSKI, K., “Health Rights”, en Eide, A., Krause, C. & Rosas, A. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights, A Textbook*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995, pp.125-142. En el mismo sentido, *vid.* SQUELLA, A., “El derecho a la salud como uno de los derechos fundamentales de las personas”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Edeval, Valparaíso, 2005, pp. 103-133.

Por ello, la doctrina ha distinguido entre “derecho a la salud” del “derecho al cuidado de la salud”, sosteniendo que la primera expresión es más restrictiva que la segunda, puesto que el derecho a la salud se entiende como una libertad negativa, que no incluye el derecho al cuidado de la salud, mientras que este último, involucra al Estado y su intervención para la realización el mismo, por medio de obligaciones de carácter positivo⁴². Bajo esta perspectiva, el derecho a la salud únicamente obligaría al Estado a evitar determinadas actuaciones dañinas en contra de los individuos, sin encontrarse obligado positivamente a la prestación de servicios médicos.

Por otra parte, se distingue el “derecho al cuidado de la salud” del “derecho a la protección de la salud”, puesto que el primero exige una repartición equitativa de los recursos sanitarios para la totalidad de las personas e incluye, el cuidado de la salud vital⁴³.

⁴² Numerosas tesis han pretendido dar respuesta, aunque sin éxito, al trato desigual a diferentes grupos de derechos. La tesis más extendida sostiene que el trato desigual entre derechos civiles y políticos y derechos sociales, económicos y culturales estriba en la distinta naturaleza de las medidas necesarias para hacer efectivos cada uno de estos grupos de derechos. De esa forma, los derechos civiles y políticos son entendidos como “derechos negativos” y los derechos sociales como “derechos positivos”. Dicha clasificación responde a que los derechos civiles y políticos como “derechos negativos”, no demandan de intervención estatal para su realización, pues solo imponen al Estado prohibiciones que este debe respetar y que no suponen un gasto; mientras que, los derechos sociales, como “derechos positivos”, exige la intervención estatal que genera un importante gasto económico para su realización, lo que vuelve más costosa su aplicación. *Vid.* FRIED, C., “Right and Wrong”, Harvard University Press, Cambridge, 1978. Asimismo, *vid.* VAN HOOFF, G. J. H., “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some Traditional Views”, en Alston, P. y Tomasevski, K. (eds.), *The Right to Food*, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p.103. Además, *vid.* BOSSUYT, M., “La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels”, *Revue des droits de l’homme*, Vol. 8, 1975, pp. 789-791.

⁴³ LEENEN, H., “The Right to Health Care and its realization in The Netherlands”, en Den Exter, A. y Hermans, H. (eds.), *The Right to Health Care in Several European Countries*, Kluwer Law International, 1991, pp. 31-32.

En cambio, el segundo ostenta un ámbito más extenso que no solo se agota en lo sanitario, sino que exige que otros actores sociales (como la economía, la educación y los recursos naturales), confluyan para la promoción de la salud, adoptando las políticas y medidas necesarias⁴⁴.

En El Salvador, el artículo 65 de la Constitución de la República de 1983, establece que “[l]a salud de los habitantes de la República constituye un bien público. El Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento”⁴⁵. La jurisprudencia emanada de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que “la salud —en sentido amplio— hace referencia a un estado de completo bienestar físico y mental de la persona, cuyo disfrute posibilita a los individuos el contar con una de las condiciones necesarias para poder vivir dignamente. Dicha condición no se reduce a un simple objetivo o fin a alcanzar por el Estado, sino que, además, se perfila como

⁴⁴ “El Comité interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional”. Vid. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Observación general N° 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 2000.

⁴⁵ Dicho reconocimiento se encuentra establecido en el Título II de la Constitución, referido a los Derechos fundamentales y garantías de la persona, contemplado dentro del Capítulo I, titulado: Derechos Individuales y su régimen de excepción, Sección Cuarta, denominada como: Salud Pública y Asistencia Social. Véase la Constitución de la República de El Salvador, D.L. N° 38, del 15 de diciembre de 1983, DO N° 234, Tomo N° 281, del 16 de diciembre de 1983.

un derecho fundamental que posee toda persona a acceder a los mecanismos que han sido dispuestos para asegurar la prevención, asistencia y recuperación de la salud, en los términos previstos en los arts. 2 y 65 de la Cn”⁴⁶.

Sin perjuicio de las diferentes nomenclaturas existentes, no se debe perder de vista que, en la salud, como derecho fundamental, se puede diferenciar un entramado de obligaciones primarias, secundarias y terciarias. Las obligaciones primarias hacen referencia a medidas que, desde un punto de vista negativo, obligan al Estado a respetar el derecho. Las obligaciones secundarias, se refieren a medidas que, desde un punto de vista positivo, obligan al Estado a proteger el derecho. Y, las obligaciones terciarias, implican una obligación hacia el Estado en cuanto al cumplimiento y realización del derecho⁴⁷. Así, el artículo 1 de la Constitución, asegura “...el goce de [...] la salud”, pero entendemos que el Estado se encuentra obligado a respetar, proteger y cumplir con el derecho. No sería lógico pensar que el Estado no tiene las obligaciones antes dichas, tan solo porque el texto constitucional no utilizó los mismos verbos rectores.

Así ha sido reconocido por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, al establecer que “...la salud requiere tanto de una protección estatal activa como pasiva contra los riesgos exteriores que puedan ponerla en peligro, de ahí que se deba

⁴⁶ Vid. la Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en el amparo 630-2000, de 19/05/2004. Asimismo, vid. la Sentencia de amparo 166-2009, de 21/09/2011, dictada por la misma Sala. También vid. la Sentencia de amparo 32-2012, de 17/07/2015, dictada por la misma Sala.

⁴⁷ SHUE, H., “The Interdependence of Duties”, en Alston, P. y Tomasevski, K. (eds.), *The Right to Food*, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pp. 83-95. Asimismo, Vid. EIDE, A. “National Sovereignty and International Efforts to Realize Human Rights”, en Eide A., y Hagtvet, B. (eds.), *Human Rights in Perspective: A Global Assessment*, Blackwell Publishers, 1992, pp. 3-30.

implementar medidas que, desde el punto de vista positivo, tiendan a la prevención de cualquier situación que la lesione o bien restablezcan dicha condición y, desde el punto de vista negativo, eviten la comisión de cualquier acto que provoque su menoscabo”⁴⁸.

Bajo la perspectiva trazada, más allá de la expresión utilizada para referirse al derecho a la salud, no debemos perder de vista que, lo verdaderamente importante consiste en los distintos niveles de obligaciones que constitucionalmente se han definido para este derecho y que no solamente han sido reconocidas por la doctrina, sino también por la jurisdicción constitucional salvadoreña. Además, el artículo 65 de la Constitución de la República, establece el tercer nivel de obligaciones de carácter positivo para el derecho a la salud, al establecer que “[e]l Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento”. En ese sentido, resulta superfluo llevar a cabo lecturas restrictivas en cuanto al alcance de este derecho.

Tal como lo ha entendido la Organización Mundial de la Salud, la salud es un estado perfecto (completo) bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad⁴⁹. Dicha definición ha sido retomada por la jurisdicción constitucional salvadoreña, tal y como se apuntaba en las referencias precedentes. En ese sentido, entendemos que la salud no

⁴⁸ *Vid.* la Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en el amparo 630-2000, de 19/05/2004. Asimismo, *vid.* la Sentencia de amparo 166-2009, de 21/09/2011, dictada por la misma Sala. También *vid.* la Sentencia de amparo 32-2012, de 17/07/2015, dictada por la misma Sala.

⁴⁹ Preámbulo de la Constitución de la Asamblea Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 19-22 de junio de 1946; firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Actas oficiales de la Organización Mundial de la Salud, No. 2, p. 100) y que entró en vigor el 7 de abril de 1948. Disponible en https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf (fecha de consulta 05-V-2020).

se circunscribiría únicamente a la recuperación y rehabilitación de enfermedades, sino que, además, comprendería la adopción de medidas destinadas a mejorar la calidad de vida de las personas. Por ello, podemos afirmar sin ambages que la Constitución salvadoreña de 1983 reconoció el derecho a la salud en su acepción amplia que antes fue indicada.

Sin embargo, en la doctrina persiste la referencia hacia formas de expresión diferentes para enunciar el derecho a la salud, tal como antes se ha indicado (derecho a la salud, derecho al cuidado de la salud y derecho a la protección de la salud). Al respecto, la expresión “derecho a la salud” la encontramos con mayor frecuencia en la literatura científica de carácter internacional⁵⁰ y en la relativa a derechos humanos como el Pacto de San Salvador⁵¹.

2. Definiendo la expresión “derecho a la salud”

El derecho internacional de los derechos humanos, entendido como demandas de abstención o actuación, derivadas de la dignidad de las personas y reconocidas como legítimas por la comunidad internacional, alcanzan mercedamente una protección jurídica por el Estado, una vez son incorporadas en la Constitución. Este derecho, explica muy bien el origen de los derechos fundamentales y sirve para fundamentar a los mismos⁵².

⁵⁰ Vid. ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, *El Derecho a la Salud en las Américas. Estudio Constitucional Comparado*, Washington, D. C., 1989.

⁵¹ El artículo 10 del Pacto de San Salvador establece que “1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”. Vid. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Pacto de San Salvador"*, San Salvador, 1988. Disponible en <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html> (fecha de consulta 05-V-2020).

⁵² ESCOBAR ROCA, G., “Introducción a la teoría jurídica de los Derechos Humanos”, CICODE, Trama editorial, 2005, p.16. Disponible en: <https://bit.ly/escobarpradpi> (fecha de consulta 05-V-2020).

Siempre que existan cláusulas constitucionales de apertura que lo legitimen, resulta innegable el papel interpretativo que cumple el derecho internacional de derechos humanos. Pese a no tratarse de normas jerárquicamente superiores, pueden ser aplicadas de forma complementaria o preferente, cuando sean progresivamente más favorables al destinatario del derecho que se encuentra reconocido en el texto constitucional.

El artículo 144, inc. 2°, de la Constitución salvadoreña, dispone que “[l]os tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”. Pero, no se debe perder de vista que, de acuerdo con el artículo 246, inc. 2°, de la misma Constitución, “[l]a Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos”.

Bajo esta perspectiva, la Constitución salvadoreña, al tratarse de un texto constitucional democrático, su máxima jerarquía no se encuentra en discusión. En ese sentido, si bien se abre hacia el ordenamiento internacional, lo hace en la medida que este último pueda mejorar la situación de los derechos constitucionales, puesto que ayudan a la más conveniente aplicación del texto constitucional⁵³.

En ese contexto, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que ha sido suscrito y ratificado por El Salvador, establece

⁵³ MARTÍNEZ DALMAU, R., “Problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos”, *Revista Ius*, n° 37, 2016, pp. 150-151.

disposiciones sobre el derecho a la salud en los siguientes términos: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”⁵⁴.

Así, el PIDESC adopta un texto que no deja de ser relativo en cuanto al contenido y alcance del derecho a la salud, al establecer el más alto nivel posible de salud física y mental. Lo anterior, habida cuenta que esto tendrá una connotación diferente, atendiendo al momento y lugar en el que se utilice⁵⁵.

El Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (CESCR, por sus siglas en inglés), en su Observación General N° 14 y en lo relativo al derecho a la salud, ha interpretado el contenido del artículo 12 del PIDESC, estableciendo que “El concepto del “más alto nivel posible de salud”, a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 12, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado. Existen varios aspectos que no pueden abordarse únicamente desde el punto de vista de la relación entre el Estado y los individuos; en particular, un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano. Así, los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la

⁵⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 993, 1966, p. 3. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> (fecha de consulta 06-V-2020).

⁵⁵ TOMASEVSKI, K., “Health Rights”, en Eide, A., Krause, C. & Rosas, A. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights, A Textbook*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995, p.125.

adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de la persona. Por lo tanto, el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”⁵⁶.

Lo anterior resulta de mucha utilidad para comprender el alcance de la expresión “derecho a la salud” al que se refiere el PIDESC. Así el CESCR, retoma posturas que ya han sido advertidas por la doctrina antes indicada. Además, hace hincapié en que la salud, de manera general y abstracta, no puede ser asegurada, puesto que existen factores por los que la buena salud no puede ser garantizada en todo momento. Hace referencia a factores por los que no se puede proteger la salud de todas las causas posibles de mala salud, tales como: factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados. Por tanto, concluye estableciendo que, el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios, lo que hace referencia implícita a las obligaciones terciarias del Estado que antes fueron indicadas y que implican una obligación en cuanto al cumplimiento y realización del derecho a la salud⁵⁷.

Por otra parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita y ratificada por El Salvador, si bien no incorpora el derecho a la salud, sí establece dentro de su Capítulo

⁵⁶ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Observación general N° 14 (2000): *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/2000/4, 2000.

⁵⁷ SHUE, H., “The Interdependence...”, op. cit., pp. 83-95. Asimismo, Vid. EIDE, A. “National Sovereignty and International Efforts...”, op. cit., pp. 3-30.

III, lo correspondiente a los derechos económicos, sociales y culturales, en el que dispone el mandato hacia los Estados Partes, de implementar de manera progresiva los DESC.

Así, el texto del artículo 26 de la Convención establece que: “[l]os Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”⁵⁸.

A pesar de lo anterior, tal y como ya se adelantaba en líneas anteriores, el Pacto de San Salvador, adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sí que incorpora el derecho a la salud; además, establece pautas esenciales para la comprensión en cuanto al alcance del mismo.

En ese contexto, el artículo 10 del Pacto de San Salvador, establece que: “1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los

⁵⁸ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*, San José, 1969. Disponible en: https://bit.ly/OEA_CADH (fecha de consulta 07-V-2020).

individuos y familiares de la comunidad; b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables”⁵⁹.

Como se puede evidenciar, el Pacto de San Salvador, retoma la definición del PIDESC y adiciona, además, el aspecto social del derecho a la salud. Las precisiones agregadas y relativas al acceso universal a salud primaria (i), adopción de políticas de vacunación e inmunización (ii), prevención y tratamiento de enfermedades endémicas (iii), profesionales y de otra índole (iv), educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud (v) y satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y condición vulnerable (vi), pueden ser retomadas para mejorar la situación de los derechos constitucionales, puesto que ayudan a la más conveniente aplicación del texto constitucional⁶⁰.

⁵⁹ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Pacto de San Salvador"*, San Salvador, 1988. Disponible en <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html> (fecha de consulta 07-V-2020).

⁶⁰ MARTÍNEZ DALMAU, R., “Problemas actuales... op. cit., pp. 150-151.

3. La naturaleza del derecho a la salud.

El derecho a la salud y su reconocimiento constitucional, ha sido una de las problemáticas que ha generado mayor debate, tanto en el campo de la ética médica, como en el de la medicina legal⁶¹. Ciertos sectores de la doctrina han llegado a considerar que el derecho a la salud no es un verdadero derecho subjetivo sino meras aspiraciones sociales y disposiciones programáticas, carentes de justiciabilidad. Lo anterior, lo fundamentan en que los preceptos constitucionales únicamente desarrollan obligaciones negativas hacia el Estado consistentes en respetar y no dañar, tal como sucede con los derechos civiles y políticos. En ese contexto, a pesar de la inclusión del derecho a la salud dentro del texto constitucional, este derecho no se podría proteger, debido a que, por su misma naturaleza, requiere de acciones positivas y adoptadas a partir de medidas legislativas concretas⁶².

Sin embargo, no compartimos la visión empleada por la doctrina antes indicada puesto que la distinción entre derechos civiles y políticos como derechos que implican obligaciones negativas y derechos sociales como derechos que implican obligaciones positivas, es muy discutible. Lo anterior, habida cuenta que, no es cierto que el reconocimiento de los derechos civiles y políticos impliquen obligaciones negativas, por ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva, implica la asunción de obligaciones positivas por parte del Estado, en orden a ejercer justicia y ofrecer un servicio. Asimismo,

⁶¹ GIESEN, D., "A Right to Health Care...", op. cit., p. 277.

⁶² FARIA, M. A., "Is there a right to health care?", en *Medical Sentinel*, vol. 4, n° 4, 1999, pp. 125-127. Asimismo, *vid.* HUNTOON, L. R., "Health Care and the Distributive Ethic – Natural Rights vs. Socialism, en *Medical Sentinel*, vol. 4, n° 4, 1999, pp. 177-8.

tal es el caso del derecho político a votar, puesto que implica la obligación positiva de organizar un proceso electoral.⁶³

Así lo ha reconocido la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, zanjando el tema al indicar que tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales implican la asunción de obligaciones de carácter positivo como negativo. Así, dispuso que: “Esta sala ha sostenido que, frente a la contraposición entre derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales, ha adquirido fuerza la idea de que todos los derechos fundamentales presentan, unos más que otros, dimensiones negativas y positivas de libertad. Por ello, dan lugar tanto a obligaciones de hacer como de abstenerse; que imponen deberes no solo a los poderes públicos, sino también a aquellos sujetos privados en condiciones de afectarlos; que demandan prestaciones onerosas, que pueden adoptar carácter individual o colectivo y que, en todo caso, resultan ser indivisibles e interdependientes”⁶⁴

Además, consideramos que la visión empleada por la doctrina antes indicada únicamente es concurrente aquellos casos de países cuyas constituciones no reconocen los derechos sociales económicos y culturales. Como se adelantaba en el primer capítulo de la presente obra, desde la Constitución salvadoreña de 1950, sucedida por la Constitución de 1963 y, refrendada por la actual Constitución de 1983, los DESC gozan de pleno reconocimiento y protección.

⁶³ FABRE, C., “Social Rights under the Constitution, Clarendon Press, Oxford, 2000, p. 44.

⁶⁴ *Vid.* la Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en la inconstitucionalidad 8-2015/16-2015/89-2016, de 10/11/2017.

Así lo ha establecido la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, al sostener que: “[e]n tanto que están positivados en la Constitución, los derechos sociales son auténticos derechos fundamentales y constituyen, al igual que los de tipo individual, facultades o poderes de actuación reconocidos a la persona humana como consecuencia de exigencias ético-jurídicas derivadas de su dignidad, su libertad y su igualdad inherentes. Y por dicha positivación, desarrollan una función de fundamentación material de todo el ordenamiento jurídico, gozando de la supremacía y la protección reforzada de la que goza la Constitución [...]. En consecuencia, además de su carácter de derechos fundamentales, adquieren la calidad de principios informadores o normas estructurales del ordenamiento jurídico”⁶⁵.

En consecuencia, la naturaleza del derecho a la salud es, en definitiva, la de un derecho fundamental y con idéntico reconocimiento constitucional que los derechos civiles y políticos. Sin embargo, no desconocemos los problemas relacionados a la demarcación de los alcances del mismo, pero no es menos cierto que dicha situación ocurre con casi todos los derechos constitucionales.

4. El objeto del derecho a la salud

Paradójicamente, la salud no constituye el objeto del derecho a la salud. Así lo ha establecido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de

⁶⁵ *Vid.* la Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en la inconstitucionalidad 8-2015/16-2015/89-2016, de 10/11/2017.

las Naciones Unidas, en su Observación General N° 14, párrafo 8⁶⁶, al establecer que “[e]l derecho a la salud no debe entenderse como el derecho a estar sano”, sino que, “[e]l derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud”.

Bajo esta perspectiva, se advierte que, el objeto del derecho a la salud consiste en derechos y libertades, que involucran obligaciones de hacer (positivas) como de abstenerse (negativas) y que son realizables en la medida que se regule la conducta de terceras partes que se encuentran obligadas. En ese sentido, el derecho a la salud, podría verse como una relación triádica, en la que el destinatario del mismo no es la persona, sino el Estado; y, el objeto del derecho, se refiere a una conducta procedente también del mismo Estado, que no solo se expresa de manera negativa, sino también positiva⁶⁷.

En ese contexto, tal como lo dispone el artículo 1 de la Constitución, el titular del derecho a la salud son todos los habitantes de la república desde el instante de la

⁶⁶ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Observación general N° 14 (2000): *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/2000/4, 2000.

⁶⁷ “El objeto de un derecho a algo es siempre una acción del destinatario. Esto resulta de su estructura como relación triádica entre un titular, un destinatario y un objeto. Si el objeto no fuera ninguna acción del destinatario, no tendría sentido incluir al destinatario en la relación”. *Vid.* ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 186-188.

concepción. En los términos establecidos en el artículo 65 de la misma Constitución, el destinatario del derecho sería el Estado salvadoreño y las personas que estén obligadas a velar por su conservación y restablecimiento. Y, el objeto del derecho a la salud, no es la salud de las personas, sino la regulación de la conducta de tales destinatarios.

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha establecido, en diversos fallos, que los derechos sociales –dentro de ellos, el derecho a la salud– son auténticos derechos fundamentales⁶⁸. Asimismo, que los derechos fundamentales constituyen límites a la actuación de los poderes públicos y, en algunos casos, de los particulares, con el correlativo derecho de los individuos de exigir su respeto, protección, garantía y promoción⁶⁹. Además, que el derecho a la salud, es un derecho exigible que exige, al Estado y los particulares, obligaciones tanto activas como pasivas⁷⁰. También, que existe una necesaria vinculación del derecho a la salud con la dignidad humana, el derecho a la vida y el derecho a la integridad⁷¹. Y, por otra parte, que el derecho a la salud posee una naturaleza prestacional⁷².

⁶⁸ *Vid.* la Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en la inconstitucionalidad 8-2015/16-2015/89-2016, de 10/11/2017.

⁶⁹ *Vid.* la Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en la inconstitucionalidad 105-2014, de 17/11/2017.

⁷⁰ *Vid.* la Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en el amparo 674-2006, de 17/12/2007. Asimismo, *vid.* la Sentencia de amparo 32-2012, de 17/07/2015, dictada por la misma Sala.

⁷¹ *Vid.* la Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en el amparo 166-2009, de 21/09/2009.

⁷² *Vid.* la Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en el amparo 857-99, de 02/12/1999.

5. Las obligaciones del Estado para la protección del derecho a la salud

Como no podía ser de otra manera, corolario de lo anterior son las obligaciones que se derivan hacia el Estado para el respeto, protección y cumplimiento del derecho a la salud. En ese contexto, el papel interpretativo que cumple el PIDESC, resulta relevante al momento de dimensionar el alcance de tales obligaciones⁷³.

Así, identificamos la obligación estatal de *respetar* el derecho a la salud, que implica:

- i. Abstenerse de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas a los servicios de salud.
- ii. Abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado o en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer.
- iii. Abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales; comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos, salvo en casos excepcionales para el tratamiento de enfermedades mentales o la prevención de enfermedades transmisibles y la lucha contra ellas.

⁷³ “Al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: la obligación de respetar, proteger y cumplir. A su vez, la obligación de cumplir comprende la obligación de facilitar, proporcionar y promover. La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías prevista en el artículo 12. Por último, la obligación de cumplir requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud”. *Vid.* ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Observación general N° 14 (2000): *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/2000/4, 2000, párrafo 33.

- iv. Abstenerse de limitar el acceso a los anticonceptivos u otros medios de mantener la salud sexual y genésica, censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud, incluida la educación sexual y la información al respecto, así como impedir la participación del pueblo en los asuntos relacionados con la salud.
- v. Abstenerse asimismo de contaminar ilegalmente la atmósfera, el agua y la tierra⁷⁴.

En segundo lugar, identificamos la obligación estatal de *proteger* el derecho a la salud, que consiste en:

- i. Adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud.
- ii. Velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud.
- iii. Controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología.
- iv. Velar por que las prácticas sociales o tradicionales nocivas no afecten al acceso a la atención anterior y posterior al parto ni a la planificación de la

⁷⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Observación general N° 14 (2000): *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/2000/4, 2000, párrafo 34.

familia; impedir que terceros induzcan a la mujer a someterse a prácticas tradicionales, por ejemplo, a la mutilación de los órganos genitales femeninos; y de adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad.

- v. Velar asimismo porque terceros no limiten el acceso de las personas a la información y los servicios relacionados con la salud⁷⁵.

En tercer lugar, identificamos la obligación estatal de *cumplir*, que requiere:

- i. Reconocer suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos nacionales, de preferencia mediante la aplicación de leyes, y adopten una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio del derecho a la salud, garantizando su ejercicio; en particular, estableciendo programas de inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, y velar por el acceso igual de todos a los factores determinantes básicos de la salud. La infraestructura de la sanidad pública debe proporcionar servicios de salud sexual y genésica.
- ii. Velar por la apropiada formación de facultativos y demás personal médico, la existencia de un número suficiente de hospitales, clínicas y otros centros de salud.

⁷⁵ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Observación general N° 14 (2000): *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/2000/4, 2000, párrafo 35.

- iii. Establecer un sistema de seguro de salud público, privado o mixto que sea asequible a todos, el fomento de las investigaciones médicas y la educación en materia de salud, así como la organización de campañas de información, en particular por lo que se refiere al VIH/SIDA, la salud sexual y genésica, las prácticas tradicionales, la violencia en el hogar, y el uso indebido de alcohol, tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas.
- iv. Adoptar medidas contra los peligros que para la salud representan la contaminación del medio ambiente y las enfermedades profesionales. Con tal fin, debe formular y aplicar políticas nacionales con miras a reducir y suprimir la contaminación del aire, el agua y el suelo.
- v. Formular, aplicar y revisar periódicamente una política nacional coherente destinada a reducir al mínimo los riesgos de accidentes laborales y enfermedades profesionales, así como formular una política nacional coherente en materia de seguridad en el empleo y servicios de salud⁷⁶.

La obligación estatal de cumplir, implica dos dimensiones, una de *facilitar* el derecho a la salud y otra de *promover* el mismo⁷⁷.

⁷⁶ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Observación general N° 14 (2000): *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/2000/4, 2000, párrafo 36.

⁷⁷ “La obligación de cumplir (facilitar) requiere en particular que los Estados adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades disfrutar del derecho a la salud. Los Estados Partes también tienen la obligación de cumplir (facilitar) un derecho específico enunciado en el Pacto en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición. La obligación de cumplir (promover) el derecho

La Observación general N° 14 del CESCR, contempla la posibilidad de que, debido a la falta de recursos, los países puedan no darle cumplimiento total al alcance de las provisiones que establece el artículo 12 del PIDESC. Sin embargo, dispone que, los países bajo ningún contexto pueden dejar de cumplir las siguientes obligaciones básicas:

- i. Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud.
- ii. Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima.
- iii. Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas.
- iv. Facilitar medicamentos esenciales según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS.
- v. Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud.

a la salud requiere que los Estados emprendan actividades para promover, mantener y restablecer la salud de la población. Entre esas obligaciones figuran las siguientes: i) fomentar el reconocimiento de los factores que contribuyen al logro resultados positivos en materia de salud, por ejemplo la realización de investigaciones y el suministro de información; ii) velar por que los servicios de salud sean apropiados desde el punto de vista cultural y el personal sanitario sea formado de manera que reconozca y responda a las necesidades concretas de los grupos vulnerables o marginados; iii) velar por que el Estado cumpla sus obligaciones en lo referente a la difusión de información apropiada acerca de la forma de vivir y la alimentación sanas, así como acerca de las prácticas tradicionales nocivas y la disponibilidad de servicios; iv) apoyar a las personas a adoptar, con conocimiento de causa, decisiones por lo que respecta a su salud". *Vid. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Observación general N° 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 2000, párrafo 37.*

- vi. Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacional de salud pública⁷⁸.

Asimismo, el CESCR confirma que, entre las obligaciones de prioridad comparables, figuran las siguientes:

- i. Velar por la atención de la salud genésica, materna (prenatal y postnatal) e infantil.
- ii. Proporcionar inmunización contra las principales enfermedades infecciosas que tienen lugar en la comunidad.
- iii. Adoptar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas.
- iv. Impartir educación y proporcionar acceso a la información relativa a los principales problemas de salud en la comunidad, con inclusión de los métodos para prevenir y combatir esas enfermedades.
- v. Proporcionar capacitación adecuada al personal del sector de la salud, incluida la educación en materia de salud y derechos humanos⁷⁹.

⁷⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Observación general N° 14 (2000): *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/2000/4, 2000, párrafo 43.

⁷⁹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Observación general N° 14 (2000): *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/2000/4, 2000, párrafo 44.

CAPÍTULO III.- LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD

La justiciabilidad de un derecho es la medida en que la violación al mismo, pueda ser susceptible de revisión judicial dentro de un caso particular, y en caso que el órgano jurisdiccional resuelva que efectivamente se ha producido tal violación, debe ser capaz de reparar o corregir la misma⁸⁰.

El concepto de justiciabilidad en el ámbito del derecho a la salud ha generado debate en la mayoría de sistemas jurídicos. Lo anterior, habida cuenta que el principal problema que representa la salud, como un derecho social, no reside en su validez sino en su justiciabilidad.

El debate sobre la justiciabilidad del derecho a la salud gira en torno a la legitimidad y competencia. Es decir, por una parte ¿deberían los tribunales actuar para proteger el derecho a la salud?; y, por la otra, ¿pueden los tribunales actuar para proteger el derecho a la salud?⁸¹. Esto se debe a que tradicionalmente se ha sostenido que el abordaje del derecho a la salud ha sido reservado al ámbito de las políticas públicas, puesto que los tribunales no cuentan con la legitimidad para revisar las mismas.

En el presente capítulo se abordará lo correspondiente a la legitimidad y competencia para la justiciabilidad del derecho a la salud, así como los límites y dificultades que plantea el mismo, mecanismos de protección y proyección de futuro.

⁸⁰ VILJOEN, F. “National Legislation as a Source of Justiciable Socio-Economic Rights”, 6 ESR Review, núm. 3, Sudáfrica, 2005, p. 6.

⁸¹ NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Los Derechos Sociales en las Nuevas Constituciones Latinoamericanas*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 40. También, *vid*, HUNT, P., *Reclaiming Social Rights. International and Comparative Perspectives*, Dartmouth, Great Britain, 1996, pp. 24-25.

1. La legitimidad

Gran parte de las refutaciones a la justiciabilidad del derecho a la salud provienen de razonamientos por los que se concluye que la adopción de medidas para la implementación de derechos sociales, requiere del establecimiento de políticas públicas y prioridades económicas presupuestarias. Por tanto, enuncian la interrogante de si realmente están constitucionalmente legitimados los jueces para adoptar esta clase de decisiones. Lo anterior, se pone de manifiesto debido a que, en muchos casos, los jueces no se eligen de forma democrática. Por ello, se argumenta que las decisiones de contenido político deben recaer, en principio, sobre los órganos políticos de gobierno, esto es, el poder legislativo y el poder ejecutivo.

Este debate se encuentra estrechamente relacionado con la separación de poderes, por la que, según ciertos sectores de la doctrina, los tribunales no poseen la competencia ni legitimidad democrática para adoptar decisiones sobre temas sociales y económicos y, por tanto, deben ser reservadas al legislativo y ejecutivo⁸². A partir de esta postura, se sostiene que, aceptar que los tribunales pueden decidir sobre temas socio-económicos, equivale a politizar al poder judicial⁸³, además de un quebrantamiento del principio de independencia judicial⁸⁴ y una vulneración del principio democrático, toda vez que se

⁸² HUNT, P., *Reclaiming Social Rights...*, op. cit., pp. 24-25.

⁸³ COTTRELL, J. y CHAI, G., “The Role of the Courts in the Protection of Economic, Social and Cultural Rights”, en: Cottrell, J. y Chai, G. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights in practice*, Interreights, Londres, 2004, p.86.

⁸⁴ TUSHNET, M., “Social Welfare Rights and the forms of judicial Review”, *Texas Law Review*, 82, 2004.

acepta que el poder judicial puede revisar las decisiones tomadas por órganos democráticamente electos⁸⁵.

Como correlato a esta postura, se han formulado diversas teorías que refutan que la revisión judicial tenga un carácter antidemocrático, dentro de las que destaca la denominada “Right-based justification” y por la que se cuestiona la idea tradicional de democracia. En esta teoría se propone una superación de la concepción clásica por la que se coloca al “mayoritarismo” en el centro de la concepción de democracia, puesto que, en la concepción clásica, se califica como democrático a un gobierno solamente por haber sido elegido por la mayoría de los ciudadanos. Así, para la concepción clásica, sería completamente democrático que la mayoría de los ciudadanos pueda vulnerar los derechos de la minoría y no reconocer sus derechos fundamentales⁸⁶.

Bajo esa perspectiva, se plantea la necesidad de reformular los elementos que definen el carácter democrático de un sistema, otorgando menos preponderancia a sus elementos meramente procesales y reivindicando sus resultados. Así, la estructura institucional más democrática sería aquella que sea capaz de generar mejores resultados relacionados al reconocimiento y cumplimiento pleno de todos los derechos fundamentales de las personas⁸⁷. Una sociedad es democrática en la medida que los

⁸⁵ WALDRON, J., *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999. Asimismo, *vid.* LENTA, P., “Democracy, Rights Disagreements and Judicial Review”. *South African Journal on Human Rights* (SAJHR). No. 20, 2004.

⁸⁶ WALTER, W., “Philosophy and democracy”, *Political Theory*, núm 9, 1981, pp. 379-399.

⁸⁷ DWORKIN, R., *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press. Oxford, 1996, pp. 15, 17, 32, 34 y 292.

derechos fundamentales les sean garantizados a todas las personas, con independencia del acuerdo de las mayorías en reconocerlos o no⁸⁸.

En el contexto trazado, resulta innegable que concurren ciertas características institucionales de los tribunales que los vuelven la sede natural en la que se proporciona una protección adecuada a los derechos de las personas, incluso aún más que la protección que puedan brindar las instituciones representativas como el órgano legislativo. Por lo anterior, es perfectamente lógico que exista la posibilidad de que los tribunales revisen el cumplimiento de derechos fundamentales, tal como el derecho a la salud, por parte los representantes políticos. Lo anterior no implica un quebranto a la democracia sino todo lo contrario, un fortalecimiento de la misma⁸⁹.

2. La competencia

En lo relativo a la competencia, lo que marca la pauta para que los jueces puedan intervenir en orden a proteger el derecho a la salud es que el ordenamiento jurídico confiera a los titulares el poder para actuar en caso de incumplimiento. Cuando se trata de derechos subjetivos, la resolución que la jurisdicción debe dictar en orden a asegurar su cumplimiento, únicamente puede darse cuando los titulares de los mismos han interpuesto su pretensión⁹⁰.

⁸⁸ MOORE, M., "Natural Rights, Judicial Review and Constitutional Interpretation", en Goldsworthy, J. y Campbell, T. (eds.), *Legal Interpretation in democratic States*, Aldershot, Ashgate, 2002, p. 211. Asimismo, *vid.* SPECTOR, H., "Judicial Review, Rights and Democracy", *Law and Philosophy*, 23, 2003, pp. 295-304. También, *vid.* RAZ, J., "Disagreement and Politics", *American Journal of Jurisprudence*, 43, 1998, p. 52.

⁸⁹ BILCHITZ, D., *Poverty and Fundamental Rights. The justification and enforcement of Socio-economic Rights*. Oxford University Press. Oxford, 2007, pp. 103-108.

⁹⁰ KELSEN, H., *Teoría General de las Normas*, Trillas, México, 1994, pp. 142-143.

Dicho de otra forma, la competencia de los jueces para la protección del derecho a la salud se encuentra condicionada a que los titulares del derecho interpongan sus demandas ante ellos. Existen dos vías para la interposición de tales demandas.

En primer lugar, por medio de acciones o garantías procesales concretas para tutelar el derecho a la salud; y, en segundo lugar, para el caso de ordenamientos en los que no existen instrumentos de carácter procesal específicos para reparar o corregir el incumplimiento o violación del derecho a salud, tal situación no debe ser óbice para la interposición de demandas ante la jurisdicción. En tales casos, siempre es posible hacer uso de instrumentos procesales para reparar o corregir el incumplimiento o violación de derechos individuales fundamentales como la vida, la integridad y la dignidad humana que, al encontrarse íntimamente vinculados con el derecho a la salud, abren un gran campo para la justiciabilidad del mismo. Con todo, se trata de una estrategia para replantear las distintas violaciones relacionadas con el derecho a la salud en violaciones de derechos civiles cuya justiciabilidad no está en duda. Las dos dimensiones antes planteadas, legitimidad y competencia, se encuentran estrechamente relacionadas. La legitimidad, por su parte, es menos susceptible de ser cuestionada en la medida que existan acciones y garantías procesales que otorguen las competencias suficientes a los jueces para ello y, en sentido inverso, gozar de legitimidad permite que los juzgadores puedan adoptar decisiones firmes para la reparación del derecho a la salud, por mucho que ello conlleve una acción de carácter positivo que pueda afectar los recursos presupuestarios del Estado⁹¹.

⁹¹ NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Los Derechos Sociales...*, op. cit, p. 43.

3. Límites y dificultades para la justiciabilidad del derecho a la salud

A pesar de las vías existentes para la justiciabilidad del derecho a la salud en los distintos ordenamientos, actualmente aún persisten diversos elementos que restringen y obstaculizan la efectiva justiciabilidad de este derecho.

En primer lugar, podemos señalar *la falta de especificación del contenido y alcance del derecho a la salud*⁹², como uno de los problemas principales que enfrenta su justiciabilidad. Lo anterior, habida cuenta que la falta de especificación del contenido de este derecho, deriva a su vez, en la falta de especificación de las obligaciones legales que del mismo derivan. La dificultad que presenta consiste en que, si bien un derecho social como la salud se encuentra expresamente reconocido en los textos constitucionales, dicho reconocimiento no se encuentra complementado con el desarrollo legislativo, judicial y doctrinario necesario para el desarrollo de sus bases conceptuales y contenidos, lo que implica problemas a la hora de justificar judicialmente una resolución favorable a este derecho⁹³.

En ese sentido, le corresponde al ámbito legislativo llevar a efecto la definición del contenido y alcance del derecho a la salud. De la misma forma en que los códigos civiles del siglo XIX fueron instrumentos que desarrollaron el contenido y alcance de los derechos

⁹² COURTIS, C., “Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America”, en: Gargarella, R., Domingo, P. y Roux, T. (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an institutional voice for the poor?*, Ashgate, Aldershot, 2006, p.181.

⁹³ GOLPEEN, S., “Courts and Social transformation: An Analytical Framework”, en Gargarella, R., Domingo, P. y Roux, T. (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an institutional voice for the poor?*, Ashgate, Aldershot, 2006. pp. 35-61.

de propiedad, concierne ahora el desarrollo de instrumentos legislativos que definan el contenido y alcance del derecho a la salud⁹⁴.

En segundo lugar, podemos señalar los *límites procesales e inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales para proteger del derecho a la salud*, como otro de los problemas principales que enfrenta su justiciabilidad. Lo anterior se debe, en parte, a que los mecanismos tradicionales de justiciabilidad de los derechos fueron creados dentro del paradigma de los derechos de propiedad del siglo XIX⁹⁵, esto es, formas procesales que fueron creadas para juicios bilaterales o conflictos entre particulares, que son esencialmente diferentes al encuadre de los derechos sociales tal como el derecho a la salud. Por lo anterior, es apreciable que tales mecanismos no sean de utilidad a la hora de tramitar demandas colectivas de grupos de personas que comparten una situación similar. O bien, que requieran de una gran cantidad de estadios procesales que se dilatan en el tiempo, cuando las violaciones de derechos sociales, como el derecho a la salud, requieren de una resolución urgente. En definitiva, no siempre caben las nuevas realidades en odres viejos⁹⁶.

⁹⁴ NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Los Derechos Sociales...*, op. cit, p. 44.

⁹⁵ LOPES, J. R., “Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito”, en Faria, J. E. (eds.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, Malheiros, Sao Paulo, 1994, pp. 114-138.

⁹⁶ Según el Evangelio de San Lucas “nadie corta un trozo de un vestido nuevo para arreglar un vestido viejo. De hacerlo así, echará a perder el vestido nuevo; además el trozo nuevo no quedará bien en el vestido viejo. Ni tampoco se echa vino nuevo en odres viejos, porque el vino nuevo hace que los odres revienten, y tanto el vino como los odres se pierden. Por eso hay que echar el vino nuevo en odres nuevos”.

En tercer lugar, podemos señalar *la falta de tradición en la protección jurídica de los derechos sociales*, como uno más de los problemas principales que enfrenta su justiciabilidad. Ello implica un impedimento cultural que agrava las dificultades previamente indicadas. La falta de tradición en la protección de los derechos sociales, como el derecho a la salud, provoca que en muchas ocasiones los afectados no perciban dichas vulneraciones como tales, o bien, que tiendan a emplear otros mecanismos distintos a los jurisdiccionales, tales como la movilización social, para intentar que les sean restituidos sus derechos sociales vulnerados⁹⁷.

4. Mecanismos jurisdiccionales para la protección y justiciabilidad del derecho a la salud

Un derecho, para ser considerado como tal, requiere de mecanismos de protección y justiciabilidad, de lo contrario estaríamos frente a meras disposiciones programáticas. En el caso del derecho a la salud en la Constitución de El Salvador, su protección y justiciabilidad viene establecida por recursos jurisdiccionales.

Los recursos jurisdiccionales constituyen mecanismos de protección que permiten a los particulares, como titulares de derechos, oponerse a la arbitrariedad o pasividad de las autoridades y promover el reconocimiento y la efectividad de su derecho⁹⁸. Estos mecanismos se encuentran confiados a tribunales independientes de los órganos políticos que pueden recibir denuncias de vulneraciones y cuentan con alguna capacidad de sanción

⁹⁷ COURTIS, C., “Judicial Enforcement of Social Rights...”, op. cit., p. 179.

⁹⁸ NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Los Derechos Sociales...*, op. cit, pp. 104-105.

para imponer sus decisiones⁹⁹. En El Salvador, los mecanismos de protección constitucional del derecho a la salud son: el proceso de amparo y el proceso de inconstitucionalidad.

4.1 El proceso de amparo

El amparo es un mecanismo procesal constitucional que tiene por objeto dar una protección reforzada de los derechos u otras categorías jurídicas subjetivas protegibles de rango constitucional consagrados a favor de los gobernados frente a los actos u omisiones de autoridades públicas o particulares que los violen, restrinjan u obstaculicen su ejercicio¹⁰⁰. Su naturaleza jurídica corresponde a la de un verdadero proceso jurisdiccional de única instancia, en el que intervienen sujetos diferentes a los del proceso o procedimiento en el que se produjo la vulneración a un derecho constitucional o situación jurídica protegible¹⁰¹.

Tiene por finalidad dar protección jurisdiccional reforzada de los derechos, limitando sus efectos a las partes intervinientes (dimensión subjetiva); asimismo, interpretar los preceptos constitucionales que realiza el Tribunal, que trasciende a aquellas partes no intervinientes y vincula a todos los órganos del Estado (dimensión objetiva).

⁹⁹ PISARELLO, G., “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 92, UNAM, México, 2006, p. 111 y ss.

¹⁰⁰ *Vid.* la Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en el amparo 114-2001, de 18/04/2001. Asimismo, *vid.* las sentencias dictadas por la misma Sala, en los amparos 107-2000, 81-99 y 500-98 de 28/02/2000, 01/02/1999 y 23/11/1998, respectivamente.

¹⁰¹ *Vid.* la Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en el amparo 332-97, de 16/09/97. Asimismo, *vid.* la sentencia dictada por la misma Sala, en el amparo 231-98, de 04/05/99.

Encuentra su fundamento constitucional y ámbito de aplicación en el artículo 247 de la Constitución de la República, por el que se establece que “[t]oda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que otorga la presente Constitución”. Asimismo, su fundamento normativo en los artículos 3 y 12 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en los que se dispone que toda “...persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por violación de los derechos que le otorga la Constitución”.

La pretensión en el proceso de amparo consiste en una declaración de voluntad fundada en la amenaza, privación, obstaculización de ejercicio, restricción o desconocimiento de los derechos o situaciones jurídicas protegibles reconocidas constitucionalmente, efectuada ante la jurisdicción constitucional frente alguna autoridad del Estado o un particular¹⁰², con el objeto que ésta reconozca el derecho o situación

¹⁰² “El amparo contra particulares es una figura procesal creada por la jurisprudencia constitucional con el propósito de potenciar la eficacia directa de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. La figura comentada surge en virtud de la existencia de situaciones en que actos u omisiones de particulares poseen la aptitud de lesionar o restringir las categorías jurídico-constitucionales reconocidas a otros particulares. Desde esa perspectiva, se ha perfilado y matizado en la jurisprudencia de esta Sala, de manera abstracta y en forma de “numerus apertus”, las características que deben concurrir en el acto emanado de un particular para ser considerado como un acto revisable vía amparo constitucional, a través de la habilitación de la competencia material de la jurisdicción constitucional. Así se ha señalado que cuando el objeto de la pretensión sea la reclamación frente a un acto emitido por un particular para su válida proposición, se requiere el cumplimiento de los siguientes presupuestos: (a) Que el particular que emitió el acto se encuentre en una situación de supra subordinación material respecto del gobernado; (b) Que el asunto planteado trascienda al ámbito constitucional, es decir, que no se trate de una simple inconformidad con el contenido del acto; (c) Que se haya hecho uso de los recursos que el ordenamiento jurídico prevé frente a los actos de esta naturaleza y que se haya agotado plenamente la vía seleccionada; o bien que dichos mecanismos de protección no existan o que los existentes resulten ineficientes para garantizar los derechos constitucionales del afectado; y (d) Que la categoría jurídica protegible de carácter constitucional cuya vulneración se invoca sea, por su naturaleza, exigible u oponible

alegada, así como adopte las medidas que sean necesarias para restablecer o preservar el mismo¹⁰³.

Sin embargo, se debe precisar que el amparo es de carácter subsidiario y solo puede ser interpuesto una vez que se han agotado las instancias ordinarias. Dicha situación consiste en un presupuesto de naturaleza procesal, que implica que previo a su iniciación es menester haber intentado subsanar la violación al derecho constitucional dentro de la vía en que se suscitó y mediante los recursos ordinarios previstos. Así, el amparo debe ser utilizado como último medio de defensa de las personas¹⁰⁴.

Sin embargo, existen supuestos en los que el anterior presupuesto procesal debe ser matizado por razones de eficacia. Así, es perfectamente admisible plantear directamente una pretensión de amparo cuando no existan recursos para subsanar el acto reclamado o no estuvieren reglados. Tal es el caso del derecho a la salud en El Salvador, debido a que el mismo carece de recursos ordinarios.

frente al particular demandado”. *Vid.* la Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en el amparo 301-2000, de 24/01/2001.

¹⁰³ GIMENO SENDRA, J. V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, Cívitas, Madrid, 1981, p. 156.

¹⁰⁴ Así lo ha sostenido la Sala de lo Constitucional de la Corte suprema de Justicia de El Salvador, al establecer que: “El amparo posee características propias que lo configuran como un proceso especial y extraordinario en su materia, establecido para brindar una protección reforzada, eficaz y dinámica de los derechos y categorías jurídicas subjetivas de rango constitucional de las personas justiciables, cuando fallan los mecanismos ordinarios de protección jurisdiccionales o administrativos, esto es, cuando éstos no cumplen con la finalidad de preservar los derechos o categorías reseñadas. El fundamento de la condición de procedencia apuntada radica, en términos generales, en el carácter especial y extraordinario del amparo, pues éste está diseñado para brindar una protección reforzada de las categorías constitucionales, con lo que se pretende que sea la última vía una vez agotada la sede jurisdiccional o administrativa ordinaria para la actuación y defensa de los derechos fundamentales de los gobernados”. *Vid.* la Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en el amparo 489-2006, de 24/07/2006.

4.2 El proceso de inconstitucionalidad

El proceso de inconstitucionalidad es un mecanismo procesal de control que está constituido por un análisis lógico jurídico que busca desentrañar el sentido intrínseco de las disposiciones constitucionales propuestas como parámetro, así como el sentido general y abstracto de los diversos mandatos que se puedan contener en las disposiciones objeto de control, para luego verificar que exista conformidad de las segundas con las primeras y, si como resultado de dicho juicio de contraste, las disposiciones inferiores aparecieran disconformes con la Ley Suprema, decidir su invalidación, es decir, su expulsión del ordenamiento jurídico¹⁰⁵.

Atendiendo a criterios temporales, se pueden establecer dos tipos de control, que son: el control previo que se ejerce en el proceso de formación de ley (i); y, el control posterior, cuyo objeto consiste en restaurar el orden constitucional alterado, con posterioridad a la vigencia de la norma promulgada (ii). Atendiendo a la naturaleza del vicio, el control de constitucionalidad puede clasificarse, a su vez, en formal, cuando lo que se controla es el procedimiento de formación y validez de la disposición (i); y material, cuando lo que se pretende controlar atañe al contenido de la norma (ii)¹⁰⁶.

¹⁰⁵ MONTECINO GIRALT, M., “Protección jurisdiccional de los derechos en el ordenamiento jurídico salvadoreño”, en: Revista Teoría y Realidad Jurídica, No. 4, 2o. Semestre, 1999, p. 225.

¹⁰⁶ “Ya se ha explicitado en la jurisprudencia de esta Sala que la pretensión, en el proceso de inconstitucionalidad por vicio en el contenido, tiene por finalidad que esta Sala invalide una disposición, que el demandante estima incompatible con la que considerando en abstracto, posee un sentido opuesto al mandato de la disposición constitucional propuesta como parámetro de control; mientras que, en el proceso de inconstitucionalidad por vicio de forma tiene por finalidad que esta Sala invalide la disposición estimada inconstitucional, por no haberse cumplido, en la producción de tal disposición, con los requisitos formales

Tiene su fundamento constitucional en el artículo 183 de la Constitución, por el que se establece que: “[l]a Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano”. Asimismo, su fundamento normativo en los artículos 6, 7, 8, 9, 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en los que se otorga la posibilidad de cualquier ciudadano pueda someter a control de constitucionalidad de aquellas normas legales dictadas por el Órgano Legislativo que vulneren disposiciones o derechos reconocidos en la Constitución, como el derecho a la salud.

Se trata de un mecanismo de protección de la Constitución, por medio de un control abstracto de confrontación de normas, que puede ser interpuesto por cualquier ciudadano salvadoreño sin que se requiera de un interés directo en la disposición normativa impugnada¹⁰⁷. De acuerdo con el artículo 10 de la Ley de Procedimientos Constitucionales “[l]a sentencia definitiva no admitirá ningún recurso y será obligatoria, de un modo general, para los órganos del Estado, para sus funcionarios y autoridades y para toda persona natural o jurídica”.

establecidos por la Constitución para su validez. *Vid.* la Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en la inconstitucionalidad 18-97, de 15/10/1997.

¹⁰⁷ En El Salvador, “las normas susceptibles a ser sometidas a control de constitucionalidad son leyes formales y todo tipo de actos normativos públicos equiparados”. Dentro de este tipo de normas se pueden destacar las leyes en cuanto actos normativos del Órgano Legislativo (i); los tratados internacionales (ii); los reglamentos (iii); las ordenanzas municipales (iv); y, las normas preconstitucionales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 249 de la misma Constitución (v); *Vid.* TINETTI, J. A., “La Justicia Constitucional en El Salvador”, p. 14.

5. Ampliación del acceso del derecho a la salud

Tal y como se hacía referencia en párrafos anteriores al Evangelio de San Lucas, no siempre caben las nuevas realidades en odres viejos, ello nos mueve a reflexionar sobre la adecuación de los mecanismos de protección y justiciabilidad constitucional del derecho a la salud, hacia las necesidades de acceso mediante una apertura hacia la acción popular, el amparo frente a terceros, el proceso de inconstitucionalidad por omisión legislativa y la prohibición de regresividad de los derechos.

5.1 Legitimación activa de intereses difusos en el proceso de amparo

Los derechos de titularidad difusa atañen al conjunto de la sociedad y su afectación perjudica a todos. Atendiendo al alcance de la titularidad del derecho, si esta le concierne al conjunto de la comunidad, estamos en presencia de derechos de incidencia general o de titularidad difusa. En cambio, cuando los derechos tan solo protegen a determinados sectores de la sociedad que se encuentran debidamente organizados, estamos frente a derechos sectoriales; cuando estos grupos no se encuentran organizados, constituyen derechos grupales¹⁰⁸.

En cualquier caso, se vuelve necesario que el proceso de amparo permita el acceso a la protección y justiciabilidad del derecho a la salud por medio de un sistema de legitimación activa adecuado para esos grupos, sin que los mismos resulten discriminados.

En ese sentido, el proceso de amparo, para una eficaz protección y justiciabilidad del derecho a la salud y atendiendo a su titularidad plural, conviene que su modelo se

¹⁰⁸ PUCCINELLI, O., *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*. Libro de reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos, Buenos Aires, Ediar, 2003.

encuentre estructurado con base en una legitimación procesal de carácter popular, en la que todos los ciudadanos se encuentran legitimados para defender el orden jurídico.

Sin embargo, en el ordenamiento jurídico salvadoreño, el artículo 14 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, establece que la demanda de amparo sea interpuesta por “la persona agraviada, por sí o por su representante legal o su mandatario”, disposición con un marcado carácter individualista que no es conforme con la titularidad difusa del derecho a la salud que reconoce la Constitución.

En igual sentido, consideramos que el presupuesto de “persona agraviada” que contiene la citada disposición, debe ser interpretado en un sentido amplio, en el que todas las personas se encuentren legitimadas para la defensa del derecho a la salud. Debido a que la normativa no aclara tales extremos, su interpretación se encuentra sujeto al desarrollo jurisprudencial que la justicia constitucional salvadoreña desarrolle para tal efecto en materia de amparo¹⁰⁹.

¹⁰⁹ La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, ha establecido que: “cualquier persona que considere que se le vulnera un derecho de naturaleza difusa, adquiere legitimación procesal para plantear la pretensión constitucional de amparo -en virtud de la protección de los intereses difusos- sin necesidad que intervengan en el proceso los demás titulares del mismo, por su compleja amplitud social”. *Vid.* la Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en el amparo 104-98/105-98/106-98, de 02/12/1998. En ese sentido la jurisprudencia de la misma Sala, ha sostenido que: “el interés supra individual –comprensivo del interés colectivo y el difuso- si bien refleja una posición o aspiración común respecto de un mismo bien, este bien debe importar un disfrute supraindividual que por su propia naturaleza es diferente del contenido básico del derecho individual a la vida o la salud”. *Vid.* la Sentencia dictada por la misma Sala, en el amparo 348-99, de 04/04/2001. Bajo esta perspectiva, la misma Sala ha admitido la posibilidad de tutelar jurisdiccionalmente “un interés que tiene por objeto un bien de disfrute supra individual, por parte de un sujeto que lo haga a nombre propio”. *Vid.* la Sentencia dictada por la referida Sala, en la admisión del amparo 630-2000, de 09/03/2001.

5.2 El amparo frente a terceros: la justiciabilidad del derecho a la salud frente a particulares

Otra de las necesidades para ampliar el acceso a la protección y justiciabilidad del derecho a la salud, lo constituye la posibilidad de interponer amparo frente a particulares. En la mayoría de constituciones, tal y como es el caso de la salvadoreña, no aparecen normas explícitas de reconocimiento de la eficacia directa frente a los particulares de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*)¹¹⁰.

Lo anterior implica que, la protección del derecho a la salud y la actuación de sus sistemas de garantías, no debería reducirse a contemplar tan solo las posibles vulneraciones provenientes del poder estatal, sino que, además, habrá que tener en cuenta las posibles lesiones que puedan derivar de la acción de los particulares o actores internacionales que, operando desde posiciones de privilegio y configurándose como genuinos poderes privados, imitan al mismo poder público en su capacidad transgresora de los derechos¹¹¹.

En El Salvador, los artículos 12, inciso 2º, y 16, núm. 2, de la Ley de Procedimientos Constitucionales, establecen que el amparo únicamente es procedente respecto de acciones u omisiones de autoridades públicas. Ante la pasividad del Órgano Legislativo, la

¹¹⁰ La aparición, con la globalización, en el seno de la sociedad de poderes privados, capaces de imponer su voluntad y su dominio con igual o mayor fuerza que los poderes públicos del Estado, determina un nuevo y más amplio entendimiento de la dialéctica poder-libertad. *Vid.* NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Los Derechos Sociales...*, op. cit, p. 212.

¹¹¹ VEGA GARCÍA, P., “La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)”, en: Carbonell, M., (coord.), *Derechos Fundamentales y Estado*, memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, México, 2002, p. 697.

jurisprudencia constitucional ha extendido el control hacia las actuaciones de los particulares, al establecer que: “El amparo contra particulares es una figura procesal creada por la jurisprudencia constitucional con el propósito de potenciar la eficacia directa de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. La figura comentada surge en virtud de la existencia de situaciones en que actos u omisiones de particulares poseen la aptitud de lesionar o restringir las categorías jurídico-constitucionales reconocidas a otros particulares. Desde esa perspectiva, se ha perfilado y matizado en la jurisprudencia de esta Sala, de manera abstracta y en forma de “*numerus apertus*”, las características que deben concurrir en el acto emanado de un particular para ser considerado como un acto revisable vía amparo constitucional, a través de la habilitación de la competencia material de la jurisdicción constitucional”¹¹².

¹¹² Así se ha señalado que cuando el objeto de la pretensión sea la reclamación frente a un acto emitido por un particular para su válida proposición, se requiere el cumplimiento de los siguientes presupuestos: (a) Que el particular que emitió el acto se encuentre en una situación de supra subordinación material respecto del gobernado; (b) Que el asunto planteado trascienda al ámbito constitucional, es decir, que no se trate de una simple inconformidad con el contenido del acto; (c) Que se haya hecho uso de los recursos que el ordenamiento jurídico prevé frente a los actos de esta naturaleza y que se haya agotado plenamente la vía seleccionada; o bien que dichos mecanismos de protección no existan o que los existentes resulten ineficientes para garantizar los derechos constitucionales del afectado; y (d) Que la categoría jurídica protegible de carácter constitucional cuya vulneración se invoca sea, por su naturaleza, exigible u oponible frente al particular demandado”. *Vid.* la Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en el amparo 301-2000, de 24/01/2001. Asimismo, *vid.* CARDONA AMAYA, I., *La Figura del amparo constitucional en España y El Salvador: Análisis comparativo de sus posibilidades de tutela, con especial atención a su incidencia contra actos de particulares*, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2009, p. 70.

5.3 El proceso de inconstitucionalidad por omisión

Otra necesidad para la ampliación del acceso a la protección y justiciabilidad del derecho a la salud, lo constituye el proceso de inconstitucionalidad por omisión. Y es que, la vulneración de derechos no sólo sucede cuando se promulgan disposiciones contrarias al texto constitucional, sino también, situaciones de omisión pueden implicar la violación de este derecho¹¹³. Así, por ejemplo, la tardanza de una Ley de Investigación en Salud que establezca una serie de medidas regulatorias para la protección de los sujetos sometidos a ensayos clínicos, o bien la tardanza en la emisión de una norma que regule la farmacovigilancia de medicamentos, puede incidir negativamente en la salud de la población.

Los presupuestos del proceso de inconstitucionalidad por omisión son los siguientes: que el no cumplimiento derive de la violación de un mandato o exigencia constitucional de acción, por lo que no cabe hablar de inconstitucionalidad por omisión de los deberes de legislación en abstracto (i); que la norma constitucional inobservada sea de naturaleza programática (ii); que falten los actos legislativos necesarios para tornar operativa la norma constitucional (iii); la temporalidad de la inactividad, pues para que se configure una auténtica omisión debe valorarse el periodo de tiempo en el que se ha extendido la omisión (iv)¹¹⁴.

¹¹³ NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Los Derechos Sociales...*, op. cit, p. 220.

¹¹⁴ TAJADURA TEJADA, J., “Reflexiones en torno a una figura polémica: La inconstitucionalidad por omisión” en: PUCCINELLI, O., *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*. Libro en reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos, Buenos Aires, Ediar, 2003, p.825.

En lo relativo a las opciones existentes para la resolución del conflicto ocasionado por una comisión legislativa, podrían tomarse en consideración: la emisión de una regla para dotar de plena efectividad al precepto constitucional, con vigencia temporal mientras el legislador no actúe (i); ordenar al legislador que dicte la norma (ii); y, formular una recomendación en ese sentido (iii). La doctrina aconseja esta última solución en orden a no perturbar el equilibrio entre las funciones del poder¹¹⁵.

6. Ampliación del alcance de protección del derecho a la salud

La efectividad de las decisiones adoptadas para la protección y justiciabilidad del derecho a la salud, dependen del uso apropiado de herramientas de carácter procesal y criterios adecuados. Así para ampliar el alcance de la protección y justiciabilidad de este derecho, resulta necesario la aplicabilidad directa del derecho a la salud, la aplicabilidad directa de los tratados internacionales de derechos humanos y la prohibición de regresividad del derecho a la salud.

6.1 El valor interpretativo del derecho internacional de derechos humanos

Tal y como se adelantaba en líneas anteriores, el derecho internacional de los derechos humanos, entendido como demandas de abstención o actuación, derivadas de la dignidad de las personas y reconocidas como legítimas por la comunidad internacional, alcanzan mercedamente una protección jurídica por el Estado, una vez son incorporadas

¹¹⁵ *Ídem.*

en la Constitución. Este derecho, explica muy bien el origen de los derechos fundamentales y sirve para fundamentar a los mismos¹¹⁶.

En ese sentido, siempre que existan cláusulas constitucionales de apertura que lo legitimen, resulta de especial importancia el valor interpretativo que cumple el derecho internacional de derechos humanos. Pese a no tratarse de normas jerárquicamente superiores¹¹⁷, pueden ser aplicadas de forma complementaria o preferente¹¹⁸, cuando sean progresivamente más favorables al destinatario del derecho que se encuentra reconocido en el texto constitucional.

6.2 La prohibición de regresividad del derecho a la salud

El principio de prohibición de regresividad de los derechos constituye una limitación impuesta sobre los poderes públicos a las posibilidades de regulación “a la baja” de los derechos de los que goza la población, y una garantía para el titular del derecho. La nota del artículo 11 de las “Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el

¹¹⁶ ESCOBAR ROCA, G., “Introducción a la teoría jurídica de los Derechos Humanos”, CICODE, Trama editorial, 2005, p.16. Disponible en: <https://bit.ly/escobarpradpi> (fecha de consulta 05-V-2020).

¹¹⁷ La Constitución salvadoreña, al tratarse de un texto constitucional democrático, su máxima jerarquía no se encuentra en discusión. Así, el artículo 246, inc. 2°, establece que “[l]a Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos”. En ese sentido, si bien se abre hacia el ordenamiento internacional, lo hace en la medida que este último pueda mejorar la situación de los derechos constitucionales, puesto que ayudan a la más conveniente aplicación del texto constitucional. *Vid.* MARTÍNEZ DALMAU, R., “Problemas actuales sobre la interpretación constitucional...”, op. cit., pp. 150-151.

¹¹⁸ El artículo 144, inc. 2°, de la Constitución salvadoreña, dispone que “[l]os tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”.

art. 19 del Pacto de San Salvador”, adoptadas por la Asamblea General de la OEA, el 7 de junio de 2005, define la regresividad de la siguiente manera: “por medidas regresivas se entiende todas aquellas disposiciones y políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel de goce o ejercicio de un derecho protegido”¹¹⁹.

En ese sentido, para establecer que una norma es regresiva, es ineludible cotejarla con la norma que esta ha reformado o reemplazado, así como valorar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios que habían sido concedidos por la anterior¹²⁰. La prohibición de regresividad actúa como cláusula de control jurídico del cumplimiento, por parte del poder político, del mandato del Estado social¹²¹.

Este principio constituye uno de los parámetros más importantes para la protección y justiciabilidad del derecho a la salud, en el sentido que impone la obligación de no derogar, reducir o desmejorar el nivel de reconocimiento y protección del derecho. Operativamente es equiparable a una presunción de invalidez de toda medida regresiva adoptada por el legislador, así como un estándar de análisis para la jurisdicción constitucional.

¹¹⁹ NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Los Derechos Sociales...*, op. cit, p. 125.

¹²⁰ COURTIS, C., “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en: Courtis, C. (ed.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del puerto, Buenos Aires, 2004, p.4.

¹²¹ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 92-113.

CONCLUSIÓN

No existe hoy en día una plena protección del derecho a la salud en El Salvador.

Sus principales deficiencias consisten en que los mecanismos de protección y justiciabilidad del derecho a la salud son limitados e inadecuados y, además, resultan insuficientes para cumplir de manera óptima y eficiente sus objetivos y finalidades encomendadas. Ello se debe a la inactividad del Órgano Legislativo en promover reformas de carácter procesal que extiendan las facultades de la jurisdicción. Asimismo, se debe a la inactividad del Órgano Ejecutivo en la ejecución de políticas públicas que protejan el derecho a la salud.

En ese contexto, para solventar dichas deficiencias corresponde a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, dentro del límite de sus atribuciones, llevar a cabo una labor interpretativa, tanto de normas procesales como derechos materiales, para la protección y justiciabilidad del derecho a la salud. Esto es ampliando el acceso por medio de una política judicial que incluya: la legitimación activa de intereses difusos en el proceso de amparo (i), el proceso de amparo frente a terceros (ii); y, el proceso de inconstitucionalidad por omisión (iii).

Asimismo, ampliando el alcance de control constitucional del derecho a la salud por medio del uso apropiado de herramientas de carácter procesal y criterios adecuados tales como: el valor interpretativo del derecho internacional de derechos humanos (i); y, la prohibición de regresividad (ii).

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ABENDROTH, W., “Sobre el concepto de Estado de Derecho democrático y social tal como se formula en la Constitución de la República Federal de Alemania”, en *Sociedad antagónica y democracia política. Ensayos sobre sociología política*, Trad. M. Sacristán, Ediciones Grijalbo, Barcelona-México, 1973.

ABENDROTH, W., “El Estado de derecho democrático y social”, en ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E. y DOEHRING, K., *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

ASENSI SABATER, J. “Origen e Historia del Estado Social”, en Noguera Fernández, A. y Guamán Hernández, A. (directores), *Lecciones Sobre Estado Social y Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

BENDA, E., “El Estado social de Derecho”, en *Manual de Derecho Constitucional*, IVAP-Marcial Pons, Madrid, 1996.

BILCHITZ, D., *Poverty and Fundamental Rights. The justification and enforcement of Socio-economic Rights*. Oxford University Press. Oxford, 2007.

BOSSUYT, M., “La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels”, *Revue des droits de l’homme*, Vol. 8, 1975.

CARDONA AMAYA, I., *La Figura del amparo constitucional en España y El Salvador: Análisis comparativo de sus posibilidades de tutela, con especial atención a su incidencia contra actos de particulares*, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2009.

COTTRELL, J. y CHAI, G., “The Role of the Courts in the Protection of Economic, Social and Cultural Rights”, en: Cottrell, J. y Chai, G. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights in practice*, Interreights, Londres, 2004.

COURTIS, C., “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en: Courtis, C. (ed.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del puerto, Buenos Aires, 2004.

COURTIS, C., “Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America”, en: Gargarella, R., Domingo, P. y Roux, T. (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an institutional voice for the poor?*, Ashgate, Aldershot, 2006.

DE CABO MARTÍN, C., *La crisis del Estado Social*. PPU, Barcelona, 1986.

DE CABO MARTÍN, C., *Teoría constitucional de la solidaridad*, Marcial Pons, Barcelona, 2006.

DEN EXTER, A., y HERMANS, H., “The Right to Health Care: A Changing Concept?”, en Den Exter, A. y Hermans, H. (eds.), *The Right to Health Care in Several European Countries*, Kluwer Law International, 1991.

DÍAZ, E. “Estado y Democracia”, en Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura, Nº 19-20, Cáceres, 2001-2002.

DWORKIN, R., *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press. Oxford, 1996.

EIDE, A. "National Sovereignty and International Efforts to Realize Human Rights", en Eide A., y Hagtvet, B. (eds.), *Human Rights in Perspective: A Global Assessment*, Blackwell Publishers, 1992.

ESCOBAR ROCA, G., "Introducción a la teoría jurídica de los Derechos Humanos", CICODE, Trama editorial, 2005.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., "El Estado Social", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 23, Núm. 69, septiembre-diciembre, 2003.

FORSTHOFF, E., "Concepto y esencia del Estado social de Derecho", en ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E. y DOEHRING, K., *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

FORSTHOFF, E., "Problemas constitucionales del Estado social", en ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E. y DOEHRING, K., *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

FRIED, C., "Right and Wrong", Harvard University Press, Cambridge, 1978.

GALINDO POHL, R., *Documentos históricos*, El Salvador, Imprenta Nacional, San Salvador, 1950-1951.

GARCÍA COTARELO, J.: *Del Estado del bienestar al Estado del malestar*, 2ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

GARCÍA-PELAYO, M.: *Transformaciones del Estado contemporáneo*, 2a ed. (9a imp. 1995), Alianza Editorial, Madrid, 1985.

GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1984.

GIESEN, D., "A Right to Health Care?: A Comparative Perspective", en *Health Matrix: The Journal of Law-Medicine*, 4to Vol., Cleveland, 1994.

GIMENO SENDRA, J. V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, Cívitas, Madrid, 1981

GOLPEEN, S., "Courts and Social transformation: An Analytical Framework", en: Gargarella, R., Domingo, P. y Roux, T. (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an institutional voice for the poor?*, Ashgate, Aldershot, 2006.

HELLER, H., "¿Estado de Derecho o dictadura?", en *Escritos Políticos*, trad. Gómez de Arteche, S., Alianza Universidad, Madrid, 1985.

HUNT, P., *Reclaiming Social Rights. International and Comparatives Perspectives*, Dartmouth, Great Britain, 1996.

LASSALLE, F., *Discours et pamphlets*, trad. V. Dave y L. Remy, V. Giard et E. Brière, Paris, 1903.

LEARY, V. A., "Implications of a Right to Health", en Mahoney, K. E. & Mahoney, P. (eds.), *Human Rights in the Twenty-First Century. A Global Challenge*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993.

LEENEN, H., "The Right to Health Care and its realization in The Netherlands", en Den Exter, A. y Hermans, H. (eds.), *The Right to Health Care in Several European Countries*, Kluwer Law International, 1991.

LENTA, P., "Democracy, Rights Desagreements and Judicial Review". *South African Journal on Human Rights (SAJHR)*. No. 20, 2004.

LOPES, J. R., “Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito”, en Faria, J. E. (eds.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, Malheiros, Sao Paulo, 1994.

MARTÍNEZ DALMAU, R., “Problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos”, *Revista Ius*, nº 37, 2016.

MONTECINO GIRALT, M., “Protección jurisdiccional de los derechos en el ordenamiento jurídico salvadoreño”, en: *Revista Teoría y Realidad Jurídica*, No. 4, 2o. Semestre, 1999.

MOORE, M., “Natural Rights, Judicial Review and Constitutional Interpretation”, en Goldsworthy, J. y Campbell, T. (eds.), *Legal Interpretation in democratic States*, Aldershot, Ashgate, 2002.

NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Los Derechos Sociales en las Nuevas Constituciones Latinoamericanas*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Observación general Nº 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 2000.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, *El Derecho a la Salud en las Américas. Estudio Constitucional Comparado*, Washington, D. C., 1989.

PISARELLO, G., “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 92, UNAM, México, 2006.

PUCCINELLI, O., *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*. Libro de reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos, Buenos Aires, Ediar, 2003.

RAZ, J., "Disagreement and Politics", *American Journal of Jurisprudence*, 43, 1998.

ROEMER, R., "The Right to Health Care", en: Fuenzalida-Puelma, H. y Scholle, S., (Eds.), Pan American Health Organization, *The Right to Health in the Americas. A Comparative Constitutional Study*, Washington, D. C., 1989.

SHUE, H., "The Interdependence of Duties", en: Alston, P. y Tomasevski, K. (eds.), *The Right to Food*, Martinus Nijhoff Publishers, 1984.

SPECTOR, H., "Judicial Review, Rights and Democracy", *Law and Philosophy*, 23, 2003.

SQUELLA, A., "El derecho a la salud como uno de los derechos fundamentales de las personas", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Edeval, Valparaíso, 2005.

TAJADURA TEJADA, J., "Reflexiones en torno a una figura polémica: La inconstitucionalidad por omisión" en: PUCCINELLI, O., *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*. Libro en reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos, Buenos Aires, Ediar, 2003.

TAJADURA TEJADA, J. (dir.): *Los principios rectores de la política social y económica*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004.

TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho español*, 4a ed., (12a reimpr.), Tecnos, Madrid, 2004.

TOMASEVSKI, K., "Health Rights", en Eide, A., Krause, C. & Rosas, A. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights, A Textbook*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995.

TORRES DEL MORAL, A.: *Principios de Derecho Constitucional Español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 5a edición, 2004.

TUSHNET, M., "Social Welfare Rights and the forms of judicial Review", *Texas Law Review*, 82, 2004.

VAN HOOFF, G. J. H., "The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some Traditional Views", en: Alston, P. y Tomasevski, K. (eds.), *The Right to Food*, Martinus Nijhoff Publishers, 1984.

VEGA GARCÍA, P., "La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)", en: Carbonell, M., (coord.), *Derechos Fundamentales y Estado*, memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, México, 2002.

VILJOEN, F. "National Legislation as a Source of Justiciable Socio-Economic Rights", 6 ESR Review, núm. 3, Sudáfrica, 2005.

VON STEIN, L., *Movimientos sociales y monarquía*, trad. E. Tierno Galván, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

WALDRON, J., *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999.

WALTER, W., "Philosophy and democracy", *Political Theory*, núm. 9, 1981.