

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
V SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURIDICAS



**“EL AMPARO COMO MEDIO DE TUTELA PARA GARANTIZAR EL
DERECHO A LA SALUD, CUANDO EL ESTADO NO CUMPLE CON SU
DEBER CONSTITUCIONAL DE SATISFACERLO”**

TRABAJO DE GRADUACION PARA OPTAR AL GRADO
DE LICENCIATURA EN CIENCIAS JURIDICAS

PRESENTADO POR:

ASENCIO LOPEZ, FRANCISCO ALBERTO
PALENCIA GALDAMEZ, EVELYN CORINA

DIRECTORA DE SEMINARIO
LICDA. MORENA ELIZABETH NOCHEZ DE ALDANA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, MAYO DE 2003.-

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTORA

DRA. MARIA ISABEL RODRIGUEZ

VICE- RECTOR ACADEMICO

ING. JOSÉ FRANCISCO MARROQUÍN

VICE-RECTORA ADMINISTRATIVA

LICDA. MARÍA HORTENSIA DUEÑAS DE GARCÍA

SECRETARIA GENERAL

LICDA. LIDIA MARGARITA MUÑOZ

FISCAL GENERAL

LIC. PEDRO ROSALÍO ESCOBAR CASTANEDA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIAS Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNANDEZ

VICE-DECANO

LIC. EDGARDO HERRERA MEDRANO

SECRETARIO

LIC. JORGE ALONSO BELTRAN

UNIDAD DE INVESTIGACION JURIDICA

LIC. WILMER HUMBERTO MARIN SANCHEZ

DIRECTORA DE SEMINARIO

LICDA. MORENA ELIZABETH NOCHEZ DE ALDANA

GRATITUD

A mi Dios y su Hijo.

Agradezco de todo corazón a mi dios **Jehová** en nombre de su hijo Jesucristo, amigo inseparable que me ilumino y me dio sabiduría para culminar exitosamente este esfuerzo.

CONSAGRACION.

A mi Madre.

Ofrezco esta obra a mi madre, **Maria de los Ángeles López de Asencio**, por su incondicional apoyo y comprensión; y por su ejemplo de trabajo y superación. Dios le bendiga madre mía.

A mi Mujer y mi Hija.

Dedico este trabajo a mis nuevas y bellas inspiraciones, la niña de mis ojos, **Hilary Paola Asencio Abarca y su madre Lilian Yamileth Abarca Vides**. De igual forma dios las bendiga amores míos.

A ellos (as).

Finalmente consagro este esfuerzo, en memoria de todos aquellos que se les negó y a los que se les sigue negando el auxilio de la ciencia médica para aliviar o curar las terribles enfermedades que sufren. A ellos (as).

Francisco Alberto Asencio López.

DEDICATORIA

A **DIOS**, por haberme permitido llegar hasta este momento de mi carrera, y por darme la luz en los momentos que más lo necesite.

A mi madre, **Rosa Yolanda Galdámez**, por su apoyo incondicional e incentivar me siempre en el estudio y apoyarme para lograr mis metas.

A mi esposo, **Jaime Roberto Rivas Guardado**, por entregarme toda su confianza, su paciencia y su apoyo incondicional, gracias amor.

A mi hija, **Emelyn Yannel Rivas Palencia**, quien es mi motivo para seguir adelante y por haberme enseñado que a pesar de las dificultades que existen en el camino siempre hay que seguir. Si se puede hijita.

A mis hermanos, **Elmer, Miguel, Julio, Guadalupe y Anabel**, a todos gracias por haberme apoyado y acompañado a lo largo de mi carrera.

Evelyn Corina Palencia Galdámez.

INDICE

pág.

INTRODUCCION.....	i
CAPITULO I	
ANTECEDENTES HISTORICOS DEL AMPARO Y DEL DERECHO A LA SALUD.	
1.- EVOLUCION HISTORICA DEL AMPARO.....	1
1.1.- A nivel internacional.....	1
1.2.- A nivel nacional.....	21
2.- EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO A LA SALUD.	
2.1 Aspectos Generales.....	23
2.2.- A NIVEL INTERNACIONAL.....	27
2.2.1.- Países en que se reconoce de forma explícita el derecho a la salud.....	28
2.2.2.- Países en que se reconoce de forma implícita el derecho a la salud.....	35
2.3.- A NIVEL NACIONAL.....	41
3.- RELACION HISTORICA DEL AMPARO Y EL DERECHO A LA SALUD.....	44
CAPITULO II	
BASE TEORICA DOCTRINARIA DEL AMPARO Y DEL DERECHO A LA SALUD.	
1- FUNDAMENTACION DOCTRINARIA DEL AMPARO.....	49
2- DEFINICION DE AMPARO.....	50
3- NATURALEZA JURIDICA DEL AMPARO.....	53
3.1 EL amparo un recurso?.....	53

3.2 EL amparo una acción?.....	54
3.3 EL amparo un juicio o proceso?.....	55
3.4 EL amparo una garantía?.....	57
4- AMBITO DE PROTECCION DEL AMPARO.....	59
4.1 El amparo como mecanismo de protección de todos los derechos y garantías constitucionales.....	59
4.2 El amparo limitado a ciertos y determinados derechos constitucionales.....	60
4.3 El amparo como mecanismo de protección de los derechos constitucionales, excepto de aquellos protegidos por otros remedios procesales constitucionales.....	63
5- FUNDAMENTACION DOCTRINARIA DEL DERECHO A LA SALUD.....	65
5.1 Teoría de los Libertarios.....	65
5.2 Teoría de los Partidarios del Igualitarismo.....	66
5.3 Teoría de los economistas.....	66
6- DEFINICION DEL DERECHO A LA SALUD.....	67
7- UBICACION DEL DERECHO A LA SALUD DENTRO DE LA DIVISION BIPARTITA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS.....	71

CAPITULO III

RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA SALUD Y SU GARANTIZACION A TRAVES DEL AMPARO EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y NACIONALES.

1. RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL Y NACIONAL DEL DERECHO A LA SALUD.....	74
1.1 Sistema Universal	74
1.1.1 Carta de las Naciones Unidas.....	75
1.1.2 Carta Internacional de Derechos Humanos.....	77
1.1.3 Declaración Universal de Derechos Humanos.....	78

1.1.4	Constitución de la Organización Mundial de la Salud.....	80
1.1.5	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	81
1.1.6	Otros Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos que tienen relación con el Derecho a la Salud.....	84
1.2	Sistema Americano.....	85
1.2.1	Carta de la Organización de Estados Americanos.....	86
1.2.2	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.....	87
1.2.3	Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, Costa Rica.....	88
1.2.4	Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador.....	90
1.3	A Nivel Nacional	92
1.3.1	Constitución de la República de El Salvador de 1983.....	93
1.3.2	Código de Salud de la República de El Salvador de 1988.....	96
1.3.3	Ley del Medio Ambiente.....	99
2.	GARANTIZACIÓN INTERNACIONAL Y NACIONAL DEL DERECHO A LA SALUD A TRAVES DEL AMPARO	100
2.1	Sistema Universal	100
2.1.1	Declaración Universal de Derechos Humanos.....	101
2.2	Sistema Americanos.....	101
2.2.1	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.....	101
2.2.2	Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José Costa Rica.....	102
2.3	A Nivel Nacional	103
2.3.1	Constitución de la República de El Salvador de 1983.....	103
2.3.2	Ley de Procedimientos Constitucionales de 1960.....	104

CAPITULO IV

LA SALUD CONSIDERADA COMO UN DERECHO Y EL AMPARO COMO PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA SU PROTECCION.

1.- LA SALUD CONSIDERADA COMO UN DERECHO.....	106
2.- FACTORES QUE INFLUYEN EN LA VIOLACION DEL DERECHO A LA SALUD.....	111
2.1 Factor Económico.....	111
2.2 Factor Político.....	114
2.3 Factor Social.....	119
3.- OTROS FACTORES.....	121
3.1 Factor Demográfico.....	121
3.2 Factor Educacional.....	122
3.4 Factor Ecológico.....	124
4- RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE SUS FUNCIONARIOS POR VIOLACION DEL DERECHO A LA SALUD.....	127
4.1 PRESUPUESTOS PARA LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE SUS FUNCIONARIOS POR VIOLACION DEL DERECHO A LA SALUD.....	128
4.2 TIPOS DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE SUS FUNCIONARIOS.....	130
4.2.1- Responsabilidad Contractual y Extracontractual.....	130
4.2.2- Responsabilidad Penal y Civil.....	131
4.2.3- Responsabilidad Subjetiva y Objetiva.....	131
4.2.4- Responsabilidad Subjetiva, Solidaria y Principal.....	132
5- REQUISITOS NECESARIOS PARA RECURRIR AL AMPARO EN CASO DE VIOLACION AL DERECHO A LA SALUD.....	135
5.1 Existencia de un Acto de Autoridad.....	136
5.2 Existencia de un Agravio Real, Directo y Persona.....	137
5.3 Existencia de Violación de un Derecho Constitucional.....	139

5.4 Agotamiento Previo de Recursos.....	139
6- DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE AMPARO.....	142
6.1 PROCESO DE AMPARO.....	134
6.1.1 ACTOS PROCESALES DE INICIACIÓN.....	145
6.1.2 ACTOS PROCESALES DE DESARROLLO.....	148
6.1.2 ACTOS PROCESALES DE CONCLUSION.....	150

CAPITULO V

ANALISIS E INTERPRETACION DE LOS DATOS RECOPIADOS EN LA INVESTIGACION DE CAMPO.

1- TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	153
2- UNIDADES DE ANÁLISIS.....	154
3- MUESTRA.....	154
4- TECNICAS E INSTRUMENTOS.....	155
5 SELECCIÓN DEL METODO PARA PROCESAR LA INFORMACIÓN.....	156
5.1- TABULACION MANUAL.....	156
6- PROCESAMIENTO, INTERPRETACION, ANALISIS DE LA INFORMACION DE CAMPO Y COMPROBACION DE HIPÓTESIS.....	157
6.1- HIPOTESIS GENERAL.....	158
6.1.1- COMPROBACION DE HIPOTESIS GENERAL.....	164
6.2- PRIMERA HIPOTESIS ESPECIFICA.....	165
6.2.1- COMPROBACION DE PRIMERA HIPOTESIS ESPECIFICA.....	170
6.3- SEGUNDA HIPOTESIS ESPECIFICA.....	171
6.3.1- COMPROBACION DE SEGUNDA HIPOTESIS ESPECIFICA.....	175
7- ENTREVISTA DIRIGIDA A LOS ACTUALES MAGISTRADOS DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL.....	176

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Conclusiones.....	195
2. Recomendaciones.....	205

APENDICES.....	208
BIBLIOGRAFIA.....	233

INTRODUCCION.

El presente constituye la realización de una investigación sobre el tema “El Amparo como medio de tutela para garantizar el derecho a la salud cuando El Estado no cumple con su deber constitucional de satisfacerlo”. Dicha investigación esta compuesta por seis capítulos:

Capítulo I “Antecedentes históricos del amparo y del derecho a la Salud”. En donde se destaca los orígenes históricos más relevantes tanto del amparo como del derecho a la salud, el cual consta de tres apartados, a saber:

1) Evolución histórica del Amparo, dicho apartado se realiza desde dos perspectivas las cuales son, primero; a nivel internacional, en este se ha hecho una referencia histórica del amparo desde la edad antigua, hasta la edad moderna y; segundo, a nivel nacional, aquí se destacan los orígenes internos del amparo en nuestro ordenamiento jurídico constitucional así mismo cual ha sido su evolución en el mismo, **2) Evolución histórica del derecho a la salud**; el cual trata de los aspectos mas generales; 2.2) a nivel internacional; aquí nos referimos a algunos de los países del continente americano, en los que se reconoce el derecho a la salud de una forma explícita y en los que se reconoce de una forma implícita y clara; 2.2.1) a nivel nacional, acá se analiza la evolución histórica del derecho a la salud en las diferentes constituciones que han existido en nuestro país, **3) Relación histórica del amparo y el derecho a la salud**, en este punto destacamos el momento en el cual se establece una relación entre el derecho a la salud y la garantía de amparo constitucional, así mismo se habla de como se cataloga o considera la relación existente entre ambos y por último tratamos la naturaleza de esa relación.

Capítulo II “Base teórica doctrinaria del Amparo y del derecho a la salud”.

Su desarrollo consta de los puntos siguientes: **1) Fundamentación doctrinaria del amparo**; en primer lugar, se ofrecen las bases filosóficas que sustentan al amparo, y en segundo lugar, las bases que la doctrina sobre el derecho público y la legislación positiva constitucional en general, han puesto de relieve, **2) Definición de amparo**; aquí se han expuesto distintas concepciones que diversos autores sostienen sobre el amparo, **3) Naturaleza jurídica del amparo**, en este punto se hace referencia a distintas figuras jurídicas, en las que se podría configurar la naturaleza del amparo, como por ejemplo: si será un recurso, una acción, un proceso, una garantía... **4) Ámbito de aplicación del amparo**; en este aspecto se hace referencia a la gama de derechos que este protege. **5) Fundamentación doctrinaria del derecho a la salud**: en éste hemos desarrollado las teorías que fundamentan el derecho a la salud, las cuales son: La teoría de los libertarios, la teoría de los partidarios del igualitarismo, la teoría de los economistas. **6) Definición del derecho a la salud**, aquí se han expuesto algunas concepciones que sobre la salud han escrito diferentes autores. **7) Ubicación del derecho a la salud dentro de la división bipartita de los derechos subjetivos**, es decir, si el derecho a la salud es considerada como un derecho social o individual

Capítulo III, denominado: “Reconocimiento del derecho a la salud y su garantía a través del amparo en instrumentos internacionales y nacionales”, su desarrollo consta de los puntos siguientes: **1) Reconocimiento internacional y nacional del derecho a la salud**; aquí se destacan los instrumentos en los cuales se reconoce el derecho a la salud, visto a través de tres perspectivas, estas son: a) Sistema Universal; comprendiendo los siguientes instrumentos, Carta de las Naciones Unidas, Carta Internacional de Derechos Humanos, Declaración Universal de Derechos Humanos,

Constitución de la Organización Mundial de la Salud, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y por último otros instrumentos en los cuales se reconoce el derecho a la salud, b) Sistema Americano; el cual comprende los siguientes instrumentos, Carta de la Organización de Estados Americanos, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, Costa Rica y Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador; y c) Sistema Nacional; aquí se ha tratado la legislación nacional vigente como lo es la Constitución de la República de El Salvador de 1983 y el Código de Salud de 1988. Punto **2) se refiere a la garantización internacional y nacional del derecho a la salud a través del amparo**, también tratado a través de tres perspectivas las cuales al igual que en el anterior son; a) Sistema Universal; en el cual se hace referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos; b) Sistema Americano; analizándose aquí, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Americana de Derechos Humanos, y c) Sistema Nacional, haciéndose referencia a la Constitución vigente de la República de El Salvador de 1983 y, la Ley de Procedimientos Constitucionales vigente desde 1960.

Capítulo IV denominado “La salud considerada como un derecho y el amparo como procedimiento especial para su protección”, su desarrollo consta de los puntos siguientes: primero, la salud considerada como un derecho, segundo, aquí desarrollamos algunos de los factores que para nosotros son los principales en ocasionar violaciones al derecho a la salud aunque no son los únicos; y esto lo aclaramos en su desarrollo, los que traemos aquí son: factor económico, factor político, factor social, y como punto tres; otros factores, siempre refiriéndonos a los que propician violación al derecho en referencia;

estos son; factor demográfico, factor educacional y factor ecológico, y como punto cuatro, Responsabilidad del Estado y de sus funcionarios por violación al derecho a la salud, dentro de este punto están: presupuestos para la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios por violación al derecho a la salud, tipos de responsabilidad del estado y de sus funcionarios; estos tipos son: Responsabilidad Contractual, Responsabilidad Penal y Civil, Responsabilidad Subjetiva y Objetiva, Responsabilidad Subsidiaria, Solidaria y Principal; luego tenemos el punto cinco; en este se trata los requisitos que se deben cumplir para recurrir al amparo cuando se nos viole el derecho a la salud, estos son: existencia de un acto de autoridad, existencia de un agravio real, directo y personal, existencia de una violación de un derecho constitucional, y, agotamiento previo de recursos ordinarios, finalmente en el punto seis, aquí desarrollamos el procedimiento del amparo; primeramente hablamos un poco de generalidades en la cual se establece su finalidad, objeto, pretensión y competencia, y por último los actos que trae el iniciar un procedimiento constitucional de amparo, estos se han dividido en actos de iniciación, actos de desarrollo y actos de conclusión.

Capitulo V “Análisis e interpretación de los datos recopilados en la investigación de campo”; su desarrollo consta de siete puntos, **1) Tipo de investigación**, en este se establece el tipo de investigación que se ha realizado en esta obra, así como en que forma se llevo esta a cabo, **2) Unidades de análisis**, acá se establece a quien o a quienes se ha estudiado refiriéndose a aquellas instituciones públicas que tienen la responsabilidad de prestar el servicio de salud, siendo estas quince Unidades de Salud Públicas, **3) Muestra**; la muestra que aquí se estudio fue de ciento cincuenta usuarios de las unidades de salud públicas y por otra parte tres magistrados de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; **4) Técnicas e instrumentos**;

las técnicas aquí utilizadas son: para la investigación documental; la sistematización bibliográfica y hemerográfica, y para la investigación de campo; se utilizo la encuesta y la entrevista; a la primera corresponde como instrumento la ficha de trabajo bibliográfica y ficha de trabajo hemerográfica, y, para la segunda los instrumentos fueron: cuestionario y cédula estructurada o dirigida;

5) Selección del método para procesar la información; el método por el cual se opto para llevar a cavo dicha información es, el de tabulación manual;

6) Procesamiento, interpretación, análisis de la información de campo y comprobación de hipótesis; para el primer aspecto de este punto se utilizo la tabulación manual, para el segundo y tercer aspecto se utilizo el método estadístico de porcentajes, y finalmente para establecer la comprobación de las hipótesis planteadas, se partió de los resultados obtenidos de la realización de la investigación que aquí nos ha ocupado.

Capitulo VI, denominado “Conclusiones y Recomendaciones”, su desarrollo consta de dos puntos y son los siguientes:

1) Conclusiones; aquí se presentan las conclusiones a las que se ha llegado después de haber finalizado la investigación que aquí nos ocupa, estas han sido elaboradas en base a la información plasmada en los capítulos de contenido; y como punto **2) Recomendaciones;** en este punto sugerimos recomendaciones sobre aptitudes que deben tomar las instituciones e individuos a las cuales estas van dirigidas, estas han sido elaboradas con el propósito de colaborar e influenciar favorablemente en las actividades en pro tanto del amparo como del derecho a la salud.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL AMPARO Y DEL DERECHO A LA SALUD.

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL AMPARO.

1.1.- A NIVEL INTERNACIONAL.

“En los tiempos primitivos. En estos tiempos no es posible hablar no solo de la existencia de los derechos del hombre considerándose estos como un conjunto de prerrogativas del gobernado, de observancia jurídica obligatoria e imperativa para los gobernantes, sino ni siquiera de potestades o facultades de hecho de que pudiera gozar el individuo dentro de la comunidad a que pertenecía y que constituyesen una esfera de acción o actividad propia frente al poder público. En los regímenes matriarcales y patriarcales, en efecto, la autoridad de la madre y del padre, respectivamente, era omnímoda, sin que encontrara un dique, ya no jurídico, sino fáctico a su desarrollo imperativo. La madre, y posteriormente el padre, como jefes de la sociedad familiar cuyo conjunto componía la tribu, disfrutaban de absoluto respeto por parte de sus subalternos, sobre los cuales, en muchos casos, tenían derecho de vida o muerte.

Además, como fenómeno consubstancial a los regímenes sociales primitivos, se observa invariablemente la existencia de la esclavitud, la cual presupone, al menos en orden a la libertad e igualdad humanas, una negación de los derechos del hombre o garantías individuales, como se denominan estos entre nosotros. La sanción de la rebeldía justa o injusta contra los mandatos supremos e inapelables de los patriarcas y jefes de tribu, consistía en el

destierro de la comunidad, sin que el afectado por este acto tuviere ningún derecho que hacer valer frente a tal decisión.”¹

“Edad antigua. En los regímenes sociales orientales, los derechos del hombre o garantías individuales no solamente no existieron como fenómenos de hecho, producto de una especie de tolerancia por parte del poder público, sin obligatoriedad o de respeto para este, sino que la libertad del hombre, del individuo como gobernado, fue desconocida o, al menos, menospreciada, a tal grado que reinaba en aquellos el despotismo más acabado.

Si bien es verdad que en algunos países orientales, como el hebreo, la actividad del gobernante se hallaba restringida por normas religiosas o teológicas, en las que implícitamente se reconocían ciertos derechos a los súbditos, pues se suponía que dichas normas como las de Jehová, eran producto de un pacto entre Dios y el pueblo, cuyas disposiciones debían ser inviolables; más también es cierto que, en primer lugar, esas restricciones eran muy débiles y la apreciación de su extralimitación quedaba al arbitrio del propio gobernante quien era su intérprete y, en segundo término, no existía ninguna sanción para sus posibles contravenciones.

Sin embargo, como una notable excepción al régimen político y social oriental nos encontramos con la circunstancia de que la India no estaba dotada de un gobierno teocrático.

El Estado temporal era independiente de la religión y los sacerdotes no debían tener injerencia en la vida política, sino consagrarse exclusivamente a su cometido.

Ya en lo tocante a los derechos del hombre o garantías individuales, el pensamiento hindú abrigaba la tendencia a respetar la personalidad humana, principalmente, por lo que ve al derecho específico de libertad.

¹ Ignacio Burgoa O. El Juicio de Amparo, Trigésima II Edición Actualizada, Editorial Porrúa, S.A. México. 1995 pp. 38

Las corrientes políticas doctrinales en China asumen caracteres análogos a los de aquellas que se desarrollaron en la India. Los más destacados filósofos chinos, tales como Confucio y Lao-Tse, predicaron la igualdad entre los hombres, sostuvieron la democracia como forma de gobierno y abogaron por el derecho legítimo del gobernado para rebelarse contra los mandatos despóticos y arbitrarios del gobernante, circunstancias éstas que ya barrunta una idea, aunque vaga, de los derechos del hombre o garantías individuales, tal como jurídica y filosóficamente se conciben “²

“En Grecia, el individuo tampoco gozaba de sus derechos fundamentales como persona reconocidos por la polis y oponibles a las autoridades, es decir, no tenían derechos públicos individuales.

Más aún, en Esparta había una verdadera desigualdad social, estando dividida la población en tres capas que eran: los ilotas o siervos, que se dedicaban a los trabajos agrícolas; los periecos o clase media, quienes desempeñaban la industria y el comercio y por último, los espartanos propiamente dichos que constituían la clase aristócrata y privilegiada. Ante esta jerarquía social, es inútil hablar de la existencia de derechos oponibles coercitivamente al poder público, puesto que era evidente la falta de situaciones igualitarias que presupone todo derecho público individual.

En Atenas la situación era diferente de la que prevalecía en Esparta. No existía esa diferenciación jerárquica entre tres clases sociales diversamente colocadas ante el derecho y en la realidad, había, es verdad, cierta desigualdad entre los hombres aunque no tan marcada como el régimen espartano. El ateniense gozaba de una libertad fáctica frente al poder público, podía libremente actuar ante éste y aun impugnar o criticar su proceder en las asambleas cuando fuese necesario a su criterio, mas esa libertad sólo tenía una existencia de hecho, sin que significara, por tanto una obligación para la

² Ibídem Cf. pp. 30-40

autoridad estatal su respeto, en una palabra, la libertad del ateniense, manifestada en diversos actos concretos, no implicaba un derecho público individual, esto es una exigencia jurídica frente al Estado con obligación ineludible de parte de sus autoridades en el sentido de acatarla”.³

“En Roma, la situación del individuo y por ende de su libertad, como derecho exigible y oponible al poder público, era parecida a la que privara en Grecia”.

Bien es verdad que el *civis romunus* tenía como elemento de su personalidad jurídica el *status libertatis*, pero esta libertad se refería a sus relaciones civiles y políticas ya que repetimos no se concebía como un derecho intocable y reconocible por el orden jurídico. El *status libertatis*, más bien se reputaba como una cualidad en oposición a la condición del *servus*, ósea como una facultad de actuar y comportarse por propia voluntad y determinación. Además puede afirmarse que la libertad en el régimen romano estaba reservada a cierta categoría de personas, como el *pater-familias*, quién gozaba de amplio poder sobre los miembros de su familia y sobre los esclavos.

En las relaciones de derecho privado, el ciudadano romano estaba plenamente garantizado como individuo, al grado que el derecho civil en Roma alcanzó tal perfección que aún hoy en día constituye la base de gran parte de las legislaciones principalmente en los pueblos de extracción latina. Análogamente a lo que sucedía en Grecia, el romano, el *homo liber*, disfrutaba también del derecho de votar y ser votado de la facultad de intervenir en la vida pública integrando los órganos de autoridad y teniendo injerencia en su funcionamiento. Por esto, en el Derecho Romano tanto la libertad civil como la libertad política alcanzaron gran incremento, mas en el campo de las relaciones entre el poder publico y ciudadano romano, no como depositario de una cierta

³ *Ibidem*. Cf. pp 40-41

actividad política sino como mero particular, como simple individuo, la libertad humana como derecho público era desconocida.

Como bien es sabido, la historia romana comprende tres etapas que son: la monárquica o real, la republicana y la de los emperadores. La organización política de Roma en cada una de dichas etapas o períodos era diversa y disímiles también las relaciones entre diferentes poderes en que se desarrollaba la función o actividad del Estado.

Lo más interesante que presenta la república romana en lo que se refiere al equilibrio entre los poderes del Estado. Es la creación de los tribunos de la plebe, quienes a pesar de no haber tenido facultades de gobierno administrativo ni de jurisdicción (*imperium*, *jurisdictio*), fueron funcionarios de significación muy importante.

Su actividad consistía primordialmente en oponerse mediante el veto a los actos de los cónsules y demás magistrados e incluso a los del Senado, cuando estimaban que eran nocivos o contrarios a los intereses y derechos de la plebe.

La *intercessio*, como se llamaba al medio por virtud de la cual los tribunos desplegaban sus facultades vetatorias no tenía como finalidad anular o invalidar el acto o la decisión atacada, sino simplemente impedir o paralizar sus efectos o su ejecución. El poder de los tribunos radicaba en los plebiscitos, a los que podían convocar, para enjuiciar las leyes y demás actos de autoridad, incluyendo las resoluciones judiciales, que perjudicaran o pudieran perjudicar los derechos e intereses de la clase plebeya.

Puede considerarse a la “*intercessio*” como un medio que haya presentado alguna semejanza con el amparo, según lo veremos más adelante, tiene como finalidad esencial la invalidación del acto de autoridad impugnado en el caso de que sea contrario a la Constitución, y principalmente, por violar alguna garantía del gobernado.

La *intercessio*, como se ha dicho, carecía de eficacia anuladora del acto o de la decisión atacados reduciéndose simplemente a evitar su ejecución o la producción de sus efectos, sin proteger por otra parte un orden normativo superior, es decir, un conjunto de normas jurídicas dotadas de supremacía ya que el Derecho Romano desconocía la jerarquía o la gradación de leyes.

Propiamente hablando la “*intercessio*” se significo como un recurso de motivación y finalidad políticas pues no habiendo tenido efectividad invalidatoria de los actos o decisiones impugnadas su interposición traía como consecuencia que los tribunos de la plebe presionaran a las autoridades de las que tales actos o decisiones hubieran emanado para obtener de parte de ellas la revocación consiguiente, valiéndose sobre todo de los plebiscitos, merced a los que dichos funcionarios lograron conquistar manifiesta hegemonía en la vida pública de Roma durante la época republicana.

Por tanto la fisonomía de la *intercessio*, que someramente hemos apuntado, revela peculiaridades que en esencia no coinciden con las características que distinguen a los, medios jurídicos de que el gobernado puede disponer para defenderse contra los actos del poder público.

Se ha pretendido descubrir, en una institución jurídica romana pretoriana, un antecedente del juicio de amparo y en general de cualquier medio de preservación de los derechos del hombre frente al poder del Estado.

Nos referimos al famoso “interdicto de *homine libero exhibendo*”, del cual hablaremos a continuación brevemente, con el fin de constatar si efectivamente puede estimarse como antecedente de nuestra institución de control, haciendo respecto de él algunas consideraciones generales y anticipando algunas ideas acerca del amparo para el efecto.

Ahora bien, la circunstancia subrayada, o sea la de que la acción derivada del interdicto de *homine libero exhibendo* se intentaba contra actos de un particular colocado jurídicamente en la misma esfera que su titular.

Es suficiente por sí misma para concluir que la mencionada institución romana no puede ser un antecedente del amparo.

En efecto mientras que éste tiene como causa final de su existencia la protección de los derechos del hombre contra los ataques de que pudieran ser objetos de parte de las autoridades del Estado, en el interdicto aludido, dicho factor no consiste en tutelar los mencionados derechos que se vean amenazados y afectados por el poder público sino en evitar que una persona física, un particular pueda sin sanción o responsabilidad alguna privar de la libertad a un hombre libre, único titular en Roma de la acción correspondiente.

Más que un procedimiento para salvaguardar la libertad humana frente a las autoridades del Estado, que es lo que caracteriza a un medio de control, como el amparo, es el interdicto de homoni libero exhibiendo una mera acción civil establecida por el pretor, análoga a los demás interdictos que se dirigen también en contra de particulares y que no constituyen por ende diques u obstáculos a la actividad arbitraria o abusiva del poder público” .⁴

“En la edad media, la situación del individuo en esta época, Mariano Azuela Jr, distingue tres períodos que comprenden esta época, a saber”:

La época de las invasiones, en la que los pueblos llamados bárbaros no estaban aún delineados perfectamente en su formación, pues por lo general estaba constituidos por tribus dispersas y aisladas, se caracterizo por el predominio de la arbitrariedad y el despotismo sobre la libertad humana que ni siquiera estaba reglamentada jurídicamente en sus relaciones privadas como sucedía en Grecia y Roma, pues existía lo que se conoce con el nombre de “vindicta privata”, en la que cada quién podía hacerse justicia por su propia mano. En estas condiciones es inútil hablar de la existencia de la libertad del individuo, como derecho público subjetivo y mucho menos del medio de protección correspondiente.

⁴ Ibidem. Cf. pp 44-48

La época feudal se caracteriza por el dominio del poseedor de la tierra, dueño de ella, respecto de aquellos que cultivaban, cuyas relaciones dieron origen a la institución medieval de la servidumbre.

La propiedad territorial confería a su titular un poder no solo de hecho, sino de derecho, sobre los que la trabajaban quien rendía homenaje y juraban obediencia al terrateniente o señor feudal.

El régimen de la servidumbre otorgaba a éste un poder soberano sobre los llamados siervos o vasallos, pudiendo disponer de su persona casi ilimitadamente.

En esta virtud, no fue posible concebir siquiera un orden de derecho que garantizara la libertad del hombre como elemento, inherente a la personalidad humana frente a los actos arbitrarios y muchas veces despóticas del señor feudal, quien no encontraba otro límite a su actividad que su propia conciencia en relación con sus servidores y un vasallaje, nada más simbólico la mayoría de las veces, por lo que veía al monarca o emperador.

Cuando las ciudades libres en la Edad Media fueron desarrollándose, cuando los intereses económicos de las mismas fueron adquiriendo importancia, los ciudadanos supieron imponerse a la autoridad del señor feudal, exigiéndole salvoconductos o cartas de seguridad y en general el reconocimiento de ciertos derechos que integraron una legislación especial (derecho cartulario).

Se creó en esta forma, durante este tercer período medieval, o sea el municipal, un régimen de legalidad que limitaba y sometía la autoridad del señor feudal en beneficio de los habitantes de las ciudades.

El incremento económico y político que fue paulatinamente adquiriendo las poblaciones medievales, fue la causa de que los gobernantes respetaran los compromisos que habían contraído con sus moradores, más la posibilidad de su contravención y sus violaciones mismas no tuvieron ninguna sanción jurídica a favor de los afectados.

Por este motivo no es posible encontrar en esta época un precedente histórico del amparo, no obstante la implantación de un régimen de legalidad”.⁵

“En España, el derecho positivo español se localizaba en múltiples Fueros o Estatus particulares, que en los distintos reinos de la península ibérica y en diferentes épocas expedían los reyes, como los Fueros Mobiliarios, los fueros Municipales entre otros, los primeros a favor de los nobles o “fijosdalgo”, en beneficio de los moradores de las villas o ciudades.

El otorgamiento de los segundos obedecía a diversos motivos, bien de carácter militar o bien de índole política, pues para recompensar las hazañas de los habitantes ciudadanos en las campañas de reconquista contra los moros, principalmente, o para menguar el poderío que los señores feudales ejercían sobre los pobladores de sus dominios, el rey concedía a uno o a otros determinados privilegios que solemnemente juraba cumplir y hacer cumplir.

La tutela de los fueros, por otra parte estaba encomendada a un alto funcionario judicial, denominado Justicia Mayor, tanto en Castilla como en Aragón especialmente, quien debía velar por su observancia en favor de las personas que denunciase alguna contravención a las disposiciones forales.

El Justicia Mayor de Aragón encargaba a un funcionario judicial el velar la observancia de los fueros contra los actos y disposiciones de las autoridades, incluyendo al rey mismo, que los violasen en detrimento de cualquier súbdito. Por ende, el Justicia era un verdadero órgano de control del derecho foral aragonés y su existencia se hace remontar hasta el siglo XII de nuestra era.

Es satisfactorio observar que el reino de Aragón se adelantó con mucho a la implantación de sistemas de control similares en otros países del medioevo europeo, sin excluir a la misma Inglaterra, pudiendo afirmarse que la institución aragonesa, originada en los famosos Pactos de Sobrarbe, entraña un verdadero antecedente hispánico del amparo.

⁵ *Idídem*. Cf. pp 49-50

Uno de los fueros que más significación tiene para antecendencia hispánica de algunas de las garantías individuales, es sin duda el llamado Privilegio General, que en el reino de Aragón expidió don Pedro III en el año de 1348, estatuto que ya consagraba derechos fundamentales en favor del gobernado oponibles a las arbitrariedades del poder público en lo que concierne la libertad personal. Las garantías de seguridad jurídica que dicho fuero general contenía en beneficio de dicha libertad, se hacía respetar a través de distintos medios procesales que el mismo instituía y los verdaderos antecedentes o precedentes hispánicos del amparo.

No se cree que los cuatro procesos del privilegio general, eran pura y típicamente un medio de proteger y hacer efectivos los derechos consignados por el mismo fuero, pues el de la aprehensión y el del inventario propiamente eran medidas de aseguramiento en juicio civil, como claramente se infiere de la siguiente idea transcrita: “Interin se ventilaba el derecho entre las partes”.

En cambio, por lo que concierne al de la manifestación de las personas y al de jurisfirma, si constituyen verdaderos medios de protección o preservación de los derechos estatuidos en el “Privilegio General”, puesto que el primero de ellos tutelaba la libertad personal contra actos de autoridades, y el segundo porque constituye un verdadero control de la legalidad de los actos de los tribunales inferiores.

En esta virtud, puede decirse que a estos dos procesos implica un antecedente histórico del amparo, ya que su analogía es notoria, cuando por lo menos con lo que atañe a sus características extrínsecas y objetivas: ser un medio de control de los derechos públicos individuales frente a los actos de las autoridades Jurisfirma y Manifestación de las Personas⁶.

“Es en Inglaterra, donde la proclamación de la Libertad Humana y su protección jurídica alcanzaron admirable grado de desarrollo, a tal extremo que

⁶ Ibidem. Cf. Pp. 51-62

su sistema es uno de los más nítidos del régimen de protección al supradicho derecho fundamental del individuo.

El régimen jurídico inglés fue evolucionando lentamente desde los más oscuros orígenes de los pueblos que habitaron la Gran Bretaña y es fruto de sus costumbres y de su vida misma. Como sucedía por lo general en las primeras épocas de la edad media, prevalecía el régimen de la “vindicta privada” en los comienzos de la sociedad inglesa.

En esta forma el régimen de la venganza privada fue extinguiéndose paulatinamente y las violencias en las que se traducían fueron desapareciendo con el tiempo. Así se crearon los primeros tribunales que eran “witar” o consejo de nobles, el tribunal del Condado y el Consejo de los Cien, que se concretaban a vigilar el desarrollo de las ordalias o juicios de Dios.

Con posterioridad, y en vista de la imposibilidad material del monarca de impartir justicia en todos los lugares del reino, se estableció lo que se llamó la “Curia Regis” o corte del rey, con atribuciones varias que este le había delegado.

En esta forma, los diversos tribunales de los distintos pueblos que habitaban Inglaterra fueron sometidos a la autoridad judicial central, quien respetó siempre sus costumbres y tradiciones jurídicas, aunque después estas tuvieron que ceder.

Así en toda Inglaterra se fue extendiendo lo que se llamó el common law, que fue y es un conjunto normativo consuetudinario enriquecido y completado por las resoluciones judiciales de los tribunales, y en particular la Corte del Rey, las cuales constituyeron, a su vez precedentes obligatorios no escritos para casos sucesivos, el common law o derecho común en Inglaterra, “se formó y desarrolló sobre los principios capitales: la seguridad personal y la propiedad”.

Finalmente podemos decir que en Inglaterra, existía en virtud del common law, una supremacía consuetudinaria respecto del poder del monarca

y en general de cualquier autoridad inferior, cuyo contenido era la seguridad personal y la propiedad.

Sin embargo, la costumbre jurídica, el common law, en varias ocasiones se vieron contravenidos por el rey, que confiado por su autoridad, se creyó lo suficientemente poderoso para sustraerse a sus imperativos.

La resistencia real a los mandatos del derecho consuetudinario y la consiguiente oposición a las resoluciones judiciales, provocaron en Inglaterra no pocas conmociones, que sirvieron para que el pueblo obtuviera nuevos triunfos sobre el monarca, consolidándose así sus conquistas libertarias mediante “bills” o “cartas”, que eran documentos públicos obtenidos del rey, en los que se hacía constar los derechos fundamentales del individuo.

Así a principios del siglo XIII los barones ingleses obligaron al rey Juan Sin Tierra a firmar el documento político base de los derechos y libertades en Inglaterra.

Nos referimos a la famosa Magna Carta, “en cuyos setenta y nueve capítulos hay una abundante enumeración de garantías prometidas a la Iglesia, a los varones “freemen” y a la comunidad.

Con el tiempo, la autoridad del monarca inglés fue decreciendo, porque en primer lugar, el parlamento ya se había formado, y en segundo término, porque este organismo fue absorbiendo paulatinamente la potestad legislativa real mediante proposiciones de ley que formulaba.

Fue así como el parlamento impuso al rey otro estatuto legal que vino a consolidar y corroborar las garantías estipuladas en la Carta Magna: La petition of Rights expedida por Carlos I.

Por otra parte el Writ of Habeas Corpus, que “era el procedimiento consuetudinario que permitía someter a los jueces el examen de las ordenes de aprehensión ejecutada y la calificación de la legalidad de sus causas”, fue elevada la categoría de ley en el año de 1679.

El writ de Habeas Corpus era, por tanto un recurso que protegería la seguridad personal, pues obligaba a la autoridad que llevaba a cabo una detención arbitraria, a presentar el cuerpo del detenido al juez ante quien se interponía, mientras se averiguaba la legalidad del auto aprehensivo o de la orden de la cual emanaba.

Podemos decir que a diferencia de la Carta Magna y demás estatutos legales que se fueron expidiendo en Inglaterra que contienen meros derechos declarados writ de Habeas Corpus implica ya un derecho garantizado, puesto que no se concreta a hacerlas efectivas en relación con la libertad personal, contra las autoridades que la vulneren.

Por consiguiente, si hemos estimado que los distintos cuerpos legales ingleses, relativos al reconocimiento y consagración de los derechos del hombre, son un antecedente histórico de las principales garantías individuales, como derechos simplemente declarados hemos también de finalizar diciendo, que el Habeas Corpus es ya un precedente directo del amparo, pues ambos son medios jurídicos de tutela es decir, se revelan en derechos garantizados o de garantía.

Es en el Habeas Corpus, pues donde en realidad descubrimos el antecedente inglés de la institución del amparo en cuanto al mencionado bien jurídico, como sistema en el estricto sentido de la palabra, y no en los diversos estatutos legales ya citados que contienen meros derechos declarados, como dijimos.

El writ Habeas Corpus existió como recurso consuetudinario con mucha anterioridad a la ley de 1679, creado por el common law y definido por la jurisprudencia de los kenhead, “es un recurso anterior a todo estatuto, que prolonga sus raíces en el genio del common law. Es decir de una antigüedad

inmemorial, un precedente que se encuentra en el año trigésimo tercero del reinado de Eduardo I".⁷

“Francia. La corriente francesa está referida a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Dicha declaración instituyó la democracia de origen del poder público y su fundamental sustrato es el pueblo, o para emplear su propio lenguaje, la nación, en la que se depositó la soberanía.

Asimismo contenía un principio netamente individualista y liberal. Individualista porque consideraba el individuo como el objeto esencial y único de la protección del Estado y de sus instituciones jurídicas como el objeto esencial y de sus instituciones jurídicas.

Liberal porque vedaba al Estado toda injerencia en las relaciones entre particulares que perjudicara o dañara sus intereses, concibiendo a aquel como mero policía.

El sistema en mención y definición legal, y escrita de los derechos del hombre instituida en la Declaración Francesa de 1789, fue adoptada por casi toda la totalidad de los países civilizados, principalmente por México desde que nació a la vida jurídica como Estado independiente, no obstante, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano era el Código Fundamental de Francia, producto de la evolución.

Las autoridades estatales debían respeto y sumisión a sus normas constituyendo éstas una garantía para los gobernados, quienes en ellas encontraban un dique, un valladar, a los abusos y excesos del poder público.

Sin embargo, si tal era la situación teórica, pudiéramos decir, que los nexos entre autoridades e individuos, que determinaba el Código Fundamental Francés, en la práctica se vieron contravenidas en múltiples ocasiones, sin que las violaciones respectivas tuvieran un remedio o un medio de prevenirlas.

⁷ *Ibidem*. Cf. Pp 62-64

En vista de circunstancias prácticas, atendiendo a la situación de hecho provocadas por las contravenciones a la ley, un político y jurista francés, Sieyés concibió la idea de idear un organismo cuyas atribuciones constituyeran una garantía jurídica y política a los meros derechos contenidos en la declaración de 1789.

Así en un discurso pronunciado, Sieyés abogó por su idea, es decir, la creación de un organismo político de control, que denominó Jurado Constitucional, se establecía en la Constitución francesa un organismo que estaría encargado de conocer de todas las quejas que se presentasen por atentados al orden establecido por el orden Fundamental. “Este órgano fue materializado en Francia en 1799 (en la Constitución del año VII) mediante el Senado Conservador y fue el inspirador del poder conservador mexicano instituido en la segunda de las denominadas Siete Leyes Constitucionales de 1836.

Desde luego, que este antecedente influyó en el amparo, pero para adversar el control de naturaleza política y decidirse por aquel, de carácter jurisdiccional”⁸

Además existe en Francia un control de legalidad sobre los actos de la administración pública que se ejercita mediante el recurso denominado “exceso de poder”, por un órgano contencioso - administrativo llamado Consejo de Estado. El citado recurso se califica como el medio más eficaz puesto a disposición de los ciudadanos para oponerse a la arbitrariedad de la administración, permitiendo por un procedimiento simple y sin gastos, obtener la anulación de todos los decretos. Este recurso de exceso de poder francés guarda estrecha semejanza con el amparo administrativo mexicano, coincidiendo en sus respectivas finalidades en tanto que ambos son medios

⁸ Bertrán Galindo Francisco, Manual de Derecho Constitucional, Tomo I, Talleres Gráficos UCA, 1ª. Edición 1992. San Salvador. Pp. 353-358

jurídicos de control de legalidad respecto de los actos de los órganos de la administración del Estado.

No podemos dejar de hacer referencia al recurso de casación, que es un medio para atacar la ilegalidad de las sentencias de los tribunales franceses, desplegado por la corte de casación, al conocer del recurso correspondiente, que también encontramos dentro del concepto del amparo mexicano”.⁹

México. Época Pre-Hispánica. “No es dable descubrir en la época precolombina y en los pueblos que habitaron el territorio que comprende actualmente la República Mexicana una institución, consuetudinaria o derecho escrito, que acuse una antecendencia de las garantías individuales que se consagraron, con diversas modalidades, en casi todas las Constituciones que los rigieron a partir de la consumación de su independencia.

En los regímenes políticos y sociales primitivos el gobernado no era titular de ningún derecho frente al gobernante, resultando aventurado tratar de descubrir en ellos algún precedente del actual amparo.

Esta afirmación, desde luego, no implica que en los pueblos que vivieron en el territorio mexicano antes de la conquista no haya habido ningún derecho consuetudinario, pues, por el contrario, existía en ellos un conjunto de prácticas que regulaban las relaciones propiamente civiles entre los miembros de la comunidad y fijaban cierta penalidad para hechos considerados como delictuosos, quedando la observancia de tales prácticas, en el terreno contencioso, al criterio o arbitrio del jefe supremo, a quien en la administración de justicia ayudaban diversos funcionarios”.¹⁰

En el Régimen Colonial Mexicano. “En un régimen político - jurídico, como el español y por extensión, el de Nueva España, en el que la autoridad suprema del rey descansaba sobre el principio del origen divino de la

⁹ *Ibíd.* Cf. Pp. 360-361

¹⁰ Ignacio Burgoa. O. Op Cit. Pp 93-94

investidura soberana de los monarcas, sería inútil descubrir en el sistema de derecho que lo estructuraba alguna institución que proclamase las prerrogativas inherentes al gobernado como contenido de una potestad jurídica.

Sin embargo el absolutismo de los reyes de España, en cuanto al ejercicio de sus funciones gubernativas en las Indias, y a pesar de su propia naturaleza político - jurídica traduce ausencia de barreras legales que detuviera la actuación del soberano frente a sus súbditos, siempre se vio suavizado por los principios morales y religiosos derivados de los postulados cristianos, pues bajo el designio de cumplir con las enseñanzas, los monarcas españoles generalmente se inspiraron en móviles humanitarios y piadosos para desempeñar sus funciones legislativas.

En el derecho español existía una auténtica jerarquía jurídica en la que la norma suprema era el Derecho Natural, cuyos mandatos debían prevalecer sobre las costumbres y las leyes.

Así pues cuando existía una oposición con el Derecho Natural, las leyes no debían ser cumplidas, esto es, no debían ser acatadas sus disposiciones ni ejecutadas, sino que solamente debían escucharse, asumiendo una actitud pasiva (obedecer).

Esto era el recurso de obedézcase pero no se cumplía, tutelaba, por ende, la supremacía jurídica del Derecho Natural en primer lugar, y en segundo término, las costumbres, que no podían ser contravenidas por disposición autoritaria alguna y dentro de esta teleología protectora, también encontraban su preservación los derechos fundamentales del hombre, consagrados por el Derecho Natural y contenidos por las prácticas sociales.

Por tal motivo, es pertinente afirmar en el recurso de obedézcase, se encuentra un precedente histórico español del amparo, aunque técnicamente consideradas ambas instituciones ofrezcan profundas diferencias por su diversa estructura jurídica, que nos hace inclinar a creer que específicamente el

mencionado recurso hispánico, en su funcionamiento es el origen de la reconsideración administrativa aunque genéricamente en su aspecto teleológico, puede serlo de amparo.

La investigación emprendida por Andrés Lira es de cualquier punto de vista plausible, ya que independientemente de que haya existido lo que denomina “amparo colonial” revela, a través del interesante estudio en que se desarrolla, que en el sistema jurídico novohispánico imperaba el principio de legalidad como elemento de seguridad para los bienes y derechos de los gobernados y el cual, sin duda alguna propició el ambiente socio-político para que fructificara durante la segunda mitad del siglo XX el amparo mexicano.

El derecho de México independiente. Al menos en materia político - constitucional, rompe con la tradición jurídica española, influenciada por las doctrinas derivadas de la revolución francesa e inspirada por el sistema norteamericano.

La gran trascendencia que tuvo la famosa Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del mundo civilizado no pudo dejar de repercutir notablemente en el México recién emancipado.

Fue por eso que la principal preocupación reinante anexa a la de organizar políticamente al Estado, consistió en otorgar o consagrar las garantías individuales.

El México independiente no se conformó con la condición jurídica que guardaban los derechos del hombre en el régimen colonial sino que quiso, siguiendo el modelo francés, plasmarlos en un cuerpo legal al que se consideró como Ley Suprema del país inspirándose posteriormente, en el sistema inglés y en el norteamericano, con el fin de dotarlos con un medio de preservación que definitivamente fue el amparo.

A pesar de que como acabamos de decir se descubre ya una tendencia jurídica para crear un medio protector del régimen constitucional en México, aquel que no adopta aun la forma clara y sistemática con que ya se le revistió

en el proyecto de la Constitución Yucateca de diciembre de 1840 cuyo autor principal sino único fue el insigne jurisconsulto y político don Manuel Crescencio Rejón.

La obra de este inminente jurista yucateco cristalizada en su constitución de 1840, implica podría decirse, uno de los más grandes adelantos que en materia de Derecho Constitucional ha experimentado el régimen jurídico mexicano.

Más lo que verdaderamente constituyó un progreso en el Derecho Público mexicano, fue la creación del medio controlador o conservador del régimen constitucional o amparo, como el mismo lo llamó, ejercido o desempeñado por el Poder Judicial con la ventaja de que dicho control se hacía extensivo a todo acto (lato sensu) anticonstitucional.

Los lineamientos generales esenciales del amparo establecidos por las Constituciones de 1857 y 1917 se encuentran en la obra de Rejón.

El control constitucional ejercido mediante el amparo dentro del sistema concebido por Rejón en el proyecto de Constitución yucateca de 1840 operaba sobre dos de los principios que caracterizan la actual institución mexicana a saber, el de iniciativa o instancia de la parte agraviada y el de relatividad de las decisiones respectivas, según hemos dicho. Este control era de carácter político y jurisdiccional.

Acta de Reformas. El 18 de Mayo de 1847 se promulgó el Acta de Reformas que vino a restaurar la vigencia de la Constitución Federal de 1824.

En el artículo 25 del ordenamiento a que nos estamos refiriendo, cristaliza las ideas de don Mariano Otero acerca del amparo, otorgando competencia a los tribunales de la Federación para proteger a cualquier habitante de la República, en el ejercicio y conservación de los derechos que le concede esta Constitución y las Leyes constitucionales, contra todo ataque de los poderes legislativos y ejecutivos ya de la Federación, ya de los Estados, limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre

el que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.

El Congreso Nacional Extraordinario que, iniciado a fines de 1846, expidió el Acta de Reformas, además de Otero figuraba don Manuel Crescencio Rejón como diputado por el Distrito Federal.

Rejón presentó el 29 de noviembre de 1846, un documento dirigido a la Nación, “con el nombre de Programa de la mayoría de los Diputados del Distrito Federal”, en el que además de proclamar el sistema federal como el único conveniente a México propuso la implantación del amparo, aunque “no con la amplitud con lo que hizo adoptar en Yucatán, sino restringido a la sola protección de las garantías individuales”, sugiriendo que fuesen los jueces de primera instancia a los que incumbiese, el reconocimiento de dicho juicio y a sus superiores jerárquicos cuando los actos impugnados proviniesen de tales jueces.

La Constitución Federal de 1857. Emanada del Plan de Ayutla, que fue la bandera política del partido liberal en las guerras de reforma, implantada el liberalismo e individualismo puros, como regímenes de relaciones entre el Estado y el individuo.

Puede afirmarse, pues, que dicha Constitución fue el reflejo auténtico de las doctrinas imperantes, en la época de su promulgación, principalmente en Francia, para las que el individuo, que siempre debían respetarlos como elementos supraestatales.

Contrariamente a lo que sucedía con otros ordenamientos jurídicos mexicanos y extranjeros que consagraban los derechos del hombre en forma meramente declarativa, sin brindar un medio para su protección, la Constitución de 1857 instituye el amparo, reglamentado por las distintas leyes orgánicas que bajo su vigencia se fueron expidiendo.

En la Constitución de 1857 desaparece el sistema de control por órgano político que estableció el Acta de Reformas de 1847, documento que según hemos afirmado, lo combinó con el sistema jurisdiccional.

Fiel a dicho orden de ideas, el proyecto de Constitución de 1857, en su artículo 103, estableció el sistema de protección constitucional por vía y por órgano jurisdiccional considerando competentes para conocer de los casos por infracción a la Ley Fundamental, tanto a los Tribunales Federales como a los de los Estados.

La Constitución vigente. Esta se aparta ya de la doctrina individualista, pues a diferencia de la de 1857, no considera a los derechos del hombre como la base y objeto de las instituciones sociales, sino que los reputa como un conjunto de garantías individuales que el Estado concede u otorga a los habitantes de su territorio.

La Constitución vigente además, consigna las llamadas garantías sociales, o sea, un conjunto de derechos otorgados a determinadas clases sociales, que tienden a mejorar y consolidar su situación económica, contenidos, principalmente, en los artículos 123 y 27 constitucionales, los cuales, podría decirse, cristalizan las aspiraciones revolucionarias fundamentales, consistentes en resolver, en beneficio de las masas desvalidas Se ha estimado a dichas garantías sociales como un conjunto de derechos inalienables e irrenunciables a favor de las clases sociales económicamente débiles frente a las poderosas.”¹¹

1.2 A NIVEL NACIONAL.

“La primera referencia a las consecuencias de la violación a los derechos constitucionales se encuentra en la Constitución de 1841, en la que se hace responsable individualmente al funcionario que restrinja, altere o viole alguna de

¹¹ Ibidem. Cf. Pp 117-131

las garantías del Título 16 art. 93 preceptuaba: “ Ni el poder legislativo, ni el Ejecutivo, ni ningún tribunal o autoridad podrá restringir, alterar o violar ninguna de las garantías enunciadas y cualquier poder o autoridad que las infrinja será responsablemente individualmente al perjuicio inferido y juzgado con arreglo al Título 12 de responsabilidad de la Constitución y además será reputado como usurpado”.

Esta disposición se repite en la Constitución de 1872 (Art. 101) y se varía ligeramente en las constituciones de 1872 (Art. 47) y de 1880 (Art. 43).

La Constitución de 1883, en su artículo 9, autorizó a todo salvadoreño para establecer reclamaciones ante el Congreso ante el Poder Ejecutivo, y ante cualquier autoridad competente, por infracciones a la constitución e instruyó “acciones” contra los Magistrados y Jueces en casos de procedimientos ilegales contra las garantías individuales (art. 114, No. 4).

La Constitución frustrada de 1885, en su artículo 38 instituyó el derecho de solicitar y obtener amparo de la Corte Suprema de Justicia o Cámaras de 2da. Instancia.

La Constitución decretada el 3 de Agosto de 1886 que era prácticamente la misma no sancionada el año anterior, en consecuencia, regulo el derecho del amparo en igual forma que se indicaba en el párrafo precedente.

Con lo cual El Salvador vino a ser el segundo país en Latinoamérica que dio acogida constitucional a esta garantía. Esta Constitución fue acompañada de las por ella denominadas “Leyes Constitucionales” según el art. 149 entre las que figuraban la ley del amparo, que tuvo mérito de haber sido la primera regulación procesal para garantizar el régimen de garantías individuales de la Constitución.

La Constitución de 1939 (Art. 57) extendió el campo de aplicación del amparo y concedió “cuando cualquier autoridad o individuo restrinja la libertad personal o al ejercicio de los derechos que garantiza la presente Constitución”.

La Constitución de 1950 (art. 222) incorporó de nuevo en la materia de amparo el principio de concederlo a toda persona “por violación de los derechos que otorga la Presente Constitución”.

En 1960 fue decretada la vigente ley de procedimientos constitucionales la cual acomodó el amparo al texto constitucional, de tal manera que sólo puede ser solicitado por el agraviado, su representante legal o manDatario (Art. 14). La constitución de 1962 no varió en nada la disposición constitucional relativa al amparo que aparecería en la Constitución de 1950.

Finalmente, en la vigente constitución de 1983 efectuó algunas modificaciones con respecto a las Constituciones de 1950 y 1962 en materia de amparo. En primer término cambió el tribunal competente para el conocimiento y decisión de aquel y en lugar de la Sala de Amparo de la Corte Suprema de Justicia, le dio competencia a la Sala de lo Constitucional de la misma(arts. 174 inc. 1º. Y 182 ordinal 1º. Cn.), que es el tribunal constitucional creado por esta misma carta fundamental.

Además, suprimió el pronombre “Le” que figuraba en las Constituciones de 1950 (Art.222) y de 1962 (art. 221) al referirse a la procedencia del amparo, con el siguiente texto: “Toda 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” (art. 247 inc. 1º. Cn.)”¹²

2. EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO A LA SALUD

2.1. ASPECTOS GENERALES.

“Si bien los filósofos y juristas reconocen desde hace mucho tiempo el derecho a la atención de la salud, este comenzó a ser contemplado en las constituciones y en las leyes cuando se consideró factible proporcionar un cierto nivel de atención de la salud.

¹² Bertrand Galindo Francisco, Op. Cit. Pp. 391-394.

El derecho a la atención de la salud se manifestó inicialmente por medio de la prestación de servicios de atención a los pobres, a cargo de ciertos órganos de gobierno e instituciones religiosas.

En la edad antigua, precisamente en el siglo IV a. de J.C., los médicos egipcios remunerados por el Estado atendían a los pobres.

En los comienzos de la era cristiana la Iglesia fundó, aproximadamente en el año 325 hospitales para los pobres. Más tarde, las autoridades municipales se hicieron a menudo cargo de esos servicios.

En la Edad Media era obligatorio colocar carteles en las casas para alertar a la comunidad sobre casos de peste, lo que demuestra un reconocimiento embrionario del derecho a la salud.

Las leyes isabelinas de socorro a los pobres promulgadas en Inglaterra a principios del siglo XVII, reconocían la responsabilidad pública con respecto a los pobres e indigentes, y contenían disposiciones relativas a la atención de la salud.

En general, se considera que las leyes que garantizan el derecho a la salud se originan con la Revolución Industrial.

A consecuencia de la mecanización y el aumento de la productividad; fue posible en esa época proporcionar cierto grado de protección a la salud de los trabajadores, quienes durante siglos habían sido considerados como elementos de trabajo fácilmente reemplazables.

Tal como señala el distinguido historiador George Rosen, del mismo proceso del que surgieron las fábricas, la economía de mercado y las grandes ciudades, surgieron también los problemas de salud que plantearon la necesidad de evitar las enfermedades y proteger aquella.

Con el advenimiento de la industrialización se establecieron diversos mecanismos para solventar la atención médica, algunos de los cuales fueron establecidos por medio de legislación.

Sin embargo, los movimientos que preconizaban la importancia de proteger la salud pública y el bienestar social surgieron también como consecuencia de la Revolución Industrial, y contribuyeron a permitir el reconocimiento del derecho a la salud tanto para la sociedad en su conjunto, como para determinados grupos en particular.

El derecho a la atención de la salud quedó plasmado en la legislación, no solo a consecuencia de la industrialización, sino también del proceso científico y tecnológico.

Por ejemplo, el descubrimiento de la vacuna antivariólica por Jenner marcó el comienzo de una nueva era, la de la inmunización, en la que la salud pública y la legislación aunaron sus esfuerzos para proteger a los individuos y a la sociedad.

Un ejemplo más reciente es el descubrimiento en el siglo XX, de los beneficios de la aplicación de flúor en el agua para evitar las caries dentales. Este adelanto científico dio origen a leyes para proteger el derecho de la salud dental.

Impulsada por las fuerzas sociales de la industrialización y los descubrimientos científicos, la idea del derecho a la atención de la salud comenzó a cobrar importancia en Europa a mediados del siglo XIX, al mismo tiempo que los filósofos y juristas formulaban sus bases teóricas.

El Código Constitucional de Jeremy Bentham establecía tres principios fundamentales de gobierno: 1) el objetivo del legislador es garantizar el mayor bienestar para el mayor número de personas; 2) la dignidad es un atributo individual, y 3) las leyes y las autoridades de la comunidad deben cuidar que el individuo al satisfacer sus intereses, promueva el bienestar de sus semejantes.

Edwin Chadwick, discípulo de Bentham y uno de los grandes pioneros ingleses de la salud pública, plasmó en medidas jurídicas y administrativas la función del Estado de proteger la salud de la población.

Su trabajo culminó con la promulgación de la ley de Salud Pública de Inglaterra de 1848.

A fines del siglo XIX, y más tarde en el siglo XX, se produjeron varios hechos que impulsaron la sanción de leyes en materia de salud: los progresos de la ciencia, el incremento de los riesgos para la salud que requirieron la adopción de medidas de carácter social, la creciente interdependencia de todos los sectores de la sociedad, y la expansión del ámbito de la responsabilidad social respecto del derecho a la salud.

Los gobiernos respondieron a esos factores acentuando la importancia de la legislación para la protección de la salud de la población.

En los siglos XVIII y XIX el individuo debía ocuparse, entre otras necesidades básicas, de su propia salud.

Con la industrialización y la concentración de la población en las ciudades, los gobiernos incrementaron sus funciones en el campo del saneamiento, distribución de alimentos, condiciones de trabajo y atención de salud para los grupos más vulnerables como las madres, los niños y los trabajadores industriales.

Aunque su aplicación es limitada, el concepto de uso compartido de los recursos y la distribución de los riesgos gradualmente se convirtió en el principio predominante.

Al aumentar la dependencia entre los distintos sectores de la sociedad, el concepto de comunidad fue reconocido y ganó aceptación. Aunque siempre se consideró que el hombre no es una isla, no fue sino hasta fines del siglo XIX y principios del siglo XX que los gobiernos adoptaron importantes leyes para proteger la salud de los ciudadanos.

Aun en los países de idiosincrasia individualista y orientación empresarial, la sociedad en su conjunto es responsable de la aplicación de

ciertos controles ambientales, medidas preventivas y niveles mínimos para los servicios de salud “.¹³

2.2- A NIVEL INTERNACIONAL.

A continuación se hace una breve reseña de la evolución histórica del derecho a la salud en algunas Constituciones del Continente Americano, también se hace la aclaración que esta reseña esta delimitada hasta el año de 1995.

Fieles al propósito de la brevedad y tomando en cuenta que son muchos los países que constituyen nuestro continente, elegiremos o seleccionaremos algunos de ellos, tomando los siguientes criterios clasificatorios:

a). Países en que se reconoce a sus habitantes de una manera explícita y clara el derecho a la salud. México, Cuba, Haití, República Dominicana, Guatemala, El Salvador, Nicaragua, Honduras, Panamá, Venezuela, Guyana, Ecuador, Perú, Bolivia, Paraguay, Uruguay, Brasil, Chile. Nos referiremos específicamente a: México, Honduras, y Chile.

b). Países en que se reconoce a sus habitantes implícitamente el derecho a la salud. Canadá, Estados Unidos de América, en algunas de las llamadas Indias Británicas Occidentales como son: Barbados, Bahamas, Antigua, Barbuda, Trinidad y Tobago, Granada, San Kitts, Nevis, Santa Lucía, San Vicente, Las Granadinas y Jamaica. Se suma a esta lista Suriname, Costa Rica, Argentina y Colombia.

Haremos referencia específica a: Estados Unidos de América; Indias Británicas Occidentales (Estas se desarrollarán de forma conjunta), Colombia y Argentina.

¹³ Org. Panamericana para la salud 1995. El derecho a la salud en las Américas. Estudio Con. comparado. Publicación científica No.509. Editores: Hernán Seholle Connor y otros. Cf. Pp. 19-20.

2.2.1 PAISES EN QUE SE RECONOCE DE FORMA EXPLICITA EL DERECHO A LA SALUD.

“ En **México**, es reciente, en 1983 por medio de la reforma del artículo 4 de la Constitución, que el derecho a la protección de la salud adquiere jerarquía constitucional.

Por lo tanto, las referencias a la salud que encontramos en la historia constitucional son vagas y las podemos señalar de la siguiente manera:

El Derecho Constitucional para la Libertad de la América Mexicana promulgado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, hacía referencia a los asuntos sanitarios.

En su capítulo octavo, relativo a las facultades del Supremo Congreso, el numeral 118 establecía que le correspondía “aprobar los reglamentos que conduzcan a la sanidad de los ciudadanos”.¹⁴

“En la etapa del México independiente, la Constitución de 1824 de corte federalista, no hizo ninguna referencia a la materia sanitaria, que quedaba reservada a los Estados de la Unión.

La Constitución centralista de 1836 a su vez, en el artículo 25 de la Ley Sexta, estableció que la salud “estaría a cargo de los ayuntamientos y la policía de salubridad”.

En el texto de las Bases Orgánicas de 1843, el artículo 134 facultaba a las asambleas departamentales para “cuidar de la salud pública y reglamentar lo conveniente para conservarla”

La Constitución de 1857, también fue de corte federal, recogió el principio vertido en la Constitución de 1824 en materia sanitaria y reservó a los estados la facultad de legislar sobre la misma.

En noviembre de 1908 el Ejecutivo envió al Congreso de la Unión una iniciativa para adicionar la fracción XXI del artículo 72 constitucional, a efecto de

¹⁴ *Ibidem*. Cf. Pp. 27

que se facultara al Poder Legislativo para legislar sobre la salubridad pública en las costas y fronteras.

La adición propuesta se basaba en la noción de que la salubridad pública de las costas y fronteras constituía un capítulo de la regulación migratoria a que hacía referencia la propia fracción.

Dicha iniciativa no prosperó, pero sirvió como antecedente inmediato de la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución de 1917; relativo a las facultades del Congreso para dictar leyes sobre salubridad.”¹⁵

“La Constitución mexicana contiene también normas que, si bien no abordan de manera directa el problema de la salud, inciden en él. En tal categoría se encuentran los preceptos relacionados con la protección de la salud de los menores y los trabajadores.

Por lo que respecta a los primeros, en 1980 se adicionó el artículo 4 de la Constitución el párrafo tercero para establecer la obligación de los padres en el sentido de preservar “...el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y la salud física y mental...”. Con relación a los segundos, el artículo 123, apartado A, fracción II, establece: “Quedan prohibidas las labores insalubres o peligrosas...”

En la Constitución actualmente vigente; en el campo del derecho a la protección a la salud, se encuentra la garantía constitucional consagrada en el artículo 4 mediante reforma de 3 de febrero de 1983. En esta disposición se hace referencia directa a la salud así mismo se reconoce en el Art. 73 siendo ambas disposiciones la piedra angular del marco jurídico de la salud en México.”¹⁶

Podemos decir que, los preceptos señalados demuestran la gran preocupación que, a lo largo de la historia, ha tenido el constituyente mexicano

¹⁵ *Ibíd.* Cf. Pp. 28-30

¹⁶ *Ibíd.* Cf. Pp. 30-31.

para que en la Carta Magna se plasmaran de manera directa o indirecta disposiciones encaminadas a la protección de la salud del individuo.

“En **Honduras**, el casi permanente conflicto por el poder político que caracterizó a Honduras desde finales del siglo pasado hasta la primera mitad del presente, hace posible identificar un vacío prolongado en la normativa constitucional en materia de salud.

Hasta cierto punto hubo arbitrariedad y anarquía gubernamental al someter a la salud a la subordinación de diversas Secretarías de Estado, como la de Trabajo (Constitución de 1924, artículo 175) y la de Sanidad (Constitución de 1936, artículo 124), lo que evidencia el sometimiento de la medicina y sus recursos por parte de los gobernantes a los vaivenes de la política vernácula, abandonando el deber del Estado de colocarla al servicio de la comunidad.

Debe destacarse, sin embargo, que en 1912 se creó el Consejo Superior de Salubridad, y en 1913 se ratificaron la Convención Internacional sobre el Opio (La Haya, 1912) y la Convención Sanitaria Internacional (París, 1903).

A raíz de la creación de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y a su acción catalítica y sistemática, se imprimen nuevas connotaciones y directrices a los conceptos gubernamentales, iniciándose estas con la creación de la Secretaría de Estado de Salud Pública (Constitución de 1957, artículo 206) bajo cuya responsabilidad se coordinará los esfuerzos en la materia y se establecerán los lineamientos en la Política Nacional de Salud.

En 1959 se decretaron la Ley del Seguro Social y el Código del Trabajo, cuerpos legales que representan una gran evolución en materia de salud y seguridad social en Honduras.

El transitar de la nación entre gobiernos de facto y de jure ha obstaculizado la continuidad de las políticas de salud, al tenor de los señalamientos de la Constitución, y más bien las han vinculado íntimamente con la voluntad ministerial de los titulares de la Secretaría de Salud Pública. A partir de 1972, con el advenimiento al Ministerio de Salud del Dr. Enrique

Aguilar Paz investido de amplias facultades por el gobierno de facto, se inicia la organización de los servicios de salud del país con base en el Plan Nacional de Desarrollo en 1974- 1978, estructurado en el gran Contexto Caótico producido por el paso del huracán Fifi (1974) que azotó la Costa Norte, principal área agroindustrial y productiva de Honduras.

Desde entonces, los sucesivos gobiernos han mantenido la continuidad en la ejecución programática y actualización de la ampliación de la cobertura en los servicios de salud, siguiendo las recomendaciones que en 1972 se formularon los Ministros de Salud de las Américas en su III reunión, sobre la base de la participación comunitaria y la organización de los sistemas de los servicios de salud como estrategia fundamentales para elevar y mejorar el nivel de vida de la población.”¹⁷

“Es recién a partir de 1972 que se establece definiciones políticas en materia de salud que incluyen la adjudicación de recursos humanos; acciones para la construcción y mantenimiento de locales de salud; formulación de políticas y estrategias; programación presupuestaria y de inversiones; salud oral; salud mental; nutrición; producción local y consumo de alcantarillados y agua potable para las comunidades; la ampliación de la cobertura de la seguridad social al sector rural; inmunizaciones; atenciones médico, hospitalarios y otros. Estas medidas se tradujeron el período 1972-1977.

La Constitución actual contiene normas relativas a la salud. El Capítulo VII del Título III, “De la salud”, dedica desde el artículo 145 hasta el 150 inclusive, a regulaciones que inciden directamente en la salud.

En el artículo 145, “Se reconoce el derecho a la protección de la salud...”. El artículo 146 atribuye al Estado, por medio de sus dependencias y de los organismos constituidos de conformidad con la ley, la regulación, supervisión y control de los productos alimentarios, químicos, farmacéuticos y biológicos.

¹⁷ Ibidem. Cf. Pp.428-429

La Constitución vigente es categórica al reconocer en el artículo 145 el derecho a la protección de la salud. En virtud de esta norma, que no lo limita a una categoría socio - profesional determinada, se universaliza tal derecho y compete dentro de su campo tanto a la salud personal como a la de la comunidad.

La Constitución no limita la salud a las acciones curativas - preventivas. La preocupación por la conservación del medio ambiente, la regulación, supervisión y control de productos alimentarios, químicos, farmacéuticos y biológicos, así como de drogas psicotrópicas, confieren a la salud una connotación en los términos de la Constitución de la OMS, es decir, como “un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.¹⁸

“En Chile la Constitución de 1833, que rigió más de 90 años, los textos constitucionales casi no tuvieron vigencia o esta alcanzó, en el mejor de los casos, unos pocos años. A pesar de esta situación puede ser ilustrativo revisar brevemente dichos textos en búsqueda de normas relativas a la salud, en el entendido de que estas son más un reflejo de la mentalidad de sus autores que de la realidad efectivamente vivida.

Así la Constitución provisoria de 1818, al ocuparse de los cabildos les encargaba el fomento de los hospicios, hospitales y cuanto sea de interés al beneficio público.

Más abundante en referencias a la salud es la Constitución de 1823, la llamada “Constitución moralista de Juan Gaña”, que es un texto caracterizado por las minuciosas regulaciones que contiene. Los senadores visitadores de las Provincias debían examinar la policía de socorro y beneficencia (Art. 58 No. 9); la preocupación por los hospitales, el aseo o el estudio de la medicina, podía llevar a obtener el mérito cívico (artículo 115).

¹⁸ Ibidem. Cf. Pp. 318-319

La Constitución de 1882, última de la época de los ensayos constitucionales, encarga a las asambleas provinciales inspeccionar la administración de los establecimientos de salubridad y a las municipalidades promover y ejecutar mejoras sobre la policía de salubridad, y establecer hospitales (artículo 114, No. 8 y 122 Nos. 2 y 6), lo cual reflejaba en esta materia el amplio grado de descentralización administrativa que aspiraba establecer en el país.

En la Constitución de 1833 encontramos un par de referencias a la salud. Una aparece en el artículo 151, que garantiza que “ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o la salubridad pública, o que exija el interés nacional y una ley lo declare así” La otra se encuentra en el artículo 128 que se ocupa de la competencia de las municipalidades, a las que corresponden dentro de su territorio el cuidado de la policía de salubridad y de los hospitales, hospicios y demás establecimientos de beneficencia (Nos. 1 y 4) aquí se considera que la constitución se preocupa brevemente de la salud individual al hacer recaer sobre las municipalidades de hospitales y hospicios, lo que hará una posibilidad para que las personas que padeciesen enfermedades, fueran o no transmisibles puedan, obtener tratamiento.

La Constitución de 1925 aparece en un momento en que la preocupación por la salud y otros problemas sociales comienzan a llegar con más intensidad a los textos constitucionales. No es extraño, por consiguiente, que en ella tenga acogida esta tendencia del constitucionalismo posterior a la Primera Guerra Mundial.

El acelerado proceso de reformas a la Constitución que vivió Chile a partir de 1963, no pudo menos que influir en la sustitución o aparición de nuevas normas constitucionales sobre la salud.

Pero, es la reforma constitucional de la Ley No. 17,398 de 1971, conocida como Estatuto de Garantías Constitucionales, la que contiene innovaciones más amplias en las normas de la Constitución de 1925 que inciden directa o indirectamente sobre la salud.

Con posterioridad a 1973 y antes de 1980, fecha en que se promulga la actual Constitución, es digna de resaltar el Acta Constitucional No. 3 de 1976 que tiene por epígrafe “De los derechos y deberes constitucionales”.

Dicha Acta sustituye casi íntegramente el Capítulo III de la Constitución de 1925 sobre “Garantías constitucionales” y representa un anticipo de lo que sería la nueva Constitución, pues ella está basada en los trabajos que hasta la fecha había efectuado la Comisión de Estudios.

En el Acta, uno de los números de su artículo el No. 19 está dedicado por entero a la salud y asegura a todas las personas:

“El derecho a la salud. El Estado asume la responsabilidad de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”.

Los antecedentes más interesantes en el largo proceso de elaboración del nuevo texto se encuentran indudablemente en las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. }

Este organismo asesor se ocupó de las materias en las sesiones 187, 190, 192, 193, 194, celebradas los días 10,17, 23, 24 y 25 de marzo de 1976. en la discusión participaron, aparte de los integrantes de la Comisión, autoridades gubernativas encabezadas por el Ministro de Salud, el Presidente del Colegio Médico y los Decanos de las facultades de Medicina de la Universidad de Chile y de la Universidad Católica de Chile.

En la redacción del texto propuesto por la comisión se tomó como base principal de la discusión el documento enviado por el Ministerio de Salud, siendo dignas de destacar las referencias que hubo en el debate a documentos internacionales como la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Deberes del Hombre de Bogotá.

La Constitución de 1980 contiene diversas disposiciones que inciden sobre la salud. La mayor parte de ellas se ocupan del reconocimiento y protección constitucional de otros derechos que se relacionan en mayor o menor medida con el derecho a la salud.”¹⁹

2.2.2 PAISES EN QUE SE RECONOCE DE FORMA IMPLICITA EL DERECHO A LA SALUD.

“Como bien se sabe la Constitución de los **Estados Unidos de Norte América** refleja la doctrina política del siglo XVII, ya que sus redactores estaban más interesados en garantizar al pueblo contra la intervención del gobierno, que en asegurar que este proporcione un plan nacional de servicios como sería la atención de la salud “.²⁰ “Si se tiene en cuenta las ideas imperantes en el siglo XVIII en cuanto a la atención de la salud, y a la obligación de la sociedad y el gobierno de proveer y proteger la salud, es posible comprender porqué la constitución ni siquiera menciona la palabra salud; en esa época, se consideraba que el gobierno y la sociedad tenían poca o ninguna responsabilidad por la salud de sus miembros.

Sin embargo, no se trata solo del caso de la salud; la Constitución no menciona tampoco ninguno de los otros derechos humanos sociales ni económicos. Una de las razones de la omisión de la salud en la Constitución es

¹⁹ *Ibidem*. Cf. Pp. 189-193

²⁰ *Ibidem*. Cf. Pp. 241.

que era muy poco lo que podían hacer el gobierno o la sociedad con respecto a su protección.

En la mayoría de los casos, antes de que la aplicación de métodos científicos dieran resultados prácticos importantes en el siglo XX, la atención médica resultaba poco efectiva en el tratamiento de las enfermedades. O en otras palabras, cuando se adoptó la Constitución, la atención organizada de la salud a nivel nacional era un concepto desconocido debido al primitivo estado de la tecnología médica”²¹

“La ausencia de mención expresa del derecho a la salud en el texto constitucional, puede atribuirse también a la idea de que la responsabilidad por la salud correspondía al gobierno local y no al federal. De esta manera, en los siglos XVIII y XIX, la acción del gobierno en el campo de la salud fue ejercida principalmente por los Gobiernos estatales y locales, y no por el federal.

En años recientes se ha hecho evidente que la atención de la salud constituye un factor decisivo para los logros de la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad, derechos considerados inalienables por la declaración de Independencia de 1776. Más aún, la preocupación por el bienestar general (preámbulo y artículo I de la Constitución) y a tomar medidas en varias áreas como mejorar el medio ambiente y el estilo de vida. Estas acciones habrían parecido muy paternalistas en el siglo XVIII, y consideradas una intrusión en la libertad de la mayoría de los cuidados.

Los principios contenidos en la declaración de derechos solo ha tenido impacto en el sistema de atención de la salud en años recientes. A medida que las decisiones sobre cuestiones médicas se han tornado más complejas hasta incluir la ingerencia genética, reproducción, aborto, etc., la Corte Suprema y demás tribunales han debido pronunciarse sobre las limitaciones

²¹ Ibidem. Cf. P. 242.

constitucionales impuestas a las acciones de los particulares, del congreso y del ejecutivo.

La enmienda primera referida a la libertad de religión, protección de la vida, y la libertad por medio del proceso legal, ha servido de fundamento a fallos de la Corte Suprema que impugnaban disposiciones prohibiendo el aborto, el uso de métodos anticonceptivos, la esterilización obligatoria, etc. Los tribunales inferiores han fallado en instancias referidas a cuestiones tales como el impacto de la tecnología genética, el derecho de pedir la eutanasia, entre otros”.²²

En síntesis podemos decir, que la definición de los derechos referidos a la salud en la Constitución de Estados Unidos de Norte América ha sido tarea de los tribunales. Por lo general, estos han aplicado los parámetros propios del siglo XVIII, es decir, dando relevancia al libre albedrío.

“En cuanto a las llamadas **Indias Británicas Occidentales**, se puede decir, que mientras estos países fueron colonias de Gran Bretaña no existieron constituciones en sentido formal.

Los gobernadores británicos ejercían sus funciones con la asistencia de los jefes de los diferentes departamentos del gobierno. Por lo general, estos eran expatriados que se desempeñaban en el Servicio Colonial y administraban el país mediante “instrucciones reales” de la Reina o “cédulas reales” autorizadas por el “Royal Sing Manual and Signet” (sello y firma reales).

Del análisis de las medidas tomadas en esa época para proteger la salud y el bienestar de los ciudadanos, se desprende que la Oficina de Colonias de Gran Bretaña con sede en Londres, enviaba regularmente estas “ordenanzas modelo” sobre asuntos tales como medicamentos peligrosos, analfabetismo, fábricas, tratamiento de enfermos mentales e instituciones especiales, atención hospitalaria, reconstrucción de barrios pobres y otras materias.

²² Ibidem. Cf. P. 243.

Esta actitud paternalista indica que no se tomaba en cuenta las necesidades de las colonias, sino que la Oficina de Colonias hacía lo que consideraba que mejor protegía los intereses de las mismas. Revela también que el Gobierno Británico, por intermedio de la Oficina de Colonias, en algunos casos no solo suministraba los recursos para estas, a las que se denominaban “colonias subvencionadas” (gran-aided colonies), sino que también dirigía la política social”.²³

“Pero cuando a principios del decenio de 1970 los países independientes del Caribe, incluyendo las Bahamas reclamaba a Gran Bretaña que les reconociera el derecho de autodeterminación, no se daba mayor importancia a la salud. La Oficina de Colonias tampoco tenía demasiado interés en su protección.

Al Gobierno de Su Majestad le preocupaba más garantizar la propiedad privada, las libertades individuales, la protección contra el tratamiento inhumano, la esclavitud y los trabajos forzados y el arresto o detención arbitrarios, la protección de la ley, la intimidación en el seno del hogar, la libertad de conciencia y la libertad de reunión y asociación.

Estos eran aspectos que los partidos de oposición consideraban de vital importancia proteger frente a posibles transgresiones por parte de los gobiernos que dirigían el país hacia la Independencia.”²⁴

En el enfoque histórico de la legislación de estos países, se percibe que los gobiernos no solo han demostrado gran interés por la salud de los ciudadanos sino que, en muchos casos, han reconocido que la salud comprende el bienestar total del individuo.

“La historia Constitucional de la República de Colombia es muy extensa, por cada una de las provincias del antiguo virreinato de la nueva granada, cada

²³ *Ibidem*. Cf. Pp. 328-330.

²⁴ *Ibidem*. Cf. P. 331.

una de estas provincias expidió su propia Constitución. La primera Constitución con real fuerza normativa fue expedida en 1821, bajo la inspiración del Libertador Simón Bolívar, con miras a conformar un Estado que reuniera los territorios de las actuales Repúblicas de Colombia, Ecuador y Venezuela; pero los esfuerzos realizados por los constituyentes en 1830 para mantener la cohesión de la Gran Colombia se vieron frustrados.

Es a partir de 1830 luego de la disolución de la Gran Colombia, que se vio un afán por promulgar nuevas Constituciones, en efecto se promulgaron Constituciones en 1832, 1843, 1853, 1863 y 1886 (Constitución vigente).

En cuanto al derecho a la salud se refiere la escasa referencia a las disposiciones sanitarias en las Constituciones del siglo IX no indica que se hubiera carecido de leyes sobre la materia, sino que sus normas no se elevaron a cánones constitucionales.

En la Constitución de la Confederación Granadina de 1858 se estableció en el ordinal 6 del artículo 56 como límite de la libertad de industria y trabajo, el atentado contra la salubridad, y en su artículo 68 se otorgó inmunidad de impuestos a los establecimientos oficiales de beneficencia y caridad.

La Constitución de los Estados Unidos de Colombia también impuso en su numeral 9 de su artículo 15 como límite a la libertad de industria y trabajo, el atentado a la salubridad.

No es de extrañar que dentro del concepto individualista del Estado Gendarme los servicios de salud se dejaran más a la iniciativa particular que a la acción directa del Estado, el que apenas se reservaba la función de inspección y vigilancia sobre las instituciones a ese fin establecidas”.²⁵

“No cabe duda sobre la influencia que han tenido los múltiples instrumentos internacionales a los cuales se ha adherido Colombia, que reconocen directa o indirectamente a la salud como uno de los derechos

²⁵ *Ibidem*. Cf. Pp. 153-155.

esenciales del hombre, así como el papel que corresponde al Estado frente a la promoción de la salud de sus habitantes; en ese sentido han desempeñado una importante labor la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS).²⁶

“Aunque en la Constitución vigente de Colombia, proveniente de la carta original de 1886, no existen normas directas que reconozcan como primordial deber del Estado el cuidado de la salud de sus habitantes, sus cláusulas generales han permitido estructurar una legislación moderna en materia de derecho sanitario, en la que cabe destacar la organización de los servicios de salud como un Sistema Nacional de Salud, acatando las recomendaciones de la OPS hechas en 1969”.²⁷

“Desde la organización constitucional de la República Argentina el único texto que ha existido es el originario de 1853; que entro en vigencia hasta 1860.

Sin embargo, vale recordar que en 1949, durante el régimen peronista (1946 – 1955), se llevó a cabo una reforma a la Constitución que bien puede ser reputada como una nueva Constitución. El texto de 1949 propuso en declaraciones, algunas de las cuales hacían alusiones a la salud.

El artículo 37 del texto sancionado en 1949 incluyó un decálogo de derechos del trabajador, en el que figuraba el derecho a la preservación de la salud. Decía así: “El cuidado de la salud física y moral de los individuos debe ser una preocupación primordial y constante de la sociedad, a la que corresponde velar para que el régimen de trabajo reúna los requisitos adecuados de higiene y seguridad, no exceda las posibilidades normales del esfuerzo y posibilite la debida oportunidad de recuperación por el reposo”.

²⁶ Schila, L.C. El Régimen Jurídico de los Tratados Internacionales en Colombia. Bogotá, Editorial Kelly, 1994. P. 46.

²⁷ Organización Panamericana para la Salud. Ob.Cit. Cf. p. 161.

Este párrafo muestra que no se declaraba ningún derecho subjetivo, sino que se fijaba una aspiración. En efecto, al atribuir a la sociedad el deber de preocuparse por el cuidado de la salud física y moral de los individuos no se determinaba ningún sujeto pasivo concreto al que se impusiera obligación también concreta, susceptible de ser demandada o exigida por cada persona como titular. Esta reforma Constitucional fue dejada sin efecto en 1956.”²⁸

“Por último se dice que: La Constitución Argentina no contiene ninguna norma expresa que reconozca o defina el derecho a la salud como uno de los derechos humanos, esto no significa que tal silencio sea absoluto, conviene tener presente que el texto constitucional argentino es breve, sobrio, parco y solamente traza, en general grandes marcos de referencia.

El artículo 14 suele considerarse como la clave o el resumen de la declaración de derechos, y en el no aparece el derecho a la salud. Tampoco en el artículo 20, que completa al 14 al referirse a los derechos de los extranjeros, en pie de igualdad con los nacionales. El art. 14 bis. – Agregado al antiguo cuerpo constitucional de 1883 en la reforma realizada en 1957– tampoco hacen mención explícita a la salud, para entenderla se necesita ser interpretada como una trinidad formulada por. a) Su letra o articulado; b) Su espíritu, que engloba a sus principios, sus valores, sus ideas o ideologías (filosóficas, políticas y jurídicas); y c) Su raíz histórica”.²⁹

2.3. A NIVEL NACIONAL

“En El Salvador han existido tanto constituciones federales como unitarias, las federales fueron la del 22 de Noviembre de 1824, la del 13 de Febrero de 1835, la del 29 de Septiembre de 1921 por la cual Guatemala, El Salvador y Honduras constituyeron la República de Centroamérica.

²⁸ *Ibidem*. Cf. Pp. 27-28.

²⁹ *Ibidem*. Cf. Pp. 29-30.

En las tres primeras Constituciones no se encuentra ninguna disposición que directa o indirectamente se refiera a la salud. En la de 1921 en cambio, el Art. 86 al señalar las atribuciones del poder legislativo incluye en la “32ª. Crear un Departamento de Sanidad, cuyas ordenes serán directamente transmitidas a todas las autoridades federales y de los estados”.

Lamentablemente, el año siguiente la Asamblea de El Salvador alego que los poderes federales no se habían organizado en el tiempo establecido por la Constitución, y ante la manifiesta imposibilidad de que lo hicieran, decretó que la República de El Salvador reasumía la plenitud de la soberanía que le correspondía conforme a su Constitución política del 13 de agosto de 1886, en todo cuanto aquello hubiera sido afectada por la Constitución federal. De esta manera se le puso fin a la República de Centroamérica y por ende al intento de reconstrucción de la patria grande y al departamento de sanidad proyectada para ella.

En cuanto a las constituciones unitarias estas se dividen en:

Constituciones de 1824,1841,1864,1871,1872,1880,1883,1885 (que no entro en vigencia) y 1886 que estuvo vigente hasta enero de 1939 y fue restablecida en 1944;

Constituciones del 20 de enero de 1939, y sus reformas del 29 de febrero de 1944, del 29 de noviembre de 1945, que fue la misma de 1885 pero con modificaciones, del 7 de septiembre de 1950, del 8 de enero de 1962, y la actual del 15 de diciembre de 1983.

En las constituciones del primer grupo, en lo que a salud se refiere no hay ninguna disposición excepto en la constitución de 1841, en la cual el artículo 62 establece como objetivo del poder municipal “la conservación, progreso, salubridad, comodidad y ornato de su vecindario”. Las constituciones comprendidas en el segundo grupo, se caracterizan por el intervencionismo del Estado.

A diferencia de las anteriores, contienen disposiciones que directa o indirectamente se refieren a la salud.

La de 1939 con sus reformas de 1944, dispone en el apartado 21 del artículo 67 que al decretar anualmente el presupuesto de entrada y gasto de la administración pública la Asamblea Nacional debe arreglar la inversión de las rentas de modo que sean atendidas preferentemente la salubridad, la educación, la administración de justicia y la policía en el artículo 105, entre los deberes del Poder Ejecutivo establece “mantener la salubridad pública en el país y mejorar las condiciones higiénicas de sus habitantes” (numeral 8), y de “proteger la maternidad y la infancia, organizando al efecto la institución respectiva” (numeral 10). En el título 10 que trata del régimen departamental y local se encuentra el artículo 140 que permite que las municipalidades para llenar su función admitan acuerdos sobre policía, higiene y educación popular”.

En las constituciones de 1950 y 1962 se incremento notablemente el papel del Estado en la vida económica y social debido a que sus disposiciones son salvo algunas variantes iguales a de la 1983 (constitución vigente).

Con respecto a la salud pública y asistencia social, la exposición de motivos de la constitución de 1950 manifiesta que: Se establece como una de las obligaciones primordiales del Estado, la protección y restablecimiento de la salud porque se estima como el don más preciado del hombre; la salud de un pueblo constituye la condición indispensable para su progreso y todo gobierno que pretenda tal fin, tiene que procurar mantenerse a la altura de los progresos de la ciencia a sus gobernados el pleno goce público de su salud.

Fue a partir de la constitución de 1950 que se considero a la salud como un bien público. La expresión “bien público” inserta en el concepto del bien común como objetivo y finalidad de la actividad del Estado³⁰.

³⁰ Bertrand Francisco y otros, Manual de derecho Constitucional Tomo II, San Salvador, Talleres Gráficos. UCA. Primera Edición P. 984-986.

En la actual constitución de 1983 contempla el rubro de la salud pública y asistencia salud en la sección cuarta del capítulo segundo, que trata de los derechos sociales (artículo 65 al 70).

3. RELACION HISTORICA DEL AMPARO Y DEL DERECHO A LA SALUD.

“La definición, el reconocimiento y la defensa de los derechos individuales se gestó principalmente en el pensamiento y en la historia política de la edad moderna, desde el siglo XVI siglo XIX escuelas de derecho natural, entre ellas especialmente la llamada Escuela Clásica, el Iluminismo, el pensamiento político liberal y democrático, la Revolución Inglesa, la Revolución Americana y la Revolución Francesa, y los subsecuentes movimientos constitucionales en muchos otros países.

En cambio la génesis del reconocimiento y de la proclamación de los derechos sociales del hombre se prepara y gesta a lo largo del siglo XIX (doctrinas sociales, movimientos obreros, intervencionismo del Estado, progreso de la idea de justicia social, etc.), y madura principalmente en el siglo XX, desde la Primera Guerra Mundial, México abrió brecha en este sentido con su Constitución de 1917.

La Constitución Weimar de la República Alemana dio gran amplitud a los derechos sociales y ejerció una gran influencia sobre otras Constituciones. Esta preocupación por las exigencias de justicia social se extienden y se exceptúan durante la Segunda Guerra Mundial y en el periodo subsiguiente, y se manifiesta lo mismo en las nuevas Constituciones que han sido elaboradas desde 1945, y en documentos internacionales como la Carta de San Francisco,

La Declaración Universal de Derechos del Hombre y otros acuerdos de las Naciones Unidas. “³¹

Estos acontecimientos y declaraciones a que hemos aludido aparecieron como una respuesta frente a los abusos del poder ejecutivo o del poder real. Frente a los excesos de éste, y las posibles amenazas que su actuar pudiere suponer contra los derechos de los ciudadanos o mejor dicho del pueblo.

Pero los teóricos constitucionalistas clásicos creyeron que con la simple inclusión de los derechos subjetivos (sean estos individuales o sociales) en un documento fundamental bastaría para evitar futuros abusos del poder, pero la historia nos ha demostrado y ha dejado en evidencia las subsecuentes violaciones y atropellos de los derechos fundamentales del hombre, no obstante estar estos derechos reconocidos constitucionalmente como se ha dicho.

Por lo tanto “no es posible, o no es exacto hablar de derechos constitucional por la mera circunstancia de que estos derechos subjetivos están formalmente enumerados en un texto al que se le llame Constitución, pues ésta es una simple apariencia a la que recurren precisamente muchos Estados totalitarios para encubrir el ejercicio de facultades supra legales por parte del dictador o del grupo que detenta el poder.

Para que exista un verdadero derecho constitucional, los derechos fundamentales deben tener vigencia en la realidad social, a cuyo efecto, sin perjuicio de que tales derechos sean violados muchas veces, debe existir una estructura institucional que permita su inmediata defensa y reparación”.³²

En efecto el derecho constitucional moderno no solo incluye dentro de su objeto las regulaciones sustanciales con relación a la organización del poder público y la consagración de los derechos, sino también las previsiones

³¹ Recasen Siches. Tratado General de Filosofía del Derecho, Primera Ed. Editorial Porrúa, S.A. Pág. 602- 603.

³² Abelardo Torre, Introducción al Derecho, Séptima Edición, actualizada. Editorial Perrot. Buenos Aires. Pp. 501.

adjetivas tendientes a garantizar la vigencia efectiva del ordenamiento constitucional. Este último objeto es lo que ha denominado recientemente, el derecho procesal constitucional. Así es, un Estado constitucional y democrático de derecho se funda en principios dogmáticos y orgánicos que suponen la existencia de una Constitución (escrita), como norma jurídica suprema legitimadora, limite del poder y reconocedora de los derechos.

En síntesis podemos decir, que la supremacía abstracta (esto es la Constitución) necesita de la vigencia operativa. No basta la imposición declarativa ni la presencia sociológica, es preciso reafirmar los postulados dándoles a la norma fundamental los mecanismos que refuercen la protección que promete.

“Precisamente por eso también se habla de garantías, vale decir, de medios destinados a ser efectiva la vigencia de los derechos fundamentales por ejemplo el Habeas Corpus, La Inviolabilidad de la Defensa en Juicio, El Amparo, etc”.³³

Esas garantías son de derecho procesal, al respecto sostiene Fix Zamudio, que dichas garantías son instrumentos adjetivos o procesales y no de carácter sustantivo, ya que están conformadas para señalar el procedimiento que debe seguir el Órgano Constitucional para reprimir las violaciones a la ley suprema y de reintegrar el orden fundamental restringido.

Respecto del Amparo podemos decir, que es realmente una garantía con forma de proceso judicial sumario que se dirige a salvaguardar los derechos del hombre reconocidos por la Constitución. A excepción desde luego de la libertad de locomoción tutelado por el Habeas Corpus.

Después de todas estas verdades anteriormente apuntadas nos hacemos las siguientes interrogantes. ¿Desde que momento ha existido una relación entre el derecho a la salud y la garantía de amparo constitucional?,

³³ Ibidem. Cf. P. 502.

¿Como se podría catalogar o considerar esa relación?, ¿Cuál es la naturaleza de esa relación?.

Respondiendo a la primera interrogante podemos decir que se han reconocido constitucionalmente primero los derechos individuales y luego los sociales como simples prerrogativas o aspiraciones del hombre, ya que, ante un atropello o abuso de esos derechos por parte de los que detentaban el poder, se carecía de los medios procesales pertinentes para hacerlos efectivos.

Por todo esto es que surgen a la vida jurídica procesal las llamadas garantías constitucionales como métodos de defensa contra las violaciones de los derechos constitucionales. Es precisamente con ese nacimiento a la vida jurídica del amparo en cada Estado, (como medio de tutela de los derechos constitucionales) el que origina la relación histórica entre el derecho a la salud y el amparo.

En cuanto a la segunda interrogante podemos decir dos afirmaciones. Que se trata en primer lugar de una relación teórica-abstracta, es decir, es una relación solo en doctrina y en la mente del hombre.

Cuando hablamos de teoría o doctrina en abstracto nos referimos a los estudios de carácter científico que los juristas realizan a cerca del derecho, con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación; y en un segundo momento se trata de una relación práctica-concreta, o sea, la aplicación de esa teoría o doctrina y que es llevado al plano de la realidad a través de los Tribunales Constitucionales; generándose así una verdadera relación jurídica procesal que vincula a los sujetos que intervienen en un proceso (en este caso un proceso constitucional), como partes del mismo o como jueces que ejercen la jurisdicción, todos los cuales se han de mover dentro de las normas establecidas por las leyes adjetivas o procesales.

Dando respuesta a la tercera interrogante, decimos que se trata de una relación de derecho público, no solo por que engendra normas caracterizadas como públicas (Constitución, Ley Procesal Constitucional, etc.), sino también, por que los sujetos que intervienen se encuentran en un plano de desigualdad, es decir, gobernados frente a gobernadores.

CAPITULO II

BASE TEORICA DOCTRINARIA DEL AMPARO Y DEL DERECHO A LA SALUD

1. FUNDAMENTACION DOCTRINARIA DEL AMPARO.

“Ante cualquier institución jurídica, se plantea la cuestión consistente en determinar si su existencia y estructuración normativa depende sólo de la voluntad del Estado, externada a través de sus órganos representativos pertinentes, o sí, por el contrario, están preconizadas por elementos y factores que no deben ser rebasados por la actividad estatal, creadora del derecho positivo objetivo en que dicha institución puede localizarse.

Desechando pues la idea de que el amparo encuentre su único y exclusivo origen en la voluntad del Estado cristalizada en las normas constitucionales y legales en que se estableció dicha institución, es dable afirmar que este medio de control y, en general, cualquier otro medio que pretenda la preservación de los derechos fundamentales del hombre, no encuentra su única justificación en un designio gracioso del legislador estimulado o guiado por los hechos o fenómenos históricos y sociales, sino que es la consecuencia natural y pragmática de las exigencias de la naturaleza irreductible del ser humano. El amparo pues no se funda en razones positivas, de carácter estrictamente legal, su fundamento no radica nada más en un conjunto de preceptos o normas jurídicas, fruto de una cierta actividad legislativa, sino que está dotada de raigambres filosóficos y su implantación, basada en principios necesarios de la personalidad humana, obedece a una exigencia universal del hombre.

En efecto, el amparo surgió a la vida jurídica merced al impulso social, canalizado por sus forjadores, de proteger los derechos del hombre

constitucionalmente reconocidos; ante los ataques de las autoridades que detentan el poder.”³⁴

“Además de la fundamentación filosófica que a nuestro parecer, sustenta al amparo, este encuentra sus bases en presupuestos elementales que la doctrina sobre el Derecho Público y la legislación positiva constitucional en general han puesto de relieve.

Conforme a su esencia teológica, el amparo se revela teórica e históricamente, como un medio de control o protección del orden constitucional contra todo acto de autoridad que afecte o agravie a cualquier gobernado, de cuya aseveración se deduce la doble finalidad que persigue esta institución, a saber: Preservar, con simultaneidad, la primera ley suprema del país y la segunda, la esfera específica de dicho sujeto que en ella se sustenta, contra todo acto del poder público.

Pues bien, siendo derechos de carácter constitucional el objeto tutelar del amparo, con la modalidad inherente que se acaba de apuntar, es al mismo tiempo la fuente de su existencia, no-solo porque ella consigna su procedencia y lo crea expresamente en diversos preceptos, sino también porque de los principios que lo informan y de dicha deriva su razón de ser³⁵.

2. DEFINICION DE AMPARO.

Implicaría una tarea demasiado larga y excesiva tratar la exposición de las distintas concepciones que diversos autores han formulado en diferentes épocas sobre el amparo. Solo expondremos algunas concepciones que sobre el amparo se han escrito.

³⁴ Burgoa O. Ignacio Op. Cf. Pág. 24-25

³⁵ Ibidem C.f Pág. 143-144

“Es preciso determinar también, que la formulación de una definición se integra mediante la reunión de todos los elementos que la componen en una proposición lógica.

Tratándose del amparo, su definición debe comprender, por ende, todas las características que constituyen su esencia jurídica institucional, es decir su género próximo y diferencia específica, asimismo esa definición debe de evitar la tautología o caer en errores de exceso o defecto.

Juventino V. Castro, define el amparo como un proceso concentrado de anulación de naturaleza constitucional promovido por vía de acción, reclamándose actos de autoridad, y que tiene como finalidad el proteger exclusivamente a los quejosos contra garantías expresamente reconocidas en la constitución; contra los actos conculcatorios de dichas garantías; contra la inexacta y definitiva atribución de la ley al caso concreto, que agraven directamente a los quejosos, produciendo la sentencia que concede la protección, el efecto de restituir las cosas al estado que tenían antes de efectuarse la violación reclamada si el acto es de carácter positivo, el de obligar a la autoridad a que respete la garantía violada, cumpliendo con lo que ella exige, si es de carácter negativo³⁶.

A la concepción anterior se le hace la observación de que su contenido es excesivo, y en aras a la claridad puede simplificarse, señalando, que el amparo procede contra cualquier violación que, en detrimento de cualquier gobernado, viole la Constitución de la República, obligando a la autoridad a restituir el estado de las cosas o respetar la garantía violada.

Héctor Fix-Zamudio: “El amparo es un procedimiento armónico, ordenando a la composición de los conflictos suscitados entre las autoridades y

³⁶ V. Castro, Juventino. Lecciones de Garantías y Amparo. Edic. 1974 P. 229-300

las personas individuales y colectivas por violación, desconocimiento e incertidumbre de las normas fundamentales”³⁷.

Aunque se le critique a esta definición la influencia del procesalismo italiano y alemán, sobre todo a través de la idea “composición de los conflictos suscitados entre las autoridades y las personas individuales y colectivas”, nosotros no podemos negar su claridad y precisión en casi todo el lenguaje, a excepción, desde luego, en la idea de “desconocimiento e incertidumbres” pudiéndose haber utilizado palabras más certeras como inobservancia o restringidos.

Ignacio Burgoa O. : “El amparo es una institución procesal que tiene por objeto proteger al gobernado contra cualquier acto de autoridad (lato sensu), que en el detrimento de sus derechos, viole la Constitución”³⁸.

Se nota en esta definición la claridad y precisión en el lenguaje empleado, sin embargo a igual que las anteriores definiciones, no hace distingo en cuanto al ámbito de protección del amparo.

Es de hacer notar, que estos autores defienden la idea de que el amparo debe tutelar todos los derechos constitucionales sin excepción alguna.

Las anteriores concepciones del amparo, fueron seguidas por varios países latinoamericanos, y El Salvador no fue la excepción, pero en la actualidad parece haberse impuesto la tendencia que distingue el amparo, por una parte, de otros controles constitucionales, por ejemplo, del Habeas Corpus y de la declaratoria genérica de inconstitucionalidad.

En esta segunda modalidad, el amparo es definido por Linares Quintana como: “La garantía que tiene por finalidad asegurar a los habitantes el goce efectivo de sus derechos constitucionales protegiéndolos de toda restricción o amenaza ilegal o arbitraria contra los mismos, por parte de los órganos

³⁷ Fix-Zamudio, Héctor, El Juicio de Amparo. Edic. 1964. P. 137-138.

³⁸ Burgoa O. Ignacio Op. Cit. Pág. 145

estatales o de otros particulares, con excepción de la libertad física protegida por el Habeas Corpus”³⁹.

Esta definición reúne todos los elementos que la doctrina mayoritaria concibe actualmente, y nos muestra la esencia jurídica propia del amparo, es decir, un remedio procesal constitucional que tutela los derechos fundamentales (género próximo); exceptuándose desde luego la libertad de locomoción (diferencia específica); asimismo la selección de los conceptos que la integran son claros y precisos, evitándose así los pasajes oscuros y prevé la violación actual de un derecho (s), como su amenaza; las ideas de ilegal o arbitraria, son certeras, ilegal porque no está apegada a derecho y arbitraria por el exceso, fuerza o abuso en la utilización de los medios para ejecutar tal o cual acción de parte de los órganos del Estado en general.

Además se hace la aclaración pertinente que en El Salvador el amparo no procede contra particulares en estricto sentido, como lo concibe en su definición Linares Quintana.

3. NATURALEZA JURIDICA DEL AMPARO

Ha sido objeto de amplia discusión y muy esgrimido en doctrina, de que si el amparo constituye un recurso, una acción, un proceso o un juicio. De modo que se hace necesario aludir al análisis en sus rasgos más generales de todas estas figuras para determinar la naturaleza jurídica del amparo.

¿El amparo un Recurso?

“Es todo medio que concede la ley procesal para la impugnación de las resoluciones judiciales, a efecto de subsanar los errores de fondo o los vicios de

³⁹ Bertrand Galindo, Francisco. Op. Cit. Pág. 176

forma en que se haya incurrido al dictarlas. El acto de recurrir corresponde a la parte que en el juicio se sienta lesionada por la medida judicial.”⁴⁰

Aquí siempre hay un procedimiento anterior en el cual ha sido dictada la resolución que se impugna, esta impugnación genera una segunda instancia es decir, inicia un segundo procedimiento ante un tribunal jerárquicamente superior, al que le corresponde revisar dicha resolución dictada por el tribunal inferior y dando o dictando la suya, ya sea para confirmarla, modificarla o revocarla.

No sucede lo mismo con el amparo, pues su fin directo no consiste en volver a considerar un acto en cuanto a su procedencia o pertinencia legal, sino en constatar si implica o no violaciones constitucionales. En este sentido el amparo es un medio de control de la constitucionalidad mientras que el recurso, es un medio de control de legalidad.

El recurso da origen a una segunda instancia considerada como prolongaciones procesales de la primera, en cambio el amparo no provoca una nueva instancia procesal.

¿El amparo una acción?

“Acción, es como la define Couture, “es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho y que consiste en la facultad de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión.”

“Entonces la acción, queda configurada como un derecho a la jurisdicción, en el que el titular sólo tiene la facultad de poner en movimiento al órgano jurisdiccional que implica el proceso de someterse a el como sujeto del proceso.

⁴⁰ Osorio Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta, 22ª Edición, Pág. 834.

En otras palabras, para que el Juez actúe aplicando la ley al caso concreto, es menester que el ciudadano provoque el ejercicio de su actividad, es decir, que se hace indispensable llenar una condición para que el juez pueda pronunciarse, y esta es, que el particular solicite su intervención.”⁴¹

Las consideraciones hasta aquí expuestas demuestran que el amparo no puede ser catalogado como una acción, ya que su finalidad no queda relegada a poner en actividad al órgano jurisdiccional sino que trasciende al grado de ejercer un control del orden constitucional.

¿El Amparo un Juicio o Proceso?

“El vocablo proceso tiene muchas acepciones, así, en un sentido restringido significa, el expediente, hojas o legajos en que se registran los actos de un juicio, cualquiera que sea su naturaleza; en un sentido amplio se refiere a la secuencia, el desenvolvimiento, la sucesión de momentos en que se realiza un acto jurídico; o en un sentido amplísimo equivale a juicio, causa o pleito. Juicio por su parte alude a la operación mental previa que realiza el juzgador para emitir sentencia en un proceso; o equivale al proceso mismo. Siguiendo este orden de ideas, podemos decir que juicio o proceso son sinónimos en el sentido amplísimo, que es el que interesa aquí”⁴²

Después de la aclaración anteriormente expuesta procedemos a hablar de la división del juicio o proceso. Técnicamente el proceso es una unidad indivisible, por lo tanto no es susceptible de clasificación o subdivisión alguna, sin embargo, para efectos didácticos muchos procesalistas hacen una clasificación del proceso atendiendo a distintos criterios, de los cuales nos referiremos única y exclusivamente a los más generalizados por la doctrina, ya que, su enumeración rebasaría los límites de este trabajo.

⁴¹ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo I, Letra A. Editora Driskill S.A. Buenos Aires, Pág. 207 y sig.

⁴² Osorio Manuel. Op. Cit. Pág. 402

Asimismo se hace la aclaración pertinente, de que, en estricto sentido no son clases de procesos sino tipos procesales. Bien, el proceso es un instrumento de la jurisdicción para la aplicación del derecho adjetivo a los casos concretos. Partiendo de este carácter instrumental del proceso con respecto a la aplicación del derecho material, pueden distinguirse tantos procesos, como disciplina sustantivas contempla nuestro ordenamiento, así, proceso civil, mercantil, penal, contencioso - administrativo, constitucional, laboral, de familia, etc. También pueden distinguirse los procesos para la aplicación del derecho público, de aquellos en los cuales se individualizan normas del derecho privado o normas del derecho social; al primero pertenece el proceso penal, el contencioso - administrativo y el constitucional; en tanto que en el segundo pueden encuadrarse el proceso civil y mercantil; finalmente al tercero pertenece el proceso de familia y laboral. Atendiendo al procedimiento el proceso se divide en ordinario, extraordinario y especial. Por el fin que se persigue se divide en proceso de conocimiento, ejecución y cautelar.

En cuanto al proceso constitucional podemos decir; que este se clasifica en dos grandes grupos: a) de protección de derechos fundamentales, por ejemplo, el Habeas Corpus y el amparo; y b) de control de legalidad como es el proceso de inconstitucionalidad de las leyes⁴³.

Después de habernos referido al proceso y su clasificación, podemos afirmar que el amparo constituye una forma de juicio o proceso de carácter especial, por las razones que a continuación detallamos: primero, el amparo posee esenciales de todo proceso, como lo son, el derecho cuestionado o cosa litigiosa, las partes discrepantes, la ley o procedimiento conforme a las cuales se instruye la causa, el juez o jueces que juzgan o resuelven, etc.; se trata pues de un método seguido ante los tribunales de justicia (en el caso del amparo, ante la Sala de lo Constitucional); para lograr la aplicación del derecho

⁴³ Lino Enrique Palacio. Manual de Derecho Procesal Civil. Tomo I, 8º Edic. Actualizada. Abeledo-Derrot.

a un caso concreto. Segundo, el amparo posee etapas que caracterizan a todo juicio, como la demanda, su contestación, la defensa, la instrucción o investigación, los alegatos, la sentencia y la ejecución si es preciso compulsiva de lo resuelto. Finalmente decimos que el proceso constitucional se caracteriza como especial, especial porque a través de él se ventilan derechos consagrados como fundamentales.

¿El Amparo una garantía?

El concepto de garantía pertenece al derecho privado, de donde toma su acepción general y su contenido técnico jurídico. Joaquín Escriche dice que garantía es el acto de afianzar lo estipulado en los tratados de paces o de comercio (la cosa con que se asegura el cumplimiento de lo pactado) la obligación del garante, y en general todo tipo de fianza.

En derecho público la palabra garantía ha llegado a adquirir jerarquía de carácter constitucional por si misma, empezó siendo una forma especial, propia de los preceptos constitucionales y especialmente de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

En la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre de 1789, encontramos las siguientes disposiciones: Art. 12 La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública; esta fuerza, pues, se halla instituida en beneficio de todos, y no para la particular utilidad de aquellos a quienes es confiada. Art. 16. Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de constitución.

Los dos artículos transcritos de la declaración de 1789, presentan: El primer caso de empleo de la palabra garantía con aplicación al derecho público en documentos constitucionales, y la encontramos en su acepción de respaldar, asegurar, consagrar o salvaguardar los derechos del hombre y del ciudadano,

mediante una protección eficaz que nace de la sociedad y que se lleva a cabo por el Estado y sus órganos.

Es evidente, pues, que la palabra garantía y el verbo garantizar son creaciones institucionales de los franceses, y de ellos la tomaron los demás pueblos en cuya legislación aparecen desde el siglo XIX⁴⁴.

Después de esta breve historia, y que además es necesaria para entender a cabalidad lo que significan garantías constitucionales procedemos a exponer su significado.

“Son las que ofrece la Constitución, en el sentido de que se cumplirán los derechos que la misma consagra, tanto en lo que se refiere al ejercicio de los de carácter privado como al de los de índole pública. “Dicey” advierte que garantías constitucionales son el remedio jurídico o remedio legal para la protección de derechos fundamentales.”⁴⁵

“Ahora bien garantía no es protección teórica o abstracta, sino protección práctica o concreta. Esta protección merece el nombre de garantía cuando logra el máximo de su eficacia práctica, y que consiste, siempre, en una acción judicial.”⁴⁶ En el caso del amparo esa acción judicial se ejerce a través de la Sala de lo Constitucional.

En este sentido el amparo es una garantía, ya que su fin es precisamente la protección de los derechos constitucionales, cuando estos son afectados o violentados por las autoridades.

Para terminar podemos decir, que la Ley de Procedimientos Constitucionales: en el epígrafe del título tercero le llama proceso de amparo, pero en el artículo 13 le denomina juicio de amparo; y la Constitución en el capítulo relativo al Tribunal Supremo Electoral le llama recurso, al decir el artículo 208, inciso cuarto: “El Tribunal Supremo Electoral será la autoridad

⁴⁴ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XIII. Pág. 23-24

⁴⁵ Osorio, Manuel. Op. Cit. Pág. 333.

⁴⁶ Enciclopedia Jurídica Omeba . Tomo XIII. Pág. 48

máxima de esta materia, sin perjuicio de los recursos que establece esta Constitución, por violación de la misma”.

4. AMBITO DE PROTECCIÓN DEL AMPARO.

El amparo constitucional se ha configurado en los ordenamientos latinoamericanos, como un instituto especial para la protección de los derechos consagrados expresa o implícitamente en la Constitución, ello, como será esbozado ha tenido lugar fundamentalmente a través de tres modalidades: a saber:

4.1 EL AMPARO COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE TODOS LOS DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.

En México y Venezuela, el amparo es un instituto genérico para la protección de todos los derechos y garantías constitucionales. En estos casos, el Habeas Corpus es un sub-tipo de amparo para la protección de la libertad y seguridad personales, ello es el “amparo de la libertad y seguridad personales”.

En México, el amparo constituye una federación de acciones para la protección de todas las categorías de derechos constitucionales, a través de sus diversas modalidades en los términos expuestos.

En el caso de Venezuela, la Constitución concibe el amparo como el derecho - garantía para la protección del goce y ejercicio de todos los “derechos y garantías que la Constitución establece”. Estos derechos y garantías constitucionales pueden ser los expresamente enunciados en el Texto Fundamental, y los derechos implícitos no enunciados expresamente, que son los inherentes a la persona humana.

En este sentido, la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales establece que la acción de amparo procede, para la protección del goce y ejercicio de “los derechos y garantías constitucionales, aún de

aquellos derechos fundamentales de la persona humana que no figuren expresamente en la Constitución”.

Y en relación a la garantía de la libertad y seguridad personal, la propia ley de amparo establece que su protección a través del Habeas Corpus se regirá por ella. De hecho, el Título V de dicha Ley se denomina. “Del amparo de la libertad y seguridad personal”, al cual le son aplicables las disposiciones de la ley pertenecientes al Amparo en general”⁴⁷.

4.2 EL AMPARO LIMITADO A CIERTOS Y DETERMINADOS DERECHOS CONSTITUCIONALES.

Esta clasificación se refiere a aquellos sistemas en los cuales el amparo latinoamericano o sus instituciones equivalentes, no protegen todos los derechos constitucionales sino a ciertos y determinados derechos normalmente denominados como “fundamentales”. Los antecedentes de este tipo pueden encontrarse en el amparo alemán (“verfasunwesverde”), limitado a la protección de la categoría de los denominados “derechos fundamentales” (“grundrechte”) delimitados e identificados expresamente en la propia Constitución.

En el mismo sentido, el amparo en España tiene por objeto la tutela de los “derechos fundamentales”, entendidos por tales los consagrados en el Capítulo Segundo y su Sección Primera.

En Latinoamérica dicho esquema ha sido escogido en las Constituciones de Colombia y Chile, en las cuales la protección del amparo (acción de tutela y recurso de protección, respectivamente) está limitada constitucionalmente a determinada categoría de derechos.

Al igual que en la clasificación antes estudiada, en estos dos países: convive el Habeas Corpus como mecanismo de protección de la libertad personal.

⁴⁷ Fix-Zamudio, Hector, Liber Americorum. Tomo I Pág. 346-347

En Chile incluso se denomina “amparo” al Habeas Corpus, es decir, al recurso destinado a proteger la libertad personal y la seguridad individual. Mientras que el instituto chileno equivalente al amparo latinoamericano, adquiere en Chile la denominación de “recurso de protección”, el cual tiene por objeto la protección de un grupo de derechos determinados y taxativos.

Estos derechos están fundamentalmente referidos a: la vida, integridad personal, libertad personal, garantías jurídicas del debido proceso, protección a la honra y dignidad, libertad de conciencia, y religión, libertad de pensamiento y de expresión, rectificación y respuesta, reunión, asociación, propiedad, inviolabilidad del hogar, e igualdad ante la ley.

A pesar de esta limitación de texto, la jurisprudencia del recurso de protección emanada de las Cortes de Apelaciones, ha extendido el objeto de la tutela de este recurso a otros derechos, mediante la técnica de su inclusión implícita en alguno de los derechos de protección de empresas.

De esta forma, distintas situaciones han adquirido curiosamente su protección a través de una interpretación extensiva y amplia particularmente del derecho de propiedad tanto material como inmaterial, relativo al derecho sobre bienes incorporales.

Tal ha sido el caso de recursos de protección relativos a materias como la estabilidad en cargos públicos o en institutos educativos, derechos de pensión, salud, etc.

Por su lado, en el caso de Colombia, la institución equivalente al amparo Constitucional Latinoamericano es la “acción de tutela”, la cual tiene por objeto la protección de una categoría, determinada de derechos, denominados “derechos constitucionales fundamentales”.

Dentro de los “Derechos Fundamentales” consagrados en el Capítulo Y título II de la Constitución, están comprendidos el recurso de Habeas Corpus que tutela la libertad personal, y el Habeas Data que tiene por objeto proteger la intimidad y a la libertad de informaciones, datos y comunicaciones personales. De esa forma, los derechos fundamentales objetos de protección por la acción de tutela, están principalmente referidos a: La vida, reconocimiento de la personalidad jurídica, integridad personal, prohibición de la esclavitud y servidumbre, libertad personal (como se vio, a través del Habeas Corpus), garantías judiciales del debido proceso, protección a la honra y dignidad, libertad de conciencia y religión, libertad de pensamiento y expresión, derecho de reunión, libertad de asociación y residencia, derechos políticos, igualdad ante la ley, derechos de petición, derecho al trabajo y derecho a la paz.”

Así mismo, en el caso de Colombia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha ampliado los derechos objetos de protección a través de la “acción de tutela”, a través de la inclusión o cobertura de otros derechos, utilizando el criterio, de la “conexidad” con los derechos fundamentales, como por ejemplo, la protección de la salud por conexión con el derecho a la vida. Con respecto a la delimitación del concepto de “derechos por conexidad” la Corte Constitucional Colombiana ha establecido que:

En el constitucionalismo contemporáneo existe una tendencia marcada a equiparar los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, con los derechos constitucionales. En otras palabras, a otorgarle los derechos humanos internacionales, el mismo rango y valor de los derechos explícitamente consagrados en la Constitución.

Lo importante de este fenómeno de “constitucionalización de los derechos humanos”, es que el mismo se lleva a cabo, con independencia del problema acerca de la jerarquía en sí de los tratados que lo consagran.

En consecuencia, el problema jurídico - formal tradicional de la jerarquía de los tratados del Derecho Interno, deja de tener relevancia e incluso importancia en esta materia, en virtud de que desde el punto de vista material, su objeto y contenido (de los derechos humanos), a equiparándose al mismo rango de los derechos constitucionales.

En otras palabras, los derechos humanos, por esta vía, son igualados a los derechos de la Constitución. De esta manera, los derechos humanos adquieren el rango y valor de los derechos constitucionales, y por tanto, el de la Constitución misma.

Las técnicas constitucionales utilizadas en esta materia para incorporar los derechos humanos al rango constitucional, son diversas: Por vía de someter la interpretación de los derechos humanos a diversos instrumentos internacionales; y por vía de las cláusulas abiertas (no taxativas) de los derechos constitucionales.

Pero las Constituciones no siempre utilizan con claridad estas técnicas, y a veces utilizan más de una de ellas simultáneamente⁴⁸.

4.3 EL AMPARO COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES, EXCEPTO DE AQUELLOS PROTEGIDOS POR OTROS REMEDIOS PROCÉSALES CONSTITUCIONALES.

Esta modalidad es la más generalizada en Latinoamérica, y consiste en que la protección de los derechos se haya asignada principalmente al amparo; pero la protección de ciertas categorías de derechos como la libertad e integridad personales, y la libertad de inmunidad informática, se haya asignada a otras garantías, como son principalmente el Habeas Corpus y el Habeas Data.

⁴⁸ Ibidem. Cf. Pág. 349-391

En el caso de El Salvador, el Habeas Corpus tienen por objeto garantizar la libertad e integridad personal; mientras que el amparo está destinado a la protección de los otros derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Este es el esquema fundamental que rige la situación en los casos de Guatemala; Costa Rica; Bolivia; Honduras y Nicaragua. Asimismo, en el caso de Uruguay, la acción de amparo tiene por objeto la tutela de los derechos constitucionales expresos e implícitos, mientras que el Habeas Corpus está referido a la protección de la libertad personal.

En los casos de Argentina y Perú, además de las acciones de amparo y Habeas Corpus, se incluye la de Habeas Data.

Así tenemos que en Argentina: a) el amparo, tiene por objeto la protección de los derechos reconocidos por la Constitución (un tratado o una ley); asimismo, esta acción puede ser interpuesta contra cualquier forma de discriminación, y en lo relativo a los derechos al ambiente, competencia, usuario, consumidor y los derechos de incidencia colectiva en general; b) el Habeas Corpus, está referido a la libertad física, a las condiciones de detención o la desaparición forzada de personas; c) la acción de Habeas Data, está destinada a la protección del derecho a la autodeterminación informativa e intimidad informática.

En Perú la situación es similar a la de Argentina, ya que: a) el amparo, tiene por objeto la tutela de los derechos distintos a la libertad individual y a los tutelados por el Habeas Data; b) el Habeas Corpus, tiene así por objeto la protección de la libertad individual o los derechos constitucionales conexos; y finalmente, c) el Habeas Data, está destinado a la protección de la libertad e intimidad informática.

El último caso en esta categoría, aún con mayor diversidad de acciones de protección constitucional, es el de Brasil: a) al “mandado de seguridad individual” equivalente al amparo, tiene por objeto la protección de los derechos líquidos y ciertos no protegidos por el Habeas Corpus o el Habeas Data; b) el Habeas Corpus, está destinado a la protección de la libertad física (de locomoción); c) el Habeas Data, tiene por objeto proteger el derecho a la autodeterminación informativa y la intimidad informática; d) “el mandato de injuncao” tiene por objeto la protección frente a una omisión legislativa que impida o lesione derechos constitucionales y las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, soberanía y ciudadanía; y e) por último, el “mandato de seguridad colectivo” tiene por objeto la protección de los intereses de los miembros y asociados de los partidos políticos (con representación en el Congreso Nacional), sindicatos y asociaciones”⁴⁹.

5. FUNDAMENTACION DOCTRINARIA DEL DERECHO A LA SALUD.

La obligación del Estado de proporcionar atención médica individual a los ciudadanos, constituye un tema altamente controvertido. A continuación haremos referencia a las teorías más relevantes en consideración con el derecho a la salud, y que constituyen un resumen extraído de la obra de Avenis Donabedian, denominada *Aspects Of Medical Care Administration; Specifying Requeriments For Healt Care*. Harvard University.

5.1 TEORÍA DE LOS LIBERTARIOS

Consideran que la atención médica constituye una recompensa al éxito individual, y atribuyen suprema importancia a la libertad del individuo y a la eliminación de la fuerza. Según esta teoría, la salud es solamente una

⁴⁹ Ibidem. Cf. Pág. 347-348

necesidad más del individuo, como serían la vivienda, la educación y la recreación. El individuo debe decidir como utilizar sus recursos para satisfacer esas necesidades. Los libertarios están de acuerdo en aplicar las reglas del mercado libre al área de la atención de la salud.

5.2 TEORÍA DE LOS PARTIDARIOS DEL IGUALITARISMO

Sostienen una postura opuesta a la de los libertarios, estos ponen de relieve la igualdad de oportunidades y redefinen la libertad como la oportunidad de estar en igualdad de condiciones para efectuar una elección. “Donabedian” explica esa doctrina señalando que la salud es un requisito para el éxito, y que la competencia para ser justa debe garantizar a todos los competidores un nivel de salud razonablemente igual. De ahí que el acceso a la salud no debe basarse en la capacidad económica del individuo. Además, las características de la enfermedad y de la atención médica están fuera del alcance –tanto intelectual como económico- del individuo y requieren de acción colectiva ya sea pública o privada. Y que por estas razones, los principios de la economía de mercado no deben aplicarse a la salud y la intervención de la sociedad es necesaria para asegurar la equidad.

5.3 TEORÍA DE LOS ECONOMISTAS

consideran que el derecho a la salud al igual que los alimentos, la vivienda y la educación, es un bien primario, o sea, algo que todos necesitan y deben tener. Tal como señala “Fein”, la frase: “el derecho a la salud, encierra mucho más que la posibilidad de permitir que las personas compren servicios de atención médica si los encuentran, si los desean y si disponen de los medios necesarios para hacerlo. El derecho a la salud implica una preocupación por el

suministro de servicios y por la eliminación de las barreras económicas que impiden su utilización”⁵⁰.

De las teorías descritas anteriormente decimos que: No compartimos la idea de aplicar al rubro de la salud pública las reglas del libre mercado de la primera teoría; ya que esa filosofía de dejar hacer y dejar pasar propone la no-intervención del Estado en el sistema económico, y defendiendo el individualismo.

Este liberalismo económico no debe ser aplicado al campo de la salud pública, porque la salud constituye un derecho eminentemente social lo que significa que corresponde a la sociedad o comunidad entera velar por su promoción y garantía. La segunda teoría nos parece más acertada, ya que resalta no solo la igualdad de condiciones en cuanto al acceso de los servicios de salud pública; sino que además pone de relieve la integración de todos los sectores de la sociedad para lograr la justicia social. Por último la tercera teoría aporta otro elemento, el cual compartimos, ellos proponen que los servicios de salud sean gratuitos, es decir, abogan por la supresión de las barreras económicas para poder adquirir servicios de salud, ya que, la salud constituye un derecho primordial del cual todos deben gozar.

6. DEFINICIÓN DEL DERECHO A LA SALUD.

La salud, como condición positiva, es un concepto relativamente moderno. Por muchos años, la salud se definió negativamente como la ausencia de enfermedad. La definición moderna más aceptada de la salud es la que figura en el preámbulo de la carta de constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS): “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

⁵⁰ Avenis Donabedian, Aspects Of Medical Care Administration. Edic. 1993 Págs. 1-7

Conforme a la orientación de la OMS la salud se define en su sentido más amplio y se tiene en cuenta todos los factores, así como el medio físico y social, que influyen en la salud y el bienestar. Las definiciones de la salud son numerosas. El Webster's English Dictionary la define así: "Estado corporal o mental en el cual todos los órganos funcionan normalmente: sanidad, ausencia de enfermedad"⁵¹.

El diccionario Larousse contiene la siguiente definición: "salud: estado habitual de equilibrio del organismo".

El Diccionario de la Lengua Española, dice que la salud es "el estado en el que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones". Se dice que una definición más prosaica se dio en una excelente conferencia celebrada recientemente, con auspicio de las Naciones Unidas y la OMS: "La Salud es el estado en el cual las persona no tiene conciencia de su propio cuerpo; cuando se brinda salud a los hombres y mujeres, se les permite tener libertad respecto a su propio cuerpo, la libertad de sus movimientos"

Más precisa es la definición que asegura una publicación española reciente, que establece una escala móvil de salud: "1) persona enferma, con síntomas; 2) enferma sin síntomas; 3) sana, con riesgo de contraer enfermedades; 4) sana." Más precisa todavía es la forma en que un matemático expresa la salud, distinguiendo los niveles de función y la previsión; de acuerdo con esta definición, el estado de salud es el "producto (valor esperado) de las preferencias sociales asignadas a los niveles de función y las probabilidades de transición entre niveles durante la esperanza de vida del individuo o del grupo.

Boorse, sugiere una analogía con un vehículo automotor: buenas condiciones mecánicas significan que el vehículo funciona conforme las especificaciones del diseñador, aún cuando el diseño no sea perfecto. Una

⁵¹ Carta de Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

dolencia es una desviación de la norma biológica de funcionamiento natural, la enfermedad es una dolencia seria.

Robert Veatch afirma que la enfermedad será tratada si es: a) no voluntaria y b) orgánica si c) los expertos principales, técnicamente competentes, son médicos y si d) se cae bajo algún estándar de aceptabilidad mínimo socialmente aceptable (esto es, “salud”); sea cual fuere la definición que se adopte, positiva y amplia (“estado de completo bienestar físico, mental y social”), o negativa y estrecha (“ausencia de enfermedad”), la definición de salud incluye un concepto de relatividad, que depende de las percepciones individuales de lo que es normal o habitual.

El estado de bienestar, o de funciones normales, depende intrínsecamente de las expectativas individuales y culturales: una persona en un entorno que se considera sana podría, en otro, considerarse carente de salud. Los sociólogos de la medicina han observado desde hace mucho tiempo que las percepciones individuales de la salud o de la enfermedad dependen no solamente de la idiosincrasia física o psicológica de la persona, sino también de las expectativas individuales y culturales. Los estudios de estadísticas comparada de la atención sanitaria internacional han revelado una evidencia estadística en el sustento de esas variaciones culturales. En un estudio se señaló, por ejemplo, la variación cultural en personas de características fisiológicas similares y su auto percepción de la “enfermedad”. Esa percepción determinaba su demanda de servicios sanitarios. Esta “necesidad percibida” era, pues, el principal determinante del uso de los servicios sanitarios, que solo ligeramente se veía afectado por factores de predisposición como el escepticismo respecto de la medicina y los médicos, la disponibilidad percibida de la atención de la salud y la consiguiente tendencia a utilizar los servicios”⁵².

⁵² Ibidem, Cf. P. 540

Metcalfe ha señalado también la importancia de los “conceptos dominados culturalmente en la cultura occidental donde es interesante observar cómo entre las personas que tienen acceso a las ventajas sociales, salud se ha transformado en un fin en sí mismo... mientras que en el otro extremo de la escala social, salud es considerada como una de aquellas cosas que es agradable llegar a tener, pero que no se espera que se den igualmente para todos. Muchos estudios recuerdan que las personas de menos recursos esperan sentirse cansados, tener dolor de espalda, sufrir de dolores de cabeza, toser, tener indigestión... la disminución de la salud, por tanto, no actúa como estímulo para la acción, sino que simplemente como un agregado al catálogo de desventajas y sufrimientos.”⁵³

Incluso las definiciones médicas profesionales de la salud pueden mostrar diferencias según las expectativas culturales, Pnneborg ha enunciado claramente la disfunción entre la definición de la salud que da el profesional médico moderno – residente de un país desarrollado- y las percepciones y necesidades generales de la población de los países menos desarrollados, a la que se califica de “brecha sanitaria conceptual”.

El concepto de la salud de los países desarrollados, como subcultura, culturalmente no exportable e industrializada de la enfermedad pura, se ha propagado ampliamente en todo el mundo y, en verdad, se ha arraigado firmemente en los sectores sanitarios y en las profesiones de la salud de casi todos los países de menor desarrollo, se ha llegado a una coincidencia de conciencia conceptual, entre el sector de las profesiones de la salud (los médicos) y la comunidad en los países de menor desarrollo relativo la idea de salud del individuo y de la comunidad, en principio, se origina todavía en la

⁵³ Ibidem, Cf. Pp. 540-541

configuración específica de su cultura tradicional”, que difiere enormemente de la percepción médica moderna del bienestar y la enfermedad”⁵⁴.

Se ha dicho que la definición de la OMS es excesivamente amplia y vaga, lo que ciertamente es a los fines de un texto jurídico. Sin embargo, es satisfactoria como declaración de una intención general, en parte porque es difícil encontrar otra, que a esos efectos pueda ser más precisa.

En años recientes, en lugar de ensayar una definición de la salud en los textos internacionales, se ha puesto más atención en usar una serie de indicadores para poner de manifiesto, no el estado de salud de un individuo, sino “el estado de salud de la comunidad”. Los redactores del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptaron una última actitud y atinadamente se abstuvieron de intentar una definición de la salud, pero se refirieron a ciertos grupos vulnerables, los indicadores que se han aprobado en diversos textos de la OMS son, en realidad tentativas por lograr una definición objetiva de la salud. Son indicadores concretos y cuantificables y, por ende, resultan particularmente apropiados y convenientes para los juristas que examinan las cuestiones legales y de políticas en el contexto de la salud pública”⁵⁵.

7. UBICACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD DENTRO DE LA DIVISION BIPARTITA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS.

Consideraciones en cuanto así el derecho a la salud es un derecho individual o social.

En nuestra legislación se reconocen derechos individuales y derechos sociales. “Los primeros son en esencia (aunque no de modo exclusivo), derechos de libertad, de estar libre de agresiones, restricciones e ingerencias

⁵⁴ Ibidem, Cf. P. 541

⁵⁵ Ibidem, Cf. P. 542-543

indebidas, por parte de otras personas, pero de modo especial por parte de las autoridades públicas.

Por eso principalmente (aunque no de manera exclusiva) consisten en una serie de especie de barrera o cerca que defiende la autonomía del individuo humano frente a los demás, y, sobre todo, frente a las posibles ingerencias indebidas de los poderes públicos, sus órganos y sus agentes, y principalmente del Estado y de los demás entes públicos. Consisten principalmente en un ser libre, en un estar libre, frente a los demás y frente al Estado.

En cuanto a los derechos sociales, estos tienen por objeto actividades positivas del Estado, del prójimo y de la sociedad, para suministrar al hombre ciertos bienes o condiciones, el contenido de este tipo de derechos consiste en “un hacer”, un “contribuir”, un “ayudar”, por parte de los órganos estatales”.

Recasens Siches dice: que “hay que reconocer que todos, absolutamente todos los derechos son sociales, porque lógicamente todo derecho supone una relación entre dos o más personas. En efecto, no hay derecho subjetivo que no tenga como correlato el deber jurídico de otra persona, pero en algunos casos y durante un tiempo transitorio no se haya determinado el sujeto pasivo de una variación jurídica, es decir, la persona obligada a cumplir con el deber jurídico correlativo de un derecho subjetivo de otra persona, de esta manera todos los derechos son sociales, pero cuando se habla de “derechos sociales” como diferenciados de los derechos individuales, entonces las palabras “social” e “individual” adquieren cada una de las dos otra significación más concreta y específica. Se llaman derechos individuales aquellos que el hombre tiene a que se le reconozca, respete y garantice una esfera de acción propia del individuo, la cual éste puede decidir libremente, por ejemplo: la libertad de opinión y de expresión, etc”⁵⁶.

⁵⁶ Recasens Siches, Tratado General de filosofía del Derecho, Op. Cit. Cf. Pág. 600.

En cambio, los derechos sociales, tienen predominantemente por objeto o materia un compartimento de cooperación positiva por parte de otras personas, y especialmente de la sociedad organizada. Estos derechos sociales son también individuales, porque el titular del mismo es el individuo. Pero se llaman sociales estos derechos, porque ellos versan sobre las aportaciones, contribuciones, que son suministradas por el Estado u otros entes públicos.

Entre estos derechos encontramos; el derecho al trabajo, las condiciones que fomenten y defiendan la salud, el derecho a la educación, etc.

La salud propiamente dicha es considerada al mismo tiempo un derecho individual y social. Caracterizan a la salud como un derecho individual, primero, la expectativa y posibilidad de tener acceso a servicios de salud públicos o privados para atención o tratamientos; segundo que los alimentos sean saludables, que la vivienda y el vestuario sean sanitarios, etc. Estas actividades están dentro de la esfera propia del individuo, pero también la salud es vista como un derecho eminentemente social, que es el que interesa aquí, en cuanto que corresponde no solo al Estado sino también a la comunidad organizada tomar un papel activo en las decisiones, ejecuciones y evaluaciones de los programas y políticas de salud. Dicha integración hace referencia a la responsabilidad intersectorial, la cual se traduce en una relación mutua entre los servicios y sistemas de salud, la comunidad, grupos, etc., esta relación permite crear una conciencia cívica de la salud y de la responsabilidad que tenemos todos de fomentarla y conservarla.

Finalmente estas aportaciones y contribuciones de toda la sociedad en la salud pública hacen que la misma sea considerada como un derecho social.

CAPITULO III
RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA SALUD Y SU
GARANTIZACION A TRAVES DEL AMPARO EN INSTRUMENTOS
INTERNACIONALES Y NACIONALES.

1. RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL Y NACIONAL DEL DERECHO A LA SALUD.

Este capítulo no trata únicamente de extraer el reconocimiento y la garantía del derecho a la salud de los diferentes textos jurídicos, ya sean estos de carácter internacional o nacional, sino también el de establecer y constatar su importancia.

Hemos dividido este capítulo por razones de orden y método así: primero desarrollaremos lo referente al reconocimiento del derecho a la salud, y al final hablaremos de su garantía a través del amparo.

1.1 SISTEMA UNIVERSAL

“El proceso de internacionalización de los derechos humanos, tiene su origen en la Carta de las Naciones Unidas y su continuación en la adopción de diversos Instrumentos Internacionales de distinto rango y contenido, esto desembocando en la Constitución de un Derecho Internacional de los Derechos Humanos cuya finalidad primordial reside en proteger los derechos y libertades fundamentales del ser humano en el ámbito internacional.

La primera característica que resulta destacar respecto de las normas que lo componen es precisamente su heterogeneidad, que se traduce en un distinto alcance jurídico, así como su carácter dinámico y evolutivo en tanto que se trata de un derecho abierto a las nuevas necesidades de cada momento histórico.

El proceso hacia la concreción de los derechos humanos se ha llevado a cabo a través de la adopción de una serie de instrumentos internacionales, entre los que hay que destacar los de carácter convencional, que van desde los convenios generales, que hacen referencia a todos los derechos humanos o a un grupo importante de ellos, como son los Pactos Internacionales de Derechos Humanos; los convenios específicos, que tienen por objeto la protección de un derecho bien definido, como la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio o la Convención Sobre la Tortura; los convenios relativos a las discriminaciones, que se refieren a las condiciones del ejercicio de tales derechos, como la Convención sobre la Prevención del Crimen de Apartheid, o a los convenios relativos a la protección de ciertas categorías de grupos humanos, como la mujer, los refugiados o los combatientes, entre otros”⁵⁷

En síntesis, el reconocimiento que en el orden internacional han tenido los derechos no sólo sociales, sino también económicos y culturales es el fruto de una larga evolución histórica, derivada de la naturaleza dinámica de los derechos del hombre y motivada por un afán constante por descubrir y consagrar fórmulas de protección de la dignidad humana.

1.1.1 CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS⁵⁸.

“La Carta de las Naciones Unidas es el documento constituyente de la Organización: no solo determinan los derechos y obligaciones de los Estados miembros si no que establece los órganos y procedimientos de las Naciones Unidas.

La Carta es también un tratado internacional que codifica los principios fundamentales de las relaciones internacionales, desde la igualdad soberana de

⁵⁷ Roberto Mayorca Lorca, Op. Cit. Pág. 79-80

⁵⁸ La carta de Naciones Unidas se firmo el 26 de junio de 1945, en San Francisco, al terminar la Conferencia de Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entro en vigor el 24 de octubre del mismo año. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es parte integrante de la Carta.

los Estados hasta la prohibición de la utilización de la fuerza en las relaciones internacionales”⁵⁹.

En la Carta de la ONU no se nombra en ningún momento como tal el derecho a la salud, sin embargo, nos parece conveniente hacer la observación siguiente; que la Carta reconoce expresamente el promover la solución de problemas internacionales de carácter económicos, sociales, sanitarios entre otros; asimismo reconoce el respeto universal de los derechos humanos, y si tomamos en cuenta que la salud constituye uno de esos derechos (tal como lo tipifica entre sus principios la Constitución de la Organización Mundial de la Salud) podemos afirmar que la Carta de la ONU reconoce implícitamente el respeto del derecho de la salud.

En el sentido anterior se expresa el artículo cincuenta y cinco de la Carta de la ONU, a saber: “Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y el bienestar necesario para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y a la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá”:

- a) Niveles de vida mas elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;
- b) La solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y
- c) El respeto universal de los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y a la efectividad de tales derechos y libertades.

⁵⁹ ABC de las Naciones Unidas, Departamento de Información Pública de las N.U. Nueva York, 1998 Pág. 242.

De la lectura anterior se concluye que dicha Organización se limita únicamente a la promoción y cooperación internacional en la solución de los puntos arriba mencionados, esta afirmación es sustentada también por el párrafo tres del artículo uno, y artículo cincuenta y seis de la Carta. En consecuencia los Estados no se comprometen a observar o respetar los derechos humanos, ya que asumieron la obligación vaga y ambigua de promover el respeto universal de los mismos.

1.1.2 CARTA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS.⁶⁰

“Tres años después de fundadas las Naciones Unidas, la Asamblea General erigió el primer pilar que sostiene el edificio jurídico del siglo XX en materia de derechos humanos, es decir la Carta Internacional de Derechos Humanos”⁶¹. Dicha Carta fue creada en base al artículo sesenta y ocho de la Carta de Naciones Unidas, a saber: “El Consejo Económico y Social establecerá Comisiones de orden económico y social, para la protección de los derechos humanos, así como las demás comisiones necesarias para el desempeño de sus funciones”.

Es así como en el Consejo Económico y Social estableció a principios de mil novecientos cuarenta y seis la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, decidiendo esta Comisión el crear tres grupos de trabajo. El primero se ocupó de elaborar una declaración de principios, el segundo de elaborar un pacto con obligatoriedad y el tercero sobre sus aplicaciones. Es así como se presentó a la Asamblea General de la ONU el diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho el proyecto de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual fue aprobada por consenso.

⁶⁰ Aprobada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948. debieron pasar 18 años para que la Asamblea General aprobara y abriera a firma los tratados que actualmente integran la Carta Internacional de Derechos Humanos: los Pactos internacionales de Derechos Humanos y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Transcurrieron 10 años más para que los dos Pactos entraran en vigencia en 1976. El Protocolo Facultativo lo hizo 3 años después.

⁶¹ ABC de las Naciones Unidas, Op. Cit. Pág. 244.

“La Carta Internacional de Derechos Humanos esta integrada por: La Declaración Universal de Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos Humanos Civiles y Políticos con su Protocolo facultativo y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”⁶².

1.1.3 DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS⁶³.

Como se ha advertido, la Carta de las Naciones Unidas prevé la “Promoción” de los derechos humanos y... las libertades fundamentales, sin definirlos ni enumerarlos. En la Conferencia de San Francisco se formularon propuestas con miras a anexar a la Carta una Declaración de los derechos esenciales del hombre, pero esas propuestas no fueron aprobadas. No obstante revivieron durante la primera reunión de la ONU. En ella se dispuso encomendar a la Comisión de Derechos Humanos la tarea de redactar una ley internacional de derechos del hombre, la Comisión pronto llegó a la conclusión de que sí bien sería posible elaborar una Declaración de carácter general, resultaría más difícil llegar a un acuerdo respecto de las disposiciones que se incorporarían en un tratado jurídicamente vinculante. En consecuencia, la Comisión decidió ocuparse de una Declaración de derechos humanos para después elaborar uno o varios proyectos de tratados. De este enfoque se derivó la Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁶² Carta Internacional de los Derechos Humanos, Marco A. Segastume Gemmell, Cuadernos Educativos 5, Colección Derechos Humanos CSUCA, Pág. 1

⁶³ La Declaración Universal no es un tratado. Fue aprobada por la Asamblea General de la ONU por medio de una resolución que no tiene fuerza de ley, ya que la Asamblea no tuvo intención de que se crearan obligaciones jurídicamente vinculantes. Su objeto como lo indica el preámbulo, es establecer una concepción común de los derechos humanos y las libertades fundamentales mencionadas en la Carta internacional de Derechos Humanos y servir como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse. Sin embargo, en el curso de los años, el carácter normativo de la Declaración ha variado considerablemente, adquiriendo una condición especial debido a que el esfuerzo por redactar los Pactos Internacionales estuvo estancado en la ONU durante casi dos decenios, mientras la necesidad de Normas Positivas Internacionales de derechos humanos se hacía cada vez más apremiante. Algunos tratadistas afirman que con el transcurso del tiempo, la mera existencia de la Declaración como el único instrumento internacional de derechos humanos le confirió en aquel entonces creciente legitimidad.

Si bien la Carta de Naciones Unidas elevó los derechos humanos a un plan internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos se ha convertido en símbolo y piedra angular de la Revolución Internacional de Derechos Humanos, esta Declaración Universal constituye uno de los hitos fundamentales (a igual que la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre, la Declaración de Independencia de Estados Unidos de América, etc.); en la lucha del hombre por la libertad y la dignidad humana. Su relación con estos grandes documentos históricos es indudable.

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...” proclama el artículo 1 de la Declaración, y el 28 añade que “toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

La Declaración Universal constituye la primera proclamación completa de los derechos del individuo por parte de una Organización Internacional de carácter mundial. La importancia jurídica y política que ha adquirido en el curso de los años aún no tiene paralelo en ningún otro instrumento internacional sobre derechos humanos.

“La Declaración Universal proclama y reconoce la importancia no solo de los derechos civiles y políticos, sino también los derechos económicos, sociales y culturales. La interrelación de interdependencia conceptual de esos derechos desde la aprobación de la Declaración se ha convertido en el principio básico de los esfuerzos de la ONU en el área de los derechos humanos.

En cuanto al derecho a la salud está expresamente reconocido en el artículo 25 número 1 de la Declaración, el cual dice:

1 Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia la salud y el bienestar,... por último destacamos que los derechos que proclama la Declaración no son absolutos, ya que la

misma autoriza a los Estados a sancionar leyes que limiten el ejercicio de estos derechos con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. Párrafo 2, artículo 29. pero esa autoridad que la Declaración da a los gobiernos para imponer esas limitaciones están restringida por la norma establecida en el artículo 30, el cual dice: “nada en la presente Declaración, podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno a los Estados, a un grupo o a una persona, para entender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y las libertades proclamadas en esta Declaración”.

1.1.4 CONSTITUCION DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS).

“La OMS desempeña un papel particularmente importante en la promoción de la observancia del derecho a la salud proclamado en el Art. 12 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esta disposición se redactó en estrecha colaboración con dicho Organismo Internacional, que también ha formulado específicamente varios de sus programas a fin de facilitar a Los Estados partes cumplir las obligaciones derivadas del mencionado artículo 12”⁶⁴.

“En las Américas, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) coopera con la OMS. En la formulación y ejecución de sus programas”⁶⁵.

La Constitución de la Organización Mundial de la Salud establece entre sus principios, que la salud es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política, condición económica

⁶⁴ La Constitución fue aprobada por la Conferencia Internacional de la Salud, celebrada en New York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, por los representantes de 61 Estados.

⁶⁵ Roberto Mayorca Lorca. Op. Cit. Pp. 76 – 77

o social, así mismo determina en su Art. 1 que la finalidad de la OMS es alcanzar para todos los pueblos el grado más alto posible de salud; y para lograr esa finalidad la OMS realiza las siguientes funciones tipificadas en su artículo 2; a saber:

- a) Actuar como autoridad directiva y coordinadora en asuntos de sanidad internacional.
- b) Establecer y mantener colaboración eficaz con las Naciones Unidas, los organismos especializados, las administraciones oficiales de salubridad, las agrupaciones profesionales y demás organismos que se juzguen conveniente;
- c) Ayudar a los gobiernos, “a su solicitud”, a fortalecer sus servicios de salubridad entre otros.

Por último destacamos que la Organización Mundial de la Salud no es un organismo de jurisdicción, ya que sus actividades sólo se limitan para fomentar, promover y proteger la salud de todos los pueblos, tal como lo apunta su constitución.

1.1.5 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES.

“El Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales a igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tuvieron por objeto transformar los principios proclamados en la Declaración Universal en obligaciones dimanadas de tratados. Ello significó que hubo que traducir la noble retórica de la Declaración al lenguaje preciso de la ley y hubo que estipular con considerable detalle las excepciones, las limitaciones o restricciones al ejercicio de los derechos contenidos en ella”.⁶⁶

⁶⁶ Los Pactos Internacionales, fueron aprobados por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966. fue necesario que transcurriera otro decenio para que 35 Estados (el número requerido para que los Pactos entraran en vigor), los ratificaron. En la actualidad, más de 80 países son parte de los mismos.

El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contienen una lista más extensa y completa en los mismos, que la Declaración Universal. En el se reconocen los derechos al trabajo, a formar sindicatos y/o afiliarse a ellos, a la seguridad social, a la protección de la familia a un nivel de vida adecuado a disfrutar del más alto grado posible de salud física y mental entre otros.

En cuando al derecho a la salud, el artículo 12 se encarga de regularlo a saber:

- 1- Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
- 2- Entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figuran las necesarias para:
 - a) La reducción de mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
 - b) El mejoramiento en todos los aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
 - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, la lucha contra ellas; y
 - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

El contenido del precepto legal que nos antecede es el fundamento esencial del derecho a la salud; en el orden universal desde luego no solo porque el Pacto crea obligaciones jurídicas para los Estados Partes, sino también porque el mismo establece los mecanismos de control internacional.

En cuanto a las obligaciones jurídicas creadas por el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales podemos decir:

No es una obligación jurídica inmediata de acatar sus disposiciones como lo es el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, sino que es una obligación que requiere una aplicación progresiva, por oposición a la inmediata, y solo obliga al Estado Parte a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga para lograr progresivamente por todos los medios apropiados la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales que este Pacto reconoce. Art. 2, párrafo 1.

Sin embargo, el mero hecho de que las obligaciones asumidas por los Estados sean progresivas y dependan de sus recursos disponibles no significa que no sean exigibles. Son tan exigibles jurídicamente como los derechos garantizados en el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, por cuanto ambos instrumentos crean obligaciones jurídicas para los Estados que se adhieren a ellos.

Finalmente hablaremos de los mecanismos de control que el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determina; este establece el procedimiento de informes en virtud del cual los Estados miembros exponen periódicamente al Consejo Económico y Social de la ONU las medidas que han adoptado y los progresos que han alcanzado para asegurar el respeto garantizado por él. Estos informes junto con los recibidos por el Organismo Especializado de la ONU en fomentar y proteger el más alto grado de salud, es decir, la Organización Mundial de la Salud (OMS), son analizados por el Consejo Económico y Social y la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Las conclusiones generales y recomendaciones de la OMS se transmiten a la Asamblea General de la ONU, para que esta tome las medidas pertinentes.

1.1.6 OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS QUE TIENE RELACION CON EL DERECHO A LA SALUD.

“Dentro del Sistema de la ONU existe un gran número de instrumentos referidos a la protección de los Derechos Humanos, que complementan la Carta Internacional de Derechos Humanos. Estos instrumentos se refieren a varios tratados de la ONU sobre derechos humanos, entre los cuales se encuentra la Convención y la Sanción del Delito de Genocidio y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, esta última establece un régimen más riguroso que el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”⁶⁷

Estos instrumentos hacen referencia al derecho a la salud. Por ejemplo, el Art. 5 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, los Estados partes se comprometen: “A prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes... e)... IV) el derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales”.

Asimismo pueden encontrarse disposiciones similares en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. El Art. 12 párrafo 1, dispone que los Estados Partes “aportaran todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”.

⁶⁷ Uribe, Diego. Los Derechos Humanos y el Sistema Americano. Madrid, 1972, Pág. 109

En fin, los tratados de la ONU sobre Derechos Humanos son numerosos y sería una tarea demasiado extensa enumerarlos aquí, por lo tanto se han desarrollado los más generales y algunos específicos.

1.2 SISTEMA AMERICANO.

La existencia de sistemas regionales como lo son el Europeo, Africano y el Americano, puede atribuirse a la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, a las dificultades con las que tropezó la ONU para redactar los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y a la noción de que, en general, sería más fácil aplicar los derechos proclamados por la Declaración Universal por medio de los organismos regionales que por medio de la ONU, se consideraba que los Estados partes en los grupos regionales compartían a menudo muchas tradiciones jurídicas, políticas, económicas, sociales y culturales. Las organizaciones regionales por ende podrían avanzar más rápidamente que la ONU en la elaboración de regímenes eficientes de protección de los derechos humanos.

En cuanto al Sistema Americano sus Estados han llegado, en proceso evolutivo, a estructurar un sistema regional de promoción y protección de los derechos humanos en el que se reconoce la existencia de los mismos, se han establecido normas de conducta tendientes a protegerlos y se crean órganos destinados a velar por su observancia.

Este Sistema Americano se inició formalmente a raíz de la novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá en abril de 1948, en la que tuvieron su origen la Carta de la OEA, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre y la Carta Internacional de Garantías Sociales.

La Culminación de este proceso lo constituye la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ó Pacto de San José Costa Rica, y su Protocolo Adicional o Protocolo de San Salvador.

1.2.1 CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.

“La Carta de la OEA proclama en su preámbulo la justicia social y el respeto de los derechos esenciales del hombre; asimismo dentro de los principios que la inspiran proclama los derechos fundamentales de la persona humana, sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo”⁶⁸. Pero a diferencia de la Carta de la ONU, posee disposiciones concretas acerca de los derechos no solo sociales sino también económicos y culturales.

El Art. 16 contempla el principio de la autodeterminación, señalando que “en este libre desenvolvimiento el Estado respetará los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal”.

Además del preámbulo, el principio y el artículo recién citado y que hace referencia a los derechos humanos de manera general, posee la Carta de la OEA. Un capítulo especial, el VII, denominado “normas sociales”; estas normas sociales se refieren al trabajo en condiciones que aseguren la vida, la salud y a otros aspectos conexos”⁶⁹. No obstante la Carta carece de una concepción clara y sistemática de estos derechos, a saber: En efecto el artículo cuarenta y cuatro literal a) dice que, “todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica”. El mismo artículo, en el literal b) determina que el trabajo es tanto un derecho como un deber, agrega que este trabajo “debe presentarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, que aseguren la vida, la salud y un nivel de vida decoroso para el trabajador y su familia. Las expresiones “Asegurar la vida, la salud y un nivel de vida

⁶⁸ Carta de la Organización de los Estados Americanos, Cap. II “Principios” Art.5 Letra J.

⁶⁹ Este capítulo especial de normas sociales fue una adición al texto original de la Carta de 1948, adición que se hizo a través del Protocolo de Buenos Aires, aprobado en 1967 y vigente desde 1970.

decoroso” No son ciertamente claras y sólo cabe interpretarlas en armonía con el resto de disposiciones que rigen la materia, concretamente con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que explícitamente, reconoce el derecho a un nivel de vida adecuado.

Ahora bien junto al reconocimiento de estos derechos se establecen en el capítulo VII metas hacia las cuales debe orientarse las políticas económicas de los Estados. Hay que destacar que sólo se trata de metas y no de derechos, en todo caso, y por tratarse de un documento cuyo objeto ha sido reglamentar las relaciones entre los Estados Americanos, es meritoria la dedicación que les ha concedido a los derechos sociales.

1.2.2 DECLARACION AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.

“La Declaración” contiene prácticamente todos los derechos que se desarrollan tanto en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Su preámbulo, no obstante, no menciona en ningún momento expresamente a los derechos sociales y económicos. En sus 38 artículos aparecen los derechos políticos y civiles entremezclados con los económicos, sociales y culturales sin percibirse un orden o sistema. Los segundos se contienen en los artículos 4, 6, 7, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 22 y 30, la mayoría de las veces conjuntamente con alusiones a los primeros.

El artículo 11 de la Declaración Americana proclama el Derecho a la Salud en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondiente al nivel que permitan los derechos públicos y los de la comunidad.

Cabe destacar que el artículo 11 habla del derecho a que se aporten medidas para proteger la salud, pero limitadas esas medidas por los recursos públicos o de la comunidad”.⁷⁰.

Finalmente cabe hacer notar que la Carta no alcanzó la inspiración de ser adoptada en forma de Convención, pero ha adquirido especial relieve gracias a lo dispuesto en el artículo 1 del “Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”⁷¹, el cual dispone: “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano de la OEA creado para promover la observancia y la defensa de los Derechos Humanos y para servir como órgano consultivo de esta materia. 2 Para los fines de este estatuto, por derechos humanos se entiende:

- a) Los definidos en la Convención Americana de Derechos Humanos con relación a los Estados partes en la misma.
- b) Los concentrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, con relación a los demás Estados miembros”

Lo anterior significa que para aquellos Estados que son miembros de la OEA pero que no han ratificado el Pacto de San José, deben entenderse por derechos humanos los contenidos en la Declaración Americana.

1.2.3 CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS O PACTO DE SAN JOSE COSTA RICA.

“Es el documento sobre derechos humanos más reciente en Latinoamérica tanto su suscripción como su entrada en vigencia son posteriores a los pactos de la ONU. De sus 82 artículos, únicamente los artículos 6, 16, 17, 19, 20 y 42 se refieren a los derechos económicos, sociales y culturales.

⁷⁰ Aprobada en abril de 1948 en la Novena Conferencia Interamericana celebrada en Bogotá, Colombia. Esta Declaración no es un tratado.

⁷¹ Aprobado por la resolución número 447 de la Asamblea General de la ONU celebrada en octubre de 1979.

Lamentablemente estas disposiciones carecen de una concepción clara y sistemática y además en ningún momento instituye el derecho a un adecuado nivel de vida, como centro de los derechos económicos y sociales”⁷².

En definitiva, puede afirmarse que la Convención Americana prácticamente carece de preceptos relativos a los derechos económicos, sociales y culturales. Esta carencia tiene su explicación y para comprenderlo lo escribimos a continuación.

En materia de derechos económicos, sociales y culturales la Convención Americana se remite expresamente a la Carta de la OEA artículo 26, también su preámbulo y el artículo 42. La Convención se remite también a la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales, artículo 29 letra d) de la Convención.

En consecuencia, se dice que hay una coexistencia entre los documentos básicos en materia de derechos económicos, sociales y culturales; en Latinoamérica son: La Carta de la OEA y la “Declaración Americana”⁷³ quedando el Pacto de San José reducido principalmente al ámbito de Derechos Civiles y Políticos

En cuanto al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y la Convención Americana se dice que hay una coexistencia entre ambos. Esta concepción fue aceptada por la Comisión de Derechos Humanos en el Informe correspondiente al decimoctavo período de sesiones, celebrado

⁷² Aprobada y suscrita en Noviembre de 1969, entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

⁷³ La Declaración Americana, aunque más sistemática y precisa que la Carta de la OEA debe entenderse solo en carácter complementario pues a pesar de la validez que tiene no ha sido sometida a la ratificación de los Estados; por lo tanto, en caso de conflictos, debe primar el texto de la Carta. Esta carta tiene vigencia de manera autónoma y, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, desde febrero de 1967, fecha en que se introdujeron las reformas correspondientes a través del Protocolo de Buenos Aires. Aunque para ser más precisos, su vigencia en estas materias debe contarse para cada país desde el momento de las respectivas ratificaciones. En cambio la Declaración Americana no tiene vigencia autónoma sino indirecta, concebida por el artículo 29 d) de la Convención Americana. Que entro en vigor en julio de 1978 y por el Art. 1 del estatuto de la Comisión de Derechos Humanos; aprobada en octubre de 1979, de lo cual resulta que esta Declaración Americana, en cuanto a su efectiva vigencia, es mucho más reciente que la Carta reformada de la OEA.

en abril de 1968. Por lo tanto este Pacto internacional es otro documento básico en materia de derechos económicos, sociales y culturales de Latinoamérica y el resto del mundo.

1.2.4 PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES O PROTOCOLO DE SAN SALVADOR.

Como consecuencia a que la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica no desarrolla expresamente los derechos económicos, sociales culturales, la OEA, a través de sus organismos correspondientes, emprendió la tarea de elaborar un Protocolo Adicional a dicha convención que los contenga. Siendo este el “Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador”⁷⁴.

Este Protocolo consta de un preámbulo y de veintidós artículos. En la parte preambular se explica las razones por las cuales los Estados deben adoptar un Protocolo Adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Los cinco primeros artículos de la parte dispositiva contienen cláusulas generales, que son usuales en este tipo de instrumentos, los cuales se refieren respectivamente a la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias hasta el máximo de recursos que dispongan a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que reconoce el Protocolo; a la obligación de no establecer discriminaciones; a la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno que permitan hacer efectivos los derechos establecidos en el Protocolo entre otros.

⁷⁴ Aprobado por decreto legislativo número 320 y publicado en el Diario Oficial número 82, Tomo 327 de fecha 5 de mayo de 1995.

Los artículos seis a dieciséis establecen los derechos económicos, sociales y culturales objeto de protección. Al establecerse estos derechos el Protocolo ha tomado como punto de partida el núcleo fundamental constituido por los derechos al trabajo, la salud y la educación. A ellos se han agregado otros derechos conexos o vinculados directamente con estos o con las medidas tendientes a su concesión práctica.

En lo que concierne al derecho a la salud, este ha sido precisado en el artículo diez del Protocolo, en su elaboración se han tomado como base los criterios expuestos por la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud. En el artículo once se ha incluido el derecho a vivir en un medio ambiente sano.

En el artículo doce se ha incorporado un importante derecho conexo al de la salud, este es: El derecho a la alimentación.

Art. 10. DERECHO A LA SALUD.

- 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 salud, entendiendo como tal 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 tratamiento de los problemas de salud; y
- f) La satisfacción de las necesidades de la salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

Art. 11. DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO.

- 1- Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.
- 2- Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

Art. 12. DERECHO A LA ALIMENTACIÓN.

- 1- Toda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual.
- 2- Con el objeto de hacer efectivo este derecho y ha erradicar la desnutrición, los Estados partes se comprometen a promover una mayor cooperación internacional en apoyo de las políticas nacionales sobre la materia.

1.3 A NIVEL NACIONAL.

En el sistema normativo nacional se han estructurado en un proceso evolutivo no solo el fomento y promoción de los derechos humanos, sino también una verdadera protección de los mismos, estableciendo normas tendientes a ese fin y creando órganos destinados a velar por su cumplimiento.

1.3.1 CONSTITUCION VIGENTE DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR DE 1983.

En cuanto al fomento y promoción de los derechos humanos que contempla la Constitución se encuentra el la de salud, regulado en el Título I Capítulo único denominado “la persona humana y los fines del Estado”, artículo 1, el cual dice: “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, la seguridad jurídica y del bien común.

En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social”.

Del primer inciso se colige que la razón de ser del Estado salvadoreño es la persona humana, por lo tanto todo su actuar y obrar se dirige a brindarles lo que le corresponde a cada uno de ellos (justicia); a brindarles la garantía de la aplicación objetiva de la ley (seguridad jurídica); y a brindarles un beneficio material y/o espiritual para todos (bien común).

Como resultado de todo lo anterior, continúa diciendo el inciso segundo, es obligación, o en otras palabras un imperativo o imposición que el Estado mismo adquiere para con su población de asegurarles el disfrute de hacer y decir (libertad), siempre y cuando ese hacer y decir no sea contrario a las leyes y a las buenas costumbres; asimismo es obligación del Estado salvadoreño (y no de la comunidad o individuos) brindar a su población el disfrute de la salud, esto es, salud-derecho la cual se traduce en el acceso equitativo e igualitario de los servicios de salud pública, ya sea preventiva o curativa, sin un costo excesivo, con el objeto de proteger a las personas económicamente débiles (justicia social).

Asimismo podemos afirmar que el derecho a la vida y a la integridad física y moral están íntimamente relacionados con el derecho a la salud, ya que la salud (sea física, psíquica y/o moral) es condición esencial para vivir, para la integridad y para el buen desenvolvimiento de los individuos de la sociedad salvadoreña; tal como lo tipifica el Inc. 1° del artículo dos, a saber: “toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral... y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos”. Por su parte el inc.1 del artículo once de la Constitución dice: “Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida... ”.

La expresión ninguna persona que utiliza este artículo es amplísima, lo cual nos da la pauta para decir que ni a los enfermos en estado terminal o crítico se les puede privar de su vida (a través de la eutanasia), lejos de eso, tienen el derecho de obtener del Estado los auxilios de la ciencia médica para el alivio físico o el consuelo psíquico y moral eficaces en la enfermedad, porque sobre todo somos seres humanos y merecemos vivir o morir (en la enfermedad) dignamente.

Los artículos sesenta y cinco a setenta de la Constitución amplían el rubro de la salud pública y de asistencia social en la Sección Cuarta del Capítulo Segundo que trata de los Derechos Sociales; asimismo da las bases para que leyes secundarias desarrollen sus principios y den vida a las instituciones públicas que tienen la obligación de prestar los servicios de salud pública. A continuación se explicará dicho artículo.

Artículo 65 Cn. “La salud de los habitantes constituye un bien público. El Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento.

El Estado determinará la política nacional de salud y controlará y supervisará su aplicación”.

La expresión salud-bien público que utiliza este artículo debe de interpretarse en el sentido de que la salud es un interés vital que atañe a toda la población, por lo tanto debe ser “respetada” no solo por los que están obligados a prestarla, sino por todos los que conformamos la población salvadoreña; así lo confirma la segunda parte del inciso primero de este mismo artículo, cuando determina que el Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento. “Hay en esta conceptualización un interés comunitario o particular de los individuos y no meramente oficial del Estado.

La sociedad toda, íntegramente considerada debe propiciar el logro de ese estado de salud. Ahora bien, en la misma Constitución se encuentra tipificado, específicamente en el artículo uno, la obligación que tiene el Estado de asegurar a los habitantes de la República, entre otros bienes, la salud.

En este postulado la salud implica un derecho que se tiene frente al Estado, tal y como se explicó anteriormente. Este concepto de salud-derecho resulta contrario al concepto de salud-bien público, porque en este último, tanto el Estado como las personas están obligados a velar por su conservación y su restablecimiento”; esto quiere decir, que los individuos mismos tienen la obligación de preservar su salud, esto parece obvio, pero tal declaración separa aún más el derecho a la salud de los derechos humanos.

Además el inciso segundo del artículo sesenta y cinco de la Constitución establece con claridad que la política nacional de salud es determinada, controlada y supervisada por el Estado; confirmándose que la conservación y restablecimiento de la salud es un deber de carácter público y por lo tanto, una obligación estatal”, a la cual se suma desde luego el esfuerzo de la comunidad.

Artículo 66 Cn. “El Estado dará asistencia gratuita a los enfermos que carezcan de recursos, y a los habitantes en general cuando el tratamiento constituye un medio eficaz para prevenir la diseminación de una enfermedad transmisible.

En este caso toda persona está obligada a someterse a dicho tratamiento”.

Este artículo reconoce el socorro médico sin costo alguno, cuando se trate de enfermedades que se propaguen con facilidad, no solo comprende a las personas que padezcan alguna enfermedad considera de fácil transmisión y que además no poseen los medios para tratarse; si no que, comprende al conglomerado en su totalidad.

El objeto de gratuidad de este artículo es el de prever con anticipación una epidemia o endemia; es más, dicha disposición es de carácter imperativo, porque, obliga a los enfermos a someterse a un tratamiento para restablecerle su salud o darle alivio; y con el fin de proteger la salud del pueblo.

Los artículos 67, 69 y 70 de la Constitución desarrollan los principios de la calidad técnica del personal médico, del control de la calidad de los productos de uso médico en general y el de la asistencia médica a los indigentes.

En cuanto al artículo 68, este desarrolla las normas por las cuales deben regirse los entes públicos encargados de velar por la salud del pueblo.

1.2.2 CODIGO DE SALUD DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR DE 1988.

El Código de Salud tiene por objeto desarrollar los principios que la Constitución le franquea al rubro de la salud pública y a la asistencia social de los habitantes en general, asimismo desarrolla las normas para la organización funcional y facultades del Consejo Superior de Salud Pública del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y demás Organismos del Estado, servicios de salud privados y las relaciones de estos entre si en el ejercicio de las profesiones relativas a la salud del pueblo; así se expresa el artículo uno de dicho cuerpo legal.

A continuación expondremos ejemplos que afirman lo anteriormente expuesto:

La Constitución en el capítulo II, Derechos Sociales, sección cuarta, denominado Salud Pública y Asistencia Social, tipifica los principios y normas básicas del derecho a la salud, los cuales el Código recoge y amplía, primero. Salud- bien público, su artículo 2 determina que los organismos estatales, entes autónomos y en general los funcionarios y las autoridades de salud pública, así como los particulares sean estas personas naturales o jurídicas, están obligados a prestar toda su colaboración a las autoridades de salud pública y coordinar sus actividades para la obtención de sus objetivos.

Esto es involucramiento de todos los individuos de la comunidad o sociedad en la actividad referente a la salud pública, esto es salud-bien público. Segundo, Política Nacional de Salud, el Código desde el artículo cuarenta al doscientos setenta y siete desarrolla dicha política dándole competencia al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, no solo para que determine, planifique y ejecute la política nacional en materia de salud, sino también le da la facultad de dictar normas pertinentes, organizar, coordinar y evaluar la ejecución de las actividades relacionadas con la salud. Tercero, asistencia gratuita, en cuanto a la gratuidad de los servicios de salud pública y asistencia social el artículo treinta y tres, literal Ch del Código de Salud lo regula así: Son obligaciones de los profesionales, técnicos, auxiliares, higienistas, relacionados con la salud: colaborar gratuitamente cuando sus servicios fueren requeridos, por las autoridades de salud y demás instituciones y demás organismos relacionados con la salud, en caso de catástrofe, epidemia u otra calamidad en general. Cuarto, los servicios de salud serán esencialmente técnicos, es decir, que las personas encargadas de ejercer actividades relativas con la salud del pueblo tienen que ser profesionales, técnicos y auxiliares especializados y con un grado académico que los acredite como tales.

Estos tienen que ser previamente autorizados por la Junta de Vigilancia respectiva.

En este sentido se expresa en los artículos cinco, treinta, treinta y uno, treinta y dos y treinta y cinco literal a; y artículos doscientos setenta y uno, doscientos setenta y dos; y doscientos setenta y tres. Quinto, control permanente de la calidad de los productos químicos, farmacéuticos, veterinarios, como también los alimentos y las “condiciones ambientales”.

El Código hace referencia a los primeros desde el artículo doscientos cuarenta y tres al doscientos sesenta y cuatro; y respecto a los segundos desde el artículo cincuenta y seis al sesenta, y setenta y cuatro al setenta y ocho.

Dicha normativa establece que todas las especialidades sean estas farmacéuticas, alimentos de uso médico y dispositivos terapéuticos, oficiales o no para el uso humano y cosméticos importados o fabricados en el país estarán bajo supervisión del Laboratorio de Control de Calidad del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social.

Asimismo, el Ministerio a través de organismos regionales, departamentales o locales tienen la obligación de desarrollar programas de saneamientos ambientales para prevenir impactos en la salud del pueblo. Sexto, Salud y Asistencia Social de los Indigentes.

De acuerdo con el Código, el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social tiene el deber de dar asistencia a los individuos que carezcan de medios o recursos extremos, ya sea por su edad, estado físico o mental y que estén inhabilitados para laborar.

Cabe hacer notar que dicha asistencia se encuentra limitada de acuerdo a los recursos que se le asignen al Ministerio. (Ver artículos doscientos al doscientos dos del Código de Salud).

Finalmente y en cuanto a las normas para la organización, funcionamiento, facultades y competencia de los entes públicos encargados de la salud del pueblo; se encuentran tipificados en: a) Código de Salud, artículos cuatro, cinco, del siete al diecisiete, veintitrés, treinta, del doscientos ochenta y nueve al doscientos noventa y uno. b) Ley del Consejo Superior de Salud Pública y de las Juntas de Vigilancia de las Profesiones de Salud, artículos del uno al ocho, diez, once, catorce, quince, veintidós, veintiocho, treinticinco y treintiséis.

1.3.3 LEY DEL MEDIO AMBIENTE.

El derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado es un derecho conexo con el derecho a la salud, es decir, están íntimamente vinculados el uno al otro; por eso es necesario abordarlo aquí, aunque de manera breve.

El sistema jurídico salvadoreño como protector de los intereses de la sociedad no puede permanecer indiferente ante el derecho que tenemos todas las personas a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado que mejore la calidad de vida y la salud de las presentes y futuras generaciones; con este objetivo se ha creado la Ley del Medio Ambiente; la cual, tutela la protección, conservación y recuperación ambiental; normando la gestión del medio ambiente tanto pública como privada, y determinando que dicha gestión no es solo una obligación del Estado y los municipios sino también de los habitantes en general. Tal y como lo apunta el artículo uno de dicha Ley.

En el sentido anterior podemos decir que los daños al ambiente y consecuentemente a la salud de la colectividad salvadoreña le atañen a toda la sociedad, revelándose la vital importancia que tiene el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, a efecto de evitar enfermedades de fácil propagación como el paludismo, el dengue clásico o hemorrágico, entre otros.

2. GARANTIZACION NACIONAL E INTERNACIONAL DEL DERECHO A LA SALUD A TRAVES DEL AMPARO.

2.1 SISTEMA UNIVERSAL.

“En lo que respecta a los diferentes mecanismos internacionales de garantía y control de los derechos humanos, conviene destacar que la técnica de control por la vía de demanda o reclamaciones constituye el procedimiento más avanzado de protección que pueden utilizar no solo los Estados, sino también los particulares”⁷⁵. Nos referimos a los segundos por ser el que interesa destacar aquí.

“Es evidente que este recurso constituye el mecanismo más eficaz en el campo de la protección internacional de los derechos humanos al posibilitar a los individuos el acceso a instancias de decisión supranacionales, incluso frente a sus propios Estados, cuyo funcionamiento ya no es monopolio exclusivo de estos. De este modo se sientan las bases para la superación en gran medida, del obstáculo que siempre dificulta la efectiva protección de los derechos humanos desde el ordenamiento internacional y que es: El dogma de la plena soberanía de los Estados, que en este sistema queda voluntariamente limitado por los propios Estados, a favor de los derechos de la persona al aceptar previa y expresamente su acceso a las instancias internacionales y que constituye uno de los pilares fundamentales sobre lo que debe asentarse en lo que se ha venido a llamar el Nuevo Orden Humanitario Internacional”⁷⁶.

⁷⁵ La Violación de los Derechos Humanos, Antonio Blanc Altemir, Pág. 106

⁷⁶ Ibidem Pág. 95

2.1.1 DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.

Artículo 8: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley”.

El amparo a que ese artículo hace referencia se extiende como control de constitucionalidad y de legalidad, en cuanto a que se habla de su procedencia” contra actos voluntarios reconocidos no solo por la Constitución, sino por la ley; tal como funcionan en México. Operando a nivel de derecho internacional convencional, una ampliación en el ámbito de protección del amparo.

2.2 SISTEMA AMERICANO

Las ideas plasmadas en el apartado anterior, específicamente para el Sistema Universal son válidas también para este sistema. Por lo tanto solo es necesario agregar que: esa evolución del amparo en el ámbito internacional se origina en 1948 con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y posteriormente con la Declaración Universal de los Derechos humanos, y se consuma definitivamente en 1969 con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

No es causal la referencia en dichos instrumentos internacionales a la denominación de este recurso para que se ampare a las personas en sus derechos.

2.2.1 DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.

Artículo XVIII: “Toda persona puede ocurrir ante los tribunales para hacer

valer sus derechos; asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen en perjuicio suyo, a alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

2.2.2 CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS O PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA.

Art. 25. Protección Judicial.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución, la ley o la presente convención aun cuando tal violación sea cometida por quien actúe en el ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso.
 - b) A desarrollar las posibilidades del recurso judicial.
 - c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Al igual que el Art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Art. 25 anteriormente descrito configura un amparo que se extiende como control de constitucionalidad y legalidad cuando dice “ Contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley...”, lo cual parece obedecer a la concepción mexicana de este instituto. Así mismo amplía el ámbito de protección del amparo, en cuanto a derechos tutelados se refiere.

2.3 A NIVEL NACIONAL

2.3.1 CONSTITUCION VIGENTE DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR DE 1983.

Por lo que respecta a la garantización judicial del derecho a la salud en el sistema normativo - interno conviene destacar el procedimiento expedito y especial del amparo, cuyo objeto es mantener la vigencia de los derechos que la Constitución le franquea a la población. Cabe destacar, que aquí se trata de extraer los artículos constitucionales que contemplan el amparo y hacerles un breve análisis.

Artículo 147 inc. 1° Cn. “La Corte Suprema de Justicia tendrá una Sala de lo Constitucional a la cual corresponde conocer y resolver... los procesos de amparo...”

De la lectura anterior se colige que le compete a la Corte Suprema de Justicia a través de la Sala de Constitucional el conocer y decidir sobre los procesos de amparo.

Artículo 183 Cn. “Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: 1° Conocer de los procesos de amparo”.

Este artículo nos viene a confirmar que el Tribunal Competente para el conocimiento y decisión de los procesos de amparo es la Sala de lo Constitucional, tribunal creado por esta misma Carta Fundamental.

Artículo 247 inc. 1° Cn. “Toda 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”.

Una vez más ese artículo reafirma competencia, pero lo más destacado en el es: Primero, el término amplio de toda persona, “la doctrina y las legislaciones no admiten ciertamente, la promoción oficiosa del amparo (esto de acuerdo al principio fundamental del amparo denominado iniciativa o instancia de parte agraviada) y por el contrario, en general exigen que este se inicie

mediante petición (demanda) del agraviado; pero se flexibiliza esto último, permitiendo que en situaciones excepcionales (por ejemplo, ausencia del agraviado o imposibilidad física de este), la demanda puede ser presentada por parientes de aquel y aun por personas extrañas al mismo, condicionando el ejercicio de tal facultad, a la ratificación de la demanda por el perjudicado cuando este pudiera hacerlo”. Segundo, por violación de los derechos que otorga la presente Constitución; también aquí, el constituyente utilizó una palabra amplísima (en principio), en la cual caben todos los derechos constitucionales, ya sean individuales, económicos, culturales y en el caso del derecho a la salud, sociales; y dijimos en principio, por que hay que exceptuar el derecho a la libertad de tránsito la cual es tutelado por el Habeas Corpus; asimismo exceptuamos del ámbito de aplicación del amparo constitucional salvadoreño otros derechos humanos reconocidos en Pactos y Convenciones Internacionales de los cuales este país es parte.

2.3.2 LEY DE PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES VIGENTE DE 1960.

El sistema legal del sector salud salvadoreño tiene como objetivo el contar con instrumentos legales que le permitan no solo fortalecer las instituciones de salud que lo integran, sino también, le franquea a toda la población los mecanismos legales para hacer valer su derecho a la salud cuando el Estado no cumple con su deber constitucional de satisfacerlos; en este sentido existe el amparo el cual está regulado en el título tres, denominado proceso de amparo, capítulos uno al cinco, artículos del doce al treinta y cinco, Ley de Procedimientos Constitucionales, a saber:

El capítulo uno trata de la interposición de la demanda, requisitos y formalidades de la misma; el capítulo dos se refiere a la suspensión del acto reclamado; en el capítulo tres ya se habla de procedimiento una vez se ha resuelto la suspensión y empieza la primera ronda de traslados; capítulo cuatro, este trata del sobreseimiento, es decir, de la terminación anormal del procedimiento de amparo; finalmente está el capítulo cinco, en el cual se establece la sentencia y ejecución de la misma.

CAPITULO IV
LA SALUD CONSIDERADA COMO UN DERECHO
Y EL AMPARO COMO PROCEDIMIENTO ESPECIAL
PARA SU PROTECCION.

1. “LA SALUD CONSIDERADA COMO UN DERECHO”⁷⁷.

Existe un grupo de profesionales en derecho constitucional, y opinan, que la salud en El Salvador no es un derecho; el argumento que utilizan para esgrimir su enfoque es que la Carta Magna salvadoreña, no denomina a la salud expresamente como un derecho, no lo hace, ni en el articulado pertinente, ni en ningún otro artículo de la misma, cabe hacer notar, que los autores de esta obra se inclinan por el criterio que expresa que la salud en El Salvador si constituye un derecho; en este sentido la siguientes líneas están encaminadas a ratificar el enfoque últimamente mencionado.

La definición de derecho es expuesta por tres tendencias, a saber: Primero, la tendencia individualista; segundo la tendencia sociológica y, tercero la tendencia ecléctica, está última tendencia trata de conciliar el criterio individualista y el sociológico.

A continuación se retomaran algunas definiciones que destacados autores han formulado para exponer lo que debe entenderse por derecho; atendiendo desde luego los criterios o tendencias arriba apuntados.

a) Enfoque individualista.

“Son varios los autores que se han expresado acerca del sentido individualista del derecho. Si nos atendemos a la apreciación de Kant “es el complejo de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede

⁷⁷ De esta temática ya se ha hablado en el capítulo III, de este trabajo, ahí se hizo un paralelo entre los conceptos salud-derecho y salud-bien público; fundamentándose que la salud es un deber de carácter público y por tanto una obligación estatal (derecho), al cual se suma desde luego el esfuerzo de la comunidad.

coexistir con el criterio de todos los demás, según una ley universal de libertar”. A su vez Ahrens, lo define como “El conjunto de las condiciones dependientes de la voluntad y que son necesarias para poder realizarse todos los bienes individuales y comunes que integran el destino del hombre y de la sociedad”. Y para Josserand “es la conciencia y voluntad colectiva que sustituye a las conciencias, a las voluntades individuales para determinar las prerrogativas, los derechos subjetivos de cada uno, y, en tal sentido puede decirse que es la regla social obligatoria”.

b) Enfoque Sociológico.

Este es el criterio opuesto al precedente, uno de cuyos partidarios es Doguit, estima que el derecho “es la regla de conducta impuesta a los individuos que viven en sociedad, regla cuyo respeto se considera, por una sociedad y en un momento dado como la garantía del interés común cuya violación produce contra el autor de dicha violación una reacción colectiva”. La Fur, a su turno, sostiene que “el derecho no es otra cosa que una regla de vida social, que la autoridad competente impone en vista de la utilidad general o del bien común del grupo, y en principio provista de sanciones para asegurar su efectividad”.

c) Enfoque Ecléctico.

Entre una y otra tendencia, individualista y sociológica, surge un criterio ecléctico pues algunos autores, como Canastán, tratan de conciliar ambos criterios y para conseguirlo este lo define como “el sistema de normas de principios éticos susceptibles de sanción coercitiva que regula la organización de la sociedad y las relaciones de los individuos y agrupaciones que viven dentro de ellas, para asegurar la consecución armónica de los fines individuales y colectivos”.

Después de haber expuesto las definiciones anteriores se aclara que “no es el caso entrar a considerar cual de estas tres tendencias es la más acertada, lo que interesa destacar aquí es, primero, que para todas ellas el derecho tiene siempre por objeto probabilitar el cumplimiento de los fines humanos”⁷⁸; dichos fines giran alrededor de la vida, es decir, de la existencia de la persona, la cual debe ser digna como es el vivir en un cuerpo saludable ya que la vida en un cuerpo enfermo es una vida menos plena y que exige en nombre de la dignidad humana, el auxilio exterior para realizarse en este sentido, todo el actuar del Estado debe encausarse a la realización de los fines humanos como lo es la salud, tal y como lo apunta el artículo uno de la Constitución, a saber: “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que esta organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común”. “Esto quiere decir que la razón de ser del Estado salvadoreño es precisamente el elemento subjetivo que lo integra”⁷⁹.

Segundo, las anteriores definiciones tienen la característica común de la coerción, es decir, “el empleo habitual de la fuerza legítima que acompaña al derecho para hacer exigible sus obligaciones y eficaces sus preceptos”⁸⁰. “este elemento coactivo hace referencia al derecho positivo, destinado a gobernar la convivencia social, es inadmisibles que no necesite de la coacción; es decir, la posibilidad de su imposición frente a quienes traten de desconocerlo. De otro modo sería letra muerta, porque carecería de eficacia, lo que equivale al reconocimiento de su inexistencia. Es esa la opinión de Ihering cuando señala que la coacción ejercida por el estado constituye el criterio absoluto del derecho, ya que una regla de derecho desprovista de coacción jurídica es un contrasentido, es un fuego que no quema, una antorcha que no ilumina”⁸¹. En

⁷⁸ Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Osorio Manuel. Cf. Pág. 308 y 309.

⁷⁹ Este artículo fue ampliamente desarrollado en el Capítulo III de este trabajo. Aquí solo es retomado brevemente.

⁸⁰ Supra. Pág. 188.

⁸¹ Supra. Pág. 310

este sentido toda norma jurídica es imperativa aun aquellas de carácter interpretativo o explicativo, ya que nos ordenan en que sentido debe entenderse o interpretarse tal o cual norma jurídica.

Este es el criterio que engendra el inciso segundo del artículo uno de la Constitución, cuando dice: “en consecuencia es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la república, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social. El elemento exterior de la coacción pública esta presente en las categorías, **es obligación del Estado asegurar**. Estas palabras son un imperativo categórico, es decir, son un mandamiento legal inherente al Estado, que impone absolutamente y sin condición alguna al mismo, y a sus servidores la observancia y el respeto de los conceptos vertidos en el artículo uno del cuerpo legal en mención. En este orden de ideas no se pueden negar que de fondo la constitución reconoce a la salud como un verdadero derecho.

A continuación se expone otra razón por la cual se afirma que la salud constituye un derecho. Este argumento consiste en recordarnos en que la Carta Magna llama derecho social a la salud pública y asistencia social, esto lo hace en el Capítulo II, Sección Cuarta, artículos 65 al 70.

Aunque se le critique de superficial o simplista a este argumento no se puede negar o ignorar su existencia, lejos de esto tiene más solidez y fundamento que el razonamiento usado por los que niegan a la salud como un derecho.

Para acentuar aún más esta proposición se recurre al artículo 247 inciso primero de la constitución, el cual tipifica que “toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional... por la violación de los derechos que otorga la presente constitución”.

Como se puede observar, el artículo recién citado nombra derechos a todos aquellos conceptos jurídicos constitucionales que son objeto de protección tal y como se ha venido afirmando en el transcurso de ese trabajo; en el cual se ha hablado sobre la protección del derecho a la salud por medio del amparo cuando el Estado no cumple con su deber constitucional de satisfacerlo, y en efecto, esto opera en la realidad como lo es el reciente proceso de amparo 348-99 en el cual el impetrante solicitó el control constitucional de las actuaciones del Director del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, porque este negó el suministro de los medicamentos necesarios para el tratamiento del actor quien padece del virus de inmunodeficiencia adquirida, en la cual el impetrante obtuvo una sentencia favorable por habersele violentado sus derechos a la vida y la salud. **(Remítase al apéndice nº 4, si desea conocer dicho precedente)**

Por todo lo anterior cabe ratificar una vez más que la salud pública en El Salvador constituye un verdadero derecho constitucional. Decir pues, que la salud no es un derecho solo porque el cuerpo del articulado pertinente de la constitución no lo expresa claramente, es un argumento pobre y miope; ya que la constitución no se limita a su texto, sino que además ella comprende una serie de elementos que se derivan de la inteligencia según la letra y la razón de sus disposiciones.

Y los que opinen en contrario a esta razonamiento no solo se niegan así mismos un derecho, sino también a las presentes y futuras generaciones incluyendo a sus estirpes.

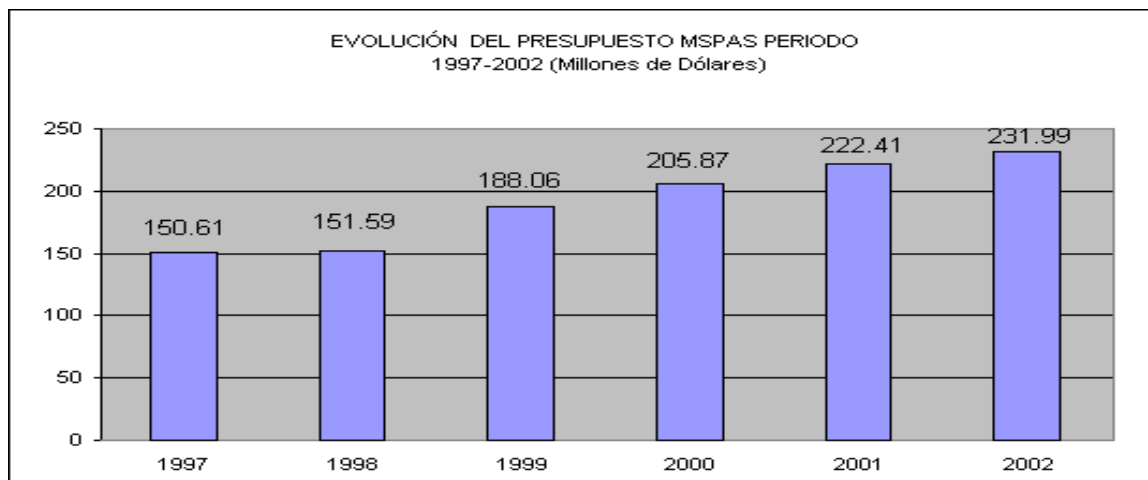
Finalmente, y en este mismo sentido se expresan los actuales Magistrados de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; ellos a igual que los autores de esta obra sostienen que la salud es un verdadero derecho en El Salvador. sus opiniones han sido plasmadas en el capítulo V, de esta obra.

2. FACTORES QUE INFLUYEN EN LA VIOLACION DEL DERECHO A LA SALUD.

Sabemos que bajo ninguna circunstancia es justificable que haya una violación en un derecho constitucional, mas aun tratándose de un derecho vital como lo es la salud, pero tampoco se puede ocultar que esto exista a pesar de reconocerse los avances que recientemente se han logrado en materia de reforma en el sector salud; lo cierto es que aun prevalecen circunstancias que propician que dichas violaciones subsistan; a continuación trataremos algunos factores, que si bien no son los únicos sí consideramos que son los mas constantes para propiciar violaciones al derecho en referencia.

2.1 FACTOR ECONÓMICO.

La estabilidad de la economía nacional, así como su administración ordenada y prudente, crea oportunidades de trabajo reduciendo así los niveles de pobreza, siempre y cuando esa riqueza producida por todos los salvadoreños sea equitativamente distribuida; distribuida en el sentido presupuestario para que el Gobierno en turno cumpla con sus funciones sociales más elementales como lo son la salud, educación, saneamiento y protección del medio ambiente, entre otros; sólo así la persona podrá alcanzar un nivel de vida que lo dignifique. Tal y como lo apunta el artículo 101 de la Constitución. A continuación se presenta el presupuesto asignado para el ramo de Salud Pública y Asistencia Social en la siguiente gráfica de barras.



“Como se puede observar, el presupuesto para la salud pública ha tenido un aumento positivo de cero punto noventa y ocho millones de dólares del año mil novecientos noventa y siete al año mil novecientos noventa y ocho. De este último año a mil novecientos noventa y nueve su aumento fue de treinta y seis punto cuarenta y siete millones de dólares. Asimismo se aprecia un aumento de diecisiete punto ochenta y uno millones de dólares del año mil novecientos noventa y nueve al año dos mil. Para el periodo dos mil, dos mil uno su crecimiento es de dieciséis punto cincuenta y cuatro millones de dólares.

Finalmente se observa una evolución de nueve punto cincuenta y ocho millones de dólares del año dos mil uno, al año dos mil dos”⁸².

Después del breve análisis que se ha hecho del presupuesto nacional destinado a la Salud Pública, se observa que ha evolucionado positivamente año con año, desde el período comprendido de mil novecientos noventa y siete al dos mil dos; pero no obstante tal aumento, se hace la siguiente interrogante: ¿Es suficiente dicho presupuesto para que el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, cumpla a cabalidad con sus responsabilidades de prestar, efficientizar, promocionar y modernizar los servicios de salud pública?, los casos que se consideran a continuación responden el anterior cuestionamiento. El 31 de octubre del año dos mil dos, en las páginas 4 y 5, sección noticias nacionales, área social de la Prensa Gráfica, se realizó un reportaje en el cual se denuncia entre otras situaciones, “el cobro de cuotas voluntarias en Unidades de Salud Pública (no obstante haber sido eliminadas por el actual presidente de la República), no sólo del departamento de San Salvador, sino también del interior del país, a saber: “ En la actualidad la unidad de salud de Unicentro, Soyapango diecinueve empleados aún no reciben el salario del mes de agosto pasado.

⁸² FUENTE: Presupuesto General de la Nación, 1997-2002. Unidad Financiera Institucional MSPAS, mayo 2002.

El subdirector de ese centro, Roberto González, explica que estos sueldos eran pagados con las llamadas cuotas voluntarias. Estas fueron eliminadas en teoría, desde el 2 de julio por el presidente Francisco Flores, durante su discurso del tercer año de gestión. El 3 de junio de 2002, el Viceministro de Salud Pública Herbert Betancourt, confirmó que se eliminaron las cuotas voluntarias tanto por consultas como por servicios generales y especializados de atención médica, sin embargo el funcionamiento en la Unidad de Salud Unicentro, en Soyapango se ha visto afectada económicamente, por lo que las cuotas voluntarias han regresado. Unicentro brinda servicios de salud a 175 mil usuarios, explicó la directora, Zuleyma Canizales. La crisis es tal que en ese lugar no hay bolsas para distribuir las medicinas, las recetas son extendidas en papel corriente y las indicaciones médicas son escritas en cinta adhesiva a falta de viñetas.

El presupuesto tampoco alcanza para pagar la reparación de dos vehículos propiedad de la Unidad en mención.

El Ministerio de Salud Pública ha recibido denuncias de otras Unidades de Salud Pública que cobran por el servicio de salud como lo son Chirilagua, San Miguel, Lourdes Colón, La Libertad, Chinameca, La Paz, Tecoluca, San Vicente, Coatepeque, Santa Ana, Guadalupe, Unicentro, Soyapango, El Matazano y Santa Lucía, Ilopango.

Según las autoridades de salud, durante el año 2001, en las unidades atendieron a 2 millones 500 mil pacientes. Por cada uno recibieron unos 50 colones en concepto de consulta general y servicios adicionales. En la Unidad de Salud de Chinameca, San Miguel se extendieron recibos que dan fe del pago de las llamadas cuotas voluntarias, por el valor de un dólar americano”⁸³

Con lo anterior se ha respondido la interrogante planteada, y al mismo tiempo se ha comprobado con hechos que el presupuesto para el sector público

⁸³ LA PRENSA GRAFICA, Sección Nacionales, Área Social, Cf. Pág. 4-5. 13 Sep. 2002.

de salud, si bien, ha ido en aumento año con año tal y como esta plasmado en la gráfica anterior, no es suficiente como para satisfacer la demanda de salud pública de los salvadoreños, especialmente de los que no tienen capacidad adquisitiva de servicios privados de salud, constituye esto una flagrante violación del derecho a la salud por parte del Estado salvadoreño y sus servidores.

2.3 FACTOR POLÍTICO.

El actual presidente ha sido elegido por el pueblo para gobernar en el quinquenio comprendido desde el año mil novecientos noventa y nueve - dos mil cuatro, en su discurso de toma de posesión, pronuncio en cuanto a la salud pública lo siguiente: “vamos a iniciar la Reforma del sector salud para la constitución de un sistema nacional eficiente y equitativo que permita el acceso a los servicios sanitarios de calidad.

Este proceso de reforma requiere la voluntad expresa de trabajo junto con los médicos. Para ello crearemos un “Consejo Rector de la Reforma de Salud”⁸⁴, que estará compuesto por los actores principales de este sector.

Nuestra decisión es liberar la división de servicios a través de nuevos mecanismos de financiamiento, para que actores como los municipios e iglesias puedan integrarse a un Sistema Nacional de Salud.

El modelo de atención a la salud dará prioridades a las acciones de prevención y promoción de la salud. Para que nuestra población goce de mejores servicios; estableceremos Convenios de Gestión para evaluar a los establecimientos de salud con un ambiente de mayor responsabilidad y flexibilidad en el manejo de los recursos”⁸⁵.

⁸⁴ En 1999 se constituyo el Consejo Nacional de la reforma en Salud, presidido por el Ministro de Salud e integrado por los representantes del ISSS, Organizaciones no Gubernamentales, proveedores privados de servicios de salud, asociaciones gremiales, Cámara Empresarial, usuarios e instituciones formadoras de recurso humano en salud.

⁸⁵ Discurso de toma de posesión de poder del Presidente Francisco Flores, 1999-2004 Pág. 3

Como se puede ver el presidente plantea una profunda reorganización en el sector salud, definiendo la política general en mejorar el nivel de salud de la población salvadoreña mediante la modernización del sistema, desarrollando programas interinstitucionales tendientes a la atención integral de la salud de la población, es a través de la propuesta del presente que, el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social diseño y adquirió el compromiso de impulsar la modernización institucional con base del proceso de reforma sanitaria, readecuando la organización y gestión de sus estructuras en todos sus niveles y promoviendo un plan de reestructuración que supone la separación de las funciones de rectoría, regulación y provisión de los servicios.

En consecuencia y para lograr el fin que se persigue con dicha reforma se estableció el marco conceptual y operativo de los “Sistemas Básicos de Salud Integral (SIBASI)”⁸⁶, en este contexto se han establecido como principales políticas estratégicas en el Departamento de San Salvador las siguientes:

- a) Sistema Básico de Salud Integral (SIBASI) zona centro de San Salvador.

Atención integral en la salud.

Brigadas de salud medico preventivas, educativas y odontológicas beneficiando a 21,938 usuarios;

Modernización .

Capacitación en las áreas de lactancia materna, comunitaria y clínica, educación de parteras en nutrición; género y violencia intrafamiliar.

Diplomado en educación y docencia en la salud al personal médico del hospital, implementación de plan de capacitación al personal institucional por el departamento de recursos humanos;

⁸⁶ SIBASI: Son la estructura básica descentralizado de sistema nacional de salud, consisten en la red de servicios integrales del primer y segundo nivel de atención, se apoyan en la participación ciudadano consiente y efectiva.

Integración y funcionamiento de comité perinatal hospitalario; y

Infraestructura y Equipamiento

Rehabilitación y modernización de Unidades de Salud de Concepción, Dr. B. Valdez, y Centro de Adolescentes en Barrio Lourdes beneficiando a 105,283 habitantes.

Construcción de pasarela en Hospital zacamil brindando seguridad a 60,000 personas.

Fortalecimiento de equipo de computo, laboratorio clínico y centro de adolescente beneficiando a 31,283 .

En Hospital se mecanizo el proceso de captura de imágenes en el Departamento de Radiología.

Las instituciones beneficiadas son un Hospital, doce Unidades de Salud y ocho casas de salud.

b) Sistema Básico de Salud Integral (SIBASI) Zona Norte de San Salvador.

Atención integral en salud

Brigadas medicas de nutrición y de limpieza beneficiando a 12,168 usuarios.

Modernización

Capacitación de personal médico, técnico y administrativo en marco conceptual y operativo del sistema básico de salud integral.

Capacitación en la atención de salud mental, formación de comités en las nueve unidades de salud.

Diplomado en computación para personal medico, técnico y administrativo del sistema básico de salud integral.

Infraestructura y Equipamiento.

Rehabilitación y equipamiento de Unidades de Salud de Popotlan, Apopa, Chintuc, Tonacatepeque, Distrito Italia, Guazapa, beneficiando a 143,537 habitantes.

Recursos Humanos.

Contratación de médico y cuatro promotores de salud en Unidad de Salud Guazapa.

Contratación de medico pediatra en unidad de salud Apopa.

Las instituciones beneficiadas son nueve Unidades de Salud y catorce casas de salud.

c) Sistema Básico de Salud Integral (SIBASI) Zona Sur de San Salvador

Atención Integral en Salud

Brigadas comunitarias beneficiando a 128,055 personas. Formación de clubes de tercera edad, diabéticos, hipertensos y osteoporosis beneficiando a 825,000 usuarios.

Modernización.

Gestión participativa con Alcaldías Municipales en especial con la de Panchimalco, colaborando directamente en la ejecución de los proyectos.

Convenio de atención parto gratis a mujeres con embarazo de riesgo y de escasos recursos económicos, capacitación y equipamiento a parteras en coordinación con el Hospital Divina Providencia.

Capacitaciones comunitarias y clínicas dirigidas a promotores de salud y personal de salud respectivamente, atención integral en nutrición, salud reproductiva dirigido a líderes comunitarios y personal de salud beneficiando a 500 recursos humanos del sistema básico de salud integral.

Infraestructura y Equipamiento

Remodelaciones al Hospital Nacional de Neumología Dr. Saldaña, en áreas de enfermería residentes, neumología, auditorium, vías de acceso, broncología, fisiología y terapia respiratoria.

Equipamiento y remodelación en los establecimientos de salud de Rosario de Mora, Santiago Texacuangos y San Jacinto.

Realización de proyectos de agua, letrinas y posos en Rosario de Mora beneficiando a 370 familias.

Las instituciones beneficiadas son dos hospitales, siete unidades de salud y siete casas de salud.

Las políticas anteriores están desarrollando tres puntos que se resumen a la atención integral de la salud, modernización del sector salud y; construcción y equipamiento de la infraestructura de las instituciones que prestan el servicio público de salud.

Asimismo y con el objeto de verificar estas políticas, se elaboró una pregunta en la encuesta dirigida a los usuarios de las Unidades de Salud Públicas estudiadas; dicha pregunta fue la siguiente: ¿Se realiza en su comunidad algún tipo de actividad relativa a la salud promovida por las autoridades públicas competentes?. **(Remítase al apéndice N° 1 si desea ver el procesamiento de esta pregunta).**

A la cual de los 150 encuestados, 45 de ellos contestaron positivamente, esto equivale al 30% de usuarios del servicio público de salud que confirmaron que en sus comunidades se realizan proyectos de salud promovidos por las autoridades competentes.

Los ciento cinco encuestados restantes, es decir, el 70% negó la existencia de programas de salud desarrollados en sus comunidades.

Los resultados son preocupantes, si se toma en cuenta que son casi tres partes de los usuarios encuestados los que no perciben las políticas que el actual gobierno desarrolla o está desarrollando; esto permite afirmar que dichas políticas no son suficientes para satisfacer las necesidades de salud de los salvadoreños de escasos recursos económicos, lo cual constituye otra flagrante violación al derecho a la salud por parte del Estado.

3.3 FACTOR SOCIAL

Este elemento se ha considerado desde dos enfoques. Primero, involucramiento de la comunidad para intervenir en la promoción y administración de programas de bienestar social en general y de la salud en particular y; segundo, el hacer del conocimiento de cualquier autoridad, sea competente o no, la comisión de un hecho doloso o culposo por parte del personal de las Unidades de Salud Públicas que violentare o causare daño a la salud del usuario encuestado, es decir, si ha ejercido la denuncia.

Para explorar el primer punto de vista se elaboró una pregunta en la encuesta dirigida a los usuarios del servicio que prestan las Unidades de Salud Públicas estudiadas, dicha pregunta fue la siguiente: ¿Participa con las autoridades de salud pública para?

- a) Resolver problemas de saneamiento ambiental con el objeto de evitar enfermedades en su comunidad, y;

- b) Promocionar, administrar, eficientizar y modernizar el sistema público de salud en su comunidad. **(Remítase al apéndice N° 2 si desea ver el procesamiento de esta pregunta).**

De los 150 encuestados, 9 de ellos contestaron afirmativamente esto equivale al 6% de los usuarios del servicio público que aseguraron su participación en actividades relativas a la salud que se desarrollan en sus comunidades. Los 141 encuestados restantes, es decir, el 94%, no ha participado en dichos programas.

Los resultados son alarmantes, si se toma en cuenta que más de las tres partes de los usuarios encuestados no participa en el desarrollo de programas relativos a la salud, lo cual contribuye a la vulneración de su propio derecho a la salud, esto no significa de ninguna manera que se le cargue toda la responsabilidad de la salud a la sociedad, sino que esta debe participar conjuntamente con el Estado para lograr mejores resultados.

Para explorar el segundo punto de vista se planteo otra pregunta a los encuestados en mención, esta fue la siguiente: ¿Ha denunciado usted ante cualquier autoridad infracciones o violaciones que le hayan causado daño a su salud por tratamientos inadecuados, tardíos o por cualquier otra causa, recibidos en esta Unidad de Salud?. **(Remítase al apéndice N° 3, si desea ver procesamiento de esta pregunta).**

Los resultados fueron que de los 150 encuestados, ni uno solo de ellos ha ejercido la denuncia ante cualquier autoridad por violaciones o infracciones que le hayan causado daño a su salud por tratamientos inadecuados, tardíos u otra causa de parte del personal de las Unidades de Salud Públicas que frecuentan, esto en términos cuánticos equivale a cero denuncias.

Estos resultados igual que los anteriores son alarmantes, y preocupan en el sentido que esto fomenta la impunidad de los servidores del servicio público de las Unidades de Salud estudiadas, trayendo como consecuencia la frecuente y reiterada violación del derecho a la salud de los usuarios, por su pasividad en cuanto al no involucramiento en aquellas actividades relativas al mejoramiento de las condiciones que permitan tener un nivel de salud digno.

3 OTROS FACTORES.

3.1- FACTOR DEMOGRÁFICO.

Las políticas de población que ha adoptado, y sigue adoptado el Estado, no asegura a los habitantes de la República un mayor bienestar tal y como lo apunta el artículo 118 de la Constitución, ya que, “El Salvador es uno de los países mas poblados de América Continental, su población calculada en el año 1997 fue de 5,908.460 habitantes, convirtiéndolo en el segundo país más poblado de América Central, superando a Uruguay y Paraguay en el Sur de América; con una densidad de 280.81 habitantes por Km²”⁸⁷, lo que se pretende demostrar aquí es la proporcionalidad del recurso humano con que cuenta el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, destinado a brindar asistencia a la población salvadoreña, y que a continuación se presenta en el siguiente cuadro.

⁸⁷ Dirección general de Estadísticas y Censos (DIGESTYC), Encuesta de hogares y propósitos múltiples. El Salvador, 1997.

INDICADORES DE RECURSOS HUMANOS MSPAS EL SALVADOR 2002.	
INDICADORES	VALOR
Médicos por 10, 000 Hab.	2
Profesionales de Enfermería por 10,000 Hab.	3
Odontólogos por 10,000 Hab.	0.31
Auxiliares de Enfermería por 10,000 Hab.	5
Inspectores de Saneamiento Ambiental por 10,000 Hab.	0.7
Promotores de Salud por 10,000 Hab. ⁸⁸	3.1

Después de observar el cuadro anterior no se dificulta concluir y decir que El Salvador no cuenta con el personal médico necesario para atender todos los casos que requieren de asistencia sanitaria por una parte, ni se cuenta con la tecnología para poder dar un diagnóstico adecuado e inequívoco; esto indica un descuido por parte de las autoridades en controlar el estado de bienestar de los salvadoreños, llámese esta salud, porque no existe una racional proporcionalidad del recurso humano médico conforme al número de población. Lo cual constituye otra flagrante violación a la salud de los salvadoreños más necesitados.

3.2- FACTOR EDUCACIONAL.

En El Salvador la educación y la cultura son un derecho inherente a la persona humana; en consecuencia, es obligación y finalidad primordial del Estado su conservación, fomento y difusión. En este sentido se expresa el inciso primero del artículo 53 de la Constitución. Sin embargo tal declaración aun no ha sido realizada por lo menos en un buen porcentaje, ya que El

⁸⁸ Todos los datos que se han incluido en este cuadro han sido proporcionados por la División de Administración de Recursos Humanos del MSPAS.

Salvador aun tiene población que es analfabeta en dos sentidos, el común y el jurídico, es decir, las personas que no saben leer, ni escribir, añadido a las que no conocen sus derechos así como las instituciones ante quienes pueden reclamarlos. Veamos algunos datos sobre analfabetismo proporcionados por el Ministerio de Educación “El nivel de analfabetismo en la población mayor de 10 años es del 19.5% (876.799 personas). La más afectada es la población del sexo femenino (22%), especialmente quienes residen en el área rural (31.8). El Ministerio de Educación con el apoyo de iglesias, universidades, ONG’S y alcaldías esta alfabetizando a 100,000 personas cada año.

La Tasa Bruta de Escolaridad en educación básica, en 1994. Era del 90.6 %, esta se incremento al 93% en 1998. El 17.5% de adolescentes entre 10 y 15 años no asistieron a un centro educativo. En 1998, aumento la inasistencia al 48.1% para la población entre 16 y 18 años, llegando la inasistencia al 78.2% en la población de 19 a 23 años de edad. La diferencia entre sexos era mínima. Para superar este problema, el Ministerio de Educación tiene dos programas, que son: El de Educación a Distancia y la Escuela Nocturna.

La Tasa de Sobreedad, en la población de 1º a 6º grado, era en 1998 del 36% en el área rural, y del 19% en el área urbana. El Ministerio esta implementando el programa de Educación Acelerada para disminuir este problema”⁸⁹

“Puede decirse que el sistema educativo ha sido pionero en el país en el área de reforma administrativa, realizando cambios curriculares, y fortaleciendo de manera continua a sus docentes. Pero todavía queda la pregunta si en verdad se estará preparando a los niños, niñas, adolescentes, y a jóvenes, para

⁸⁹ Desafíos de la Educación en el nuevo milenio, MINED, Enero, 2000. pág. 11.

los retos que el nuevo contexto presenta, cuando el nivel de analfabetismo es especialmente elevado entre la población.”⁹⁰

Consideramos que las personas con un bajo grado de educación y cultura, no solo se les viola su derecho a la educación, sino que son más vulnerables a sufrir una violación en su salud, ya que, estas por su condición educacional no conocen que el personal médico sea responsable por los actos antijurídicos ejecutados por ellos, y, mucho menos conocen las instituciones ante quienes deben acudir cuando agraven su derecho a la salud; y en cuanto al amparo para proteger la salud desconocen dicho procedimiento no obstante ser una ley constitucional y que todo habitante esta obligado a conocerla; esto aunado a que no existe una cultura de divulgación de la ley por parte del Estado, así como el procedimiento a seguir en caso de violación de un derecho Constitucional llámese este amparo.

3.3 FACTOR ECOLÓGICO

Este elemento esta orientado hacia la toma de conciencia no solo gubernamental sino también social, acerca de la importancia del medio ambiente en la salud, para la conservación de la naturaleza y la vida misma en su más amplia acepción.

El goce aún medio ambiente sano se encuentra tipificado en el artículo 69 inciso segundo de la Constitución, a saber: “Asimismo el Estado controlará... las condiciones ambientales que puedan afectar la salud y el bienestar”. De la lectura de este artículo se puede decir que en El Salvador el derecho a gozar de un medio ambiente sano se encuentra enmarcado, en general, dentro del derecho a la salud.

⁹⁰ Niñez, Adolescencia y juventud, con derechos y deberes, OPS/OMS. Representación en El Salvador, 2000.

Por otra parte el inciso primero del artículo 117 del cuerpo legal en mención “Declara de interés social la protección, restauración, desarrollo y aprovechamiento de los recursos naturales”. Esto quiero decir que el Estado tiene que cuidar, renovar e impulsar progresiva y efectivamente el mejoramiento de los bienes de la naturaleza con el objeto que la colectividad los utilice en su provecho para la consecución de una vida más plena y saludable.

En este sentido el Estado tiene que velar porque el desarrollo económico responda a la racional utilización de los recursos naturales, para mantener el equilibrio de los ecosistemas y poder gozar de un medio ambiente sano, tal y como lo apunta el inciso segundo del artículo 101 de la Constitución, cuando dice que “el Estado promoverá el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad y la racional utilización de los recursos”.

En este orden de ideas se ha podido determinar que es obligación del Estado a través de las entidades gubernamentales pertinentes dirigir la política ambiental; es por ello que se han sondeado algunas directrices medio ambientales desarrolladas por el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, y que a continuación se describen.

ACTIVIDAD BENEFICIOS	BENEFICIARIOS	LUGAR	COSTO	FUENTE DE FINANCIAMIENTO
Implementación de vivienda saludable en Villa Centenario a través de la construcción de 100 viviendas .	600 personas	Villa Centenario, Sonsonate	\$400,000.00	OPS
Instalación de 6877 letrinas, 4988 de hoyo modificado y 1889 ABONERAS	48090 personas	Comunidades de los Deptos. De Usulután, San Vicente, Sonsonate, y Ahuachapan.	\$1,252,285.00	UNICEF (Proyecto Agua y Saneamiento)
Mejoramiento de 412 pozos artesanales con bomba de mecate.	19776 personas	Comunidades de los Deptos, de Sonsonate, Santa Ana, la Paz, Chalatenango, Ahuachapan, la Libertad, San Salvador.	\$94,171.00	UNICEF (Proyecto Agua y Saneamiento)
Implementación de la visita domiciliar en plaguicidas. (SARAR)	5000 familias visitadas; 2100 lideres de comunidades capacitadas.	Departamento de Sonsonate, Santa Ana, la Paz, Chalatenango, Ahuachapan, San Salvador.	\$10,000.00	OPS PROYECTO PLAGSALUD
Fortalecimiento de los niveles locales en el área de plaguicidas.	80 médicos capacitados 30 enfermeras capacitadas 300 promotores capacitados 100 inspectores capacitados	Departamento de Sonsonate, Santa Ana La Libertad, La Paz, Chalatenango, Ahuachapán, San Salvador.	\$20,000.00	OPS PROYECTO PLAGSALUD
Elaboración de material educativo relativo a prevención de intoxicación por plaguicidas	Comunidades 2000		\$40,000.00	OPS PROYECTO PLAGSALUD

De la lectura del cuadro anterior se puede afirmar, cuan pobres son los logros alcanzados en salud ambiental por parte del Estado, si se toma en cuenta, que “el área mas fértil del país, el área de zapotitán, se esta destruyendo por la construcción de fábricas y maquilas; asimismo la cordillera del Bálsamo se esta urbanizando, y el noventa y cinco por ciento de las fuentes de agua dulce se encuentran con un alto grado de contaminación. Todo lo anterior no solo ha colocado al país en el deshonoroso segundo lugar en deterioro ambiental entre los países latinoamericanos, sino también, en el

tratamiento y control de epidemias y endemias”⁹¹ que afectan a los más vulnerables, y que constituyen una flagrante violación a su derecho a la salud.

4. “RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE SUS FUNCIONARIOS POR VIOLACION DEL DERECHO A LA SALUD”⁹².

“La responsabilidad de los funcionarios públicos originada en los daños que causaren en el ejercicio de sus funciones es una de las grandes conquistas de la democracia, y de inexorable existencia en el Estado Constitucional de Derecho, pues significa la sujeción del poder público al imperio del derecho.”⁹³

“En sus dos grandes líneas la responsabilidad del Estado puede clasificarse así: primero responsabilidad contractual; es la que surge por el quebrantamiento de un contrato válido por parte del Estado o de sus dependencias; segundo responsabilidad extracontractual; es la que surge de cualquier conducta de los órganos del Estado, que causare daños y/o perjuicios al gobernado. Es pertinente aclarar que en este documento interesa desarrollar la responsabilidad extracontractual; por lo tanto las próximas líneas están orientadas a este objetivo.

Bien, la responsabilidad extracontractual puede originarse de un acto o hecho legislativo, judicial o administrativo. Asimismo es de mucha importancia advertir que la responsabilidad estatal por actos legislativos y judiciales violatorios del derecho a la salud en estricto sentido es mínima o prácticamente inexistente en nuestro país. En cuanto a la responsabilidad por hechos y actos administrativos podemos decir que es la causa principal de violaciones”⁹⁴ del derecho a la salud de los salvadoreños usuarios del servicio público de salud.

⁹¹ La Salud en El Salvador, OPS/ El Salvador, Edic. 2002. Pág. 17.

⁹² Para esta temática se elaboro la pregunta número 6 en el cuestionario dirigido a los usuarios de las Unidades de Salud Pública del departamento de San Salvador. Si desea ver los resultados que se obtuvieron, remítase al apéndice N° 5 de este trabajo.

⁹³ Corte Suprema de Justicia “Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional” Centro de Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia. Pág. 73.

⁹⁴ Juan Francisco Linares, “ Estudio de Derecho Administrativo” Cf. Cáp. XX y XXI.

4.1 PRESUPUESTOS PARA LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE SUS FUNCIONARIOS POR VIOLACION DEL DERECHO A LA SALUD.

De acuerdo con el ordenamiento jurídico constitucional, el Estado y sus funcionarios son responsables por las violaciones cometidas contra el derecho a la salud de cualquier gobernado, este derecho a la salud se encuentra tipificado en el título II, sección cuarta artículos sesenta y cinco al setenta de la Constitución; en este sentido pues “sólo cabe hablar de responsabilidad de los funcionarios públicos única y exclusivamente cuando estos trasgredan derechos concedidos, y de ninguna manera derechos que aún no lo estén, a menos que el ordenamiento subconstitucional lo implante o alguna interpretación jurisprudencial lo derive de algún derecho ya establecido, es decir, deben ser derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico vigente; ya sea de manera expresa o implícita, sin llegar claro a interpretaciones exageradas de las normas.

Asimismo para continuar hablando de responsabilidad del Estado y de sus funcionarios es necesario que ese actuar o no actuar haya producido un daño; en efecto, en las relaciones extracontractuales está ampliamente reconocida la indemnización por daños de carácter moral, esta se encuentra regulada en el art. 2, inciso último de la Constitución a saber: “se reconoce la indemnización conforme a la ley por daños de carácter moral” desafortunadamente, ese “conforme a la ley” no es tal, ya que nuestro Código Civil, no reconoce expresamente ésta categoría de daño; pero puede entenderse comprendido en el Art. 2067 del Código en mención en donde se establece la indemnización por daños en general, por lo que muy probablemente tendremos que esperar una interpretación jurisprudencial al respecto; pero cabe hacer énfasis que la norma fundamental no distingue quien

será el sujeto activo de realizar esa indemnización, si el funcionario o el Estado mismo, y donde el constituyente no distingue, no puede distinguir el Legislador.

Por otra parte esa violación al derecho a la salud tiene que ser realizada por quien ejerce poder de decisión efectivo y real al menos en su manifestación jurídico formal. Cabe mencionar que nos encontramos en este punto con la controversia sobre los casos en que el funcionario formalmente posee capacidad de decisión, pero en realidad por presiones externas no comprobadas al menos mediante documentos ú ordenes escritas, se ve obligado a actuar antijurídicamente, esto es por presiones, de un funcionario de jerarquía superior, como podría ser amenaza de despido o algún tipo de represalia si no toma tal o cual decisión, pese a ser lesiva al derecho a la salud de algún gobernado. Según lo dicho, cabría la posibilidad que éste funcionario sea absuelto de su presunta responsabilidad, por no existir un verdadero ánimo subjetivo culposo o doloso. No obstante el deber constitucional y legal de un funcionario de denunciar ante las máximas autoridades cualquier anomalía como la antes apuntada.

Lo anteriormente expuesto no evita que el o los gobernados agraviados en su derecho a la salud, dirijan su acción contra el funcionario obligado, y esto opera para efectos de buscar y encontrar responsables al interior del aparato estatal.

Finalmente para que exista responsabilidad en el funcionario que violare el derecho a la salud de algún gobernado, también es necesario que exista la intención de causar daño (dolo), ó simplemente la previsión del resultado dañoso aunque no medie esa intención (culpa)”⁹⁵

⁹⁵ Revista de Derecho Constitucional, Centro de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Agosto–Septiembre Nº 12, El Salvador 1994 Cf. Pág. 3 a 7.

4.2 TIPOS DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE SUS FUNCIONARIOS.

Antes de empezar a desarrollar este punto, se hace necesario aclarar: dos situaciones primero, que se ha citado la jurisprudencia que la Sala de lo Constitucional actualmente sostiene y; por lo tanto no se entrará a conocer o analizar criterios jurisprudenciales pretéritos y; segundo, que las responsabilidades subsidiaria, solidaria y principal han sido desarrolladas en base a los criterios adoptados por los artículos constitucionales vigentes, en este mismo sentido, tampoco se entrará a discutir si dichos artículos constitucionales están o no en armonía con la doctrina moderna.

4.2.1 RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL.

En cuanto a la responsabilidad contractual, de esta ya se ha hablado anteriormente, y solo cabe ratificar que es la que se origina por el incumplimiento de una obligación contraída de mutuo acuerdo; y agregando desde luego, que es la que corresponde estudiar a los contratos administrativos; y aquellos contratos en los cuales el Estado. Actúa en un plano de igualdad frente a los particulares. “En cuanto a la responsabilidad extracontractual podemos agregar que es la exigible por daños y perjuicios, por acto de otro y sin nexo con estipulación contractual, va evolucionando de lo subjetivo que impone siempre dolo o culpa en el agente responsable; a lo objetivo, al titular del derecho violentado (en nuestro caso del derecho a la salud) originando lo que debe repararse”⁹⁶

⁹⁶ Diccionario de Ciencias Jurídicas, políticas y sociales. Manuel Osorio, Op. Cit. Cf. Pág. 870.

4.2.2 RESPONSABILIDAD PENAL Y CIVIL.

Cabe hacer notar que en el derecho penal la vieja polémica doctrinaria en torno a si las personas jurídicas pueden ser procesadas en causa criminal, ha sido superada en los hechos por la ley y la jurisprudencia, pues ambas, de consumo, han terminado por admitir que las personas jurídicas no pueden ser procesadas criminalmente, ya que en determinados casos de atrocidades o violaciones institucionales de un Estado, son los altos dirigentes de tales gobiernos (es decir personas naturales) las que responden penalmente; por lo tanto el Estado, en principio, sólo es civilmente responsable. Esto deriva de que una persona jurídica, como tal, no puede pensar y por lo tanto actuar, la responsabilidad del Estado por violación al derecho a la salud obviamente no puede ser penal, dado, que esta debe ser subjetiva, y serán sus agentes públicos los que están sujetos a una responsabilidad penal. La doctrina y la jurisprudencia moderna se inclinan por la responsabilidad civil compartida del funcionario responsable y del Estado. Esto en lo que respecta a las consecuencias civiles del hecho antijurídico acaecido; para los efectos penales los artículos 320 al 334 del Código Penal vigente establece el castigo por abusos de autoridad y corrupción de los funcionarios públicos.”⁹⁷

4.2.3 RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y OBJETIVA.

“La Sala de lo Constitucional de nuestro país en reciente jurisprudencia se ha pronunciado sobre la imposibilidad de configurar culpa objetiva en los funcionarios públicos a saber: Sentencia 249-97 de amparo del 23 de julio de 1998, aquí se estableció que la responsabilidad personal del funcionario no puede formarse sobre la base unilateral de la relación causa-efecto, pues ello conduce a decisiones absurdas e injustas; como sería el caso de obligar a

⁹⁷ Revista de Derecho Constitucional, Op. Cit. Cf. Pág. 7 y 8.

responder por daños y perjuicios al funcionario que procede con sujeción a una ley y en cumplimiento a sus disposiciones.

Por lo tanto la responsabilidad del funcionario público según la sentencia citada, no puede devenir en objetiva ni aún si cumple la ley vigente pero inconstitucional; porque sería paradójico exigirle el cumplimiento de la ley al funcionario, y sancionarlo por tal cumplimiento. Esto quiere decir que la responsabilidad directa que cabe al funcionario que ha emitido o ejecutado el acto violatorio del derecho a la salud no puede estimarse una responsabilidad objetiva, esto es, no puede atenderse única y exclusivamente al daño producido en la salud de algún gobernado, prescindiendo en absoluto de la conducta de los funcionarios públicos deviene en subjetiva es decir, por la conducta dolosa o culposa del mismo.”⁹⁸

4.2.4 RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA, SOLIDARIA Y PRINCIPAL.

“La Constitución en su artículo noventa y ocho niega que existe derecho a reclamar al Estado indemnización por daños y perjuicios causados a las personas o bienes de los Salvadoreños o de los extranjeros, cuando esto sea un resultado de la actividad de las “facciones”⁹⁹, pero no de los órganos de Estado, sobre esto es digno de mencionar que si bien de los funcionarios públicos, bien del Estado en sí, la jurisprudencia ha determinado que es perfectamente factible demandar también a un órgano estatal por los atropellos cometidos por sus servidores públicos.

Por otra parte, cuando los daños y perjuicios han sido causados por los agentes del Estado en el ejercicio de sus atribuciones o mediante excesos o a través de una utilización antijurídica de la autoridad o de la fuerza pública, es el

⁹⁸ Ibidem Cf. Pág. 8 y 9.

⁹⁹ FACCIÓNES: grupo o parcialidad de rebeldes amotinados o alzados contra el poder constitucional.

Estado quien debe responder conforme al artículo 245 Cn. al respecto, nuestra Constitución adopta el criterio de la responsabilidad subsidiaria; y no directa, del Estado Salvadoreño frente a las acciones u omisiones de las personas naturales de las cuales se sirve en la realización de sus funciones, pues aun cuando sea indudable la responsabilidad personal del agente, la responsabilidad subsidiaria del Estado se basa entre otras cosas, en el peligro de insolvencia, que tornaría ilusoria la reparación del daño.

Sin embargo, el gobernado a quien se le ha violentado su derecho a la salud debe demandar conjuntamente al funcionario responsable y al Estado, pues existe una mancomunidad simple entre este y su servidor público. Esto trae la ventaja de que si la demanda se hace al mismo tiempo contra ambos, ninguno podría alegar en el futuro que no se le dio la oportunidad de ejercer su derecho de legítima defensa.

Cabe en este punto hacer la diferenciación entre responsabilidad subsidiaria y solidaria, para los efectos que aquí nos interesan.

En la responsabilidad solidaria el Estado no responde ni antes ni después ni en un plano diferente que su funcionario, sino en el mismo plano y al mismo tiempo, es decir, el gobernado, al reclamar al funcionario por violación a su derecho a la salud, provoca in limine que el Estado al cual pertenece este acuda a responder de tal reclamo, no importando si el funcionario tiene solvencia económica suficiente o no; mientras que en la responsabilidad subsidiaria el Estado responde sólo después del funcionario, y si éste no tiene suficiente solvencia económica para cubrir los daños causados por sus acciones u omisiones.

Es así como el artículo 171 Cn. prescribe la responsabilidad solidaria de funcionarios de alto rango, los cuales son el Presidente de la República, el

vicepresidente, Los Magistrados, los Ministros y Viceministros de Estado, por los actos que autoricen, lo cual constituye una particularidad establecida en la misma norma fundamental respecto al principio de la subsidiariedad establecida en el artículo 245 Cn.

Pero además de la responsabilidad subsidiaria y solidaria, existe una responsabilidad principal del Estado derivada de la obligación de prevención incumplida que existe en el derecho interno. La responsabilidad del Estado por actos ilícitos en el derecho salvadoreño deriva de que la administración debe responder como garantía de los ilícitos cometidos por sus agentes públicos. El Estado no puede librarse de esa responsabilidad alegando que de su parte no hubo culpa, porque su deber de responder no deriva en este caso de la culpa sino de una obligación legal y constitucional de garantía del orden público, que se denomina “deber de garantía”. Es así como se afirma de que la responsabilidad del Estado surge con frecuencia no sólo de la acción sino también de la omisión, pues contrario a lo que se estima para los particulares en donde el hombre común no está obligado a actuar si la ley no le manda expresamente; la abstención de actuar del funcionario, en cambio, es especialmente sancionada por la ley.

En este sentido los funcionarios tienen la obligación de actuar, aún cuando la ley o el reglamento no lo determinen específicamente en cumplimiento de las funciones propias de su cargo. Y esto ya ha sido confirmado por reciente jurisprudencia como la sentencia de amparo 46-97 del 2 de julio de 1998 en que se determina, “el vacío legal que supone la no consagración de un procedimiento específico para conocer y decidir sobre la privación de algún derecho, corresponderá aplicar la Constitución

directamente”¹⁰⁰ Para concluir podemos decir que el régimen de responsabilidad extracontractual de El Salvador no hace distinción entre sus agentes públicos, sea cual fuere su naturaleza, jerarquía o función, asumen el carácter de órgano del Estado. En este mismo sentido el derecho moderno no admite a éste respecto diferencias entre actos de funcionarios, agentes o empleados, con las restricciones del fuero que gozan algunos funcionarios.

5. REQUISITOS NECESARIOS PARA RECURRIR AL AMPARO EN CASO DE VIOLACION DEL DERECHO A LA SALUD.

En el punto uno de este capítulo ha quedado determinado que la salud es un derecho reconocido en la Constitución, asimismo se estableció la viabilidad del amparo para proteger la salud cuando el Estado no cumpla con su deber constitucional de satisfacerla, inclusive esto último fue demostrado a través del reciente proceso de amparo que ahí se cita, por lo tanto aquí nos limitaremos a tratar los requisitos correspondientes para recurrir al amparo en caso de atropello del derecho a la salud, y, cuando hablamos de requisitos, nos referimos a aquellas condiciones que deben cumplirse para la iniciación o el desarrollo válido de un proceso, o en su caso, para que pueda pronunciarse la resolución de fondo; los requisitos exigidos para la promoción de la pretensión del amparo que determina el nacimiento válido del mismo, su desenvolvimiento y su culminación con la sentencia, deben concurrir en el momento de formularse la demanda de amparo, a fin que la sala de lo Constitucional pueda admitir o iniciar el proceso, y este pueda ser desarrollado una vez iniciado. Estos se desarrollan a continuación.

¹⁰⁰ Ibidem, Cf. Pág. 9-10

5.1 EXISTENCIA DE UN ACTO DE AUTORIDAD.

“Los conflictos jurídicos tienen su origen generalmente en acciones u omisiones de las personas, quienes a su vez pueden realizarlas en dos calidades: en su carácter personal o como autoridades o funcionarios, los actos u omisiones que realizan los primeros no son considerados por nuestro ordenamiento jurídico, como generadores de la acción de amparo, no así los realizadas por los segundos, los cuales si pueden ser atacados en caso de no ajustarse a lo establecido en la Constitución”¹⁰¹

El acto de autoridad, es una de las cuestiones que cobra relevancia dentro del amparo, pues este determina la procedencia del mismo; y así lo señala el inciso segundo del art. 12 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, estableciendo que la pretensión de amparo puede plantearse contra toda clase de acciones u omisiones de cualquier autoridad.

La violación alegada en la demanda de amparo constituye la materia concreta de la pretensión, la cual en todo caso, debe versar precisamente entre el impetrante que la plantea y la autoridad que pronunció el acto que considera que vulnera sus derechos constitucionales. En este sentido, es indispensable que exista vinculación tanto entre el demandante como demandado con el acto reclamado.

Burgoa en la obra “El juicio de amparo” indica “La determinación del concepto de acto reclamado a la procedencia constitucional del juicio de amparo en efecto, la existencia del acto reclamado es el requisito indispensable de la procedencia de nuestro medio de control. Circunstancia que no se deriva de la naturaleza misma de este, sino de la propia concepción jurídica constitucional respectiva”.

¹⁰¹ Gutiérrez Castro, Mauricio Gabriel, Catalogo de Jurisprudencia, Derecho Constitucional salvadoreño, 3ª Edic. Pág. 19. publicaciones especiales de la Corte Suprema justicia. 1991

5.2 EXISTENCIA DE UN AGRAVIO REAL, DIRECTO Y PERSONAL.

Nuestra Ley de Procedimientos Constitucionales en su artículo 14, acoge el principio de iniciación de parte agraviada, según el cual la pretensión de amparo sólo puede ser plantada por la persona agraviada, por sí o por su representante legal o su mandatario.

El amparo de acuerdo a lo antes expuesto, se promueve a instancia de parte agraviada, es decir, por aquella cuyos derechos constitucionales han sido menoscabados, dañados o perjudicados por el acto reclamado. Lo cual a su vez se desprende del Art. 12 de la Ley de Procedimientos Constitucionales ahora bien ¿que se entiende por agravio? Por agravio debe entenderse todo menoscabo u ofensa que se hace a alguno en sus derechos o intereses, es decir es la afectación inminente que va en detrimento de la esfera jurídica del gobernado, y que este aduce en el amparo.

En materia de amparo, el agravio posee dos elementos a señalar, el material y el jurídico el primero es decir el material: esta constituido por el daño o perjuicio que el gobernado sufre o sufrirá en forma inminente en su estatus jurídico; el segundo, consiste en que dicha afectación sea producida mediante la violación a derechos constitucionales.

Así nuestra Sala de lo Constitucional ha establecido en su jurisprudencia, en relación con los elementos de agravio que “la promoción del mismo exige la existencia de un agravio, el cual esta constituido por la concurrencia de dos elementos, el material y el jurídico entendiéndose el primero cualquier daño, lesión, afectación o perjuicio que el gobernado sufra en forma directa y personal en su esfera jurídica, y el segundo elemento jurídico exige que el daño sea

causado o producido en ocasión o mediante la violación de alguna de las garantías contempladas en la constitución”¹⁰².

Para que el agravio pueda ser causa generadora de amparo debe ser personal, directo y real.

Personal: hace referencia a la singularidad o determinación de la persona –natural o jurídica- sobre quien recae éste. En ese sentido, todos aquellos daños y perjuicios en que puede manifestarse el agravio, que no afecten a una persona concretamente especificada, no pueden reputarse como agravios desde el punto de vista constitucional, por lo que en esos casos no es procedente el amparo, en consecuencia el acto de autoridad debe dirigirse a una persona concreta y determinada.

Además de personal, el agravio debe ser directo, esto es, que el menoscabo de derechos constitucionales originados por la ley o por el acto de autoridad, debe afectar, precisamente, al titular de tales derechos; por lo que no tendrá carácter de agravio la ofensa resentida por el tercero o por quien sólo de modo reflejo, resiente el perjuicio.

Por ultimo el agravio debe ser real, el hecho que los bienes jurídicos de un sujeto son algo real, de existencia antológica, la afectación de estos debe participar de su naturaleza real, a fin de que sea susceptible de reparación por el derecho.

En consecuencia, cuando los daños y perjuicios que una persona pueda sufrir en su esfera jurídica no afectan de una manera real a ésta, no puede decirse que exista un agravio en el sentido jurídico del concepto.

¹⁰² Sentencia Definitiva de amparo 27/ A /95 del 1 de octubre 1996; Interlocutoria pronunciada en el amparo 546-98 del 4 de enero 1999.

5.3 EXISTENCIA DE VIOLACIÓN DE UN DERECHO CONSTITUCIONAL.

Para que la pretensión de amparo sea procedente, y sea posible dirimir el conflicto planteado, es imprescindible que el asunto expuesto en la demanda sea propio del marco constitucional, de lo contrario, se suscita la imposibilidad jurídica que el órgano encargado del control constitucional conozca y decida en caso alegado.

“Todo derecho consagrado en la ley fundamental con excepción el de la libertad física o corporal garantizado por el Habeas Corpus, se encuentra tutelado por el amparo (Art. 12 Inc 1 y 2 L. Pr. Cn), que opera como garantía constitucional de los referidos derechos.

Por lo tanto es de recalcar que tienen rango constitucional todos los derechos subjetivos reconocidos a la persona por la constitución frente al Estado”.

Como se ha indicado anteriormente, el amparo es el instrumento previsto por la ley fundamental para impugnar (con carácter preventivo o reparador) todos aquellos actos de autoridad que violen derechos constitucionales, (es decir el amparo es un medio instruido para la defensa de los derechos estrictamente constitucionales).

5.4 AGOTAMIENTO PREVIO DE RECURSOS

La Sala de lo Constitucional ha sostenido que, “para poder conocer de una pretensión determinada no basta la configuración de la misma, sino que es necesario que el impetrante, previo el planteamiento de la misma, haya agotado los recursos ordinarios que establece la ley correspondiente, o habiendo

agotado los mismos, no haya optado por vías distintas a la constitución, tales como el proceso contencioso administrativo o casación”.¹⁰³

Lo anterior en virtud, que no es posible el planteamiento de una pretensión de amparo, cuando se encuentra aún en trámite algún proceso o procedimiento en el que pueda tutelarse el derecho supuestamente vulnerado.

“El sistema de protección de derechos, no está conformado por procesos ubicados a modo de estancos separados, sino que es un verdadero sistema cuya idea común está constituida por la normativa constitucional; por ello, es menester que el asunto a estudiarse en un proceso de amparo, no esté bajo el conocimiento de otra autoridad”.¹⁰⁴

Se exige el agotamiento de los recursos ordinarios, dadas las particularidades que presenta el procedimiento de amparo, pues este posee características propias que lo configuran como un procedimiento especial, extraordinario en su materia, establecido para proteger al gobernado frente a las acciones u omisiones de cualquier autoridad que violen u obstaculicen sus derechos y garantías constitucionales, por ello fundamentalmente en la estructura orgánica de nuestro sistema de protección de derechos, y específicamente en el Inc. 3 del art. 12 de la L.Pr.Cn. que preceptúa: “la acción de amparo únicamente podrá incoarse cuando el acto contra el que se reclama no puede subsanarse dentro del respectivo procedimiento mediante otros recursos”; la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional a consagrado como requisito de procedencia de la pretensión constitucional de amparo, una exigencia de carácter dual: por un lado que el actor haya agotado los recursos ordinarios del proceso o procedimiento en que se hubiere suscitado la violación

¹⁰³ Sobreseimiento en el proceso de amparo del 12/1/2000. Ref. 39-99

¹⁰⁴ Proceso de amparo del 07/VI/19 99. Ref. 241-99. Improcedencia,

al derecho constitucional, y por otro lado que de haberse optado por una vía distinta a la constitucional, tal vía se haya agotado en su totalidad.

Al cuestionar al respecto al actual primer magistrado de la Sala de lo Constitucional Dr. Rene Hernández Valiente; este nos responde que existen casos en que la Sala ha admitido amparos no obstante estar pendientes recursos en sede ordinaria, esto se ha dado a criterio del magistrado el cual nos dice “la Sala valoró que el perjuicio que se le causaría al derecho a la parte actora se volvería irreparable o de difícil reparación si se esperaba a que se dictara resolución en la nulidad promovida, de tal manera que se volvió necesario admitir la demanda presentada para tutelar eficazmente el derecho de la parte”, el magistrado se refería específicamente a un caso en donde se tutelaba el derecho a la propiedad y en cuanto al derecho a la salud este nos responde “en el caso de la salud, se ha accedido a conocer respecto de determinados casos - relacionados con el virus de inmunodeficiencia adquirida - sin embargo, ellos ha sido necesario realizar la ponderación de bienes jurídicos para acceder a la sede constitucional sin agotar determinadas vías o recursos, por que no existían”.

Como ejemplo en donde se ha obviado este requisito tenemos: sentencia de amparo 46-97 del 2 de julio de 1998, y citado por el magistrado el caso 497-2000, entre otros.

De lo anterior podemos decir que en ciertos casos, si se puede saltar el requisito de agotamiento de los recursos ordinarios, la Sala debe admitir la demanda de amparo aún cuando no se han agotado los recursos ordinarios o cuando estos aun están pendientes de resolver con la justificación que de no hacerlo estaría permitiendo un perjuicio mayor a la parte actora, en todo caso es una valoración que la Sala tendrá que realizar, para cada caso determinado.

6. DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE AMPARO.

6.1 PROCESO DE AMPARO.

“El amparo es un mecanismo procesal constitucional, extraordinario en su materia, que tiene por objeto la protección reforzada de los derechos constitucionales de los gobernados, frente a los actos de autoridad - tanto formales como materiales- que impliquen violación u obstaculización de su ejercicio”.¹⁰⁵

La incoación de todo proceso de amparo viene determinada por la presentación de una demanda, que es el acto procesal de postulación que lleva implícita una pretensión de naturaleza constitucional, la cual condiciona la iniciación y eventualmente ante el efectivo cumplimiento de los requisitos legales y jurisprudenciales, la tramitación del proceso.

FINALIDAD:

El amparo ha sido establecido por nuestra Constitución como un proceso cuya finalidad primordial es remediar las infracciones lesivas a los derechos constitucionales que pudieren cometer las autoridades, funcionarios del Estado y cualquier otra persona, sea ésta natural o jurídica, que actúe materialmente como autoridad.

OBJETO:

El objeto del proceso de amparo, es que se imparta al quejoso (gobernado) la protección jurisdiccional contra cualquier acto de autoridad que estime inconstitucional, y que específicamente viole los derechos que la Constitución consagra, y no la revisión de las actuaciones de autoridades o funcionarios que actúen dentro de su competencia.

¹⁰⁵ Teoría de la Constitución Salvadoreña Op. Cit. Pág. 319.

“El objeto del proceso de amparo viene dado por la pretensión deducida por el impetrante, en virtud del agravio que le ocasiona el acto de autoridad contra el que reclama”¹⁰⁶.

PRETENSIÓN:

“En términos generales son predicables respecto de la pretensión de amparo, los requisitos de validez de la pretensión en general. De entre tales requisitos destacan los denominados requisitos objetivos de conocimiento, que son aquellos que posibilitan la averiguación del contenido y autorizan la emisión de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto”¹⁰⁷.

Uno de los requisitos antes mencionados, es el agotamiento de los recursos ordinarios que la ley que rige el acto franquea para atacarlo, dadas las particularidades que presenta el procedimiento de amparo, pues éste posee características propias que lo configuran como un proceso especial, extraordinario en su materia, establecido para proteger al gobernado frente a las acciones u omisiones de cualquier autoridad que violen u obstaculicen sus derechos y garantías constitucionales.

Por ello fundamentalmente en la estructura orgánica de nuestro sistema de protección de derechos, y específicamente en el inc. 3 del artículo 12 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, que preceptúa: “la acción de amparo únicamente podrá incoarse cuando el acto contra el que se reclama no puede subsanarse dentro del respectivo procedimiento mediante otros recursos”; la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional ha consagrado como requisito de procedencia de la pretensión constitucional de amparo, una exigencia de carácter dual: por un lado que el actor haya agotado los recursos ordinarios del

¹⁰⁶ Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional, Op. Cit. Pág 74-75.

¹⁰⁷ Teoría de la Constitución Salvadoreña, Op. Cit. Pág. 319.

proceso o procedimiento en que se hubiere suscitado la violación al derecho constitucional, y por otro lado, que de haberse optado por una vía distinta a la Constitucional, tal vía se haya agotado en su totalidad.

Para que la pretensión de amparo sea procedente, y sea posible dirimir el conflicto planteado, es imprescindible que el asunto expuesto en la demanda sea propio del marco constitucional de lo contrario, se suscita la imposibilidad jurídica que el órgano encargado de control constitucional conozca y decida en caso alegado.

“La pretensión se considera tal, como concreta y real, ofreciendo los resultados positivos o negativos, siempre y cuando se configure sobre la base sociológica y sobre una base normativa.

Por la primera se vierte que, fruto de las rewertas sociales nace una queja social por parte de los distintos gobernados de una comunidad organizada y la cual se impone resolver para el solo efecto de conseguir la cohesión social; y por, la segunda, que esa queja se lleve ante el órgano jurisdiccional, para que éste, vía juez natural, constituya, modifique o declare, la existencia de una situación jurídica determinada”¹⁰⁸

Con base en las anteriores consideraciones, “si por una causa sobrevenida a la pretensión, ésta se vuelve imperfecta desde un punto de vista complementario, esto es, que la base sociológica que la sustenta ha desaparecido por declaración unilateral del actor, en consecuencia, no puede aceptarse que haya un proceso”.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Líneas y Criterios jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional, Op. Cit. Pág. 74-75.

¹⁰⁹ Desistimiento en el proceso de amparo del 12/1/2000. Ref. 588-99.

COMPETENCIA:

La Sala de lo Constitucional en referida jurisprudencia ha destacado que el amparo es un proceso extraordinario en cuanto a la materia que reconoce la Constitución a la persona, frente a las acciones u omisiones de cualquier autoridad que violen u obstaculicen su ejercicio, y no la revisión de la actuación dentro de su competencia.

A ello debemos añadir que la Sala de lo Constitucional solo tiene facultades para conocer de violación de derechos constitucionales por autoridad actuando como tal; es decir, por una autoridad que pronuncie u ordene actos de autoridad tanto formales como materiales.

Los artículos 147 inc. 1º; 183 Nº 1 y 247 inc. 1 Cn. facultan a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia para conocer y decidir en los procesos de amparo.

6.2 ACTOS PROCESALES DE INICIACION.**A) DEMANDA:**

Como ya dijimos la incoación de todo proceso de amparo viene determinada por la presentación de una demanda, que es el acto procesal de postulación que lleva implícita una pretensión de naturaleza constitucional, la cual condiciona la iniciación y eventualmente –ante el cumplimiento efectivo de los requisitos legales y jurisprudenciales-, la tramitación del proceso.

B) PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA:

En virtud del Art. 14 L.Pr.Cn. La demanda de amparo podrá presentarse por la persona agraviada, por si o por su representante legal o mandatario, por escrito, en el cual deberá expresarse: (1) Elemento subjetivo. Este requisito se concreta en la expresión del nombre, edad, profesión u oficio y domicilio del

demandante –elemento subjetivo activo- y, en su caso, los de quien gestione por él. Si el demandante fuere una persona jurídica además de las referencias personales del apoderado, se expresara el nombre, naturaleza, y domicilio de la entidad; la autoridad o funcionario demandado -elemento subjetivo pasivo-; y se expresan las referencias personales del tercero a quien beneficio el acto reclamado, caso de que lo haya; y (2) Elemento objetivo. Se pretende mediante la exigencia de este requisito que, se singularice el acto contra el que se reclama; se señale el derecho protegido por la Constitución que se considera violado u obstaculizado en su ejercicio; se haga una relación de las acciones u omisiones en que consiste la violación; y el lugar y fecha del escrito y firma del demandante o de quien lo hiciere a su ruego.

C) ADMISIÓN DE LA DEMANDA:

Recibido el escrito de demanda, la Sala deberá efectuar el juicio de admisibilidad, mediante el cual constatará la concurrencia de los requisitos esenciales de la demanda, en ese sentido, se trata de juicio formal, de verificación y no de evaluación de los requisitos. Con el juicio se pretende constatar que en la demanda se encuentren aquellos requisitos que permitan en un momento posterior conocer la pretensión de amparo –objeto del proceso-

Como resultado del juicio de admisibilidad la Sala puede formular una prevención a la parte actora por el incumplimiento de uno de los requisitos esenciales de la demanda, la cual deberá evacuar en el plazo de tres días hábiles contados a partir del día siguiente de la notificación, caso contrario, declarara “inadmisible la demanda de amparo”.¹¹⁰

¹¹⁰ Inadmisibilidad en el amparo del 17/V/1999 REF. 318-99.

“El rechazo sin trámite completo de la demanda de amparo es un instrumento procesal utilizado de manera extrema por el juzgador constitucional, cuando se incumplen los requisitos de fondo (vicios o defectos en la presentación) o requisitos de forma (previa prevención y por vicios en los formalismos de su presentación) de la misma.”¹¹¹.

“En cuanto a los motivos de forma, éstos se refieren a las formalidades exigidas por la ley - en sede constitucional se atiende a la Ley de Procedimientos Constitucionales- para la presentación de la demanda, es decir, su calidad extrínseca, y pueden dividirse - atendiendo al principio de proporcionalidad y del iura nivit curia- en dos categorías: a) requisitos formales esenciales y b) requisitos formales no esenciales. La primera categoría está conformada por aquellos requisitos necesarios para poder conocer de la pretensión, el establecimiento del hecho reclamado y la individualización precisa de las partes, por lo que la ausencia de ellos o su oscuridad provoca la correspondiente prevención, - motivada y para cierto plazo- ya que sin los mismos no puede admitirse la demanda. A la segunda categoría pertenecen aquellos requisitos que se traducen en meros formalismos fijados por el legislador sobre la base de criterios retruécanos y excesivos, la profesión del demandante, las copias, entre otros; cuya ausencia no puede ni debe ser capaz de determinar el proceso, dado que su configuración no ayuda sustancialmente a conocer de la pretensión, por lo cual no se justifica una pretensión, debiendo por ello admitir la demanda”¹¹².

¹¹¹ Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional, Op. Cit. Pag. 79

¹¹² Teoría de la Constitución Salvadoreña, Op. Cit. Pág 331-333.

6.2.1 ACTOS PROCESALES DE DESARROLLO.

A) SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO:

De conformidad al inciso primero del Art. 19 L.Pr.Cn. en el mismo auto de admisión de la demanda la Sala de lo Constitucional debe resolver sobre la suspensión del acto contra el que se reclama, -lo cual puede ordenarse aún de oficio- en esta disposición se advierte que existen dos formas de conceder la suspensión: a petición de parte y de oficio (en ambos casos es una suspensión provisional inmediata del acto reclamado y se basa en el mero análisis de la demanda) la Sala pedirá informe a la autoridad demandada, el cual deberá rendirlo dentro del plazo de veinticuatro horas.

En dicho informe la autoridad demandada deberá pronunciarse sobre la certeza de los hechos que se le atribuyen. El hecho de que la autoridad no rinda el informe dentro del plazo legal, hará presumir la existencia del acto reclamado para los efectos de la suspensión o no del mismo.

Recibido el informe o transcurrido el plazo legal sin que el demandado lo rindiere, se mandará oír en la siguiente audiencia al Fiscal de la Corte. Con la contestación del Fiscal o sin ella, la Sala resolverá sobre la suspensión, decretándola o declarándola sin lugar –en el supuesto que no la haya decretado en el auto de admisión- confirmando o revocando la provisional, si la hubiere decretado.

B) INFORMES:

En el mismo auto en que se resuelve la suspensión, debe pedirse un segundo informe a la autoridad demandada, quien deberá rendirlo en el plazo de tres días, en este debe detallar los hechos con las justificaciones pertinentes,

certificando aquellos pasajes que justifiquen la constitucionalidad del acto. (Art. 26 L.Pr.Cn.)

C) PRIMERA ETAPA DE TRASLADOS:

Transcurrido el plazo mencionando, independientemente de haber recibido o no el informe, iniciará la etapa de traslados en el orden siguiente: primeramente al Fiscal de la Corte, luego al actor y después al tercero, si lo hubiere. Cada uno de los intervinientes tiene tres días para alegar lo conducente. Se hace la salvedad de que en el caso que fueren varios los terceros no se les dará traslado sino audiencia común por tres días; siendo necesario que ellos, o en su defecto el Tribunal, designe un representante entre ellos. (Arts. 27 y 28 L. Pr. Cn.)

D) FASE PROBATORIA:

Si a criterio de la Sala es necesario, después de haber concluido los procedimientos antes mencionados, el proceso se abre a pruebas por el plazo de ocho días. En la etapa probatoria no se admite ni compulsas, salvo “excepción legal”¹¹³, “ni pedir posiciones a la autoridad demandada”¹¹⁴.

“Lo corriente, es que se estime que no es preciso abrir a pruebas si del informe de la autoridad demandada resulta probado el acto reclamado, pero en la practica puede ocurrir de que el mismo informe se reconozca la comisión del acto en forma parcial, o se le atribuyan características que no corresponden a su naturaleza real, o que sea preciso establecer los daños y perjuicios inferidos por el mismo, por lo que la aplicación tajante de la relacionada regla jurisprudencial podría afectar el derecho probatorio de las partes”.¹¹⁵

¹¹³ la excepción la encontramos en el art. 83 L.Pr.Cn. el que al respecto señala: “si el funcionario o autoridad no ordenare dentro del termino respectivo extender la certificación pedida, o no la extendiere en un termino prudencial ...”

¹¹⁴ Art. 29 inc. 3º L.Pr. Cn. “se prohíbe las compulsas salvo en caso del art. 83 en ningún caso podrá pedirse posiciones al funcionario o autoridad demandada”.

¹¹⁵ Gutiérrez Castro Gabriel Mauricio, “ derecho Constitucional salvadoreño”, Op. Cit. , pág. 248.

Finalmente, como acto de desarrollo al concluir el plazo probatorio, se ordena la segunda etapa de traslados.

D) SEGUNDA ETAPA DE TRASLADOS:

Concluida la prueba el Art. 30 L.Pr.Cn. prevé otra etapa de traslados y en este caso a todas las partes, en primer lugar al Fiscal, a las partes y tercero, si lo hubiere, por el plazo de tres días.

6.2.2 ACTOS PROCESALES DE CONCLUSION.

Las formas de terminar el procedimiento de amparo son dos: el sobreseimiento (forma anormal) y la (sentencia forma normal)

A) SOBRESEIMIENTO:

“El sobreseimiento es un acto procesal derivado de la potestad judicial, que concluye una instancia judicial en el amparo, sin decidir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado (cuestión de fondo), sino atendiendo a circunstancias o hechos diversos de ella”

Según prescribe el art. 31 de la Ley de Procedimientos Constitucionales el proceso de amparo terminará por sobreseimiento, en los casos siguientes: (1) por desistimiento del autor, sin que sea necesaria la aceptación del demandado; 2) por expresa conformidad del agraviado con el acto reclamado; (3) por advertir el tribunal que la demanda se admitió en contravención con los arts. 12, 13 y 14, siempre que no se tratare de un error de derecho; (4) por no rendirse la prueba sobre la existencia del acto reclamado, cuando aquella fuere necesaria; (5) por haber cesado los efectos del acto reclamado; y (6) por fallecimiento del agraviado si el acto reclamado afectare únicamente a su persona.

B) SENTENCIA:

En cuanto a la terminación normal del proceso de amparo, se distinguen dos tipos de sentencias: (1) sentencia que concede el amparo o estimatoria de la pretensión; y (2) sentencia que no concede el amparo o desestimatoria de la pretensión.

1- La sentencia que concede el amparo o estimatoria de la pretensión, tiene por objeto restituir, mantener o conservar al agraviado en el pleno goce del derecho constitucional que le fue violado, cuando el acto reclamado sea de carácter positivo; y cuando sea de carácter negativo, el efecto del amparo será obligar a la autoridad responsable que obre en el sentido de respetar los derechos constitucionales del agraviado. Si el acto reclamado se hubiere ejecutado en todo o en parte, de un modo irreparable, habrá lugar a la iniciación de un proceso civil de indemnización por daños y perjuicios contra el responsable personalmente y en forma subsidiaria contra el Estado. Como accesorio a la sentencia la Sala efectúa condena en costas, daños y perjuicios al funcionario que en su informe hubiere negado la existencia del acto reclamado, o hubiese omitido dicho informe o falseado los hechos en el mismo.

2- La sentencia que no concede el amparo o desestimatoria de la pretensión, limita su pronunciamiento a declarar que no ha lugar el amparo, no haciendo referencia a la violación o no de derechos constitucionales. “dicha resolución reviste tal formulación, debido a que no toda sentencia desestimatoria o que declara sin lugar la demanda de amparo implica la conformidad del acto reclamado con el ordenamiento constitucional, sino que tal, en muchos de los casos es consecuencia de una mala fundamentación de la pretensión. Por otro lado, la sentencia desestimatoria condenará en costas,

daños y perjuicios al demandante y al tercero que sucumbiere en sus pretensiones, si lo hubiere.

La sentencia definitiva de amparo produce los efectos de cosa juzgada contra toda persona o funcionario, haya o no intervenido en el proceso, sólo en que al acto reclamado es o no constitucional, o violatorio de preceptos constitucionales.

El artículo 35 de la Ley de Procedimientos Constitucionales señala el efecto normal y principal de la sentencia estimatoria: el efecto restitutorio, el cual debe entenderse en forma amplia, es decir, atendiendo a la doble finalidad del amparo: en primer lugar, el restablecimiento del orden constitucional violado; y en segundo, la reparación del daño causado.

En general, y después de haber tratado de una forma breve el procedimiento de amparo, se afirma que ya existe precedente de dicha garantía en el sentido de tutelar el derecho a la salud cuando el Estado no cumple con su deber constitucional de satisfacerlo. Dicho precedente ha sido agregado al final de esta obra, como prueba fehaciente que respalda lo dicho en el transcurso de este esfuerzo. **(Remítase al apéndice N° 4 si desea verlo)**

CAPITULO V

ANALISIS E INTERPRETACION DE LOS DATOS RECOPIADOS EN LA INVESTIGACION DE CAMPO.

Se hace necesario en el desarrollo de este capítulo las siguientes aclaraciones. Primero, que tipo de investigación se realizó para conformar el cuerpo de este trabajo; segundo, cuáles fueron las unidades de análisis objeto de estudio; tercero, que procedimiento se eligió para diseñar la muestra y; cuarto, que técnicas e instrumentos se utilizaron para la recopilación de la información de campo. Estos cuatro puntos a que se ha hecho referencia, se explican a continuación.

1. “TIPO DE INVESTIGACION”¹¹⁶.

La investigación que se realizó fue tanto de campo como bibliográfica-emerográfica, esta última técnica se centralizó en la sistematización de teorías tanto del derecho a la salud como del amparo, las cuales permitieron analizar, interpretar y criticar los datos sobre el problema investigado asimismo; y de igual manera se estudio la normativa jurídica existente tanto internacional como nacional, y que tienen desde luego relación con el problema estudiado.

En cuanto a las técnicas que se utilizaron para recopilar la información de campo están: la obtención directa de información de fuentes reales a través de entrevistas dirigidas a los magistrados de la Sala de lo Constitucional; y de encuestas dirigidas a personas usuarias de los servicios de salud pública.

¹¹⁶ Rojas Soriano, Raúl. Guía para la realizar Investigaciones Sociales. Cf. Pág. 59 a 68 y; 181 a 184.

2. UNIDADES DE ANALISIS.

Se tomaron como unidades de análisis a instituciones públicas que tienen la responsabilidad de prestar el servicio de salud, actuando estas en representación del Estado. Dichas unidades de análisis fueron quince unidades de salud pública de San Salvador, divididas en zona centro, unidades de salud barrios, Unidad de salud Monserrat y, Unidad de Salud Lourdes; Zona Norte, Unidad de Salud Apopa, Unidad de Salud Guazapa y, Unidad de Salud Aguilares; zona Sur, Unidad de Salud Santiago Texacuangos, Unidad de Salud Santo Tomas y, Unidad de Salud San Marcos; Zona Oriente, Unidad de Salud Guadalupe, Unidad de Salud Matazano, Unidad de Salud Santa Lucia y; Zona Occidente, Unidad de Salud Zacamil, Unidad de Salud San Antonio Abad y, Unidad de Salud Delgado.

3. “MUESTRA”¹¹⁷

El procedimiento que fue escogido para diseñar la muestra es el método no probabilístico, este a su vez se subdivide en el sistema de cuotas e, intencional o selectivo; de estos dos se ha utilizado el segundo, ya que, se ha utilizado la entrevista estructurada a informantes claves, como lo son los cinco magistrados de la Sala de lo Constitucional; dichas entrevistas se realizaron en la sede de la Sala de lo Constitucional. Asimismo se ha utilizado la encuesta dirigida a diez usuarios del servicio de salud pública por cada unidad de salud estudiada, dichas unidades de salud pública son quince, siendo la muestra total de ciento cincuenta usuarios. Las encuestas mencionadas fueron realizadas en las unidades de salud pública del departamento de San Salvador arriba apuntadas.

¹¹⁷ Ibidem, Cf. Pág. 163, 164 y 171.

“Finalmente la técnica estadística que se ha empleado para el análisis e interpretación de los datos es la de porcentajes y proporciones. Para desarrollar esta técnica se ha utilizado la siguiente fórmula.

$$\frac{N_1}{N} (100)$$

En donde:

N1 es igual a una categoría previamente establecida. En nuestro caso está representada por cada pregunta.

N es igual a la muestra total, en este trabajo esta representada por los ciento cincuenta usuarios encuestados, y

(100) es igual a la constante de la fórmula”¹¹⁸.

4. “TECNICAS E INSTRUMENTOS”¹¹⁹.

En la realización de esta investigación se escogieron las técnicas anteriores con el fin de alcanzar los objetivos trazados en la misma. Estas técnicas fueron: para la investigación documental, se optó por la sistematización bibliográfica y hemerografica; a la primera correspondió como instrumento la ficha de trabajo bibliográfica, y a la segunda la ficha de trabajo hemerografica. Finalmente y para la investigación de campo se escogieron como técnicas, la encuesta y la entrevista; correspondiendo a la primera como instrumento el cuestionario; y la segunda cédula estructurada o dirigida.

Después de esta breve, pero necesaria aclaración en cuanto a los métodos (como), técnicas (a través de que) e, instrumentos (con qué) que se

¹¹⁸ Ibidem, Cf. Pág. 199 a 201.

¹¹⁹ Ibidem, Cf. Pág. 68 a 71.

utilizaron en esta investigación; pasamos al procesamiento de la información recopilada en campo.

5. “SELECCIÓN DEL METODO PARA PROCESAR LA INFORMACION”¹²⁰

“Para el procesamiento de la información existen diversos métodos, cuya utilización está condicionada por el tamaño de la muestra, el número de preguntas del instrumento, el tipo de análisis que se pretende realizar, así como por los recursos financieros y materiales disponibles.

En la actualidad es muy frecuente auxiliarse de medios electrónicos para resolver problemas de cualquier tipo. Sin embargo cuando se trata de volúmenes reducidos de información es más sencillo y económico valerse de procedimientos manuales o mecánicos para realizar esta fase; en este sentido se ha optado por este último mencionado, y que se desarrolla a continuación.

5.1 “TABULACION MANUAL”¹²¹.

Aquí se ha utilizado una hoja tabular en la que se ha concentrado la información, colocando en el lado izquierdo las preguntas o códigos “N1”; y en la parte superior el nombre de la Unidad de Salud que fue objeto de estudio, la fórmula utilizada para procesar la información de la hoja tabular fue la anteriormente explicada. **(Remítase al apéndice N° 5 en donde se presenta dicha hoja tabular, esta contiene la totalidad de Unidades de Salud Públicas encuestadas, así como los resultados obtenidos en estas)**

¹²⁰ Ibidem, Cf. Pág. 185.

¹²¹ Ibidem, Cf. Pág. 188- 189

6. PROCESAMIENTO, INTERPRETACION, ANALISIS DE LA INFORMACION DE CAMPO Y COMPROBACION DE HIPOTESIS.

Hasta aquí se ha terminado la etapa de trabajo de campo que nos ocupa. Cabe desarrollar ahora la etapa del procesamiento y análisis de la etapa del procesamiento y análisis de la información obtenida, asimismo se analizarán y comprobarán las hipótesis, a saber: Para el procesamiento de la información empírica se ha utilizado, y se sigue utilizando la tabulación manual.

En esta ocasión se colocará al lado izquierdo del cuadro la pregunta o categoría del cuestionario dirigido a los usuarios del servicio de salud que prestan las Unidades de Salud Pública del Departamento de San Salvador; **(Remítase al apéndice N° 6, si desea ver dicho cuestionario)**; y en la parte superior del cuadro o tabla se han colocado los códigos, frecuencias absolutas y las frecuencias relativas.

“Códigos. Los códigos seleccionados son: código 1 el cual es igual a “sí” o afirmación y, código 2 el cual equivale a “no” o negación.

Frecuencia Absolutas”. Estas pueden equivaler al número total de afirmaciones o negaciones de cada frecuencia o pregunta, según sea el caso; y

Frecuencias Relativas. Estas son los porcentajes de casos afirmativos o negativos en cada pregunta”.¹²²

En cuanto al análisis de la información de campo y comprobación de hipótesis se sigue optando por el método estadístico de porcentajes; analizándose individualmente tanto cada pregunta de la encuesta, como cada variable dependiente y su contra parte, la variable independiente de las tres hipótesis que se plantearon en el curso de esta investigación.

Es necesario aclarar que se ha planteado una Hipótesis General y dos específicas. **(Remítase a los apéndices N° 8, 9 y 10. Si desea ver hipótesis y la operacionalización de sus variables)**.

¹²² Ibidem, Cf. Pág.149 a 156

A continuación se procede a materializar el procesamiento de la información de campo, su interpretación; asimismo se procede al análisis y comprobación de hipótesis.

6.1 HIPOTESIS GENERAL.

a. Procesamiento de pregunta uno de encuesta.

Para calcular las frecuencias relativas o porcentajes se recurre nuevamente a la siguiente fórmula.

Categoría o frecuencia (N ₁)	Código	Frecuencia Absoluta	Frecuencia Relativa o Porcentaje
¿Recibe en esta Unidad de Salud Asistencia Gratuita por la prestación de los servicios de salud pública?	SI	72	48%
	NO	78	52%
TOTAL.		150	100%

$$\text{Porcentajes} \quad \frac{N_1}{N} (100) \quad \frac{72 \times 100}{150} = 48\%$$

$$\text{Porcentajes} \quad \frac{N_1}{N} \quad \frac{78 \times 100}{150} = 52\%$$

B- INTERPRETACIÓN.

Prácticamente más del cincuenta por ciento de los encuestados ha pagado (económicamente hablando) por los servicios que prestan las Unidades de Salud Pública.

C. ANÁLISIS Y COMPROBACIÓN DE INDICADOR “X1” DE HIPÓTESIS GENERAL.

Esta pregunta fue elaborada con el propósito de someter a prueba el indicador independiente X1 “Violación a la asistencia gratuita”. En efecto se comprobó si se observa el cuadro anterior se tiene que de los 150 encuestados solo 72 de ellos han recibido asistencia gratuita, esto equivale al 48%. En cuanto a los 78 encuestados restantes, es decir, el 52% han pagado o cancelado por los servicios de salud pública.

En cuanto al indicador dependiente Y1 denominado “Denuncia”, se creó la siguiente pregunta.

A- PROCESAMIENTO DE PREGUNTA SIETE DE ENCUESTA.

Categoría o frecuencia (N ₁)	Código	Frecuencia Absoluta	Frecuencia Relativa o Porcentaje
¿Ha denunciado usted ante cualquier autoridad infracciones o violaciones que le hayan causado daño en su salud?	SI	0.00	0.00%
	NO	150	100.0%
TOTAL.		150	100.0%

$$\text{Porcentajes} \quad \frac{N_1}{N} (100) \quad \frac{0 \times 100}{150} = 0.00 \%$$

$$\text{Porcentajes} \quad \frac{N_1}{N} (100) \quad \frac{150 \times 100}{150} = 100\%$$

B. INTERPRETACIÓN.

Llama la atención saber que los encuestados nunca han denunciado ante cualquier autoridad violaciones que hayan sufrido en su salud.

C. ANÁLISIS Y COMPROBACIÓN DE INDICADOR “Y1” DE HIPÓTESIS GENERAL.

El fin que perseguía la anterior pregunta era el comprobar el indicador dependiente Y₁, ya apuntado. Los resultados son preocupantes si se observa que de los 150 encuestados, es decir, el 100% no ha denunciado ante cualquier autoridad violaciones ante cualquier autoridad violaciones que haya sufrido en su salud; esto en términos matemáticos equivale a cero denuncias.

A. PROCESAMIENTO DE PREGUNTA NUEVE DE ENCUESTA.

Categoría o frecuencia (N ₁)	Código	Frecuencia Absoluta	Frecuencia Relativa o Porcentaje
¿Ha sufrido algún tipo de impedimento físico a consecuencia de mala practica médica?	SI	1	0.67%
	NO	149	99.33%
TOTAL.		150	100.0%

$$\text{Porcentajes} \quad \frac{N}{N} (100) \quad \frac{1 \times 100}{150} = 0.666\%$$

$$\text{Porcentajes} \quad \frac{N_1}{N} (100) \quad \frac{149 \times 100}{150} = 99.33\%$$

B. INTERPRETACIÓN.

Aquí solo una persona sufrió impedimento físico a consecuencia de mala práctica médica de parte del personal de las Unidades de Salud Pública estudiadas

C. COMPROBACIÓN DE INDICADOR X2 DE HIPÓTESIS GENERAL.

Esta pregunta tenía como fin someter a prueba el indicador independiente X2, llamado, “Mala praxis por deficiente preparación del recurso humano médico” los resultados fueron que de los 150 encuestados solo una de ellos ha sufrido en su salud impedimento físico a consecuencia de mala praxis, esto es equivalente al 1%, los 149 encuestados restantes, es decir, el 99% no ha sufrido en su salud por tal practica.

En cuanto al indicador dependiente Y2 se elaboro la siguiente pregunta.

A. Procesamiento de la pregunta seis de encuesta.

Categoría o frecuencia (N1)	Código	Frecuencia Absoluta	Frecuencia Relativa o Porcentaje
¿Tiene conocimiento de que el personal médico y administrativo de las instituciones de salud pública son responsables y que están sujetos a sanciones administrativas, civiles y penales por infracciones o violaciones que cometan contra el derecho a la salud de algún gobernado?	SI	30	20%
	NO	120	80%
TOTAL.		150	100.0%

$$\text{Porcentajes} \quad \frac{N_1}{N} (100) \quad \frac{30 \times 100}{150} = 20\%$$

$$\text{Porcentajes} \quad \frac{N_1}{N} (100) \quad = \frac{120 \times 100}{150} = 80\%$$

B- INTERPRETACIÓN.

Es preocupante saber que más de las tres cuartas partes de los encuestados no conocen de tal responsabilidad que pende sobre el personal médico y administrativo de las Unidades de Salud Públicas.

C- ANÁLISIS Y COMPROBACIÓN DE INDICADOR “Y2” DE LA HIPÓTESIS GENERAL.

El propósito que perseguía esta pregunta era el de someter a prueba el indicador dependiente Y2, denominado, “Responsabilidad del Estado y del agente que comete una violación al derecho a la salud de cualquier gobernado”. Los resultados fueron que de 150 encuestados, solo 30 están consientes de tal responsabilidad, esto equivale al 20%. El otro 80%, es decir, 120 encuestados no saben que el personal médico y administrativo es responsable por violaciones que cometan contra el derecho a la salud.

A- PROCESAMIENTO DE LA PREGUNTA CUATRO DE ENCUESTA.

Categoría o frecuencia (N1)	Código	Frecuencia Absoluta	Frecuencia Relativa o Porcentaje
¿Ha sufrido complicaciones en su salud por haber recibido tratamiento incompleto, inadecuado o tardío?	SI	93	62%
	NO	57	38%
TOTAL.		150	100.0%

$$\begin{array}{l} \text{Porcentajes} \quad \frac{N_1}{N} (100) \quad \frac{93 \times 100}{150} = 62\% \\ \text{Porcentajes} \quad \frac{N_1}{N} (100) \quad \frac{57 \times 100}{150} = 38\% \end{array}$$

B- INTERPRETACIÓN.

Llama la atención que más del cincuenta por ciento de los encuestados ha padecido complicaciones en su salud por las razones antes apuntadas.

C. ANÁLISIS Y COMPROBACIÓN DE INDICADOR “X3” DE LA HIPÓTESIS GENERAL.

El propósito de esta pregunta era comprobar el indicador independiente X₃, llamada, “Lesividad a la integridad física y la vida”. Teniendo como resultado que de los 150 encuestados, 93 de ellos ha padecido complicaciones en su salud, esto equivale al 62%; los demás encuestados, que son 57 en total, no ha padecido tales complicaciones a su salud por los motivos ya apuntados, esto es igual al 38%.

A- PROCESAMIENTO DE LA PREGUNTA DOCE DE ENCUESTA.

Categoría o frecuencia (N ₁)	Código	Frecuencia Absoluta	Frecuencia Relativa o Porcentaje
¿Ha utilizado el amparo para proteger el derecho a la salud por cualquier violación cometida por el personal de esta Unidad de Salud?	SI	0.00	0.00%
	NO	150	100.0%
TOTAL.		150	100.0%

Porcentajes	$\frac{N_1}{N} (100)$	$\frac{0.00 \times 100}{150}$	= 0.00%
Porcentajes	$\frac{N_1}{N} (100)$	$\frac{150 \times 100}{150}$	= 100%

B- INTERPRETACIÓN.

Es preocupante saber que todos los encuestados nunca han utilizado el amparo para proteger su derecho a la salud por cualquier violación que hayan sufrido en las Unidades de Salud.

C. ANÁLISIS Y COMPROBACIÓN DE INDICADOR “Y3” DE LA HIPÓTESIS GENERAL.

El objeto de esta pregunta era someter a prueba el indicador independiente Y3, denominado, “Incoación del amparo para proteger el derecho a la salud”. Los resultados que se obtuvieron son realmente alarmantes, ya que, si se observa el cuadro anterior tenemos que de los 150 encuestados nadie ha utilizado el amparo con el fin de tutelar su derecho a la salud por violación de cualquier índole; esto equivale al 100.0% de no utilización del remedio constitucional en mención.

6.1.1 COMPROBACION DE HIPOTESIS GENERAL.

Después de este proceso se ha concluido que la hipótesis general denominada “La violación del derecho a la salud por parte del personal médico y administrativo de las Unidades de Salud Pública del Departamento de San Salvador (variable dependiente) genera su protección por medio del amparo (variable Dependiente)”; ha sido rechazada o negativizada, por las razones siguientes:

- a. Si bien es cierto que se comprobó la violación a la asistencia gratuita de la salud pública; también es cierto que ni un encuestado ha denunciado tal situación ante cualquier autoridad;
- b. Por que de los 150 encuestados sólo uno ha sufrido las consecuencias de la mala praxis médica, y no denunció tal hecho; asimismo sólo el 20% de los encuestados tiene conocimiento de que el personal de las Unidades de Salud estudiadas puede responder ante la Ley por violación que cometan contra el derecho a la salud; también este 20% a sabiendas de tal situación no ha ejercido la denuncia; y
- c. Por que no obstante el 62% de los encuestados ha padecido complicaciones en su salud por haber recibido tratamiento incompleto inadecuado o tardío no lo ha denunciado.

6.2 PRIMERA HIPOTESIS ESPECIFICA.

A- PROCESAMIENTO DE LA PREGUNTA TRES DE ENCUESTA.

Categoría o frecuencia (N ₁)	Código	Frecuencia Absoluta	Frecuencia Relativa o Porcentaje
¿Ha recibido en esta Unidad de Salud tratamiento incompleto por falta de medicamentos, equipo o personal médico?	SI	91	66%
	NO	59	34%
TOTAL.		150	100.0%

$$\text{Porcentajes} \quad \frac{N_1}{N} (100) \quad \frac{59 \times 100}{150} = 34\%$$

B- INTERPRETACIÓN.

Es preocupante saber que mas del cincuenta por ciento de los encuestados se le ha tratado incompletamente algún padecimiento por falta de medicamentos, equipo o personal médico.

C. ANÁLISIS Y COMPROBACIÓN DE INDICADOR “X1” DE LA PRIMERA HIPÓTESIS ESPECIFICA.

La razón de ser de esta pregunta fue el de someter a prueba el indicador independiente X1, llamado “Falta de asistencia integral en el área de salud pública”. Y los resultados fueron que de los 150 encuestados, que de ellos han recibido tratamiento incompleto, por las razones ya expresadas, esto equivale al 66%.

El resto de los encuestados no ha recibido tal o cual tratamiento incompleto, esto es igual a 59 encuestados, y en porcentajes se traduce en 34%.

A- PROCESAMIENTO DE PREGUNTA CINCO DE ENCUESTA.

Categoría o frecuencia (N ₁)	Código	Frecuencia Absoluta	Frecuencia Relativa o Porcentaje
¿Ha padecido algún tipo de negativa o atención tardío por malicia del personal de esta Unidad de Salud?	SI	150	100.0%
	NO	0	0.00%
TOTAL.		150	100.0%

$$\text{Porcentajes} \quad \frac{N_1}{N} (100) \quad \frac{150 \times 100}{150} = 100.0 \%$$

$$\text{Porcentajes} \quad \frac{N_1}{N} (100) \quad \frac{0.00 \times 100}{150} = 0.00\%$$

B- INTERPRETACIÓN.

Es preocupante saber que a todos los encuestados se le ha negado, o se les ha atendido tardíamente en las Unidades de Salud Públicas estudiadas, por malicia del personal de las mismas.

C. ANÁLISIS Y COMPROBACIÓN DE INDICADOR “Y1” DE LA PRIMERA HIPÓTESIS ESPECIFICA.

El objeto que perseguía esta pregunta era el de comprobar el indicador dependiente Y1, denominado “Cobertura limitada para velar por la salud y la vida”. Los resultados se escriben a continuación; de los 150 encuestados, todos y cada uno de ellos han padecido algún tipo de negativa o atención tardía por malicia del personal de las Unidades de Salud Pública estudiadas; esto equivale al 100.0% de los encuestados.

A- PROCESAMIENTO DE LA PREGUNTA DOS DE ENCUESTA.

Categoría o frecuencia (N ₁)	Código	Frecuencia Absoluta	Frecuencia Relativa o Porcentaje
¿Le han proporcionado en esta Unidad de Salud medicamentos vencidos, con empaques deteriorados o que carezcan de instrucciones para su uso?	SI	81	54%
	NO	69	46%
TOTAL.		150	100.0%

$$\text{Porcentajes} \quad \frac{N_1}{N} (100) \quad \frac{81 \times 100}{150} = 54\%$$

$$\text{Porcentajes} \quad \frac{N_1}{N} (100) \quad \frac{69 \times 100}{150} = 48\%$$

B- INTERPRETACIÓN.

Es realmente preocupante saber que más del cincuenta por ciento de los encuestados ha recibido medicamentos vencidos, con empaques deteriorados o que carezcan de instrucciones para su consumo.

C. ANÁLISIS Y COMPROBACIÓN DE INDICADOR “X2” DE LA PRIMERA HIPÓTESIS ESPECIFICA.

El propósito de esta pregunta era el de someter a prueba el indicador dependiente X2, enunciado así, “falta de control en la calidad de los productos químicos - farmacéuticos que proporcionan las farmacias de la Unidades de Salud Pública”. Los resultados fueron que de los 150 encuestados, a 81 de ellos le han proporcionado medicamentos de mala calidad como los arriba apuntados, esto en términos de porcentaje equivale al 54%. Los otros 69 encuestados restantes no han recibido tal o cual tipo de medicamentos, esto equivale al 46%.

A- PROCESAMIENTO DE PREGUNTA CUATRO DE ENCUESTA.

Categoría o frecuencia (N1)	Código	Frecuencia Absoluta	Frecuencia Relativa o Porcentaje
¿Ha padecido complicaciones en su salud por haber recibido tratamiento incompleto, inadecuado o tardío?	SI	93	62%
	NO	57	38%
TOTAL.		150	100.0%

$$\text{Porcentajes} \quad \frac{N_1}{N} (100) \quad \frac{93 \times 100}{150} = 62\%$$

$$\text{Porcentajes} \quad \frac{N_1}{N} (100) \quad \frac{57 \times 100}{150} = 38\%$$

B- INTERPRETACIÓN.

Llama la atención que más del cincuenta por ciento de los encuestados a padecido complicaciones en su salud por las razones antes apuntadas.

C. ANÁLISIS Y COMPROBACIÓN DE INDICADOR “Y2” DE PRIMERA HIPÓTESIS ESPECIFICA.

El propósito de esta pregunta no era sólo el de comprobar el indicador independiente X3 de hipótesis general; sino también de someter a prueba el indicador dependiente Y2 de la hipótesis específica uno, a saber: “Complicaciones en la salud de los usuarios de dichas Unidades de Salud”. los resultados fueron que de 150 encuestados, 93 de ellos han padecido complicaciones en su salud, esto equivale al 62%. Los demás encuestados, que son 57 en total no han padecido tales complicaciones a su salud por los motivos ya apuntados, esto es igual al 33%.

6.2.1 COMPROBACION DE PRIMERA HIPOTESIS ESPECIFICA.

Ha llegado el momento de aceptar o rechazar la hipótesis específica uno, denominada, “la deficiencia de los servicios que prestan las Unidades de Salud Pública del Departamento de San Salvador (variable dependiente) produce una violación al derecho de la salud de los usuarios que las frecuentan (variable independiente).

Bien, esta hipótesis ha sido positivada, consecuentemente es aceptada; a continuación se literalizan las razones de su aceptación.

- a. Porque de los 150 encuestados, 91 que de ellos ha recibido tratamiento incompleto por falta de medicamentos, equipo o personal médico;
- b. Porque el 100.0% de los usuarios encuestados ha sufrido algún tipo de negativa o atención tardía por parte del personal de las Unidades de Salud objeto de estudio;
- c. Porque 81 usuarios del servicio de salud pública, de los 150 encuestados le han proporcionado medicamentos vencidos, con empaques deteriorados o que carezcan de instrucción para su uso y consumo.
- d. Porque el 62% de los usuarios encuestados ha padecido complicaciones en su salud por haber recibido tratamiento incompleto o tardío.

Las razones anteriores confirman que la deficiencia de los servicios que prestan las Unidades de Salud Pública del Departamento de San Salvador produce una violación al derecho de la salud de los usuarios que las frecuentan.

6.3 SEGUNDA HIPOTESIS ESPECIFICA.

A- PROCESAMIENTO DE PREGUNTA TRECE DE ENCUESTA.

Categoría o frecuencia (N1)	Código	Frecuencia Absoluta	Frecuencia Relativa o Porcentaje
¿Se ha enterado por cualquier medio, de que en esta comunidad se realizan actividades tendientes no solo a la promoción y estímulo de los derechos humanos; sino también a velar por su garantía a través del amparo u otro remedio Constitucional. Todo esto promovido por la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos?	SI	0.00	0.00%
	NO	150	100.0%
TOTAL.		150	100.0%

$$\text{Porcentajes} \quad \frac{N_1}{N} (100) \quad \frac{0.00 \times 100}{150} = 0.00\%$$

$$\text{Porcentajes} \quad \frac{N_1}{N} (100) \quad \frac{150 \times 100}{150} = 100.0\%$$

B- INTERPRETACIÓN.

Es preocupante saber que todos los encuestados nunca han escuchado sobre la promoción, estímulo y protección de los derechos humanos, promovido por la institución de Gobierno pertinente.

C. ANÁLISIS Y COMPROBACIÓN DE INDICADOR “X1” DE SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECIFICA.

Esta pregunta fue formulada con el fin de probar el indicador independiente X1, llamado “insuficientes políticas de derechos humanos”,. Los resultados fueron que de los 150 encuestados ninguno de ellos se ha enterado de programas tendientes a promover, estimular y garantizar los derechos humanos en su comunidad; realizadas por la entidad Gubernamental ya mencionada.

A- PROCESAMIENTO DE PREGUNTA OCHO DE ENCUESTA.

Categoría o frecuencia (N ₁)	Código	Frecuencia Absoluta	Frecuencia Relativa o Porcentaje
¿Sabe usted que existe una garantía llamada amparo, que protege no sólo el derecho a la salud de la población Salvadoreña, sino también otros derechos constitucionales?	SI	0.00	0.00%
	NO	150	100.0%
TOTAL.		150	100.0%

$$\text{Porcentajes} \quad \frac{N_1}{N} (100) \quad \frac{0.00 \times 100}{150} = 0.00\%$$

$$\text{Porcentajes} \quad \frac{N_1}{N} (100) \quad \frac{150 \times 100}{150} = 100.0\%$$

B- INTERPRETACIÓN.

También aquí preocupa saber que todos los encuestados no tienen conocimiento de la existencia del amparo.

C. ANÁLISIS Y COMPROBACIÓN DE INDICADOR “Y1” DE SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECIFICA.

La interrogante anterior se elaboró con el propósito de probar el indicador independiente Y1, llamado, “desconocimiento del amparo”. Los resultados obtenidos fueron que los 150 encuestados, nadie conoce el amparo constitucional, esto equivale al 100% de desconocimiento de tal garantía.

A- PROCESAMIENTO DE PREGUNTA CATORCE DE ENCUESTA.

Categoría o frecuencia (N ₁)	Código	Frecuencia Absoluta	Frecuencia Relativa o Porcentaje
¿Tiene conocimiento de que en esta comunidad existen instituciones públicas que velan por los derechos humanos de los salvadoreños?	SI	0.00	0.00%
	NO	150	100.0%
TOTAL.		150	100.0%

$$\text{Porcentajes} \quad \frac{N_1}{N} (100) \quad \frac{0.00 \times 100}{150} = 0.00\%$$

$$\text{Porcentajes} \quad \frac{N_1}{N} (100) \quad \frac{150 \times 100}{150} = 100.0\%$$

B- INTERPRETACIÓN.

Una vez más es preocupante saber que el total de los encuestados no tiene conocimiento de que en sus comunidades existan instituciones públicas que velan por sus derechos humanos.

C. ANÁLISIS Y COMPROBACIÓN DE INDICADOR “X2” DE SEGUNDA HIPOTESIS ESPECIFICA.

Con el anterior cuestionamiento se sometió a prueba el indicador independiente X2, enunciado de la siguiente manera, “falta de instituciones públicas a nivel regional o municipal que asesoren sobre derechos humanos”. Los resultados obtenidos fueron que ninguno de los 150 encuestados conoce de que en su comunidad existan dichas instituciones, esto equivale al 100.0 % de la muestra poblacional estudiada.

A- PROCESAMIENTO DE PREGUNTA NUEVE DE ENCUESTA.

Categoría o frecuencia (N1)	Código	Frecuencia Absoluta	Frecuencia Relativa o Porcentaje
¿Ha utilizado el amparo para proteger su derecho a la salud por violaciones cometidas por el personal de esta Unidad de Salud?	SI	0.00	0.00%
	NO	150	100.0%
TOTAL.		150	100.0%

$$\text{Porcentajes} \quad \frac{N_1}{N} \quad (100) \quad \frac{0.00 \times 100}{150} = 0.00\%$$

$$\text{Porcentajes} \quad \frac{N_1}{N} \quad (100) \quad \frac{150 \times 100}{150} = 100.0\%$$

B- INTERPRETACIÓN.

Es preocupante saber que todos los encuestados, como consecuencia de no conocer el amparo constitucional no lo ha utilizado para protegerse de las violaciones cometidas contra su derecho a la salud.

C. ANÁLISIS Y COMPROBACIÓN DE INDICADOR “Y2” DE SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECIFICA.

Lo que se pretendía probar con esta pregunta es el indicador dependiente Y2, denominado, “no utilización del amparo para tutelar violaciones al derecho a la salud de los usuarios de las Unidades de Salud Pública”. Los resultados fueron que de los 150 encuestados nadie ha utilizado el amparo para hacer valer se derecho a la salud, esto equivale al 100.0% de no utilización del amparo.

6.3.1 COMPROBACION DE SEGUNDA HIPOTESIS ESPECIFICA.

También acá ha llegado el momento de aceptar o rechazar la segunda y última hipótesis específica, a saber: “la falta de promoción y publicidad del amparo por parte de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (variable dependiente), propicia la vulneración de la integridad física y la vida de los usuarios de las Unidades de Salud Pública del Departamento de San Salvador (variable independiente)”

Cabe hacer notar que dicha hipótesis ha sido aceptada por las razones siguientes:

- a. Porque de los 150 encuestados, ni uno sólo tiene conocimiento que en sus comunidades se realicen actividades tendientes no sólo a la

promoción y estímulo de los derechos humanos, sino también a velar por su garantización a través del amparo u otro remedio constitucional. Todo esto promovido por la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos; b. Porque todos los usuarios encuestados, ignoran la existencia del amparo como mecanismo de protección no sólo del derecho a la salud, sino de otros derechos reconocidos por la Constitución.

- b. Porque el 100.0% de los usuarios encuestados niega la existencia en sus comunidades de instituciones públicas que velen por los derechos humanos de los salvadoreños; y
- c. Porque el total de los encuestados no ha utilizado el amparo para proteger se derecho a la salud por violaciones cometidas por el personal de las Unidades de Salud Públicas encuestadas; esto como consecuencia de la no promoción y publicidad del amparo por parte de la institución pública que vela por los derechos humanos.

La aceptación de la hipótesis anterior ha quedado confirmada por las razones arriba apuntadas.

7. ENTREVISTA DIRIGIDA A LOS ACTUALES MAGISTRADOS DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Las entrevistas que aquí se presentan fueron realizadas a través de la formulación de diez preguntas plasmadas en un cuestionario dirigido a los Magistrados de la Sala de lo Constitucional (**Remítase al apéndice N° 7 si desea ver dicho cuestionario**); si bien sabemos los magistrados de la Sala

son cinco y no obstante haberseles entregado a todos el respectivo cuestionario, solo tres de ellos fueron contestados, es por esta razón que los resultados que aquí se presentan son el reflejo de la respuesta que de ellos se obtuvo, ellos son, el doctor Agustín García Calderón, presidente de la Sala de o Constitucional, doctor Mario Antonio Solano Ramírez y doctor René Eduardo Hernández Valiente, primer magistrado de la Sala.

El desarrollo en cuanto a preguntas y respuestas fue el siguiente: primeramente mencionamos la pregunta, luego la respuesta literal obtenida por cada uno de los entrevistados, y por último un breve comentario de los resultados.

PREGUNTA 1

¿Considera usted que se reconoce el derecho a la salud en nuestra Constitución?

Doctor Agustín García Calderón.

Si, "porque se encuentra estipulado en el Capítulo II, Derechos Sociales Sección Cuarta Salud Pública y Asistencia Social. Por lo tanto si se reconoce: Arts. 65 al 70 Cn".

Doctor Mario Antonio Solano Ramírez.

Si, "así lo establecen los Arts. 65 y siguientes de la Constitución".

Doctor Rene Eduardo Hernández Valiente.

Si, "jurisprudencialmente es aceptable que existen diversas categorías subjetivas de relevancia constitucional que no se encuentran explícitamente establecidas en la Constitución de la República, y que, pese a su no

formulación expresa, ellas pueden desprenderse del trasfondo de la misma. Entre tales categorías se encuentra el derecho a la salud.

En concreto, el artículo 65 de la Constitución señala que la salud de los habitantes constituye un bien público. Visto desde el punto de vista de una interpretación literal, no puede desprenderse del texto de la disposición mencionada un derecho como tal. Sin embargo, tomando en consideración que la Constitución no se limita a su texto, sino que además ella comprende una serie de elementos que pueden derivarse de la interpretación de sus disposiciones, puede señalarse que entre las categorías atribuibles a los justiciables se encuentra un derecho a la salud.

Lo anterior se afirma porque la disposición constitucional antes mencionada señala que el Estado está obligado a la conservación de la salud, y, en esa medida, existe una correlativa exigibilidad de la obligación señalada por la Constitución, que se traduce en una categoría jurídica atribuible a los sujetos de los cuales se puede predicar ese bien como un elemento de la esfera particular que constitucionalmente puede ser objeto de protección.

Así pues, si bien la Constitución no reconoce expresamente un derecho a la salud, éste puede derivarse del artículo 65 de la Constitución, y tal vez más que un derecho puede hablarse de una categoría subjetiva protegible de relevancia constitucional.”

COMENTARIO.

El Magistrado Agustín García Calderón fundamenta su respuesta en la lectura del capítulo II, Sección Cuarta de la Constitución, en la cual no solo se llama derecho social a la salud pública sino también a la asistencia social.

Entendemos que en este mismo sentido vertió su opinión el doctor Mario Antonio Solano Ramírez.

En cuanto al Doctor René Eduardo Hernández Valiente, podemos decir que su respuesta es más analítica, el sostiene que la salud no esta expresamente formulada como derecho; pero jurisprudencialmente si acepta que existen diversas categorías subjetivas de rango constitucional protegibles, ubicando entre estas categorías atribuibles a los justiciables la salud. Asimismo opina que la Constitución no se limita a su texto sino que ella comprende una serie de elementos que puede derivarse de sus preceptos; deduciéndose un verdadero derecho a la salud. Pero en síntesis el prefiere hablar de conceptos subjetivos constitucionales protegibles en vez de derechos.

“Estas opiniones básicamente son congruentes con las ideas vertidas por los autores de esta obra, en cuanto a considerar a la salud como un derecho”

En cuanto a la opinión del último Magistrado, solo cabe agregar que las categorías constitucionales protegibles, a que el se refiere, son de fondo verdaderos derechos, ya que son jurídicamente exigibles.

PREGUNTA 2

¿El amparo protege el derecho a la salud?

Doctor Agustín García Calderón.

si, porque protege los derechos individuales de las personas y éstas al sentirse agraviadas en cualquiera de ellos puede pedir amparo de conformidad a lo establecido en el Art. 12 Cn.”

Doctor Mario Antonio Solano Ramírez.

Si, “porque la Constitución en su art. 11 establece, que existe posibilidad jurídica de la reparación de los derechos violentados”.

Doctor Rene Eduardo Fernández Valiente.

Si, “definitivamente el amparo es un medio de protección de categorías subjetivas protegibles, entre las cuales se encuentra el derecho a la salud. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, yendo más allá de la protección a meros derechos e incluyendo entre otros parámetros de control del proceso de amparo una serie de elementos que pueden atribuirse a la esfera particular de los sujetos.”

COMENTARIO.

La totalidad (3) de los magistrados entrevistados manifestó que efectivamente el amparo protege a la salud, vista por los dos primeros como un derecho y por el tercero como una categoría subjetiva protegible. De las anteriores respuestas podemos decir que, ya existen precedentes en los cuales se ha protegido el derecho a la salud y no hay que olvidar que el amparo únicamente protege los derechos que la Constitución otorga.

PREGUNTA 3

De acuerdo a la Constitución y a la axiología jurídica moderna. ¿Cuál considera usted que es el primer valor-derecho de la persona humana?

Doctor Agustín García Calderón.

Vida, por qué: De conformidad al Art. 1 Cn. Reconoce a la persona humana como el origen y fin de la actividad del Estado, en su inciso segundo, dice que le reconoce desde el momento de la concepción”.

Doctor Mario Antonio Solano.

Vida, “porque de ella se desprenden todos los demás derechos. La vida es la síntesis de todo lo que existe y de todo propósito humano”.

Doctor René Eduardo Hernández Valiente.

“No existe gerarquización de valores y derechos. A pesar de ello, puede señalarse que en el sistema constitucional salvadoreño la dignidad es el valor de mayor presencia, puesto que la misma es el fundamento de la concepción humanista que inspira nuestra Carta Magna, y por ende se encuentra tras cada una de las normas constitucionales.

Por consiguiente no se establece una estructura jerárquica en el ordenamiento constitucional, y, en esa medida, visto estáticamente, no puede decirse categóricamente que un valor o un derecho constitucional específico sea el primero entre unos y otros.

Otra cosa ocurre cuando el operador de las circunstancias particulares pueda deducirse la preponderancia de una norma sobre otra. Robert Alexy profundiza bastante al respecto en el libro “Teoría de los derechos fundamentales”, en el cual establece un método de ponderación cuando dos normas constitucionales entran en conflicto.

El autor señala que dichas normas se vuelven mandatos de optimización, en tanto que la plena aplicación del contenido de uno u otro se va a manifestar

de acuerdo a las condicionantes fácticas que circunden el supuesto específico acerca del cual es necesario decidir.

En fin, si bien estáticamente no existe un orden jerárquico dentro del ordenamiento constitucional, es válido señalar que el valor dignidad se encuentra detrás de toda norma primaria, y en esa medida adquiere una posición preponderante en el ordenamiento jurídico salvadoreño”.

COMENTARIO.

Los primeros magistrados entrevistados coinciden en responder que el primer valor derecho es la vida, el último entrevistado dice que puede ser la vida desde un punto de vista práctico, pero que en realidad no existe un orden jerárquico dentro del ordenamiento constitucional, y que, es el valor dignidad el que mayor presencia tiene en el ordenamiento constitucional.

Aquí compartimos la opinión de los dos primeros ya que sin la vida es imposible hacer valer otro derecho y no se puede tener dignidad sin vida. Pero si se puede tener vida sin ser esta digna aunque no debería ser así, por supuesto.

PREGUNTA 4

¿Esta de acuerdo con las siguientes afirmaciones?

- a) “El derecho a la vida está vinculado estrechamente con el derecho a la salud”
- b) “El derecho a la vida y su corolario el derecho a la salud, tienen una relación estrecha con el principio fundamental de la dignidad inherente de la persona humana”

Doctor Agustín García Calderón.

- a) Si, "porque si no se le atiende esta puede morir y tal como lo establece el Art. 12 Cn. La salud constituye un bien público para el Estado. Y siendo que la persona humana es el origen y el fin de la actividad del Estado, estos están estrechamente relacionados."
- b) no emitió respuesta al respecto.

Doctor Mario Antonio Solano Ramírez.

- a) Si, "porque su conservación depende de la salud, no sólo en el campo personal, sino en el social."
- b) Si, "porque la vida humana sólo se explica si hay dignidad"

Doctor René Eduardo Hernández Valiente.

- a) Sí. "Como se ha mencionado, desde el punto de vista práctico el derecho a la vida es una especie de derecho-condición en virtud del cual el titular puede ejercer los demás derechos. Obviamente, partiendo de la concepción personalista, el valor dignidad supone que la vida del ser humano este revestida de esa calidad, y para que sea digna es necesario que goce de salud, de ahí pues, existe una estrecha vinculación. Por un lado, el bienestar físico y mental de un ser humano puede condicionar su propia vida, puesto que muchas de las enfermedades conocidas son mortales".
- b) "Indudablemente. Como ya se ha señalado anteriormente, los derechos mencionados están íntimamente relacionados con la dignidad, puesto que si esta última supone las posibilidades de autodeterminación, ellas no se pueden conseguir si no es gozando de los derechos a la vida y a la salud, o al menos, si el ser humano ve

restringida la factibilidad de traducir a la realidad esas posibilidades, específicamente cuando se trata de ese último derecho”.

COMENTARIO.

En cuanto a la primera afirmación, los tres magistrados manifestaron estar de acuerdo y en cuanto a la segunda el doctor Agustín García Calderón no emitió opinión al respecto, por su parte los últimos dos magistrados manifestaron estar de acuerdo con dicha afirmación. En esta pregunta compartimos con los que respondieron afirmativamente, ya que, no se concibe la salud sin vida y esa salud-vida debe procurarse que sea lo mas dignamente para el ser humano.

PREGUNTA 5

¿Considera acertada cierta jurisprudencia Argentina, en cuanto a prescindir del agotamiento previo de las vías administrativas y judiciales al procedimiento de amparo constitucional, cuando se trate de situaciones humanas límites que puedan causar un daño irreparable en la salud de las personas?

Doctor Agustín García Calderón.

Si, “porque de esa forma se les protege el derecho a la vida plasmado en nuestra Constitución”.

Doctor Mario Antonio Solano Ramírez.

Si, “porque la vida y la salud trascienden los trámites administrativos el elemento de subsidiariedad no se aplica cuando se trata de situaciones que los formalismos jurídicos puedan dañar irreparablemente”

Doctor René Eduardo Hernández valiente.

Si, el principio de subsidiariedad del amparo no puede llevarse al extremo de inhibir a los justiciables el acceder a la tutela constitucional de sus derechos cuando éstos se encuentran en una situación de altísimo riesgo. Los Tribunales constitucionales no deben impedir el acceso a la jurisdicción y la tutela de los derechos de las personas por formalismos que eventualmente pueden devenir en un perjuicio mayor para ellas, siempre y cuando la situación amerite ese salto. No se soslaya la importancia de los presupuestos procesales para el adecuado saneamiento de la relación jurídica procesal, y mucho menos se admite la posibilidad que los tribunales constitucionales colapsen por el exceso de trabajo como producto de la ausencia de la aplicación del principio de subsidiariedad. Lo que se propugna es la admisión de casos cuyo periculum in mora sea tal que la remisión a las autoridades administrativas o judiciales ordinarias restrinja la tutela reforzada que brinda la jurisdicción Constitucional.”

COMENTARIO.

Los tres magistrados manifestaron estar de acuerdo con la jurisprudencia citada, opiniones que compartimos ya que el derecho que se pretende proteger se encuentra en un estado de alto riesgo y esperar que el impetrante agote las vías previas puede causar un daño irreparable o de difícil reparación.

PREGUNTA 6

¿Constituye la jurisprudencia anterior un caso especial de eficacia inmediata de la Constitución?

Doctor Agustín García Calderón.

Si, “porque no se debe esperar cuando está en juego la vida de la persona, siendo éste el principio y fin de la actividad del Estado”.

Doctor Mario Antonio Solano Ramírez.

No, “no es el caso de El Salvador. En el caso de Argentina, si así fuere, niega la eficacia normativa de la Constitución”

Doctor René Eduardo Hernández Valiente.

Si, aunque técnicamente esa eficacia inmediata puede ser solicitada y practicada en sede administrativa o judicial ordinaria. No solamente el acceso a la jurisdicción constitucional implica la eficacia inmediata a todas las demás autoridades y poderes constituidos.

COMENTARIO.

Dos magistrados están de acuerdo y uno en desacuerdo. De las respuestas podemos decir que compartimos la opinión de los que están de acuerdo, ya que, consideramos que tratándose de situaciones límites habrá que hacer una valoración y permitir el acceso a la jurisdicción, en este caso Constitucional sin perder de vista el fin que persigue dicho acceso, vale decir la prevención que se cause un daño irreparable.

PREGUNTA 7

¿Conoce usted precedentes en general, y del derecho a la salud en particular, en los cuales esta Sala haya admitido demandas en vía directa, no por el vacío legal que supone la falta de consagración de un procedimiento

específico para conocer y decidir un asunto, sino en atención al estado de necesidad justificante con el objeto de salvaguardar otro bien de mayor valor?

Doctor Agustín García Calderón.

“El precedente que tenemos por medio del cual se trata de salvaguardar la salud es la sentencia de amparo 348-99 de fecha 4 de abril de 2001.

El derecho a la salud, demanda que el Estado adopte medidas idóneas para garantizar su cumplimiento, ya que se trata de proteger a la persona humana que es el origen y fin de la actividad del Estado consagrado, ello en el artículo uno de la Constitución de la República, tenemos que con la protección de la salud se busca en el fondo la conservación de la vida.

En cuanto a la admisión de demandas en vía directa, no por el vacío legal que supone la falta de consagración de un procedimiento específico para conocer y decidir un asunto es de aclarar que:

- a) Para cada situación siempre hay un procedimiento predeterminado con anterioridad por la ley que seguir con plena vigencia del derecho de defensa y audiencia para las partes y ante la inexistencia de uno se aplican supletoriamente las normas del Código de Procedimientos Civiles.
- b) En el proceso de amparo tenemos que según el Art. 3 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, toda persona que haya sufrido alguna vulneración a sus derechos constitucionales, puede pedir protección por medio de amparo. Además según jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional; al interpretar el Art. 14 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, es una persona que ha sufrido el agravio, la que debe

interponer el amparo; en otras palabras ser titular del derecho que se alega vulnerado”.

Doctor Mario Antonio Solano Ramírez.

Si, caso del VIH se ha admitido directamente.

Doctor René Eduardo Hernández Valiente.

“Existen varios casos, aunque no relacionados con el derecho a la salud. Uno de ellos es el del amparo 497-2000, en el cual se perdió la tutela del derecho de propiedad cuando aún estaba pendiente un recurso de nulidad que fue promovido en sede ordinaria. En ese caso, la Sala valoró que el perjuicio que se le causaría al derecho de la parte actora se volvería irreparable o de difícil reparación si se esperaba a que se dictara resolución en la nulidad promovida, de tal modo que se volvió necesario admitir la demanda presentada para tutelar eficazmente el derecho de la parte. En el caso del derecho a la salud, se ha accedido a conocer respecto de determinados casos –relacionados con el virus de inmunodeficiencia adquirida, sin embargo, en ellos no ha sido necesario realizar la ponderación de bienes jurídicos para acceder a la sede constitucional sin agotar determinadas vías o recursos, porque precisamente éstos no existían”

COMENTARIO.

Los tres magistrados entrevistados, manifestaron conocer de precedentes de amparos en vía directa y citaron la respectiva referencia, de esto podemos decir que sí se admite el amparo por vía directa siempre y cuando se realice una ponderación de los bienes jurídicos que en un momento dado se pretenden tutelar.

Para el caso de la salud muchas veces está en juego la vida misma, por lo tanto consideramos que es muy factible que se admitan amparos cuando se trata de preservar dicho derecho; claro esta que es nuestra visión y será la Sala quien deberá admitir o no la demanda de amparo cuando se intente por vía directa por la situación de riesgo en que se encuentra el derecho que se pretende salvaguardar.

De lo anterior podemos decir que perfectamente podemos intentar el amparo por vía directa en dos situaciones, a saber: primero, cuando se prevé que el daño que se puede causar va ser irreparable si se espera agotar las vías previas, y segundo; cuando no existan esas vías o recursos anteriores al amparo.

PREGUNTA 8

¿Conoce usted jurisprudencia de amparo en la cual se haya tratado sobre la responsabilidad del Estado en la prestación de los servicios de salud pública u otro derecho conexo, y se halla concluido con una sentencia favorable al impetrante?

Doctor Agustín García Calderón.

“Si, la sentencia de amparo Ref. 348-99 de fecha 4 de abril de 2002”.

Doctor Mario Antonio Solano Ramírez.

“No directamente al Estado; pero si se ha condenado al ISSS a conceder prestaciones. caso del VIH”.

Doctor René Eduardo Hernández Valiente.

Si, “el Leading Case en ese sentido fue el proceso de amparo 348-99, en el cual el peticionario solicitó el control de constitucionalidad de las actuaciones

del director del Instituto Salvadoreño del Seguro Social porque este negó el suministro de los medicamentos necesarios para el tratamiento del actor, quien padece del virus de inmunodeficiencia adquirida. Al final se declaró ha lugar el amparo solicitado, y precisamente se trató sobre la responsabilidad del Estado respecto del derecho a la salud”

COMENTARIO

La totalidad de las respuestas fueron afirmativas y todos citan el amparo 348-99, dicho caso en el capítulo anterior ya ha sido tratado y anexado al final de esta investigación, ya que, como hemos dicho anteriormente, este caso ha venido a sentar un precedente en la materia, porque anteriormente la Sala tenía otro criterio diferente acerca de los derechos sociales, no obstante la no vinculación de sus fallos, perfectamente otra persona que se encuentre en una situación similar puede cimentar su pretensión en dicha sentencia.

PREGUNTA 9

¿Refiérase a algunos parámetros jurisprudenciales que esta Sala considera para declarar improcedente la demanda que incoa actos privados violatorios de derechos constitucionales?

Doctor Agustín García Calderón.

Algunos parámetros para declarar improcedente la demanda de amparo, según jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional son:

- a) Existencia de vicios de la pretensión;
- b) Cuando un examen liminar se advierte el planteamiento de asuntos de legalidad;

- c) Falta de fundamentación constitucional, ello es cuando se pretende que sean revisadas actuaciones del funcionario que ha actuado dentro de sus atribuciones Ref. 40-2000, del 25 de febrero de 2002 y 235-2002, del 3 de enero de 2002.

Doctor Mario Antonio Solano Ramírez.

No emitió respuesta al respecto.

Doctor René Eduardo Hernández Valiente.

“Entiendo que la pregunta se refiere a los amparos contra particulares. Al respecto, puede señalarse que el elemento fundamental para acceder a la jurisdicción constitucional en casos de actos producidos por entes privados o particulares es que se demuestre la relación de supra a subordinación que existe entre el sujeto que produce el acto y aquél que resulta perjudicado con el mismo, es decir, que se evidencie que el productor del acto lesivo se encuentra en una situación de poder respecto del otro, de modo tal que éste no pueda reaccionar en paridad de condiciones para contrarrestar la actuación particular”.

COMENTARIO

De los tres magistrados únicamente dos respondieron señalando algunos parámetros jurisprudenciales y en cuanto al otro no emitió opinión al respecto. Nos parece mas acertada la respuesta del doctor Hernández Valiente, ya que existe jurisprudencia en la cual la Sala a establecido que en amparos contra particulares se tendrá que demostrar a saber: la relación de supra a subordinación entre el sujeto que produce el acto y el que resulte perjudicado.

PREGUNTA 10

De acuerdo con el artículo 247 de la Constitución solo puede pedirse amparo por la violación de los derechos constitucionales. ¿Considera acertada la idea de ampliar esta gama de derechos a los reconocidos en Pactos o Convenciones Internacionales, de los cuales El Salvador es Parte? ¿Existe jurisprudencia en este sentido?

Doctor Agustín García Calderón.

No, “no es a mi criterio acertada esa idea, ya que la Constitución de la República establece los Derechos fundamentales para la persona humana, y por ello tienen protección por el proceso de amparo ante su vulneración y si bien es cierto los derechos reconocidos en Pactos o Convenciones Internacionales ratificados por El Salvador, pasan a ser parte de los ciudadanos y leyes de la República, su protección queda, a nivel de los demás derechos establecidos por la Legislación secundaria. Además, según los Arts. 144 y 145 de la Constitución de la República, los Tratados Internacionales constituyen leyes de la República pero esto no se pueden ratificar si restringen o afecten de alguna manera disposiciones constitucionales.

-Ref. 938-99 Amparo de fecha 25/02/00, en el cual se estableció de manera clara que “los derechos contenidos en los Tratados Internacionales no presentan derechos idóneos para constituir por sí el parámetro de decisión en el proceso de amparo.

-Ref. 107-200. Amparo de fecha 28/02/2000, en la que se DICE: “En Síntesis, esta Sala estima necesario establecer que los derechos contenidos en los Tratados Internacionales y otras Leyes Infraconstitucionales no representan derechos idóneos para constituir por sí el parámetro de decisión en el proceso de amparo...”

Doctor Mario Antonio Solano Ramírez.

“Si los tratados internacionales conforman el bloque de Constitucionalidad. En mi opinión tienen rango constitucional”.

Doctor René Eduardo Hernández Valiente.

“La idea no está adecuada al ordenamiento jurídico salvadoreño. El problema se ha planteado ya en sede constitucional y la posición de la Sala es clara: existe un límite competencial en la Constitución y la Ley de Procedimientos Constitucionales que impide utilizar parámetros de control distintos de la normativa constitucional. Esto se ha abordado desde dos puntos de vista: a) la Sala de lo Constitucional, como poder constituido, no puede excederse de las facultades que la constitución le señala; b) la gama de derechos que se encuentran en la Constitución es suficientemente amplia para brindar protección a una serie de derechos contenidos en tratados internacionales, aunque no se encuentren expresamente formulado en el texto de la norma fundamental, ya que es posible derivarlos de su contenido. Al respecto se ha reiterado jurisprudencia en los procesos de inconstitucionalidad rechazando la adopción de parámetros de control distintos de la normativa constitucional, especialmente en las administraciones de los casos 18-2001 y 32-2001, correspondientes al cinco de septiembre de dos mil uno y al dieciocho de junio del corriente año”.

COMENTARIO

Es interesante saber que existe jurisprudencia en el sentido de rechazar los derechos contenidos en Pactos o Convenciones Internacionales, por considerar la actual Sala de lo Constitucional, que como poder constituido que

es, no puede excederse de las facultades que la Constitución le confiere; y por considerar que el catalogo de derechos que se encuentran en la Constitución es suficientemente amplio para brindar protección a una serie de derechos contenidos en Tratados Internacionales aunque no se encuentren expresamente formulados en el texto de la norma fundamental, ya que es posible derivarlos de su contenido.

Con esta jurisprudencia se confirma la taxatividad del artículo 247 Cn. el cual establece que sólo se puede pedir amparo por la violación de los derechos constitucionales.

Por otra parte el Magistrado Mario Antonio Solano Ramírez, en opinión personal sostiene lo contrario; y dice que los Tratados Internacionales tienen rango constitucional, ya que conforman el bloque de constitucionalidad; entendiéndose entonces, y bajo este comentario, que si se puede invocar otros derechos reconocidos en Tratados Internacionales y, que la Constitución, desde luego no los tutela.

Nos parece bien fundamentada la jurisprudencia que la Sala de lo Constitucional a sentado al respecto, porque la Constitución no se limita a su gramática, ella comprende una serie de elementos que se derivan de su inteligencia y espíritu.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. CONCLUSIONES.

A) Después de haber elaborado el Capítulo I de este trabajo, ha quedado establecido que a nivel mundial fue el derecho Español a través de sus múltiples fueros o estatus particulares, que en los distintos reinos de la Península Ibérica y en diferentes épocas expedían los reyes, como los Fueros Mobiliarios, los Fueros Municipales, entre otros. La tutela de los fueros estaba encomendada a un alto funcionario judicial, denominado Justicia Mayor. Uno de los Fueros que mas significación tiene para antecendencia de algunas garantías individuales fue el Privilegio General del Reino de Aragón, que consagraba derechos fundamentales a favor del gobernado oponibles a las arbitrariedades del poder público en lo que concierne a la libertad personal. Las garantías de seguridad jurídica que dicho Fuero General contenía el beneficio de dicha libertad, se hace respetar a través de distintos medios procesales que el mismo instituía y estos son los verdaderos antecedentes del amparo. Estos procedimientos eran el de la manifestación de las personas y el de jurisfirma.

A nivel regional, México es considerado como la cuna del amparo constitucional; pero el amparo mexicano como tal no ha sido adoptado en el resto de Latinoamérica, ha influido desde el siglo XIX en la creación de las diversas modalidades de amparo constitucional, como fue el caso de El Salvador 1886, Honduras y Nicaragua 1894. En la actualidad al menos trece ordenamientos latinoamericanos han adoptado expresamente al amparo para la protección de los derechos reconocidos constitucionalmente.

La institución equivalente en términos generales al amparo, adquiere otras denominaciones, por ejemplo: en Brasil, desde 1934, entre las garantías judiciales de los derechos constitucionales, se consagra en particular una figura equivalente al amparo, denominada mandato de seguridad. En Chile desde 1980 se consagró el recurso de protección, y en Colombia desde 1991 se consagró la acción de tutela. Todas estas instituciones de amparo, algunas de ellas con distintas denominaciones y regulaciones, están diseñadas en términos generales en Latinoamérica, como instrumentos para la protección de los derechos constitucionales, aunque sean con distintas modalidades.

B) Existen legislaciones en las cuales se reconoce el derecho a la salud en forma explícita y otras en forma implícita; esto se debe a que el derecho a la salud es uno de los derechos de reciente reconocimiento, comparado con otros derechos humanos. Es importante mencionar que el hecho de que existan disposiciones en la legislación de un país reconociendo el derecho a la salud es de relevancia significativa, ya que, no solo se sientan las bases del derecho a la salud, sino que también su garantía, marcándose las pautas para que se establezcan los mecanismos jurídicos que permitan su efectivo cumplimiento.

En cuanto a las legislaciones en las cuales se reconoce el derecho a la salud en forma implícita como uno de los derechos humanos, podemos decir que tal silencio no es absoluto, en dichas legislaciones tendrá que hacerse una interpretación a saber: primero: de su letra o articulado; segundo: de su espíritu, que engloba a sus principios, sus valores, sus ideas o ideologías (filosóficas, políticas y jurídicas); y tercero, su raíz histórica. Esto significa que un silencio de la Constitución no deja necesariamente fuera de ella, en este caso el derecho a

la salud, sino que la incluye implícitamente en su espíritu o en su razón histórica.

C) Podemos decir que se han reconocido constitucionalmente primero los derechos individuales y luego los sociales como simples prerrogativas o aspiraciones del hombre, ya que ante un atropello o abuso de esos derechos por parte de quienes detentaban el poder, se carecía de los medios procesales pertinentes para hacerlos efectivos, por esto surgen a la vida jurídica procesal las llamadas garantías constitucionales como métodos de defensa, desde luego contra violaciones de los derechos constitucionales. Es precisamente con este nacimiento a la vida jurídica del amparo en cada Estado (como medio de tutela a los derechos reconocidos constitucionalmente), que se origina la relación de estos; en un primer lugar es una relación teórica-abstracta, es decir una relación solo en doctrina y en la mente del hombre, y en un segundo momento se trata de una relación práctica-concreta, o sea, la aplicación de esa teoría o doctrina y que es llevada al plano de la realidad a través de los Tribunales Constitucionales; generándose así una verdadera relación jurídica procesal que vincula a los sujetos que intervienen en un proceso, como partes del mismo o como jueces que ejercen la jurisdicción, todos los cuales se han de mover dentro de las normas establecidas por las leyes adjetivas o procesales.

D) El amparo ha sido conocido con distintos nombres o categorías y; ha sido objeto de amplias discusiones doctrinarias, ya que, estos no logran ponerse de acuerdo en cuanto si el amparo constituye un recurso, una acción, un proceso o un juicio, o una garantía, en este trabajo en el capítulo II al referirnos a este aspecto y después de haber estudiado cada una de las

modalidades, concluimos que el amparo además de ser una forma de proceso especial, es también una garantía constitucional, ya que el amparo no solo posee elementos esenciales y etapas que caracterizan a todo juicio o proceso; sino también constituye un medio para salvaguardar, asegurar, auxiliar o socorrer a los habitantes en el goce efectivo de sus derechos fundamentales, (excepto el de la libertad de locomoción), evitando que se haga un mal mayor o superándolo; esto es un remedio procesal constitucional, esto es el amparo.

E) En Latinoamérica el ámbito de aplicación del amparo ha sido adoptado a través de las modalidades siguientes: El amparo como mecanismo de protección de todos los derechos y garantías constitucionales, el amparo limitado a ciertos y determinados derechos constitucionales, y por último el amparo como mecanismo de protección de los derechos constitucionales, excepto de aquellos protegidos por otros remedios procesales constitucionales. Sin el amparo, el ordenamiento constitucional y todos los principios que proclama y sobre los que se asienta quedarían expuestos a violaciones y quebrantamientos impunes, es decir, confinados en la región de las meras declaraciones románticas como simples expresiones de idílicos designios sin vigencia ni operatividad programática.

F) La salud a nivel internacional ya es considerada como un derecho humano, es decir, es una prerrogativa que toda persona tiene por la razón de pertenecer a la familia humana, en consecuencia se debe garantizar para su acceso la igualdad, equidad y justicia social, en cuanto a la igualdad se dice, que no deben existir distinciones de credos, razas, sexo, ideas políticas, posición económica, etc. En cuanto a la equidad, esta referida a que el acceso

a la salud requiere de que se disponga de un nivel adecuado proporcional y justo de atención médica. Finalmente la justicia social, se refiere a la protección de toda persona económicamente débil que requiera o necesite servicios de salud, para lograr esta justicia social no solo es necesario la intervención del Estado a través de políticas sociales, sino que es necesaria la participación activa de toda la sociedad en las mismas.

G) Después de analizar brevemente los instrumentos del sistema universal de protección de los derechos económicos, sociales y culturales en general y del derecho a la salud en particular, se ha concluido lo que ha continuación se literaliza:

a) Carta de las Naciones Unidas, esta no tipifica en ningún artículo el derecho a la salud como tal, sin embargo hay que destacar, que reconoce explícitamente la necesidad de promover un nivel de vida adecuado, (del cual se coligen los derechos económicos, culturales y en el caso de la salud, sociales) pero dicho nivel de vida no se ha configurado como uno de los derechos del hombre; más aun la ONU y los Estados partes no se han comprometido judicialmente a respetar los derechos humanos que determina la Carta, sólo se han limitado a su promoción y estímulo;

b) La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Esta sí reconoce expresamente el derecho a la salud, pero no tiene fuerza de ley, ya que, la Asamblea General que la aprobó, no tubo la intención de crear obligaciones jurídicas que vinculasen a los Estados suscriptores, aunque se diga que su mera existencia como el único instrumento internacional (esto era antes que se redactaran y aprobaran los Pactos Internacionales) le haya conferido en aquel entonces creciente legitimidad;

c) En cuanto a la Carta de Constitución de la Organización Mundial de la Salud, podemos decir, que esta limita a dicha organización a la promoción, estímulo y observancia del derecho a la salud que tipifica el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; es más la Organización Mundial de la Salud no es un órgano de jurisdicción; y

d) Los Instrumentos Internacionales que generan verdaderas obligaciones jurídicas para los Estados partes, son: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y los Convenios relativos a discriminaciones que regulan el derecho a la salud como la Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; y la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Asimismo cabe hacer notar que el Pacto ya mencionado, además de vincular jurídicamente a los Estados partes, les determina el mecanismo o procedimiento internacional de informar en el seno del Consejo Económico y Social de la ONU sobre las medidas y progresos que han adoptado y alcanzado para garantizar el respeto a los derechos humanos.

H) Después de analizar los instrumentos regionales sobre derechos económicos, sociales y culturales en general y del derecho a la salud en especial, se ha concluido lo que a continuación se enumera, primero, la Carta de Organización de Estados Americanos, específicamente en el capítulo especial de normas sociales habla de metas a seguir y no de derechos, esto es entendible, ya que, es un documento cuyo objeto ha sido reglamentar las relaciones entre los Estados americanos. Segundo, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre se limita exclusivamente al derecho a que se adopten medidas para proteger la salud, con la agravante de que estas

medidas se encuentra limitadas por los recursos públicos de los Estados partes. Tercero, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José Costa Rica carece de preceptos relativos a los derechos económicos, sociales y culturales, remitiéndose expresamente a la Carta de la OEA, a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y como ha quedado establecido, los dos primeros instrumentos tratan únicamente de metas y medidas a seguir para fomentar el derecho a la salud, y en cuanto al tercero, es interesante concluir que éste si desarrolla verdaderos derechos que pueden ser exigibles judicialmente a los Estados partes. Cuarto, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador, en este también se comprometen los Estados partes a reconocer la salud como un derecho en consecuencia, vincula a los Estados partes.

l) En el ámbito americano la Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José Costa Rica y su Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador, han venido evolucionando el derecho internacional de los derechos humanos, ya que han configurado la consagración y reconocimiento de un derecho humano al amparo que tiene toda persona, a fin de obtener la protección de sus derechos, ello si, de un derecho-garantía.

Lo anterior nos permite decir, que en Latinoamérica el amparo constitucional no solo es una garantía judicial de los derechos constitucionales,

sino también es un derecho humano para la protección judicial de los demás derechos humanos (en el caso que nos ocupa, del derecho a la salud) constitucionales y legales.

Finalmente podemos decir, que el reconocimiento por el derecho internacional de la facultad del ser humano para dirigirse directamente a las instancias internacionales (después de haber agotado las instancias internas) constituye un hito muy significativo; constituyendo una verdadera revolución jurídica desde la segunda mitad del siglo XX en el cual se ha llegado a poner en relieve la emergencia del ser humano en las relaciones internacionales en general y en el ámbito de los derechos humanos en particular.

J) La responsabilidad de los funcionarios públicos y del Estado mismo por infracciones frente a los particulares, constituye una de las instituciones jurídicas que garantizan la transparencia en el poder público. Esto significa que el Estado y sus funcionarios responderán por las actuaciones u omisiones que cometan y como consecuencia produzcan una violación a un derecho protegible (derecho a la salud), cuando se habla de responsabilidad nuestra Constitución adopta el criterio de la responsabilidad subsidiaria, y no directa del Estado frente a las acciones u omisiones de las personas naturales de las cuales se sirve en la realización de sus funciones, pero además de la responsabilidad subsidiaria, existe una responsabilidad principal del Estado, la cual deriva de la obligación legal y constitucional de garantía del orden jurídico, que se denomina “deber de garantía”.

K) Luego de haber estudiado los factores que influyen en la violación del derecho a la salud, que hemos mencionado aquí, en general se puede decir,

que si bien existen políticas para su cambio y mejoramiento, estas no son suficientes, dado el alto grado de deterioramiento que se percibe en los mismos, para el caso de la educación el área rural es la que posee mayores desventajas, ya que, si bien es la principal receptora de los programas EDUCO y Aulas Alternativas, la infraestructura no es la adecuada y la calificación del docente no es la requerida para impartir clases, en las que a veces, la asistencia promedio por sección es de sesenta alumnos. En cuanto al factor económico, las causas que se hayan generalmente ligadas a la insuficiente e inadecuada asignación de recursos económicos para la salud y la falta de voluntad política para cambiar aquellos patrones de asignación de recursos no permiten un desarrollo óptimo en el mejoramiento de la salud, esto aunado a que el Gobierno no tiene una política de desarrollo económico en la cual debe tomar más en cuenta la inversión social y el capital humano, recordando que una población saludable conlleva un desarrollo integral y sostenible del país, asimismo en el factor ecológico se han desarrollado ciertas actividades y políticas con miras a mejorar la salud de la población, entre ellas se puede resaltar la creación de un relleno sanitario, en el cual a diario se depositan miles de toneladas de desechos sólidos, provenientes de diez municipios del área metropolitana de San Salvador; cabe aquí cuestionar ¿donde depositan los desechos sólidos el resto de los municipios?, así mismo ¿donde los depositan los habitantes del área rural?, conocer dicha respuesta no es difícil, ya que, es perceptible el incremento de basura en ríos, calles y predios baldíos, generando esto un perjuicio en la salud de la población.

Por último ningún esfuerzo será suficiente sin la participación activa de la sociedad en toda aquella actividad que de una forma directa o indirecta se

relacione la salud, es por lo anterior que debe procurarse su involucramiento en tales actividades.

L) Para que la pretensión de amparo sea procedente, y sea posible dirimir el conflicto planteado, es imprescindible que el asunto expuesto en la demanda sea propio del marco constitucional de lo contrario, se suscita la imposibilidad jurídica que el órgano encargado del control constitucional conozca y decida el caso alegado por aquel que considere que se le ha obstaculizado su ejercicio o haya sufrido una violación en los mismos por parte de aquellas autoridades que conforme a la ley están obligadas a garantizarles, es así que se puede solicitar amparo por violación al derecho de la salud, no obstante que la salud como tal no esta reconocida expresamente, pero como ha quedado establecido en el desarrollo de este trabajo, es preciso realizar una valoración y ponderación de la importancia que como tal conlleva la protección de tal derecho para esto es necesario ir mas aya de la letra expresa de la Constitución y buscar su raíz histórica, asimismo los principios que la inspiran (jurídicos, filosóficos y políticos), y a través de estos fundamentar la protección de la salud, resultando viable solicitar amparo por violación del derecho a la salud, y esto ya ha sido superada jurisprudencialmente donde se ha obtenido una sentencia favorable por considerar que se ha violado el derecho a la salud, otra novedad con la que cuenta esta investigación es que se puede intentar el amparo, contra actos de entes privados o actos de particulares, siempre y cuando se demuestre la relación de supra a subordinación que existe entre el sujeto que produce el acto y aquél que resulte perjudicado con el mismo, y que el perjudicado se encuentra en un plano desigual frente al que ha trasgredido su derecho.

2- RECOMENDACIONES.

A) Al Gobierno del presidente Francisco Flores, se recomienda al gobierno que formule los planes y políticas de salud, coordinadas con todos los demás aspectos que inciden en las mismas, tales como la educación, la economía, la conservación de los recursos naturales y el medio ambiente, así como el trabajo, la familia y el urbanismo entre otros, esta importante tarea debe hacerse en base, a la concepción humanista del derecho y de la vida, el reconocimiento de que el Estado no constituye un fin en sí mismo, sino un instrumento al servicio del hombre, origen y propósito de la actividad estatal, todo con el fin de permitir a las familias y a sus integrantes vivir y desarrollarse plenamente con la dignidad que les corresponde a los seres humanos.

B) Al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, se recomienda que vigile y sancione a través de sus entidades internas pertinentes el cobro indebido de cuotas que se efectúan en las Unidades de Salud Pública por los servicios de salud que prestan, ya que esto viola el principio de gratuidad de la salud pública. Asimismo, se le sugiere que ejerza un eficiente control de calidad en los insumos y medicamentos que proporcionan las farmacias de dichas Unidades de Salud, esto con el objeto de evitar no solo complicaciones, sino también la muerte de las personas que las consumen. Por otra parte se le recomienda una racional proporcionalidad en la asignación de recursos para cubrir aquellos áreas vitales como lo son la consulta oportuna y especializada, tratamiento completo de la enfermedad, etc. Para ello deberá contratarse más personal médico altamente calificado y con un alto grado ético-profesional a efecto que desempeñen eficientemente y con humanismo la prestación del servicio público de salud.

C) A los Diputados de la Asamblea Legislativa, se les sugiere hacer una interpretación auténtica de los artículos de la Constitución referentes a la salud, a fin de:

- Definir inequívocamente, el reconocimiento del derecho a la salud.
- Señalar claramente el papel del Estado, en materia de salud.

D) A la sociedad salvadoreña en general, y a las personas usuarias de las Unidades de Salud Pública en particular se les recomienda desempeñar un papel decisivo en el manejo de sus asuntos, incluida la devolución del protagonismo que le corresponde en la administración de programas de bienestar social, en sus múltiples manifestaciones; como lo son la promoción, estímulo, modernización y administración de toda aquella actividad que conlleve al mejoramiento de la calidad de su propia vida. Asimismo se les recomienda denunciar ante cualquier autoridad la comisión de un hecho doloso o culposo por parte del personal de las Unidades de Salud Pública que violente o causare daño a la salud de los usuarios; esto con el objeto de evitar la impunidad y frenar las violaciones al derecho a la salud.

E) A la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, se le sugiere promover y estimular en coordinación con el Ministerio de Educación, no solo la divulgación y estudio de los derechos humanos, sino su garantización a través de los remedios procesales constitucionales que han sido creados para tal fin. Todo esto con el propósito de crear en las presentes y futuras generaciones una cultura de conservación y respeto a los derechos humanos tal y como lo apuntan los artículos 55 y 60 de la Constitución, respectivamente.

F) Al personal medico de las Unidades de salud Publica. Se recomienda desempeñar eficazmente su labor de atención al usuario, ya que, existe un gran porcentaje de estos profesionales que dan una atención no adecuada al usuario de las Unidades de Salud Pública, ocasionando como consecuencia en un primer lugar, desconfianza en el sistema de salud pública, y, segundo; una flagrante violación al derecho que tiene toda persona a ser atendida y tratada dignamente.

G) Al Ministerio de Educación, se recomienda al Ministerio de Educación, incluir dentro de sus programas de estudio la promoción y respeto de la salud, con el propósito de desarrollar los hábitos, costumbres, actividades de la comunidad, en el campo de la salud.

H) A los Medios de Comunicación Social, se recomienda a los Medios de Comunicación Social, colaborar con el Estado en la divulgación de programas educativos referentes al amparo como medio de protección de los derechos constitucionales, incluido la salud.

APENDICES

APENDICE Nº 1

Factor político.

Procesamiento de pregunta once, con el fin de conocer la existencia de la realización de actividades relativas a la salud.

Categoría o frecuencia (N ₁)	Código	Frecuencia Absoluta	Frecuencia Relativa o Porcentaje
¿Se realiza en su comunidad algún tipo de actividad relativa a la salud promovida por las autoridades públicas competentes?	SI	45	30%
	NO	105	70%
TOTAL.		150	100%

$$\text{Porcentajes } \frac{N_1}{N} (100) = \frac{45 \times 100}{150} = 30\%$$

$$\text{Porcentajes } \frac{N_1}{N} (100) = \frac{105 \times 100}{150} = 70\%$$

APENDICE Nº 2

Factor social.

Procesamiento de pregunta doce, con el fin conocer la participación activa de la sociedad en las actividades relativas a la salud.

Categoría o frecuencia (N1)	Código	Frecuencia Absoluta	Frecuencia Relativa o Porcentaje
Participa con las autoridades de salud pública para: Resolver problemas de saneamiento ambiental con el objeto de evitar enfermedades en su comunidad, y; Promocionar, administrar eficientizar y modernizar el sistema público de salud en su comunidad	SI	9	6%
	NO	141	94%
TOTAL.		150	100%

$$\text{Porcentajes } \frac{N_1}{N} (100) = \frac{9 \times 100}{150} = 6\%$$

$$\text{Porcentajes } \frac{N_1}{N} (100) = \frac{141 \times 100}{150} = 94\%$$

APENDICE Nº 3

Factor Social.

Procesamiento de pregunta, con el fin de saber la capacidad de denuncia de los usuarios de las Unidades de Salud Pública, cuando les hayan ocasionado una violación en su derecho a la salud

Categoría o frecuencia (N ₁)	Código	Frecuencia Absoluta	Frecuencia Relativa o Porcentaje
Ha denunciado usted ante cualquier autoridad infracciones o violaciones que le hayan causado daño a su salud por tratamientos inadecuados, tardíos o por cualquier otra causa, recibidos en esta unidad de salud.	SI	0.00	0.00%
	NO	150	100%
TOTAL.		150	100%

$$\text{Porcentajes} \quad \frac{N_1}{N} (100) \quad \frac{0.00 \times 100}{150} = 0.00\%$$

$$\text{Porcentajes} \quad \frac{N_1}{N} (100) \quad \frac{150 \times 100}{150} = 100\%$$

APENDICE 4

348-99

IC/GP

SALA DE LA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, alas dieciséis horas del día cuatro de abril de dos mil uno.

El presente proceso de amparo constitucional fue iniciado mediante demanda presentada el veintiocho de abril de mil novecientos noventa y nueve, por el señor Jorge Odir Miranda Cortés, de treinta años de edad, al inicio de este proceso, empleado y del domicilio de San Marcos, contra actos dictados por la Directora del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, que considera violatorios del derecho a la vida, a la salud y a la no discriminación, de conformidad con los artículos 2,3 y 65 de la Constitución.

Han intervenido, además de la parte actora, la Directora del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, y el Fiscal de la Corte, doctor René Mauricio Castillo Panameño.

LEIDOS LOS AUTOS Y CONSIDERANDO:

I. La parte actora ha fundado su demanda de amparo básicamente en el hecho que la Directora del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, ha violentado en su perjuicio y en el de otros, el derecho a la vida, a la salud y a la no discriminación, ya que no obstante ser poseedor del virus de inmuno deficiencia humana y saberse que existe un tratamiento antirretroviral asociado capaz de repeler su desarrollo inminente, ésta ha omitido proporcionárselo aduciendo falta de recursos económicos.

De forma concreta el actor ha manifestado a este Tribunal que el tratamiento al que hace referencia tiene como finalidad, desde el punto de vista biológico, fortalecer el número de células T o CD4 por milímetro cúbico de sangre, dado que una persona que no posee tal virus tiene entre quinientas y mil células de éstas en la proporción aludida, pero quien lo ha desarrollado empieza a reducirlas hasta el grado que, llegando a doscientas, el tratamiento se vuelve indispensable. Claro está – sigue- que la triple terapia denominada también así- o terapia antirretroviral asociada, no elimina el VIH del cuerpo y consecuentemente no salva la vida, pero si reduce la carga viral a niveles que podrían considerarse como suficientes para que una persona lleve una vida normal, y al mismo tiempo posibilita el fortalecimiento y reproducción del sistema inmunológico. Debido a que esta reacción es observable, principalmente en pacientes que han desarrollado el SIDA, y en situaciones muy críticas y agudas, no se ha dudado en llamarle “efecto Lázaro” consecuentemente al omitirse proporcionar el tratamiento, se violentan derechos constitucionales por el Estado, por colegirse así de los instrumentos normativos mencionados, la protección y conservación de la vida humana.

Considera además el actor que se le ha violado su derecho a la salud dado que ante condiciones de salud perjudicadas, se deben recibir los tratamientos y medicamentos necesarios y eficaces para la recuperación y que asimismo se deben recibir tales tratamientos con los avances científicos y farmacológicos respecto de la eficacia esperada. En tal sentido agrega, el derecho a la salud es un derecho dual, ya que se refiere a conservar la salud y por consiguiente esperar ante determinadas situaciones no sólo su reestablecimiento sino que adjunto, el que cada persona esté obligada a cuidársela y conservársela” (...) Ahora bien la salud o el estado de buena salud de una persona no se logra mediante exclusivos actos de fe, antes que todo la recuperación y la conservación de la salud se logra mediante la aplicación de terapias, fármacos o medicinas, incluso de las denominadas alternativas de las que se conoce su eficacia mediante investigación científica. Desde que se realiza investigación científica hay desarrollo y avances, y surgen nuevos medicamentos y tratamientos al mercado. Por lo tanto no es correcto pretender imaginar que el derecho a la salud se agota con la administración de fármacos eficaces para lograr la conservación y restablecimiento de la salud, en una representación congelada en el tiempo, antes bien el derecho a la salud es no sólo lo anterior sino que comprende el goce de los beneficios de los avances científicos y médicos en el tratamiento de las enfermedades (...)

Funda su alegato precedente en el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el artículo 65 de la Constitución, ya que no suministrar para el caso la terapia requerida, tendría que considerarse contradictorio de las obligaciones contraídas por El Salvador en lo relativo al derecho a la salud.

Considera que se ha violentado su derecho a no ser discriminado ya que basados en una justificación con apariencia de verdad, cual es el costo elevado del producto, las autoridades del Seguro Social han omitido el suministro de la triple terapia o terapia antirretroviral asociada. Esto (...) se debe a una decisión preserva por perjudicar a los infectados por VIH a los que han desarrollado SISA (...).”

Ello se confirma dice porque la autoridad demandada no suministra ningún medicamento a los pacientes infectados con VIH y a los que han desarrollado SIDA, a excepción del AZT, que se administra a mujeres embarazadas para prevenir el desarrollo del virus en los niños, y en el caso de los pacientes que pueden costearse el complemento de la triple terapia, no obstante la discriminación se pone de manifiesto concluye, en la relación médico paciente donde éstos se encargan de remarcar la falta de acceso a los medicamentos y de privar de atenciones a los pacientes para que ellos salgan a morir a su casa-cursivas en la demanda.

Del mismo modo con tal actuación se está violentando el artículo 2.1 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el 24 de la convención Americana sobre derechos Humanos y el artículo 3 de la Constitución.

En cada uno de estos instrumentos normativos-acota- queda en evidencia la obligación del Estado de procurar, por acción u omisión, en todo momento la protección y conservación de la vida humana, así como la salud y la igualdad entre las personas.

Finalmente solicitó el actor que se tomen en cuenta los elementos de prueba y se estime su pretensión, ordenando al Instituto Salvadoreño del Seguro Social comprar los medicamentos e implementos necesarios para administrar la terapia a los pacientes que tengan menos de doscientos linfocitos CD4 por milímetro cúbico de sangre, así como la realización de los exámenes necesarios que permitan comprobar la existencia de VIH en la sangre de los usuarios del Instituto, el conteo de las células CD4 y la medición de la carga viral, como un mecanismo integrante del buen tratamiento médico.

Por resolución de las doce horas y cuarenta minutos del día siete de mayo de mil novecientos noventa y nueve, se admitió la demanda y se pidió informe a la Directora general del Instituto Salvadoreño del Seguro Social. Ésta lo evacuó, tal como consta a folios 149 del presente proceso, requiriendo de este Tribunal la concesión de un plazo mayor al que la ley establece obligatoriamente a toda autoridad para que rinda el que se le pide, dado que pretendía hacer un estudio amplio y profundo de la problemática. Tal solicitud fue declarada sin lugar.

De conformidad al artículo 23 de la Ley de Procedimientos Constitucionales se mandó a oír al fiscal de la corte, para la siguiente audiencia, quien no hizo uso de la misma. Se pidió nuevo informe a la autoridad demandada, quien básicamente expresó que "(...) De acuerdo a lo dispuesto en el artículo uno inciso segundo de la Constitución de la República es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la república (sic) el goce de la salud. Asimismo, el artículo cincuenta de la misma normativa fundamental ordena que la seguridad constituye un servicio público de carácter obligatorio. La ley regulará sus alcances, extensión y forma. El artículo cuarenta y ocho inciso primero de la ley del Seguro Social vigente establece que "En caso de enfermedad, las personas cubiertas por el Seguro Social tendrán derecho, dentro de las limitaciones que fijen los reglamentos respectivos, a recibir servicios médico-quirúrgicos, farmacéuticos, odontológicos y de laboratorio y los aparatos de prótesis y ortopedia que se juzguen necesarios por lo que se puede determinar que por mandato constitucional y legal, existe obligación por parte del Instituto de brindar la asistencia médica requerida por las personas cubiertas por el ISSS, que adolecen por la infección por el VIH/SIDA dentro de las limitaciones que el alcance, extensión y forma regulada por la Ley del Seguro Social lo permitan, es decir, que la atención médica no constituye un derecho limitado y por ende la obligación de este Instituto es limitada legalmente. El proporcionar la atención médica requerida referente a la triple terapia antirretroviral asociada, bajo las condiciones que los pacientes demandan, ocasionaría un grave riesgo financiero a corto plazo, que se tornaría incosteable en un período de dos años, al considerarse la tasa de prevalencia estimada para la epidemia de VIH/SIDA (...)"

Se confirieron los traslados que ordena el artículo 27 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, al Fiscal de la Corte y a la parte actora.

El Fiscal expresó, por una parte que (...) en principio comparto la pretensión y justificaciones en que sustenta su queja el impetrante, sin embargo es menester que éste compruebe en la medida legal aquellos extremos que justifican su acción, y en particular el derecho constitucional a exigir (sic) a la institución demandada los servicios médicos en los términos y formas que pretende, sustentadas tales pretensiones desde luego en la ley. Obviamente que las justificaciones de carácter financiero expuestas por la funcionaria demandada (...) no son atendibles ni justificativos a los fines del presente juicio de amparo (...)” La parte actora lo evacuó reiterando en todo el elemento de hecho y de derecho en el que ha fundado su pretensión desde el principio.

Por resolución de fecha once de enero del año recién pasado, se abrió a pruebas el presente proceso. En el plazo, la parte actora ofreció prueba de testigos y solicitó la formal incorporación al proceso de prueba documental. Asimismo y dentro del mismo plazo presentaron escrito los abogados Manuel Antonio Pineda Herrera y Manuel Francisco Pérez Rivas, solicitando que se les permitiera intervenir en el presente proceso, en su calidad de apoderados generales judiciales del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, y ofreciendo además prueba de testigos. Se autorizó su intervención y se señaló día y hora para el recibimiento de las declaraciones de los testigos ofrecidos, tanto por una parte como por la otra.

Tal como se había ordenado y señalado, se recibieron las deposiciones y se agregaron en autos a folios 180,181, 197 y 198. Se corrieron los traslados que prevé el artículo 30 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, sin que a partir de esta etapa procesal se haya introducido, por alguno de los intervinientes, elementos de hecho distintos a los ya incorporados y controvertidos en antecedentes, razón suficiente para estimar que este proceso se encuentra ahora en estado de dictar sentencia definitiva.

II. Previo a cualquier juicio jurídico de valor que haya de realizarse en el presente proveído, este tribunal estima oportuno realizar un esbozo teórico sobre los derechos constitucionales que el actor aduce se han infringido con la actuación de la Directora del Instituto Salvadoreño del Seguro Social; entendiéndose el derecho a la vida, a la salud y a la no discriminación.

1. Independientemente de las acepciones que se hayan dado a la categoría “vida” en razón de las diferentes perspectivas que la enfocan, filosóficas, teológicas, médicas, genéticas, la misma ha sido reconocido en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho fundamental que por su propia connotación constituye un presupuesto axiológico esencial del cual depende el desarrollo de todos los demás derechos que la constitución reconoce, razón por la cual se explica con claridad su ubicación dentro del Capítulo Primero Sección Primera de dicha norma.

Nuestra constitución al regular jurídicamente los principios que han de regir la actividad del aparato de dirección política del Estado, lo hace en virtud de considerar a la persona humana y sus consecuencias derechos fundamentales como el origen y fin

de su actividad; por lo cual es obligación de los órganos estatales orientar sus políticas públicas en procura de la persona humana, en su dimensión individual y también social, en función de su objetivo supremo.

En este orden, los primeros artículos de la Constitución Arts. 1 y 2 se refieren a la vida como un derecho fundamental la cual se garantiza desde el momento de la concepción.

Efectivamente, tal aseveración evidencia el valor superior que constituye la vida humana desde su primera fase, la cual obviamente no queda resuelta ahí, al contrario el desarrollo del proceso vital requiere no sólo el respeto de parte de los demás miembros de la sociedad y del Estado en el sentido de abstenerse de obstaculizarla o violentarla sino de una actividad mucho más positiva que permita conservarla y procurarla de forma digna.

2. En cuanto al derecho a la salud, de forma semejante nuestra constitución se refiere a él como categoría fundamental de obligada garantía y protección respecto de todas las personas. El contenido esencial del mismo radica en el deber de toda persona de velar por un bienestar físico y mental a través de medidas preventivas o de restablecimiento. El artículo 65 de la constitución prevé que la salud de los habitantes de la República constituye un bien público y a su vez el inciso tercero del artículo 1 de la Constitución establece la relación obligacional que al respecto se genera desde un punto de vista dual, esto es, el que además del Estado las personas mismas velen por su conservación y restablecimiento.

Es clara la vinculación inobjetable que existe entre este derecho y el derecho a la vida, en tanto que la no procuración de la salud conlleva o puede conllevar a la terminación de aquélla.

El derecho a la salud, se ha positivado constitucionalmente en virtud de considerar que no basta proteger al hombre únicamente en su dimensión individual sino como miembro de una colectividad en la que coordinadamente con la comunidad política contribuyan a realizar metas comunes. Cabe mencionar que el desarrollo normativo de los derechos sociales a partir de las Cartas Primarias de México de 1917 y de Weimar de 1919 implicó para el constitucionalismo del siglo XX el principio de una vinculación Estado-sociedad mucho más dinámica dando a aquellos derechos una connotación jurídico material mucho más efectiva que la que tenían desde su surgimiento revolucionario.

Actualmente, tal categoría de derechos en nuestro sistema jurídico pretende tener un carácter eminentemente operativo, de acuerdo a sus propias peculiaridades, si partimos de la idea del valor normativo que caracteriza a nuestra Constitución. El derecho a la salud no es la excepción y por ello requiere del Estado que adopte las medidas idóneas que viabilicen el cumplimiento de su obligación de procurarla a sus habitantes sin atender a distinciones de ninguna clase, y asimismo que brinde una eficaz seguridad social.

3. Como ya se mencionó en los acápites precedentes, los derechos aducidos por la parte actora como violados no son objeto de protección segregadamente. En tales términos, el derecho a la no discriminación aducido por el actor, ha de entenderse
4. que constituye una manifestación del derecho de igualdad que poseen todas las personas, en el sentido que no pueden haber tratos diferenciados en atención a la supuesta inexistencia de rasgos homogéneos.

En nuestra constitución el derecho a la igualdad aparece consagrado en el artículo 3, que literalmente dice: “Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basan en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión (...)”.

Bajo la premisa de la no discriminación, cabe agregar que dicho precepto constitucional contempla tanto un mandato en la aplicación de la ley, por parte de las autoridades administrativas y judiciales como un mandato de igualdad en la formulación de la ley. Esta regla, obviamente vincula al legislador en el sentido de servir de directriz en la regulación de las relaciones intersubjetivas. En otros términos, al legislador le corresponde determinar tanto el criterio de valoración en la regulación de los diferentes supuestos como las condiciones del tratamiento normativo desigual, lo que no puede hacer es regular un tratamiento desigual carente de razón suficiente que justifique la diferenciación. La constitución pues, prohíbe la diferenciación arbitraria, que puede existir cuando no es posible encontrar un motivo razonable que surja de la naturaleza de la realidad sujeta a regulación.

Dentro de este marco, el derecho a la igualdad en su dimensión subjetiva, se concreta finalmente en obtener de los poderes públicos y privados, un trato igual, esto es, en exigir que ante supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas.

III. Para una mejor comprensión de lo que habrá de resolverse en esta sentencia, se señala en síntesis los distintos elementos incorporados por el peticionario en su pretensión y por la autoridad demandada en su contestación.

El enfoque central objeto de la pretensión radica esencialmente en la omisión por parte de la Directora del Instituto Salvadoreño del Seguros Social de proporcionar a las personas infectadas con el virus de inmunodeficiencia humana, en desarrollo, la triple terapia o terapia antirretroviral asociada (llamado también “el coctel”) la cual es capaz si bien no de salvarles la vida, si de alargárselas y vivir dignamente los últimos días de su existencia. Tal situación señala el demandante, es violatoria del derecho a la vida, a la salud y al trato igualitario o no discriminación, ya se les trata de forma desigual con respecto a otros enfermos. Al respecto la autoridad demanda ha manifestado básicamente que, la Institución a su cargo, luego de detectar el padecimiento del señor Miranda Cortés del virus HIV (SIDA) le proporcionó atención

médica de consulta y hospitalización especializada, observando con ello lo que la Constitución y la Ley del Seguro Social vigente establecen al regular el ámbito de la seguridad social en el país; es decir, dar atención médica a los enfermos cubiertos por el Seguro Social dentro de las limitaciones que fije la ley en referencia. Enfatiza la funcionaria aludida que proporcionar la “triple terapia o terapia antirretroviral asociada” bajo las condiciones demandadas prácticamente sobrepasa los límites financieros de la Institución.

En atención a las aseveraciones hechas por las partes, el iter que determinará el análisis jurídico que corresponde es el siguiente: i) verificar si en efecto no se ha proporcionando la triple terapia o terapia antirretroviral asociada al demandante por parte del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, ii) establecer si el medicamento en mención es capaz de permitirle vivir dignamente, iii) determinar, si tal omisión, bajo el supuesto de haberse comprobado la efectividad de terapia en los términos expuestos por el demandante es violatoria de la Constitución, específicamente de los derechos invocados por el actor, y; iv) finalmente, señalar los efectos de la sentencia respecto de la situación de las personas que se encuentran en el mismo estado de salud del demandante.

1. En cuanto al primer punto, que ha quedado plenamente establecido que la triple terapia o terapia antirretroviral asociada no se ha proporcionado al demandante. Tal afirmación responde a la fehaciencia que merece la prueba documental y testimonial aportada al proceso y, principalmente a la confesión hecha por la autoridad demandada en sus informes y alegatos.
2. Ahora bien, debe determinarse si la mencionada terapia es capaz de producir en el enfermo que ha desarrollado el SIDA los efectos que el peticionario ha señalado. Tal situación ha quedado evidenciada por la diversa prueba documental que corre en autos, básicamente de estudios como los que aparecen en la revista salud y medicina y el autorizado por la Universidad de Costa Rica denominada “Evaluación del tratamiento con Medicamentos antirretrovirales y su relación con la calidad de vida, en personas con VIH/SIDA que consta en este expediente. Las conclusiones a las que llega el mismo estudio pueden resumirse en el siguiente sentido: que los medicamentos antirretrovirales para VIH/SIDA triple terapia asociada, han mostrado ser eficaces en la inhibición de la replicación del virus y también en inducir una reducción del proceso de la enfermedad y del índice de mortalidad de los pacientes. Esto confirma, dice el informe, el aumento del conteo de células CD4 y la disminución de la carga viral. El objetivo principal de la terapia antirretroviral es lograr, después de varias semanas de recibir el tratamiento una disminución en el número de internamiento y consultas médicas debidas a infecciones oportunistas y síntomas relacionados con el SIDA.

De manera semejante en el supuesto que se analiza, los testigos presentados por los abogados de la autoridad demanda Ricardo Ezequiel Díaz y Marco Obdulio Barrientos Bolaños, ambos médicos epidemiólogos declararon respectivamente, entre otros aspectos pertinentes que les consta que la aplicación de la triple terapia no le salva la vida a un paciente infectado con el VIH pero podría prolongarle la vida en

algunos casos. Tales testigos pueden considerarse como calificados por cuanto en sus deposiciones han aclarado las bondades que la terapia en cuestión ofrecen en términos generales, a enfermos como el Señor Jorge Odir Miranda Cortés.

3. Habiéndose establecido que ha habido una omisión en cuanto al suministro de la terapia por parte de la autoridad demandada y a su vez que ella es capaz de atenuar la enfermedad y vivir dignamente, es procedente analizar su trascendencia constitucional. Siendo entonces tres las categorías invocadas por el peticionario como violentadas, es procedente, en este apartado, el examen de cada una frente al supuesto en estudio.

a) Inicialmente se invoca la violación a la no discriminación como elemento integrante del derecho a la igualdad recogido en el artículo 3 de la constitución. Se fundamenta tal situación en el hecho que a los pacientes enfermos con VIH se les trata de forma diferenciada, no suministrándoseles el medicamento idóneo por su enfermedad y utilizándose medidas tales como el hecho de que la ropa de cama de estos enfermos es recogida en bolsas de diferente color, etc.

Quedó establecido anteriormente, el fundamento jurídico constitucional del derecho de igualdad den la aplicación de la norma. Se trata de que cualquier autoridad que se encuentre en el momento preciso de aplicar una determinada disposición a un caso específicos, lo haga de forma idéntica ante dos supuestos idénticos. En el caso que nos ocupa, el demandante señala que la discriminación se ha reflejado en el trato desigual que reciben los enfermos que padecen la enfermedad dicha con los pacientes que padecen otra enfermedad. Ante una situación como la planteada debe decirse que, cuando una autoridad como el Instituto Salvadoreño del Seguros social, se encuentra en una posición de supra a subordinación con una persona, subalterno o paciente entre otros casos, respecto de quien ejerce o puede ejercer actos que materialmente aniden potestad de imperium y deliberadamente se le trata desigual con respecto a otros casos idénticos, precedentes o contemporáneos y sin que existe un motivo razonable para la diferenciación, su actuación está alterando el contenido esencial del derecho de igualdad. Empero si las circunstancias advierten que no se trata ante casos iguales sino desiguales, obviamente habrá que hacer respetando el mismo derecho un tratamiento desigual.

En el caso presente, no puede inferirse que por las medidas de protección que la autoridad demandada brinda los enfermos con VIH se está alterando o violentado el derecho de igualdad. Lejos de eso, es obligación del Estado, en este caso por medio del Instituto Salvadoreño del Seguro Social , procurar la tutela del derecho a la salud e inminentemente del derecho a la vida de los sujetos a quienes esta institución está obligada a atender.

En consecuencia es procedente desestimar la pretensión en cuanto a la supuesta violación del derecho de igualdad.

b) En cuanto a la violación del derecho a la salud y del derecho a la vida, es pertinente hacer un análisis conjunto de ambos derechos en la situación planteada precisamente por la insolubilidad que existe en ambas categorías en este caso en particular. Se ha

invocado violación de una y de otra dado que el artículo 2 y el 65 de la constitución mandan al Estado a proteger y garantizar ambos derechos a través de las herramientas que ella misma ha proporcionado. El Instituto Salvadoreño del Seguro Social es una institución que posee sus propias políticas internas de trabajo y de atención a los usuarios, sin embargo y no obstante su sustantividad orgánica está sometida al control constitucional por todos aquellos actos que, por acción u omisión, lleve a cabo y haya dudas sobre su constitucionalidad.

La finalidad de dicha institución responde a la sentencia de la protección de la salud que el artículo 65 de la Constitución enuncia. Debe entenderse entonces que la política nacional de salud en dicho ámbito habrá de ir orientada a garantizar la asistencia y prestaciones de salud suficientes ante las necesidades que presente el asegurado. En este orden, si el Estado debe tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de restablecimiento, puede inferirse que en un supuesto específico si a una persona a quien deba atenderse de una forma determinada no se le presta la atención correspondiente, con lo cual se genere una vida indigna y hasta la muerte, se estaría violentado frontalmente el derecho a la salud tutela por la Constitución y aun más la vida.

Debe entonces entenderse que el alto costo de un medicamento no puede ser argüido válidamente para justificar una desatención o una atención insuficiente en un enfermo. Si se ha probado que el suministro de una sustancia es capaz de permitirle sino bien curarse ni salvarse, sí vivir momentáneamente mejor, debe proporcionársele. La Sala Constitucional de la Corte suprema de Justicia de Costa Rica, en la resolución pronunciada a las dieciocho horas y nueve minutos del día veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y siete, en el amparo 5778-V-97 dejó dicho en su caso semejante a éste que "(...) De todos modos si lo que precisa es poner el problema en la fría dimensión financiera, estima la sala que no sería menos atinado preguntarnos por los muchos millones de colones que se pierden por el hecho de que los enfermos no pueden tener la posibilidad e reincorporarse a la fuerza laboral y producir su parte, por pequeña que sea de la riqueza nacional (...)".

Tal argumento pone de relieve el problema sin consenso en la doctrina mas autorizada que enfrenta la viabilidad de una disposición que aluda a un derecho constitucional de carácter social reclamado en sede judicial, en tal sentido, un requerimiento como el presente por el cual se pide protección constitucional básicamente del derecho a la vida porque la entidad encargada de la seguridad social en el país no potencia el estado de salud del demandante, impone que el tribunal encargado del control jurisdiccional el acto u omisión impugnado busque el equilibrio entre las necesidades y las capacidades, sin que las primera constituyan un óbice para la negación de una determinada prestación cuando la segunda, razonablemente, muestre rasgos de insuficiente.

Ante la situación que se plantea, no se trata de acotar irreflexivamente el problema e invadir esferas técnico-médicas sino de tomar en cuenta: a) que el impetrante se encuentra en una situación que pone en riesgo su vida, de forma

presente o futura, b) que hay un tratamiento científicamente aprobado, específico que posibilita atenuar o eliminar la dolencia y consecuentemente le permitirá vivir dignamente y c) que dicho tratamiento es conocido y se tiene acceso a el en términos materiales.

En el caso de autos, se ha probado que la autoridad demandada no ha proporcionado la triple terapia o terapia antirretroviral asociada al señor Jorge Odir Miranda Cortés. También se ha probado que tal terapia, en términos generales, es capaz de producir sustancialmente una mejoría en los enfermos de la suerte de permitir incluso su reincorporación a la vida laboral. Ahora bien, teniendo como soporte estos dos elementos y habiéndose manifestado los casos específicos en los cuales se genera la relación obligacional entre el Estado y un individuo, hacia la búsqueda de la consecución de una vida digna, es dable reconocer indudablemente que aquella omisión es violatoria de la Constitución. Precisamente del derecho a la vida establecido en el artículo 2 de la Constitución.

En este punto el derecho a la vida debe observarse en una doble dimensión, desde el derecho a evitar la muerte y desde el derecho a vivir dignamente. Desde la segunda perspectiva, se desglosa la indisolubilidad señalada anteriormente, del derecho a la salud con el derecho a la vida. El derecho que tiene una persona de gozar de buena salud dada la efectiva y pronta intervención del Estado en su auxilio, se traduce al fin de cuentas en un intento de que la vida se alargue, pero dignamente. La dignidad es un principio informador de todo el ordenamiento jurídico y la vida es un derecho que posibilita la existencia de los demás. En tal sentido fusionar los conceptos implica que la procuración de salud en una persona es la procuración de que viva dignamente. En consecuencia la violación a la Constitución en el caso sub iudice, puede perfilarse más que como una vulneración a la salud como la violación a la misma vida del señor Jorge Odir Miranda Cortez.

De todo lo anterior ha de concluirse que a través de este proveído se está declarando que la prestación de auxilio efectivo, desde el punto de vista médico al demandante, es una obligación del Estado salvadoreño que viene derivada del deber establecido en el artículo 2 en coordinación con el 65 de la Constitución, donde se prevé la necesidad de crear herramientas e instituciones idóneas para la garantía de los derechos fundamentales de las personas. Para el caso, específicamente, la protección del derecho a la vida a través del Instituto Salvadoreño del Seguro Social.

Lo aseverado en los acápite anteriores implican que el reconocimiento de tal obligación en la Constitución es general en el sentido que se procuren las herramientas de protección, esto es, que hoy un mecanismo puede ser el eficaz e idóneo y mañana otro, existiendo por lo tanto siempre obligación de renovar, cambiar o crear los que así se estime conveniente constitucionalmente. En este caso se trata de una terapia antirretroviral asociada o triple terapia –coctel- lo cual no será óbice para que ulteriormente pueda ser otra la indicada.

Ahora bien, el peticionario alegó oportunamente que las actuaciones preferidas por la autoridad demandada también violentaban una multiplicidad de normas internacionales de obligatorio cumplimiento por el Estado de El Salvador, dada su ratificación. Al respecto y como nota aclaratoria es procedente citar la jurisprudencia de este Tribunal en cuanto al parámetro de control que utiliza.

La sentencia pronunciada en el proceso de inconstitucionalidad 24-97/21-98 de las once horas del día veintiséis de septiembre de dos mil a la letra expresó que “ (...) Sobre ello, conviene señalar que los derechos reconocidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos, pueden hacerse proteger dentro de todo el sistema judicial, y no sólo ante esta Sala por medio de los procesos de su competencia (...) ”. ello pone en evidencia que dentro de la competencia de esta Sala únicamente puede usarse como parámetro de control la propia Constitución y no los Tratados Internacionales. Así, “ (...) Se concluye, entonces, que los tratados internacionales no son parámetro de control de constitucionalidad, pues no integran materialmente la Constitución ni forman con ella un bloque de constitucionalidad. (...) ”.

De tal suerte que, si bien los Tratados o Convenciones Internacionales ratificados por El Salvador son leyes de la República y por tanto de obligatorio cumplimiento, su inobservancia puede perfectamente alegarse en sede ordinaria; sin embargo, en sede constitucional únicamente pueden tener un soporte referencial de la infracción constitucional por cuanto, por las razones apuntadas, aquel tipo de normas no conforman un parámetro de control.

En virtud de todo lo anterior es procedente amparar al peticionario por violación de su derecho a la vida y a la salud, en los términos manifestados, con las consecuencias que ello implica y que se especifican a continuación.

3. Establecida la violación constitucional con la omisión de proporcionar el tratamiento necesario al demandante en este proceso de amparo, es preciso referirse al interés colectivo que se deduce a instancia del pretensor y consecuentemente el posible efecto que deba tener el fallo estimativo a dictarse.

El proceso de amparo posee sus propias características, dentro de los denominados procesos constitucionales. A diferencia de otros anida un desplazamiento jurisdiccional amplio y se pretende con él tutelar categorías jurídicas subjetivas protegibles, que hayan sido violentadas por las diversas autoridades y aun por particulares en determinados casos. La sentencia que en el mismo se pronuncia posee efectos únicamente Inter partes, esto es, vincula únicamente a las partes.

En el caso de autos el pretensor, invocando los intereses colectivos que poseen todos y cada uno de los enfermos con VIH, ha requerido de este Tribunal un pronunciamiento en cuanto a los efectos que esta sentencia pueda tener en los diversos casos –o la colectividad como él lo llama- que se encuentran en la misma situación.

Efectivamente los sujetos enfermos con VIH se encuentran en un espectro tal que los permite ubicarse en una colectividad determinada, dado que comparten una misma situación. Sin embargo, esto lo que genera o posibilita es que cualquiera de los mencionados pueda tener acceso a la tutela del derecho que esté siendo violentado de forma semejante y conjunta en alguno. Los intereses son comunes y por lo tanto cualquiera de ellos puede solicitar legítimamente el desplazamiento jurisdiccional; empero ello no implica que los efectos de la sentencia que se provea en el procesos instado, deba tener efectos generales –aún y cuando de hecho así pueda suceder-. Lo anterior en virtud de que no estamos ante la protección de intereses difusos o supraindividuales como afirma el peticionario en su demanda, debido a la naturaleza propia del derecho al vida y salud que se han alegados como violados por la omisión reclamada. El peticionario más bien ha invocado, además de sus propios derechos, un cúmulo de derechos individuales conexos con la decisión de la autoridad demandada de no proporcionarles a él y a los demás enfermos que han desarrollado la enfermedad del VIH/SIDA, la terapia ya relacionada, quienes se han visto afectados por la omisión controvertida y que poseen un interés en las resultas de este mecanismos de tutela constitucional.

Sobre dicho aspecto, es importante establecer 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. En consecuencia, careciendo el demandante de la presentación necesaria para intervenir en nombre del grupo de personas que se encuentran en su misma situación médica el cual pretende una tutela respecto de sus respectivos derechos de carácter individual, no es atendible que los efectos Inter partes de la presente decisión se altere.

Consecuentemente, debe entenderse que con la presente resolución se ordena a la autoridad demandada el suministro de la terapia –que por hoy es la antirretroviral asociada o coctel- al peticionario.

IV) Reconocida por este Tribunal la existencia de un agravio personal, la consecuencia natural y lógica es la de reparar el daño causado restaurando las cosas al estado en que se encontraban antes de la ejecución del acto violatorio, restableciendo al perjudicado en el pleno uso y goce de sus derechos violados.

El artículo 35 de la Ley de Procedimientos Constitucionales señala el efecto normal y principal de la sentencia estimatoria: el efecto restitutorio, el cual debe entenderse en forma amplia, es decir, atendiendo a la doble finalidad del amparo: en primer lugar, el restablecimiento del orden constitucional violado; y, en segundo lugar, la reparación del daño causado.

En el caso particular el efecto restitutorio tiene una especial connotación, pues no debe entenderse en el sentido de ordenar la invalidación de algún acto dado que el reclamo constitucional se ha referido a una omisión. En tal sentido la reparación del daño que se ha proferido al peticionario, debe entenderse en el sentido que la

Directora del Instituto del Seguro Social tome las medidas pertinentes para proporcionarle al demandante la “triple terapia o terapia antirretroviral asociada” en virtud de hacer valer que la correlativa obligación que tiene el Estado respecto al derecho a la vida que toda persona tiene, consiste en proveer los medios para conservarla y defenderla, en este caso el tratamiento mencionado.

Por tanto; a nombre de la República, con base a las razones expuestas y en aplicación de los artículos 1, 2 y 65 de la Constitución y artículos 32, 33, 34 y 35 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, esta sala falla: (a) Declararse que ha lugar el amparo solicitado por el señor Jorge Odir Miranda Cortez, contra la omisión atribuida a la Directora del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, por haberle vulnerado sus derechos a la vida y a la salud de conformidad a los artículos 2 y 65 de la Constitución; (b) ordénase al Directora del Instituto Salvadoreño del Seguro Social suministre al señor Jorge Odir Miranda Cortez, la terapia de combinación de antirretrovirales denominada triple terapia o terapia antirretroviral asociada, apropiada a su condición clínica, bajo el obvio control de los médicos responsables para casos como el presente; y (c) notifíquese la presente sentencia.

APENDICE Nº 5

HOJA TABULAR Y RESULTADOS OBTENIDOS DEL CUESTIONARIO DIRIGIDO A LOS USUARIOS DE LAS UNIDADES DE SALUD PUBLICAS DEL DEPARTAMENTO DE SAN SALVADOR.

		UNIDADES DE SALUD																															
		BARRIOS		MONSERRAT		LOURDES		APOPA		GUAZAPA		AGUILARES		SANTIAGO TEXACUANGOS		SANTO TOMAS		SAN MARCOS		GUADALUPE		EL MATAZANO		SANTA LUCIA		ZACAMIL		SAN ANTONIO ABAD		DELGADO		TOTALES	
1	Recibe en esta unidad de salud asistencia gratuita por la prestación de los servicios de salud pública	Si NO	4 6	Si NO	7 3	Si NO	4 6	Si NO	7 3	Si NO	8 2	Si NO	5 5	Si NO	3 7	Si NO	6 4	Si NO	5 5	Si NO	6 4	Si NO	7 3	Si NO	3 7	Si NO	4 6	Si NO	0 10	Si NO	3 7	72 78	48% 52%
2	Le han proporcionado en esta unidad de salud Medicamentos vencidos, con empaques deteriorados o que Carezcan de instrucción para su consumo.	Si NO	3 7	Si NO	4 6	Si NO	2 8	Si NO	9 1	Si NO	4 6	Si NO	2 8	Si NO	3 7	Si NO	7 3	Si NO	5 5	Si NO	4 6	Si NO	9 1	Si NO	10 0	Si NO	7 3	Si NO	4 6	Si NO	8 2	81 69	54% 46%
3	Ha recibido en esta unidad de salud tratamiento Incompleto por falta de medicamentos, equipo o personal medico	Si NO	3 7	Si NO	6 4	Si NO	10 0	Si NO	10 0	Si NO	2 8	Si NO	4 6	Si NO	6 4	Si NO	10 0	Si NO	4 6	Si NO	9 1	Si NO	7 3	Si NO	5 5	Si NO	7 3	Si NO	8 2	Si NO	0 10	91 59	61% 39%
4	Ha padecido complicaciones en su salud por haber recibido tratamiento incompleto inadecuado o tardío en esta unidad de salud pública.	Si NO	8 2	Si NO	5 5	Si NO	7 3	Si NO	8 2	Si NO	9 1	Si NO	7 3	Si NO	6 4	Si NO	7 3	Si NO	7 3	Si NO	8 2	Si NO	2 8	Si NO	3 7	Si NO	5 5	Si NO	4 6	Si NO	7 3	93 57	62% 38%
5	Ha padecido algún tipo de maltrato negativa o atención tardía por malicia del personal de esta Unidad de Salud Pública.	Si NO	9 1	Si NO	8 2	Si NO	7 3	Si NO	6 4	Si NO	5 5	Si NO	7 3	Si NO	8 2	Si NO	9 1	Si NO	8 2	Si NO	6 4	Si NO	7 3	Si NO	7 3	Si NO	8 2	Si NO	9 1	Si NO	10 0	114 36	76% 24%
6	Tiene conocimiento de que el personal de las unidades de salud pública son responsables y que están sujetos a sanciones Administrativas, civiles y penales por infracciones o violaciones que cometan contra el Derecho a la Salud de algún gobernado.	Si NO	2 8	Si NO	3 7	Si NO	1 9	Si NO	2 8	Si NO	1 9	Si NO	3 7	Si NO	3 7	Si NO	1 9	Si NO	2 8	Si NO	1 9	Si NO	3 7	Si NO	3 7	Si NO	2 8	Si NO	2 8	Si NO	1 9	30 120	20% 80%
7	Ha denunciado usted ante cualquier autoridad Infracciones o violaciones que le hayan causado daño a su salud por tratamientos inadecuados, tardíos o por cualquier otra causa.	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	0 150	0% 100%
8	Sabe usted que existe una garantía llamada Amparo constitucional que protege no solo el Derecho a la salud de la población salvadoreña, sino también otros derechos constitucionales, excepto el derecho a la libertad.	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	0 150	0% 100%
9	Ha utilizado el Amparo para proteger su derecho a la salud por cualquier violación cometida por el personal de esta unidad de salud	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	0 150	0% 100%
10	Ha sufrido algún tipo de impedimento físico a consecuencia de mala practica medica en esta unidad de salud pública.	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	1 9	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	1 149	1% 99%
11	Se realiza en su comunidad algún tipo de actividad relativa a la a la salud promovida por las autoridades públicas competentes	Si NO	5 5	Si NO	2 8	Si NO	1 9	Si NO	3 7	Si NO	6 4	Si NO	1 9	Si NO	2 8	Si NO	6 4	Si NO	5 5	Si NO	6 4	Si NO	1 9	Si NO	2 8	Si NO	3 7	Si NO	2 8	Si NO	0 10	45 105	0.3 70%
12	Participa con las autoridades de Salud Pública y/o Municipal para: a) Resolver problemas de saneamiento ambiental con el objeto de evitar enfermedades en su comunidad, y b) Promocionar, administrar eficientizar y modernizar el Sistema público de salud en su comunidad.	Si NO	1 9	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	2 8	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	1 9	Si NO	2 8	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	1 9	Si NO	0 10	Si NO	1 9	Si NO	0 10	Si NO	1 9	9 141	6% 94%
13	Se ha enterado por cualquier medio que en esta comunidad se realizan actividades tendientes no solo a la promoción y estímulo de los derechos humanos, sino también velar por su garantía a través del amparo u otro remedio constitucional. Todo esto promovido por la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	0 150	0% 100%
14	Tiene conocimiento que en esta comunidad existen instituciones públicas que velen por los derechos humanos de los salvadoreños.	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	Si NO	0 10	0 150	0% 100%

APENDICE Nº 6**GUIA DE ENTREVISTA DIRIGIDA A LOS USUARIOS DE LAS UNIDADES DE SALUD PUBLICA.**

- 1- ¿Recibe en esta Unidad de Salud pública asistencia gratuita por la prestación de los servicios de salud pública?.
- 2- ¿Le han proporcionado en esta Unidad de Salud Pública medicamentos vencidos, con empaques deteriorados o que carezcan de instrucción para su uso?
- 3- ¿ha recibido en esta Unidad de Salud pública tratamiento incompleto por falta de medicamentos, equipo o personal médico?
- 4- ¿ha padecido complicaciones en su salud por haber recibido tratamiento incompleto, inadecuado o tardío en esta Unidad de Salud pública?
- 5- ¿ha padecido algún tipo de maltrato, negativa o atención tardía por malicia del personal médico de esta Unidad de Salud pública?
- 6- ¿tiene conocimiento que el personal de las Unidades de Salud pública son responsables y que están sujetos a sanciones administrativas, civiles y penales por infracciones o violaciones que cometan en contra de derecho a la salud de algún gobernado?
- 7- ¿ha denunciado usted ante cualquier autoridad infracciones o violaciones que le hayan causado daño a su salud por tratamientos inadecuados, tardíos o por cualquier otra causa?

- 8- ¿Sabe usted que existe una garantía llamada Amparo Constitucional que protege no solo el derecho a la salud de la población salvadoreña, sino también otros derechos constitucionales, excepto el derecho a la libertad?
- 9- ¿ha utilizado el amparo para proteger su derecho a la salud por cualquier violación cometida por el personal de esta Unidad de Salud pública?
- 10- ¿Ha sufrido algún tipo de impedimento físico a consecuencia de la mala práctica médica en esta Unidad de Salud pública?
- 11- ¿se realiza en su comunidad algún tipo de actividad relativa a la salud promovida por las autoridades públicas competentes?
- 12- ¿participa con las autoridades de salud pública y/o municipal para:
- a) resolver problemas ambientales con el objeto de evitar enfermedades en su comunidad, y
 - b) promocionar, administrar, eficientizar y modernizar el sistema público de salud en su comunidad
- 13- ¿se ha enterado por cualquier medio que en esta comunidad se realizan actividades tendientes no solo a la promoción y estímulo de los derechos humanos, sino también a velar por su garantía a través del amparo u otro remedio constitucional. Todo esto promovido por la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos?
- 14- ¿tiene conocimiento que en esta comunidad existen instituciones públicas que velen por los derechos humanos de los salvadoreños?

APENDICE Nº 7

GUIA DE ENTREVISTA DIRIGIDA A LOS MAGISTRADOS DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

- 1 ¿Considera usted que se reconoce el derecho a la salud en nuestra Constitución?
- 2 ¿El amparo protege el derecho a la salud?
- 3 De acuerdo a la Constitución y a la axiología moderna. ¿Cuál considera usted que es el primer valor-derecho de la persona humana?
- 4 ¿Esta de acuerdo con las siguientes afirmaciones?
 - a- “El derecho a la vida está vinculado estrechamente con el derecho a la salud”.
 - b- “El derecho a la vida y su colorario el derecho a la salud, tiene una relación estrecha con el principio fundamental de la dignidad inherente de la persona humana”.
- 5 ¿Considera acertada cierta jurisprudencia Argentina, en cuanto a prescindir del agotamiento previo de las vías administrativas y judiciales al procedimiento de amparo constitucional, cuando se trate de situaciones humanas límites que puedan causar un daño irreparable en la salud de las personas?
- 6 ¿Constituye la jurisprudencia anterior un caso especial de eficacia inmediata de la Constitución?

- 7 ¿Conoce usted precedentes en general, y del derecho a la salud en particular, en los cuales esta Sala haya admitido demandas en vía directa, no por el vacío legal
- 8 ¿Conoce usted jurisprudencia de amparo en la cual se haya tratado sobre la responsabilidad del Estado en la prestación de los servicios de salud pública u otro derecho conexo, y se halla concluido con una sentencia favorable al impetrante?
- 9 ¿Refiérase a algunos parámetros jurisprudenciales que esta Sala considera para declarar improcedente la demanda que incoa actos privados violatorios de derechos constitucionales?
- 10 De acuerdo con el artículo 247 de la Constitución solo puede pedirse amparo por la violación de los derechos constitucionales. ¿Considera acertada la idea de ampliar esta gama de derechos a los reconocidos en Pactos o Convenciones Internacionales, de los cuales El Salvador es Parte? ¿Existe jurisprudencia en este sentido?

APENDICE Nº 8

SISTEMA DE HIPOTESIS Y SU OPERACIONALIZACION.

HIPOTESIS GENERAL

La violación del derecho a la salud por parte del personal médico y administrativo de las Unidades de Salud Públicas del Departamento de San Salvador genera su protección por medio del amparo.

OPERACIONALIZACION	
Variable Dependiente La violación del derecho a la salud por parte del personal médico y administrativo de las Unidades de Salud Públicas del Departamento de San Salvador.	Variable Independiente Genera su protección por medio del amparo.
Indicador X1 Violación a la asistencia gratuita	Indicador Y1 Denuncia
Indicador X2 Mala praxis por deficiente preparación del recurso humano médico.	Indicador Y2 Responsabilidad del Estado y del agente que comete una violación al derecho a la salud de cualquier gobernado.
Indicador X3 Lesividad a la integridad física y a la vida	Indicador Y3 Incoación del amparo para proteger el derecho a la salud

APENDICE Nº 9

PRIMERA HIPOTESIS ESPECIFICA

La deficiencia de los servicios que prestan las Unidades de Salud Pública del Departamento de San Salvador produce una violación al derecho a la salud de los usuarios que las frecuentan.

OPERACIONALIZACION	
<p style="text-align: center;">Variable Dependiente</p> <p>La deficiencia de los servicios que prestan las Unidades de Salud pública del departamento de San Salvador</p>	<p style="text-align: center;">Variable Independiente</p> <p>produce una violación al derecho de la salud de los usuarios que los frecuentan.</p>
<p style="text-align: center;">Indicador X1</p> <p>Falta de asistencia integral en el área de Salud Pública.</p>	<p style="text-align: center;">Indicador Y1</p> <p>Cobertura limitada para velar por la salud y la vida.</p>
<p style="text-align: center;">Indicador X2</p> <p>Falta de control en la calidad de los productos químicos farmacéuticos que proporcionan las farmacias de las unidades.</p>	<p style="text-align: center;">Indicador Y2</p> <p>Complicaciones en la salud de los usuarios de dichas unidades.</p>

APENDICE Nº 10

SEGUNDA HIPOTESIS ESPECIFICA

La falta de promoción y publicidad del amparo constitucional por parte de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos propicia la vulneración de la integridad física y la vida de los usuarios de la Unidades de Salud Pública del Departamento de San Salvador.

OPERACIONALIZACION	
Variable Dependiente	Variable Independiente
La falta de promoción y publicidad del amparo constitucional por parte de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.	Propicia la vulneración de la integridad física y la vida de los usuarios de las unidades de Salud Pública del Departamento de San Salvador.
Indicador X1	Indicador Y1
Insuficientes políticas de Derechos Humanos.	Desconocimiento del Amparo.
Indicador X2	Indicador Y2
Falta de instituciones públicas a nivel regional y municipal que asesoren sobre Derechos Humanos.	No utilización del Amparo para tutelar Violaciones al Derecho de la Salud de los usuarios de las Unidades de Salud Pública.

BIBLIOGRAFIA.

TEXTOS.

Burgoa O. Ignacio “El Juicio de Amparo”, Trigésima segunda edición actualizada, Editorial Porrúa, S.A. México 1995.

Bertrand Galindo, Francisco y otros “Manual de Derecho Constitucional”, Tomos I y II, Centro de información jurídica, talleres gráficos UCA. Primera edición. San Salvador 1992.

Schila, Luis Carlos. “El Régimen Jurídico de los Tratados Internacionales en Colombia,” 1º edición, editorial Kelly. Colombia, 1994.

Recasen Siches “Tratado General de Filosofía del Derecho”, primera edición, editorial Porrúa, S.A. Mexico 1988.

Torre Abelardo, “Introducción al Derecho”, séptima edición actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires. 1990.

Castro, Juventino “Lecciones de Garantías y Amparo”, Editorial Rossi Pellegrino, Madrid, edición 1974.

Fix Zamudio, Héctor “El juicio de Amparo”, Editorial Porrúa S.A. Mexico, edición 1964.

Osorio, Manuel “Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales”, Editorial Heliasta S.R.L, 22ª edición. Buenos Aires, 1982

Enciclopedia jurídica Omeba, Tomo I, letra A, Editora Driskill S.A. Buenos Aires, 1986.

Palacios, Lino Enrique "Manual de Derecho Procesal Civil, Tomo I, 8ª edición actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1967.

Avenis Donabedian, "Aspects of medical Care Administration", University national of Newark, New York, 1993.

"ABC de las Naciones Unidas", departamento de Información pública de las N.U. Nueva York, 1998.

Uribe, Diego "Los Derechos Humanos y el Sistema Americano", editorial Rossi Pellegrino, Madrid, 1972

REVISTAS Y FOLLETOS.

Organización Panamericana para la salud 1995 "El derecho a la salud en las Américas, estudio comparado, publicación científica N° 509, editores Herman Seholle y otros.

Desafíos de la educación en el nuevo milenio" MINED, Enero 2000 San Salvador

OPS/OMS Representación en El Salvador "Niñez, Adolescencia y Juventud, con derechos y deberes" 2000.

Revista de Derecho Constitucional, Centro de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, "Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional" N° 12 edición abril-mayo El Salvador,

Gutiérrez Castro, Gabriel Mauricio "Derecho Constitucional Salvadoreño", Catálogo de Jurisprudencia, publicaciones especiales de la Corte Suprema de Justicia, tercera edición, El Salvador 1991.

Sagastume Gemmell Marco A. cuadernos educativos N° 5, Colección Derechos Humanos CSUCA 1999 El Salvador

CONSTITUCIONES Y LEYES.

Constitución de 1841, Asamblea Constituyente del 18 de febrero de 1841 San Salvador.

Constitución Política de El Salvador 1939, decretada por la Asamblea Nacional Constituyente el 20 de enero de 1939 San Salvador.

Constitución Política de 1944, dada por la Asamblea Nacional Constituyente de la República de El Salvador el 24 de Febrero de 1944 San Salvador.

Constitución Política de El Salvador 1950, decretada por la Asamblea Nacional Constituyente el 7 de septiembre de 1950, por decreto N° 14, San Salvador.

Constitución Política de El Salvador 1962, sancionada y proclamada por la Asamblea Constituyente el 8 de enero de 1962, por decreto N° 6 San Salvador.

Constitución de la República de El Salvador, D.C S/N del 15 de diciembre de 1983 publicada en el diario Oficial N° 23, Tomo 28 del 16 de diciembre de 1983

Código Civil, Declarado Ley de la República por Decreto Ejecutivo de fecha 23 de agosto de 1859

Código de Procedimientos Civiles, Declarado Ley de la República por Decreto Ejecutivo del 31 de diciembre, publicado en el Diario Oficial de 1º de enero de 1882

Código Penal, D.L. N° 205, de fecha 8 de enero de 1998, D.O N° 5 Tomo 338 del 9 de enero de 1998

Código Procesal Penal, D.L. N° 904 de fecha 4 de diciembre de 1996 D.O. N° 11, Tomo 334, de fecha 20 de enero de 1998

Ley de Procedimientos Constitucionales, D.L 2996, del 14 de enero de 1960, D.O N° 15, Tomo 186 del 22 de enero de 1960

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.

- Carta de las Naciones Unidas.
- Carta Internacional de Derechos Humanos.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Constitución de la Organización Mundial de la Salud.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Carta de la Organización de Estados Americanos.
- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

- Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José Costa Rica.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador.

