


# La protección del derecho a la salud en la constitución salvadoreña \*

*The protection of the right to health in the Salvadoran Constitution*

ALFARO-ALVARADO ALBERTO <sup>1</sup>

 0009-0000-8378-7213

**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:** Derecho Constitucional, Derecho a la salud, Derechos fundamentales, Salud.

**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.

**Keywords:** Constitutional Law, Right to Health, Fundamental Rights, Health.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. EL ESTADO SOCIAL Y SU CONSTITUCIONALIZACIÓN COMO PRECURSOR DEL DERECHO A LA SALUD. 2.1 El surgimiento del Estado social. 2.2 La constitucionalización del Estado social. III. EL DERECHO A LA SALUD. 3.1 Cuestiones semánticas sobre el derecho a la salud. 3.2 Definiendo la expresión «derecho a la salud». 3.3 La naturaleza del derecho a la salud. 3.4 El objeto del derecho a la salud. 3.5 Las obligaciones del Estado para la protección del derecho a la salud. IV. LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD. 4.1 La legitimidad. 4.2 La competencia. 4.3 Límites y dificultades para la justiciabilidad del derecho a la salud. 4.4 Mecanismos jurisdiccionales para la protección y justiciabilidad del derecho a la salud. 4.4.1 El proceso de amparo. 4.4.2 El proceso de

\* Fecha de recepción: 28/05/2025 – Fecha de aceptación: 23/07/2025. Cita recomendada ALFARO-ALVARADO A. (2025). La protección del derecho a la salud en la constitución salvadoreña. Bioderecho.es, (21) enero-julio, 1-30. <https://doi.org/10.6018/bioderecho.662941>

<sup>1</sup> Profesor Universidad Dr. José Matías Delgado, El Salvador. Correo: albertoalfaro@hotmail.com



inconstitucionalidad. 4.5 Ampliación del acceso al derecho a la salud. 4.5.1 Legitimación activa de intereses difusos en el proceso de amparo. 4.5.2 El amparo frente a terceros: la justiciabilidad del derecho a la salud frente a particulares. 4.5.3 El proceso de inconstitucionalidad por omisión. 4.6 Ampliación del alcance de protección del derecho a la salud. 4.6.1 El papel interpretativo del derecho internacional de derechos humanos. 4.6.2 Prohibición de regresividad del derecho a la salud. V.CONCLUSIÓN. V. BIBLIOGRAFÍA.

---

## I. 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 artículo consiste en analizar, desde una perspectiva constitucional, la protección del derecho a la salud en la Constitución salvadoreña. 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.

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 *lege lata* y derecho comparado sobre el derecho a la salud.

## II. 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 los distintos textos constitucionales 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 como obligación del Estado, el asegurar a los habitantes el goce de la salud.

## 2.1 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 civil<sup>1</sup>. 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 enfrentarla<sup>2</sup>. En ese contexto, se plantea la intervención estatal como algo necesario para remediar las malas condiciones de vida, de la población más desamparada<sup>3</sup>. Asimismo, para adoptar medidas que logren atenuar el conflicto social<sup>4</sup>.

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 constitucional<sup>5</sup>. 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 constitucional<sup>6</sup>.

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 trabajo<sup>7</sup>. 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 mismos<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> GARCÍA COTARELO, J.: *Del Estado del bienestar al Estado del malestar*, Segunda edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 11 y ss.

<sup>2</sup> GARCÍA-PELAYO, M.: *Transformaciones del Estado contemporáneo*, Segunda edición, Alianza Editorial, Madrid, 1985, p. 18.

<sup>3</sup> DÍAZ, E.: «Estado y Democracia», en: *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*, N° 19-20, Cáceres, 2001-2002, pp. 212-213.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> ASENSI SABATER, J.: «Origen e Historia del Estado Social», en: NOGUERA FERNÁNDEZ, A. y GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. (Dir.): *Lecciones Sobre Estado Social y Derechos Sociales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2014, pp. 25-26.

<sup>6</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A.: «El Estado Social», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 23, Núm. 69, septiembre-diciembre, 2003, p. 146.

<sup>7</sup> ASENSI SABATER, J.: *Lecciones Sobre Estado Social*., Op. cit. pp. 25-26.

<sup>8</sup> *Ibidem*, pp. 25-26.

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 públicos<sup>9</sup>.

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 liberal<sup>10</sup>.

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 horizontal<sup>11</sup>. 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 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 vital<sup>12</sup>. Esta precariedad 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 mercado<sup>13</sup>, 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.

<sup>9</sup> TORRES DEL MORAL, A.: Principios de Derecho Constitucional Español, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, Quinta edición, Tomo I, 2004, p. 51.

<sup>10</sup> TOMÁS Y VALIENTE, F.: Manual de Historia del Derecho español, Cuarta edición, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 414-416.

<sup>11</sup> GARCÍA-PELAYO, M.: Transformaciones del Estado..., Op. cit., pp. 21-22.

<sup>12</sup> FORSTHOFF, E.: «Problemas constitucionales... Op. cit. pp. 48-49.

<sup>13</sup> DE CABO MARTÍN, C.: La crisis del Estado Social. PPU, Barcelona, 1986, pp. 20-30.

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 reformas sociales que solucionaran la desigualdad. Estas últimas corrientes de pensamiento buscaban potenciar la misión social del Estado<sup>14</sup>, 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 Estado. 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 necesaria<sup>15</sup>.

### III. 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.

---

<sup>14</sup> GARRORENA MORALES, A.: El Estado español como Estado social y democrático de Derecho, Segunda edición, Tecnos, Madrid, 1984, p.34.

<sup>15</sup> VON STEIN, L.: Movimientos sociales y monarquía, trad. E. Tierno Galván, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pp. 27-31.

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 de este tanto desde el contexto nacional como internacional. Asimismo, se abordará lo correspondiente a su naturaleza, objeto, contenido y las obligaciones que derivan del mismo.

### 3.1 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 doctrina<sup>16</sup>, 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.).

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 positivo<sup>17</sup>. 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

---

<sup>16</sup> ROEMER, R.: «The Right to Health Care», en: FUENZALIDA-PUELMA, H. y SCHOLLE, S. (Eds.): *The Right to Health in the Americas. A Comparative Constitutional Study*, Pan American Health Organization, 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*, Cuarto volume, Cleveland, 1994, pp. 277-295. En similares términos, vid. TOMASEVSKI, K.: «Health Rights», en EIDE, A., KRAUSE, C. y 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.

<sup>17</sup> 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», en: *Revue des droits de l'homme*, Vol. 8, 1975, pp. 789-791.

la totalidad de las personas e incluye, el cuidado de la salud vital<sup>18</sup>. 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 necesarias<sup>19</sup>.

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»<sup>20</sup>. 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 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»<sup>21</sup>.

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 derecho<sup>22</sup>. 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

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> «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.

<sup>20</sup> 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. Vid. 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.

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

<sup>22</sup> 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.

*los riesgos exteriores que puedan ponerla en peligro, de ahí que se deba 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»<sup>23</sup>.*

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) de bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad<sup>24</sup>. 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 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 internacional<sup>25</sup> y en la relativa a derechos humanos como el Pacto de San Salvador<sup>26</sup>.

### **1. Definiendo la expresión «derecho a la salud».**

El derecho internacional de los derechos humanos es entendido como las demandas de abstención o actuación, derivadas de la dignidad de las personas, reconocidas como legítimas por la comunidad internacional y que alcanzan merecidamente 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 mismos<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> Vid. la Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia salvadoreña, 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.

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> Vid. ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD: El Derecho a la Salud en las Américas. Estudio Constitucional Comparado, Washington, D. C., 1989.

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> ESCOBAR ROCA, G.: Introducción a la teoría jurídica de los Derechos Humanos, Trama, Madrid, 2005, p.16.

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. 2º, 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. 2º, 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 constitucional<sup>28</sup>.

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 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*»<sup>29</sup>.

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 utilice<sup>30</sup>.

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 «*[e]l 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 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*

<sup>28</sup> MARTÍNEZ DALMAU, R.: «Problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos», en: Revista Ius, n° 37, 2016, pp. 150-151.

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> TOMASEVSKI, K.: «Health Rights...», Op. cit. p.125.

*disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud»<sup>31</sup>.*

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 salud<sup>32</sup>.

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 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»<sup>33</sup>.*

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 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*

---

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> SHUE, H., «The Interdependence...», Op. cit., pp. 83-95. Asimismo, Vid. EIDE, A. «National Sovereignty and International Efforts...», op. cit., pp. 3-30.

<sup>33</sup> ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Convención Americana sobre Derechos Humanos «Pacto de San José de Costa Rica», San José, 1969.

*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»<sup>34</sup>.*

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 constitucional<sup>35</sup>.

### 3.3 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 legal<sup>36</sup>. 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 concretas<sup>37</sup>.

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, tal es el caso del derecho político a votar, puesto que implica la obligación positiva de organizar un proceso electoral<sup>38</sup>.

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: *«[e]sta 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*

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> MARTÍNEZ DALMAU, R.: «Problemas actuales... op. cit., pp. 150-151.

<sup>36</sup> GIESEN, D.: «A Right to Health Care...», op. cit., p. 277.

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> FABRE, C., «Social Rights under the Constitution», Clarendon Press, Oxford, 2000, p. 44.

*condiciones de afectarlos; que demandan prestaciones onerosas, que pueden adoptar carácter individual o colectivo y que, en todo caso, resultan ser indivisibles e interdependientes»<sup>39</sup>*

Además, consideramos que la visión empleada por la doctrina antes indicada únicamente es concurrente en 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.

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»<sup>40</sup>*.

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.

### 3.4 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 las Naciones Unidas, en su Observación General N° 14, párrafo 8<sup>41</sup>, 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

<sup>39</sup> Vid. la Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia salvadoreña, en la inconstitucionalidad 8-2015/16-2015/89-2016, de 10/11/2017.

<sup>40</sup> Vid. la Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia salvadoreña, en la inconstitucionalidad 8-2015/16-2015/89-2016, de 10/11/2017.

<sup>41</sup> 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.

a una conducta procedente también del mismo Estado, que no solo se expresa de manera negativa, sino también positiva<sup>42</sup>.

En ese contexto, tal como lo dispone el artículo 1 de la Constitución salvadoreña, el titular del derecho a la salud son todos los habitantes desde el instante de la concepción. En los términos establecidos en el artículo 65 del mismo texto constitucional, 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 fundamentales<sup>43</sup>. 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 promoción<sup>44</sup>. Además, que el derecho a la salud, es un derecho exigible que exige, al Estado y los particulares, obligaciones tanto activas como pasivas<sup>45</sup>. 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 integridad<sup>46</sup>. Y, por otra parte, que el derecho a la salud posee una naturaleza prestacional<sup>47</sup>.

### 3.5 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 obligaciones<sup>48</sup>.

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;

<sup>42</sup> «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.

<sup>43</sup> Vid. la Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia salvadoreña, en la inconstitucionalidad 8-2015/16-2015/89-2016, de 10/11/2017.

<sup>44</sup> Vid. la Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia salvadoreña, en la inconstitucionalidad 105-2014, de 17/11/2017.

<sup>45</sup> Vid. la Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia salvadoreña, 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.

<sup>46</sup> Vid. la Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia salvadoreña, en el amparo 166-2009, de 21/09/2009.

<sup>47</sup> Vid. la Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia salvadoreña, en el amparo 857-99, de 02/12/1999.

<sup>48</sup> «Al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Parte: 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.

- 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;
- 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; y,
- v. Abstenerse asimismo de contaminar ilegalmente la atmósfera, el agua y la tierra<sup>49</sup>.

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 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; y,
- v. Velar asimismo porque terceros no limiten el acceso de las personas a la información y los servicios relacionados con la salud<sup>50</sup>.

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;
- 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

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> 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.

- 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; y,
  - 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 salud<sup>51</sup>.

La obligación estatal de cumplir implica dos dimensiones, una de *facilitar* el derecho a la salud y otra de *promover* el mismo<sup>52</sup>.

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; y,
- vi. Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacional de salud pública<sup>53</sup>.

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;

<sup>51</sup> 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.

<sup>52</sup> «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 Parte 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 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». Víd. 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.

<sup>53</sup> 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.

- 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; y,
- v. Proporcionar capacitación adecuada al personal del sector de la salud, incluida la educación en materia de salud y derechos humanos<sup>54</sup>.

#### IV. 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 de que el órgano jurisdiccional resuelva que efectivamente se ha producido tal violación, debe ser capaz de reparar o corregir la misma<sup>55</sup>.

El concepto de justiciabilidad en el ámbito del derecho a la salud ha generado debate en la mayoría de los 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?<sup>56</sup>. 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.

##### 4.1 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.

<sup>54</sup> 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.

<sup>55</sup> VILJOEN, F.: «National Legislation as a Source of Justiciable Socio-Economic Rights», en: ESR Review, Volúmen 6, Número 3, Sudáfrica, 2005, p. 6.

<sup>56</sup> NOGUERA FERNÁNDEZ, A.: Los Derechos Sociales en las Nuevas Constituciones Latinoamericanas, Primera edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 40. También, vid, HUNT, P.: Reclaiming Social Rights. International and Comparatives Perspectives, Dartmouth, Great Britain, 1996, pp. 24-25.

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 ejecutivo<sup>57</sup>. A partir de esta postura, se sostiene que, aceptar que los tribunales pueden decidir sobre temas socioeconómicos, equivale a politizar al poder judicial<sup>58</sup>, además de un quebrantamiento del principio de independencia judicial<sup>59</sup> y una vulneración del principio democrático, toda vez que se acepta que el poder judicial puede revisar las decisiones tomadas por órganos democráticamente electos<sup>60</sup>.

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 fundamentales<sup>61</sup>.

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 personas<sup>62</sup>. Una sociedad es democrática en la medida que los derechos fundamentales les sean garantizados a todas las personas, con independencia del acuerdo de las mayorías en reconocerlos o no<sup>63</sup>.

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

<sup>57</sup> HUNT, P.: *Reclaiming Social Rights...*, Op. cit., pp. 24-25.

<sup>58</sup> 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*, Interrights, Londres, 2004, p.86.

<sup>59</sup> TUSHNET, M.: «Social Welfare Rights and the forms of judicial Review», en: *Texas Law Review*, Número 82, 2004.

<sup>60</sup> 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*, Número 20, 2004.

<sup>61</sup> WALTER, W.: «Philosophy and democracy», *Political Theory*, Número 9, 1981, pp. 379-399.

<sup>62</sup> DWORKIN, R., *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press. Oxford, 1996, pp. 15, 17, 32, 34 y 292.

<sup>63</sup> 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*, Número 43, 1998, p. 52.

no implica un quebranto a la democracia sino todo lo contrario, un fortalecimiento de la misma<sup>64</sup>.

## 4.2 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 pretensión<sup>65</sup>.

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 Estado<sup>66</sup>.

## 4.3 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<sup>67</sup>, 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 se puedan perfilar. 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

---

<sup>64</sup> BILCHITZ, D.: *Poverty and Fundamental Rights. The justification and enforcement of Socio-economic Rights*. Oxford University Press. Oxford, 2007, pp. 103-108.

<sup>65</sup> Kelsen, H.: *Teoría General de las Normas*, Trillas, México, 1994, pp. 142-143.

<sup>66</sup> NOGUERA FERNÁNDEZ, A.: *Los Derechos Sociales...*, Op. cit, p. 43.

<sup>67</sup> 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.

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 derecho<sup>68</sup>.

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 de propiedad, concierne ahora el desarrollo de instrumentos legislativos que definan el contenido y alcance del derecho a la salud<sup>69</sup>.

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 XIX<sup>70</sup>, 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 viejos<sup>71</sup>.

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 vulnerados<sup>72</sup>.

#### **4.4 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 salvadoreña, 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

<sup>68</sup> 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.

<sup>69</sup> NOGUERA FERNÁNDEZ, A.: *Los Derechos Sociales...*, Op. cit., p. 44.

<sup>70</sup> 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.

<sup>71</sup> 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».

<sup>72</sup> COURTIS, C.: «Judicial Enforcement of Social Rights...», Op. cit., p. 179.

autoridades y promover el reconocimiento y la efectividad de sus derechos<sup>73</sup>. 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 para imponer sus decisiones<sup>74</sup>. En El Salvador, los mecanismos de protección constitucional del derecho a la salud son: el proceso de amparo y el proceso de inconstitucionalidad.

#### 4.4.1 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 ejercicio<sup>75</sup>. 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 protegible<sup>76</sup>.

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).

Encuentra su fundamento constitucional y ámbito de aplicación en el artículo 247 de la Constitución salvadoreña, 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 particular<sup>77</sup>, con el objeto que

<sup>73</sup> NOGUERA FERNÁNDEZ, A.: Los Derechos Sociales..., Op. cit, pp. 104-105.

<sup>74</sup> PISARELLO, G.: «Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático», en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Número 92, UNAM, México, 2006, pp. 111 y ss.

<sup>75</sup> Vid. la Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia salvadoreña, 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.

<sup>76</sup> Vid. la Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia salvadoreña, 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.

<sup>77</sup> «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

ésta reconozca el derecho o situación alegada, así como adopte las medidas que sean necesarias para restablecer o preservar el mismo<sup>78</sup>.

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 personas<sup>79</sup>.

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 contexto jurídico salvadoreño, debido a que el mismo carece de recursos ordinarios.

#### 4.4.2 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 jurídico<sup>80</sup>.

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)<sup>81</sup>.

---

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 salvadoreña, en el amparo 301-2000, de 24/01/2001.

<sup>78</sup> GIMENO SENDRA, J. V.: *Fundamentos del Derecho Procesal*, Cívitas, Madrid, 1981, p. 156.

<sup>79</sup> Así lo ha sostenido la Sala de lo Constitucional de la Corte suprema de Justicia salvadoreña, 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 salvadoreña, en el amparo 489-2006, de 24/07/2006.

<sup>80</sup> MONTECINO GIRALT, M.: «Protección jurisdiccional de los derechos en el ordenamiento jurídico salvadoreño», en: *Revista Teoría y Realidad Jurídica*, Número 4, Segundo semestre, 1999, p. 225.

<sup>81</sup> «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

Tiene su fundamento constitucional en el artículo 183 de la Constitución salvadoreña, 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 impugnada<sup>82</sup>. 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»*.

#### **4.5 Ampliación del acceso del derecho a la salud**

Tal y como se hacía referencia en párrafos anteriores, 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.

##### **4.5.1 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 grupales<sup>83</sup>.

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 encuentre estructurado

---

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

<sup>82</sup> 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 del texto constitucional salvadoreño (v); Vid. TINETTI, J. A.: «La Justicia Constitucional en El Salvador», en: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Número 1, 1997, pp. 173-186.

<sup>83</sup> PUCCINELLI, O.: Defensa de la Constitución. Garantismo y controles. Libro de reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos, Buenos Aires, Ediar, 2003.

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 amparo<sup>84</sup>.

#### **4.5.2 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 los textos constitucionales, tal y como es el caso salvadoreño, no aparecen normas explícitas de reconocimiento de la eficacia directa frente a los particulares de los derechos fundamentales «*Drittwirkung*»<sup>85</sup>.

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 derechos<sup>86</sup>.

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 jurisprudencia constitucional ha extendido el control hacia las actuaciones de los particulares, al establecer que:

---

<sup>84</sup> La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia salvadoreña, 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 salvadoreña, 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.

<sup>85</sup> 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.

<sup>86</sup> 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.

*«[e]l 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»<sup>87</sup>.*

#### 4.5.3 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 derecho<sup>88</sup>. 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 adecuadamente la fabricación de medicamentos biológicos, puede incidir negativamente en la salud de la población *-además de desincentivar la producción local-*.

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)<sup>89</sup>.

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

---

<sup>87</sup> «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 salvadoreña, 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.

<sup>88</sup> NOGUERA FERNÁNDEZ, A.: Los Derechos Sociales..., op. cit, p. 220.

<sup>89</sup> 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.

sentido (iii). La doctrina aconseja esta última solución en orden a no perturbar el equilibrio entre las funciones del poder<sup>90</sup>.

#### 4.6 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.

##### 4.6.1 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 en la Constitución. Este derecho, explica muy bien el origen de los derechos fundamentales y sirve para fundamentar a los mismos<sup>91</sup>.

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 superiores<sup>92</sup>, pueden ser aplicadas de forma complementaria o preferente<sup>93</sup>, cuando sean progresivamente más favorables al destinatario del derecho que se encuentra reconocido en el texto constitucional.

##### 4.6.2 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 art. 19 del Pacto de San Salvador», adoptadas por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, 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»*<sup>94</sup>.

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

<sup>90</sup> Ibídem, p. 826.

<sup>91</sup> ESCOBAR ROCA, G.: Introducción a la teoría jurídica de los Derechos Humanos... op. cit. p.16.

<sup>92</sup> La Constitución salvadoreña, al tratarse de un texto constitucional democrático, su máxima jerarquía no se encuentra en discusión. Así, el artículo 246, inc. 2º, 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.

<sup>93</sup> El artículo 144, inc. 2º, 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».

<sup>94</sup> NOGUERA FERNÁNDEZ, A.: Los Derechos Sociales..., op. cit, p. 125.

restringe derechos o beneficios que habían sido concedidos por la anterior<sup>95</sup>. La prohibición de regresividad actúa como cláusula de control jurídico del cumplimiento, por parte del poder político, del mandato del Estado social<sup>96</sup>.

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.

## V.- CONCLUSIÓN

Bajo la perspectiva trazada, consideramos que hoy en día no existe una plena protección del derecho a la salud en El Salvador. Sus principales deficiencias consisten en que los mecanismos de protección y justiciabilidad 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 jurisdiccionales. Asimismo, se debe a la inactividad del Órgano Ejecutivo en la ejecución de políticas públicas que protejan el citado derecho.

En ese contexto, para solventar dichas deficiencias corresponde a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia salvadoreña, 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).

## VI.- BIBLIOGRAFÍA

1. ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C.: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.
2. ALEXI, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
3. 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*

---

<sup>95</sup> 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.

<sup>96</sup> ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C.: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 92-113.

- antagónica y democracia política. Ensayos sobre sociología política*, Trad. M. Sacristán, Ediciones Grijalbo, Barcelona-México, 1973.
4. 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.
  5. ASENSI SABATER, J.: «Origen e Historia del Estado Social», en NOGUERA FERNÁNDEZ, A. y GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. (Dirs.): *Lecciones Sobre Estado Social y Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
  6. BENDA, E.: «El Estado social de Derecho», en: *Manual de Derecho Constitucional*, IVAP-Marcial Pons, Madrid, 1996.
  7. BILCHITZ, D.: *Poverty and Fundamental Rights. The justification and enforcement of Socio-economic Rights*, Oxford University Press. Oxford, 2007.
  8. BOSSUYT, M.: «La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels», en: *Revue des droits de l'homme*, Vol. 8, 1975.
  9. 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.
  10. 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*, Interights, Londres, 2004.
  11. 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.
  12. 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.
  13. DE CABO MARTÍN, C.: *La crisis del Estado Social*. PPU, Barcelona, 1986.
  14. DE CABO MARTÍN, C.: *Teoría constitucional de la solidaridad*, Marcial Pons, Barcelona, 2006.
  15. 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.
  16. DÍAZ, E.: «Estado y Democracia», en: *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, Nº 19-20, Cáceres, 2001-2002.
  17. DWORKIN, R.: *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press. Oxford, 1996.
  18. 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.
  19. ESCOBAR ROCA, G.: *Introducción a la teoría jurídica de los Derechos Humanos*, Trama, Madrid, 2005.
  20. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A.: «El Estado Social», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 23, Núm. 69, septiembre-diciembre, 2003.

21. 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.
22. FORSTHOFF, E.: «Problemas constitucionales del Estado social», en ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E. y DOEHRING, K.: *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.
23. FRIED, C.: *Right and Wrong*, Harvard University Press, Cambridge, 1978.
24. GARCÍA COTARELO, J.: *Del Estado del bienestar al Estado del malestar*, Segunda edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
25. GARCÍA-PELAYO, M.: *Transformaciones del Estado contemporáneo*, Segunda edición, Alianza Editorial, Madrid, 1985.
26. GARRORENA MORALES, A.: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Segunda edición, Tecnos, Madrid, 1984.
27. GIESEN, D.: «A Right to Health Care?: A Comparative Perspective», en: *Health Matrix: The Journal of Law-Medicine*, Cuarto volumen, Cleveland, 1994.
28. GIMENO SENDRA, J. V.: *Fundamentos del Derecho Procesal*, Cívitas, Madrid, 1981.
29. 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.
30. HELLER, H.: «¿Estado de Derecho o dictadura?», en: *Escritos Políticos*, trad. Gómez de Arteche, S., Alianza Universidad, Madrid, 1985.
31. HUNT, P.: *Reclaiming Social Rights. International and Comparatives Perspectives*, Dartmouth, Great Britain, 1996.
32. LASSALLE, F.: *Discours et pamphlets*, trad. V. Dave y L. Remy, V. Giard et E. Brière, Paris, 1903.
33. LEARY, V. A.: «Implications of a Right to Health», en MAHONEY, K. E. y MAHONEY, P. (eds.): *Human Rights in the Twenty-First Century. A Global Challenge*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993.
34. 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.
35. LENTA, P.: «Democracy, Rights Disagreements and Judicial Review», en: *South African Journal on Human Rights*, Número 20, 2004.
36. LOPES, J. R.: «Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito», en FARIA, J. E. (eds.): *Direitos Humanos, Directos Sociais e Justiça*, Malheiros, Sao Paulo, 1994.
37. MARTÍNEZ DALMAU, R.: «Problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos», en: *Revista Ius*, nº 37, 2016.
38. MONTECINO GIRALT, M.: «Protección jurisdiccional de los derechos en el ordenamiento jurídico salvadoreño», en: *Revista Teoría y Realidad Jurídica*, Número 4, Segundo semestre, 1999.
39. MOORE, M.: «Natural Rights, Judicial Review and Constitutional Interpretation», en GOLDSWORTHY, J. y CAMPBELL, T. (eds.): *Legal Interpretation in democratic States*, Aldershot, Ashgate, 2002.
40. NOGUERA FERNÁNDEZ, A.: *Los Derechos Sociales en las Nuevas Constituciones Latinoamericanas*, Primera edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

41. 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.
42. ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD: *El Derecho a la Salud en las Américas. Estudio Constitucional Comparado*, Washington, D. C., 1989.
43. PISARELLO, G.: «Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático», en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número 92, UNAM, México, 2006.
44. PUCCINELLI, O.: *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*. Libro de reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos, Buenos Aires, Ediar, 2003.
45. RAZ, J.: «Disagreement and Politics», en; *American Journal of Jurisprudence*, Número 43, 1998.
46. 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.
47. SHUE, H.: «The Interdependence of Duties», en ALSTON, P. y TOMASEVSKI, K. (eds.): *The Right to Food*, Martinus Nijhoff Publishers, 1984.
48. SPECTOR, H.: «Judicial Review, Rights and Democracy», en: *Law and Philosophy*, 23, 2003.
49. 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.
50. 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 de reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos, Buenos Aires, Ediar, 2003.
51. TAJADURA TEJADA, J. (dir.): *Los principios rectores de la política social y económica*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004.
52. TINETTI, J. A.: «La Justicia Constitucional en El Salvador», en: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Número 1, 1997, pp. 173-186.
53. TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho español*, Cuarta edición, Tecnos, Madrid, 2004.
54. TOMASEVSKI, K.: «Health Rights», en EIDE, A., KRAUSE, C. y ROSAS, A. (eds.): *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995.
55. TORRES DEL MORAL, A.: *Principios de Derecho Constitucional Español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, Quinta edición, Tomo I, 2004.
56. TUSHNET, M., «Social Welfare Rights and the forms of judicial Review», en: *Texas Law Review*, Número 82, 2004.
57. 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.
58. 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.

59. VILJOEN, F. «National Legislation as a Source of Justiciable Socio-Economic Rights», en: *ESR Review*, Volúmen 6, Número 3, Sudáfrica, 2005.
  60. VON STEIN, L.: *Movimientos sociales y monarquía*, trad. E. Tierno Galván, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.
  61. WALDRON, J.: *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999.
  62. WALTER, W.: «Philosophy and democracy», en: *Political Theory*, Número 9, 1981.
-