

# ALGUNOS ASPECTOS DEL DERECHO A LA SALUD EN LAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS Y LOS PROBLEMAS DE SU JUSTICIABILIDAD\*

(Una aproximación preliminar)

Allan R. Brewer-Carías

Las declaraciones constitucionales de los derechos humanos, si bien constituyen un medio efectivo de protección a los mismos, puede decirse que no son suficientes para hacer efectivo su goce y disfrute. Siempre resulta necesaria la previsión expresa de garantías constitucionales, particularmente las de carácter judicial, para que las personas puedan asegurar el respeto de los derechos frente a violaciones de los mismos.

Estas garantías judiciales han sido tradicionalmente establecidas en América latina respecto de la libertad e integridad personales, protegidas en general mediante las acciones de hábeas corpus. En cuanto a los demás derechos constitucionales, durante las últimas décadas se han venido estableciendo y desarrollando como medios internos de protección judicial, las acciones de amparo, de tutela o de protección, las cuales han sido medios efectivos de protección de los derechos individuales y de muchos derechos económicos, sociales y culturales.

Sin embargo, en algunos países se ha planteado la discusión sobre la posibilidad o no de la justiciabilidad de algunos derechos sociales, como el derecho a la salud, y la posibilidad del logro de su protección mediante la acción de amparo, tutela o protección. Por supuesto, dicho

---

\* Documento preparado para el *XXII Curso Interdisciplinario sobre Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica agosto 2004.

posibilidad depende, en primer lugar, de la forma de la declaración constitucional de los derechos; en segundo lugar, de la amplitud como se haya establecido la acción de amparo; y en tercer lugar, de la jurisprudencia que se haya producido en cada caso. Las presentes notas tienen por objeto introducir el tema, particularmente en relación con el derecho constitucional a la salud o a la protección de la salud, con ocasión de algunas sentencias recientes dictadas por algunos de los tribunales constitucionales de América Latina.

## **PRIMERA PARTE: EL DERECHO A LA SALUD EN LAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS**

### **I. LA SALUD COMO BIEN PÚBLICO**

Como lo indica la Constitución de El Salvador, “la salud de los habitantes de la República constituye un bien público” (Art. 65). En sentido similar se regula en la Constitución de Guatemala (Art. 95); y por ello, ambas Constituciones establecen que el Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento

### **II. EL DERECHO A LA SALUD Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD**

Ahora bien, aparte de las declaraciones generales de orden constitucional como las indicadas, en la generalidad de las Constituciones de América Latina se establece expresamente, dentro de los derechos fundamentales o constitucionales de las personas, “el derecho a la salud” (Bolivia, Art. 7,a; Brasil, Art. 6 y 196; Ecuador Art. 46; Nicaragua, Art. 59); Venezuela, Art. 84). Este derecho fundamental corresponde a todas las personas “por igual” como lo precisa la Constitución de Nicaragua (Art. 59); y lo reafirma la Constitución de Guatemala, al prescribir que “el goce de la salud es derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna” (Art. 93).

Ahora bien, esta fórmula constitucional del “derecho a la salud”, en realidad también constituye una declaración de principios relativos al compromiso del Estado y de la sociedad entera en relación con la persona humana, la cual difícilmente podría identificarse “literalmente” con un verdadero “derecho constitucional”, ya que tal formulación o declaración carece del principio de la alteridad. En realidad, nadie puede estar obligado a asegurarle la salud al ser humano; así como nadie puede tener derecho a no enfermarse.

Sin embargo, puede decirse que con esta fórmula lo que se está estableciendo en las Constituciones es el derecho de todas las personas a que su salud sea protegida; es decir, el derecho constitucional, en realidad, es el derecho a la protección de la salud por parte del Estado, al cual le corresponde como obligación, que también corresponde a la sociedad entera, de velar por el mantenimiento y recuperación de la salud de las personas.

Por eso, otras Constituciones latinoamericanas declaran, con más precisión, “el derecho a la protección de la salud” (Honduras, Art. 145); o se refieren más precisamente al derecho de todas las personas “a la protección de la salud” (Chile Art. 19,9; México, Art. 4; Perú, Art. 7); a que “se atienda y proteja su salud” (Cuba, Art. 50); o a que se les garantice “a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.” (Colombia, Art. 49). En Panamá, incluso, el artículo 105 de la Constitución dispone que:

El individuo, como parte de la comunidad, tiene derecho a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud y la obligación de conservarla, entendida ésta como el completo bienestar físico, mental y social.

En algunos casos, como sucede en la Constitución de Venezuela, puede decirse que se mezclan ambas formulaciones, al disponer en su artículo 83 que “La salud es un derecho social fundamental” agregando además que “Todas las personas tienen derecho a la protección de

la salud". Igual sucede en el artículo 68 de la Constitución de Paraguay, en el cual bajo el acápite de "derecho a la salud", lo que se establece es que "El Estado protegerá y promoverá la salud como derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad".

### III. EL DERECHO DE ACCESO A LOS MEDIOS DE PROTECCIÓN DE LA SALUD Y LA GRATUIDAD DE LOS PROGRAMAS Y SERVICIOS PÚBLICOS DE SALUD

Sólo algunas Constituciones establecen, además del derecho a la protección de la salud, algunas normas que aseguren el derecho de acceso libre e igualitario y en algunos casos, gratuito, a los servicios públicos de salud.

Es el caso de la Constitución de Chile, la cual dispone que "el Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo" (Art. 19,9). En la Constitución de Cuba, el artículo 50 dispone que el Estado garantiza el derecho de las personas a que se atienda y proteja su salud "con la prestación de la asistencia médica y hospitalaria gratuita".

En el caso de la Constitución de Chile, en la misma se distingue entre programas y servicios públicos de salud, disponiéndose que "los programas y acciones de salud pública serán gratuitos para todos"; y, en cambio, "los servicios públicos de atención médica, lo serán para las personas que los necesiten" (Art. 43). La Constitución establece, además, que incluso, "por ningún motivo se negará la atención de emergencia en los establecimientos públicos o privados" (Art. 43). En sentido similar, la Constitución de Paraguay dispone que "Nadie será privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades, pestes o plagas, y de socorro en los casos de catástrofes y de accidentes" (Art. 68)

En la Constitución de El Salvador, se dispuso que el Estado debe dar “asistencia gratuita a los enfermos que carezcan de recursos, y a los habitantes en general, cuando el tratamiento constituya un medio eficaz para prevenir la diseminación de una enfermedad transmisible” (Art. 66); y en Uruguay, la Constitución dispone que “El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes” (Art. 44).

En otros casos, se remite a la ley para señalar “los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria” (Colombia, art. 49); o para la definición de “las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud (México, Art. 4).

#### IV. LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL DERECHO A LA SALUD

##### 1. *Las obligaciones generales de las personas*

La salud, en todo caso, sea que se la considere como bien público o como derecho fundamental, origina obligaciones tanto para las personas en general como para el Estado.

En efecto, en la Constitución del no sólo establece el derecho de todos a la protección de su salud y a la protección del “del medio familiar y de la comunidad, sino “el deber de contribuir a su promoción y defensa” (art. 7). En la misma línea regulatoria, en la Constitución de Honduras se establece que “Es deber de todos participar en la promoción y preservación de la salud personal y de la comunidad (Art. 145); y la Constitución de establece que “todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad” (Art. 44). La Constitución de Colombia igualmente establece en su artículo 49, que “toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad”.

Igualmente, en Venezuela, el artículo 83 de la Constitución consagra el deber de todas las personas de participar activamente en la promoción y defensa de la salud, y de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley, de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República. En el mismo sentido, el artículo 68 de la Constitución del Paraguay dispone que “Toda persona está obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro del respeto a la dignidad humana”; y en Nicaragua se establece que “Los ciudadanos tienen la obligación de acatar las medidas sanitarias que se determinen”(Art. 59).

En El Salvador, la Constitución establece que toda persona está obligada a someterse a tratamiento, cuando el mismo “constituya un medio eficaz para prevenir la diseminación de una enfermedad transmisible” (Art. 66).

## *2. Las obligaciones a cargo del Estado: políticas públicas y las actividades de prestación*

La consecuencia de la existencia en las Constituciones de un derecho ciudadano a la protección de la salud, es la previsión de un conjunto de obligaciones impuestas al Estado para satisfacer dicho derecho, las cuales también se establecen expresamente en las Constituciones, como por ejemplo, en la Constitución de Panamá en la cual se dispone que “Es función esencial del Estado velar por la salud de la población de la República” (Art. 105).

La Constitución de Guatemala, por su parte, dispone:

*ARTICULO 94.- Obligación del Estado, sobre salud y asistencia social.* El Estado velará por la salud y la asistencia social de todos los habitantes. Desarrollará, a través de sus instituciones, acciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, coordinación y las complementarias pertinentes a fin de procurarles el más completo bienestar físico, mental y social.

En la Constitución de Venezuela, luego de declararse que la salud es un derecho social fundamental, se lo precisa como “obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios” (Art. 83). En la Constitución de Honduras, el artículo 145 dispone que “el Estado conservará el medio ambiente adecuado para proteger la salud de las personas”.

Por su parte, la Constitución de Cuba (Art. 50) dispone que el Estado garantiza el derecho de las personas a que se atienda y proteja su salud:

- con la prestación de la asistencia médica y hospitalaria gratuita, mediante la red de instalaciones de servicio médico rural, de los policlínicos, hospitales, centros profilácticos y de tratamiento especializado;
- con la prestación de asistencia estomatológica gratuita;
- con el desarrollo de los planes de divulgación sanitaria y de educación para la salud, exámenes médicos periódicos, vacunación general y otras medidas preventivas de las enfermedades. En estos planes y actividades coopera toda la población a través de las organizaciones de masas y sociales.

En Ecuador, el artículo 42 de la Constitución prescribe que el Estado garantiza el derecho a la salud, su promoción y protección:

[P]or medio del desarrollo de la seguridad alimentaria, la provisión de agua potable y saneamiento básico, el fomento de ambientes saludables en lo familiar, laboral y comunitario, y la posibilidad de acceso permanente e ininterrumpido a servicios de salud, conforme a los principios de equidad, universalidad, solidaridad, calidad y eficiencia (Art. 42).

El artículo 106 de la Constitución de Panamá dispone que en materia de salud, corresponde primordialmente al Estado, el desarrollo de

las siguientes actividades, integrando las funciones de prevención, curación y rehabilitación:

1. Desarrollar una política nacional de alimentación y nutrición que asegure un óptimo estado nutricional para toda la población, al promover la disponibilidad, el consumo y el aprovechamiento biológico de los alimentos adecuados.
2. Capacitar al individuo y a los grupos sociales, mediante acciones educativas, que difundan el conocimiento de los deberes y derechos individuales y colectivos en materia de salud personal y ambiental.
3. Proteger la salud de la madre, del niño y del adolescente, garantizando una atención integral durante el proceso de gestación, lactancia, crecimiento y desarrollo en la niñez y adolescencia.
4. Combatir las enfermedades transmisibles mediante el saneamiento ambiental, el desarrollo de la disponibilidad de agua potable y adoptar medidas de inmunización, profilaxis y tratamiento, proporcionadas colectivamente e individualmente, a toda la población.
5. Crear, de acuerdo con las necesidades de cada región, establecimientos en los cuales se presten servicios de salud integral y suministren medicamentos a toda la población. Estos servicios de salud y medicamentos serán proporcionados gratuitamente a quienes carezcan de recursos económicos.
6. Regular y vigilar el cumplimiento de las condiciones de salud y la seguridad que deban reunir los lugares de trabajo, estableciendo una política nacional de medicina e higiene industrial y laboral.

En Bolivia, el Estado “tiene la obligación de defender el capital humano protegiendo la salud de la población; asegurará la continuidad de sus medios de subsistencia y rehabilitación de las personas inutilizadas; propenderá asimismo al mejoramiento de las condiciones de vida del grupo familiar” (Art. 158.I). La Constitución del Perú precisa que “el Estado determina la política nacional de salud” correspondiendo al Poder Ejecutivo normar y supervisar su aplicación” (Art. 9).



En sentido similar, la Constitución de El Salvador prescribe que “El Estado determinará la política nacional de salud y controlará y supervisará su aplicación” (Art. 65).

En el caso de Nicaragua, el artículo 59 de la Constitución establece que el Estado establecerá las condiciones básicas para su promoción, protección, recuperación y rehabilitación, correspondiendo “al Estado dirigir y organizar los programas, servicios y acciones de salud y promover la participación popular en defensa de la misma”.

En Brasil, el Estado tiene el deber de garantizar la salud como derecho de todos, “mediante políticas sociales y económicas que tiendan a la reducción del riesgo de enfermedad y de otros riesgos y al acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación” (Art. 196).

En Chile, el Estado debe promover “la cultura por la salud y la vida, con énfasis en la educación alimentaria y nutricional de madres y niños, y en la salud sexual y reproductiva, mediante la participación de la sociedad y la colaboración de los medios de comunicación social (Art. 43). A tal efecto, el Estado debe formular “la política nacional de salud y vigilará su aplicación; controlará el funcionamiento de las entidades del sector; reconocerá, respetará y promoverá el desarrollo de las medicinas tradicional y alternativa, cuyo ejercicio será regulado por la ley, e impulsará el avance científico-tecnológico en el área de la salud, con sujeción a principios bioéticos. Adoptará programas tendientes a eliminar el alcoholismo y otras toxicomanías (Art. 44).

## V. LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y PRIVADOS DE SALUD Y LA POTESTAD REGULADORA DEL ESTADO

La protección de la salud puede considerarse, por tanto, en general, como una obligación del Estado, lo que no excluye que los particulares también puedan prestar servicios de protección a la salud, sometidos a las regulaciones estatales. A tal efecto se regula, en la Constitu-

ción de Chile que “cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado” (Art. 19).

En las Constituciones Latinoamericanas existe, por tanto, en general, la libre iniciativa privada para la prestación de los servicios de salud, lo cual, sin embargo, sólo la Constitución de Brasil la regula expresamente al establece el principio de que “La asistencia sanitaria es libre para iniciativa privada”, a cuyo efecto el artículo 199 establece el régimen general así:

1º. Las instituciones privadas podrán participar de forma complementaria del sistema único de salud, según las directrices de este mediante contrato de derecho público o convenio, teniendo preferencia las entidades filantrópicas y las que no tengan fines lucrativos.

2º. Esta prohibido el destino de recursos públicos para auxilio o subvenciones a las instituciones privadas con fines lucrativos.

3º. Está prohibida la participación directa o indirecta de empresas o capital extranjero en la asistencia sanitaria en el País, salvo en los casos previstos en ley.

4º. La ley dispondrá sobre las condiciones y los requisitos que faciliten la extracción de órganos, tejidos y sustancias humanas para fines de transplante, investigación y tratamiento, así como la extracción, procesamiento y transfusión de sangre, prohibiéndose todo tipo de comercialización.

En todo caso, la consecuencia de las obligaciones impuestas al Estado para garantizar el derecho a la protección de la salud, sea que se presten los servicios de atención a la salud por los entes públicos o por los particulares, es la atribución reguladora que se asigna al Estado. Como lo indica el artículo 85 de la Constitución de Venezuela: “El Estado regulará las instituciones públicas y privadas de salud” (Art. 85); o lo indica la Constitución de Chile en su artículo 19, en el cual, además de disponer que corresponde al Estado “la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud”, precisa que:

Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

En el artículo 44 de la Constitución de Uruguay, se establece que: “El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país”.

En Honduras, la Constitución dispone que:

Artículo 146.- Corresponde 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 alimenticios, químicos, farmacéuticos y biológicos.

Además, se atribuye al Estado la potestad “supervisar las actividades privadas de salud conforme a la ley” (Art. 149).

En el caso del Brasil, el artículo 197 de la Constitución dispone que siendo de relevancia pública las acciones y servicios de salud, “corresponde al Poder Público disponer, en los términos de la ley, sobre su regulación, fiscalización y control, debiendo ejecutarse directamente o a través de terceros y, también, por persona física o jurídica de derecho privado” (Art. 197).

La potestad regulatoria del Estado se refiere, en consecuencia, tanto al sector público de salud como a las entidades privadas prestadoras de servicios de salud. Así lo regula expresamente la Constitución de Colombia cuyo artículo 49 dispone como potestad estatal:

También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

## VI. LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE SALUD

### 1. *El carácter de servicio público de los servicios públicos de salud*

Ahora bien, la consecuencia del establecimiento en la Constitución de obligaciones prestacionales a cargo del Estado para satisfacer el derecho ciudadano a la protección de la salud, configura dichas actividades estatales como un servicio público. Como lo indica expresamente la Constitución de Colombia: “la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado” (Art. 49). En la Constitución de Bolivia dispone que “El servicio y la asistencia sociales son funciones del Estado” siendo las normas relativas a la salud pública “de carácter coercitivo y obligatorio” (art. 164).

### 2. *La organización de los servicios públicos de salud*

En la mayoría de las Constituciones latinoamericanas establecen principios generales sobre la organización de los servicios públicos de salud, configurándolos como integrados en un sistema nacional o único de salud.

#### *A. El sistema nacional de salud*

La noción de “servicio nacional de salud” se encuentra en varias Constituciones, pero en algunas, comprendiendo los servicios públicos y privados; y en otras, refiriéndose sólo a los servicios públicos.

En efecto, en Chile, la Constitución dispone que “El Estado organizará un sistema nacional de salud, que se integrará con las entidades públicas, autónomas, privadas y comunitarias del sector”. Dicho sistema debe funcionar “de manera descentralizada, desconcentrada y participativa” (Art. 45). En el caso del Paraguay, la Constitución también prescribe que “se promoverá un sistema nacional de salud que ejecute acciones sanitarias integradas, con políticas que posibiliten la concerta-

ción, la coordinación y la complementación de programas y recursos del sector público y privado” (Art. 69).

Ahora bien, en cuanto al financiamiento de las entidades públicas del sistema nacional de salud, en Chile debe provenir de “aportes obligatorios, suficientes y oportunos del Presupuesto General del Estado, de personas que ocupen sus servicios y que tengan capacidad de contribución económica y de otras fuentes que señale la ley” (Art. 46). La asignación fiscal para salud pública en Chile, se debe incrementar anualmente en el mismo porcentaje en que aumenten los ingresos corrientes totales del presupuesto del gobierno central; no debiendo haber reducciones presupuestarias en esta materia (Art. 46).

En el caso de la Constitución de Venezuela, la misma establece expresamente en su artículo 84, que “para garantizar el derecho a la salud, el Estado creará, ejercerá la rectoría y gestionará un sistema público nacional de salud, de carácter intersectorial, descentralizado y participativo, integrado al sistema de seguridad social, regido por los principios de gratuidad, universalidad, integralidad, equidad, integración social y solidaridad”. Este sistema, se lo califica de “público” por lo que en el mismo no están integradas las entidades privadas prestadoras de servicios de salud

Agrega la norma que:

El sistema público nacional de salud dará prioridad a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades, garantizando tratamiento oportuno y rehabilitación de calidad. Los bienes y servicios públicos de salud son propiedad del Estado y no podrán ser privatizados. La comunidad organizada tiene el derecho y el deber de participar en la toma de decisiones sobre la planificación, ejecución y control de la política específica en las instituciones públicas de salud.

En cuanto al financiamiento del sistema público nacional de salud, el artículo 85 de la Constitución dispone que ello “es obligación del Estado, que integrará los recursos fiscales, las cotizaciones obligatorias

de la seguridad social y cualquier otra fuente de financiamiento que determine la ley". Además, el Estado debe garantizar "un presupuesto para la salud que permita cumplir con los objetivos de la política sanitaria" y en coordinación con las universidades y los centros de investigación, se promoverá y desarrollará una política nacional de formación de profesionales, técnicos y técnicas y una industria nacional de producción de insumos para la salud" (Art. 85).

### *B. El sistema único de salud*

En otras Constituciones como la de Brasil, en lugar de servicio nacional de salud, se regula un sistema único de salud. Así, el artículo 198 de dicho texto dispone que "As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único" (Art. 198), organizado de acuerdo con las siguientes directrices:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

Este sistema único de salud debe ser financiado con recursos del presupuesto de seguridad social de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, además de otras fuentes.

### *C. La descentralización de los servicios de salud*

En varias Constituciones se hace mención a la necesidad de organizar los servicios públicos de salud en forma descentralizada. Tal es el caso de Colombia, donde la Constitución establece en su artículo 49 no sólo que corresponde al Estado "organizar, dirigir y reglamentar la

prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad sino que “los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad”.

En el caso de la Constitución del Perú, se dispone que el Estado es responsable de diseñar la política de salud y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud (Art. 9).

#### *D. Otros principios de organización*

Otras Constituciones son menos explícitas en cuanto a la organización de los servicios públicos de salud. Por ejemplo, la Constitución de Honduras prescribe en su artículo 149 que “el Poder Ejecutivo por medio del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, coordinará todas las actividades públicas de los organismos centralizados y descentralizados de dicho sector, mediante un plan nacional de salud, en el cual se dará prioridad a los grupos más necesitados” En El Salvador, la Constitución dispone que un Consejo Superior de Salud Pública es el que debe velar por la salud del pueblo, integrado por igual número de representantes de los gremios médico, odontológico, químico-farmacéutico y médico veterinario (Art. 68).

#### SEGUNDA PARTE:

### **LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES (INCLUÍDOS LOS DERECHOS SOCIALES) MEDIANTE LA ACCIÓN DE AMPARO, DE TUTELA O DE PROTECCIÓN**

La protección constitucional de los derechos y libertades públicas se ha garantizado en América Latina, en general, mediante la consa-

gración en las Constituciones de dos acciones o recursos específicos: la acción de hábeas corpus para la protección de la libertad e integridad personales y la acción de amparo, de tutela o de protección para los demás derechos constitucionales. En otros sistemas constitucionales, como el de Venezuela, la acción de amparo es de carácter universal, protegiéndose con la misma, también, las libertad e integridad personales.

Sin embargo, lo que interesa ahora precisar, es si todos los derechos y garantías constitucionales están protegidos mediante las acciones de amparo, protección o tutela; o sólo algunos de ellos.

## I. EL AMPARO A TODOS LOS DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

En primer lugar, se destacan los sistemas constitucionales, que son la mayoría, en los cuales se prevén constitucionalmente medios judiciales de protección de *todos* los derechos y garantías constitucionales, sea mediante la acción de amparo o distinguiendo el amparo del hábeas corpus. En estos sistemas constitucionales, nada debería impedir, por ejemplo, la justiciabilidad del derecho a la salud o a la protección de la salud.

1. *La acción de amparo como medio de protección de todos los derechos y garantías constitucionales (incluyendo la seguridad y libertad personal)*

Algunos sistemas constitucionales han concebido el amparo como un mecanismo de protección de todos los derechos y garantías constitucionales, incluyendo la seguridad y libertad personales, en el sentido de que no distinguen la acción de amparo de la de habeas corpus. Es el caso de Venezuela, donde la acción de amparo se configura además, como un medio de protección del goce y ejercicio de absolutamente todos los derechos y garantías que la Constitución establece, aún de



aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en la Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (Art. 27). Ello lo confirma el artículo 1º, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que regula el derecho de amparo para la protección de “el goce y el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos derechos fundamentales de la persona humana que no figuren expresamente en la Constitución.

Por tanto, en Venezuela, el derecho de amparo constituye un medio de protección de todos los derechos y garantías que la Constitución establece, incluyendo la libertad y seguridad personales; y de incluso aquellos derechos fundamentales que no estén expresamente enunciados en normas constitucionales o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, pero que sean derechos inherentes a la persona.

2. *La protección de todos los derechos y garantías constitucionales mediante las acciones de amparo y de hábeas corpus*

En otros sistemas constitucionales, si bien se garantiza la protección de todos los derechos y garantías constitucionales, sin excepción, ello se logra mediante *dos instituciones procesales diferenciadas*: la acción o recurso de amparo y la acción o recurso de *hábeas corpus*. Es el caso de la gran mayoría de los países de América Latina, destinándose la acción de amparo para la protección de absolutamente todos los derechos y garantías constitucionales, salvo la libertad e integridad personales, la cual es justiciable mediante la acción de hábeas corpus. En efecto:

En Costa Rica, el artículo 48 de la Constitución dispone que toda persona tiene derecho al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de “los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental, establecidos en los instrumentos

internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República". Esta norma se desarrolla en la Ley de la Jurisdicción Constitucional de 1989, en la cual se le atribuye a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia la potestad de garantizar, mediante el recurso de amparo, "los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica" (art. 2,a).

En Argentina, de acuerdo con el artículo 43 de la Constitución, toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, "contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley". En cuanto a la acción de amparo, de acuerdo con el artículo 1° de la Ley N° 16.986 de 1966, ésta es "admisibile contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional".

En sentido similar, el artículo 1° de la Ley 16.011 de 1988 de Uruguay establece que cualquier persona física o jurídica, pública o privada, puede deducir la acción de amparo contra todo acto, omisión o hecho de las autoridades estatales o paraestatales, así como de particulares que, en forma actual o inminente, a su juicio, lesione, restrinja, altere o amenace con ilegitimidad manifiesta, cualquiera de sus derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución (art. 72).

En el Paraguay, el artículo 134 de la Constitución garantiza a toda persona que por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, "se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagradas en esta

Constitución o en la ley” y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, la posibilidad de promover amparo ante el magistrado competente, quien tendrá facultad para salvaguardar el derecho o garantía o para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

En el Perú, el artículo 200,2 de la Constitución también establece como garantía constitucional la acción de amparo, la cual procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, “que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución”. El Código Procesal Constitucional dictado mediante Ley 28237 de 2004 ha ratificado que el procedimiento constitucional de amparo (además del de hábeas corpus y de hábeas data) tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional (Art. 1); procediendo dicha acción cuando “se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona” (Art. 2).

Adicionalmente, el mismo Código Procesal Constitucional precisa en el artículo 37, que el amparo procede en defensa de los siguientes derechos:

1. De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica. Social, idioma o de cualquier otra índole;
2. Del ejercicio público de cualquier confesión religiosa;
3. De información, opinión y expresión;
4. A la libertad de contratación;
5. A la creación artística, intelectual y científica;
6. A la inviolabilidad y secreto de los papeles privados y de las comunicaciones;
7. De reunión;

8. Del honor, intimidad, voz, imagen y rectificación;
9. De asociación;
10. Al trabajo;
11. De sindicación, negociación colectiva y huelga;
12. De propiedad y herencia;
13. De petición ante la autoridad competente;
14. De participación individual o colectiva en la vida política del país;
15. A la nacionalidad;
16. De tutela judicial efectiva;
17. A la educación, así como al derecho de los padres de escoger el centro de educación y participar en el proceso educativo de sus hijos;
18. De impartir educación dentro de los principios constitucionales;
19. A la seguridad social;
20. De la remuneración y pensión;
21. De la libertad de cátedra.
22. De acceso a los medios de comunicación social en los términos del artículo 35 de la Constitución; y
23. De gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida;
24. A la salud; y
25. Los demás que la Constitución reconoce.

Se destaca de esta enumeración, que la legislación del Perú es la única de América Latina que a partir del Código de 2004, en forma expresa prevé la acción de amparo para la defensa del derecho a la salud.

En la Constitución de Guatemala también se establece el doble sistema de protección de los derechos fundamentales mediante una acción de exhibición personal (*hábeas corpus*) y una acción de amparo. En cuanto a esta última, el artículo 265 instituye el amparo con el fin de proteger a las personas “contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido”. Agrega además, dicha norma que “no hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una

amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan”. Por su parte, la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de 1986, precisó en su artículo 10, que la acción de amparo procede contra “toda situación que sea susceptible de un riesgo, una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes de la República de Guatemala reconocen, ya sea que dicha situación provenga de personas y entidades de derecho público o entidades de derecho privado”.

En El Salvador, la Constitución en su artículo 247 le garantiza a toda persona el poder pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia “por violación de los derechos que otorga la presente Constitución”. De acuerdo a la Ley de Procedimientos Constitucionales, el amparo puede ser pedido por toda persona por violación de los derechos que le otorga la Constitución Política (arts. 3 y 12). Y procede contra toda clase de acciones u omisiones de cualquier autoridad, funcionario del Estado o de sus organismos descentralizados (art. 12).

La Constitución de Bolivia establece en su artículo 19,I que fuera del recurso de “habeas corpus”, se establece el recurso de amparo contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares “que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de las personas reconocidos por esta Constitución y las leyes”. Es de destacar, de esta norma, la consagración del recurso de amparo no sólo contra las violaciones o amenazas de violación de los derechos y garantías “constitucionales”, sino contra los derechos y garantías reconocidos por las leyes, lo que le da una amplitud poco usual al ámbito de protección de los derechos y garantías.

La Constitución de Honduras de 1982 también establece la protección de todos los derechos y garantías constitucionales mediante dos "garantías constitucionales": el *hábeas corpus* y el amparo. En cuanto a

esta última, el artículo 183 de la Constitución dispone que el Estado reconoce la garantía de amparo, por lo cual toda persona agraviada o cualquiera otra en nombre de ésta, tiene derecho a interponer recurso de amparo para que se “le mantenga o restituya en el goce o disfrute de los derechos o garantías que la Constitución establece”. Para desarrollar estas acciones constitucionales se había dictado la Ley de Amparo de 1936, sustituida en 2004 por la Ley sobre Justicia Constitucional, la cual regula tanto la acción de amparo como la de *habeas corpus*.

De acuerdo con el artículo 188 de la Constitución de Nicaragua, además del recurso de *habeas corpus*, se establece el recurso de amparo en contra de toda disposición, acto o resolución y en general en contra de cada acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos “que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política”. Por su parte, la Ley de Amparo de 1988, regula la acción de amparo que puede intentar toda persona natural o jurídica a quien perjudique o este en inminente peligro de ser perjudicada por toda disposición, acto o resolución, y en general, toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos, “que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política” (art. 23).

En el caso de Brasil, todos los derechos y libertades garantizados por la Constitución pueden ser objeto de protección o amparo, a través de cuatro acciones específicas: *habeas corpus*, *mandado de segurança*, *habeas data* y *mandado de injunção*. En cuanto segundo, el artículo 5, LXIX dispone que “se concede el mandato de *segurança* para proteger derecho líquido y cierto”, no amparado por *habeas corpus* o *habeas data*, cuando el responsable por ilegalidad o abuso de poder fuera una autoridad pública o agente de persona jurídica en ejercicio de atribuciones del Poder Público.

## II. EL AMPARO SÓLO RESPECTO DE CIERTOS DERECHOS Y LIBERTADES CONSTITUCIONALES (FUNDAMENTALES)

En otros sistemas constitucionales, los medios de protección constitucional de derechos y libertades, sólo están establecidos en el ordenamiento constitucional respecto a ciertos derechos y garantías, que se consideran como *fundamentales*. Es la situación en general del recurso de amparo en algunos países europeos, y de algunos de los sistemas latinoamericanos, como el de Chile y Colombia.

En efecto, en la Constitución de Chile, el sistema de protección de derechos y libertades constitucionales también está compuesto por dos acciones: en primer lugar, la acción de *hábeas corpus*, destinada a proteger a todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de la Constitución; y en segundo lugar, por el recurso de protección, el cual sólo está destinado a amparar determinados derechos constitucionales.

En cuanto al recurso de protección, el mismo está consagrado en el artículo 20 de la Constitución, el cual establece:

*Artículo 20.* El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso cuarto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en la relativo a la libertad de trabajo y el derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto 19º, 21º, 22º, 23º, 24º y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o las tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario o ilegal imputable a una autoridad a persona determinada.

Conforme a esta enumeración, entonces sólo encuentran protección constitucional mediante el “recurso de protección” los siguientes derechos y libertades constitucionales:

1. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (19,1).
2. La igualdad ante la ley (19,2).
3. El derecho a ser juzgado por sus jueces naturales (19,3).
4. El derecho al respeto a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia (19,4).
5. La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (19,5)
6. La libertad de conciencia y de cultos (19,6).
7. El derecho a elegir el sistema de salud (art. 19,9 *in fine*).
8. La libertad de enseñanza (19,11).
9. La libertad de emitir opinión y la de informar (19,12).
10. El derecho de reunión (19,13).
11. El derecho de asociación (19,15).
12. La libertad de trabajo, y el derecho a su libre elección y contratación (19,16).
13. El derecho de sindicación (19,19).
14. La libertad económica (19,21).
15. El derecho a la no discriminación (19,22).
16. La libertad de adquisición de propiedad (19,23).
17. El derecho de propiedad (19,24).
18. El derecho de autor (19,25).
19. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (20).

Fuera de estos derechos y libertades constitucionales, los otros derechos consagrados en la Constitución, no encuentran medios de protección específicos, sino que su amparo corresponde a los tribunales ordinarios por las vías judiciales ordinarias.

En cuanto a los derechos vinculados con la protección de la salud, la posibilidad de utilizar el recurso de protección constitucional en Chile, está reducido al derecho a “elegir el sistema de salud” regulado en el artículo 19, numeral 9º, inciso final, quedando excluidos los otros derechos. En efecto, dicha norma dispone lo siguiente:



Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas:

9º El derecho a la protección de la salud.

El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado.

En el sistema de la Constitución de Colombia también se establecen dos medios de protección general de los derechos constitucionales fundamentales: el *habeas corpus* y la acción de tutela. Esta última se la concibe en el artículo 86 de la Constitución, para la protección inmediata de los "derechos constitucionales fundamentales", por lo que en el contexto del Título II de la Constitución, se debe determinar si todos los derechos allí establecidos son "derechos fundamentales" susceptibles de protección mediante la acción de amparo.

La respuesta, en principio es negativa, pues el Título II de la Constitución, al referirse a "los derechos, las garantías y los deberes", los regula en varios Capítulos así: Capítulo 1.- De los Derechos fundamentales; Capítulo 2.- De los derechos sociales, económicos y culturales; Capítulo 3.- De los derechos colectivos y del ambiente. De esta enumeración resultaría que, en principio, sólo los derechos enumerados en el Capítulo 1 (arts. 11 a 41) serían "derechos fundamentales", por lo que en principio, sólo esos derechos constitucionales fundamentales serían

susceptibles de la "acción de tutela", quedando excluidos de este medio de protección los otros derechos constitucionales.

Por otra parte, en el artículo 85 de la Constitución, se precisa cuáles de los "derechos fundamentales", son de "aplicación inmediata", lo cual, en principio, implicaría que sólo en relación a ellos procedería el ejercicio de la acción de tutela. Estos derechos "de aplicación inmediata", y por tanto, susceptibles de protección constitucional vía la acción de tutela, serían los siguientes:

1. Derecho a la vida (art. 11).
2. Derecho a no ser desaparecido, no ser sometido a torturas o tratos inhumanos o degradantes (art. 12).
3. Derecho a la igualdad (art. 13).
4. Derecho a la personalidad (art. 14)
5. Derecho a la intimidad (art. 15).
6. Derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16).
7. Prohibición de la esclavitud, servidumbre y trata de seres humanos (art. 17).
8. Libertad de conciencia (art. 18).
9. Libertad de cultos (art. 19).
10. Libertad de expresión (art. 20).
11. Derecho a la honra (art. 21).
12. Derecho de petición (art. 22).
13. Libertad de circulación (art. 24).
14. Derecho al ejercicio de profesiones (art. 26).
15. Libertad de enseñanza (art. 27).
16. Libertad personal (art. 28).
17. Derecho al debido proceso y a la defensa (art. 29)
18. Derecho al *habeas corpus* (art. 30).
19. Derecho a revisar las decisiones judiciales (art. 31).
20. Derecho a no declarar contra sí mismo (art. 33).
21. Prohibición de penas de destierro, perpetuas y confiscatorias (art. 34).
22. Derecho de reunión (art. 37).
23. Derecho de participación política y al sufragio (art. 40).

Fuera de estos derechos y libertades constitucionales, los otros derechos constitucionales no encontrarían protección constitucional a través de la "acción de tutela", salvo que se trate de un derecho no señalado expresamente en la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, en cuyo caso la Corte Constitucional debe dar prelación en la revisión de esas decisiones (Art. 2, Decreto 2.591 de 1991). Debe señalarse, además, que el Decreto N° 306 del 19-02-92 por el cual se reglamentó el Decreto 2.591 de 1991 aclara expresamente que:

*Artículo 2.* De conformidad con el artículo 1 del Decreto 2.591 de 1991, la acción de tutela protege exclusivamente los derechos constitucionales fundamentales, y por lo tanto, no puede ser utilizado para hacer respetar derechos que sólo tienen rango legal o para hacer cumplir las leyes, los decretos, los reglamentos o cualquiera otra norma de rango inferior".

TERCERA PARTE:

### **EL AMPARO, TUTELA O PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD Y SUS VICISITUDES EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

En los países en los cuales se establece la acción de amparo con carácter universal, en el sentido de que mediante la misma son protegibles o justiciables todos los derechos y garantías constitucionales, sin excepción, toda violación del derecho a la salud o más precisamente a la protección de la salud puede ser objeto de una acción de amparo. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional no ha sido siempre consecuente en esta materia.

En términos generales y tomando en cuenta algunas decisiones del Tribunal Constitucional del Perú, de la Corte Constitucional de Colombia, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela y de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

de Costa Rica, se podrían distinguir, por ejemplo, cuatro orientaciones generales: primera, de amplia protección, en los casos en los cuales exista una relación jurídica concreta entre el solicitante y un ente público agravante, como podría ser la derivada de la seguridad social sobre la base de la cotización individual; segunda, también de amplia protección, al vincularse el derecho a la salud con el derecho de la vida; tercera, igualmente de amplia protección, al considerarse el carácter no programático del derecho a la salud; y cuarta, de limitación a la protección cuando se trate de imponer al Estado obligaciones generales de proveer servicios de atención a la salud.

## I. EL AMPARO AL DERECHO A LA SALUD EN LOS CASOS DE SITUACIONES JURÍDICAS Y OBLIGACIONES PRESTACIONALES CONCRETAS (VENEZUELA)

En efecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en sentencia N° 487 de 6 de abril de 2001 (Caso: *Glenda López y otros vs. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales*) había señalado que el derecho a la salud o a la protección de la salud, “como parte integrante del derecho a la vida, ha sido consagrado en nuestra Carta Magna como un derecho social fundamental (y no como simples “*determinaciones de fines de estado*”), cuya satisfacción corresponde principalmente al Estado, cuyos órganos desarrollan su actividad orientados por la elevación (progresiva) de la calidad de vida de los ciudadanos y, en definitiva, al bienestar colectivo”

Ello implica, al decir de la Sala, que “el derecho a la salud, no se agota en la simple atención física de una enfermedad a determinada persona, sino que el mismo se extiende a la atención idónea para salvaguardar la integridad mental, social, ambiental, etcétera, de las personas e incluso de las comunidades como entes colectivos imperfectos, en tanto que no están dotadas de un estatuto jurídico especial que les brinde personería en sentido propio”.

En el caso concreto debatido, se alegó que la violación al derecho a la salud (y la amenaza al derecho a la vida) por parte de una unidad del instituto Venezolano de los Seguros Sociales, que es la “estructura administrativa” establecida por el Estado “capaz de atender los requerimientos constitucionales antes esbozados” y con la obligación de “brindar atención médica integral a sus afiliados”, consistió en

la omisión de entrega regular y permanente... de los medicamentos prescritos por especialistas del Hospital Domingo Luciani adscrito al referido instituto, a favor de los solicitantes del amparo, y la negación de la cobertura a practicar a éstos, la realización de exámenes médicos especializados, destinados a contribuir en el eficaz tratamiento del VIH/SIDA...

La Sala señaló además lo siguiente, luego de dar por comprobado el hecho violatorio alegado:

Ciertamente, no podría esta Sala objetar que la conducta omisiva del ente accionado, puso en peligro la salud de los mencionados agraviados e incluso sus vidas, al (i) no administrar regularmente el tratamiento médico prescrito por los especialistas del Hospital Domingo Luciani y destinado a salvaguardar la integridad física de los actores, y (ii) no incluir en su cobertura la realización de exámenes médicos que optimizaban dicho tratamiento, conduciendo a su vez a la vulneración del derecho a la seguridad social, toda vez que los agraviados gozan del carácter de afiliados al sistema de seguridad social; motivos por los cuales, en este particular, debe esta Sala confirmar el fallo impugnado en apelación por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales. Así se declara<sup>1</sup>.

## II. EL AMPARO AL DERECHO A LA SALUD COMO CONSECUENCIA DEL DERECHO A LA VIDA (COLOMBIA, COSTA RICA)

La Constitución de Colombia no incluye dentro de los derechos fundamentales tutelables mediante la acción de amparo o tutela, al derecho a la protección de la salud, por lo que la Corte Constitucional ha construido la posibilidad de su tutela, al vincularlo al derecho a la vida.

---

<sup>1</sup> Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 139-141.

En efecto, en sentencia No. T-484/92 (Ref. Expediente No. 2130) Caso: *Alonso Muñoz Ceballos*, de 11 de agosto de 1992, dictada al conocer un recurso extraordinario de revisión de una sentencia dictada en una acción de tutela ejercida contra un caso contra el Instituto de los Seguros Sociales, para que se atendiera al recurrente en todos los servicios médicos que venía utilizando, quien alegó que había adquirido la enfermedad (HIV positivo), cuando se encontraba amparado por el Seguro Social; sentencia que había ordenado al Instituto de Seguros Sociales, que continuase prestándole recurrente los servicios médico-asistenciales a que había tenido acceso hasta la fecha.

La Corte Constitucional, para decidir, constató que “La salud es uno de aquellos bienes que por su carácter inherente a la existencia digna de los hombres, se encuentra protegido, especialmente en las personas que por su condición económica, "física" o mental, se hallen en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13 C.N.)”; derecho que “busca el aseguramiento del fundamental derecho a la vida (art. 11 C.N.), por lo cual, su naturaleza asistencial impone un tratamiento prioritario y preferencial por parte del poder público y el legislador, con miras a su protección efectiva”. La Corte, además, al vincular el derecho a la salud con el derecho a la vida, señaló:

El derecho a la salud conforma, en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que pueden agruparse en dos grandes bloques: el primero, que lo identifica como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida, de allí que, conductas que atenten contra el medio ambiente sano (inc. 1o. art. 49 C.N.), se tratan de manera concurrente con los problemas de la salud; fuera de que el reconocimiento del Derecho a la Salud prohíbe las conductas que las personas desarrollen, con dolo o culpa, que causen daño a otro, imponiendo a los infractores las responsabilidades penales y civiles de acuerdo con las circunstancias. Por estos aspectos, el derecho a la salud resulta un derecho fundamental. El segundo bloque de elementos, sitúa el derecho a la salud con un carácter asistencial, ubicado en las referencias funcionales del denominado Estado Social de Derecho, en razón de que su reconocimiento impone acciones concretas, en desarrollo de predicados legislativos, a fin de prestar el servicio público correspondiente, para asegurar el goce no sólo de los servicios de asistencia médica, sino también los derechos hospita-

rio, de laboratorio y farmacéuticos. La frontera entre el derecho a la salud como fundamental y como asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso (art. 13 C.N.), pero en principio, puede afirmarse que el derecho a la salud es fundamental cuando está relacionado con la protección a la vida.

Con base en los anteriores criterios, en relación con el caso concreto del accionante afectado por grave enfermedad, (SIDA), que venía disfrutando de los servicios de salud que presta el Instituto de los Seguros Sociales, la Corte lo consideró situado en “una circunstancia de reconocimiento particular a su derecho a la salud, de cuya atención depende la conservación de su fundamental derecho”, ratificando lo que había sido resuelto en la sentencia de amparo sometida a revisión.

En sentido similar, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica en sentencia No. 2003-08377 de 8 de agosto de 2003 (Exp. 03-007020-0007-CO) (Caso: Tania González Valle) al decidir un recurso de amparo interpuesto por el de Defensor de los Habitantes, a favor de la agraviada, contra el Comité Central de Farmacoterapia de la Caja Costarricense de Seguro Social que había denegado el tratamiento que le había sido solicitado por el Jefe del Servicio de Genética y Metabolismo del Hospital Nacional de Niños, con diagnóstico clínico de enfermedad de Gaucher tipo 1, alegando que dicha denegación lesionaba “el derecho a la vida y a la salud de la menor”, quien requería el medicamento imiglucerasa en las condiciones que su médico señalaba “para mantener su vida”; la Sala hizo un recuento del desarrollo que le había dado al tema del derecho a la vida en sentencias precedentes y, con él, del derecho a la salud, señalando que “la Constitución Política en su artículo 21 establece que la vida humana es inviolable y a partir de ahí se ha derivado el derecho a la salud que tiene todo ciudadano, siendo en definitiva al Estado a quien le corresponde velar por la salud pública impidiendo que se atente contra ella.” (Nº 5130-94 de las 17:33 hrs del 7 de septiembre de 1994).

Agregó la Sala Constitucional que “la preponderancia de la vida y de la salud, como valores supremos de las personas, está presente y

señalada como de obligada tutela para el Estado, no sólo en la Constitución Política, sino también en diversos instrumentos internacionales suscritos por el país”, citando al efecto el Artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y los Artículos 14 y 26 de la Convención Sobre los Derechos del Niño (Ley 7184 del 18 de julio de 1990).

Dadas las responsabilidades del Estado derivadas de esas normas, la Sala Constitucional pasó a analizar la misión y funciones de la Caja Costarricense de Seguro Social citando la sentencia 1997-05934 de las 18:39 horas del 23 de septiembre de 1997, en la cual “se consideró que la denegatoria de la Caja Costarricense de Seguro Social a suministrar a los pacientes de Sida la terapia antirretroviral, lesionaba sus derechos fundamentales”. Partiendo de esa premisa, la Sala procedió a analizar el caso concreto de la amparada Tania González Valle, quedando probado de las actas del expediente que si no recibía el tratamiento prescrito, moriría. Sobre los argumentos de la Caja, de orden financiero, la Sala señaló:

Este Tribunal es consciente de que los recursos económicos del sistema de seguridad social son escasos, sin embargo considera que el desafío principal que la Caja Costarricense de Seguro Social enfrenta en esta etapa de su desarrollo institucional, en el que se han logrado para Costa Rica estándares de calidad de vida y salud comparables a los de los países desarrollados, radica en optimizar el manejo de los recursos disponibles, disminuir costos administrativos, para que los recursos del sistema de seguro de salud sean invertidos eficientemente. La Sala aprecia que el medicamento prescrito a la amparada es ciertamente muy oneroso, sin embargo, en atención a las características excepcionales de la enfermedad que sufre, que es letal y dado que se ha descartado que sus padres tengan la posibilidad de colaborar en la adquisición de los medicamentos mediante estudios de trabajo social, con fundamento en los artículos 21 y 173 de la Constitución Política y 24 y 26 de la Convención de los



Derechos del Niño procede declarar con lugar el recurso. La estimación del recurso implica que la Caja Costarricense de Seguro Social debe suministrar de inmediato a Tania González Valle el medicamento “Cerezyme” (Imuglucerase) en los términos prescritos por su médico tratante.

### III. EL DERECHO A LA SALUD Y SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMO DERECHO SOCIAL NO PROGRAMÁTICO (PERÚ)

El Tribunal Constitucional del Perú también se ha pronunciado sobre la protección del derecho a la salud, mediante sentencia (EEXP. N.º 2945-2003-AA/TC) dictada en el Caso: *Azanca Alhelí Meza García*, el día 20 de abril de 2004, con motivo de conocer de un recurso extraordinario contra una sentencia de amparo de la Corte Superior de Justicia de Lima, que había declarado parcialmente con lugar una acción de amparo interpuesta contra el Estado peruano (Ministerio de Salud), solicitando que se le otorgase a la recurrente, “atención médica integral en su condición de paciente con VIH/SIDA ...mediante la provisión constante de medicamentos necesarios para el tratamiento del VIH/SIDA, así como la realización de los exámenes periódicos y pruebas de CD4 y carga viral que el médico tratante disponga”.

A los efectos de decidir, el Tribunal Constitucional comenzó analizando el tema de los derechos protegidos por la acción de amparo, señalando que si bien “el derecho a la salud no se encuentra contemplado entre los derechos fundamentales establecidos en el artículo 2º de la Constitución, sino más bien se lo reconoce en el capítulo de los derechos económicos y sociales a que se refieren los artículos 7º y 9º de la Constitución”, el Tribunal, “al igual que nuestro similar colombiano, considera que cuando la vulneración del derecho a la salud compromete otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, tal derecho adquiere carácter de derecho fundamental y, por tanto, su afectación merece

protección vía la acción de amparo (STC N.º T- 499 Corte Constitucional de Colombia”).

No obstante, el Tribunal estimó que debía pronunciarse sobre la naturaleza de los derechos económicos y sociales, como es el caso del derecho a la salud, así como la obligación del Estado en materia asistencial, partiendo del supuesto de que el Estado está configurado en la Constitución como un Estado social y democrático de derecho, “en el cual se requiere la configuración de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales mínimas para alcanzar sus presupuestos, y la identificación del Estado con los fines de su contenido social”, agregando que: .

9. Este mínimo vital busca garantizar la igualdad de oportunidades en todo nivel social, así como neutralizar las situaciones discriminatorias y violatorias de la dignidad del hombre; por ello, el logro de estas condiciones materiales mínimas de existencia debe motivar la intervención del Estado y la sociedad de manera conjunta para la consecución de este fin.

10. Es ahí donde se hace necesaria la exigencia de los derechos sociales y económicos, también llamados derechos prestacionales, como la seguridad social, salud pública, vivienda, educación y demás servicios públicos, pues ellos representan los fines sociales del Estado a través de los cuales el individuo puede lograr su plena autodeterminación.

Debe entenderse, empero, que cuando se habla de *exigencia*, nos referimos al derecho de requerir que el Estado adopte las medidas adecuadas para el logro de fines sociales, pues no en todos los casos los derechos sociales son por sí mismos jurídicamente sancionables, al ser necesario el soporte presupuestal para su ejecución.

Ahora bien, denominase comúnmente derechos sociales a las facultades tuitivas dirigidas a favorecer a aquellos grupos humanos con características accidentales diferenciadas con relación a otros por factores culturales, o que se encuentran en situación de desventaja por razones económico-sociales, es decir, con una posición o ubicación depreciada en sus estándares de vida, no acordes con la dignidad humana...

Sin embargo, el Tribunal Constitucional precisó que no se trata “de meras normas programáticas de *eficacia mediata*, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de *eficacia inmediata*, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. De este modo, sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e interdependiente”. Agregó, además, el Tribunal que:

12. Si bien es cierto que la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población.

En esta forma, agregó el Tribunal, que “los derechos sociales deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado dentro de una visión que busca revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales y, por ende, la vigencia de la Constitución”; por lo que “el reconocimiento de estos derechos implica, entonces, superar su concepción programática, perfeccionando los mandatos sociales de la Constitución, así como la obligación del Estado, en la cual se impongan metas cuantificables para garantizar la vigencia del derecho”. De acuerdo con el criterio del Tribunal, “esta nueva visión de los derechos sociales permite reconocer, en su contenido esencial, principios como la solidaridad y el respeto a la dignidad de la persona, los que, a su vez, constituyen pilares fundamentales del Estado social de derecho”.

Entonces, luego de analizar detenidamente el principio de solidaridad y con el conjunto de deberes que implica para todos los integrantes de una colectividad; y el principio de dignidad de la persona, el Tribunal consideró “erróneo el argumento de la defensa del Estado cuando señala que el derecho a la salud y la política nacional de salud constituyen normas programáticas que representan un plan de acción para el Estado, más que un derecho concreto”; y además, consideró ingenuo, “sostener que los derechos sociales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador” lo cual sería una “distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución”. En una sociedad democrática y justa, señaló el Tribunal, “la responsabilidad por la atención de los más necesitados no recae solamente en el Estado, sino en cada uno de los individuos en calidad de contribuyentes sociales”.

Ahora bien, en relación con el derecho a la salud y su relación inseparable con el derecho a la vida, el Tribunal precisó que de acuerdo con la Constitución “la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad...supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida”, de manera que “el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos”.

Ahora, en particular, en relación con el derecho a la salud, el Tribunal señaló:

28. La salud es derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida, y la vinculación entre ambos derechos es irresoluble, ya que la presencia de una enfermedad o patología puede conducirnos a la muerte o, en todo caso, desmejorar la calidad de la vida. Entonces, es evidente la necesidad de proceder a las acciones encaminadas a instrumentalizar las medidas dirigidas a cuidar la vida, lo que supone el tratamiento orientado a atacar las manifestaciones de cualquier enfermedad para impedir su desarrollo o mitigar sus efectos, tratando, en lo posible, de facilitar los medios que al enfermo le permitan desenvolver su propia personalidad dentro de su medio social.

El derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe proteger tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido...

30. La salud puede ser entendida como el funcionamiento armónico del organismo tanto del aspecto físico como psicológico del ser humano. Es evidente que, como tal, constituye una condición indispensable para el desarrollo y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo.

Así, la salud implica el gozo del normal desarrollo funcional de nuestro organismo, lo que ha motivado que la Organización Mundial de la Salud (OMS) estime que dicho concepto no se limita a asociarlo con la ausencia de enfermedad, sino con el reconocimiento de una condición física mental saludable.

El artículo 7 de la Constitución, cuando hace referencia al derecho a la protección de la salud, reconoce el derecho de la persona de alcanzar y preservar un estado de plenitud física y psíquica. Por ende, tiene el derecho de que se le asignen medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica, correspondiente al nivel que lo permiten los recursos públicos y la solidaridad de la comunidad.

Dicho derecho debe ser abordado en tres perspectivas, a saber: la salud de cada persona en particular, dentro de un contexto familiar y comunitario.

Por lo expuesto, los servicios públicos de salud cobran vital importancia en una sociedad, pues de ellos depende no solo el logro de mejores niveles de vida de las personas, sino que incluso en la eficiencia de su prestación está en juego la vida y la integridad de los pacientes.

En el caso concreto, el Tribunal consideró que, en el caso de la recurrente, su grave estado de salud llega a comprometer inminentemente su propia vida...

Luego pasó a considerar el Tribunal el tema de la justiciabilidad de los derechos sociales, como la salud pública, señalando que “no pueden ser exigidos de la misma manera en todos los casos, pues no se trata de prestaciones específicas, en tanto dependen de la ejecución presupuestal para el cumplimiento de lo exigido, lo contrario supondría que cada individuo podría exigir judicialmente al Estado un puesto de trabajo o una prestación específica de vivienda o salud en cualquier momento”; concluyendo con que:

33. En consecuencia, la exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales.

El Tribunal consideró, en todo caso, que como jueces constitucionales, y “sin entrar a cuestionar la política de salud, *per se*”, debían analizar “la actuación del Estado en el presente caso, al haberse alegado la afectación de derechos de la demandante que ponen en riesgo su propia vida”; agregando que:

Si bien es cierto que en el caso de países en desarrollo, como el nuestro, resulta difícil exigir una atención y ejecución inmediata de las políticas sociales para la totalidad de la población, este Tribunal reitera que tal justificación es válida solo cuando se observen concretas acciones del Estado para el logro de resultados; de lo contrario, esta falta de atención devendría en situaciones de inconstitucionalidad por omisión.

El Tribunal luego pasó a analizar el tema de la ejecución presupuestal en el caso de derechos sociales, económicos y culturales como inversión estatal considerando que si bien “es responsabilidad del Estado priorizar la recaudación y la distribución presupuestal en este tipo de planes”; la ejecución presupuestal en las políticas sociales debía dejar de verse “como un mero gasto y se piense, más bien, en inversión social en aras del cumplimiento de un fin comunitario”. El Tribunal analizó además, la inversión social en casos de atención de la persona

ya infectada con VIH/SIDA, y consideró que en general “los derechos sociales, como es el caso de la salud pública, no representan prestaciones específicas por sí mismas, pues dependen de la disponibilidad de medios con que cuente el Estado, lo que, sin embargo, de ninguna manera puede justificar la inacción prolongada...ya que ello devendría en una omisión constitucional”. Ello lo llevó a concluir, “concediendo protección jurídica a un derecho social, como lo es el derecho a la salud, pues en este caso en particular se han presentado las condiciones que así lo ameritan”; pronunciamiento que se fundamentó no solo “por la afectación potencial del derecho fundamental a la vida, sino por *razones fundadas* en la propia legislación de la materia que ha dispuesto los cauces para la máxima protección de los enfermos de SIDA”

#### IV. LA DENEGACIÓN DEL AMPARO RESPECTO DE POLÍTICAS GENERALES EN MATERIA DE SALUD Y EL TEMA PRESUPUESTARIO (VENEZUELA)

En Venezuela, mediante sentencia No. 1002 de 26 de mayo de 2004 (Caso: *Federación Médica Venezolana*), la Sala Constitucional matizó sus previas posiciones protectivas en materia de salud, al declarar sin lugar una acción de amparo interpuesta por la Federación Médica Venezolana, “en defensa de los derechos e intereses difusos de la sociedad generalmente considerada, y en particular del gremio médico” a la salud (Artículos 83, 84 y 85), contra la “conducta omisiva” del Ministerio de Salud y Desarrollo Social y del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, en asegurar que se procediera “a prestar en forma eficiente servicio de salud a la población, en todo el ámbito del territorio nacional, mediante la dotación oportuna de los insumos, equipos, acondicionamiento de locales y demás elementos requeridos para la prestación eficiente de tal servicio”.

Para rechazar el amparo, la Sala Constitucional comenzó estableciendo una distinción que desde el punto de vista de la garantía judi-

cial es constitucionalmente inexistente, “entre los derechos civiles y políticos, y los de tercera generación”, en la forma siguiente:

La dicotomía entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales fue establecida desde los trabajos preparatorios de los dos Pactos de Naciones Unidas, y sobre todo, en la decisión tomada por la Asamblea General en 1951 de elaborar no uno, sino dos instrumentos que tratasen, respectivamente, las dos categorías de derechos como una expresión de la idea que los derechos civiles y políticos eran derechos susceptibles de aplicación inmediata -por requerir obligaciones de abstención por parte del Estado-, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales eran implementados por reglas susceptibles de aplicación progresiva -por implicar obligaciones positivas-, criterio que igualmente fue recogido en la Carta Social Europea -en cuyo proceso de negociación se tenía la convicción de que sería difícil garantizar la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales mediante un control judicial-, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Luego dijo la Sala:

Reconsiderada la supuesta diferencia entre derechos económicos, sociales y culturales, y derechos civiles y políticos, la Conferencia de Derechos Humanos de Teherán (1968) proclamó la indivisibilidad de los derechos humanos, afirmando que la plena realización de los derechos civiles y políticos era imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales, postura que fue avalada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, según la Resolución 32/130.

A continuación señaló la Sala que “conforme al texto de la indicada Resolución, entre las dos categorías de derechos no puede haber más que complementariedad, nunca antinomia” de manera que “los llamados derechos de solidaridad interactúan con los derechos civiles y políticos”; agregando que “sin embargo, esa afirmación, certera por demás, no alejó para aquél entonces, ni ahora, todas las incertidumbres del debate *sobre la distinción entre el rol de los Estados* en materia de derechos económicos, sociales y culturales y los límites a establecer a sus acciones en lo que concierne a los derechos civiles y políticos...pues está aún en plena discusión *la diferencia del grado de exigibilidad de las*



*obligaciones que de esos derechos se derivan frente al Estado, para muestra la gran prudencia de los países cuando se trata de asumir obligaciones más amplias que no están seguros de tener capacidad real para cumplirlas". Agregó, además, la Sala:*

*Esta circunstancia ha centrado la discusión en la búsqueda de una protección más eficaz de los derechos económicos, sociales y culturales, lo que indica que la Sala no está ante un debate superado, ni mucho menos ante una problemática que cuente con soluciones que agoten la discusión -la profusa doctrina que existe al respecto puede dar cuenta de ello-. El hecho de que existan algunos derechos económicos, sociales y culturales que se caracterizan por requerir, al igual que los derechos civiles y políticos, obligaciones de abstención por parte del Estado, sólo permite hacer, hasta ahora, una única afirmación irrefutable: la diferencia existe, solo que ya no en el plano normativo sino en el procesal u operacional porque no es absoluta.*

Esa "dificultad operacional o procesal de los derechos económicos, sociales y culturales" se explica según la Sala Constitucional, "porque su implementación confronta la crisis del endeudamiento y el consecuente empobrecimiento de los países (especialmente los Latinoamericanos), pues la realización de los mismos depende de los recursos existentes, comprometiéndose los Estados sólo a disponer los medios para alcanzar objetivos progresivos". Sin embargo, aclaró la Sala sobre la previsión de la Constitución de 1999, lo siguiente:

*En ese estado de las cosas el constituyente de 1999 no se conformó con incorporar en la Carta Magna la cláusula de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia (artículo 2), sino que también estableció como derechos fundamentales los derechos económicos, sociales y culturales que, conjuntamente con el valor normativo de la Constitución, exigen de la Sala un esfuerzo teórico, claro está, no definitivo, para compaginar esas dos caras ineludibles de tales derechos. La solución que se dé, más allá de ser de contenido jurídico, debe contar con una gran carga de sensatez y ser producto de un esfuerzo hermenéutico tendente a extraer la máxima operatividad de los preceptos que conforman nuestra Constitución económica, social y cultural, en virtud que, de obviarse eso, tacharía de demagógica cualquier decisión que se dicte al respecto al ser fallos por definición inejecutables.*

Con base en ello, la Sala, inexplicablemente pareció revivir la existencia de la teoría de las cláusulas programáticas en materia de derechos sociales, al señalar lo siguiente:

Atendiendo a ello se debe señalar que el Estado Social de Derecho es el Estado de la procura existencial, su meta es satisfacer las necesidades básicas de los individuos distribuyendo bienes y servicios que permitan el logro de un standard de vida elevado, colocando en permanente realización y perfeccionamiento el desenvolvimiento económico y social de sus ciudadanos.

Según esto, la cláusula de Estado Social de Derecho es suficiente para que el Estado, a través de su estructura administrativa, esté en constante desarrollo de un programa económico, social o cultural y concilie los intereses de la sociedad, porque esa es, precisamente, su razón de ser. Por ende, desde la cláusula no existen derechos, lo que impide afirmar que ellos, por sí mismos, estén en la esfera subjetiva del ciudadano, la aspiración de satisfacer las necesidades básicas de los individuos constituye un principio orientador de la actividad administrativa, aquello que identifica a un Estado como Social de Derecho, por lo que tales programas son elementos condicionadores del fin de la actividad, califica, por así decirlo, qué debe ser entendido como interés público.

Ahora bien, luego de afirmar lo anterior, la Sala sin embargo reflexionó sobre la justiciabilidad mediante el amparo de esos derechos sociales en la Constitución de 1999, señalando que:

Al contraste de esto, al menos en la Constitución de 1999, se estipula simultáneamente como derechos fundamentales los derechos económicos, sociales y culturales, lo que implica, de por sí, consecuencias muy específicas: entre ellas, que le es aplicable -en principio- la tutela mediante amparo porque nuestro Texto Fundamental, a diferencia de otros ordenamientos, no discrimina esa garantía para cierta clase de derechos, y su vinculación inmediata, ya que en nuestro ordenamiento la Carta Magna contiene un valor normativo que pregona su exigencia automática, desconociendo lo que la doctrina denomina derechos programáticos.

Por tanto, al tener en esos términos los derechos económicos, sociales y culturales rango de derechos fundamentales, gozan, indiscutiblemente, de tutela

jurisdiccional, pues, en caso contrario, no se estaría ante un derecho sino ante una aspiración de valor moral.

Pero a renglón seguido, la Sala construyó la negación a dicha justiciabilidad de los derechos sociales, señalando que “el asunto es determinar *cuándo se está exigiendo el cumplimiento de un derecho económico, social o cultural, y cuándo se está exigiendo que la Administración cumpla con la cláusula de Estado Social de Derecho*, ya que en uno u otro caso las formas de exigencias son totalmente distintas, diferenciación que pasa, necesariamente, por el reconocimiento del valor político de la actividad estatal destinada a satisfacer la procura existencial, y por la definición del núcleo esencial de cada uno de los derechos en juego”. La Sala pasó así, a establecer la falta de justiciabilidad de los derechos sociales, señalando que sólo estaban sujetos a un control político, a cuyo efecto agregó:

En el primer caso se debe empezar por afirmar que *la política*, ciertamente, preponderantemente se manifiesta en actos, pero también se concreta en ejecución, diseño, planificación, evaluación y seguimiento de las líneas de gobierno y del gasto público, lo que quiere decir que la política no se agota con el actuar jurídico. En aquel entendido los actos sí son controlables por los órganos jurisdiccionales, *pero sólo en sus elementos jurídicos* (conformidad a derecho de una actuación específica, no general o abstracta). Los criterios de oportunidad y conveniencia escapan del control del juez, así como también escapan, por ejemplo, los elementos políticos de los actos administrativos o de gobierno, o las razones de oportunidad y conveniencia de las leyes (Vid. Sent. N° 1393/2001 SC/TSJ) . De lo contrario se vulneraría la libertad con la que debe contar el Estado para adoptar y aplicar las políticas que considere más eficaces para la consecución de sus fines (entre los que está las garantías de goce y disfrute de los derechos prestacionales), lo que explica que *el único control sobre tales aspectos sea, en principio -ya se verá que esa exclusividad posee algunas matizaciones-, el político a través de los diferentes medios de participación que la Constitución y las leyes establecen* (la ciudadanía, durante el ejercicio de la función gubernativa y administrativa, ante la evidente incapacidad de la Administración de planificar de forma eficaz y eficiente su actividad para satisfacer la procura existencial, retirará la confianza que mediante el sufragio le otorgó a sus representantes, como muestra de un proceso de deslegitimación de los actores).

Al hacer las anteriores afirmaciones, sin embargo, la Sala aclaró que:

*“en modo alguno implica reivindicar la tesis de los actos excluidos, teoría superada con argumentos tan contundentes que sería ocioso tratar de reproducirlos en esta sentencia, pues lo que se pretende es recalcar la imposibilidad del juez de entrar a cuestionar la oportunidad y conveniencia de la administración, del gobierno o de la legislación, o la imposibilidad material o técnica que en ocasiones existe de hacer efectivos, esto es, ejecutables, los fallos que ordenan el cumplimiento de determinadas obligaciones, no de negar el derecho de acción de los ciudadanos...*

No obstante, en la actuación política, el Estado goza de una libertad de configuración propia que no puede ser sustituida legítimamente por el Poder Judicial. La tiene como consecuencia del cumplimiento de sus funciones constitucionales, como producto de la naturaleza de su función, esto es, como una derivación del principio de división de poderes que estatuye un ámbito reservado para cada Poder que excluye la sustitución de voluntades, y que en la relación Gobierno-Poder Judicial impide que el control jurisdiccional sea la medida de la suficiencia de la carga prestacional.

Por ende, la libertad de configuración política hace que ese control judicial, mientras no se afecte un derecho, no exista; sin embargo, que el Poder Judicial no pueda controlar la legitimidad de las políticas y, simultáneamente, esté habilitado para controlar la juridicidad del actuar estatal no puede asumirse como contradictorio...

La Sala pasó luego a citar la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional español y del Tribunal Constitucional Federal alemán, sobre la ausencia de justiciabilidad de los actos de gobierno o de orden político, generalizó concluyendo que:

[Las] políticas, en principio, estén exentas de control judicial [pero] no por eso escapan a un control, sólo que el que le es aplicable es el político que también está dispuesto constitucionalmente. Los órganos que ejercen el Poder Público obran bajo su propia responsabilidad, que puede ser cuestionada en el plano político, lo que significa que son susceptibles de sufrir la desautorización sobre el modo de ejercicio de la gestión política, pero ese proceso de deslegitimación no puede ser calificado por el Poder Judicial, salvo que se trate de es-

tablecer la responsabilidad administrativa por los daños producidos como consecuencia de la actuación que se juzga política y dejando al margen, así mismo, que un derecho fundamental sea afectado por esa decisión, lo que al final, por cierto, deja de ser un control sobre los elementos políticos del acto para pasar a ser un control sobre los elementos jurídicos del mismo...

Según las ideas expresadas en los párrafos anteriores la Sala Constitucional concluyó:

[Hasta] ahora, que: a) los derechos económicos, sociales y culturales gozan, como cualquier derecho, de tutela jurisdiccional; b) para saber cuándo se está en presencia de uno de esos derechos debe existir un relación jurídica perfectamente definida donde la lesión de los mismos provenga de una modificación de la esfera jurídica del ciudadano o de un colectivo; c) la actividad estatal destinada a satisfacer la procura existencial es una actividad de gran contenido político; d) que esa actividad puede traducirse bien en actos o bien en políticas; e) que esos actos pueden ser objeto de control jurisdiccional en sus elementos jurídicos, no en los políticos; f) que las políticas no son objeto, en principio, de control jurisdiccional sino de control político; g) que esa imposibilidad del juez no puede ser entendida como una negación del derecho de acción de los ciudadanos.

Pero después de excluir el control judicial de amparo respecto de los derechos sociales, reduciendo la protección de los mismos a un control político, la Sala Constitucional pretendió, sin lograrlo, aclarar la situación derivada de “esa imposibilidad de control jurisdiccional sobre las políticas” formulando las siguientes matizaciones:

La labor judicial consiste, esencialmente, en señalar transgresiones. El Poder Judicial no puede sustituir al Legislativo o Ejecutivo en la formulación de políticas sociales, como una manifestación del principio de división de poderes, que, de quebrantarse, conduciría a un gobierno de los jueces. Ese carácter cognitivo de la jurisdicción sugiere una rigurosa *actio finium regundorum* entre Poder Judicial y Poder Político, como fundamento de su clásica separación: aquello que el Poder Judicial no puede hacer por motivo, justamente, de su naturaleza cognitiva; pero también de aquello que, debido a esa naturaleza, puede hacer, esto es, señalar cuáles políticas conducirían a un desmejoramiento de los derechos.

Partiendo de tal premisa y como quiera que la realización de las políticas económicas, sociales y culturales depende de los recursos existentes, el Poder Judicial posee la facultad de controlar, en sentido positivo, que el Estado haya utilizado el máximo de los recursos disponibles teniendo en cuenta su estado económico -lo que incluye medidas legislativas-, y, en sentido negativo, la ausencia absoluta de políticas económicas, sociales o culturales (pues vacían el núcleo esencial de los derechos respectivos), así como aquellas políticas que se dirijan, abiertamente, al menoscabo de la situación jurídica que tutela los derechos económicos, sociales o culturales, supuestos que colocan en cabeza del Estado la carga probatoria, así como también implica, con respecto al primero, un análisis de la distribución del gasto social.

En lo que respecta a los mecanismos de control la Sala, haciendo uso de su intención de no exponer agotadoramente el tema, prefiere, por ahora, limitarse a señalar que siendo que el amparo constitucional es de naturaleza restablecedora, la posibilidad de controlar jurisdiccionalmente las políticas económicas, sociales y culturales no abarca esta garantía constitucional, pero sí quiere destacar que ese control se corresponde completamente con la naturaleza de las funciones que, por mandato constitucional, le han sido asignadas al Defensor del Pueblo.

Pero al pretender definir “a quién se le controla las políticas destinadas, por lo menos en lo que a este caso toca, a garantizar un sistema de salud acorde, es decir, qué órgano es el controlado”; la Sala Constitucional concluyó señalando que:

según nuestro enunciado constitucional, el derecho a la salud es un derecho que debe ser garantizado por el Estado; por lo que se hace necesario concebir a éste no sólo como el ente político territorial nacional, sino como aquella unidad política a la que los ciudadanos, mediante el pacto social, le ha otorgado potestades para que satisfaga la procura existencial, esto es, cualquier ente político territorial. Tal situación es lo que la doctrina patria ha denominado como las competencias concurrentes: aquellas que corresponde ser satisfechas, dada su naturaleza, no sólo por la República, sino también por los Estados, los Distritos Metropolitanos y los Municipios, dentro del ámbito de su capacidad económica, de allí que el cumplimiento de tal derecho debe exigirse tanto a los órganos nacionales como a todos aquellos que, en atención a su ámbito competencial, tengan como función la satisfacción del derecho constitucional en referencia, indistintamente del ente político territorial al cual pertenece.

Ahora bien, al analizar la pretensión formulada por la Federación Médica Venezolana sobre “la insuficiente dotación de los insumos, equipos médicos y mantenimiento de la infraestructura hospitalaria a nivel Nacional, y en general todo lo relacionado con la salud (...)”, pretendiendo que se ordenase “la remisión de los recursos económicos a los centros hospitalarios, así como la inmediata asignación, ejecución y entrega del presupuesto para la adquisición de los insumos, dotación médica, equipos y materiales instrumentales a los hospitales y ambulatorios del país”, la Sala terminó señalando que:

[La] cuantía de los presupuestos, su distribución y la consignación de las cantidades necesarias para que los servicios de sus respectivas competencias estén dotados de los medios personales, financieros y materiales que posibiliten una prestación eficiente, es una actividad netamente política, tal como lo señalara, inclusive, la otrora Corte Suprema de Justicia en Pleno, el 20 de mayo de 1997 (caso: *Procurador General de la República vs Acuerdo del Congreso de la República*), naturaleza que la condiciona como una actividad eminentemente abstracta y constitutiva y, por tanto, imposible de ser objeto de amparo constitucional destinado, como se sabe, al restablecimiento de situaciones jurídicas (concretas) infringidas, de allí que se declare no ha lugar en derecho el amparo ejercido. Así se decide.

En definitiva, con esta sentencia, la Sala Constitucional trató de enmendar, sin lograrlo, la contundente negativa a la justiciabilidad del derecho a la salud que la propia Sala había dejado plasmada en el acta de la audiencia constitucional del caso, celebrada el 20 de abril de 2004, en la cual señaló que “los derechos sociales o de tercera generación poseen una estructura muy específica en contraposición a los de primera o segunda generación, que amerita ciertas diferenciaciones para precisar sobre qué recae, en tales derechos, la tutela jurisdiccional”; precisando que:

[Tales] derechos, por sí mismos, no están en la esfera subjetiva del ciudadano ya que, ad initio, constituyen principios orientadores de la actividad administrativa, son el sustrato de la cláusula de Estado Social Democrático de Derecho y de justicia, y por esa circunstancia son elementos definidores del fin, es

decir, califican, por así decirlo, qué debe ser considerado como interés público.

Al ser ello así, la exigencia desde este punto de vista de los derechos de tercera generación mediante amparo no es posible, la única forma de ejercer un control sobre su incumplimiento es el control político. La ciudadanía, ante la evidente incapacidad de la Administración de planificar de forma eficaz y eficiente su actividad para satisfacer tales, retirará la confianza que mediante el sufragio le otorgó a sus representantes, como muestra de un proceso de deslegitimación de los actores.

Caracas, agosto 2004.