

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**



**INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA
SALUD Y LA VIDA EN LAS SENTENCIAS DEFINITIVAS EMITIDAS POR
LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA DE EL SALVADOR EN LOS PROCESOS DE AMPARO**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO (A) EN CIENCIAS JURÍDICAS
PRESENTADO POR:**

**SEOANE VANESSA ESCOBAR JOACHIN
KARLA PAOLA ESCOBAR TOBIAS
HERBERTH MANFREDIS FERMAN ESCOBAR**

**DOCENTE ASESOR:
DR. HENRY ALEXANDER MEJIA**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, MARZO 2017

TRIBUNAL CALIFICADOR

**LIC. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA
(PRESIDENTE)**

**LICDA. YENI PATRICIA NOCHEZ DE FRANCO
(SECRETARIO)**

**DR. HENRY ALEXANDER MEJIA
(VOCAL)**

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

**Máster Roger Armando Arias Álvarez
RECTOR**

**Doctor Manuel de Jesús Joya Abrego
VICERECTOR ACADÉMICO**

**Ingeniero Nelson Barnabé Granados Alvarado
VICERECTOR ADMINISTRATIVO INTERINO**

**Licenciado Cristóbal Hernán Ríos Benítez
SECRETARIA GENERAL**

**Licenciada Dina Alhely Castellón
FISCAL GENERAL INTERINA**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**Doctora Evelyn Beatriz Farfán Mata
DECANA**

**Doctor José Nicolás Ascencio
VICEDECANO**

**Master Juan José Castro Galdámez
SECRETARIO**

**Licenciado Rene Mauricio Mejía Méndez
DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**Licenciado Miguel Ángel Paredes
DIRECTOR DE PROCESOS DE GRADUACIÓN**

**Licenciada María Magdalena Morales
COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA
DE CIENCIAS JURÍDICAS**

AGRADECIMIENTOS

A DIOS TODO PODEROSO, por acompañarme en todo momento de mi vida y por permitirme lograr este triunfo profesional, gracias por darme las fuerzas necesarias en los momentos en que más las necesité.

A MIS PADRES, Nelson Escobar y Marina Joachin, por ser el pilar de vida, por el apoyo incondicional, por estar en cada momento durante toda mi carrera, por no dejarme rendirme y animarme a seguir adelante.

A MI ABUELA, por haberme brindado todo su apoyo y sus muestras de cariño.

A MI HERMANO, Napoleón Edenilson Escobar Joachin, por su apoyo económico, comprensión y ayudarme a lograr mis sueños sacrificando los suyos.

A MI MEJOR AMIGA, Fátima Guadalupe Santos Martínez, por todo estar ahí cuando más la necesite, por apoyarme en todo, en los momentos difíciles animándome a no darme por vencida e impulsándome a llegar a la meta.

A MI GRUPO DE TESIS, Por haber culminado este proceso juntos.

A NUESTRO ASESOR, Dr. Henry Mejía por su orientación dentro y fuera del proceso de tesis, por compartir sus conocimientos con nosotros.

“Todo lo puedo en Cristo que me fortalece”.

Seoane Vanessa Escobar Joachin.

A DIOS, por acompañarme en todo momento de mi vida y por permitirme lograr este triunfo profesional, gracias por darme las fuerzas necesarias en los momentos en que más las necesité.

A MI MAMÁ, Sonia Escobar por ser mi soporte de vida, por el apoyo incondicional, confianza, cariño que me han brindado en el transcurso de mi carrera y a quien le dedico este triunfo profesional.

A MI ABUELO Y MIS TIOS, por haberme brindado todo su apoyo y sabiduría.

A MI NOVIA, Paola Escobar Tobías, por su amor, su apoyo, comprensión y ser mi fuerza en todo momento.

A MI GRUPO DE TESIS, Por haber cumplido nuestras metas juntos.

A NUESTRO ASESOR, Dr. Henry Mejía por su orientación por todos sus conocimientos compartidos.

“La vida es una, y de nosotros depende como vivirla”.

Herberth Manfredis Ferman Escobar

A MI ABUELA, Rufina Melara (Q.D.DG.), por ser la mejor persona que he conocido, por enseñarme el verdadero amor, por ser un ejemplo de vida, y mi modelo a seguir.

A MI ABUELO, Lucio Escobar Díaz (QEPD), por la sabiduría que me brindo, el apoyo incondicional, por el cariño, amor y comprensión desinteresada que logro hacerme la persona que soy hoy en día.

A MI MAMÁ Y MI PAPÁ, por el apoyo incondicional, por siempre estar en los momentos malos y saber guiarme a lo largo de la vida, por nunca desilusionarme, gracias por ser mis dos pilares en las cuales pongo mi vida las dos piezas fundamentales gracias por todos los sacrificios.

A MIS HERMANOS, Luis Escobar y Marlon Escobar, por el apoyo brindado, por ayudarme en los momentos que necesite de ustedes, por los consejos que me brindaron a lo largo de la vida, por cuidarme siempre.

A PUNKY, por ser mi fiel amigo, que me acompañó siempre en momentos difíciles, por ser el mejor compañero, por saber escuchar y con una mirada decirlo todo.

A MI NOVIO, Herberth Escobar, por el apoyo que me brindo en toda la carrera, por ser una pieza fundamental dentro de mi vida, gracias por estar siempre conmigo.

Karla Paola Escobar Tobías

ÍNDICE

RESUMEN.....	i
INTRODUCCIÓN.....	ii
CAPITULO.....	1
ELEMENTOS GENERALES	
1.1 Conceptualizaciones	
1.1.1 Los derechos fundamentales	
1.1.2 La Interpretación.....	5
1.1.3 El amparo.....	6
1.1.4 Derecho a la salud	7
1.1.5 Derecho a la vida	9
1.2 Características esenciales de los derechos fundamentales	
1.2.1 Jurídicos	
1.2.2 Constitucionales	10
1.2.3 Personales	
1.2.4 Frente al Estado	11
1.2.5 Vitales	
1.2.6 No son absolutos	13
1.3 Naturaleza de los derechos fundamentales	14
1.4 Las diferentes denominaciones	17
1.4.1 Derecho humano	
1.4.2 Derecho natural	18
1.4.3 Derecho público subjetivo	
1.4.4 Libertad pública	19
1.4.5 Derechos morales	
1.5 Evolución histórica	20
1.5.1 Los derechos fundamentales	
1.5.2 Antecedentes en la legislación salvadoreña	28
1.5.3 Antecedentes históricos de la interpretación	31

1.5.4 Antecedentes históricos del amparo	36
CAPITULO II	41
CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	
2.1 Fuentes de los derechos fundamentales	
2.1.1 La constitucionalidad de los derechos fundamentales.....	42
2.1.2 El sistema mixto.....	43
2.1.3 La competencia legislativa en materia de derechos fundamentales.....	46
2.1.4 La competencia del ejecutivo en materia de derechos fundamentales.....	47
2.1.5 Función del juez en la creación de los derechos fundamentales	
2.1.6 La costumbre	49
2.1.7 Los principios generales del derecho.....	50
2.1.8 Las fuentes internacionales.....	51
2.2 Funciones de los Derechos Fundamentales	52
2.2.1 Función objetiva.....	54
2.2.2 Función subjetiva	56
2.3 Los límites a los derechos fundamentales	57
2.3.1 Límites del ordenamiento jurídico.....	61
2.3.2 Límites del subsistema de los derechos fundamentales.....	63
2.3.3 Los límites internos de los derechos.....	64
2.3.4 Límites externos	66
2.3.5 Los límites al ejercicio de los derechos.....	67
2.4 Teorías de los derechos fundamentales	68
2.4.1 La teoría de los derechos fundamentales de la ley fundamental.....	69
2.4.2 Teoría jurídica general de los derechos fundamentales de la ley fundamental.....	71
2.4.3 Teoría liberal.....	74
2.4.4 Teoría institucionalista.....	76

2.4.5 Teoría axiológica.....	79
2.4.6 Teoría democrático-funcional.....	82
2.4.7 Teoría social.....	83
CAPITULO III	86
LA INTERPRETACIÓN	
3.1 Objeto de interpretación	
3.2 Interpretación jurídica	88
3.3 Interpretación constitucional	91
3.3.1 Concepto	
3.3.2 Principios de la interpretación constitucional	94
3.3.3 Métodos de interpretación constitucional.....	96
3.4 Interpretación de los derechos fundamentales	103
3.5 Criterios de interpretación de los derechos fundamentales	
3.5.1 Posición preferente de los derechos fundamentales	
3.5.2 Principio de proporcionalidad	105
3.5.3 Moral crítica	107
3.5.4 Ponderación	108
3.5.5 Respeto del contenido esencial	109
3.5.6 Principio de concordancia práctica	113
3.5.7 Principio Pro-homine.....	114
3.5.8 Principio In dubio pro-libertate.....	116
CAPÍTULO IV	117
ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN LA APLICACIÓN DE LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	
4.1 Análisis de las sentencias definitivas del proceso amparo del derecho de la vida	
4.1.1 Referencia 348-99	
4.1.2 Referencia 310-2013	121
4.1.3 Referencia 418-2013 I	126

4.2 Análisis de las sentencias definitivas del proceso amparo del derecho de la salud	130
4.2.1 Referencia 166-2009	
4.2.2 Referencia 188-2009	134
4.2.3 Referencia 436-2011	137
4.2.4 Referencia 437-2011	139
4.2.5 Referencia 438-2011	143
4.2.6 Referencia 324-2012	146
4.2.7 Referencia 8-2012	149
4.2.8 Referencia 32-2012	156
4.3 Derecho comparado	159
CAPITULO V	166
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	
BIBLIOGRAFÍA.	173

ABREVIATURAS Y SIGLAS

Amp.- Amparo.

Art.- Artículo.

Cn- Constitución.

Inc.- Inciso.

L. Prc. Cn- Ley de Procedimientos Constitucionales.

Ord.- Ordinal.

SC.- Sala de lo Constitucional.

ANDA- Administración Nacional de Acueductos y alcantarillados.

CCI- Comisión Calificadora de Invalidez.

CEDH- Convenio para la protección de los derechos humanos.

CERPROFA- Centro de rehabilitación profesional de la Fuerza Armada.

CIDH- Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CSSP- Consejo superior de salud pública.

FA.- Fuerza Armada.

FOPROLID- Fondo de protección de lisiados y discapacitados a consecuencia del conflicto armado.

ISSS- Instituto salvadoreño del seguro social.

JVPM- La junta de vigilancia de la profesión médica.

LES- Lupus eritematoso sistémico con manifestaciones discoides.

MARN- Ministerio del Medio Ambiente y Recursos Naturales.

MINSAL- Ministerio de salud.

NILO- Control de medicamentos no incluidos en el listado oficial.

OPS- Organización panamericana de salud.

RHMC- Reglamento del hospital militar central.

UCIN- Unidad de cuidados intensivos neonatales.

VIH- Virus de inmunodeficiencia humana.

RESUMEN

El presente trabajo de grado, desarrollado bajo el tema: Interpretación de los derechos fundamentales de la salud y la vida en las sentencias definitivas emitidas por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en los procesos de amparo está enfocado a conocer, describir y analizar cada uno de los métodos de interpretación aplicados al momento de resolver. El contenido de esta investigación se encuentra estructurado en cuatro capítulos, se desarrollan las conceptualizaciones necesarias para una mejor comprensión del tema abordado, asimismo se desarrolla su evolución histórica, es decir los antecedentes del surgimiento de los derechos fundamentales, tanto al nivel internacional como en la legislación salvadoreña, especificando los antecedentes históricos de los derechos retomados. Se describen los límites de los derechos fundamentales y se exponen las posturas teóricas de los derechos fundamentales, con un enfoque en la interpretación; exponiendo el objeto de la misma, analizando los principios y los métodos de interpretación constitucional. Referente a la Interpretación de los derechos fundamentales de la salud se refleja un análisis de cada una de las sentencias definitivas, elegidas del proceso amparo de esos dos derechos mencionados; destacando la colisión de esos dos derechos fundamentales; puntualizando los criterios de interpretación utilizados en las sentencias; se refleja en los resultados por medio de las conclusiones que con la presente investigación se determinó que la aplicación de nuevos métodos de interpretación a la hora de resolver las sentencias de Amparo, se genera un menor vulneración de los derechos de la salud y la vida. En cuanto al derecho comparado se determina que en otros países como España, México, Perú y Bolivia por haber aceptado el bloque de Constitucionalidad cuentan con criterios de interpretación que se utilizaran al momento de proteger los derechos fundamentales.

INTRODUCCION

La presente investigación se circunscribe en la interpretación realizada por los Magistrados de la Sala de lo Constitucional, al momento de emitir resoluciones definitivas relacionados con la vulneración de los derechos fundamentales de la salud y la vida, en la actualidad al analizar tales derechos encontramos que han evolucionado en los diferentes contextos históricos y su formulación jurídico–positiva, como derechos constitucionales son un fenómeno relativamente reciente; en este sentido la relevancia social de los derechos fundamentales y la importancia de su preservación conllevan a la acción de interpretarlos.

Es la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia la entidad encargada de resolver las demandas de amparo, sirviendo como mecanismo de defensa y protección ante la vulnerabilidad de los derechos fundamentales. Para lograr dicha protección existen además otros procesos constitucionales, tales como: el habeas corpus y el habeas data.

El proceso de amparo se encuentra regulado en el Artículo 247 de la Constitución, relacionado con el Art. 174; según sentencia de 5-II-1996, pronunciada en el proceso de amparo 22-A-94 el objeto protegido por el Amparo son las “categorías subjetivas integrantes de la esfera jurídica individual”, es decir, los derechos fundamentales.

En este contexto, al momento de realizarse la interpretación de los derechos fundamentales en los procesos de amparo, con el pasar de los años se han observado diversas formas o métodos de interpretación utilizados, según los criterios utilizados por los Magistrados que han conformado la Honorable Sala en cuestión.

Siempre se ha advertido a través de su jurisprudencia la necesidad de proteger cada uno de los derechos fundamentales, no solamente los que hemos tomado en cuenta para esta investigación, si no todos los contenidos en la Constitución.

En el presente trabajo, al inicio se proyectó como problema principal, la interrogante: ¿La utilización de métodos no tradicionales de interpretación de los derechos fundamentales de la salud y la vida en los procesos de amparo, contribuyen a mejorar el goce de los mismos?

En el desarrollo de este texto se trazó como objetivo principal del siguiente: Presentar un estudio sobre las ventajas de la adopción de los métodos no tradicionales de interpretación de los derechos fundamentales de la salud y la vida en los procesos de amparo; y como objetivos específicos: a) Conocer como han venido evolucionando los derechos fundamentales a lo largo de la historia; b) Estudiar las diferentes teorías de los derechos fundamentales; c) Identificar los mecanismos de interpretación de los derechos fundamentales de la salud y la vida utilizados por la Sala de lo Constitucional en los procesos de amparo; d) Analizar los nuevos métodos de interpretación de los derechos fundamentales de la salud y la vida en los procesos de amparo; e) Determinar los beneficios o perjuicios que puedan surgir debido a la implementación de los métodos tradicionales de interpretación en las sentencias definitivas en los procesos de amparo.

En el mismo orden, lo anterior permitió formular como hipótesis principal: “La utilización de los métodos no tradicionales de interpretación constitucional, mejoran el entendimiento y el alcance del goce de los derechos fundamentales de la salud y la vida”. Como hipótesis específicas: “La utilización de los métodos no tradicionales de interpretación garantiza el mejor

desempeño de las sentencias emitidas por la Sala de lo Constitucional”; “Los nuevos métodos de interpretación, por las características que poseen, servirían para dirimir conflictos de los derechos fundamentales de la salud y la vida en los proceso de Amparo” y “La incorporación del Bloque de Constitucionalidad, brindaría una interpretación más completa a los métodos no tradicionales de interpretación”.

Para confirmar las hipótesis se diseñó una estrategia metodológica, enfatizada a realizar una investigación de carácter teórico y jurisprudencial, que por el tipo de datos es cualitativa, ya que pretendemos proporcionar profundidad en los datos, dispersión y riqueza interpretativa, en cuanto a la fuente es bibliográfica documental ya que se recolectó un marco doctrinario y jurídico en relación a los derechos fundamentales de la salud y la vida y su interpretación por parte de los Magistrados de la Sala de lo Constitucional.

En consecuencia, el contenido en esta investigación se encuentra estructurada en cuatro capítulos: En el primero de ellos; se desarrolla la conceptualización de los derechos fundamentales, derecho a la salud, derecho a la vida, interpretación y el amparo; luego en este mismo contenido se plasman las características de los derechos fundamentales; así como también las diferentes denominaciones, dentro de ellas destacamos las siguientes: derechos humanos, derechos naturales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas y derechos morales; seguidamente se desarrolla su evolución histórica, es decir los antecedentes del surgimiento de los derechos fundamentales, tanto al nivel internacional como en la legislación salvadoreña, especificando los antecedentes históricos del derecho a la salud y a la vida, asimismo, se reflejan los historiales de la interpretación, con el fin de conocer cada uno de los aspectos relevantes para dar una fundamentación de cómo surgió la interpretación.

El capítulo dos denominado: Configuración de los derechos fundamentales, la exposición de las fuentes de los derechos fundamentales, explicando la constitucionalidad de estos, el sistema mixto, la competencia legislativa y ejecutiva de los derechos fundamentales, describiendo la función del juez al momento de crear dichos derechos, los principios generales del derecho y la costumbre; consideramos que es relevante describir la función de los derechos fundamentales, clasificándose en función objetiva siendo la que relaciona con el sistema político, según esta función los derechos aparecen prioritariamente en sus vertientes moral, política, y función subjetiva, al contrario de la anterior, esta menos referida a la teoría del derecho y más concretada en la positivación de pretensiones morales.

Se desarrolló de manera seguida los límites de los derechos fundamentales: Los límites del ordenamiento jurídico, los del subsistema de los derechos fundamentales, los internos de los derechos y los límites al ejercicio de los derechos. Haciendo una distinción importante entre delimitación y limitación de los derechos fundamentales. Posteriormente exponemos las posturas teóricas de los derechos fundamentales, tales como las liberales, institucionalista, axiológica, democrático-funcional y la teoría social. Todo lo anterior es para entablar un estudio detallado de los derechos fundamentales.

El capítulo tres, se encuentra dedicado a la interpretación; iniciando por exponer el objeto de la misma, ahondamos en la interpretación jurídica, para luego pasar a explicar la interpretación constitucional, desglosándolo en el concepto, cuales son los principios y los métodos de interpretación constitucional, durante la investigación encontramos, los tradicionales, expuestos por Savigny, los cuales son: el gramatical, el lógico, el sistemático y el histórico. Pero podemos considerar entre estos también el método teleológico, ya que muchos autores lo consideran dentro del método lógico;

no dejando de lado los métodos históricos, interpretación práctica, semántica; semántica u orgánica y progresista.

Referente a la Interpretación de los derechos fundamentales, una vez expuesto lo anterior pasamos a un tema de mucha importancia para nuestra investigación presentando los criterios de interpretación de los derechos fundamentales tales como la posición preferente de los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad, la moral crítica, la ponderación, el respeto del contenido esencial, el principio de concordancia práctica, el principio *pro-homine*, principio *In dubio pro-libertate*.

El capítulo cuatro, contiene la interpretación de los derechos fundamentales de la salud haciendo un análisis de cada una de las sentencias definitivas, elegidas del proceso amparo del derecho de la salud; así como también la interpretación de los derechos fundamentales de la vida; analizando las sentencias definitivas del proceso amparo del derecho de la vida; la colisión de esos dos derechos fundamentales relacionados; puntualizando los criterios de interpretación utilizados en las sentencias; llegando así al final del capítulo realizando derecho comparado; conforme a la interpretación que se seguirá según la Constitución de España, México, Perú y Bolivia.

Las mencionadas constituciones, según lo investigado cuentan con criterios de interpretación que se utilizaran al momento de proteger los derechos fundamentales, todo eso a raíz, de que han aceptado el bloque de constitucionalidad. Como parte final, se establecen las conclusiones y recomendaciones que se consideran oportunas al concluir nuestro trabajo de investigación, detallando para quien se dirige cada una de las recomendaciones haciendo énfasis en los resultados obtenidos durante todo el proceso de grado.

CAPITULO I

ELEMENTOS GENERALES

En el presente capítulo, se plasman los conceptos y generalidades de los derechos fundamentales, la interpretación, el amparo y los derechos a la salud y la vida, que permiten explicar la base de nuestro trabajo, siendo pertinente indagar aspectos de suma importancia como: las características, denominaciones y las vertientes históricas de los derechos fundamentales.

1.1 Conceptualizaciones

1.1.1 Los derechos fundamentales

Una conceptualización de los derechos fundamentales, se puede ubicar destacando su significado básico y planteamiento doctrinario y para tener claro el alcance jurídico de esta institución de derechos fundamentales, iniciaremos desarrollando que significa en primer lugar "derecho" podemos decir en su sentido objetivo, es un conjunto de normas. Trátese de preceptos impero-atributivos, es decir reglas que, además de imponer deberes, conceden facultades.

En su sentido subjetivo, derecho es una función del objetivo. Este es la norma que permite o prohíbe, a aquel, el permiso derivado de la norma¹. Un derecho es fundamental cuando hace parte de aquellos bienes jurídicos que por estar inseparablemente unidos a la condición humana, por integrar su núcleo jurídico primario, constituyen el fundamento de toda comunidad política², en cuanto le sirven de principio y de razón primordial.

¹ Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, 53, Reimpreso (México: Editorial Porrúa, 2004), p.36.

² Se puede decir que una vez se positivizan, adquieren la categoría de verdaderos derechos protegidos procesalmente, convirtiéndose en tal virtud en derechos fundamentales de un ordenamiento jurídico.

Eusebio Fernández, dice que "son derechos fundamentales unos y ciertos derechos morales que el hombre posee por su propia naturaleza, dignidad y que la sociedad, el poder político, el derecho deben proteger, sin ninguna clase de discriminación social, económica, política, jurídica, ideológica, cultural o sexual"³; pero además subraya que son fundamentales porque se hallan estrechamente vinculados con la idea de dignidad humana, sin que conformen la personalidad jurídica⁴.

Según Pérez Luño, "los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos en un Estado de Derecho, de que el sistema político y jurídico se orienta al cumplimiento, respecto a las libertades fundamentales (Estado liberal de derecho), es decir a la promoción de la persona humana en su esfera individual y conjugando esta con la exigencia de solidaridad, colorario de la competencia social y colectiva de la vida humana (Estado social de Derecho)"⁵.

Es pertinente mencionar que se logra explicar dos planos distintos: una dimensión axiológica objetiva y una dimensión subjetiva. En su dimensión objetiva, los derechos fundamentales simbolizan un conjunto de valores y principios básicos producto del consenso y el compromiso institucional. De ahí, que su "función es la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento y condicionan su deber de obediencia al derecho." Estas dos posturas vienen a constituir la garantía de los ciudadanos ante los derechos fundamentales.

³ Eusebio Fernández, *Teoría de la justicia y derecho humanos*. (Madrid, España: Editorial debate, 1991) p. 77

⁴ Mario Antonio Solano Ramírez, *¿Qué es una Constitución?*, (El Salvador: Sección de publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2000), p.95.

⁵ Antonio E. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, 8ª Edición (España: Editorial TECNOS 2004) p.20.

Por otro lado, en su dimensión subjetiva, tales derechos determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos no sólo frente al Estado sino frente a otros particulares, es decir, representando un marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas⁶. Al respecto Mario Madrid, manifiesta que los derechos fundamentales son derechos humanos originarios, exigencias jurídicas formuladas *a priori* por la dignidad humana que simultáneamente cumple tres finalidades, pues al mismo tiempo se ordena a favorecer el desarrollo integral de la persona, a temperar el ejercicio del poder político y a conseguir la plena realización del bien común⁷.

Según Luigi Ferrajoli, derechos fundamentales son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica”⁸.

Desde Jhon Locke y los posteriores teóricos del pacto social, el movimiento constitucional siempre ha considerado que los ciudadanos tenían derechos propios inalienables, que el Estado tenía que respetar, tanto es así que los instrumentos creadores de los nuevos ordenamientos constitucionales se preocupaban por reflejar en su terminología la existencia previa de estos derechos, sojuzgados o preteridos anteriormente: Declaración de Derechos de Virginia de 1776, Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789, etc.

⁶ Perez Luño, *Los derechos fundamentales*, pp. 21-22.

⁷ Mario Madrid-Malo Garizabal, *Estudio sobre Derechos Fundamentales*, (Santa Fe de Bogotá: Tercer mundo editores, 1992), p.16.

⁸ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías*, (Madrid: Trotta S.A., 1977), p.37.

La Declaración de los Derechos Humanos de 1948. Ha venido a refrendar esta idea de que los poderes públicos, incluso el poder legislativo, deben respetar ciertos derechos inherentes a la persona pues ellos están en la base del propio Estado⁹. Por lo consiguiente, los derechos fundamentales no son solo categorías filosóficas, sino que son verdaderos derechos subjetivos que corresponden a las condiciones humanas de personas y a la condición política social de ciudadano, sin cuyo reconocimiento al más alto nivel normativo, no podría hablarse con propiedad de la existencia de un verdadero Estado de Derecho.

Los derechos fundamentales son, además normas constitucionales que establecen derechos subjetivos públicos, pero además demuestran rasgos esenciales del sistema democrático, de modo que la protección efectiva del derecho fundamental y de su actuación concreta, trasciende el significado individual, para adquirir una dimensión objetiva¹⁰.

Según la línea de los diferentes conceptos desarrollados por los autores, se puede decir que el concepto de derecho fundamental puede ser entendido de dos modos complementarios. En primer lugar, ante todo, como límite de los poderes públicos; vinculando a dichos poderes hasta el punto de que ni siquiera por ley puede impedirse su ejercicio. Cabe mencionar que reglamentan o regulan la actuación de los poderes públicos, para que estos no puedan sobrepasar autoridad. En segundo lugar, además, pueden entenderse como guías de lo que los poderes públicos deben hacer, evitando así un descontrol¹¹.

⁹ Agustín Ruiz Robledo, *Compendio de derecho Constitucional Español*, 2ª Edición (Valencia: Tirant lo Blanch 2011), p.311.

¹⁰ Ferrajoli, *Derechos y Garantías*, p.96.

¹¹ Joaquín Rodríguez-Toubes Muñoz, *Principios, fines y derechos fundamentales*, (Madrid: Dykinson, 2000), p.121.

1.1.2 La Interpretación

Interpretar, es desentrañar el sentido de una expresión; se interpretan las expresiones para descubrir lo que significan. La expresión es un conjunto de signos, por ello tiene significación. En sentido estricto, interpretación se emplea para referirse a la atribución de significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación: un texto, se dice que requiere interpretación solo cuando su significado es oscuro o discutible, cuando se duda sobre si es aplicable o no a un determinado supuesto de hecho.

Bajo esta acepción, se determina que interpretación significa en pocas palabras: decisión en torno al significado no de un texto cualquiera en cualquier circunstancia, sino solo de un texto oscuro en una situación dudosa¹².

1.1.2.1 La interpretación de la ley

La ley, aparece como una forma de expresión, tal expresión suele ser el conjunto de signos escritos sobre el papel que forman los artículos de los códigos; desde este punto de vista es importante recalcar que lo que se interpreta no es la materialidad de los signos, si no el sentido de los mismos, su significación y la de los preceptos legales, que no ha de confundirse con el objeto a que se refieren.

El sentido de la ley, problema capital de la teoría de la interpretación es saber que debe entenderse por sentido de la ley; una de las soluciones

¹² Riccardo Guastini, traducido por Mariana Gascón y Miguel Carbonell, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, (México, Universidad Autónoma, 1999), pp.3-4.

propuestas en relación con el problema, consiste en afirmar que el sentido de la ley no puede ser sino la voluntad del legislador.

Los defensores de tal postura argumentan de este modo que la ley es obra del poder legislativo, este se vale de ella para establecer el derecho; en consecuencia, su sentido debe ser el que su autor pretendió darle, lo que el legislador quiso decir, ya que la ley es expresión suya. La tesis se basa en el supuesto de que la legislación como acto expresivo, debe impulsarse a la voluntad de los legisladores o lo que es igual, que es derecho lo que estos requieren; advirtiéndose que lo querido por el legislador no coincide en todo caso con lo expresado en la ley.

Por consiguiente lo que el legislador pretende es expresar algo que en su concepto debe ser derecho; para expresarlo tiene que valerse de un conjunto de signos que otras personas habrían de interpretar, y cuya significación no depende, sino en muy pequeña escala, del mismo legislador.

Lo que un sujeto expresa no es, a fortiori, lo que pretendía expresar. Puede haber una inadecuación entre la intención de aquel y los medios de que se vale para formular su pensamiento. Y lo susceptible de interpretación no es la intención real del sujeto, si no las formas expresivas que emplea¹³.

1.1.3 El Amparo

La palabra amparo, según el Diccionario de la Real Academia Española. Significa “abrigo o defensa”. Existen otros tratadistas que exponen la expresión universal de amparo. Así por ejemplo. El tratadista Mexicano

¹³ García Máynez, Introducción al Estudio del Derecho, pp.325-328.

Joventino Castro, en su obra “Garantías de amparo”, manifiesta que el amparo es un proceso concentrado de anulación de naturaleza constitucional promovido por la vía de acción, reclamándose actos de autoridad y tienen como finalidad el proteger exclusivamente a los quejosos contra la expedición o aplicación de leyes violatorias de las garantías, expresamente reconocidas en la Constitución.

Por lo tanto, las invasiones recíprocas de las soberanías que agravan directamente, producen que la sentencia conceda la protección, en efecto de restituir las cosas al estado que tenían antes de efectuarse la violación reclamada si el acto es de carácter positivo o el de obligar a la autoridad a que respeten las garantías violadas, cumpliendo con lo que ella exige si es de carácter negativo¹⁴.

Para Manuel Giralt Montesinos en su obra “El amparo en El Salvador”, lo define de la manera siguiente: Tomando a la actual configuración constitucional, legal y jurisprudencial del amparo en El Salvador, se puede afirmar que se trata de un mecanismo procesal, que tiene por objeto dar una protección reforzada a los derechos de las personas consagradas constitucionalmente, con excepción del derecho a la libertad, ante la obstaculización de su ejercicio o ante violaciones actuales”¹⁵.

1.1.4 Derecho a la Salud

La salud es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.

¹⁴ Juventino V. Castro, *Garantías y Amparo*, (México: Porrúa, S.A., 1953), p.287.

¹⁵ Manuel Arturo Montesinos Girald, *El Amparo en El Salvador*, El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2006), p.28.

Se entiende, de acuerdo con la definición de la Organización Mundial de la Salud como; “un estado de bienestar físico, psíquico y social tanto del individuo, como de la colectividad”¹⁶.

El derecho a la salud ha sido considerado como un derecho de prestación, el cual no es de exigencia inmediata por vía judicial, sino que requiere ser desarrollado legalmente, que exista una estructura que permita su operatividad y que sean destinados los recursos que hagan que su funcionamiento sea posible¹⁷. En consecuencia es al Estado al que le corresponde facilitar las condiciones que garanticen el acceso de todos los habitantes al servicio de salud.

La Constitución salvadoreña manifiesta que la salud de los habitantes de la República constituye un bien público, en el cual las personas y principalmente el Estado están obligadas a velar por su conservación y restablecimiento, principio recogido en disposiciones tales como los arts. 1 inciso 2 y 65 al 70 Cn. Siendo la salud un derecho que requiere especial atención; su trasgresión atenta directamente contra el derecho a la vida, no sólo en lo relacionado con la existencia de la persona sino en la calidad de vida que la misma debe tener.

Para la Sala de lo Constitucional, el contenido esencial del derecho a la salud implica "la adopción de medidas para su conservación, puesto que la salud requiere tanto de una protección estatal activa -que es obligación de los centros hospitalarios del Estado- como pasiva contra los riesgos

¹⁶ José Carbonell y Miguel Carbonell, *El derecho a la salud: una propuesta para México*, (México DF.: Instituto de investigación jurídica UNAM, 2013), pp.2-3.

¹⁷ La salud: Derecho fundamental, boletín No. 13 de 2005, septiembre de 2005, mesa de trabajo de Bogotá sobre desplazamiento interno, fundación menonita Colombiana para el desarrollo MENCOLDES, editorial CÓDICE LTDA p. 9

exteriores que puedan ponerla en peligro, de ahí que se deba implementar medidas que, desde el punto de vista positivo, tiendan a la prevención de cualquier situación que la lesione o bien restablezcan dicha condición y, desde el punto de vista negativo, eviten la comisión de cualquier acto que provoque su menoscabo”¹⁸

1.1.5 Derecho a la Vida

Derecho a la vida, es el derecho fundamental que tiene todo ser humano a que se respete su existencia, el derecho a la vida es la base; es la condición indispensable para que existan los demás derechos porque está inseparablemente unido a la existencia del hombre y es por consiguiente, el derecho que señala el grado de plenitud que el hombre pueda alcanzar.

El derecho a la vida se encuentra regulado en los Arts. 1 y 2 de nuestra Constitución, y estos se refieren a la vida como un derecho fundamental el cual se garantiza desde el momento de la concepción; tal aseveración evidencia el valor superior que constituye la vida humana desde su primera fase.

El desarrollo del proceso vital requiere no sólo el respeto de parte de los demás miembros de la sociedad y del Estado en el sentido de abstenerse de obstaculizarla o violentarla sino de una actividad mucho más positiva que permita conservarla y procurarla de forma digna. Protegiéndose así el derecho a la vida evitando la vulneración de tan valioso derecho.¹⁹

¹⁸ Sentencia de Amparo, Referencia 674-2006 (El Salvador, Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 2007).

¹⁹ Sentencia de Amparo, Referencia 348-99, (El Salvador, Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 2007).

1.2 Características esenciales de los derechos fundamentales

1.2.1 Jurídicos

Significa que son derechos que tienen fuerza de ley, no son meros ideales o aspiraciones que los hombres y las mujeres deberían tener o quisieran tener; más bien son unas libertades, prerrogativas y condiciones de vida que todas las personas tienen y la Ley se las garantiza. Este carácter legal de los derechos fundamentales significa que dichos derechos se pueden hacer valer en los tribunales; si a una persona le quebrantan uno de estos derechos fundamentales, ésta persona puede presentar una acción judicial para asegurar que su derecho sea respetado.

1.2.2 Constitucionales

Esto significa que dichos derechos están reconocidos en la propia Constitución de nuestro país: los hombres y las mujeres disfrutan de muchos derechos que están establecidos en nuestras leyes, pero no todos esos derechos son de naturaleza constitucional, no surgen directamente de la Constitución. Únicamente los derechos fundamentales tienen su raíz directa en la propia Constitución. Debe resaltarse el significado importantísimo que tiene esta característica de los derechos fundamentales.²⁰

1.2.3 Personales

Se trata de los derechos que toda persona tiene sólo por su condición humana, por ello también se les conoce como “derechos humanos”; esta

²⁰ La Constitución de la República de El Salvador, consagra tales derechos.

característica significa que si una persona vive en el país, está protegida por los derechos fundamentales de la Constitución aunque sea extranjera. Tampoco es necesario saber leer y escribir o pertenecer al partido de mayoría para tener los derechos fundamentales.

Son atributos de toda persona por el sólo hecho de ser persona, sin que importe el color de su piel, sexo, religión ni cuantos bienes materiales tiene, y ninguna otra condición como éstas; y como atributos que cada uno de nosotros poseemos, tenemos la disposición del libre goce de los mismos.²¹

1.2.4 Frente al Estado

Como se ha mencionado antes, las personas disfrutan de muchos derechos de distinta índole, muchos de ellos surgen de las leyes del país; otros surgen de contratos o de convenios privados que unas personas acuerdan con otras personas o entidades. Pues bien, los derechos fundamentales de los que tratamos en general son libertades, prerrogativas y condiciones de vida que toda persona tiene precisamente frente al Estado o al Gobierno del país.

En su aspecto principal son derechos que no corresponden directamente a las relaciones de unas personas con otras personas, sino más bien a las relaciones de las personas con las autoridades gubernamentales.

En otras palabras, los derechos fundamentales están dirigidos a regular lo más importante de la conducta de los poderes públicos con respecto a las personas del país; se refieren a unas obligaciones que tiene el Estado hacia las personas y a unas limitaciones que tiene el Gobierno en su trato con los

²¹ Tal como lo expresa el Art. 3 de la Constitución de la República.

hombres y las mujeres que viven en el país, siendo el caso de nuestro país, que el Gobierno establece programas de salud para la protección de ese valioso derecho.

1.2.5 Vitales

La frase “la dignidad del ser humano es inviolable”, es una afirmación considerada como la médula de los derechos fundamentales, ya que todos estos derechos existen para salvaguardar y mantener inviolable la dignidad del ser humano y para hacerla valedera; si se examina cada uno de los derechos fundamentales, se podrá verificar que éstos emanan de la inviolable dignidad del ser humano. Así pues, todas las personas son iguales ante la ley, porque cada una de ellas tiene una dignidad como ser humano que es inviolable; ninguna persona es superior a otra, todos tenemos los mismos derechos.

Del mismo modo, las personas tienen derechos de expresión, libertad religiosa, derechos políticos, derechos como trabajadores y hasta derechos como acusados, porque todos esos derechos y libertades corresponden a la inviolable dignidad del ser humano. Poco sentido tendría tal dignidad si la persona no tuviese estos derechos fundamentales.

Sin los derechos fundamentales, la dignidad del ser humano no sería inviolable, además, la plenitud de la vida de un ser humano difícilmente puede lograrse si se le niega o se le impide el disfrute de los derechos fundamentales; estos derechos son medios de gran trascendencia para el propio desarrollo personal. Más aún, no puede existir una buena convivencia democrática donde no se reconocen o no se respetan los derechos fundamentales de las personas; los derechos personales, en otras palabras,

son de suma importancia para la vida y la convivencia humana y es por eso distinguimos que son vitales.

1.2.6 No son absolutos

Finalmente, debe destacarse que precisamente por lo valiosos que son los derechos fundamentales tanto para la vida de toda persona como para la comunidad en sí, cada cual debe ejercer sus derechos teniendo en cuenta los de las otras personas y teniendo en cuenta también el bienestar general de la comunidad.

Como toda persona tiene los mismos derechos que cualquier otra, nadie puede ejercer los suyos a costa de los derechos del otro; por eso decimos que los derechos fundamentales no son absolutos. Su pleno disfrute por una persona presupone que serán ejercitados respetándose los mismos²².

Para Luigi Ferrajoli, dentro de su visión, de definir un derecho fundamental, expone que este tiene que cumplir con tres rasgos esenciales²³. El primero de ellos es universalidad, en el sentido deóntico; así como también indisponibilidad, de lo que se desprende que son inalienables²⁴, irrenunciables, no pueden ser expropiados; y como último rasgo expresa que su estatuto está en reglas generales y abstractas. En esta nueva dimensión,

²² Jaime B. Fuster, *Derechos fundamentales y deberes cívicos de las personas*, (Puerto Rico: Comisión de derechos civiles, 1965), pp.23-27.

²³ Oscar José Dueñas Ruiz, *Lecciones de Hermenéutica Jurídica*, 7ª Edición, (Colombia, Bogotá: Universidad del Rosario, 2015), p.85.

²⁴ El termino Inalienable, etimológicamente está formado por la partícula negativa "IN", y por el adjetivo latino "ALIENUS", ajeno, que significa: "lo que no puede enajenarse". El jurista español Jesús Ballesteros, da una definición de Inalienabilidad, en relación a los derechos, y dice que es: "Aquella cualidad de un derecho en virtud de la cual su titular no puede realizar sobre el ningún tipo de actos de disposición," Jesús Ballesteros, *Derechos Humanos*, (Madrid: Tecnos, 1992), p.61.

el catálogo de los derechos fundamentales se halla en los textos constitucionales y en las declaraciones universales.

1.3 Naturaleza de los derechos fundamentales

En este punto se trata la naturaleza de los derechos fundamentales, haciendo referencia a un elemento más de tipo jurídico que determine con precisión en qué medida los derechos fundamentales pertenecen más al campo del derecho que a la política, o al derecho administrativo o las distintas formas técnicas como se expresa el derecho en el Estado.

En algún momento, los derechos fundamentales han sido vistos como una expresión del principio de legalidad o sea como una derivación de los poderes administrativos, es decir como derechos administrativos especiales; pero los derechos fundamentales regulan sus objetos específicos, no desde el punto de vista de las distintas ramas del derecho técnico, sino desde el del derecho Constitucional. Por medio de los derechos fundamentales, se pretende regular un sistema de valores, de bienes, un sistema cultural y además, los regula como sistema nacional.

La significación mediata o inmediata que puedan tener los derechos fundamentales para el derecho especial; " con independencia de cualquier consideración acerca de su validez jurídica, los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concretos, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución".

Es importante relacionar la tesis integradora de la unidad estatal expuesta por Smend, con la concepción de Carl Schmitt, en lo referente a la

fundamentación de principios que la unidad estatal tiene en los derechos fundamentales; es decir que para el autor la "Declaración solemne de tales derechos significa el establecimiento de principios sobre la cual se apoya la voluntad política de los pueblos"²⁵.

La voluntad y los derechos son diferentes según el momento histórico por el cual pasa la sociedad y en el caso de lo que Schmitt, llama el "Estado Burgués de Derecho", son "derechos fundamentales solo aquellos que pueden valer como anterior y superior al Estado, aquellos que el Estado reconoce y protege como dado antes que él, y en los que solo cabe penetrar en una cuantía mensurable en principio y solo dentro de un procedimiento regulado.

Los derechos fundamentales, no son en sustancia bienes jurídicos, sino esferas de libertad, de las que resultan derechos, y precisamente derechos de defensa; esto se ve claramente en los derechos de libertad que históricamente significan el comienzo de los derechos fundamentales: libertad de expresión, de asociación, de religión, etc. "Todos los derechos fundamentales autenticados son derechos fundamentales absolutos, esto es que no se garantizan con arreglo a las leyes, su contenido no resulta de la ley, sino que la injerencia legal resulta por excepción y, por cierto como excepción limitada en principio y mensurable, regulada en términos generales "principios de distribución".

La Constitución de El Salvador, carece de una disposición con respecto al tema de los derechos fundamentales como por ejemplo en la Constitución española en el cual el artículo 10 dice: "La dignidad de la persona, los

²⁵ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, traducción por Francisco Ayala, (España: Alianza S.A. 1996), p.167.

derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.” por lo que el tema enmarcado en nuestro País, de los derechos fundamentales quedara a las posibles interpretaciones de la Sala de lo Constitucional en el mejor de los casos, pero antes puede pasar por la interpretación ideologizada de la Administración (Órgano Ejecutivo) o del parlamento (Asamblea Legislativa).

La expresión derechos fundamentales, técnicamente tiende a reservarse, para aquellos derechos constitucionalizados por un ordenamiento jurídico estatal concreto y específico; podría pues afirmarse que los derechos fundamentales son los derechos humanos constitucionalizados²⁶. En un Estado de Derecho Constitucional Democrático, los derechos fundamentales operan como derechos de defensa frente al Estado, salvaguardando la libertad individual.

Desde un punto de vista más sencillo, los derechos fundamentales cumplen la función de ser derechos subjetivos en cuanto a su ubicación como norma, y cumplen su significación objetiva en cuanto a su faceta como principios que están contenidos dentro de la ley fundamental. Esta es la doble naturaleza de los Derechos Fundamentales, como norma y como principios²⁷.

²⁶ Solano Ramírez, ¿Qué es una Constitución?, pp.95-104.

²⁷ Víctor Martínez Bullé Goyri, “*El procedimiento ante los organismos autónomos protectores de los derechos humanos*”, en la obra *Derecho Procesal Constitucional*, Ferrer Mac-Gregor,

1.4 Las diferentes denominaciones

A lo largo de la historia los derechos fundamentales han recibido diversas denominaciones existiendo varias corrientes y situaciones en las que los derechos han sido denominados de forma distinta. Ya que la denominación "derechos fundamentales" trata de ofrecer seguridad y precisión sobre el término.

1.4.1 Derecho humano

Mediante este término se intenta aludir a "una pretensión moral fuerte que debe ser atendida para hacer posible una vida humana digna o a un derecho subjetivo". La razón principal que obliga a excluir este término es que es un término demasiado ambiguo.

Berraondo López, ofrece dos definiciones de derechos humanos, sosteniendo que los mismos, pueden definirse como "aquellos derechos que emanan de la dignidad de la persona, concretando los valores superiores rectores de la sociedad actual y que necesitan de un reconocimiento normativo expreso para garantizar su ejercicio y disfrute".

Asi mismo, se define como el conjunto de necesidades básicas, que surgen a modo de respuesta ante las amenazas individuales o colectivas que en cada momento histórico intentan limitar el libre desarrollo de la dignidad

Eduardo (Coordinador), 4ª edición, Tomo II, (México: Editorial Porrúa, Colegio de Secretarios de la SCJN, A.C., 2003), pp. 1453-1467.

humana de las personas, y que hace falta ejercer para asegurar el libre ejercicio de la libertad, la igualdad y la dignidad como persona²⁸.

En ese mismo orden de ideas, no han faltado tentativos doctrinales encaminados a explicar el respectivo alcance de ambas expresiones; así, se ha hecho hincapié en la propensión doctrinal y normativa a reservar el término derechos fundamentales para designar los derechos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos sería la más usual para denominar los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como a aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico positivo.

Es decir, o se trata de una pretensión moral o se trata de un derecho que se pueda exigir ante un juez por los individuos. Si con el término nos referimos a ambas posibilidades estamos siendo poco precisos ya que no distinguimos entre moral y Derecho. Debido a la profundidad de análisis que requiere esta distinción entre Derecho y moral, aquellos que quieran situar los derechos fundamentales como derechos exigibles ante un juez deben tener clara esta distinción.

1.4.2 Derecho natural

El término derecho natural, no resulta útil, ya que su empleo nos indica que nuestros derechos, son derechos que la naturaleza nos otorga; además de encontrarnos con los clásicos problemas de definición de qué es la naturaleza siempre y cuando pudiéramos resolverlo, tendríamos que justificar qué derechos son esos: el derecho del más fuerte, el derecho de

²⁸ Mikel Berraondo López, *Los derechos humanos en la globalización: mecanismos de garantía y Protección*, (España: Alberdania, Zarautz, 2005), p.134.

propiedad, el derecho a vivir dignamente; son derechos que se sitúan en un lugar anterior al derecho positivo y son, bajo su propia concepción.

La denominación en cuestión, tiene un carácter vago e indefinido, a diferencia de cuando los derechos fundamentales desempeñaron un papel esencial en las Declaraciones de Derechos Humanos. Lo de “naturales” parece primeramente, obedecer a una profesión de fé en el derecho natural.²⁹

1.4.3 Derecho público subjetivo

Dicha denominación forma parte de una tradición del Derecho Público Alemán del siglo XIX; lo que distingue principalmente, a los derechos fundamentales de este término es que los derechos públicos subjetivos son válidos únicamente frente al legislador, al Estado, al poder y por ende, no tienen absolutamente ningún efecto en las relaciones entre particulares.

Si se da por aceptado este término, se determina que los derechos fundamentales sólo pueden ser vulnerados por el Estado, no por otros individuos o grupo de individuos.

1.4.4 Libertad pública

Es una denominación creada en el siglo XIX, a impulso del Estado Liberal de Derecho, pues el grupo de libertades fundamentales era el núcleo de su derecho que acaba por metáfora sustituir al nombre de derechos naturales;

²⁹ Oscar Humberto Luna, *Curso de Derechos Humanos “Doctrinas y reflexiones”*, 4ª Edición (El Salvador: Panamericana, 2012), p.40.

acabó arraigando sobre todo en el pensamiento francés, conducidos desde el triunfo del Estado liberal de derecho.

Esta denominación, por estar en el origen de las teorías políticas actuales, ese nombre continua en el uso de los derechos humanos; pero la difusión de este término se encuentra con un grave obstáculo, que es el desconocer un amplio sector de derechos humanos, como son los derechos sociales y culturales³⁰.

1.4.5 Derechos morales

Este término es resultado de la tradición anglosajona y su empleo resulta, más que anacrónico, el pretender hacer uso de una cultura jurídica muy distinta, basada en paradigmas antagónicos, se desaconseja el empleo de este término debido a su consideración como exigible, independientemente de haber sido aceptadas por el legislador; se trata de un concepto demasiado abstracto, que rechaza el papel de la historia³¹.

1.5 Evolución histórica

1.5.1 Los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales han evolucionado a través de la historia desarrollándose en diferentes etapas que han marcado pautas sirviendo para el avance y crecimiento de los derechos fundamentales.

³⁰ Antonio Osuna Fernández- Largo, *Teoría de los derechos humanos conocer para practicar*, (España Salamanca: San Esteban, 2001), p.17.

³¹ Alberto Iglesias Garzón, *La configuración jurídica de los derechos fundamentales*, Lección primera, Instituto de derechos humanos, "Bartolomé de las casas", (España) p.6.

1.5.1.1 Orígenes griegos, romanos y cristianos

La idea de los derechos fundamentales o de los derechos humanos es un ejemplo claro que desde la era clásica de la cultura de Grecia, quinientos años antes de Cristo, han existido ideas relacionadas con los conceptos modernos sobre derechos fundamentales; en aquellos tiempos Pericles había reconocido la libertad del espíritu del hombre, Platón había reconocido el principio de la dignidad humana, y en las ciudades-Estados de Grecia, los ciudadanos tenían derecho a participar en su propio Gobierno; se reconocía un derecho al voto. Si bien es cierto que las ideas de éstos y otros griegos eran algo vagas e inconsistentes, en ellas se encuentran parte de las raíces del pensamiento moderno.

Un grupo de pensadores griegos, conocidos como los estoicos, desarrollaron unas ideas sobre la existencia de una comunidad universal, basada en la razón de todas las personas; estas ideas fueron bien acogidas en Roma, allí recibieron la especial atención del jurista Cicerón, que las perfeccionó y más tarde surge el principio de la igualdad humana. Del mismo modo, en los escritos de Ulpiano, doscientos años después de Cristo, ya se hablaba de que todos los seres humanos son iguales y se decía que la esclavitud es contraria a la naturaleza humana.

Existen otras primeras manifestaciones parecidas a lo que hoy se denomina derechos fundamentales. Éstas se encuentran en los importantes conceptos propuestos por el Cristianismo desde sus primeros días; la religión hebrea había predicado por siglos que la persona humana se había concebido a la imagen y semejanza de Dios; añadió Cristo a este concepto la idea de que los hombres y las mujeres son hijos de Dios. Y es por eso que le son asignados los derechos.

Los primeros escritores y pensadores cristianos hicieron uso de estas dos ideas desde el tercer siglo después de Cristo; sirviendo estas ideas de base para desarrollar unas nociones sobre la libertad e igualdad de todos los seres humanos. Cristianos como Lactancio y Gregorio de Nysá quienes reconocieron que las personas son libres e iguales; este reconocimiento tuvo su base en la idea de que la dignidad humana era el resultado de la relación entre Dios y la humanidad.

1.5.1.2 Origen español

Sin llegar al mundo moderno, encontramos unas expresiones legales de ideas relacionadas con los conceptos de derechos fundamentales que conocemos en la actualidad. Puede afirmarse que por lo menos desde hace mil años existen leyes parecidas en algo a las de hoy, en cuanto a su protección de aspectos de la libertad e igualdad humana.

En España, por ejemplo, el Fuero de León, otorgado por el Rey Alfonso V, en el año 1020 tenía disposiciones liberales sobre los derechos de los ciudadanos, este fuero era una especie de ley que el Rey dictó para los vecinos del municipio de León; en ella se establecía que todos los individuos de la comunidad eran iguales para todos los efectos de la ley.

Los vecinos se consideraban seres libres en el sentido de que no eran sujetos o posesión de un señor feudal, como seres libres podían ir, venir y habitar donde quisieran; disponiendo libremente de aquellos bienes que se consideraban propiedad privada.

En ese mismo contexto, el Fuero de León contenía además de normas que reconocían un derecho a la vida y a la privacidad del hogar; se prohibía en

general que unos vecinos pudieran tomar la vida de otros impunemente y los actos de venganza. Estableciéndose también los casos en que estaba justificado que las autoridades municipales castigasen los actos de los vecinos mediante la pena de muerte u otros castigos severos; en cuanto al hogar o morada privada, ésta tenía una posición tan intocable en el Fuero de León que podía servir de refugio para los delincuentes, éstos encontraban un asilo seguro en el hogar del vecino que los acogiere.

1.5.1.3 Origen y evolución Inglesa de los derechos fundamentales

Posterior al Fuero de León se otorgaron en España otros fueros municipales aún más liberales que éste; el Fuero de Nájera, por ejemplo, del año 1076 establecía, además de lo otorgado en el de León, un amplio derecho de los vecinos para elegir los oficiales del Gobierno local. A pesar de las virtudes de los fueros españoles, sin embargo, el documento legal antiguo más famoso, que estableció derechos análogos a los que hoy se conocen como derechos fundamentales, es la Carta Magna de Inglaterra, que fue proclamada en el año 1215 por el Rey Juan; esta ley les reconocía a los barones del país su condición de hombres libres, garantizaba también los derechos de propiedad de dichos barones.

Establecía, además, las bases de lo que hoy se llama el debido proceso de ley, al imponerle límites a lo que las autoridades podían hacer con aquellos acusados de quebrantar las leyes. Los derechos que la Carta Magna establecía para una pequeña clase social fueron gradualmente expandiéndose hasta cubrir a otras personas, los pocos derechos que se habían reconocido en dicha ley también fueron evolucionando. De este modo se desarrollaron una serie de libertades más precisas y claras que las de la Carta Magna, en cierta forma estos cambios graduales llegaron a su

culminación en 1689. Esto se debe a que en ese año el Parlamento de Inglaterra, la asamblea legislativa de ese país, aprobó lo que se conoce como el “Bill of Rights”; esta ley le fue presentada al Rey y contenía una enumeración de actos del anterior monarca que el Parlamento consideraba ilícitos.

El “Bill of Rights”, o Carta de Derechos inglesa, se ha considerado tradicionalmente como el fundamento o punto de partida de otros dos grandes documentos legales relacionados con los derechos fundamentales. El primero de éstos es la Declaración de la Independencia de Estados Unidos, que fue proclamada en 1776; en ésta se reconocen dos principios importantes como verdades evidentes: 1) que todos los hombres son creados iguales, y 2) que todos los hombres están dotados por el creador con ciertos derechos inalienables, entre los cuales están el derecho a la vida, a la libertad y a la búsqueda de la felicidad.

Los derechos reconocidos en la Declaración de la Independencia de Estados Unidos fueron definidos y enumerados en 1789, en la carta de derechos de la Constitución de Estados Unidos, siendo esta carta la que se conoce también como las Primeras Diez Enmiendas a la Constitución, sirviendo de modelo.

El término “derechos fundamentales”, *droits fondamentaux*, aparece en Francia en el año 1770 en el marco del movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 especial relieve en Alemania³², donde la denominación de los

³² Antonio E. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, 3ª Edición, (Madrid: Tecnos 1988), p.29.

Grundrechte se ha articulado, de modo tras la Constitución de Weimar de 1919.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, redactada en Francia en 1789, es el otro documento inspirado en el inglés Bill of Rights formulada en 1689 dicho documento reflejaba un intento de arrancar al rey todas las concesiones a favor de los barones o burgueses, con el mismo carácter de los derechos actuales, pero no tuvieron sentido de derechos fundamentales³³.

Este famoso documento francés enumeraba en lenguaje sencillo todos los derechos de libertad e igualdad que la inteligencia humana había pensado hasta entonces. Éste constituyó la declaración más completa, más precisa y más clara de los derechos humanos que se había hecho hasta entonces en el continente europeo.

1.5.1.4 El avance histórico de los derechos fundamentales

El conjunto de los derechos políticos y las libertades civiles por un lado, y de los derechos económicos y sociales por otro, vinieron a formar parte de la doctrina política que puede llamarse el liberalismo democrático. Esta doctrina se ha ido poniendo en práctica poco a poco y en mayor o menor grado en muchos países del mundo actual.

A partir de la Declaración de Independencia de Estados Unidos y de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia, muchas naciones han ido gradualmente adoptando cartas de derechos y

³³ Solano Ramírez, ¿Qué es una Constitución?, p.234.

declaraciones de las libertades humanas que incorporan las ideas cuyo desarrollo ha sido descrito. Y así, pues, en la mayor parte del mundo se ha ido reconociendo que los ciudadanos de cada país son hombres y mujeres libres e iguales ante la ley y que, por lo tanto, tienen unos derechos y unas prerrogativas que el Gobierno tiene que respetar y proteger siempre; en este sentido los avances religiosos, filosóficos y sociales se han enmarcado de la siguiente manera:

La razón religiosa, quizás la más antigua de las ideas que explican la razón de ser y el sentido de los derechos humanos es de origen religioso, según la tradición hebreo-cristiana le atribuye al ser humano una trascendental dignidad por haber sido creado a la imagen y semejanza de Dios, y también por su carácter de hijo del Creador, mediante Cristo. Por lo tanto, como todos los hombres y las mujeres del mundo gozan de esta trascendental dignidad, todos son esencialmente iguales.

De acuerdo con la tradición hebreo-cristiana, los seres humanos deben, además, ser libres; la participación de la humanidad en la propia vida de Dios trae consigo un destino final para todos los hombres y las mujeres del mundo; este destino es la plena realización del ser de cada persona en comunión con su Creador, dicho destino sólo se logra mediante un tipo de conducta que el cristianismo llama la caridad, pero, de acuerdo con esta tradición religiosa, la caridad no es posible sin libertad.

Los múltiples actos y acciones que el ideal cristiano le exige a la persona no pueden realizarse si ésta carece de la libertad necesaria para hacerlos; por ejemplo, si el Gobierno de un país impone un culto religioso particular, puede haber personas que por ello se vean impedidas de adorar plenamente a su Dios, fomentando así una vulneración a los derechos de los

ciudadanos, si el Gobierno restringe excesivamente los campos de acción es posible que haya personas que por ello no puedan ayudar al prójimo en sus necesidades y penas, como lo exige la caridad.

Para el cristianismo, por lo tanto, las libertades, prerrogativas y condiciones de vida que se conocen como derechos humanos o derechos fundamentales son medios que la persona necesita poseer para poder realizar los deberes y las obligaciones que le corresponden como ser espiritual que pertenece al Reino de Dios.

La razón Filosófica es la justificación de origen religioso dio lugar eventualmente a la idea que se usó en el Siglo XVIII para propulsar el concepto de derechos humanos: la idea de la ley natural; de acuerdo con esta segunda razón de carácter filosófico el ser humano, dotado de inteligencia, es el ser más perfecto de la naturaleza. Como tal posee unos derechos que le son propios, que nacen con él y son parte de su ser, son de la persona por su condición de ser humano, en virtud de la misma ley natural que hace que las plantas crezcan y que el sol brille diariamente.

Le pertenecen al espíritu de la persona en la misma forma que las funciones biológicas pertenecen al cuerpo. Por eso, estos derechos del ser humano se consideran derechos naturales; sin ellos, el ser humano no tiene posibilidad de desarrollar plenamente su personalidad individual.

Razones Sociales, las dos justificaciones filosóficas se fijan en el carácter o la naturaleza de la persona para derivar de ello unos derechos humanos. Las otras razones que nos interesa considerar ahora se fijan más bien en la comunidad donde el ser humano vive y en la vida social de éste.

La atención de estas otras razones no se fija en la persona en sí sino en su convivencia con otros seres humanos; de las necesidades de esa convivencia es que surgen o se derivan los mismos derechos humanos. La primera de estas otras justificaciones puede considerarse de naturaleza política, está relacionada con las preguntas siguientes: ¿cómo debe organizarse el Gobierno de una sociedad? ¿Cuál debe ser la relación del Gobierno con los miembros de ésta? De acuerdo con esta justificación, la democracia liberal es la mejor forma de organización social y política.

Esta consiste de un tipo de gobierno basado en un sistema de leyes iguales para todos los ciudadanos; está compuesto, además, de representantes del pueblo y su misión principal es garantizar a cada persona la oportunidad real de su propio desarrollo individual. Bajo este tipo de gobierno, existen unas esferas de actividad personal que quedan fuera de la interferencia del gobierno.³⁴.

1.5.2 Antecedentes de los derechos fundamentales en la legislación salvadoreña

El derecho burgués que impregnó nuestro derecho constitucional durante el siglo pasado, y parte del presente únicamente privilegió los derechos individuales y hasta en 1950, que se habló de derechos sociales, cobra importancia en ese año en nuestro país porque se consagran los derechos sociales en la Constitución, es integrado el derecho del trabajo y el derecho de la seguridad social, emergiendo las luchas sociales del siglo XIX y comienzos del siglo XX.

³⁴ Fuster, Derechos fundamentales y deberes cívicos de las personas, pp.28-38.

Los derechos sociales son llamados derechos de carta, no tendrían tal carácter y serían proyectos o programas a realizar cuya eficacia dependiera de circunstancias de hecho, pero no de suficiencia jurídica. El hecho de que tales derechos estén limitados en algunas Constituciones no impide su incorporación a la categoría de derechos fundamentales.

Los derechos sociales, se ven habitualmente diferidos en su eficacia y determinación precisa de su contenido a la correspondiente intervención del legislador; ejemplo de ello en nuestro País en los artículos 50 y 65 de la Constitución de la Republica, la salud pública está a cargo del Estado y es considerado un derecho fundamental, su eficacia real no es la misma que la salud prestada por los entes de seguridad social, donde el asegurado directo y su familia pueden obtener prestaciones a cambio de ser miembros del sistema o reclamar en caso de incumplimiento, lo que ocurre en el sistema nacional de salud³⁵.

En el derecho Constitucional Salvadoreño, en su desarrollo histórico, existe una diversidad semántica en nuestro ordenamiento constitucional vigente, y su evolución se refleja claramente en los cambios de denominación de los títulos relativos a los derechos y garantías impregnados en nuestra historia constitucional; la positivación en la Carta Magna de 1983 de las distintas categorías de “derechos” regulados en la última Constitución Salvadoreña, señalan diferentes denominaciones o nombres de los Títulos y Capítulos.

Es necesario aclarar que se menciona el término “derecho” en sentido general y la expresión como derecho fue introducida a raíz de las últimas reformas constitucionales que se realizaron, ya que antes solo se

³⁵ Mario Antonio Solano Ramírez, *Estado y Constitución*, (El Salvador: Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 1998), pp.233-245.

mencionaba la expresión respecto a la educación, no se expresaba como derecho a la educación. En la Constitución de 1983 se introduce la expresión “derechos fundamentales” en el nombre de su Título II pero las distintas categorías mencionadas en los primeros dos capítulos de ese Título II, tienen las mismas denominaciones que los Títulos X y XI de la Constitución de 1950.

En la Constitución de 1939 regulaba los derechos fundamentales en el Título V denominado “Derechos y Garantías” el cual contenía prácticamente los mismos “Derechos Individuales del Título II, Capítulo I de la Constitución de 1983. Por otra parte la Constitución de 1950, cubría con mayor amplitud los derechos sociales, dedicándole cuatro secciones.

En cuanto a los ahora denominados “Derechos Políticos”, la Constitución de 1939 igual que la de 1950 no empleaba esa denominación si no que los llamaba Derechos de Ciudadano en su Título IV, al igual que el Título V de la Carta Magna de 1886. Nuestra Constitución como Estado independiente de 1841 al terminar la Republica Federal, a diferencia de la de 1824, regula los derechos fundamentales en forma amplia, en el Título 16, bautizado, “Declaración de los derechos, deberes y garantías del pueblo y de los salvadoreños en particular” y en sus 31 disposiciones establece una larga lista de derechos, pero también regula en ese mismo título otras cuestiones, como la reforma de la Constitución.

Hay cambios interesantes en las Cartas Magnas, por ejemplo, el trabajo que ahora es una función social de acuerdo al Artículo 37 de 1983, que en 1880 era solamente obligatorio y se adiciona salvo en los días de fiesta nacional. Es interesante destacar que la Constitución de 1983, considera las tres clases de derechos incluidos en cada uno de los capítulos del Título II,

comprendidos en una misma categoría que precisamente nomina en el Título o sea, todos son considerados como derechos fundamentales.

Es de recordar que el antecedente inmediato, la Constitución de 1950, incluye esos derechos en dos títulos separados: el relativo al régimen de los derechos individuales y el régimen de derechos sociales subdividido en el Capítulo sobre la familia, el trabajo, la salud, y la cultura. Además se normaba el régimen económico, actualmente denominado orden económico. Clasificamos de interesante lo anterior porque se aleja de la concepción clásica de los derechos fundamentales como derechos de libertad frente al Estado, se consideraba que el ciudadano tiene esferas de actuación garantizadas por el Estado que no estén sometidos a este³⁶.

1.5.3 Antecedentes históricos de la interpretación

La propia Constitución no ofrece un conjunto de reglas mediante el cual deba ser interpretado. Podría pensarse que los hombres que redactaron la Constitución tenían particular interés en ser correctamente interpretada y que deben, por tanto, estudiarse sus escritos para descubrir en ellos reflexiones sobre la interpretación constitucional. De hecho, pueden recorrerse sus trabajos sin que en ellos aparezca nada con un título como reglas de interpretación constitucional. Incluso las discusiones incidentales sobre cómo interpretar una Constitución son relativamente escasas y breves.

Esta reflexión limitada refleja un hecho importante aparentemente, en el momento de promulgarse la Constitución, las reglas de interpretación

³⁶ Álvaro Magaña, *Derechos Fundamentales y Constitución*, (El Salvador: Universidad Tecnológica, Tecno impresos, 1997), pp.23-29.

constitucional eran tan unánimemente aceptadas que no se discutía sobre ellas, o se las daba por establecidas.

Este acuerdo general puede atribuirse, a dos factores: en primer lugar, existían reglas generalmente aceptadas para interpretar leyes y documentos legales, que podían aplicarse fácilmente a la interpretación constitucional, en segundo lugar, existía un acuerdo general sobre qué el propósito de esas reglas era determinar la voluntad del legislador, tenía que remontarse a lo que en realidad quiso decir el legislador al momento de redactarla. Han existido diferentes criterios básicos para interpretar de los cuales podemos mencionar:

Blackstone: Antes de que existieran los “Estados Unidos” los abogados norteamericanos eran, necesariamente, abogados ingleses. Las reglas de interpretación jurídica que prevalecerían en Estados Unidos en las fechas de la redacción y promulgación de la Constitución se derivan por tanto del derecho inglés, por esta razón puede ser útil estudiar un ejemplo de interpretación jurídica inglesa.

En 1770 sir William Blackstone publicó sus prestigiosos comentarios sobre las leyes inglesas, cuya repercusión alcanzo rápidamente a las colonias sin embargo, llegase a reemplazar a figuras anteriores, como Lord Coke, Blackstone dedicó una primera parte de su obra específicamente a la tarea de la interpretación jurídica.

La mejor manera de interpretar la ley es examinar la interpretación del legislador al tiempo de ser elaborada, afirma Blackstone, mediante los signos más probables y naturales. Existen cinco signos básicos: las palabras, el contexto, el tema, los efectos y consecuencias, o el espíritu y

propósito de la ley. La primera fuente de la interpretación del legislador son las palabras. Estas deben entenderse “en su significado más habitual y conocido en su acepción más general y popular”. El único problema posible sobre este evidente punto de partida es el sentido de los términos técnicos, ya que pueden carecer de una acepción verdaderamente popular en estos casos se referiría al sentido dado al término técnico por los especialistas del arte, oficio o ciencia de que se trate.

La segunda fuente debe utilizarse únicamente si las palabras dejan un lugar a la duda, si una palabra o frase resulta ambigua, equivoca o intrincada, su significado ha de establecerse adecuadamente por su contexto.

En tercer lugar, las palabras deben entenderse en relación con la materia aludida, puesto que el legislador tiene esto en cuenta y sus expresiones persiguen ese objetivo; esta regla destaca lo que debe tenerse presente durante el proceso de la interpretación: la intención del legislador es la que se expresa en las palabras de la ley, no una intención que existe al margen o a pesar de las palabras de la ley. El contexto, la materia y lo demás se utilizan para entender, no para alterar o modificar, las palabras de la ley.

La cuarta regla, en cuanto a los efectos y consecuencias, es que donde las palabras en su acepción literal, no tenga significado, o solo uno muy absurdo, debe existir alguna desviación respecto de su sentido habitual.

En quinto lugar la forma más universal y eficaz de descubrir el verdadero significado de una ley, es cuando no se deduce de sus términos, considerando su propósito o espíritu, o la razón que llevo al legislador a promulgarla. Así, una ley no debería aplicarse a los casos que no guardan

relación con el propósito de la ley, si los términos de esta no lo requieren. Con este último método, dice Blackstone, se logra la equidad, o la corrección de los defectos de la ley derivados de su universalidad. De acuerdo con los principios de la equidad al aplicar las reglas generales a casos concretos, los jueces deben establecer a veces matices que el propio legislador habría introducido. La advertencia final de Blackstone respecto del poder judicial.

La libertad de considerar todos los casos a la luz de la equidad no debe llevarse demasiado lejos, a riesgo de destruir todo derecho, y dejar la resolución de todas las cuestiones enteramente al arbitrio de los jueces. Y el derecho sin equidad, aunque duro y desagradable es mucho más deseable para el bien público que la equidad sin derecho; la cual haría de cada juez un legislador e introduciría una confusión infinita, puesto que los tribunales establecerían tantas reglas de acción como diferencias de capacidad y sentimiento que existen entre los seres humanos.

Este concepto del poder judicial ofrece un contexto esencial en el que sitúa a la equidad; pero esta no consiste en la corrección de los errores cometidos por el legislador al promulgar la ley en cuestión, sino en introducir las correcciones que el legislador habría deseado prever los defectos que necesariamente resultarían de la generalidad de la ley. El propósito de la equidad no es frustrar la voluntad del legislador, sino hacerla posible.

Dichas reglas hermenéuticas eran conocidas y aplicadas por todos los abogados norteamericanos al tiempo de elaborarse la Constitución. Esto ayuda a entender porque los constituyentes no necesitaron tratar a fondo el problema de la interpretación.

El federalist: Según este criterio de interpretación, es un ejemplo concreto de cómo se aplicaron desde el principio estas reglas hermenéuticas para interpretar la Constitución de Estados Unidos. Este conjunto de ensayos se considera, desde su aparición en 1788, como una interpretación de la Constitución particularmente autorizada.

Esto no debe sorprender atendiendo a quienes fueron sus principales autores Alexander Hamilton, la figura principal de la administración de Washington, y James Madison, el cuarto presidente y probablemente el más influyente inspirador de la Constitución en la convención de 1787. El hecho de que el federalist sea la obra conjunta de dos hombres que se convirtieron en adversarios dentro del sistema que describe, contribuyendo sin duda a su influencia, puesto que se transformó así en una fuente de los principios comunes que unieron a los primeros grandes partidos políticos de Estados Unidos.

Si bien el federalist tenía el propósito práctico e inmediato de inducir a la gente a ratificar la Constitución, no debería menospreciárselo como simple -propaganda- como argumento Martin Diamond.

Parece claro que sus autores miraron más allá de la lucha inmediata y escribieron con la intención de influir en las generaciones venideras, haciendo de su obra un comentario autorizado del significado de la Constitución.

Aunque la interpretación del Federalist tiene gran autoridad, no responde directamente a la pregunta de ¿Cómo debería de interpretarse la Constitución?. En varios lugares el Federalist menciona explícitamente reglas hermenéuticas, el mejor ejemplo aparece el Federalist número 83,

donde Hamilton trato de la afirmación de que la Constitución al establecer explícitamente el juicio con jurado en los asuntos penales, lo excluyó para los asuntos civiles.

El ferederalist ilumina las reglas hermenéuticas no solo al citar algunas de ellas explícitamente, sino también al utilizarlas sin cuestionarlas, para establecer muy importantes implicaciones de la Constitución y sus normas. El método normal de interpretar la Constitución consiste en empezar por el sentido natural y evidente de los términos empleados, que se deduce de su uso común; si las palabras son dudosas, su sentido debe buscarse en el contexto, sin perder de vista las implicaciones de los términos utilizados y las del documento en su conjunto.

Estas operaciones no se realizan aisladamente, sino más bien en conjunto, y es importante armonizarlas tanto como sea posible; así, entre los distintos significados de una palabra, debería elegirse el que más se ajustará al contexto y armonizará con las implicaciones razonablemente derivadas de la totalidad del documento y de sus partes. Todo ello debería hacerse atendiendo al espíritu evidente de quienes lo redactaron³⁷.

1.5.4 Antecedentes históricos del amparo

Los antecedentes constitucionales del amparo se ven reflejados en las Constituciones que han estado vigentes en la Republica de El Salvador, haciendo énfasis en el reconocimiento de los derechos a lo largo de las constituciones. Es menester mencionar que la primera Constitución del

³⁷ Christopher Wolfe, *La transformación de la interpretación constitucional*, traducción por María García Rubio de Casas y Sonsoles Valcárcel, (España: Civitas S.A., 1967), pp.33-42.

Estado de El Salvador, la cual fue promulgada el día 12 de junio de 1824, no contaba con la parte dogmática en la que se expusieran los derechos fundamentales de las personas, solamente se limitó a establecer en el Capítulo IX, denominado “Del Crimen”, ciertas disposiciones en materia de garantías procesales, dentro de ellas se encontraban: el juicio previo a la imposición de una pena y la inviolabilidad del domicilio.

No exponiéndose así en esta Constitución ningún mecanismo de tipo jurisprudencial que tenga por objeto la protección reforzada de los derechos reconocidos en la misma; explicándose en la romántica creencia de los idealistas revolucionarios de los fines del siglo XVIII y primera mitad del siglo XIX, de que era suficiente consagrar los derechos humanos en documentos constitucionales para que los mismos fuesen respetado por las autoridades y por los conciudadanos.

Sin embargo, se encuentra por el contrario en dicha Constitución, disposiciones constitucionales que hacen referencia al deber de todos los salvadoreños a vivir sujetos a la Constitución y a las leyes del Estado; al juramento de todo empleado civil, militar o eclesiástico de guardar la Constitución y a la derogación de todas las leyes contrarias a la Constitución.

Pero es el caso que en la Constitución de 1841, se estableció el Título XVI, llamado Declaración de los derechos, deberes y garantías del pueblo y de los salvadoreños en particular; que comprendía los artículos 65 al 93, en los cuales se enumeraban los derechos, algunos de ellos, según el artículo 68 considerados incontestables. Es de aclarar que la numeración que mencionamos de los derechos, se encontraba limitada solo a los civiles y políticos, lo cual responde a la filosofía liberal e individual de la época.

En esta Constitución, específicamente en su artículo 83, aparece regulado por primera vez el hábeas corpus o exhibición de la persona, el cual se caracterizó por tener un ámbito subjetivo y materia de protección limitado. Dicha limitación se pone de manifiesto en el hecho de que no podía ser promovido por todos los habitantes de la República, si no, únicamente por los salvadoreños, estableciendo limitaciones vinculadas con la nacionalidad de la persona, y desde una perspectiva material, porque la protección de este mecanismo de tutela se restringe a las detenciones ilegales en prisión, no incluyendo consecuentemente, el resto de manifestaciones del derecho a la libertad personal.

A pesar de esta incorporación del mecanismo de protección en la referida Constitución, fue hasta 1858 que se reguló por primera vez el Hábeas Corpus en la legislación secundaria, concretamente en el Código de Procedimientos Judiciales y Fórmulas, ampliando así el supuesto constitucional, ya que no lo limitaba a la detención ilegal, si no a cualquier caso en que existiera prisión o encierro, custodia o restricción que no estuvieran autorizados por la ley, o que sean ejercidos de un modo o un grado distinto al previsto en la misma. En esa misma Constitución, en su artículo 53, además de consignar la obligación de todo funcionario de “cumplir y hacer cumplir la Constitución y atenerse a su texto cualesquiera que sean sus órdenes o resoluciones que la contraríen”, incorporando por primera vez la responsabilidad personal de estos por su infracción, “sin que puedan excusarlos, ningún motivo o razón”.

En la Constitución de 1864, se dedicó el Título XIX, llamado Derechos y Deberes garantizados por la Constitución que comprendía de los artículos 76 al 101, haciéndose una enumeración de los mismos derechos civiles y

políticos contenidos en la Constitución de 1841, con la peculiaridad que en esta Constitución se incorpora por primera vez las disposiciones a través de las cuales El Salvador reconoce derechos y deberes incontestables para conservar y defender su vida y su libertad y para adquirir, poseer y disponer de sus bienes, para procurar su felicidad sin daño a terceros.

En la Constitución de 1871, al igual que las anteriores Constituciones, se dedicó un Título a los llamados derechos y deberes garantizados por la Constitución, como rasgo importante de esta Carta Magna, se puede señalar que en ella, en su artículo 115, se modifica sustancialmente el ámbito subjetivo y material del hábeas corpus; precisamente es a partir de esta Constitución que el ámbito subjetivo del Hábeas Corpus se ensancha, convirtiéndose en un instrumento de alcance de toda persona, no solo de los Salvadoreños, si no también todos los habitantes de la Republica.

En la Constitución de 1872 se conservó en gran medida la mayoría de disposiciones que contenía la Constitución de 1871, ya que su principal objetivo fue ampliar el periodo presidencial a cuatro años. Así como también la Constitución de 1880, que al igual que las anteriores, dedica el Título III, denominado Derechos y Garantías de los Salvadoreños, comprendiendo desde el artículo 14 al 43, el reconocimiento de algunos derechos; y no incorpora ninguna modificación significativa.

La Constitución de 1883, dedica el Título tercero a las Garantías Individuales, a la temática de los derechos de la persona, modificándose el hábeas corpus en lo relativo a la función de las cárceles. Siendo en la Constitución de 1886 en su Título II Derechos y Garantías artículos 5 al 40 donde se incorporan en forma sistematizada algunos de los derechos, pero a diferencia del resto de las Constituciones, si se introdujo mecanismos

específicos para la protección reforzada de los derechos individuales que garantizaba la Constitución.

Es en esta Constitución, específicamente en el artículo 37, donde aparece regulado por primera vez el Amparo, el cual retoma prácticamente el contenido del artículo 38 de la Constitución frustrada de 1885. Diseñándose un mecanismo que podía ser promovido por “Toda persona”, es decir, sin limitaciones vinculadas con el tipo de persona y su nacionalidad, configurándose como un mecanismo de tutela que podía ser iniciado tanto por personas naturales o jurídicas, como nacionales y extranjeras.

Mecanismo que tiene por objeto proteger los derechos individuales, con excepción de la libertad personal, la calidad de demandante se encuentra reservada a cualquier autoridad, ámbito que se ensancha en el supuesto de que el derecho mencionado es invocado como vulnerado.³⁸

La Constitución de 1889 se mantiene vigente hasta en 1939, año en el que es decretada una nueva Constitución, incorporando también el derecho de amparo, y no presenta novedades en lo relativo a las personas que pueden solicitarlo, como tampoco modifica en cuanto a los Tribunales competentes de conocer. En la Constitución de 1945, se reguló el amparo de la misma forma en que lo había hecho la de 1886. El 14 de septiembre de 1950 se promulga una nueva Constitución, dedicando los Títulos X y XI, al reconocimiento de los derechos de la persona con el Régimen de Derechos Individuales, y el Régimen de Derechos Sociales; incorporando innovaciones con los medios de protección de la Constitución y los derechos reconocidos en la misma.

³⁸ Montesinos Giralt, El Amparo en El Salvador, pp. 9-27.

CAPITULO II

CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales se configuran en el presente texto mediante la incorporación de sus fuentes, sus funciones y los límites que estos tienen frente al Estado; destacando cada una de las teorías que se desarrollan a lo largo del tiempo; las teorías históricas que explican el surgimiento de los derechos fundamentales; las filosóficas que se ocupan de su fundamentación y las teorías sociológicas acerca de la función.

2.1 Fuentes de los derechos fundamentales

En el derecho positivo, las normas y actos habilitados para reconocer, expresar y desarrollar los derechos fundamentales son denominados fuentes; existen diversas clasificaciones de las fuentes del derecho; fuentes directas e indirectas; siendo las directas, las que encierran en sí la norma jurídica, las que la contienen. Tradicionalmente, las directas se reducían a dos: la ley y la costumbre; algunos agregan los principios generales del derecho; hoy son parte, entre otras, de las fuentes directas: la Constitución, los tratados, los precedentes judiciales, además de la ley, la costumbre, los principios generales del derecho y los contratos.

Las fuentes indirectas, son las que ayudan a la comprensión y conocimiento de las normas jurídicas; son los documentos y publicaciones a través de los cuales se puede conocer el derecho o la doctrina que permite la comprensión de las normas jurídicas contenidas en los precedentes judiciales³⁹.

³⁹ Jaime Cárdenas García, *Introducción al estudio del derecho*, (México: Instituto de investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 2010), 162-163.

La fuente de los derechos fundamentales es uno de los elementos formales más importantes del derecho, junto con la reflexión sobre el fundamento de los derechos fundamentales, el sistema de fuentes tales como la constitucionalidad de los derechos fundamentales, el sistema mixto, la competencia legislativa, la competencia del ejecutivo en materia de derechos fundamentales, la función del juez en la creación de los derechos fundamentales, la costumbre, los principios generales del derecho, y las fuentes internacionales; son las que nos permite definir cuáles son los derechos fundamentales dentro de un determinado ordenamiento jurídico⁴⁰.

2.1.1 La constitucionalidad de los derechos fundamentales

Desde el punto de vista de *lege ferenda*⁴¹, en la concepción de los derechos fundamentales lo más conveniente para su fortalecimiento en Derecho positivo es su incorporación al mismo en el propio texto constitucional. En la historia de los derechos fundamentales aparece con anterioridad su formulación en las llamadas Declaraciones de Derechos que, como la de Virginia o la francesa de 1789, preceden a la Constitución. En ese sentido, el profesor Pelloux, sitúa a las declaraciones de derechos como primera fuente formal.

Sin embargo, las polémicas producidas sobre su valor jurídico, estimando que al no formar parte de la Constitución sólo podían tener un valor filosófico o político, aconseja incluir esas declaraciones como parte de la Constitución. La solución de la constitucionalización es la que adopta, por ejemplo, el

⁴⁰ Alberto, Iglesias Garzón, *La configuración jurídica de los derechos fundamentales*, p.5.

⁴¹ Expresión latina que significa “para una futura reforma de ley”, o “con motivo de proponer una ley”. Es decir, recomendación que debe ser tenida en cuenta como conveniente en una próxima enmienda legislativa. Agustín w., Beatriz Galleta de Rodríguez, *Diccionario Latín Jurídico, Localizaciones Latinas de aplicación jurídica actual*, (Buenos Aires: García Alonso, 2008), p.70.

legislador de los Estados Unidos, en la Constitución de 1787, donde las diez primeras enmiendas suponen un auténtico "Bill of Rights" en la misma línea están algunas Constituciones de inspiración anglosajona.

En el sistema portugués de la Constitución de 2 de abril de 1976 se encuentran rasgos de constitucionalidad de los derechos fundamentales. Se puede situar al sistema portugués entre los que tienen como principal fuente de los derechos fundamentales la Constitución.

El poder constituyente, en teoría es el competente para el reconocimiento del derecho positivo y de los derechos fundamentales. El órgano legislativo, no podrá legislar en esta materia, sino en los aspectos residuales que no hayan sido resueltos en los textos constitucionales. El órgano ejecutivo tendrá que ajustar su actuación al respecto de esos derechos protegidos⁴².

2.1.2 El sistema mixto

Esta fórmula mixta, por una parte, se le dificulta modificar los textos constitucionales, muchas veces rígidos, que impiden el reflejo legislativo, de los cambios de la realidad e incluso desaparición de nuevos derechos. Por otra parte está la resistencia del Órgano legislativo a abandonar parcelas de la regulación jurídica, e incluso a admitir por encima de sí mismo a otro poder superior.

⁴² La Constitución es fuente de las fuentes del Derecho o, como señala Kelsen, "norma reguladora de la creación de normas", ya que "define el sistema de las fuentes formales del Derecho dentro de un ordenamiento estableciendo cuáles son los órganos y procedimientos idóneos para innovar el orden jurídico preexistente (...); consecuentemente, las demás normas están subordinadas a la Constitución, no sólo en cuanto a sus procedimientos de creación, sino también en cuanto a su fundamento de validez". Sentencia de inconstitucionalidad, Referencia: 8-96, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 1999).

El texto constitucional sólo enuncia los grandes principios de los derechos fundamentales y la Ley se encarga de desarrollarlo, organizando cada libertad. A este sistema mixto se vincula la Constitución española de 9 de diciembre de 1931, la de Italia del 27 de diciembre de 1947 y la Ley Fundamental de Bonn del 23 de mayo de 1949.

La Constitución alemana, prevé las condiciones o límites a los que deben sujetarse las leyes que desarrollan algunos de los derechos fundamentales regulados en la Constitución, que muy bien podemos entender como teoría general a todos estos casos de regulación mixta: a) Estas leyes deberían ser generales y no referirse solamente a un caso particular. b) Deberán hacer referencia expresa al derecho fundamental de que se trate e incluso señalar el artículo de la Constitución en que está reconocido. c) En ningún caso podrán atentar contra el contenido esencial del derecho fundamental que regulen.

En este sistema mixto, el Órgano Legislativo tiene un margen de actuación mucho mayor que cuando le corresponde a la Constitución exclusivamente la regulación de esa materia. Haciendo especial mención al sistema francés; durante todo el amplio período en que dura la Tercera República, la regulación de los derechos fundamentales fue competencia del Órgano Legislativo, después de la segunda guerra mundial, la Constitución de 1946 reintroduce en su preámbulo la referencia de la declaración de 1789 y amplía la referencia de derechos y libertades.

En la declaración de 1789, como el preámbulo de 1946, tienen valor jurídico. Ya durante la Tercera República, el Consejo de Estado se tuvo que pronunciar sobre actos administrativos que, según los recurrentes, violaban los principios de la declaración de 1789. No consideró a estos principios

como constitucionales, sino como principios generales del derecho no escrito.

A partir de 1946 esta tendencia se confirmó con la intervención de los tribunales civiles y la interpretación del Consejo de Estado. Después de 1958, se ha reforzado considerablemente la tesis favorable al valor jurídico del preámbulo y de la Declaración de Derechos de 1789. Actualmente el valor jurídico del preámbulo y de la Declaración de Derechos es indiscutible.

El régimen francés de fuentes se puede también considerar mixto, en el sentido de que las nuevas libertades que surjan después de la Constitución de 1958 se pueden regular por leyes ordinarias, mientras que la protección de derechos que consta en la declaración de 1789, en el preámbulo de 1946 y en las leyes de la Tercera República tienen nivel constitucional.

Otro sistema interesante es el sistema canadiense. La Constitución canadiense de 1867 carece de declaración de derechos. Una provincia promulgó una declaración de derechos, y en el año 1947, y en agosto de 1960 el legislativo de Canadá promulgó la Ley de reconocimiento y protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. En esa ley se incluye un precepto para dificultar la modificación de la misma por otra ley ordinaria.

Se establece así un sistema mixto con una relativa jerarquía de la ley de agosto de 1960 respecto a leyes ordinarias posteriores en materia de derechos fundamentales, aunque con la posibilidad de derogar preceptos de ésta si expresamente se establece en la ley posterior. En definitiva el sistema mixto es el que parece más habitual en la práctica jurídica pública para movilizar a los llamados derechos fundamentales.

Ninguno de los sistemas puros es totalmente adecuado. La constitucionalización, por su excesiva rigidez y por su generalidad, que a veces deja lagunas graves, siempre dispuestas a ser colmadas por el poder ejecutivo de los tribunales de justicia no está muy alertas. La regulación legislativa, porque permite al legislador, soberano en esta materia, revocar su propia regulación, y porque, en caso de no regulación, produce inseguridad y tensión entre el principio de libertad y la intervención administrativa.

2.1.3 La competencia legislativa en materia de derechos fundamentales

La competencia exclusiva del legislador ordinario en materia de regulación de los derechos fundamentales no suele ser normal. La Tercera República francesa fue quizá el sistema político que más lejos llegó en el intento de desconstitucionalizar los derechos fundamentales regulando a través de las leyes ordinarias, los principales derechos.

Se puede decir que el derecho inglés es un sistema jurídico donde la regulación de las libertades, a nivel del derecho escrito, está reservada al poder legislativo, tanto por la falta de una Constitución escrita como por la importancia del mismo.

Esta afirmación no sería científicamente cierta si no se matizase. Esta tarea de los jueces ingleses se guiaba por el precedente y poco a poco con los casos particulares se fueron construyendo una serie de principios. Esos principios se recogen en los derechos fundamentales y sobre ellos se realiza la tarea de los jueces. La única excepción a este método se produce por la intervención del poder legislativo, que como dice Rivero, se limita a regular,

en cada necesidad, las limitaciones pertinentes. En pocas palabras es el poder legislativo quien regula pero con las respectivas limitantes.

2.1.4 La competencia del Ejecutivo en materia de derechos fundamentales

Se puede afirmar que la competencia de la Administración es exclusivamente residual y subordinada a las normas jerárquicamente superiores. Por lo que no se puede por vía reglamentaria: a) Modificar el régimen general de un derecho fundamental, regulado en vía legislativa o constitucional. b) Resolver en casos concretos contra las disposiciones superiores, directamente o con desviación de poder.

Los problemas que produce la intervención del ejecutivo en materia de derechos fundamentales son numerosos, sobre todo en esa faceta de Estado intervencionista que hoy está tan generalizada.

El sistema de garantías debe estar muy alerta en ese campo y hay que reconocer que todavía, a nivel nacional, los abusos no se han terminado. Donde es más grave la intervención del Ejecutivo es en el campo del control de los límites a los derechos fundamentales, sobre todo en el sistema preventivo y propio de una sociedad democrática⁴³.

2.1.5 Función del juez en la creación de los derechos fundamentales

El papel del juez ha ido aumentando en el ámbito de los derechos fundamentales. La creación de derecho por los jueces, la cual es susceptible

⁴³ Gregorio Peces-Barba Martínez, *Derechos fundamentales Teoría General*, (Madrid-Barcelona: 1973), pp.80- 84.

de cubrir al derecho constitucional material con contenidos en favor con los derechos humanos a través de la interpretación, la integración y el control constitucional aunque no se encuentre escrita en nuestra Constitución, legislación ni tratados internacionales⁴⁴.

Hoy se acepta que la sentencia judicial crea derecho, aunque se defienda que lo crea en el marco de la legislación general que debe aplicar y contra ella; las sentencias judiciales son normas individualizadas. En el campo de los derechos fundamentales, la función de los jueces puede también crear normas generales al interpretar los preceptos, al controlar los diversos órganos del Estado, o al examinar la licitud o ilicitud de las conductas de los particulares, en el ejercicio de un derecho subjetivo fundamental.

Si son los tribunales ordinarios, los efectos de las sentencias serán sólo entre las partes y no erga omnes, no podrán ser consideradas como normas generales, sino únicamente como normas singulares. La jurisprudencia, especialmente de los Tribunales Supremos, en cuanto cubre alguna laguna, o amplía la textura abierta del ordenamiento puede ser fuente de los derechos fundamentales. Ello exige una gran prudencia por parte de los jueces, para evitar un intento de sustitución de la ideología del legislador por la ideología propia. Si esta prudencia se mantiene, no hay duda del valor positivo de esta función creadora de los jueces.

La función más importante de este campo es la declaración de inconstitucionalidad de una ley, actividad que Kelsen califica de acto de jurisdicción negativa. En el sistema anglosajón, una resolución judicial que constituye un precedente para resolver otros casos similares es una

⁴⁴ German J. Bidart Campos, *Teoría General de los Derechos Humanos*, (México: Instituto de Investigación Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989), pp. 370-372.

auténtica creación de derecho en materia de derechos fundamentales. Estos precedentes se han convertido en principios y poco a poco han ido formando el Common Law del país. Esta importancia de los jueces se explica por la independencia y por la inamovilidad, prácticamente totales desde el Act of Settlement de 1701.

La protección de la libertad es un principio muy amplio y el límite, una excepción muy concreta. En el sistema del derecho continental es evidente asimismo la influencia de los jueces, tanto contencioso-administrativos como constitucionales, en la creación de protección normativa, en materia de derechos fundamentales. Una sociedad democrática no es posible sin unos jueces independientes que protejan los valores esenciales.

2.1.6 La costumbre

La costumbre como fuente de los derechos fundamentales ofrece múltiples problemas en relación con la teoría general de las fuentes y su inclusión entre ellas. Generalmente, se puede decir que no existe ninguna dificultad en reconocer la costumbre como fuente de los derechos fundamentales.

Incluso los valores llamados derechos fundamentales, vividos por el pueblo como tales valores, pueden incorporarse con más facilidad al plano del derecho positivo a través de la costumbre como conjunto de "proposiciones ideales dotadas de fuerza obligatoria actual en la conciencia de una sociedad que las acepte como forma de vida, y por medio de un uso espontáneamente practicado, ya recibido por la aplicación del derecho".

La costumbre entendida como actuación del pueblo o como una actuación de los tribunales en el sistema anglosajón del precedente, puede ser fuente

de los derechos fundamentales. Define al Common Law como "costumbre inmemorial general, declarada en distintas ocasiones en las decisiones de los tribunales".

Hay que reconocer que la importancia de la costumbre en general, ha ido disminuyendo en favor de la ley escrita. La consolidación definitiva del positivismo actúa en detrimento de la costumbre, salvo en aquellas sociedades en que por razones empíricas, su mantenimiento sea eficaz.

2.1.7 Los principios generales del derecho

Los principios generales se originan en una concepción integral del derecho, son valores jurídicos como el del respeto a la dignidad de la persona o como el principio de libertad; sin embargo, no son principios generales del derecho si un sistema jurídico no los acoge como tales, bien por vía legislativa, bien por vía judicial. En el primer caso, los principios generales del derecho son enumerados entre las fuentes en un texto legal importante: Constitución, Código Civil, etc.

En el segundo caso la jurisprudencia los admite al aplicarlos para resolver pretensiones y los convierte en doctrina legal. También cabe una posición integradora en aquellos sistemas jurídicos donde los principios generales del derecho son recogidos entre las fuentes formales.

Desde este planteamiento se puede afirmar que los principios generales del derecho son fuente de los derechos fundamentales. Y lo son casi siempre como supletorios de las carencias de las fuentes más importantes en este campo que son la Constitución y las leyes ordinarias.

En Francia, el Consejo de Estado ha protegido los derechos fundamentales a través de los principios generales del derecho. Cuando en la Tercera República no se admitía el valor jurídico de la declaración de 1789, o del preámbulo de la Constitución de 1946. Incluso para reforzar la Quinta República, los principios generales, en relación con el poder reglamentario y con el poder legislativo, que se fortalece, se les considera con valor constitucional.

Se puede decir que las ideas y principios jurídicos forman parte también del derecho positivo, dentro del cual representan un imprescindible elemento dinámico, a partir del cual se desarrolla el derecho judicial del caso. Y en el caso de los derechos fundamentales son tanto una fuente supletoria en caso de carencias constitucionales y legislativas, como un elemento de presión para incluir en las normas escritas, Constitución y leyes ordinarias a esos principios generales del derecho, para una más eficaz protección.

2.1.8 Las fuentes internacionales

Este tema se sitúa en el contexto de una problemática que excede con mucho de una teoría general de las fuentes de derecho internacional. Frente a la concepción clásica de que esa rama del derecho es un derecho de los Estados, se introduce la afirmación necesaria en el campo de los derechos fundamentales, de que lo que regulan las fuentes internacionales son derechos de los individuos y también de los grupos sociales, con trascendencia internacional y de los pueblos.

Eso supone una ruptura del principio de soberanía nacional, hasta ahora tan fundamental en la Teoría General del Estado, y por consiguiente, la politización del problema.

La internacionalización jurídica de los derechos fundamentales puede ayudar a la limitación de la soberanía, y por lo tanto, a la causa de la democracia. Por otra parte, la protección nacional de los derechos fundamentales ha llegado a sus límites y para dar más pasos es necesaria esa protección internacional.

El movimiento de internacionalización es, positivo y necesario, pero en el actual momento produce muchos problemas en cuanto a los análisis científicos, y uno de los campos más complejos será precisamente éste de las fuentes internacionales⁴⁵.

En este contexto hay que situar las fuentes internacionales en materia de derechos humanos, que suponen el aceptar que, en última instancia, el hombre destinatario del derecho puede ser, en ese sentido, sujeto de derecho internacional, directamente y no a través de los Estados de los que sea súbdito. Estas fuentes, que han sido creadas por fuerzas sociales y órganos distintos, tienen una fuerza jurídica⁴⁶.

2.2 Funciones de los Derechos Fundamentales

Es importante tener en cuenta que antes de hablar de las funciones de los derechos fundamentales habría de hacer referencia a la dimensión política

⁴⁵ Los tratados internacionales de Derechos Humanos son, en primer lugar, tratados, y por lo tanto están sujetos al estatuto parcial de las fuentes formales del derecho que incorpora la Constitución en su art. 144; en segundo lugar son tratados con una superioridad especial, "toda vez que integran a la Constitución, al desarrollar algunos de los derechos contemplados por ésta, o al satisfacer variadas lagunas presentes en su texto, por lo cual forman parte de una especial situación de bloque de constitucionalidad. Simplemente, son Derechos Humanos los que nacen de la dignidad de las personas, y no los que el Estado reconoce exclusivamente en la Constitución". Sentencia de amparo, Referencia: 24-97/21-98, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2000).

⁴⁶ Peces-Barba Martínez, Derechos fundamentales Teoría General, pp.205-208.

de estos derechos, dado que desde el punto de vista externo es la que predomina desde la aparición histórica de la filosofía del derecho viéndolo desde la postura del profesor Peces-Barba, el concepto de dignidad humana que ya estaba presente, se vincula con el individualismo y con la separación de lo público y lo privado adquiriendo una dimensión política.

De este modo pasa a ser una exigencia frente al poder que se articula en forma de derechos fundamentales. Cuyo reconocimiento es, precisamente, el que lo hace digno de obediencia, o de otra forma el que lo convierte en legítimo.

La importancia que reviste la figura de los derechos fundamentales en la legitimidad del poder, puede resultar de interés ver qué tipo de democracia se incorpora, Para el autor A. Touraine. Distingue tres modelos según la mayor y menor importancia de lo que considera los rasgos definitorios de la democracia -la representatividad, la ciudadanía y la limitación del poder del Estado por la ley y por el reconocimiento de derechos fundamentales.

Existen diferentes opiniones sobre la Constitución y según se refiera a un modelo donde se argumentan soluciones distintas sobre las mejores formas de organizar el poder para la protección de los derechos que afectan al punto de vista interno. Así, desde un modelo conflictual se apoyara la mayor legitimidad de la ley en la relación entre el parlamento y el tribunal constitucional, en tanto entre el constitucionalista la solución será la inversa.

Por otra parte, la opción por un modelo liberal afecta más que a la organización del poder, al modo de entender las relaciones entre la sociedad civil, el Estado y a partir de ahí los derechos van a concebirse fundamentalmente como elementos de salvaguardia frente al poder.

La corriente predominante en nuestra cultura jurídica, democracia, Estado de Derecho y derechos humanos confluye en el modelo de organización política que se ha dado en llamar Estado de Derecho.

Los derechos necesitan al poder para hacerse eficaces, pero también, a partir de determinado momento histórico, el poder necesita a los derechos para asegurarse la obediencia, es decir que los derechos se convierten en criterios de legitimidad del poder político. Por otra parte podemos analizar la función de los derechos fundamentales a través de dos funciones principales de estos: la objetiva y la subjetiva.

Desde el punto de vista objetivo, como subsistema dentro del ordenamiento, son una prolongación de la norma básica material de identificación de normas, desde el punto de vista subjetivo los derechos fundamentales recogen, en normas positivas, pretensiones morales justificadas de los individuos y de los grupos, en forma de derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades⁴⁷.

2.2.1 Función objetiva

Desde la perspectiva de la función objetiva, en relación con el sistema político, los derechos aparecen prioritariamente en sus vertientes moral, política, no tanto en la faceta jurídica, se originan y se fundan en la moralidad que desembocan en el derecho lo hacen a través del Estado, que es el punto de referencia de la realidad jurídica. Por su parte, el Estado ha de comprometerse en el reconocimiento y la garantía de los derechos para presentarse como acreedor de obediencia voluntaria. De igual manera, la

⁴⁷ Gregorio Peces-Barba Martínez et.al, *Lecciones de derechos fundamentales*, (Madrid: Dikynson, 2004), pp. 273- 274.

forma que el poder político utiliza para hacer eficaces aquellas exigencias de protección del individuo será el derecho.

Para Pérez Luño el Estado de Derecho, derechos fundamentales, y democracia se convierten en criterios de legitimidad del poder ampliamente relacionados. Así no se puede hablar de Estado de Derecho si el Estado no asume entre sus objetivos la protección de los derechos para hacer referencia a una estructura, la que se organiza sobre la base del principio de legalidad y de la división de poderes, del poder democrático que se ordena a la garantía de los derechos o a la profundización de la democracia.

Para R. Alexy, L. Ferrajoli y L. Prieto todos los derechos constituyen mecanismos de protección del individuo frente a las mayorías. Sin embargo, al ser integrados como derechos fundamentales en la Constitución deben cumplir con la función que se asigna a tales derechos que es, construirse en límites a la decisión política⁴⁸.

Los derechos fundamentales nacieron precisamente como instrumentos de salvaguardia del individuo frente a los poderes públicos. Es importante subrayar que, cuando se dice que los derechos fundamentales protegen frente a los poderes públicos, se hace referencia a todos los poderes públicos cualquiera que sea su naturaleza. La plenitud de la función se alcanza cuando los derechos fundamentales vinculan también al legislador y ello, solo ocurre allí donde hay un sistema efectivo de control de constitucionalidad de las leyes⁴⁹.

⁴⁸ María del Carmen Barracón Avilés, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid, (Madrid: Dykinson, 2000), pp. 76, 99, 108.

⁴⁹ Luis María Díez Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, 3^o Edición, (Madrid: Thomson Civitas, 2008), pp. 45-46.

Desde esta función objetiva se está haciendo referencia a un análisis de la validez de las normas que integran el ordenamiento jurídico. Al elaborar las normas jurídicas se deberán tener en cuenta los derechos fundamentales y que condicionan la validez de normas. Es decir que si una norma atenta contra los derechos fundamentales reconocidos en el propio ordenamiento, la norma no podrá considerarse válida aunque haya sido promulgada por el órgano competente y a través del procedimiento adecuado⁵⁰.

2.2.2 Función subjetiva

La función subjetiva es la que cumple la función inicial, menos referida a la teoría del derecho y más concretada en la positivación de pretensiones morales. Tratando de garantizar la autonomía y la independencia moral de cada individuo o grupo de individuos, llamado también libertad moral. Permite configurar el interés particular sin acudir a imposiciones sobre una visión determinada.

Es decir que los derechos fundamentales integran una moralidad pública que pretenden facilitar en la vida social, a través del derecho, a las personas titulares de los mismos, el ejercicio de su moralidad privada, la libre elección de los planes de vida. Normalmente, esa función se ejerce a través de tres grandes dimensiones, que integran el consenso de la cultura jurídica; las tres primeras funciones actúan en el sentido del consenso mayoritario para hacer posible la autonomía o independencia moral, mientras que la cuarta se enfrenta con ese consenso para la misma finalidad⁵¹.

⁵⁰ Iglesias Garzón, La configuración jurídica de los derechos fundamentales, p. 5.

⁵¹ Peces-Barba Martínez y et.al, Lecciones de derechos fundamentales, pp. 277-278.

En este sentido cabe hablar de una función garantizadora, otra participativa y otra promocional: A través de la primera se trata de crear espacios exentos de intervención pública, donde los titulares podrán actuar libremente y sin interferencias; la participativa hace posible la intervención del individuo titular de los derechos de participación en la formación de la voluntad del Estado.

Así el poder que acepta los valores morales, los convierte en valores políticos, y propugna su incorporación al ordenamiento jurídico como norma básica material; como límite y racionalización de ese mismo poder, los puede integrar en el consenso mayoritarios, y disminuir la heteronomía porque los destinatarios de sus normas contribuyen, con esa participación a su producción, directa o indirectamente; mediante la función promocional se trata de hacer posible el ejercicio de la moralidad privada.

Finalmente la función de disenso protege a los discrepantes respecto de los criterios de la mayoría, cuando las normas jurídicas, y los deberes positivos generales que se desprenden de ella, tienen relevancia grave para la conciencia individual, en el sentido de poner en peligro la consecución de la moralidad privada del sujeto. Trasladando este tipo de funciones al ordenamiento jurídico se obtiene que los derechos fundamentales sirvan para limitar el poder; para crear la voluntad pública, la formación del poder; y en tercer lugar para obtener prestaciones y servicios⁵².

2.3 Los límites a los derechos fundamentales

Los derechos son por definición limitados y normalmente, limitables. Su inserción en un orden jurídico implica su sometimiento a las exigencias de la

⁵² Iglesias Garzón, Configuración de derechos fundamentales, p.5.

convivencia de los derechos entre si y a las necesidades de la totalidad en que se mueven. No obstante, el constitucionalismo y el derecho internacional de los derechos humanos han articulado técnicas orientadas a evitar los posibles abusos del poder público en la fijación de límites o restricciones a los derechos fundamentales⁵³.

Para autores como Otto y Pardo, han sostenido que un límite a un derecho fundamental, es una reducción impuesta exteriormente al contenido del derecho o libertad objeto de reconocimiento constitucional mediante la exclusión de determinados supuestos fuera del ámbito de protección del derecho fundamental en virtud de una expresa habilitación constitucional.

Para Joaquin Rodriguez y Toubes Muñiz, lo que se delimita, es el contenido del derecho, y la delimitación consiste en definir la línea que separa lo que está protegido por el derecho de lo que no lo está; consiste en establecer las fronteras o los límites del derecho fundamental. La limitación de los derechos fundamentales, en cambio, es la restricción legítima o ilegítima que pueden producirse en el contenido o en el ejercicio de los derechos⁵⁴.

Lo que se limita es un derecho o, lo que es igual, la delimitación previa del mismo. Puede decirse entonces, que los derechos tienen unos límites

⁵³Jesús María Casal Hernández, *Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales*, revista de derecho de la universidad católica del Uruguay, N° 3, (Monte video, Uruguay: 2002), p.113.

⁵⁴ Con respecto a los límites de los derechos fundamentales la sala de lo constitucional ha dicho que Los derechos fundamentales no son absolutos, sino que: “todos ellos en mayor o menor medida están sujetos a límites [...], los límites pueden estar prescritos en la misma disposición o en otras disposiciones constitucionales. También puede ocurrir que los límites sean implícitos, y es básicamente la interpretación constitucional la que los descubre [...] el individuo no vive aislado, sino en sociedad. En esa medida, debe coordinar y armonizar el ejercicio de sus derechos con el ejercicio igualmente legítimo de ese mismo derecho u otros por parte de los demás individuos.” Sentencia de inconstitucionalidad, Referencia: 91-2007, (El Salvador, Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 2010).

propios o internos que los delimitan y que por otra parte están sujetos a unos condicionantes ajenos o externos que lo restringen o limitan⁵⁵.

Es necesario destacar la distinción entre la delimitación y la limitación de derecho fundamentales ya que frecuentemente son utilizados como sinónimos para referirse a las normas que de alguna forma comprimen o reducen las posibilidades de goce o ejercicio de un derecho fundamental. Cuando se delimita un derecho fundamental se fija mediante la interpretación de la norma *iusfundamental* quienes sean sus titulares, su objeto, su contenido y también sus límites en sentido propio. Es decir, al delimitar un derecho definimos lo que es derecho fundamental.

La delimitación o definición del derecho es una labor que lleva a cabo la propia Constitución, al reconocer el derecho de que se trate. La consagración del derecho fundamental lleva consigo el establecimiento de sus contornos generales y permite la determinación del bien jurídico o libertad protegida por el mismo (la vida, la libertad personal, la libertad de circulación, etc).

Con base en esta delimitación es posible considerar que ciertas medidas de poder público son ajenas o externas al ámbito tutelado por el derecho, razón por la cual nos quedan sometidas a las condiciones que rigen constitucionalmente para aceptar la validez de la injerencia en tal derecho.

En cambio cuando se limita un derecho fundamental ya no se trata de definir que sea cada derecho fundamental, cuál es su ámbito normativo, sino, justamente, lo que no es derecho fundamental.

⁵⁵ Rodríguez y Muñiz, Principios, fines y derechos fundamentales, pp.141-142.

La limitación del derecho en sentido estricto se produce cuando la misma Constitución, después de haber reconocido una determinada libertad, le impone, expresa o implícitamente condicionamientos, derivados bien de la reducción del alcance de la facultad o libertad inicialmente protegida⁵⁶, de la necesidad de coordinación o concordar el derecho con otros derechos o bienes constitucionalmente tutelados⁵⁷.

Por consiguiente, cuando se delimita un derecho fundamental se interpreta empleando modelos dogmáticos con el objeto de concretar su ámbito normativo; y esta operación interpretativa es previa a la limitación en sentido propio del derecho fundamental. Primero debe saberse en que consiste el derecho y luego aplicaremos sus límites para saber qué expectativas de su ámbito normativo han sido privadas de la garantía constitucional.

La propia Constitución puede fijar un criterio de delimitación cuando en el precepto que contiene la norma *iusfundamental* establece un límite interno o esta deriva de su coexistencia con otros derechos fundamentales o con las restantes normas con rango constitucional de ese ordenamiento jurídico⁵⁸.

⁵⁶ El carácter relativo del ejercicio de los derechos fundamentales puede constatarse incluso en algunas disposiciones constitucionales que establecen directamente restricciones a su ejercicio, haciendo referencia expresa a otros derechos o bienes constitucionales (por ejemplo, el art. 6 Constitución de la República de El Salvador, que condiciona el ejercicio de la libertad de expresión a que no se “subvierta el orden público, ni lesione la moral, el honor, ni la vida privada de los demás”). Otro ejemplo es el referido en la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, al validar limitaciones a la participación política de servidores judiciales dijo que: “el ejercicio de los derechos fundamentales no es ilimitado. El legislador puede introducir limitaciones a dichos derechos, siempre y cuando, éstas sean justificadas, razonables, proporcionadas y no lesionen el contenido esencial de aquellos” Voto N° 2883-96, de 13-VI-1996. Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 8-2014 (El Salvador, Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia 2014).

⁵⁷ Casal Hernández, Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales, revista de derecho de la universidad católica del Uruguay, p.114.

⁵⁸ Francisco J. Bastida Freijedo, et.al, *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, (España: Tecnos, 2004), p.121.

2.3.1 Límites del ordenamiento jurídico

Son límites de los derechos fundamentales porque se trata de límites que afectan a todo el ordenamiento jurídico. Límites que provienen de la propia naturaleza del derecho; viéndose todas las normas afectadas por estos límites. En este grupo se incluyen tres elementos⁵⁹:

El primero de ellos es el de moralidad básica positivizada, o ética pública, este niega el carácter de derecho fundamental al que se aleje de ella, y al obrar así unifica y da sentido al subsistema de los derechos.

En relación con este punto Peces-Barba matiza que si bien la ética pública limita qué puede ser un derecho fundamental, no puede configurarlo por sí mismo, si no que precisa la concurrencia con los requisitos exigidos por la norma básica de identificación de normas⁶⁰.

Si un derecho fundamental se alejase de esa moralidad básica que es norma fundante, no solo del subsistema de los derechos, sino de las normas de todo el ordenamiento, dejarían de ser derechos fundamentales.

Aquí, con este planteamiento se presenta un razonamiento, en el marco del positivismo o normativismo corregido, en virtud del cual se aplica, porque razón no cualquier aplicación de la voluntad de un legislador se puede llamar derecho fundamental. Solo lo será aquella que aparezca como coherente con esta moralidad básica, limite, a sensu contrario, del desarrollo, aplicación, interpretación y ejercicio de los derechos⁶¹.

⁵⁹ Iglesias Garzón, La configuración jurídica de los derechos fundamentales, p. 9.

⁶⁰ Rodríguez y Muñiz, Principios, fines y derechos fundamentales, p.145.

⁶¹ Peces-Barba Martínez y et.al, Lecciones de derechos fundamentales, pp.317-318.

Autores como Legaz y Lacambra o Elías Díaz, sostienen que el derecho es la expresión de una moralidad, de una idea de qué es lo justo. Esta idea funciona como límite para todo el derecho en general y los derechos fundamentales en particular. De esta forma, los derechos fundamentales, que se encuentran en el ámbito del derecho positivo así como en el ámbito de la reflexión moral, ética y filosófica que informa al derecho, requieren ceñirse a este ideal de justicia a la hora de ser aplicados, interpretados o configurados⁶².

Los segundos elementos son los llamados bienes constitucionales, que condicionan los derechos de igual o inferior rango, pues deben ser interpretados sistemáticamente con ellos como parte de una organización al servicio de las personas. Se trata por ejemplo de la dignidad de la persona, el orden público, la paz social, el principio de jerarquía, etc. Peces-Barba precisa aquí, que cuando se trata de bienes constitucionales reconocidos en una norma inferior a la Constitución, solo pueden limitar los derechos a través de una ponderación que respete su contenido esencial⁶³.

La ponderación o composición se debe hacer pues siempre desde un análisis conjunto de la Constitución. Por otra parte hay que señalar que los bienes constitucionales son heterogéneos y que cuando se encuentran recogidos en una norma inferior a la Constitución, la ponderación para valorar la limitación de un derecho, debe respetar siempre su contenido esencial.

Entre estos bienes constitucionales se pueden señalar la dignidad de la persona, la salvaguardia del ordenamiento político y la paz social, o el libre

⁶² Iglesias Garzón, La configuración jurídica de los derechos fundamentales, p.9.

⁶³ Rodríguez y Muñiz, Principios, fines y derechos fundamentales, pp.45-146.

desarrollo de la personalidad, el Estado social y democrático, el principio de independencia del poder judicial, el principio de las mayorías, algunos principios de derecho privado, al menos en las relaciones entre particulares, el principio de jerarquía, el orden público, la salud pública, la preservación del medio ambiente, la moral pública⁶⁴.

En tercer lugar tenemos el derecho ajeno, como límite obvio a los derechos propios cuyo ejercicio es incompatible con el de aquellos. Pero advierte que una interpretación sistemática puede avalar la prevalencia de unos derechos sobre otros⁶⁵. "La libertad llega hasta donde empieza la de los demás" es parte de La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Desde entonces ha habido cuestionamientos acerca de quién debe ceder su libertad a favor de la del otro. El análisis en estas circunstancias se debe hacer siempre en función del caso concreto, bajo una interpretación unitaria de la Constitución. No se puede, pues, marcar criterios generales demasiado concretos. Se deben seguir las normas de interpretación de los derechos y ponderar en cada caso el problema y sus posibles soluciones⁶⁶.

2.3.2 Límites del subsistema de los derechos fundamentales

Estos límites son propios de los derechos fundamentales entendidos en su conjunto, no individualmente. Se trata esencialmente de límites formales, es decir, de aquellos límites referidos a normas secundarias que regulan la producción, en este caso la limitación, de los derechos fundamentales.

⁶⁴ Peces-Barba Martínez y et.al, Lecciones de derechos fundamentales, p.319.

⁶⁵ Rodríguez y Muñiz, Principios, fines y derechos fundamentales, p.146.

⁶⁶ Iglesias Garzón, La configuración jurídica de los derechos fundamentales, p.10.

Límites al legislador: Los límites que tiene el legislador respecto del subsistema de los derechos fundamentales aparecen a la hora de regularlos y definirlos. Se trata de una habilitación general en la que, sin embargo, no se especifica qué se considera contenido esencial. El legislador constituyente tiene el deber de recoger y respetar los valores superiores, expresión de la relación Derecho-Poder.

Límites a los jueces: Son los únicos operadores jurídicos habilitados para limitar el ejercicio de los derechos fundamentales. Es a ellos a quienes les corresponde decidir, tienen la obligación de garantizar el mantenimiento de los límites de los derechos dentro del diseño constitucional.

2.3.3 Los límites internos de los derechos

Se trata de límites genéricos y abstractos, derivados del ámbito que cada derecho pretende proteger. Se trata de límites materiales, que versan sobre la extensión de los derechos. Comprende únicamente el contenido esencial de los derechos y aquellas situaciones en las que se regulan las circunstancias que, sin ser parte del contenido esencial, se encuentran reconocidas como parte de los derechos fundamentales⁶⁷.

La existencia de límites internos es necesaria y su concreción no se somete a reglas de habilitación específicas porque ya no se trata de crear excepciones a una prohibición constitucional, como con los límites en sentido propio, sino de concretar la delimitación que abstractamente hace la Constitución.

⁶⁷ *Ibidem.*, pp.10-11

Es por ello por lo que esos límites internos no hacen sino delimitar el derecho fundamental porque ya la Constitución acota su ámbito normativo expresado, directa o indirectamente, que no forman parte de su objeto, y, en consecuencia, que es lo que ese derecho fundamental garantiza y no garantiza⁶⁸. Son las reglas generales del sistema de fuentes las que fijaran los criterios de articulación de las diferentes concreciones que se hagan de los límites internos de los derechos fundamentales.

De esta forma, los jueces, tribunales, la administración pública, y no solo el legislador, pueden concretar esos límites internos mediante su interpretación y las reglas generales del sistema de fuentes ordenaran entre si las posibles y distintas interpretaciones que aquellos hagan de los derechos fundamentales⁶⁹.

Los límites internos, sirven para determinar el contenido del derecho, resultando intrínsecos al mismo; un límite interno es una situación de no derecho, es decir, de supresión del ejercicio de un derecho fundamental que va a ser tan solo admisible en la medida en que sea subsumible en algún elemento de la norma que establece el derecho fundamental⁷⁰.

⁶⁸ Se afirmó, respecto de los derechos fundamentales, que existen límites internos que sirven para definir el contenido mismo del derecho, resultando, pues intrínsecos a su propia definición; tales límites constituyen las fronteras del derecho, más allá de las cuales no se está ante el ejercicio de éste sino ante otra realidad. Corresponde al legislador afinar esas fronteras en la regulación que haga de cada derecho fundamental y los operadores jurídicos tienen que controlar que dicho trazado sea correcto, completándolo y adecuándolo ante las exigencias de la realidad cambiante. Sentencia de Amparo, Referencia: 242-2001, (El Salvador, Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 2003).

⁶⁹ Bastida Freijedo, et.al, Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978, pp.121-122.

⁷⁰ Constitución de la Republica de El Salvador, Asamblea Legislativa, 1983). Art. 7 Cn., Los habitantes de El Salvador tienen derecho a asociarse libremente y a reunirse pacíficamente y sin armas para cualquier objeto lícito. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación. Establece el derecho de asociación de forma pacífica y sin armas, lo que impide que se pueda ejercer tal derecho de forma violenta o con armas.

2.3.4 Límites externos

Son los límites en sentido propio de los derechos fundamentales. Tienen un carácter externo, contingente y constitutivo. Su principal característica es que son restricciones que para su establecimiento la Constitución habilita a un poder público, normalmente el legislador⁷¹.

Los límites externos son los que se imponen por el ordenamiento al ejercicio legítimo y ordinario de los derechos fundamentales.

Estos límites son justificados por la necesidad de proteger otros derechos fundamentales, otros bienes constitucionales, e incluso para salvaguardar el contenido de ciertos principios inmersos en normas que son propias de la estructura del Estado. Sin embargo, no es admisible el que pueda ser cualquier bien jurídico protegible, ya que en caso contrario le resultaría sencillo al ente con potestad normativa vaciar de contenido los derechos fundamentales mediante la invocación de cualquier bien o principio⁷².

Dichos límites no derivan de la coexistencia del derecho fundamental con otras normas constitucionales o están fijados expresamente por el propio enunciado *iusfundamental*. La Constitución llama a un poder constituido para

⁷¹ La Constitución Salvadoreña no contiene una formulación expresa de los criterios que autorizan al legislador a imponer límites externos a los derechos fundamentales. En la Sentencia pronunciada en el proceso de Inc. 17-95, este tribunal afirmó que las restricciones formuladas por el legislador al derecho general de libertad consagrado en los arts. 2 inc. 1º y 8 Cn. -y ello puede hacerse extensivo a todos los derechos fundamentales sólo pueden imponerse para asegurar "la convivencia social, en relación con los valores fundamentales del ordenamiento, la justicia, la seguridad jurídica y el bien común". Sentencia de inconstitucionalidad, Referencia: 18- 1998, (El Salvador, Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 2007).

⁷² Sentencia de inconstitucionalidad, Referencia: 16-99, (El Salvador, Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 2000).

que cree esos límites.⁷³ Así pues, estos límites solo existen si ese poder constituido los crea. Mientras el habilitado por la Constitución no haga uso del apoderamiento para crear restricciones a los derechos fundamentales, esas restricciones no existen.

Los límites externos, al contrario que los límites internos, no contribuyen a la delimitación del derecho fundamental, de tal manera que la expectativa de conducta que pueden excluir del ámbito de garantía *iusfundamental* es, en principio, una de las posibles, objeto de ese derecho fundamental. Así pues, en el caso de que el sujeto habilitado por la Constitución, habitualmente el legislador, no haga uso de la potestad para fijar ese límite, tal límite no existe y la expectativa de conducta que pudiera verse afectada por ese límite sigue gozando de la protección del derecho fundamental⁷⁴.

2.3.5 Los límites al ejercicio de los derechos

Se trata de los límites en el caso concreto, no de límites generales. Habrá que atender, de esta forma, a las circunstancias propias de cada caso para poder establecer qué límites se deben aceptar. Estos límites pueden atribuirse a la actuación del titular o al propio acto de aplicación de los derechos fundamentales.

⁷³ Los límites externos, los cuales son impuestos por el ordenamiento jurídico frente al ejercicio legítimo y ordinario de los derechos fundamentales. Esta segunda clase, a su vez se divide en explícitos e implícitos. Se habla de límites explícitos cuando se encuentran previstos de manera expresa dentro de la Constitución y las leyes. Mientras que los implícitos no están formulados de esa manera, pero vienen impuestos por los principios o bienes jurídicos protegibles constitucionalmente. Cabe recordar en términos generales que los límites externos formulados mediante ley formal pueden ser establecidos por la Asamblea Legislativa, siempre que se cumpla con las siguientes condiciones: que sean establecidos atendiendo a un criterio constitucional que autorice limitar derechos fundamentales; que no altere el contenido esencial del derecho –art. 246 inc. 1º Cn.; y que respete el principio de proporcionalidad. Sentencia de Amparo: 242-2001 (El Salvador, Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 2013).

⁷⁴ Bastida Freijedo, et.al., Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978, pp.129-130.

El primero de ellos es la actuación del titular: También llamados límites subjetivos, nos encontramos ante el abuso de derecho y la exigencia de buena fe. También podría incluirse el fraude de ley. "El abuso de derecho supone un uso excesivo, normalmente con daño para terceros y sin beneficio propio". La carencia de buena fe puede invalidar el ejercicio de un derecho. En estos casos nos encontramos en una de las conexiones que unen al Derecho con la Moral y debe acudir a consideraciones de este tipo para poder fundamentar la buena o mala fe. El titular del derecho tiene la obligación de aceptar todas las normas del subsistema "y ajustarse en el ejercicio de los derechos a los límites establecidos en los distintos niveles".

Acto de aplicación: Se trata de aquellas consideraciones en las que la situación del titular le impide ejercer determinados derechos. Por ejemplo, el derecho a la libertad de circulación de un preso⁷⁵.

2.4 Teorías de los derechos fundamentales

Sobre los derechos fundamentales pueden formularse teorías de tipo muy diferente. Las teorías históricas que explican el surgimiento de los derechos fundamentales; las teorías filosóficas que se ocupan de su fundamentación y las teorías sociológicas acerca de la función de los derechos fundamentales en el sistema social.

No existe casi ninguna disciplina en el ámbito de las ciencias sociales que no esté en condiciones de aportar algo a la problemática de los derechos fundamentales desde su punto de vista y con sus métodos. De lo que aquí se trata es de una teoría jurídica general de los derechos fundamentales.

⁷⁵ Iglesias Garzón, La configuración jurídica de los derechos fundamentales, p.11.

2.4.1 La teoría de los derechos fundamentales de la ley fundamental

Es una teoría de determinados derechos fundamentales positivamente válidos. Esto la distingue de las teorías de los derechos fundamentales que ha tenido vigencia en el pasado; es decir las teorías históricas-jurídicas, así como también de las teorías sobre los derechos fundamentales en general.

El hecho que haya de distinguir entre estas diferentes teorías no significa que no existan conexiones entre ellas. Las teorías histórico-jurídicas, y las teorías de los derechos fundamentales de otros Estados, pueden dentro del marco de la interpretación histórica y de la interpretación corporativa, jugar un papel importante en la interpretación de los derechos fundamentales de la ley fundamental.

Una conexión con las teorías teórico-jurídicas y por otra parte, contribuir a ellos a través del análisis de su materia. Justamente para comprender este tipo de conexiones es importante diferenciar lo conectado. Una teoría jurídica de los derechos fundamentales de la ley fundamental es, en tanto una teoría dogmática, y por lo tanto jurídica. Dista mucho de ser claro que es lo que convierte a una teoría en una teoría dogmática y, por lo tanto jurídica.

Parece obvio orientarse ante todo, por aquello que realmente es practicado como ciencia del derecho y es designado dogmática jurídica o jurisprudencia, es decir la ciencia del derecho en el sentido estricto y propiamente dicho. En este caso es posible distinguir tres dimensiones de la dogmática jurídica: la analítica, la empírica y la normativa⁷⁶.

⁷⁶ Robert Alexy, *La Teoría de la argumentación jurídica*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997), p.28.

La dimensión analítica de lo que se trata es de la consideración sistemático-conceptual del derecho válido. El espectro de tareas se extiende aquí desde el análisis de los conceptos fundamentales, (por ejemplo el concepto de norma, de un derecho subjetivo, la libertad y la igualdad.) pasando por la construcción jurídica (por ejemplo, la de la relación entre el supuesto de hecho y las restricciones de los derechos fundamentales y la del efecto de terceros, hasta la investigación de la estructura del sistema jurídico, (por ejemplo la llamada irradiación de los derechos fundamentales) y de la fundamentación sobre la base de derechos fundamentales) por ejemplo de la ponderación.)

La dimensión empírica no se trata tan solo de la descripción del derecho legislado sino también de la descripción y pronóstico de la praxis judicial. Además, la eficacia del derecho, en la medida en que es condición de la validez positiva del derecho legislado y judicial, es objeto de la dimensión empírica. Por lo tanto, el objeto de la dimensión empírica no se limita a los conceptos de derecho y de validez del positivismo jurídico. Debido a la vaguedad de su normación, poco es lo que se gana tan solo con el conocimiento del derecho legislado.

Aún quien sostenga una concepción *iuspositivista* del concepto y de la validez del derecho, cuando como jurista, escribe un comentario sobre los derechos fundamentales o, como juez constitucional, fundamenta una decisión, no puede renunciar al conocimiento y la consideración de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Así puede dejarse de lado la cuestión de saber cómo ha de ser construido esto en cada caso desde el punto de vista de las teorías de validez o de las fuentes del derecho.

La caracterización de la segunda dimensión como “empírica” no dice que el conocimiento del derecho positivamente válido se agote en el conocimiento de los hechos observables o que pueda ser reducido a ellos. Quien sobre la base de estos hechos, quiera formular enunciados sobre el derecho válido tiene que interpretarlos a la luz de suposiciones que son las que hacen que estos hechos sean fuentes de derecho. Lo único que interesa es que su punto de partida son siempre hechos en sentido empírico estricto. Esto justifica hablar de una “dimensión empírica”.

En la tercera dimensión, en la normativa, se va más allá de la simple comunicación de que en la dimensión empírica es constatable como derecho positivo válido; se trata de la orientación y crítica de la praxis jurídica de la jurisprudencia judicial. Para ella es constitutiva la cuestión de saber cuál es, en el caso concreto y sobre la base del derecho positivo válido, la decisión correcta. En todos los casos discutidos, la respuesta a esta cuestión incluye valoraciones de quien la formula⁷⁷. En gran medida, la dogmática jurídica es el intento de dar una respuesta racionalmente fundamentada a cuestiones valorativas que han quedado pendientes de solución material autoritativamente ya dado. Esto confronta a la dogmática jurídica con el problema de la fundamentabilidad racional de los juicios de valor.

2.4.2 Teoría jurídica general de los derechos fundamentales de la ley fundamental

Esta teoría es en la que se consideran los problemas que se plantean en todos los derechos fundamentales o en todos los derechos fundamentales

⁷⁷ Alexy, La Teoría de la argumentación jurídica, p.17.

de un determinado tipo, por ejemplo en todos los derechos de libertad, de igualdad o de prestaciones. Su contrapartida es una teoría particular, que trata los problemas especiales de los derechos fundamentales singulares. Esta distinción apunta al alcance de la teoría. El alcance de una teoría es un asunto de grado.

Así, una teoría centrada en los problemas comunes a todos los derechos de libertad es, por cierto, una teoría general pero es menos general, que una teoría en la que se trata de cuestiones que afectan a todos los derechos fundamentales generales, es decir, en el caso del derecho general de libertad y del derecho general de igualdad. En estos mismos casos, ya el objeto mismo posee generalidad. Pero también aquí se puede distinguir entre una teoría general de estos derechos en tanto derechos fundamentales de un determinado tipo y una teoría particular que se ocupa de una interpretación de estos derechos referida a problemas singulares.

La concepción de una teoría jurídica general de los derechos fundamentales expresa un ideal teórico; apunta a una teoría integrativa que abarque, de la manera más amplia posible, los enunciados generales verdaderos o correctos que puedan ser formulados en las tres dimensiones y los vincule óptimamente. A una teoría tal se le puede llamar, “teoría ideal de los derechos fundamentales”. Toda teoría fácticamente existente y en este sentido, real de los derechos fundamentales puede ser considerada solo como una aproximación a este ideal.

La idea de una teoría integrativa está expuesta a dos malentendidos: el primero consistente en creer que el postulado de la vinculación conduciría a una amplia y confusa mezcla tanto esto como aquello, justamente lo contrario es lo que se persigue. De lo que se trata es de un sistema

ordenado lo más claramente posible de enunciados universales verdaderos o correctos sobre los derechos fundamentales.

El segundo consiste en sostener que el programa integrativo exige demasiado de la teorización sobre los derechos fundamentales, y presenta injustamente a toda teoría existente sobre los derechos fundamentales como insuficiente o carente de valor, a pesar de que sea verdadera o correcta aduciendo que no es amplia. La concepción de una teoría integrativa es una idea regulativa a la que la teorización sobre los derechos fundamentales puede aproximarse por las vías más diferentes.⁷⁸

Toda teoría de los derechos fundamentales que contribuya a su realización es, en virtud de esta contribución, valiosa. Considerar que carece de valor porque no realiza plenamente el ideal significaría desconocer el carácter del programa integrativo como idea regulativa. Para realizar en la mayor medida posible la teoría ideal, hay que reunir muchas teorías verdaderas o correctas de los derechos fundamentales. Naturalmente, estas han de ser evaluadas según contribución a la teoría ideal.

Se observa en las teorías que la literatura actual denomina “teorías de los derechos fundamentales”, que el más influyente es el Böckenförde, el cual distingue cinco teorías: “La teoría liberal o del estado de derecho burgués; la teoría institucional de los derechos fundamentales; la teoría axiológica de los derechos fundamentales; la teoría democrático-funcional y la del Estado social de los derechos fundamentales. Las cuales analizamos a continuación:

⁷⁸ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, (Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), p.35.

2.4.3 Teoría liberal

La teoría liberal concibe los derechos fundamentales como derechos de libertad del individuo frente al Estado. El punto de partida es que los derechos son anteriores al Estado y este solo se limita a reconocerlos. Pero es necesario aclarar que los poderes públicos solo se pueden limitar cuando estén habilitados para ello. Los derechos fundamentales actúan, por consiguiente como normas de distribución de competencias entre los individuos y el Estado.

Las consecuencias más relevantes de esta teoría son las siguientes; garantiza la libertad individual en sí mismo y para disfrute del individuo, al que se le propone igual libertad que la de los demás. Los derechos se garantizan como espacios de libertad sin más, no se le exige a su titular que los ejerza para el cumplimiento de determinados fines o haga efectivos, determinados valores.

Como el Estado le es indiferente el uso que el individuo haga de su libertad, tampoco recompensa o privilegia a aquel que la ejerce con unos resultados que objetivamente sean beneficiosos para el Estado o la Sociedad. El reconocimiento de los derechos fundamentales implica la garantía de una sociedad organizada a partir de la autonomía de la voluntad de sus individuos y es función del Estado asegurar que esa posibilidad de autodeterminación este jurídicamente disponible; no ejercible. Los poderes públicos no tienen la obligación de asegurar las condiciones sociales o económicas que permitan a cada individuo ejercer sus derechos⁷⁹.

⁷⁹ Bastida Freijedo, et.al., Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978, p.61-62.

Son considerados los derechos fundamentales como derechos de libertad del individuo frente al Estado; es decir, se concibe a los derechos y libertades como derechos de defensa. En este sentido clásico de los derechos fundamentales, no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal; en la medida en que, como reza el artículo 4o. de la Declaración de los Derechos y del Ciudadano: "La libertad consiste en hacer todo lo que no perturbe a los otros: en consecuencia el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre sólo tiene los límites que aseguren a los otros miembros de la sociedad, el disfrute de los mismos derechos". Esos límites no pueden estar determinados en la ley.

La libertad es garantizada sin condición material alguna, es decir no está sometida al cumplimiento de determinados objetivos o funciones del poder, porque la autonomía de la voluntad no es objeto de formación, sino en la medida que sea compatible con el marco general, abstracto y formal de la ley; por ello se han dado garantías tales como: "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe" y la prohibición de la retroactividad de la ley.

En virtud de ello, los derechos fundamentales producen efectos privados de defensa de la persona y efectos públicos de contención de la autoridad; pero, en caso de colisión no siempre se resuelve con el *indubio pro libertate*, sino a través del principio de proporcionalidad de los derechos fundamentales, que supone integrar la libertad y la autoridad, sin afectar el núcleo duro de los derechos fundamentales, mediante el principio de armonización y proporcionalidad.

Un aspecto relevante de esta concepción liberal de los derechos fundamentales es en cuanto a derechos subjetivos, es la vinculación

negativa del legislador a los mismos; entendido como un mandato estatal de dejar hacer en el sentido anotado, descartando el sentido positivo de asegurar la realización de la libertad mediante obligaciones de hacer del Estado.

De ello, se desprende la noción de límite de la injerencia de la ley sobre la libertad, descuidando los presupuestos sociales y valorativos que dan lugar a la realización de los derechos fundamentales, en la medida que "los derechos fundamentales garantizan la protección del estado real de la libertad socialmente ya existente o en formación". Esto sólo es posible a partir de una concepción ética de los derechos fundamentales⁸⁰.

Para Bokenforde la Teoría Liberal sostiene que la dignidad de la persona debe quedar en lo sustancial al margen de la acción estatal. Los derechos son concebidos, preferente, como derechos a la libertad, considerándolos en principio como derechos ilimitados. La intervención del Estado en el ámbito de la libertad debe ser la menor posible. Esta teoría no toca el tema de las condiciones sociales de los derechos fundamentales⁸¹.

2.4.4 Teoría institucionalista

El tránsito del Estado liberal al Estado social para dar respuesta a los nuevos retos de la sociedad engendra diversas teorías de la Constitución, y por tanto también de los derechos fundamentales. La separación entre

⁸⁰ Cesar Landa, "Teoría de los derechos fundamentales", *Cuestiones Constitucionales, Revista Electrónica Mexicana de Derecho Constitucional*, (México: Instituto de Investigación Jurídica UNAM, 2011), disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/6/ard/ard3.htm#P26> sitio consultado el 17 de agosto de 2016.

⁸¹ Humberto Nogueira Alcalá, *Teoría y Dogmática de los derechos fundamentales*, (México: Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigación Jurídica, 2003), p.167.

Estado y sociedad no es tan radical y el planteamiento de una relación defensiva da paso a una relación de cooperación. Del abstencionismo estatal se transita hacia un Estado interventor.

La Constitución ya no se concibe como límite sino como norma configuradora de las relaciones sociales; actúa como norma objetiva de principio que regula diversas libertades jurídicas, que ya no son entendidas al modo liberal como pre-estatales y ajurídicas. Libertad solo es posible en el Estado y a partir del ordenamiento jurídico. Los derechos fundamentales son, principios objetivos que ordenan jurídicamente ámbitos de la realidad.

La libertad solo es posible en el Estado y a partir del ordenamiento jurídico, es una institución jurídica ordenada y prefigurada en un derecho fundamental. La consecuencia de esta teoría es que los derechos nacen de la previa regulación de su ámbito por el Estado. La intervención del legislador no es una injerencia en los derechos, si no la garantía de su existencia. Se puede convertir en una obligación, también en un privilegio⁸².

Los derechos fundamentales entendidos como derechos objetivos absolutos o como derechos subjetivos individualistas, resultan ser una concepción insuficiente que no responde a las demandas del desarrollo jurídico-social; de ahí que la teoría de la institución provea el marco teórico de una renovada y compleja comprensión de los derechos fundamentales, acorde con los cambios económicos y políticos del Estado constitucional.

Por lo tanto, se debe partir comprendiendo que para Hauriou, los derechos fundamentales tienen un doble carácter constitucional: como derechos de la

⁸² Bastida Freijedo, et.al., Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978, p.62.

persona y como un orden institucional; de modo que "los derechos individuales son a la vez instituciones jurídicas objetivas y derechos subjetivos". Pero es precisamente mediante la actuación estatal de las mayorías parlamentarias transitorias como derechos objetivos, que los derechos pueden ser desconocidos, desvirtuados o vaciados de contenido.

Por eso, Schmitt trazó una línea divisoria entre los derechos de libertad y la garantía institucional, con el fin de evitar la vulneración de las libertades en manos del legislador; sin embargo, "la garantía institucional no es un derecho fundamental en sentido auténtico, pero significa una protección constitucional contra la supresión legislativa, según es característica de la garantía institucional".

Por otro lado, cabe precisar que los derechos fundamentales en tanto gozan junto al carácter subjetivo de un carácter objetivo, requieren de la actuación del Estado para la protección y desarrollo de la libertad, configurándose así el doble carácter de los derechos fundamentales.

Se puede decir, entonces, que a la luz del pensamiento institucional de los derechos fundamentales, es posible identificar el contenido esencial de los mismos, a partir de la idea de la libertad como instituto, es decir como un dato objetivo que se realiza y despliega en la sociedad abierta; pero que encuentra en los conceptos jurídicos diversos elementos que inciden directa o indirectamente en la formación, proceso y resultado de la norma constitucional.

El ejercicio de los derechos fundamentales sólo adquiere aspectos de realidad como libertades sociales, cuando el bien común como objetivo humano reclama de la acción del Estado acciones concretas. En ese

sentido: Los derechos fundamentales no son únicamente algo dado, organizado, institucional, y de tal modo objetivado como *status*; sino que ellos, en cuanto institutos, justamente a consecuencia del obrar humano devienen en realidad vital, y como tal se entiende el derecho como género.

En consecuencia, la ley en el sentido institucional está orientada concretamente a la realización del objetivo de la libertad como instituto; es decir, que la garantía institucional de la libertad tiende a penetrar en la realidad que se halla detrás del concepto jurídico de libertad. En este sentido, "los derechos fundamentales son institutos, sólo cuando pueden ser efectivamente reivindicados por los titulares -cambiar el hecho por la norma-, es decir cuando son regla"⁸³.

Dicha teoría sostiene que los individuos, como asimismo, las instituciones son factores condicionantes de la realidad jurídica. Así, esta concepción considera que la libertad, la igualdad y la participación del individuo no pueden realizarse de manera aislada, sino a través de las diversas instituciones sociales⁸⁴.

2.4.5 Teoría axiológica

Está íntimamente ligada a la teoría integracionista de la Constitución; se basa en la concepción del Estado como una comunidad política en permanente proceso de integración en torno a unos valores, creencias y cultura. Los derechos y libertades se reconocen como instrumentos a través de cuyo ejercicio se propicia y fomenta el proceso de integración. El ámbito y contenido de los derechos se definen con arreglo a esa función de

⁸³ Landa, Revista Electrónica Mexicana de Derecho Constitucional.

⁸⁴ Nogueira Alcalá, Teoría y Dogmática de los derechos fundamentales, p.167.

preservación y fomento de tales valores. Por tanto, los derechos, al igual que en la teoría institucional, son ante todo normas objetivas.

Las consecuencias de esta concepción es una relativización de los derechos fundamentales, pues su contenido depende de la interpretación que se haga de los valores a los que ha de estar encaminado su ejercicio y, a su vez, la rectitud de este depende del juicio que merezca su grado de cumplimiento o adecuación a tales valores. En el mejor de los casos, en la medida en que los valores de referencia sean los de la mayoría de la comunidad, se priva o se restringe el ejercicio del derecho de las minorías culturales, convertidas por esta razón en contractuales.

Como los valores tienen un sentido teleológico y tienden a su optimización, el conflicto entre valores se salda con una decisión que los pondera y jerarquiza en cada caso. Dado que no hay criterios lógicos o racionales para decidir la jerarquía o preferencia, la decisión judicial que la establece se tiñe de subjetivismo y arbitrariedad⁸⁵.

La teoría axiológica de los derechos fundamentales tiene su origen en la teoría de la integración de la entreguerras; para la cual "los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución, este es el pilar en que debe apoyarse toda interpretación de los derechos fundamentales".

El Estado se desarrolla en un proceso dinámico de integración nacional de una comunidad cultural de valores. Por ello, los derechos fundamentales

⁸⁵ Bastida Freijedo, et.al., Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978, p.63.

están condicionados históricamente y otorgan legitimidad al ordenamiento jurídico positivo. En este sentido, se busca evitar los formalismos del positivismo jurídico, prescindiendo del texto literal de la norma jurídica en favor del contenido material, es decir que se busca el sentido esencial del derecho fundamental en cuestión, y se relaciona o integra el derecho fundamental con la totalidad del orden de vida y los valores constitucionales vigentes.

La teoría de los valores subordina el método jurídico a los contenidos axiológicos de la sociedad sobre los derechos fundamentales; dejando abierta la pregunta acerca de cómo identificar los valores supremos o superiores de la comunidad.

Someter los derechos fundamentales a la valoración intuitiva o al estado de conciencia social, en etapas de rápidas transformaciones y cambios, permite suponer el cambio o la afectación de los valores supremos y eternos de una sociedad, de donde el carácter preexistente y vinculante de los principios, valores que dan sentido a la unidad de una comunidad, no permanezcan estables o inmodificables.

En este sentido, los derechos fundamentales se relativizan a su tiempo y espacio, revaluándose o devaluándose según las circunstancias del estado de conciencia o del espíritu del momento. Es evidente que la perspectiva de la teoría del valor tiende a uniformizar, en torno a determinados presuntos valores supremos objetivos, a los valores minoritarios; pero en la práctica de las sociedades tradicionales, la dialéctica del conflicto entre los valores sociales no terminan integrándose, sino que "en la jerarquía de valores contrariamente valen otras relaciones, que se justifican en que el valor destruye al antivalor y el valor más alto trata como inferior al valor menor".

Por ello, los derechos fundamentales, en un sentido objetivo valorativo como subjetivo liberal, terminan tiranizando a aquellos sectores minoritarios o desvinculándose de las mayorías sociales; lo que abre paso a replantear la teoría de los derechos fundamentales a partir de la teoría institucional⁸⁶.

2.4.6 Teoría democrático-funcional

Esta teoría concibe los derechos fundamentales desde su función pública y política. Por tanto se privilegia a los derechos más directamente ligados al funcionamiento de la vida democrática, las llamadas libertades públicas. Pero también se reinterpretan los demás derechos fundamentales a partir de esta función de promoción y participación en el proceso democrático. Los derechos no se establecen para un ejercicio de autodeterminación individual de su titular como el caso de la teoría liberal si no en cuanto medios para garantizar el proceso político democrático. Como sucedía en las teorías institucional y axiológica, los derechos se funcionalizan.

Dependerá, pues, de que se entienda por “dimensión política”, el ámbito de los derechos crecerá o disminuirá, con lo cual de nuevo, quedara expedito el camino hacia la relativización de los derechos y hacia la arbitrariedad⁸⁷.

Se parte de concebir a los derechos de la persona en función de los objetivos o funciones públicas y del Estado constitucional, en el marco de una democracia deliberativa; es decir, que se pondera el carácter cívico de los derechos fundamentales como elementos constitutivos y participatorios de la democracia estatal. Desde esta perspectiva social y ciudadana, se

⁸⁶ Landa, Revista Electrónica Mexicana de Derecho Constitucional.

⁸⁷ Bastida Freijedo, et.al., Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978, p.63.

puede plantear que hay derechos fundamentales, pero también deberes y obligaciones fundamentales con el Estado democrático-constitucional.

La idea de que los derechos fundamentales deben asegurar el fortalecimiento del Estado constitucional se ha visto expresada en el desarrollo de los derechos a la libertad de opinión, libertad de prensa y libertad de reunión y asociación, como bases necesarias para el funcionamiento de la democracia. Aquí se percibe la clara influencia de la teoría de la integración, que ubica al hombre como ser político en relación directa con el Estado como expresión del derecho político⁸⁸.

De acuerdo con esta teoría, los derechos fundamentales se entienden en un sentido estrictamente funcional respecto del sistema sociopolítico. Interesa a este enfoque más la función que el contenido de los derechos, especialmente relacionando tal función con el desarrollo político y económico del orden social⁸⁹.

2.4.7 Teoría social

Para esta concepción, deben acentuarse los principios de igualdad, participación y realización de los derechos sociales, debiendo el Estado crear las condiciones sociales para la garantía de los derechos fundamentales. La teoría del Estado social democrático de derecho es una reacción global frente a la teoría del Estado liberal y se manifiesta con sus diversas matizaciones.

⁸⁸ Landa, Revista Electrónica Mexicana de Derecho Constitucional.

⁸⁹ Nogueira Alcalá, Teoría y Dogmática de los derechos fundamentales, p.167.

En relación con los derechos sociales, de contenido prestacional que comprometen la acción del Estado para su garantía. En este terreno el Estado deja de ser un mal necesario y un poder al que haya que limitar para transformarse en un Estado benefactor y procurador de bienes y servicios a la sociedad; los derechos sociales se articulan con una estructura programática y finalista. Se reinterpretan todos los demás derechos desde esta dimensión social y prestacional.

La efectividad de los derechos puede depender del reconocimiento de un apoyo económico para su realización y, en tal sentido, cabría interpretar que, al menos en parte, tienen un contenido prestacional. Además la dimensión social de los derechos, unida al principio democrático, da una nueva perspectiva a la eficacia de estos, que no solo ha de ser del Estado respecto de los individuos y de la sociedad, sino también entre individuos, dentro de la sociedad⁹⁰.

El punto de partida de esta teoría de los derechos fundamentales es la insuficiencia no sólo de la deshumanizada teoría individualista de los derechos, sino también la insuficiencia de una concepción meramente positivista de los derechos económicos y sociales, entendida como la norma programática sujeta a la reserva de ley, o abstracta delimitación de la libertad por la igualdad y la justicia.

Por esto, es sólo con el desarrollo jurídico contemporáneo del Estado social que se asienta una concepción propia de los derechos económicos y sociales como derechos subjetivos de realización mediata para el particular

⁹⁰ Bastida Freijedo, et.al., Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978, p.64.

y como derechos objetivos vinculantes para el Estado, sólo así se puede hablar de derechos normativos.

En esta perspectiva subyacen dos cosas: "de un lado, la obligación del Estado derivada de los singulares derechos fundamentales de procurar los presupuestos sociales necesarios para la realización de la libertad de los derechos fundamentales, una especie de posición de garante para la aplicación de la libertad en la realidad constitucional, y, del otro, el procuramiento de pretensiones de derechos fundamental a tales prestaciones estatales, o, en su caso, a la participación en instituciones estatales o procuradas por el Estado que sirven a la realización de la libertad de los derechos fundamentales".

En tal sentido, los presupuestos sociales de esta concepción de los derechos económicos y sociales son constituyentes del carácter jurídico de los mismos, en la medida que el origen y el fin de su carácter normativo reposa en el concreto ambiente económico y social necesario para su eficacia social, sin perjuicio del rol orientador y de fomento del Estado hacia una sociedad económica basada en la justicia distributiva.

El problema de esta teoría radica en la dependencia de la vigencia de los derechos sociales de la situación de bienestar económico del Estado, la eficacia de los derechos sociales previstos en la Constitución, queda reducida a la decisión política del gobierno y en el mejor de los casos a la negociación del gobierno con la oposición; pero, sin llegar a cerrar la nueva brecha entre los derechos jurídicos y reales, que caracterizó desde una perspectiva individualista a la separación entre la libertad jurídica y la real⁹¹.

⁹¹ Landa, Revista Electrónica Mexicana de Derecho Constitucional.

CAPITULO III

LA INTERPRETACIÓN

Interpretar es un acto un acto o comportamiento humano, interpretar a veces significa elaborar suposiciones en torno a los objetivos, a las razones, es menester aclarara cual es el objeto de una interpretación y cuáles son los tipos, llevándonos a conocer los métodos y principios que pueden ser aplicados al momento de interpretar.

3.1 Objeto de interpretación

Cuando se habla de interpretar, a veces significa elaborar suposiciones en torno a los objetivos, a las razones o a las intenciones del sujeto agente; significa adscribir un sentido o un valor a la acción considerada. En cambio interpretar un texto, significa atribuir sentido o significado a un determinado fragmento del lenguaje vocablo, locuciones y enunciados.

Conviene advertir, sin embargo, que a veces no se distingue entre la interpretación del texto en cuanto tal y la interpretación del comportamiento humano que produce ese texto, la diferencia entre las dos cosas es bastante sutil, una cosa es preguntarse por el significado de las palabras, otra preguntarse sobre las supuestas intenciones del autor. La interpretación jurídica, se debe aclarar ante todo, que el presupuesto de la interpretación no es precisamente la norma, lo que se interpreta es el texto, el enunciado o el conjunto de enunciados lingüísticos, para dar como resultado, precisamente la norma; durante el momento de ser aplicada⁹².

⁹² Carolina León Bastos, *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre Derechos Humanos*, (Madrid, España: Reus S.A., 2010), p.21.

Con lo anterior se pone de manifiesto, que no hay equivalencia entre “disposición” y “norma”, concordamos con que la disposición es el objeto de la actividad interpretativa y la norma es su resultado.

Existe una gran variedad de textos jurídicos sujetos a la interpretación; por ejemplo, leyes, reglamentos, contratos, testamentos, sentencias, actos administrativos, entre otros.

En la literatura sobre el tema de la interpretación se dedica gran parte de la atención, comúnmente, a la interpretación de la ley y de las fuentes del derecho en general. En concreto, cuando se habla de interpretación de las fuentes del derecho, “interpretar” significa clarificar el “contenido” o el campo de aplicación de una norma⁹³.

Según Pérez Luño, si se parte de la idea de que una norma sin significado es un absurdo, “hay que concluir que la norma no tiene un significado, sino que es un significado. Este planteamiento admite que no cabe ninguna norma sin significado y que ese significado no es previo, sino subsiguiente a la actividad interpretativa. De ello se deduce que la norma jurídica no es el presupuesto, sino el resultado del proceso interpretativo”. Admitiendo que no cabe ninguna norma sin significado.

Se puede decir que, la interpretación, en sentido jurídico es el proceso mediante el cual se dota a un texto normativo de significado o de contenido. Ahora bien, otro punto que se debe definir es, cuando se debe realizar una interpretación. Existen dos posturas clásicas, la primera es en sentido estricto, y afirma que la interpretación se debe realizar únicamente cuando

⁹³ Marina Gascón Y Miguel Carbonell, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999), p.8.

existe una duda en el texto a interpretar, es decir, en este caso se aplica la máxima *in claris non fit interpretatio*⁹⁴, es decir que cuando existe claridad en el postulado que se debe interpretar, no es necesaria la interpretación puesto que su significado ya está claro⁹⁵.

Por otra parte, la interpretación en sentido amplio, siendo esta realizada independientemente de dudas o controversias, en este caso, cualquier decisión en torno al significado de un texto, no importa si es claro u oscuro, constituye interpretación.

El autor Prieto Sanchis expone dos motivos para abandonar el sentido estricto , el primero es que el hecho de afirmar que la interpretación es siempre necesaria no nos compromete con ninguna teoría interpretativa en particular; y la segunda, es que no está claro que es lo claro y que es lo oscuro o dudoso⁹⁶.

3.2 Interpretación jurídica

El término interpretar, se puede aplicar, aunque con distintos matices, a objetos diferentes. Se puede interpretar por, ejemplo el comportamiento humano, un acontecimiento histórico o social. Pero cuando se habla de interpretación jurídica, de interpretación del derecho, de interpretación de la ley, o de interpretación de normas, el objeto de la interpretación son textos,

⁹⁴ Dicha expresión es utilizada en la literatura jurídica como aforismo, axioma, brocardo o máxima, pero según Gómez de Liaño, es una máxima jurídica, que significa “en las cosas claras no se hace interpretación”, refiriéndose de esa forma a que una sentencia se da por válida, sin necesidad de comprobación. Fernando Gómez de Liaño, *Diccionario Jurídico* 6ª Edición, (España: Forum, 1999), p.175.

⁹⁵ León Bastos, La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, p.22.

⁹⁶ *Ibíd*em, p.23.

documentos jurídicos, reglamentos o tratados internacionales, testamentos, contratos, sentencias, actos administrativos, etc.

Pues el derecho se expresa a través del lenguaje,⁹⁷ pero este al prescribir una norma puede ser oscuro y dudoso, puede tener un trasfondo doctrinario o un sentido técnico, en fin, puede a primera intención expresar no precisamente la voluntad del legislador.

Así como el lenguaje muchas veces puede no ser claro, las normas jurídicas, por tener que valerse del elemento lingüístico para expresarse, no escapan a esta posibilidad, a lo que contribuye la diversidad de los hechos.

La doctrina, sin embargo, es casi unánime en considerar que al interpretar no estamos solamente ante una mera posibilidad de falta de claridad en el texto de la norma, puesto que la interpretación de las normas siempre está presente al momento de interpretar el derecho⁹⁸. Podemos decir entonces, que la interpretación jurídica, es una interpretación de enunciados, que consiste en atribuirle sentido o significado. Conviene formular tres observaciones al respecto:

La primera es que el término interpretación no siempre es usado por los juristas de forma coincidente. A veces se usa en un concepto amplio de interpretación, según el cual interpretar es atribuir un significado a los enunciados jurídicos de acuerdo con las reglas de sentido y significado del lenguaje en que se expresan, con independencia de si existe este concepto

⁹⁷ Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa, *Interpretación y Argumentación Jurídica*, (San Salvador, El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2003), p.53.

⁹⁸ Carlos Miguel Franco de la Cuba, *La Interpretación Jurídica*, (Lima, Perú). https://docs.google.com/document/d/1GJx55AEDdsaGjCuP2AxtG1Mob7_YwTcifxtGEBQvZBs/edit?hl=en_US

cualquier texto jurídico requiere ser interpretado, pues interpretar es darle sentido a un texto. Sin embargo en otras ocasiones, la interpretación se usa de forma restringida, solo es necesaria cuando el significado de los textos es oscuro o discutible, pues interpretar consiste en esclarecer, tratando de disipar dudas sobre el significado de un texto.

La segunda observación es que, aun cuando la interpretación haga referencia a la atribución de sentido o significado a los textos jurídicos, conviene llamar la atención sobre el hecho de que a veces se habla de interpretación para denotar también otras operaciones como la identificación de las fuentes del derecho validas, o la integración del derecho en caso de lagunas o de resoluciones contrarias.

Por último, aunque pueda hablarse de interpretación jurídica para hacer referencia a la que versa sobre enunciados jurídicos, cualesquiera que estos sean, leyes o reglamentos pero también contratos y actos administrativos, lo cierto es que los juristas se centran en la interpretación de las fuentes de la ley y las fuentes del derecho⁹⁹.

En sentido estricto la interpretación se debe, entender bajo dos situaciones relacionadas y que deben ciertamente diferenciarse, en primer término: atribuir significado a las normas, clarificar que es lo que quiere decir, y segundo, delimitar su campo de aplicación, determinando los hechos y las situaciones.

Interpretar la norma es analizar el signo que la contiene y de ahí determina con claridad sus supuestos y consecuencias a la vista de su aplicabilidad a

⁹⁹ Gascón Abellán y García Figueroa, *Interpretación y Argumentación Jurídica*, p.54.

un caso concreto¹⁰⁰. Ciertamente, los métodos de interpretación jurídicos son mecanismos de auxilio para la interpretación y aplicación de la justicia constitucional¹⁰¹.

3.3 Interpretación constitucional

3.3.1 Concepto

La interpretación constitucional se deriva del género interpretación jurídica, o como un tipo de interpretación independiente. Este último criterio se basa en el objeto específico de su análisis: la Constitución¹⁰², la cual es una norma peculiar desde varios puntos de vista por su rango, contenido y finalidad, estas peculiaridades afectan al método de su interpretación.

La cuestión de si estas especialidades vienen a configurar un proceso cualitativamente distinto, o más bien sólo una diferencia de grado respecto al método de interpretación jurídica en general. Los elementos y criterios propios de la interpretación jurídica son aplicables a la interpretación constitucional, si bien con algunos matices; pero resultan en sí mismos insuficientes y deben ser completados con otros criterios propios¹⁰³.

En el derecho constitucional no ha habido interpretación jurídica desde el principio, como ha ocurrido en todas las demás disciplinas jurídicas, y,

¹⁰⁰ León Bastos, La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, p.20.

¹⁰¹ Manrique Jiménez Meza, *La pluralidad científica y los métodos de interpretación jurídico constitucional*, 2ª Edición, (Costa Rica: Juritexto, 2012), 86.

¹⁰² Luis Fernando Alfaro González, "La legitimación del ciudadano en el proceso Constitucional", (tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1998), p.41.

¹⁰³ Javier Díaz Revorio, "La interpretación Constitucional y la jurisprudencia Constitucional", *Quid Iuris*, año 3, volumen 6, (2008), p.10.

cuando la ha habido, ha sido distinta de todas las demás disciplinas. La Constitución inicialmente, se vio más como un documento político, que como una norma jurídica; y los estudiosos no se habían preocupado por esto, porque no lo creían necesario

Justamente, el cambio de la forma de ver la Constitución, de simple documento político a concebirlo como norma jurídica, fuente de derechos y obligaciones, susceptibles de generar controversias, que debían ser dirimidas por el órgano jurisdiccional, cambió la concepción del jurista e hizo necesaria el análisis constitucional.

Sin embargo, la especialidad que tiene la interpretación constitucional respecto de otras interpretaciones en el derecho, especialmente en relación con la interpretación de la ley, o las particularidades que presenta; ha sido bastante discutida.

La interpretación constitucional viene a ser “una función de la configuración del objeto constitucional”. Se encuentra dentro de la interpretación jurídica, puede incluso decirse que es una rama de la interpretación jurídica en general. Sin embargo tiene rasgos específicos por ser precisamente una interpretación de la norma constitucional; en este sentido,¹⁰⁴ la concretización del texto constitucional resulta una tarea obligada, siempre que no se conciba este, como un sistema cerrado y axiomático.

Podría decirse que la interpretación constitucional es el procedimiento cuyo objetivo es descubrir y explicar el significado atribuido al lenguaje usado en el texto de la Constitución, con el objeto de establecer el sentido, claro,

¹⁰⁴ Ibidem, p.27.

preciso y concreto de una norma constitucional, para aplicarla o hacerla aplicable a un determinado caso.

La interpretación constitucional lleva consigo tres aspectos esenciales: en primer lugar, interpretar significa obtener el derecho contenido en las normas constitucionales; en segundo lugar, ello implica una actividad, que se traduce en la adscripción de un significado a una disposición lingüística; en tercer lugar, el producto del acto de interpretar es el significado atribuido.

Es decir, el proceso de la interpretación¹⁰⁵ constitucional empieza con el texto a interpretar y termina con la norma que ha de ser aplicada en el caso concreto. La interpretación constitucional, admite dos formas de llevarla a cabo ya sea como una interpretación originaria, según la cual, la Constitución tiene un significado que habrá de descubrir y no debe de acudir a aspectos que sean extra constitucionales y que el intérprete no tiene un gran margen para realizar diversas interpretaciones dado que solo existe una interpretación que es la correcta.

Por otro lado, la interpretación evolutiva hace énfasis en que el intérprete puede ampararse de valores o fuentes que no se encuentren en el texto constitucional de manera explícita. Para el derecho constitucional es fundamental la interpretación, teniendo en cuenta el carácter amplio y abierto de la Constitución pues los problemas de interpretación surgen con mayor frecuencia que en otros sectores de los ordenamientos cuyas normas son más detalladas¹⁰⁶.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p.28.

¹⁰⁶ Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, 2ª Edición, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992), p.34.

La importancia de la interpretación constitucional está dada por el hecho de que la Constitución escrita es un complejo normativo que es la ley suprema del Estado, en la cual se funda el orden jurídico político y contiene expresa o implícitamente, una serie de principios y valores que se proyectan a todos los sectores de la comunidad¹⁰⁷.

3.3.2 Principios de la interpretación constitucional

Son aquellos que representan la expresión jurídica del conjunto de valoraciones sociales del poder constituyente que admite la voluntad popular al momento de construir o elaborar un determinado texto constitucional¹⁰⁸. Diversos autores se han ocupado de señalar una serie de principios que sirven de guía para la interpretación constitucional. Entre tales principios se destacan los siguientes:

3.3.2.1 Principio de unidad de la Constitución

El cual consiste en que un conjunto de normas constitucionales forman una totalidad, ya que no puede considerarse aislada ni puede ser interpretada exclusivamente a partir de sí misma¹⁰⁹; la interpretación tiene que estar orientada siempre a preservar la unidad de la Constitución¹¹⁰.

¹⁰⁷ Jaime Melgar, Astrid Gissel y et al., *Interpretación constitucional: evolución e impacto político- social en el periodo 2004-2013*, (tesis para optar al grado de Licenciatura en ciencias jurídicas, Facultad Multidisciplinaria Oriental, Universidad de El Salvador, San Miguel El Salvador 2013), p.51.

¹⁰⁸ José F. Palomino Manchego, *Problemas escogidos de la Constitución peruana de 1993*, 1ª Edición, (México: Instituto de Investigación Jurídica, 2003), p.40.

¹⁰⁹ Op cit. p.29

¹¹⁰ Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, 14ª Edición, (España: Marcia Pons, 2014), p.144.

3.3.2.2 Principio de concordancia práctica

Se basa en la conexidad existente entre los bienes constitucionalmente protegidos. Conlleva la complejidad de resolver, en ciertos casos, el problema que se plantea cuando entran en conflicto bienes o intereses constitucionalmente amparados, sobre todo cuando se trata de derechos fundamentales. Por, ejemplo, con el derecho a la vida de la criatura que está por nacer versus el derecho a la vida o a la dignidad de la madre, en los casos, de aborto. Situaciones como las anteriores exigen del intérprete constitucional un alto grado de ponderación de los valores en conflicto, buscando que prevalezca el equilibrio en la protección de los derechos fundamentales¹¹¹.

3.3.2.3 Principio de la eficacia integradora de la Constitución

La interpretación debe buscar asegurar el mantenimiento de la unidad política, del acuerdo consignado en la Constitución, la cual promueve la formación y mantenimiento de una determinada unidad política, su interpretación debe dirigirse a potenciar las soluciones que refuercen dicha unidad; la funcionalidad, obliga al intérprete a respetar el marco de distribución estatales consagrados por la constitución;¹¹² y, la eficacia o efectividad, en el sentido de dirigir y encauzar la actividad del interprete hacia las opciones hermenéuticas que optimicen y maximicen la eficacia de las normas constitucionales, sin distorsionar su contenido.

¹¹¹ Vladimiro Naranjo Meza, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 8ª Edición, (Santa fe de Bogotá, Colombia: Temis, 2000), p.408.

¹¹² Op cit. p.29.

3.3.2.4 Principio de la adaptación a las circunstancias

Sé basa en que el intérprete, al resolver un caso concreto, debe buscar la adaptación de las normas de la Constitución a las circunstancias sociales, políticas o económicas existentes en el momento de realizarse la interpretación¹¹³.

3.3.2.5 Principio de la fuerza normativa de la Constitución

Parte de la base de que todos los textos constitucionales tienen valor normativo sin embargo, las Constituciones suelen contener preceptos de carácter programático, no vinculantes, y que por tanto no tienen fuerza normativa, por lo cual su aplicación no puede ser inmediata¹¹⁴.

Los principios de la interpretación constitucional constituyen principios normativos que, derivan “axiológicamente de las propias exigencias de coherencia y plenitud del orden constitucional¹¹⁵.”

3.3.3 Métodos de interpretación constitucional

Los métodos de interpretación son aquellas herramientas que definirán el procedimiento a ser utilizado para declarar el sentido de un texto en relación a un caso concreto.

Sin perjuicio del empleo del término método, examinamos que la doctrina se vale de diferentes vocablos para identificarlo; así, por ejemplo, Rubio Correa

¹¹³ Naranjo Meza, Teoría constitucional e instituciones políticas, p.409.

¹¹⁴ *Ibidem*, p.409.

¹¹⁵ *Op cit.* p.30.

los asume como “criterios de interpretación”¹¹⁶, mientras Pérez Royo como “reglas de interpretación”¹¹⁷.

El estudio de los métodos de interpretación es relevante debido a que a través de ellos se aprecia el tránsito entre el dispositivo y la norma, ya que ellos definen el camino a ser utilizado por el intérprete en el afán de hallar un sentido determinado al enunciado, incluso a aquellos que a primera vista parecen de simple comprensión, pero que dotados de un adecuado método interpretativo llevan al operador judicial a encontrar un sentido que dote al dispositivo de contenido constitucional.

Para realizar una interpretación constitucional, hay reglas básicas y generalmente de la interpretación jurídica que se debe tomar en cuenta, también tiene particularidades producto de su importancia dentro del ordenamiento jurídico, evidentemente, estas particularidades mostradas supra, demuestran que, al ser la constitución una norma especial, su interpretación, debe por tanto, ser diferente a cualquier otra interpretación jurídica.

Son diversos los métodos o sistemas de interpretación que pueden ser utilizados en el caso de la norma constitucional. Con el propósito de alcanzar la significación y el mensaje de las normas, diversos métodos han sido propuestos y desarrollados. Entre estos métodos tenemos los métodos clásicos a los cuales Savigny hace referencia: el gramatical, el lógico, el sistemático y el histórico. Podemos considerar entre estos también el

¹¹⁶ Marcial Rubio Correa, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, (Lima, Perú: Pucp, 2005), p.69.

¹¹⁷ Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, p.139.

método teleológico, ya que muchos autores lo consideran dentro del método lógico.

La Escuela Exégesis tenía un procedimiento de interpretación que durante su apogeo llegó a combinar los métodos literal, lógico, sistemático e histórico; también lo hizo el método propuesto por la Escuela histórica; en clara muestra de que los métodos no se aplican aisladamente si no que se combina en la tarea por alcanzar la misión de descubrir el contenido más exacto posible de la norma¹¹⁸.

3.3.3.1 Interpretación gramatical

Este método también es conocido como método literal, es el más antiguo y exclusivo de las épocas anteriores a la Revolución Francesa en que existía cierto grado de desconfianza en el trabajo de los jueces, razón por la cual estos se encontraban obligados a ceñirse al sentido literal de la ley. Claude Du Pasquier¹¹⁹ expresa que este método consiste en deducir de las palabras mismas, de su lugar en la frase y de la sintaxis, el sentido exacto del artículo.

La interpretación literal o gramatical resulta particularmente útil cuando se trata de desentrañar el significado de términos utilizados en forma aparentemente ambigua, confusa, o cuando se trata de términos de carácter técnico o científico que no son propiamente jurídicos¹²⁰.

¹¹⁸ Carlos Miguel, Franco de la Cuba, *La Interpretación Jurídica*, Separata Derecho Constitucional 1, (El Salvador: 2012) p. 26

¹¹⁹ Claude Du Pasquier, *Introducción al Derecho*, 5ª Edición, traducción del francés, por Julio Ayasta Gonzales, (Lima, Perú: 1994), pp.154-155.

¹²⁰ Existen diversos autores que critican este método entre los cuales se encuentra Konrad Hesse quien advierte sobre el peligro de que, dado el considerable peso de la realidad social la constitución termine siendo interpretada al tenor de las circunstancias, cuando

El criterio gramatical presupone que ningún elemento en el texto legal carece de significado; que a una expresión de un texto legal no debe dársele un significado diferente en distintos contextos ni un significado diferente que se aparte del uso general del lenguaje, salvo que exista una razón suficiente; y que si la terminología de la norma se aparta del uso ordinario del lenguaje¹²¹.

3.3.3.2 Método lógico

Es aquel que utiliza los métodos de la lógica, para alcanzar el verdadero significado de la norma. Así ha dicho Couture que el método lógico es el procura que la tarea interpretativa no contravenga el cumulo de preceptos que la lógica ha señalado para el pensamiento humano.

En la utilización del método lógico, precisa Luis Díez Picazo, se habla de la existencia de una serie de reglas como: *a maiore ad minus* (el que puede más puede lo menos). *A minore ad maius* (quien no puede lo menos tampoco puede lo más); *a contrario* (La inclusión de un caso supone la exclusión de los demás); *a pari ratione* (La inclusión de un caso supone también la de un caso similar)¹²².

3.3.3.3 Método sistemático

La Constitución constituye un todo orgánico y sus disposiciones deben ser aplicadas concertadamente. Este método trata de relacionar la norma a

sería ella la llamada a modelar el mundo fáctico desplegando su contenido normativo. Por tal motivo todo proceso hermenéutico debe comenzar por una indagación textual como condición necesaria para salvaguardar el carácter normativo de la constitución. Konrad Hesse, Escritos de derecho constitucional, pp.184-185.

¹²¹ Naranjo Meza, Teoría constitucional e instituciones políticas, p.411.

¹²² Franco de la Cuba, La Interpretación Jurídica.

interpretar con otras del ordenamiento a fin de evitar la contradicción que puede surgir de una lectura unilateral y aislada del precepto. Más que un simple método se considera como una exigencia emanada de la pretensión de sistematicidad del derecho, del principio de no contradicción,¹²³ pues solo mediante un proceder sistemático es posible una construcción dogmática¹²⁴.

Muchos autores sostienen que el método sistemático de interpretación constitucional es el más útil. Desde la Carta Magna, que tiende a constitucionalizar el ordenamiento, la certeza del derecho se fundamenta en la certeza de la Constitución, lo cual no quiere decir que se eleve a rango constitucional todo el ordenamiento, sino que este se encuentra férreamente sometido a los preceptos de la Constitución. Para ello se utilizan principalmente dos procedimientos.¹²⁵

El primero consiste en prevenir el contenido de leyes futuras, asegurando la regularidad de un precepto. El segundo, adopta el mecanismo sistemático en el sentido de interpretar todo el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución, de tal manera que ninguna ley pueda ser interpretada en forma aislada de los textos contenidos en la Ley Fundamental. Así, quien está

¹²³ La SC se ha manifestado expresando que la interpretación sistemática es aquella que intenta dotar a un enunciado de un significado sugerido desde el mismo sistema o contexto del que forma parte. Este sistema está compuesto por el conjunto de preceptos conectados ya sea por la identidad de la fuente que los contiene, porque derivan de una misma materia, tienen la misma proyección institucional, son utilizadas por el mismo aplicador, o son derivables formalmente de una sola fuente. Ahora bien, esta coherencia o conexidad no se presume ni se debe entender como un dogma del ordenamiento jurídico, sino que opera como una carga argumental para el intérprete que busca la eficacia de la Constitución como unidad. Así, el aspecto central de la interpretación sistemática está en la delimitación del contexto de la disposición interpretada que se va a considerar relevante para la determinación de su significado, de tal forma que en todos los casos se posibilite el “efecto útil” de las disposiciones constitucionales.

¹²⁴ Bernardita Pérez Restrepo, *Modulo sobre derecho constitucional I, parte interpretación*, Colección Darío Manuel Gaona Cruz, (Colombia: 1994), p.129.

¹²⁵ Sentencia de inconstitucionalidad, Referencia: 7-2011, (El Salvador: Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 2011)

encargado de la aplicación del derecho debe comprobar, en primer término, que un precepto de carácter concreto se encuentra adecuado a lo establecido por la Ley Fundamental. La interpretación sistemática es considerada como la base de los métodos de interpretación, entendida como la unidad y coherencia de todo el sistema jurídico con fundamento en la Constitución, el cual, debe tener en cuenta los intereses sociales¹²⁶.

3.3.3.4 Método histórico

Este sistema consiste en indagar los antecedentes o raíces históricas de la norma constitucional para desentrañar su espíritu. Para ello se tienen en consideración las motivaciones y circunstancias que en su momento llevaron a su adopción por parte del constituyente, así como el proceso realizado para tal efecto. Se tienen en cuenta también las circunstancias sociopolíticas y, según el caso, económicas y culturales que rodearon el momento de la consagración de la norma¹²⁷. Los textos indeterminados o abiertos tienen que ser especificados mediante el empleo de criterios o elementos adicionales así, para algunas constituciones del mundo, el texto es usualmente completado con cuidadosos estudios históricos sobre el significado original de la Constitución¹²⁸.

3.3.3.5 Interpretación teleológica

Es la que busca el significado de un precepto de acuerdo con su finalidad, y posee también relevancia a la hora de interpretar el texto constitucional. Sin

¹²⁶ Naranjo Meza, Teoría constitucional e instituciones políticas, p.413.

¹²⁷ *Ibidem*, p.414.

¹²⁸ Diego López Medina, *Interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, (Nicaragua: Universidad nicaragüense de estudios humanísticos, 2012), p.58

perjuicio de que cada precepto constitucional puede tener su finalidad, hay que destacar que hay un sistema constitucional de valores y principios que determinan los fines de la Constitución y del resto del ordenamiento¹²⁹. La finalidad de la norma constitucional es la protección, garantía de la libertad y la dignidad del hombre. Por consecuencia, la interpretación de la ley fundamental debe orientarse siempre hacia aquella meta suprema¹³⁰.

Por lo que este método se dirige a la interpretación acorde a la finalidad perseguida por el dispositivo, pues su objeto lo constituye el sustento jurídico y filosófico del enunciado, lo cual resulta pertinente pues los enunciados legales son el cauce a través del que se expresan ciertos contenidos de voluntad o intenciones. El texto legal es solamente el vehículo, más o menos fiel o más o menos certero, de esas intenciones¹³¹.

3.3.3.6 interpretación práctica

Este método consiste en que la constitución debe ser interpretada con un criterio amplio, liberal, práctico y nunca estrecho, limitado de manera que, en la aplicación práctica de sus disposiciones se cumple cabalmente los fines que la informan.

3.3.3.7 interpretación Semántica

La Constitución debe ser entendida en su sentido general y común, a menos que resulte claramente de su texto que el constituyente quiso referirse a su

¹²⁹ Díaz Revorio, La interpretación Constitucional y la jurisprudencia Constitucional, p.16.

¹³⁰ Francisco Bertrand Galindo, et.al., *Manual de Derecho Constitucional I*, 3ª Edición, (El Salvador: Centro de información jurídica Ministerio de Justicia, 1998), p.217.

¹³¹ Juan Antonio, García Amado. "La interpretación constitucional", en Revista jurídica de Castilla y León, N° 2, Castilla y León, 2004, p.39.

sentido legal técnico; y en ningún caso ha de suponerse que un término constitucional esta de mas, sino que su utilización obedeció a un designo preconcebido de los autores de la ley suprema. La primera fuente de interpretación de la Constitución es su letra, por lo que las palabras deben entenderse empleadas en su verdadero sentido¹³².

3.3.3.8 interpretación progresista

La Constitución, en cuanto instrumento de gobierno permanente, cuya flexibilidad y generalidad le permite adaptarse a todos los tiempos y circunstancias, ha de ser interpretada teniendo en cuenta, no solamente las condiciones y necesariamente existentes al momento de su sanción, sino también las condiciones sociales, económicas y políticas que existen al tiempo de su interpretación, a la luz de los grandes fines que informan a la ley suprema del país¹³³.

3.4 Interpretación de los Derechos Fundamentales

Los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados en un ordenamiento jurídico concreto. Es decir, son los derechos humanos concretados espacial y temporalmente en un Estado concreto. Y por su importancia los derechos fundamentales requieren una serie de pautas hermenéuticas distintas a las reglas de interpretación aplicables al resto del ordenamiento jurídico. En este sentido dentro de los criterios de interpretación de los derechos fundamentales encontramos los siguientes.

¹³² Francisco Bertrand Galindo, et al., Manual de Derecho Constitucional I, p.21.

¹³³ *Ibidem*, pp.219-220.

3.5 Criterios de interpretación de los derechos fundamentales

3.5.1 Posición preferente de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales gozan de una posición preferente en el ordenamiento jurídico. Desde una perspectiva estrictamente formal, ello se deriva de la ubicación de los derechos dentro del texto constitucional y, desde una perspectiva material, de la instrumentalidad del ordenamiento estatal para su respeto¹³⁴. En la mayoría de los casos, los derechos fundamentales se encuentran dentro de las constituciones nacionales, y son considerados por estas como normas básicas.

Si no están contenidos constitucionalmente, se encuentran vinculados a ellas directamente por medio de los tratados internacionales. Al ser introducidos dentro de las normas fundamentales de los ordenamientos, ocupan dentro de él, un lugar preferente.

Se puede agregar que no necesariamente deben estar constitucionalizados los derechos, para que sean considerados como fundamentales y les sean otorgadas las garantías y protección correspondientes, también se deben tratar como tales, los derechos humanos que se encuentran dentro del ordenamiento jurídico secundario.

Esta posición preeminente hace que todo el ordenamiento deba ser interpretado de acuerdo a los derechos fundamentales, de manera que estos resulten más eficaces, y desarrollen su mayor potencialidad, es decir, debe

¹³⁴ Edgar Carpio Marcos, *La interpretación de los Derechos Fundamentales*, (Lima, Perú: Palestra Editores, 2004), p.477.

llevarse a cabo la interpretación más favorable a los derechos fundamentales¹³⁵.

3.5.2 Principio de proporcionalidad

Es una técnica cuyo ámbito de actuación está esencialmente delimitado a la intervención estatal en los derechos fundamentales. Es decir, sirve como criterio de evaluación cada vez que so pretexto de optimizar un bien colectivo, el legislador introduce una disminución sobre lo protegido por un derecho fundamental¹³⁶.

La función del principio de proporcionalidad, que no es exclusivo de la interpretación de estos derechos; es estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales, que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones.

Este principio constituye un instrumento para controlar cualquier acto de los poderes públicos, es decir, es una técnica tendente a que la consecución de

¹³⁵ Sin embargo, los alcances del principio no son del todo claros, pues ha sido objeto de diversos desarrollos. Según algunos, los derechos fundamentales, en su totalidad, deberían prevalecer siempre sobre los bienes o aspiraciones colectivas, precisamente en atención a su posición preferente en el ordenamiento jurídico. Para otros, como Carlos Ayala Corao, la posición preferida de los derechos no significa asumir una posición individualista o liberal, que rechace las regulaciones o limitaciones legales a las cuales están sometidos los derechos sin que ello desvirtúe su contenido.

Significa que «cuando estén en conflicto en un mismo plano, normas sobre derechos (humanos y/o constitucionales) y normas sobre poder, la controversia debe resolverse acogiendo la norma contentiva de derechos como privilegiada en rango».

Para otros, con tal principio se aludiría a la existencia de algunos derechos fundamentales axiológicamente más valiosos que otros, de modo que en un supuesto de conflicto entre ellos, el juez debería optar por proteger al de mayor valor. Edgar Carpio Marcos, *La interpretación de los Derechos Fundamentales*, p.478.

¹³⁶ Carpio Marcos, *La interpretación de los Derechos Fundamentales*, pp.516, 517.

los intereses públicos no se haga a costa de los derechos e intereses de ambos. El principio de proporcionalidad requiere que las decisiones interpretativas de un enunciado, exprese un significado necesario para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, habiéndose ponderado las ventajas y sacrificios que esas decisiones producen en el ordenamiento. Este principio demanda, que el valor o bien jurídico sacrificado lo sea únicamente en la medida necesaria para dar efectividad a aquel que goza de prioridad; y, por tanto, a igual efectividad, debe preferirse siempre la solución menos gravosa. Siempre habrá un derecho que se limite para que el otro pueda llevarse plenamente a cabo¹³⁷.

¹³⁷ El principio de proporcionalidad está compuesto por tres subprincipios: el subprincipio de idoneidad, el subprincipio de necesidad, y la ponderación o subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir. Tales exigencias pueden ser enunciadas de la siguiente manera:

a) Idoneidad o adecuación

Este subprincipio se desarrolla en dos vertientes para determinar la licitud de una intervención en un derecho fundamental: 1) aquella medida legislativa debe tener un fin legítimo; y 2) debe ser objetivamente idónea o adecuada para realizarlo, es decir, que por su medio efectivamente pueda alcanzarse una situación que satisfaga el fin a que supuestamente sirve, por ser ella su consecuencia natural.

b) Necesidad o indispensabilidad

Este subprincipio dispone que la medida legislativa que restrinja un derecho fundamental, sea estrictamente indispensable para satisfacer el fin que a aquéllos se intenta oponer, porque: 1) es la menos gravosa para el derecho afectado, entre diversas opciones igualmente idóneas para conseguir el fin mencionado; o 2) no existen opciones para satisfacer el fin perseguido o las disponibles afectan el derecho intervenido en una medida mayor. De no estar ante uno de los supuestos apuntados, la medida en cuestión será ilegítima porque intervendría un derecho fundamental de una manera que no sería estrictamente necesaria, porque existe alguna alternativa menos perjudicial para él, con los mismos resultados para el fin legislativo que se le opone.

c) Proporcionalidad en sentido estricto

Este subprincipio supone una valoración entre un derecho fundamental o principio constitucional y el fin legislativo que origina su menoscabo, a través del examen de los gravámenes que se imponen recíprocamente, para establecer si el beneficio obtenido por dicho fin legislativo, justifica la intensidad en que se menoscaban aquéllos lo anterior es lo que se conoce como ponderación en sentido estricto, que Alexy hace consistir en determinar “cuál de los intereses en conflicto, de igual jerarquía en abstracto, tiene mayor peso en el caso concreto”. Rubén Sánchez Gil, *El principio de proporcionalidad*, México: Instituto de investigaciones jurídicas, Universidad Nacional Autónoma, 2007, pp.40-48.

3.5.3 Moral crítica

Esta consiste en argumentos de naturaleza prescriptiva, y trata de indicar que comportamiento es bueno o justo ante un problema dado. Se debe diferenciar la moral crítica de la moral positiva o social¹³⁸, puesto que esta última es una descripción de lo que, de hecho, se considera bueno o justo en una sociedad específica.

Esta moral crítica debe ser realista y respetuosa con la exigencia de la democracia. Ello significa que no es lo mismo pensar que decidir y, por tanto, deben rechazarse aquellas interpretaciones que, aun estando avaladas por argumentos de filosofía política y moral, conduzcan a soluciones poco viables.

Debe ser respetuoso con el texto interpretado y coherente con la tradición y el contexto de la carta constitucional de que se trate. Los argumentos morales se dan principalmente en la jurisprudencia. Se tiende a interpretar los derechos, tomando en cuenta los precedentes de las decisiones de los tribunales encargados de interpretar los derechos fundamentales; este “criterio” de interpretación se manifiesta no solo en los casos en los cuales el tribunal aplica reiteradamente una regla ya formulada, sino también justamente en los casos en los que la extiende a situaciones con nuevas circunstancias, de igual forma se presenta casos en los cuales, debido,

¹³⁸ Para Josep M, Vilajosana; Se llama Moral Positiva, al conjunto de principios y valores morales que comparten los miembros de un determinado grupo social (que puede englobar a la sociedad en su conjunto o referirse solo a la subclase de la misma). En cambio la Moral crítica es el conjunto de principios y valores morales “esclarecidos” es decir, aquellos que resultan de un proceso de Justificación racional. Josep M. Vilajosana, *Funciones del Derecho: un marco conceptual*, p.284. https://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/vilajosana-funciones_del_derecho.pdf

precisamente a la existencia de una nueva característica, no se puede llevar a cabo esta extensión.

En este sentido, si puede aducirse un precedente, en favor o en contra de una decisión, hay que aducirlo, de igual forma, si alguien quiere apartarse de un precedente, corre este con la carga de la argumentación. Por lo anterior suele decirse que los derechos fundamentales constituyen un auténtico “derecho jurisprudencial”.

3.5.4 Ponderación

El modo de resolver los conflictos entre principios recibe el nombre de ponderación, a veces se habla también de razonabilidad, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad. De las distintas acepciones que presenta el verbo ponderar y el sustantivo ponderación en el lenguaje común, la que mejor se ajusta al uso jurídico es aquella que hace referencia a la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas¹³⁹.

En la ponderación, hay siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflicto, en suma, normas que nos suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión¹⁴⁰.

¹³⁹ Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión. Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, y para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas iusfundamentales implica que, cuando entran en colisión con principios opuestos, esta ordena una ponderación. Alexy, *La Teoría de la argumentación jurídica*, p.116.

¹⁴⁰ Luis Prieto Sanchis, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, (Quito, Ecuador: imprenta V&M gráficas, 2008), p.100.

Para que esta técnica de interpretación no sea subjetiva, se propone tres exigencias a las que este criterio debe ajustarse: a) Se debe de realizar un cuidadoso análisis de las características del caso concreto, tanto en sus aspectos fácticos como en sus aspectos jurídicos; y ello no solo para saber con precisión donde y como se produce la colisión entre valores, sino también porque puede ocurrir que un examen permita solucionar el caso sin sacrificar un valor. b) Se analiza cuál de los dos principios es el más “digno de protección” para el caso concreto, determinándose el grado en que cada uno de los valores en colisión se ve afectado, debe darse prioridad a aquel que pone en juego aspectos más próximos a su núcleo central de significado, pero en ningún caso, un derecho elimina el otro. c) La ponderación no tiene que ser necesariamente la prioridad absoluta de uno de los valores en presencia, a costa del completo sacrificio del otro, la ponderación consiste también en determinar, habida cuenta de las circunstancias del caso concreto, hasta donde hay que optimizar; es decir, radica en encontrar el punto justo de equilibrio entre valores opuestos.

El procedimiento de ponderación es racional, pero no es un procedimiento que en cada caso conduzca a exactamente una única solución. La solución que, después de una ponderación, es considerada como correcta, depende de valoraciones que no son ellas mismas controlables a través del propio procedimiento de la ponderación.

3.5.5 Respeto del contenido esencial

Con esta técnica de interpretación, lo que se pretende es asegurar la vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma que este solo pueda fijar sus límites, al interpretar un derecho, en los estrictos términos que predetermina la propia Constitución. Es decir, si este

límite afecta el contenido esencial del derecho “en realidad no se está limitando el derecho, sino suprimiendo o privando a su titular de su disfrute”.

Robert Alexy manifiesta que, la interpretación objetiva del contenido esencial, que prohíbe la vigencia de una disposición *iusfundamental* sea reducida de formal tal “que pierda toda importancia para todos los individuos o para la mayor parte de ellos”, puede aparecer al lado de las dos teorías subjetivas del contenido esencial, la primera de ellas la teoría relativa, es aquella que queda después de la ponderación; la garantía del contenido esencial se reduce al principio de proporcionalidad.

Por otra parte, la segunda, la teoría absoluta, se refiere a que existe un núcleo de cada derecho fundamental que, en ningún caso, puede ser afectado. El contenido esencial desempeña un importante papel al momento de interpretar los derechos. En este sentido, el legislador, al interpretar el significado de los derechos, es decir, a la hora de legislar sobre los derechos, va a tener como límite la cláusula del contenido esencial, esta opera como límite de la actuación interpretativa.

El contenido esencial es el límite de las limitaciones a los derechos fundamentales a la hora de su interpretación, puesto que si el contenido esencial se vulnera, ya no será posible reconocer los elementos constitutivos que identifican y singularizan el derecho fundamental, en este caso, literalmente desaparecería el derecho completamente¹⁴¹.

La actividad misma de limitar un derecho, debe estar sujeta a un límite final, aquella frontera que permite evaluar si se trata de una tolerable restricción

¹⁴¹ Carolina León Bastos, La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, p.55.

del derecho o, por el contrario, de una constitucionalmente inadmisibles limitación.

Uno de los problemas que enfrenta la teoría de los derechos fundamentales es determinar qué es lo que se puede entender por contenido esencial de los derechos, más allá de considerarse, en términos generales, que ésta constituye la medida mínima, tendencialmente no sacrificable por algún otro derecho o bien constitucionalmente protegido.

Existen diferentes teorías sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales: La teoría absoluta del contenido esencial, aquí se individualizan dos contenidos en cada derecho fundamental: uno accesorio, sobre el que el legislador puede llevar adelante su tarea limitativa, y un contenido esencial, cuya afectación invalidaría la actividad limitadora. Desde este punto de vista, ambos contenidos el esencial y el accesorio se presentarían como elementos identificables y permanentes en todo derecho fundamental. Pero solo el primero el denominado contenido esencial tendría la condición de elemento indisponible para el legislador.

Como ha expresado Luciano Parejo Alfonso, el contenido esencial no puede ser equivalente a mero contenido de los derechos subjetivos públicos. La diferencia entre ambos radica precisamente en la esencialidad, solo aquella parte de los elementos integrantes del contenido que sean absolutamente indispensables para la reconocibilidad jurídica del derecho en cuanto tal puede considerarse constitutiva del contenido esencial. Argumentado con ello el contenido esencial de la Constitución. Lo que significa que no basta evaluar si la limitación efectuada a un derecho fundamental se justifica constitucionalmente, pues pudiendo contar a su favor con buenas razones, resultará ilegítima si llega a dañar el contenido esencial de un derecho.

La teoría relativa del contenido esencial; esta no parte de considerar que en el contenido protegido por cada derecho fundamental exista uno que sea accesorio y otro que sea esencial. El contenido esencial de un derecho se determina en el razonable equilibrio que resulta de la ponderación entre el valor comprometido en el derecho en cuestión y aquel que se encuentra en los otros derechos o bienes constitucionales con los que colisiona. El contenido esencial, según tal teoría, finalizaría por hacer coincidir con el llamado límite de los límites, la mera exigencia de justificar cualquier intervención limitativa en el ejercicio de los derechos fundamentales.

Como no duda en afirmar Robert Alexy, para la teoría relativa el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación. Las restricciones que responden al principio de proporcionalidad no lesionan la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental.

La teoría institucional del contenido esencial; representada por Peter Habermas, se refiere a la dimensión institucional que define el sentido, alcance y condiciones del ejercicio de los derechos fundamentales. De ahí que la protección de contenido esencial debe entenderse como una garantía institucional que hace referencia a los fines objetivamente establecidos por la Constitución y en función de los cuales se reconocen los derechos y libertades fundamentales.

El doble carácter de los derechos fundamentales y las teorías subjetiva y objetiva del contenido esencial; se enfoca en que para la teoría subjetiva la garantía del contenido esencial tendría por objeto proteger a los derechos fundamentales en cuanto reconocedores de un haz de potestades a favor de

los individuos, de manera que cualquier limitación que los impida, terminaría afectando ese contenido esencial.

Según Stein, los derechos fundamentales resuelven el conflicto entre los intereses particulares y los intereses estatales, esencialmente en contra de los intereses estatales.

La primacía de los intereses protegidos por los derechos fundamentales no significa una total postergación del Estado, sino su sometimiento a la misión de proteger los intereses de los particulares. La teoría objetiva, no tendría por objeto proteger el derecho subjetivo, sino la garantía constitucional regulada y organizada según principios de libertad.

Son los institutos que se encuentran en las normas jurídicas constitucionales, de donde se derivan los derechos, lo que realmente se persigue proteger, de manera que sería constitucional que en un caso concreto se afecte el derecho subjetivo de un individuo, si es que tras de ello se busca preservar a los derechos fundamentales entendidos como instituciones¹⁴².

3.5.6 Principio de concordancia práctica

Llamado también de armonización, el cual viene directamente de la interpretación constitucional, y se aplica en general en la interpretación de los derechos fundamentales. Con este principio se pretende optimizar la interpretación de las normas constitucionales entre sí, ya que puede darse una relación de tensión en la práctica de las mismas.

¹⁴² Carpio Marcos, La interpretación de los Derechos Fundamentales, pp.499-505.

En este sentido, la intención es que se alcance la efectividad optima de ambos derechos a interpretar, es decir, la interpretación se llevara a cabo tratando en la mayor medida posible que los dos resulten optimizados, que haya un equilibrio entre ellos y, que en ningún caso se diga que uno de los dos tiene un rango superior al otro¹⁴³.

Debe interpretarse la Constitución de tal manera que no se produzca el sacrificio de una norma constitucional en aras de otra norma del mismo rango. La ponderación de valores o bienes constitucionalmente protegidos es muy importante en la interpretación constitucional¹⁴⁴.

3.5.7 Principio Pro-homine

Este principio tiene como fin acudir a la norma más amplia y a preferir la interpretación más extensiva de ésta al reconocer el ejercicio de un derecho fundamental; o bien, en sentido complementario, aplicar la norma o interpretación restringida al establecer limitaciones al ejercicio de derechos¹⁴⁵.

La pauta interpretativa en referencia, como señala Sagüés, tiene dos variantes: La primera de ellas es la preferencia interpretativa, con respecto del principio *favor libertatis* donde las limitaciones que mediante ley se establezcan a los derechos fundamentales deberán ser interpretadas

¹⁴³ León Bastos, La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, p.56.

¹⁴⁴ Cecilia Donato Mora, *El valor de la Constitución normativa*, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002), pp.67,68.

¹⁴⁵ Beatriz J. Jaimes Ramos, *Los tratados Internacionales de protección de los derechos humanos y su posición en el ordenamiento interno*, España: S.E., 2012), p.13.

restrictivamente y, donde el operador debe interpretar la norma de manera que mejor optimice su ejercicio¹⁴⁶.

Y con respecto del principio de protección a las víctimas o, como alude Bidart Campos, el principio *favor debilis*, es decir que en la interpretación de situaciones que comprometen derechos en conflicto es menester considerar especialmente a la parte que, en su relación con la otra, se halla situada en inferioridad de condiciones¹⁴⁷.

Como segunda variante se ubica la preferencia de normas, esta variante se refiere a que cada vez que una norma de derecho se encuentre en conflicto con una norma de poder, el caso debe ser resuelto escogiendo favorablemente la norma sobre el derecho, puesto que son estas las que orientan las actuaciones de los órganos del poder público¹⁴⁸.

Este principio está dirigido a la realidad y, en ese sentido, está solícita de una interpretación orientada a la efectividad, a la vigencia práctica, material. No solo la voluntad del legislador si no la integración a la realidad de cada caso en particular. Enfocado en evitar la vulneración de un derecho fundamental y la protección de los mismo, interpretando siempre a favor del derecho en cuestión.

¹⁴⁶ Como señala Haberle, está dirigida a la realidad y, en ese sentido, «está solícita de una interpretación orientada a la efectividad, a la vigencia práctica, material. Desde esta perspectiva, en palabras del Tribunal Constitucional Federal Alemán incumbe a la jurisprudencia constitucional descubrir la diferente función de una norma constitucional y en particular de un derecho fundamental. Y al respecto se dará preferencia a la interpretación que más fuertemente despliegue la eficacia jurídica de la norma. Carpio Marcos, La interpretación de los Derechos Fundamentales, p.471.

¹⁴⁷ Carpio Marcos, La interpretación de los Derechos Fundamentales, p.471.

¹⁴⁸ León Bastos, La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, pp.56-57.

3.5.8 Principio In dubio pro-libertate

Este principio alude a la presunción general, propia de todo estado de derecho, de la libertad del ciudadano. Implica que no solo en supuestos dudosos deberá optarse por la interpretación que mejor proteja los derechos fundamentales, sino que también implica concebir el proceso hermenéutico constitucional como labor tendente a maximizar y optimizar la fuerza expansiva y la eficacia de los derechos fundamentales en su conjunto¹⁴⁹.

Asimismo, en caso de duda, cuando agotada la aplicación de todas las reglas de interpretación no resulta posible arribar a una solución precisa y clara, la determinación que se adopte para el caso concreto debe ser en salvaguarda de la libertad comprometida por aplicación del principio *in dubio pro libertatis*¹⁵⁰.

En cada uno de los métodos y principios descritos se refleja la importancia de aplicarlos en conjunto al momento de interpretar los derechos fundamentales, para brindar así una mejor protección y menor vulneración de los derechos, específicamente los enfocados en esta investigación.

Con el fin de no solo dar a conocer los principios o métodos con los cuales se pueden interpretar los derechos fundamentales de la salud y la vida, sino también la aplicación de estos.

¹⁴⁹ *Ibíd*em, p.57.

¹⁵⁰ Flora Esthela Díaz Chacón, *Connotación jurídico legal del principio constitucional pro libertate frente a la prisión preventiva en la legislación ecuatoriana*, (trabajo de grado para la obtención del título de Licenciada en Ciencias Jurídicas, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias políticas y sociales, Universidad Central de Ecuador, Quito, 2014), pp.13-14.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN LA APLICACIÓN DE LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

En este capítulo se analizan las sentencias definitivas en el proceso de amparo enfocándonos en dos derechos fundamentales siendo ellos el derecho a la salud y el derecho a la vida, en cada sentencia destacaremos tres puntos importantes, el primero el análisis del caso en cual abordaremos como se realizaron los hechos que llevaron al proceso de amparo, en segundo lugar desarrollaremos la línea argumentativa destacando cual fue el análisis de los magistrados sobre el caso y que métodos de interpretación se utilizaron y como tercer punto la conclusión final razonando el fallo de los magistrado de la corte suprema de justicia.¹⁵¹

4.1 Análisis de las sentencias definitivas del proceso amparo del derecho de la vida

4.1.1 Referencia 348-99

Al analizar el presente se establece que se inició mediante demanda planteada por el señor Jorge Odir Miranda Cortez, en la que manifestó que la Directora del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, ha violentado en su perjuicio y en el de otros, el derecho a la vida, a la salud y a la no discriminación, ya que no obstante ser poseedor del virus de inmuno deficiencia humana y saberse que existe un tratamiento antirretroviral asociado capaz de repeler su desarrollo inminente, ésta ha omitido proporcionárselo aduciendo falta de recursos económicos.

¹⁵¹ La elección de sentencias de Amparo es en cuanto a los derechos que vulnerados, manteniéndose en cierto rango para proporcionar un estudio claro y conciso.

De forma concreta el actor ha manifestado que el tratamiento al que hace referencia tiene como finalidad, desde el punto de vista biológico, fortalecer el número de células T o CD4 por milímetro cúbico de sangre, dado que una persona que no posee tal virus tienen entre quinientas y mil células de éstas en la proporción aludida, pero quien lo ha desarrollado empieza a reducirlas hasta el grado que, llegando a doscientas, el tratamiento se vuelve indispensable. Consecuentemente al omitirse proporcionar el tratamiento, se violentan derechos constitucionales por el Estado.

Considera además el actor que se le ha vulnerado su derecho a la salud dado que ante las condiciones de salud perjudicadas, se deben recibir los tratamientos y medicamentos necesarios y eficaces para la recuperación y que asimismo se deben recibir tales tratamientos con los avances científicos y farmacológicos respecto de la eficacia esperada.

Al respecto, la autoridad demanda ha manifestado básicamente que, la Institución a su cargo, luego de detectar el padecimiento del señor Miranda Cortés del virus VIH (SIDA) le proporcionó atención médica de consulta y hospitalización especializada, observando con ello lo que la Constitución y la Ley del Seguro Social vigente establecen al regular el ámbito de la seguridad social en el país; es decir, dar atención médica a los enfermos cubiertos por el Seguro Social dentro de las limitaciones que fije la ley en referencia.

La Sala Argumentó en cuanto a la vulneración del derecho a la salud y del derecho a la vida, hace un análisis conjunto de ambos derechos en la situación planteada, precisamente por la indisolubilidad que existe de ambas categorías, en este caso en particular. Se ha invocado vulneración de una y de otra dado que el artículo 2 y el 65 de la Constitución mandan al Estado a

proteger y garantizar ambos derechos a través de las herramientas que ella misma ha proporcionado.

La Sala de lo Constitucional utiliza el método sistemático¹⁵² en el sentido que el Instituto Salvadoreño del Seguro Social es una institución que posee sus propias políticas internas de trabajo y de atención a los usuarios, sin embargo y no obstante su sustantividad orgánica, está sometida al control constitucional por todos aquellos actos que, por acción u omisión, lleve a cabo y haya dudas sobre su constitucionalidad.

Es utilizado dicho método, en razón de querer brindar la posibilidad de integrar las disposiciones constitucionales al momento de realizar la interpretación de las mismas, de manera que el resultado interpretativo sea manifestación del contenido de todas las normas constitucionales que guarden relación con la disposición en concreto que se interpreta.

Por lo tanto, con esa finalidad la Sala expresa que dicha Institución responde a la esencia de la protección de la salud el artículo 2 en coordinación con el 65 de la Constitución, donde se prevé la necesidad de crear herramientas e instituciones idóneas para la garantía de los derechos fundamentales de las personas. Para el caso, específicamente, la protección del derecho a la vida a través del Instituto Salvadoreño del Seguro Social.

¹⁵² Este criterio, engloba tres argumentos: el argumento a *coherentia*, según el cual los enunciados legales han de interpretarse teniendo en cuenta que no pueden expresar normas incompatibles; el argumento sedes *materiae*, por el que se atribuye un significado normativo a un precepto dudoso teniendo en cuenta el lugar que ocupa el texto normativo del que forma parte; y el argumento sistemático en sentido estricto, que atribuye un significado normativo a un enunciado teniendo en cuenta otros preceptos o normas, esto es, al “contexto”. Díaz Revorio, *La interpretación Constitucional y la jurisprudencia Constitucional*, p. 14.

Logrando así, la protección del artículo relacionado, manteniendo una situación estable para todos los habitantes del territorio Salvadoreño.

El derecho a la vida es un derecho que posibilita la existencia de los demás; en tal sentido fusionar los conceptos implica que la procuración de salud en una persona es la procuración de que viva dignamente. En consecuencia, la violación a la Constitución en el caso *sub judice*, puede perfilarse más que como una vulneración a la salud como la violación a la misma vida del señor Jorge Odir Miranda Cortez.

Debe entenderse, entonces, que la política nacional de salud en dicho ámbito habrá de ir orientada a garantizar la asistencia y prestaciones de salud suficientes ante las necesidades que presente el asegurado. Otro criterio de interpretación que utilizó la Sala es el contenido esencial en cuanto al derecho a la salud, la constitución se refiere a él como categoría fundamental de obligada garantía y protección respecto de todas las personas. El contenido esencial del mismo radica en el deber de toda persona de velar por un bienestar físico y mental a través de medidas preventivas o de restablecimiento.

En este caso, esta Sala ha concluido que la autoridad demandada no ha proporcionado la triple terapia o terapia antirretroviral asociada al señor Jorge Odir Miranda Cortez.

También ha ultimado que tal terapia, en términos generales, es capaz de producir sustancialmente una mejoría en los enfermos de tal suerte de permitir incluso su reincorporación a la vida laboral. Es posible reconocer indudablemente que aquella omisión es violatoria de la Constitución. Precisamente del derecho a la vida establecido en el artículo 2 de la

Constitución. La Sala de lo Constitucional en esta sentencia de amparo declaro ha lugar el amparo solicitado por el señor Jorge Odir Miranda Cortez, contra la omisión atribuida a la Directora del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, por haberle vulnerado sus derechos a la vida y a la salud de conformidad a los artículos 2 y 65 de la Constitución.

Los criterios de interpretación utilizados en el caso del señor Jorge Odir Miranda Cortez los consideramos acertados, pues que están protegiendo los derechos fundamentales que fueron violentados por la Directora del Instituto Salvadoreño del Seguro Social en el cual dicha institución está sometida al control constitucional.

4.1.2 Referencia 310-2013

El presente proceso se inició mediante demanda dirigida en contra del Dr. Roberto Edmundo Sánchez Ochoa, Director; Lic. Jorge Alberto Morán Funes, Jefe de la Unidad Jurídica; y Dr. Guillermo Antonio Ortiz Avendaño, Jefe del Servicio de Perinatología, todos del Hospital Nacional Especializado de Maternidad "Raúl Argüello Escolán", los demandantes manifestaron que la señora B.C. padece de lupus eritematoso sistémico con manifestaciones discoides agravado con nefritis lúpica y que, tenía aproximadamente 18 semanas de embarazo de un feto con anencefalia incompatible con la vida extrauterina. Frente a ello, la señora B.C. fue trasladada a ese último hospital con el objeto de discutir y emitir un plan de manejo perinatal, para lo cual se realizó un examen que confirmó la malformación en cuestión.

En vista de la gravedad de la madre y del feto, el Jefe del Servicio de Perinatología del Hospital Nacional de Maternidad solicitó la opinión del Comité Médico de dicho nosocomio, quien concluyó que "la única forma de

disminuir el riesgo de morbi-mortalidad materna frente a la nula probabilidad de vida extrauterina del feto con anencefalia es la interrupción del embarazo"; posibilidad que, no obstante ser la mejor opción según el saber médico.

El Jefe de la Unidad Jurídica del referido hospital ha requerido opinión sobre el caso a la Junta de la Protección de la Niñez y de la Adolescencia. Al respecto, aseveraron que el Director del mencionado nosocomio ha expresado que no puede "hacer nada hasta que el Ministerio Público, cualquiera de sus tres instituciones se pronuncien"; situación que, en su opinión, agravar la salud y poner en riesgo la vida de su representada.

La parte demandada manifestó que tal situación no ha impedido la omisión de brindar a la señora B.C. la asistencia debida, pues se le ha dado el tratamiento requerido para evitar complicaciones en su salud y para preservar su vida, mientras se buscan otras alternativas que sean viables para resguardar su existencia física y asegurar la legalidad de las actuaciones del equipo médico.

Alegaron que no es cierto que se haya expresado a la paciente B.C. que no se actuaría hasta que el Ministerio Público se pronunciara sobre el caso. le explicaron a la referida señora que mientras esperaban las opiniones legales respectivas debía permanecer internada en el hospital a efecto de monitorear su estado de salud, sin embargo, aquella se negó a acatar la indicación médica.

En este caso se pronunciaron dos instituciones públicas la primera de ella es la fiscalía general de la republica manifestando que no está facultado para emitir apreciaciones técnicas sobre conductas que no se han consumado,

menos como consultor en lo relativo a autorizar la interrupción de un embarazo.

La segunda institución es La Procuraduría General de la República manifestando, que la Procuradora Auxiliar de San Salvador, licenciada Sandra Yanira Coto de Alvarenga expresó que no debía existir oposición para practicar en la paciente B.C. el procedimiento médico quirúrgico que los profesionales en medicina estimen a bien y consideren pertinente e idóneo, a fin de garantizar su derecho fundamental a la vida.

La Procuradora General de la República acotó que debía analizarse la posibilidad de proteger los derechos de ambos mediante "la anticipación o inducción del parto", con lo cual no se estaría beneficiando o empeorando el destino del nasciturus, ya que su fallecimiento sería lamentablemente la consecuencia inmediata de su patología congénita, no así por una acción humana dirigida a provocar la muerte durante la gestación.

La Sala de lo Constitucional en dicha sentencia de amparo presenta como criterios de interpretación el método sistemático basándose en que la vida humana desde el momento que es señalado por el constituyente exige al Estado, como principal obligado a garantizar su protección, la creación y la implementación de las políticas públicas, los mecanismos y los procedimientos idóneos y necesarios para brindar al binomio madre-hijo equivalentes oportunidades de goce del referido derecho fundamental.

Por consiguiente, este tribunal sostiene que los derechos de la madre no pueden privilegiarse sobre los del nasciturus ni viceversa; asimismo que existe un impedimento absoluto para autorizar la práctica de un aborto por contrariar la protección constitucional, Art. 1 inc. 2 Cn.

El otro método empleado en la sentencia es el método de la ponderación, el cual consiste en determinar, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, cual es el derecho que debe prevalecer en su ejercicio práctico. De acuerdo con esta herramienta cuando existe un conflicto de normas iusfundamentales, debe buscarse un equilibrio entre ellas o si dicho equilibrio no es posible, decidirse en el supuesto concreto, teniendo en cuenta sus circunstancias específicas de cual norma debe prevalecer.

En este caso la parte actora ha establecido una posible colisión generada entre el derecho a la vida y a la salud, por un lado, y el derecho a la vida del no nato que lleva en su vientre, por el otro, requerirá la aplicación de una ponderación y tendrá por objeto determinar un equilibrio entre el ejercicio de los derecho de aquella y el ejercicio de los derechos del nasciturus o, en su defecto, establecer cuál de ellos debe prevalecer. Solo en determinado casos puede justificarse que el ejercicio de unos ceda a favor del de otros, y es que no es posible resolver un conflicto de derechos anulando siempre un derecho fundamental para privilegiar a otro, ello supondría su jerarquización, lo cual no tiene fundamento en nuestra ley suprema.

Otro de los métodos implementados por la Sala en cuestión es el contenido esencial, puesto que el derecho requiere una protección estatal activa y pasiva contra los riesgos que puedan sufrir, de ahí que se deba implementar medidas que tiendan a la prevención de cualquier situación que la lesione o restablezca el derecho a la salud.

También se implementó el principio de concordancia práctica planteando esta Sala que los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos sean coordinados de modo que en la solución del problema, todos ellos conserven su entidad, y ahí donde se produzca colisiones no se debe

realizar el uno a costa de otros. Derivándose de este el principio de unidad de la Constitución.

Como conclusión final, la Sala ha reafirmado que la función de concretar el alcance de los derechos fundamentales en las relaciones horizontales o entre particulares corresponde en un primer término al Legislativo, mediante la regulación del contenido y las condiciones de ejercicio de los mismos.

La ley, en efecto, puede fijar las pautas para una correcta articulación entre el derecho de que se trate y los bienes o derechos con los que pueda entrar en conflicto, otorgando preferencias que dependerán de cada caso concreto.

Por ello, son inconstitucionales las leyes que, con el fin de salvaguardar el derecho de una de las partes establecieran, prevalencias a priori, es decir, que reconocieran formalmente la existencia de ambos derechos, pero que no resolvieran los posibles casos de conflicto ni reconocieran que un derecho fuera posible límite del otro, sino que optaran por soslayar uno de ellos de manera abstracta.

En ese orden de ideas, afirmó que desde la Constitución se impone el deber de criminalizar las diversas formas en que pueda ocurrir un aborto voluntario doloso cometido por la propia madre o con asistencia de otros, en la medida que comporta un bien jurídico digno de tutela penal; pero por otro lado, también se impone el de regular jurídicamente las controversias surgidas del conflicto entre la vida humana intrauterina y los derechos constitucionales de la madre. Y tal solución normativa se encuentra regulada en el ámbito del estado de necesidad justificante y exculpante, como elección de la legislación salvadoreña.

En ese sentido La Sala declara que no ha lugar el amparo promovido por la señora "B.C" en contra del Director y del Jefe del Servicio de Perinatología, ambos del mencionado centro hospitalario, por la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, pero las autoridades de salud demandadas están obligadas a continuar monitoreando el estado de salud de la peticionaria y a brindarle el tratamiento que en cada momento resulte idóneo para su condición médica, así como a implementar los procedimientos que, según la ciencia médica, se estimen indispensables para atender las futuras complicaciones que se presenten.¹⁵³

4.1.3 Referencia 418-2013

En el análisis del caso, el día veintiocho de mayo del año dos mil catorce, es emitida por la Sala de lo Constitucional la sentencia de amparo que ha sido promovido por la señora Dina Esmeralda H. M., en contra de la Ministra de Salud Pública y Asistencia Social, por la vulneración de sus derechos

¹⁵³ Resolución del 29 de mayo de 2013 medidas provisionales respecto de El Salvador caso "Beatriz" La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su resolución utilizó como criterio de interpretación el método sistemático y el método de ponderación, la Corte dispone que el Estado adopte y garantice, de manera urgente, todas las medidas que sean necesarias y efectivas para que el personal médico tratante de la señora B. pueda adoptar, sin interferencia, las medidas médicas que consideren oportunas y convenientes para asegurar la debida protección de los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana y, de este modo, evitar daños que pudiesen llegar a ser irreparables a los derechos a la vida y la integridad personal y a la salud de la señora B. Las normas de la Convención Americana permiten un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto, de modo que es incorrecto alegar protección absoluta e incondicional de la vida en gestación; por el contrario, de su interpretación sistemática se desprende la necesidad de ponderar, en el supuesto concreto, el derecho a la vida de cada extremo del binomio madre-hijo.

fundamentales a la vida, a la salud y de petición, contemplados en los arts. 2, 18 y 65 de la Cn.

La parte actora manifestó que desde hace varios años padece de la modalidad de cáncer denominado melanoma maligno clase IV, por lo que recibe quimioterapias en el Hospital Nacional Rosales, señaló que los especialistas del citado nosocomio no le han brindado una asistencia adecuada y efectiva para apaliar los efectos colaterales de dicho tratamiento, razón por la cual, mediante el escrito presentado el 14-XI-2012, solicitó a la Ministra de Salud Pública y Asistencia Social que trasladara su caso al Instituto del Cáncer o a otra institución especializada en esta enfermedad; sin embargo, la citada funcionaria aún no ha dado respuesta a su petición.

Al rendir su informe, la funcionaria demandada sostuvo que, en el escrito de fecha 9-XI-2012, presentado en el Despacho Ministerial el 14-XI-2012, la señora H. M. únicamente señaló un número telefónico y facultó a los señores José Alfonso Orellana Orellana y Emilia Ardón Henríquez para recibir notificaciones, omitiendo indicar el lugar en el que podían realizarse los actos de comunicación. Pese a tal situación, sostuvo que, el 15-XI-2012, una colaboradora de la Unidad del Derecho por la Salud del Ministerio de Salud (MINSAL) se comunicó con el señor José Alfonso Orellana Orellana por medio del número telefónico indicado, a quien se le solicitó mayor información sobre el caso de la señora H. M., a fin de gestionar las acciones pertinentes para que se le brindara una mejor atención en el Hospital Nacional Rosales.

Se le explicó el procedimiento y los supuestos en los que opera el traslado de casos al Instituto del Cáncer y, además, se le requirió una dirección para

recibir notificaciones; sin embargo, el aludido señor se negó a facilitar los datos solicitados y manifestó que acudiría a las instancias pertinentes. Por tales motivos, argumentó que no ha podido dar respuesta escrita a la petición de la actora.

Por otra parte, arguyó que la señora H. M. ha recibido la atención y el tratamiento médico adecuado para su padecimiento desde que acudió al sistema de salud público. Aclaró que si el tratamiento aplicado no satisface las expectativas de la paciente la institución no puede destinar fondos públicos para que esta reciba atención en la red privada de salud, pues el Hospital Nacional Rosales cuenta con los especialistas y los recursos idóneos para brindar la asistencia requerida; razones por las cuales considera que tampoco se han vulnerado los derechos a la salud y a la vida de la actora.

La Sala de lo Constitucional argumentó en dicha sentencia de amparo presenta como criterios de interpretación el principio de concordancia práctica haciendo referencia a las Sentencias emitidas en los procesos de amparo con referencias: 674-2006 y 166-2009, en las cuales se expresó que del derecho a la vida depende el ejercicio y goce de otros derechos contemplados en la Constitución, por lo que el Estado es el principal obligado a procurar a los habitantes la conservación y tutela de su existencia física.

Exponiéndose que este derecho fundamental comprende dos aspectos fundamentales: (i) referido al derecho a evitar la muerte, lo cual implica la prohibición dirigida a los órganos estatales y a los particulares de disponer, obstaculizar, vulnerar o interrumpir el proceso vital de las personas; y (ii) relacionado al derecho de estas a tener acceso a los medios, circunstancias

o condiciones que les permitan vivir de forma digna, por lo que corresponde al Estado realizar las acciones positivas pertinentes para mejorar la calidad de vida de las personas.

En sentencias emitidas en los procesos de amparo 648-2011 y 166-2009, respectivamente, se definió a la salud, en sentido amplio y se apuntó que no se reduce a un simple objetivo o fin a alcanzar por el Estado, sino que, además, se perfila como un derecho fundamental que posee toda persona a acceder a los mecanismos que han sido dispuestos para asegurar la prevención, asistencia y recuperación de la salud.

Se aplicó ese principio de concordancia práctica, porque la misma Sala en reiteradas ocasiones ha expresado que el intérprete de la Constitución no puede en ningún momento sustraerse a la realidad imperante en el tiempo en que ejerce su labor.

Y no se utilizó el método literal, por ser insuficiente por el carácter abierto de las normas constitucionales. Debido a que la misma en reiteradas ocasiones ha mencionado esa situación, refiriéndose al método literal.

Como conclusión, expresa que siendo el derecho a la salud considerado como un derecho fundamental, que posee toda persona se puede acceder a los mecanismos que han sido dispuestos para asegurar la prevención, asistencia y recuperación, en los términos previstos en los arts. 2 y 65 de la Cn. y la legislación de la materia.

Por ello, con base en lo dispuesto en los arts. 65 al 69 de la Cn., se han diseñado dos sistemas o regímenes para acceder a los servicios de salud pública, a saber: (i) el contributivo, al cual pertenecen los sujetos vinculados

laboralmente, los independientes con capacidad de pago y los pensionados, a quienes se retiene un porcentaje mensual de la pensión para acceder a la red de servicios de salud respectiva; y (ii) el subsidiado por el Estado, al que recurren aquellos que no se encuentran dentro del referido sistema de seguridad social y no pueden asumir los costos de una asistencia médica privada. Y en el presente caso, se logra establecer según las pruebas aportadas que la autoridad demandada no realizó las actuaciones pertinentes para notificar de manera efectiva a la parte actora, por cuanto le vulneró el derecho de petición de la actora, incidiendo negativamente en sus derechos a la salud y a la vida.

Por lo tanto, se declara ha lugar el amparo promovido por la señora Dina Esmeralda H. M., contra la Ministra de Salud Pública y Asistencia Social, por la vulneración de sus derechos de petición, a la salud y a la vida.

Se ordena a la autoridad demandada pronunciar y notificar, en el plazo de 5 días, la resolución que dé respuesta a la petición que le formuló la señora H. M. por medio del escrito presentado atendiendo las consideraciones efectuadas en esta sentencia.

4.2 Análisis de las sentencias definitivas del proceso amparo del derecho de la salud

4.2.1 Referencia 166-2009.

El presente proceso se inició mediante demanda planteada por un derecho habiente del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, el señor "A.A.V.C" en contra de actuaciones del Director General y del Jefe del Departamento de

Farmacoterapia, ambos del ISSS, por considerar que estos vulneran sus derechos fundamentales a la salud y a la vida.

El pretensor manifestó que en el año 2000, fue confirmado como portador del Virus de Inmunodeficiencia Humana "VIH", razón por la cual remitieron su caso a la Unidad de Infectología del referido instituto a fin de que se le aplicase el tratamiento terapéutico más adecuado. En dicha unidad fue sometido a una serie de terapias la cual ya no era efectiva para detener el desarrollo inminente del virus y evitar el deterioro de su salud.

Los especialistas en Infectología del ISSS, con base en estudios científicos recientes sobre la efectividad de nuevos fármacos en pacientes que ya no responden a los antirretrovirales tradicionales, recomendaron aplicarle una terapia diferente basada en Raltegravir, razón por la cual el médico encargado de dar seguimiento a su caso solicitó al Jefe del Departamento de Farmacoterapia la compra y suministro del Raltegravir, ya que este no se encontraba dentro del Listado Oficial de Medicamentos del ISSS.

El jefe del Departamento de Farmacoterapia resolvió que no se le otorgaría el Raltegravir, ya que este, además de no encontrarse en el aludido listado, no cumplía con uno de los requisitos exigidos para aprobar su compra y posterior aplicación, esto es que al menos tuviese 5 años de comercialización en el país, por lo que, de acuerdo a lo establecido en la normativa que regula la adquisición de fármacos no incluidos en el Listado Oficial del ISSS, no podía asegurarse la efectividad y viabilidad de su aplicación. Dicha decisión fue confirmada por el Director General del ISSS, el cual, a su parecer, recurrió a los mismos argumentos de índole administrativa para justificar los motivos por los que se le negó el referido antirretroviral.

El pretensor arguyó que las autoridades demandadas, al denegarle el único medicamento que podía mejorar su salud y detener el desarrollo de la enfermedad, provocaron el deterioro de su condición física y colocó en riesgo su vida, razón por la cual alegó vulnerados sus derechos a la salud y a la vida. Pues la ausencia del tratamiento médico adecuado generó que la carga viral aumentase y, con ello, su sistema inmunológico se deteriorase de manera acelerada.

Dicha situación lo obligó a asumir los costos elevados del referido fármaco, para poder aplicarse la terapia de antirretrovirales recomendada por los especialistas del ISSS, con la cual, a diferencia de lo argumentado por los funcionarios demandados, ha experimentado una evidente mejoría en su salud y calidad de vida, tal como lo demuestran los exámenes que posteriormente le fueron practicados en el mismo instituto.

La Sala de lo Constitucional en dicha sentencia de amparo presenta como criterio de interpretación el principio de unidad de la Constitución partiendo de que la interpretación tiene que estar orientada siempre a preservar la unidad de la Constitución como punto de partida de todo el ordenamiento jurídico.

Se aplica dicho principio porque al demandado, por el hecho de ser un funcionario público debe cumplir con lo establecido en la constitución haciéndola prevalecer sobre cualquier ley, decreto, ordenes o resoluciones que la contraríen como lo dispone el artículo 235 de la constitución, en este sentido los requisitos contemplados en el capítulo II, apartado 12 del manual de normas y procedimientos del ISSS para el “control de medicamentos no incluidos en el listado oficial (NILO) para pacientes específicos” puesto que el tiempo de la comercialización del fármaco para aprobar su adquisición, se

encuentran en contradicción con el contenido de la Constitución, ya que su aplicación vulneraba los derechos fundamentales de la salud y por consiguiente el derecho a la vida, estrechamente vinculados.

Al respecto, si bien se advierte que el funcionario demandado ajustó su conducta a lo regulado en el marco legal que determina sus facultades y los límites de sus atribuciones, se debe recordar que tanto las autoridades superiores del ISSS -esto es, el Consejo Directivo y el Director General- como todas aquellas que en virtud de la Ley del Seguro Social realizan funciones que inciden en el ejercicio de los derechos fundamentales de los asegurados, tienen el deber de cumplir con la Constitución frente a cualquier ley, decreto, orden o resolución que contraríe su texto.

La Sala de lo Constitucional emitió su pronunciamiento, interpretando los preceptos legales o reglamentos relacionados al caso valorando los alcances y límites de los derechos que se alegan vulnerados a la luz de la Constitución que reconocen el derecho en cuestión, interpretando dichas normas constitucionales y emitiendo así su decisión. Declarando así ha lugar el amparo promovido por el señor "A.A.V.C.", en contra de las actuaciones del Jefe del departamento de farmacoterapia del referido instituto.

Se perfilar la correcta interpretación¹⁵⁴ que ha de darse a la norma constitucional que reconoce el derecho en cuestión, lo cual indudablemente es de utilidad no sólo a los tribunales, sino también a las autoridades y

¹⁵⁴ La interpretación constitucional tiene como finalidad elegir la solución más correcta constitucionalmente hablando, así como la defensa de la formula política en el sentido de que no es posible actuar la constitución si no se respeta su contenido esencial y si no se interpreta y actúa esta, esto por cuanto, también la orientación política es interpretada al mismo tiempo que se interpreta la disposición misma en la cual aquella viene insertada.

funcionarios de los otros órganos del Estado para resolver los supuestos análogos que se les presenten. Y es que no debe olvidarse que las autoridades públicas al ser investidas en sus cargos, por un lado, asumen el deber de cumplir con lo establecido en la Constitución, ateniéndose a su texto.

4.2.2 Referencia 188-2009

El presente proceso se inició mediante demanda dirigida contra el ministro de medio ambiente y recursos naturales por haber emitido permiso ambiental otorgado a favor de la sociedad Eléctrica del Cerén, S.A. de C.V., para la realización del proyecto denominado “Eléctrica del Cerén”, los demandantes presentaron un escrito que contenía una serie de observaciones y su oposición al estudio de impacto ambiental realizado, así como al otorgamiento del permiso solicitado por la sociedad peticionaria.

Alegaron de igual forma que la autoridad demandada, realizó una someras inspecciones y a pesar de que en la oposición presentada se realizó una valoración de las problemáticas que se señalaban dentro del mismo estudio de impacto ambiental, concedió el permiso que el titular del proyecto había solicitado, poniendo en grave riesgo el medio ambiente y la salud de los habitantes. Los demandantes habían requerido ser continuamente informados de los resultados de los trámites para la obtención del permiso el cual nunca fue realizado, los demandados alegaron que esta actitud del demandante causo un daño a sus derechos de audiencia, defensa, a la salud y al medio ambiente sano.

En este sentido, manifiestan que la adopción de medidas para la conservación del derecho a la salud que tiendan a la prevención de

cualquier situación que lo lesione o ponga en riesgo, también es facultad del ministerio del medio ambiente y recursos naturales “MARN”, pues dicha Secretaría de Estado es la institución encargada de autorizar la realización de proyectos (previo análisis de los respectivos estudios de impacto ambiental) que pueden tener una incidencia negativa en el medio ambiente y, en consecuencia, provocar daños en la salud de la población.

Y es que, al ser el medio ambiente un elemento determinante para la salud, se infiere que el control y la prevención de los riesgos ambientales constituyen una prioridad para la efectiva protección de la salud de la población. Así, la tutela integral de este derecho requiere de un medio ambiente adecuado, libre de contaminación y degradación para evitar poner en peligro el bienestar de las personas.

El Ministro de medio ambiente y recursos naturales expresó que el proyecto denominado “Eléctrica del Cerén”, explicó que las observaciones presentadas por los opositores del mencionado proyecto se encontraban descritas y ponderadas bajo criterios estrictamente técnicos que constaban en la “matriz de ponderación de impactos y medidas ambientales”. Dichas observaciones fueron trasladadas al titular del proyecto y, posteriormente, superadas técnicamente por este mediante adendas complementarias al estudio de impacto ambiental.

Asimismo manifestó que, luego de haberse sustanciado el trámite establecido en la LMA, se otorgó el permiso ambiental de ubicación y construcción a la sociedad Eléctrica del Cerén. Y que, debido a la complejidad del proyecto y en aras de garantizar la salud y el medio ambiente, se estableció dentro de las condiciones de cumplimiento obligatorio del citado permiso la elaboración de un protocolo de pruebas, el

cual constituye la fase de verificación del funcionamiento de la tecnología propuesta, así como de los sistemas para prevenir y controlar la potencial emisión de contaminantes.

La Sala de lo Constitucional en dicha sentencia de amparo presenta como criterio de interpretación el método sistemático, el Ministro demandado, al interpretar de manera meramente literal y restrictiva el art. 25 de la LMA, ha ocasionado vulneraciones a los derechos fundamentales de audiencia, defensa, a la salud y al medio ambiente sano de los actores. Al respecto, si bien se advierte que el funcionario demandado ajustó su conducta a lo literalmente prescrito en el marco legal que determina el procedimiento de evaluación ambiental, se debe recordar que tanto él como todas aquellas autoridades del MARN que participen en la tramitación de dicho procedimiento y, por ende, realicen funciones que incidan en el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, tienen el deber de cumplir con la Constitución frente a cualquier ley, decreto, orden o resolución que contraríe su texto.

Como conclusión la Sala expresa que el MARN desempeña un papel trascendental en el respeto al derecho a la salud, al ser una institución que se encuentra en la obligación de participar y colaborar en el cumplimiento de la política nacional de salud debido a la estrecha vinculación que existe entre este derecho y la protección, conservación y recuperación del medio ambiente.

Se concluye, que la actuación del Ministro de medio ambiente y recursos naturales ha transgredido también los derechos a la salud y al medio ambiente sano de los demandantes, específicamente al realizar una medida de prevención que no posibilita una adecuada participación de las personas

que se consideran afectadas y, por tanto, que no garantiza un efectivo control por parte de estas sobre la ponderación que la aludida autoridad debe realizar.

En este sentido la sala declaro ha lugar el amparo solicitado por los señores Carlos Arístides Mejía, Claudia María Evangelista Ramos, Rosa Cristina Urquía de Mejía y Patricio Guardado Díaz, contra actuaciones del Ministro de Medio Ambiente y Recursos Naturales, por la vulneración de sus derechos fundamentales de audiencia, defensa, a la salud y al medio ambiente sano.

4.2.3 Referencia 436-2011

En este caso, el proceso de amparo es iniciado por la parte actora, la señora Domitila Rosario Piche Osorio, debido a la supuesta vulneración de sus derechos de petición, de acceso a la información pública y a la salud, en contra del Director General de Protección Civil.

Según lo argumentado por la parte actora, la referida señora adquirió en promesa de venta una vivienda situada en Villa Burdeos, Ciudad Versalles, cabe recalcar que dicha vivienda se encuentra comprendida dentro de una zona que el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales (MARN) declaró afectada por contaminación con plomo.

Asimismo asegura que solicito mediante escrito, la intervención del Presidente de la República, para hacer oficial el estado de emergencia ambiental, y que le informara cuáles eran las medidas adoptadas por la Dirección, pero tal es el caso que a la fecha de presentación de su demanda de amparo, la referida autoridad no había atendido su petición; considerando

la demandante que se le han vulnerado sus derechos de petición, de acceso a la información pública y a la salud. No argumentando más que lo relatado.

Debido a lo anterior, se suplió la deficiencia de la queja planteada por la actora, de conformidad con lo dispuesto en el art. 80 (L.Pr.Cn.),¹⁵⁵ en el sentido que, el relato de los hechos efectuado en su demanda era posible inferir su probable infracción.

Por otra parte, el Director de Protección Civil manifestó que no eran ciertos los hechos que se le atribuían en la demanda incoada en su contra, ya que "por un error involuntario en el manejo de la correspondencia por parte del personal administrativo, la solicitud que la señora Domitila fue traspapelada, razón por la cual no se pudo dar respuesta en ese momento a la misma, sin embargo, a la fecha y aunque de forma extemporánea, se le ha dado respuesta a dicha solicitud".

Según el análisis practicado, la Sala en su resolución, denota el método sistemático basándose en lo ordenado por la Constitución, argumentando primeramente que, para la procedencia de la pretensión de amparo, es necesario que el actor se autoatribuya afectaciones concretas o difusas a sus derechos, presuntamente derivadas de los efectos de una acción u omisión.

Asimismo, destacamos la aplicación del método práctico, en el sentido que a la hora de argumentar la posible vulneración del derecho a la salud, no

¹⁵⁵ Art. 80. L. Pr. Cn. En los procesos de amparo y de exhibición de la persona, el Tribunal suplirá de oficio los errores u omisiones pertenecientes al derecho en que incurrieren las partes.

profundizó tal vulneración, supliendo en legal forma, basándose en la Ley de Procedimientos Constitucionales, expresando que se presume la transgresión al derecho, mediante los hechos relatados.

Por otra parte, en relación a la vulneración del derecho de acceso a la información pública, podemos destacar el principio de unidad de la Constitución, adscribiéndose en el art. 6 inc. 1º de la Cn. Arguye la SC que se atendieron las peticiones planteadas, pero fueron pronunciadas dos años y casi nueve meses después de haber sido presentadas, es decir, fuera de lo que se puede considerar como un plazo razonable.

Debido a lo antes expuesto la Sala de lo Constitucional decidió sobreseer en relación con la supuesta vulneración del derecho a la salud de la señora Domitila, en razón de existir un vicio, impidiendo pronunciarse sobre el fondo del supuesto quebrantamiento de ese derecho, argumentando que para que proceda el amparo, deben existir afecciones concretas, y un agravio de rango constitucional, y en el presente proceso según lo indagado ante un desastre natural no constituye necesariamente una vulneración de derecho a la salud, así mismo, debido a las alegaciones superficiales de los exámenes médicos presentados, con resultados positivos de contaminación de plomo, no se configura la vulneración del derecho. Se declaró ha lugar el amparo solicitado por la señora Domitila por la vulneración de sus derechos de petición y de acceso a la información pública.

4.2.4 Referencia 437-2011

En cuanto al análisis del presente proceso de amparo, promovido por la señora Domitila Piche Osorio, contra el Presidente de la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados (ANDA), por la supuesta

vulneración de sus derechos de petición, de acceso a la información pública y a la salud. Cabe relacionar esta sentencia con la descrita en la sentencia analizada que le antecede a esta, en razón que es la misma parte actora que adquirió en promesa de venta una vivienda en Villa Burdeos, Ciudad Versalles; una zona que el Ministerio de Medio Ambiente declaró afectada por contaminación con plomo.

Alega la señora Domitila que presentó al Presidente de ANDA una petición por escrito para que le informara si esa institución estaba abasteciendo de agua potable las viviendas ubicadas en las villas Burdeos, Mónaco y París, que forman parte del proyecto Ciudad Versalles, y si existía algún proyecto para prestar el servicio de agua potable en dichas colonias en el año 2011. Pero tal es el caso que a la fecha de presentación de la demanda, la señora Domitila aún no ha recibido la información requerida, la cual según la referida necesita para prevenir daños a su salud y vida, ya que existe plomo en su sangre y en la de sus dos hijos. En vista de ello, considera que se le han vulnerado sus derechos de petición y de acceso a la información pública.

El Presidente de ANDA afirmó no haber vulnerado los derechos a la salud, de petición y de acceso a la información pública de la señora Piche Osorio en virtud de que la petición que esta presentó fue atendida mediante informe. Sin embargo, no se pudo entregar a la demandante la respuesta por no haber sido localizada en el teléfono y dirección que proporcionó. La peticionaria tampoco se ha presentado a ninguna oficina de ANDA a reclamar la respuesta.

La Sala de lo Constitucional, conforme a las razones expuestas, se identifican como criterios de interpretación el método sistemático,

interpretando el ordenamiento jurídico en su conjunto, basándose en que no es posible configurar una vulneración del derecho a la salud como consecuencia de alguna acción u omisión del Presidente de ANDA en razón de lo siguiente: La supuesta omisión de la autoridad demandada de responder la petición de la señora Piche Osorio, en caso de existir, no sería susceptible de ocasionar un menoscabo en la salud física o mental de esta. Configurándose un supuesto de ausencia de agravio. Y para la plena configuración del agravio, en el caso del referido derecho fundamental, es indispensable que, dentro del proceso de amparo, el actor detalle cuál es el derecho, interés legítimo o situación jurídica material que ejerce o cuyo reconocimiento pretende.

En relación a la vulneración del derecho de acceso a la información pública, adscribiéndose en la interpretación literal del art. 6 inc. 1º de la Cn. Arguyendo la SC que debido a que no fue notificada la parte actora, de la respuesta efectuada por ANDA, y conforme al art. 18 de la Cn.

La acción realizada por el Presidente de ANDA vulneró los derechos de petición y de acceso a la información pública de la señora Piche Osorio. Por no recibir información de toda índole pública o privada, que tenga interés público. Siendo reconocida esta situación en los arts. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Asimismo, se sostuvo que el art. 245 de la Cn. regula la responsabilidad por daños en la que incurren los funcionarios públicos como consecuencia de una actuación dolosa o culposa que produce vulneración de derechos constitucionales, la cual es personal, subjetiva y patrimonial, dicha

disposición constitucional prescribe que, en el caso de la responsabilidad aludida y cuando dentro de la fase de ejecución del proceso en cuestión se constate que el funcionario no posee suficientes bienes para pagar los daños materiales y/o morales ocasionados con la vulneración de derechos constitucionales, el Estado, en posición de garante, asume subsidiariamente el pago de dicha obligación.

Una vez analizado el proceso, explicando los argumentos, de forma clara se expresa que en base a los arts. 6 y 18 de la Constitución y 31 ord. 3°, 32, 33, 34 y 35 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, Sobreseé en el presente proceso en relación con la supuesta vulneración del derecho a la salud; por existir una ausencia de agravio. Arguyendo la SC que debido a que no fue notificada la parte actora, de la respuesta efectuada por ANDA, y conforme a la Constitución no es suficiente que la autoridad responda la petición que se le plantea, sino que, además, debe comunicar su decisión al interesado. La acción realizada por el Presidente de ANDA vulneró los derechos de petición y de acceso a la información pública de la señora Piche Osorio.

Con base a lo antes expuesto, la SC declaró ha lugar el amparo solicitado por la señora Domitila contra el Presidente de ANDA por vulneración de sus derechos de petición y acceso a la información pública por las razones antes expuestas; así mismo ordenó al Presidente de ANDA que, en el plazo de 10 días hábiles, contados a partir de la notificación respectiva, notifique a la demandante la respuesta a su petición.

Por lo tanto, le que expedita a la señora Domitila Rosario Piche Osorio la promoción de un proceso, por los daños materiales y/o morales ocasionados como consecuencia de la vulneración de sus derechos de petición y de

acceso a la información pública, directamente en contra de la o las personas que ocuparon el cargo de Presidente de ANDA mientras persistió la vulneración aludida.

4.2.5 Referencia 438-2011

El día diez de enero del año dos mil catorce, la Sala de lo Constitucional dicta la siguiente resolución, referente al proceso de amparo que ha sido promovido por la señora Domitila Rosario Piche Osorio contra el Ministro de Educación, por la supuesta vulneración de sus derechos de petición, de acceso a la información pública y a la salud.

La parte actora alega que adquirió en promesa de venta una vivienda en Villa Burdeos, Ciudad Versalles, la cual se encuentra ubicada dentro de la zona que el (MARN) declaró afectada por contaminación con plomo. Al respecto, afirmó que le dirigió al Ministro de Educación un escrito en el cual le solicitó información sobre las medidas tomadas por esa Secretaría de Estado en los años lectivos 2007, 2008, 2009 y 2010, así como las que se tomarían para el año 2011, respecto a los centros educativos públicos y privados ubicados en Sitio del Niño y Ciudad Versalles, del Municipio de San Juan Opico, a efecto de evitar que los estudiantes fueran afectados en su vida y en su salud por la contaminación, pues se debió ordenar el traslado de los centros educativos a zonas no contaminadas.

En relación con ello, aseveró que, a la fecha en que presentó su demanda de amparo, la referida autoridad no había atendido su petición; con lo cual consideró que se le han vulnerado sus derechos de petición y de acceso a la información pública. Pero tal es el caso, que el Ministro de Educación afirmó que el Decreto Ejecutivo n° 12, por medio del cual se decretó estado de

emergencia ambiental en el municipio de San Juan Opico, entró en vigencia el 19-VIII-2010, por lo que no era posible informarle a la demandante sobre las medidas tomadas por el Ministerio de Educación con relación a los años 2007, 2008 y 2009, pues el referido decreto no existía; sin embargo, se le había informado sobre los años 2010 (en el lapso posterior a la entrada en vigencia de dicho decreto) y 2011.

En virtud de ello, aseveró que "el requerimiento de la señora Piche Osorio ya fue atendido". Por otra parte, arguyó que la Ley de Acceso a la Información Pública fue publicada en el Diario Oficial del 8-IV-2011 y entró en vigencia treinta días después de su publicación, por lo que la petición de la demandante no se tramitó con base a esa normativa y, en consecuencia, no se ha vulnerado el derecho de acceso a la información pública de aquella.

La Sala de lo Constitucional en dicha sentencia de amparo presenta como criterios de interpretación el principio de unidad de la Constitución basándose en que no es posible configurar una vulneración del derecho a la salud como consecuencia de que la omisión de brindar cualquier información relacionada con las medidas que pudo o pueda adoptar la autoridad demandada ante un desastre no constituye necesariamente una vulneración del derecho a la salud, ya que establecer la existencia de una transgresión de este tipo sería posible únicamente si, de manera indubitable, se justificara objetivamente un nexo causal entre la denegatoria de la información y una amenaza inminente o lesión actual al estado de salud mental o físico de una persona.

A criterio de la Sala en el presente caso, no se logra colegir a partir del contenido de las afirmaciones. Por lo que no es posible configurar, tal vulneración. El derecho de petición consagrado en el art. 18 de la Cn.,

faculta a toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera a dirigirse a las autoridades para formular una solicitud por escrito y de manera decorosa. Correlativamente al ejercicio de ese derecho, se exige a los funcionarios que respondan a las solicitudes que se les planteen y que dicha contestación no se limite a dejar constancia de haberse recibido la petición.

En ese sentido, la autoridad ante la cual se formule una petición debe responderla conforme a sus facultades legales y en forma motivada y congruente, haciéndole saber al interesado su contenido. Se arguyó que según el art. 35 de la L.Pr.Cn., interpretado conforme al art. 245 de la Cn., cuando un fallo sea estimatorio, con independencia de si es posible o no otorgar un efecto material, se debe reconocer el derecho que asiste al amparado para promover.

Basándose en el mismo art. 245 de la Cn., se determina la existencia de una vulneración a los derechos de petición en su concreta manifestación de obtener una respuesta en un plazo razonable y de acceso a la información pública de la actora, pues la referida nota fue entregada fuera de un plazo razonable, sin que la autoridad demandada justificara la dilación en otorgar dicha respuesta.

En la conclusión, se ubica que en razón de existir ausencia de agravio con respecto a la vulneración del derecho a la salud, de la señora Domitila Rosario Piche Osorio, se sobresee y se declara ha lugar el amparo solicitado por la señora Domitila Rosario Piche Osorio contra el Ministro de Educación, por la vulneración de sus derechos de petición y de acceso a la información pública; quedando expedita a la señora Piche Osorio la promoción de un proceso, por los daños materiales y/o morales ocasionados como consecuencia de la vulneración de sus derechos de petición y de

acceso a la información pública, directamente en contra de la persona o personas que ocuparon el cargo de Ministro de Educación durante el lapso en que aconteció la aludida vulneración.

4.2.6 Referencia 324-2012

El proceso de amparo que nos ocupa promovido por el señor Ernesto Marroquín Alegría, en contra del Gerente General y del Jefe del Departamento de Beneficios Económicos y Servicios de la Unidad de Pensiones, ambos del Instituto Salvadoreño del Seguro Social (ISSS), por la vulneración de sus derechos a la seguridad social y a la salud.

El peticionario manifestó que el Jefe de la División de Prestaciones Económicas del ISSS le concedió una pensión de invalidez profesional por incapacidad total permanente para el trabajo, sujetándose la renovación del referido beneficio a las evaluaciones periódicas de su condición.

Pero tal es el caso que la Comisión Calificadora de Invalidez (CCI) estimó que el menoscabo de su capacidad para el trabajo era del 25%, el ISSS autorizó que continuara percibiendo la aludida prestación económica, bajo la modalidad de una pensión de invalidez parcial temporal por 3 años, la cual, le fue renovada por otro período igual.

Aunado a lo anterior, agregó que de acuerdo con la evaluación médica que le fue practicada, el menoscabo a su capacidad para el trabajo ya no era solo de origen profesional, sino que también por enfermedad común; razón por la cual, con base en el art. 53 inc. 3° del Reglamento de la CCI, la comisión catalogó que el origen de su invalidez era por enfermedad común, por ser este impedimento el de mayor porcentaje. En este contexto, el Jefe del Departamento de Beneficios Económicos y Servicios y el Gerente

General del ISSS, argumentaron que, con base en el art. 196 letra b) de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, él debía optar a una pensión de invalidez por enfermedad común, pero debido a que no cumplía con el requisito de tiempo de cotización, no tenía derecho al aludido beneficio.

En virtud de lo anterior, solicitó la revisión de su caso, a fin de que se le reanudara el beneficio en cuestión; sin embargo, mediante la Resolución del Jefe del Departamento de Beneficios Económicos y Servicios del ISSS reiteró la decisión antes citada, argumentando que, según su expediente personal n° AI27395-1, al modificarse el origen del menoscabo de su capacidad para el trabajo, de profesional a enfermedad común, debía aplicársele el art. 196 letra b) de la Ley del SAP, según el cual, a la fecha en que se declaró la invalidez por enfermedad común, debía encontrarse cotizando o haber cotizado un período no menor de 36 meses, de los cuales 18 meses debían registrarse como cotizados, para que se le otorgara una pensión de invalidez por esta clase de menoscabo.

De ahí que, a criterio de los referidos funcionarios, si bien él recibió prestaciones económicas a causa de un accidente de trabajo, en la actualidad no cumple con el requisito de tiempo de cotización para gozar de una pensión de invalidez por enfermedad común.

Al respecto, el demandante alegó que la aplicación del art. 196 letra b) de la Ley del SAP vulnera su derecho a la seguridad social, ya que, en su caso particular, no se ha tomado en consideración que su incapacidad fue ocasionada por el accidente laboral que sufrió en 1998, el cual le causó afecciones físicas que le han impedido retornar a sus actividades y, en consecuencia, contar con los recursos necesarios para realizar las cotizaciones que en la actualidad se le exigen. Finalmente, sostuvo que, al

dejar de percibir su pensión de invalidez, ya no le fue posible tener acceso a la red de servicios de salud del ISSS, pues no cuenta con los recursos suficientes para efectuar el pago de la cotización respectiva. Y es que dicha cotización solía retenérsele de la prestación social económica que percibía mensualmente. Por ello, consideró que las actuaciones impugnadas también han vulnerado su derecho a la salud.

La Sala de lo Constitucional en dicha sentencia de amparo presenta como criterios de interpretación, a nuestro criterio el método sistemático basándose en que las razones que motivaron el reconocimiento de la pensión de invalidez al actor se mantenían vigentes cuando se emitieron los actos impugnados, sin que aconteciera ninguna circunstancia que modificara o hiciera incompatible tal beneficio con los fines que este pretende alcanzar; razón por la cual la decisión de las autoridades demandadas de negar al señor Marroquín Alegría el goce de la aludida pensión, con fundamento en la interpretación que efectuaron del art. 196 letra b) de la Ley del SAP, vulnera su derecho a la seguridad social, por lo que es procedente ampararlo en su pretensión.

Aunado a eso, la SC arguyó que el funcionario público debió garantizar el derecho a la salud, realizando las gestiones necesarias para brindar la asistencia y tratamientos médicos pertinentes.

La Sala de lo Constitucional declaró que ha lugar el amparo promovido por el señor Ernesto Marroquín Alegría, en contra del Gerente General y del Jefe del Departamento de Beneficios Económicos y Servicios, ambos del ISSS, por la vulneración a sus derechos a la seguridad social y a la salud; Asimismo, declaró que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la emisión de los actos reclamados, esto es, dejar sin efecto la

Resolución n° 04372/2009, de fecha 6-XI-2009, mediante la cual se denegó al señor Marroquín Alegría el goce de la pensión de invalidez, así como cualquier otro acto que con posterioridad se haya emitido confirmando o materializando dicha decisión, debiendo pronunciar las autoridades competentes del ISSS, dentro del plazo de 10 días hábiles, la resolución que corresponda atendiendo los parámetros establecidos en esta sentencia, con el objeto de restablecer al referido señor en el goce de sus derechos fundamentales.

4.2.7 Referencia 8-2012

Este proceso ha sido promovido por el sujeto anteriormente relacionado por la supuesta vulneración de sus derechos a recurrir, a la seguridad social y a la salud por parte de la Comisión Técnica de Invalidez; El peticionario manifestó que en el Dictamen de Invalidez de fecha 29-VIII-1991 la CTI tomó en cuenta únicamente las lesiones que sufrió cuando estaba de alta en la Fuerza Armada (FA) en 1987, pero no las acaecidas durante su servicio militar en los años 1981 y 1983; razón por la cual determinó que tenía solo un 43% de discapacidad.

Asimismo agrega que mediante la Resolución de fecha 7-IX-1992 el Gerente General del instituto suspendió el goce de la pensión por invalidez temporal que le había sido concedida, debido a que no se había incorporado al proceso de rehabilitación profesional que ordena el art. 58-B inc. 2° de la Ley del IPSFA; razón por la cual impugnó dicha decisión ante el consejo directivo del aludido instituto. En este contexto, señaló que se dirigió al referido consejo mediante los escritos de fechas 3-IX-1992 y 14-IV-1993. En el primero, informó que había participado en una capacitación sobre producción pesquera, con lo cual, a su juicio, cumplía con el requisito legal

exigido para continuar gozando de su pensión; y, en el segundo, solicitó que se le reanudara el goce de la prestación en cuestión y se le condonara la deuda que había adquirido con el instituto en concepto de préstamo hipotecario. Sin embargo, dicha autoridad aparentemente confirmó la decisión adoptada por la gerencia.

Aportó que en enero de 2010 solicitó atención médica en el Hospital Militar Central, con el objeto de dar seguimiento al proceso post operatorio de las lesiones que sufrió durante el servicio militar, pero dicha autoridad sanitaria se limitó a referirlo al Centro de Rehabilitación Profesional de la Fuerza Armada (CERPROFA), a la Unidad de Comando y Apoyo al Personal Lisiado de la Fuerza Armada y al Fondo de Protección de Lisiados y Discapacitados a Consecuencia del Conflicto Armado (FOPROLID).

En la institución relacionada en el párrafo anterior, la Comisión Técnica Evaluadora determinó que adolecía de un 48% de discapacidad y que necesitaba control médico periódico en las especialidades de oftalmología, psiquiatría y maxilofacial. Para tal fin, debía causar alta nuevamente, en el ejército, por lo que solicitó al Ministro de la Defensa Nacional su reincorporación, pero este denegó su petición mediante nota de fecha 14-X-2011.

El Gerente General del IPSFA señaló que, de conformidad con el art. 58-B inc. 2° de la Ley del IPSFA; ¹⁵⁶ Tal subsidio será temporal por el periodo que

¹⁵⁶ Art. 58 B, inc 2. Ley del IPSFA. Cuando el afiliado fuere declarado entre el 20% y 60% de incapacidad y necesitare rehabilitación profesional, se le otorgará un subsidio mensual equivalente al 40% del salario básico, más el 2% de dicho salario por cada año completo de cotización, salvo que la invalidez hubiere ocurrido en actos del servicio o como consecuencia directa del mismo, en cuyo caso será del 100%.

sea razonable y suficiente para la rehabilitación profesional del afiliado, el cual podrá disminuirse o suspenderse por mala conducta, por no incorporarse al proceso de rehabilitación o por abandonar dicho proceso sin causa justificada, a discreción del Consejo Directivo en cada caso.

Con fundamento en lo expuesto, la gerencia indicó que el señor R. A. G. no se había incorporado al aludido proceso, por lo que, mediante Resolución n° GG-2950, de fecha 7-IX-1992, le suspendió el goce de la aludida prestación, pero al mismo tiempo procedió a tramitarle el pago de la indemnización correspondiente.

En cuanto a la vulneración del derecho a la salud, la SC se refirió a las Sentencias de fechas 12-XI-2012 y 21-IX-2011, emitidas en los procesos de Amp. 648-2011 y 166-2009, respectivamente, se definió a la salud en sentido amplio.¹⁵⁷ Perfilándose el derecho a la salud, como un derecho fundamental que posee toda persona a acceder a los mecanismos que han sido dispuestos para asegurar la prevención, asistencia y recuperación de la salud, en los términos previstos en los arts. 2 y 65 de la Cn. y la legislación de la materia.

En la línea argumentativa la SC utilizó el método de interpretación sistemática, en razón de interpretar en su contexto a la norma, relacionando la aplicación de varios preceptos constitucionales, para determinar la vulneración de los derechos recurridos.

¹⁵⁷ La definición que arguyo la SC de derecho de Salud como sentido amplio es la siguiente: como un estado de completo bienestar físico y mental de la persona, cuyo disfrute posibilita a los individuos el contar con una de las condiciones necesarias para poder vivir dignamente.

Sobre la presunta vulneración al derecho a la salud del pretensor, la SC se refirió a la Ley del IPSFA, tomando en cuenta las valoraciones expuestas, advirtiendo que el demandante alegó que el Gerente General y el Consejo Directivo del IPSFA, al suspenderle el goce del subsidio mensual por invalidez, vulneraron su derecho a la salud, pues con ello ha perdido la calidad de derechohabiente y no puede recibir asistencia sanitaria en el Hospital Militar Central.

Asimismo, vemos reflejado el principio de la unidad constitucional, tomando en cuenta como precedentes, sentencias emitidas con anterioridad, en las que se destaca la protección en sentido amplio del derecho a la salud, refiriéndose a los tres aspectos o elementos esenciales.

En el proceso analizado, el Gerente General del FOPROLID, constató que el señor R. A. G. no ha dejado de percibir prestaciones sociales por parte del sistema de seguridad social castrense, pues el referido fondo le ha brindado una pensión mensual desde enero de 1995. Además, dicha entidad le ha proporcionado medicamentos, lentes bifocales, prótesis dental, aparato baipás bilateral superior e inferior y consultas médicas, así como incorporado en los proyectos de capacitación técnica y ocupacional que se imparten; además, continúa recibiendo prestaciones del régimen de seguridad social a través del FOPROLID.

Basándose en los arts. 58-B de la Ley del IPSFA, 46 n° 6 de su reglamento, 39 y 40 del RHMC, la desvinculación del personal de la FA del sistema previsional castrense no afecta su derecho a continuar recibiendo asistencia sanitaria en el Hospital Militar Central por las afecciones que le fueron causadas por actos del servicio o como consecuencia directa de ellos, a quienes únicamente se exige la comprobación de que sus afecciones sean

producto de actos del servicio con la documentación respectiva y la presentación de la constancia de alta y de baja correspondiente.

Por las razones antes expuestas, se declara que no ha lugar el amparo promovido por el señor R. A. G., en contra de la Comisión Técnica de Invalidez, del Gerente General y el Consejo Directivo del IPSFA. Pero le ordena al Ministro de la Defensa Nacional y al Director del Hospital Militar Central garantizar que el señor R. A. G. continúe recibiendo asistencia médico-hospitalaria y de rehabilitación para tratar los problemas de salud que adolece y que son consecuencia directa de las lesiones sufridas por él en actos del servicio militar desde 1981, de conformidad con el art. 40 n° 8 del RHMC.

4.2.8 Referencia 32-2012

El presente proceso de amparo ha sido promovido por el señor Flamenco Rodríguez, en contra del Director General, el Subdirector de Salud y el Consejo Directivo del Instituto Salvadoreño del Seguro Social (ISSS), así como de la Directora del Hospital Primero de Mayo del ISSS, la Ministra de Salud Pública y Asistencia Social, el Consejo Superior de Salud Pública (CSSP) y la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica (JVPM), por la vulneración del derecho a la salud de los niños recién nacidos en el citado nosocomio.

El peticionario manifestó que, en una capacitación que impartió al personal de enfermería de la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatales (UCIN) del Hospital Primero de Mayo en octubre de 2009, advirtió que se administraba a los recién nacidos con ventilación asistida, Midazolam como sedante rutinario. Pese a que, por un lado, no existía evidencia científica de sus

beneficios analgésicos y de sedación y, por otro, su empleo se asociaba a efectos adversos y un alto riesgo de problemas en el desarrollo neurológico, pues podía ocasionar: hemorragia cerebral grave grado III-IV, leucomalasia periventricular, déficit neurológico a largo plazo o, incluso, la muerte del neonato.

Respecto al uso rutinario del referido fármaco, explicó que el Midazolam con alcohol bencílico era administrado vía intravenosa a los recién nacidos mediante bolus, cada dos o cuatro horas o infusiones de aplicación continúa de 6 a 8 horas de duración.

Pese a la existencia de otros métodos para el manejo de la ventilación mecánica asistida en neonatos, señaló que, de conformidad con los protocolos y guías médicas vigentes en ese momento, podía recurrirse al uso de sedantes, siendo el primer escogen el Fentanyl y la Morfina, por contar con mayor grado de seguridad y eficacia en comparación al Midazolam.

Arguye la parte actora que, no obstante a la advertencia, les solicitó a las autoridades del ISSS y del Hospital Primero de Mayo que adoptaran las medidas pertinentes para discontinuar su uso como sedante, estas siguieron utilizando dicho fármaco; por lo que recurrió a otras instancias para evitar que se continuara poniendo en peligro la salud de los recién nacidos de dicho hospital.

Así, en noviembre de 2009, denunció los hechos antes descritos ante el CSSP, solicitándole que suspendiera su utilización, por lo que dicha autoridad designó a la JVPM que investigara el uso del medicamento en las unidades de neonatología de los hospitales nacionales. Se señaló que en el

comunicado oficial publicado en el periódico La Prensa Gráfica de fecha 29-X-2010, el CSSP advirtió al público en general que se prohibía el uso del Midazolam en cualquier etapa neonatal (prematuros o a término) en todas las Unidades de Cuidados Intensivos de los hospitales del país, debido al alto riesgo que representaba para la vida y el normal desarrollo de estos pacientes.

Pese a lo anterior, aseveró que, en noviembre de 2010, el Hospital Primero de Mayo adquirió más Midazolam, por lo que este fármaco continuó a disposición de los médicos en la farmacia del referido hospital.

En este contexto, aseveró que las autoridades demandadas del ISSS y del Hospital Primero de Mayo le manifestaron que continuarían empleando el Midazolam como sedante hasta que el CSSP hiciera un comunicado oficial requiriendo lo contrario; de ahí que, en opinión del pretensor, aquellas sí lo utilizaron por más tiempo.

Aunado a lo anterior, sostuvo que solicitó a la Ministra de Salud Pública y Asistencia Social que realizara las investigaciones pertinentes y librara sus buenos oficios para que las autoridades del ISSS suspendieran el uso del medicamento.

Al rendir informe las partes demandadas es decir, el Director General, el Consejo Directivo y la Directora del Hospital Primero de Mayo del ISSS formularon los mismos argumentos para sustentar su defensa. Así, manifestaron que el citado centro hospitalario es un referente en el país por ser el único que tiene una UCIN cuyo equipo de especialistas se encuentra en constante capacitación y evaluación para actualizar sus conocimientos en neonatología. Tal como se ha manifestado, la interpretación de la

Constitución, es función esencial del Tribunal Constitucional, significa, adaptar el sentido de sus preceptos a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas y esa adaptación, que es una verdadera recreación constante de la Constitución por obra de su máximo intérprete, la realiza el tribunal si tiene la facultad, absolutamente necesaria, de revisar su propia doctrina.

La Sala de lo Constitucional destaca el principio de unidad de la Constitución, que el Tribunal Constitucional alemán ha caracterizado así: "Una disposición constitucional no puede ser considerada de forma aislada ni puede ser interpretada exclusivamente a partir de sí misma. Está en una conexión de sentido con los demás preceptos de la constitución, la cual representa una unidad interna". En segundo lugar y para los efectos de este pronunciamiento se recurrirá al principio de concordancia práctica, "Las normas constitucionales que están en una relación de tensión recíproca, tienen que ser 'armonizadas', ser puestas en concordancia la una con la otra. Ningún bien jurídico debe ser considerado como de 'rango superior' a costa de otro valor protegido, a menos que la propia Constitución ordene la diferencia de rango".

Al momento de realizar su resolución, determina que en el presente proceso, la vulneración al derecho a la salud de los neonatos deriva de las actuaciones de las autoridades demandadas del ISSS se fundamenta en el peligro inminente al que estos fueron expuestos al sometérselos a un tratamiento farmacológico que podría haberles ocasionado graves efectos adversos y un alto riesgo de problemas en el desarrollo de su sistema neurológico central, y una vez establecida la vulneración constitucional derivada de los actos y omisiones de las autoridades demandadas. Se remite al art. 35 inc. 1° de la L.Pr.Cn. el cual establece que el efecto material

de la sentencia de amparo consiste en ordenarle a la autoridad demandada que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucional. Pero, cuando dicho efecto ya no sea posible, la sentencia de amparo será meramente declarativa, quedándole expedita al amparado la promoción de un proceso contra el o los funcionarios personalmente responsables.

Debido a que las autoridades demandadas del ISSS no pueden negar el conocimiento sobre la práctica clínica denunciada por el señor Flamenco Rodríguez, la evidencia científica que apoyaba sus alegaciones, ni la tramitación del procedimiento en el que se controvertían sus actuaciones ante el CSSP y el MINSAL, pues el referido señor, en más de una ocasión y en diferentes momentos de la tramitación de su denuncia, insistió en la peligrosidad del medicamento en neonatos, comunicándoles las decisiones que iba adoptando el referido consejo y las opiniones técnicas.

La Asociación de Neonatología de El Salvador y la OPS, por lo que, de conformidad con el contenido del derecho a la salud, aquellas tenían la obligación de realizar acciones concretas para garantizar a los recién nacidos un tratamiento farmacológico adecuado para el restablecimiento de su salud, mediante la provisión de medicamentos seguros y eficaces.

Asimismo logramos identificar la aplicación del principio de adaptación a las circunstancias, con respecto al punto que según la SC los demandados debieron auxiliarse no solo de las especificaciones del producto farmacéutico, cuyos márgenes de beneficios y riesgos se miden con base en ensayos clínicos controlados, sino también en revisiones sistemáticas de tales estudios, bases de datos bibliográficos, opiniones de autoridades sanitarias reconocidas y respetadas en el campo médico, la experiencia

clínica, informes de expertos, etc., pues las autoridades sanitarias, los profesionales de la salud, los centros de asistencia médica, etc., tienen la obligación de controlar y vigilar de manera permanente la calidad, seguridad y eficacia de los tratamientos médicos que se brindan a la población.

Según lo argumentado por la SC el peticionario, al exponer las actuaciones que realizó ante las autoridades del ISSS para que suspendieran el uso del Midazolam con alcohol bencílico en neonatos, relacionó que había acudido al CSSP, a la JVPM y a la titular del MINSAL para que ordenaran a aquellas dejar de utilizar el aludido fármaco; sin embargo, no expresó que sus actuaciones hubieran vulnerado o puesto de alguna manera en peligro el derecho a la salud de los recién nacidos.

Aunado a ello, del planteamiento argumentativo efectuado en la demanda se colige que la utilización del producto en cuestión aparentemente tuvo lugar por la negativa de las autoridades del ISSS de observar la proscripción del medicamento ordenada en su momento por el CSSP y la titular del MINSAL.

Por lo antes expuesto, sobreséase en el presente proceso de amparo promovido en contra de la Ministra de Salud Pública y Asistencia Social, el Consejo Superior de Salud Pública y la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica, y declara que ha lugar el amparo promovido por el señor Flamenco Rodríguez contra el Director General, el Subdirector de Salud y el Consejo Directivo del Instituto Salvadoreño del Seguro Social y la Directora del Hospital Primero de Mayo del referido instituto, por la puesta en peligro del derecho a la salud de los recién nacidos a quienes se suministró Midazolam con alcohol bencílico como sedante en la UCIN del referido hospital, en virtud de las consideraciones efectuadas en este proveído. Y le ordena al Director General, al Subdirector de Salud y al Consejo Directivo del ISSS, a

la Directora del Hospital Primero de Mayo de ese instituto, a la Ministra de Salud Pública y Asistencia Social, al Consejo Superior de Salud Pública y a la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica que cumplan con las acciones que les han sido dirigidas a cada uno de ellos en esta sentencia; y les solicita a las citadas autoridades que informen, dentro del plazo de noventa días calendario, cuáles son las decisiones que cada una de ellas ha adoptado.

Las acciones concretas que ha efectuado o realizará a efecto de cumplir con lo que le ha sido ordenado en esta sentencia; además, en ese mismo lapso, el Consejo Superior de Salud Pública y la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica deberán rendir los informes específicos que les han sido requeridos.

4.3 Derecho Comparado

En el derecho constitucional comparado, específicamente en la protección de los derechos fundamentales en las constituciones de todo el mundo, haremos referencia al análisis comparativo, en forma cultural, es decir, el tipo de factores culturales que determinan diversas formas de reconocimiento de los derechos fundamentales.

Diversos autores han realizado un análisis comparativo del modo en que las constituciones del mundo evolucionaron a lo largo de un siglo, en el reconocimiento de los derechos fundamentales, existiendo una variación sustancial en la definición de los derechos del ciudadano, entre países latinoamericanos, musulmanes, de Oriente Medio, asiáticos y europeos. Y, particularmente, se observa que los países que cuenta con una herencia

católica definen los derechos constitucionales de los ciudadanos mucho más extensamente de lo que hacen los países con una herencia protestante.

Al analizar las razones básicas por las que en el mundo existen discrepancias en la traducción al derecho positivo nacional del catálogo de derechos contenidos en la Declaración Universal de las Naciones Unidas de 1948. La Constitución española de 1948, por ejemplo, establece en su artículo 10.2 que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretaran de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España.

En ese sentido, podría pensarse razonablemente que el significado de esto, radica en que no solo sería aplicable al caso español, si no a cualquier Estado que haya ratificado la Declaración Universal, pues el hecho de que todos los países hayan llegado a un consenso sobre esa declaración, (precisamente por eso es universal) debería marcar una tendencia a la unificación del sentido con que cada Estado traduce después a su propio texto constitucional los imperativos contenidos en ella¹⁵⁸.

Cabe destacar que según la Organización de las Naciones Unidas, La Declaración Universal de Derechos Humanos no es un tratado. Por lo tanto, no ha sido ratificada por ningún país. Sin embargo, ha inspirado muchos otros tratados internacionales de derechos humanos legalmente vinculantes. Hoy en día, todos los Estados Miembros de la ONU han ratificado al menos uno de los tratados internacionales sobre derechos humanos y, de hecho, el 80% de ellos ha ratificado cuatro o más.

¹⁵⁸ Manuel Guillermo Altava Lavall, et al., *Lecciones de Derecho Comparado*, (España: Publicaciones de la Universidad Jaume I, 2003) pp.71-73.

A través de la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, los gobiernos se comprometen a adoptar medidas y leyes internas compatibles con las obligaciones y deberes dimanantes de los tratados. En caso de que los procedimientos judiciales nacionales no aborden los abusos contra los derechos humanos, existen mecanismos y procedimientos en el plano regional e internacional para presentar denuncias o comunicaciones individuales, que ayudan a garantizar que las normas internacionales de derechos humanos sean efectivamente respetadas, aplicadas y acatadas en el plano local¹⁵⁹.

4.3.1 En España

En la Constitución Española de 1978, son considerados derechos fundamentales los siguientes:

Artículo 14: Igualdad ante la Ley

Artículo 15: Derecho a la integridad física y moral.

Artículo 16. Libertad ideológica y religiosa

Artículo 17. Libertad personal

Artículo 18. Derecho al honor a la intimidad y a la protección de datos

Artículo 19. Libertad de residencia y circulación

Artículo 20. Libertad de expresión

Artículo 21. Derecho de reunión y de manifestación

Artículo 22. Derecho de asociación

Artículo 23. Derecho a la participación política.

Artículo 24. Derecho a la tutela judicial efectiva

Artículo 25. Principio de legalidad

Artículo 26. Prohibición de los tribunales de honor

Artículo 27. Derecho a la educación y libertad de enseñanza

¹⁵⁹ <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>

El Tribunal Constitucional ha considerado que sólo son derechos fundamentales los de la Sección Primera del Capítulo II del Título I (“De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”) y también el derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 14); y que no lo son otros, como por ejemplo la objeción de conciencia al servicio militar o el derecho al matrimonio o el derecho a la propiedad. Pero algunos autores consideran que todos los derechos del Capítulo II (Derechos y Libertades) y no sólo los de su Sección Primera han de considerarse derechos fundamentales.

Por otra parte, no todos los derechos contenidos en el Capítulo II del título I, ni todos los contenidos en su Sección Primera, son verdaderos derechos fundamentales (por ejemplo, el derecho del artículo 25 de la Constitución, otorgado a los presos, “a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social” o el derecho de acceso de los grupos sociales y políticos significativos a los medios de comunicación social del artículo 20.3 de la Constitución).

Lo más acertado parece ser considerar como derechos constitucionales a todos los garantizados en la Constitución, salvo los llamados "principios rectores de la política social y económica" (capítulo III del título I), que no establecen verdaderos derechos subjetivos, sino meros "principios rectores" que son exigibles en la medida en que la ley así lo establezca (por ejemplo, el "derecho a una vivienda digna"). Y de entre los derechos constitucionales, serán derechos fundamentales en sentido estricto los contenidos en los artículos 14 al 29 (concepto de "derechos fundamentales" del Tribunal Constitucional), a los que se añadirán, en un concepto ya más amplio de "derechos fundamentales", también los derechos de los artículos 30 al 52 de la Constitución (concepto amplio de derechos fundamentales).

Es el caso que en lo referente a la interpretación de los derechos fundamentales, la Constitución española de 1978, en su Título I, de los derechos fundamentales, Art. 10. 2. Se establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

4.3.2 En México

La Constitución Política de los Estados Mexicanos, al referirse a la interpretación, encontramos en el Art. 1, inc. 2 que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

El propio artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos autoriza, frente a la insuficiencia u oscuridad de la letra de la ley, utilizar mecanismos de interpretación jurídica.

Al desentrañar el sentido y alcance de un mandato constitucional deben privilegiarse aquellos que permitan conocer los valores o instituciones que se quisieron salvaguardar por el Constituyente o el Poder Revisor. Aceptando así el Bloque de Constitucionalidad.

4.3.3 En Perú

En el caso de la Constitución Política del Perú, en las disposiciones finales y transitorias, específicamente en la Cuarta, encontramos significativo contenido con respecto a la interpretación ya que se constituye que las

normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

4.3.4 En Bolivia

En el mismo contexto encontramos la Constitución en su Art. 13. III. Inciso dos, el cual recita de la siguiente manera. “Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución serán interpretados de conformidad con los tratados internacionales de los derechos humanos ratificados por Bolivia”.

En este apartado realizaremos una comparación específicamente sobre la protección de los derechos fundamentales y su interpretación en las Constituciones de los países de España, México, Perú, Bolivia con nuestra Carta Magna, de la Republica de El Salvador.

La Constitución Española, establece en su artículo 10.2 que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce, se interpretará de conformidad con La Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España.

Cabe mencionar que en la Constitución de México al referirse a la interpretación, encontramos en el Art. 1 inc. 2 que las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

El Art.14 de la Constitución de México autoriza, frente a la insuficiencia u oscuridad de la letra de la ley, utilizar mecanismos de interpretación jurídica. Al desentrañar el sentido y alcance de un mandato constitucional, debe privilegiarse aquellos que permitan conocer los valores o instituciones que se quisieron salvaguardar por el constituyente o el poder revisor.

En la Constitución de Perú en sus disposiciones finales y transitorias, específicamente en la cuarta encontramos significativo contenido con respecto a la interpretación, ya que se constituye que las normas referente a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce. Se interpreta de conformidad con La Declaración Universal de Derechos Humanos, con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por Perú.

En la Constitución de Bolivia en el mismo contexto encontramos en su Art. 13 III inc.2, el cual recita de la siguiente manera: “Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución serán interpretados de conformidad con los tratados internacionales de los derechos humanos ratificados por Bolivia”.

Al observar estas Constituciones podemos destacar que en cada una de ellas contienen en sus disposiciones como se interpretarían los derechos fundamentales y ellos se realizan de conformidad a los tratados internacionales ratificados por esos países.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En este apartado se plantean las conclusiones de cada uno de los objetivos planteados al inicio de la investigación realizada y las recomendaciones a la Asamblea Legislativa, al Órgano Ejecutivo, y a la Sala de lo Constitucional, acerca de la interpretación de los derechos fundamentales de la salud y la vida en las sentencias definitivas emitidas por la Sala de lo Constitucional de La Corte Suprema de Justicia de El Salvador en los proceso de amparo. Se destacan los resultados obtenidos y la comprobación de las hipótesis.

Primera: En la Constitución de El Salvador no se encuentran plasmados como se interpretarán los derechos fundamentales que en ella se establecen, al contrario como en otras Constituciones internacionales que especifica cómo se interpretarán los derechos fundamentales, en nuestro país solo a través de la jurisprudencia constitucionales emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia como ente encargado y el máximo interpretador de la Constitución nos especifica cómo se interpretarán los derechos fundamentales.

Segunda: Los nuevos problemas que surgen y las necesidades sociales en la actualidad han hecho que la interpretación constitucional de los derechos fundamentales vayan evolucionando en cuanto a principios, técnicas y métodos de interpretación y argumentación que hagan frente a los problemas actuales, en este sentido no solo utilizando métodos clásicos de interpretación que limitan la interpretación constitucional, sino utilizando una nueva gama de métodos de interpretación para el fortalecimiento de las sentencias emitidas por la sala de lo constitucional de la corte suprema de justicia.

Tercera: La naturaleza de los derechos fundamentales tiene una doble función de ser derechos subjetivos en cuanto a su ubicación como norma, y cumplen su significación objetiva en cuanto a su faceta como principios que están contenidos dentro de la ley fundamental. Siendo esta la doble naturaleza de los derechos fundamentales, como norma y como principios.

Cuarta: Los derechos no necesariamente deben estar Constitucionalizado para que sean considerados como fundamentales y les sean otorgadas las garantías y protección correspondiente, también se deben tratar como tales, los derechos humanos que se encuentran dentro del ordenamiento jurídico.

Quinta: Al momento de estudiar las teorías de los derechos fundamentales, establecimos las teorías que han tenido vigencia en el pasado; es decir las teorías históricas-jurídicas y las teorías sobre los derechos fundamentales en general, haciendo énfasis que en la actualidad, se distinguen cinco teorías, liberal o del estado de derecho burgués; la teoría institucional de los derechos fundamentales; la teoría axiológica de los derechos fundamentales; la teoría democrático-funcional y la del Estado social de los derechos fundamentales, pero todas llevan al mismo fin, la protección integra de estos derechos.

Sexta: La falta de adopción del bloque de constitucionalidad en El Salvador genera que las resoluciones de la Sala de lo Constitucional al resolver conflictos de derechos fundamentales como la salud y la vida quedan limitadas en la interpretación y resolución, ya que no se puede hacer uso de los mecanismos de protección internacional, ni hacer uso de los precedentes de resoluciones emitidas por los órganos internacionales, entendiendo que el bloque de constitucionalidad es un medio generador de derecho

fundamentales, de métodos de interpretación constitucional y un mecanismo de control constitucional.

Séptima: La interpretación constitucional es el procedimiento que empieza con el texto a interpretar y termina con la norma que ha de ser aplicada en el caso concreto, es decir de establecer el sentido, claro, preciso y concreto de una norma constitucional, para aplicarla o hacerla aplicable a un determinado caso.

Octava: En los caso de colisión de derechos fundamentales de la salud y la vida, La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia no cuenta con los mecanismos necesarios jurisprudenciales, constitucionales y normativos para dirimir este tipo de conflictos, y basta con señalar el ejemplo del caso “Beatriz” con referencia 310-2013, la sala se encontró con el problema de que los métodos de interpretación se encontraron limitados, al momento de ponderar cuál de los dos derechos fundamentales debía de prevalecer, si el derecho a la vida de la madre o el derecho a la vida del nasciturus, ya que no podían ser limitados ni ponderados en ningún caso, porque la fuerza normativa de la constitución imposibilita restringirlo o limitarlo el derecho fundamental de la vida del nasciturus, no existiendo casos excepcionales en los cuales podría ser limitado este derecho fundamental.

Novena: La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se encuentra con precedentes jurisprudenciales constitucionales ya establecidos de interpretación de derechos fundamentales generando en ciertos casos una problemática con la realidad actual, en tal sentido estos precedentes no pueden tener efectos absolutos ya que cambia la conformación de sus miembros con el tiempo.

Décima: La Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados internacionales en otros países sirven para la interpretación de los derechos fundamentales, en la Constitución Salvadoreña no se encuentra plasmado como mecanismos para interpretar tales derechos, no obstante a ello, las Declaraciones una vez firmadas no necesitan ser ratificadas.

Décima primera: A través de los límites de los derechos fundamentales se restringen el contenido o el ejercicio de los derechos, siendo así que ningún derecho fundamental tiene la condición de absoluto, siempre y cuando no se afecte su contenido esencial y cuando la limitación del elemento no esencial del derecho fundamental tenga por propósito la consecución de un fin constitucionalmente legítimo.

Décima segunda: La competencia del ejecutivo en materia de derechos fundamentales juega un papel importante en cuanto a la intervención en el control de los límites de los derechos fundamentales, en el sistema preventivo creando las condiciones que los ciudadanos exigen en virtud de esos derechos.

Décima tercera: Al elaborar las normas jurídicas se deberán tener en cuenta los derechos fundamentales y que condicionan la validez de las normas. Es decir que si una norma atenta contra los derechos fundamentales reconocidos en el propio ordenamiento, la norma no podrá considerarse válida aunque haya sido promulgada por el órgano competente y a través del procedimiento adecuado.

Décima cuarta: El amparo es un mecanismo procesal que da protección a los derechos fundamentales cuando han sido obstaculizados en su ejercicio

o ante violaciones actuales o inminentes de los mismos, produciendo así sentencia que concede la protección.

Décima quinta: Al finalizar la investigación el resultado de la hipótesis planteada inicialmente, se comprobó ya que en las sentencias de los procesos de amparo consultadas refleja que, la utilización de los métodos no tradicionales de interpretación constitucional mejoran el rendimiento y el alcance del goce de los derechos fundamentales de la salud y la vida, siendo efectivo la implementación de los nuevos métodos de interpretación constitucional al momento de emitir resoluciones por parte de los Magistrados de La Sala de lo Constitucional en los procesos de amparo, ya que son herramientas que les permite una interpretación más extensiva, facilitando la solución de conflictos e interpretando la norma de manera que mejor optimice su ejercicio logrando la protección de los derechos fundamentales.

Dentro de las recomendaciones, se establecen las siguientes, según el orden detallado al inicio de este apartado: A la Asamblea Legislativa, primera: Reformar la Constitución, en cuanto al establecimiento de los métodos de interpretación de los derechos fundamentales, incorporando así lineamientos que serán seguidos de forma imperativa por los Magistrados de la Sala de lo Constitucional al momento de emitir sentencias referentes a esos derechos.

Segunda: Se requiere la reforma de la Constitución de la Republica, para introducir los tratados internacionales que establezcan derechos humanos, tengan rango Constitucional, aceptando así el Bloque de Constitucionalidad, para dirimir conflictos entre los derechos fundamentales, remitiéndose a instrumentos internacionales.

Al Órgano Ejecutivo; primera: Mantener el control de los límites de los derechos fundamentales, al momento de ejercer la Sala de lo Constitucional su facultad de interpretar los derechos fundamentales, creando las condiciones que los ciudadanos exigen en virtud de sus derechos.

A la Sala de lo Constitucional; primera: Se debe considerar la posibilidad de resolver las sentencias de amparo, conforme a criterios nuevos, creados de acuerdo a cada caso concreto al momento de emitir la resolución, adaptándolo a la realidad social y al contexto en el que se ejecuta.

Segunda: A la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema se le sugiere que implemente toda la gama de los nuevos métodos de interpretación, no solo los tradicionales, sino también las nuevas pautas del constitucionalismo con los nuevos métodos, para aplicarlos de una manera más concreta, con el fin de proteger los derechos fundamentales.

Tercera: La Sala de lo Constitucional al momento de resolver, debe ser conforme a principios, técnicas y métodos de interpretación que logren una verdadera protección de tales derechos, buscando así el bienestar social de la colectividad.

Cuarta: Se sugiere a la Sala de lo Constitucional, que a través de su jurisprudencia debe delinear consideraciones más profundas sobre la interpretación de los derechos fundamentales, en cuanto a su naturaleza, sus limitaciones, y sus principios, a fin de brindar una entera comprensión, ya que en el panorama jurídico la interpretación de los derechos fundamentales ha sido cuestionada.

Quinta: Las actuaciones de la Sala de lo Constitucional al momento de resolver sobre los derechos fundamentales de la salud y la vida, deben apegarse tanto a los principios de idoneidad, necesidad y racionalidad, considerando las garantías constitucionales de las partes intervinientes.

Sexta: La Sala de lo Constitucional necesita conservar la forma resolver, en cuanto a interpretación se refiere, y tratar de mejorar la implementación de métodos de interpretación en cada resolución.

Séptima: Se debe considerar la implementación de proyectos de concientización en diferentes sectores, sobre la interpretación de los derechos fundamentales realizadas por los magistrados de la Sala de lo Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA.

LIBROS

Alexy Robert. *La Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Alexy Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, (Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Altava Lavall, Manuel Guillermo, et al. *Lecciones de Derecho Comparado*. España: Publicaciones de la Universidad Jaume I, 2003.

Ballesteros, Jesús. *Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos, 1992.

Barracón Avilés, María del Carmen. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid: Dykinson, 2000.

Bastida Freijedo, Francisco J. et.al. *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. España: Tecnos, 2004.

Benavides Ordóñez, Jorge. *Los derechos humanos como norma y decisión*. Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.

Berraondo López, Mikel. *Los derechos humanos en la globalización: mecanismos de garantía y Protección*. España: Alberdania, Zarautz, 2005.

Bertrand Galindo, Francisco y et.al., *Manual de Derecho Constitucional I*, 3ª Edición, El Salvador: Centro de información jurídica Ministerio de Justicia, 1998.

Bidart Campos, German J. *Teoría General de los Derechos Humanos*. México: Instituto de investigación Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

Carbonell José y Carbonell Miguel. *El derecho a la salud: una propuesta para México*. México DF.: Instituto de investigación jurídica UNAM, 2013.

Cárdenas García, Jaime. *Introducción al estudio del derecho*. México: Instituto de investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma, 2010.

Carpio Marcos, Edgar *La interpretación de los Derechos Fundamentales*, Lima, Perú: Palestra Editores, 2004.

Castro Juventino V. *Garantías y Amparo*. México: Porrúa, S.A., 1953.

Díaz Revorio, F. Javier. "La interpretación Constitucional y la jurisprudencia Constitucional". *Quid Iuris*, año 3, volumen 6, 2008.

Diez Picazo, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. 3º Edición, Madrid: Thomson Civitas, 2008.

Donato Mora, Cecilia. *El valor de la Constitución normativa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

Du Pasquier, Claude. *Introducción al Derecho*. 5ª Edición, traducción del francés, por Julio Ayasta Gonzales, Lima, Perú: 1994.

Dueñas Ruiz, Oscar José. *Lecciones de Hermenéutica Jurídica*. 7ª Edición, Colombia, Bogotá: Universidad del Rosario, 2015.

Fernández, Eusebio. *Teoría de la justicia y derecho humanos*. Madrid, España. Editorial debate. 1991.

Fernández-Largo, Antonio Osuna. *Teoría de los derechos humanos conocer para practicar*, España Salamanca: San Esteban, 2001.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías*, Madrid: Trotta S.A., 1977.

Fuenzalida Puelma, Hernan L, y Scholle Connor, Susan. *El Derecho a la salud en las Américas*. Washington D.C.: Organización Panamericana de la Salud, Oficina Sanitaria Panamericana, 1989.

Fuster B. Jaime. *Derechos fundamentales y deberes cívicos de las personas*. Puerto Rico: Comisión de derechos civiles, 1965.

García Máynez, Eduardo. *“Introducción al estudio del derecho”*. 53, Edición reimpresso, México: Editorial Porrúa. 2002.

Garizabal Mario Madrid-Malo. *Estudio sobre Derechos Fundamentales*. Santa Fe de Bogotá: Tercer Mundo editores, 1992.

Gascón, Abellán Marina y Alfonso García Figueroa. *Interpretación y Argumentación Jurídica*, El Salvador: CNJ, 2003.

Gascón, Marina y Miguel Carbonell. *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

Guastini, Riccardo. Traducido por Mariana Gascón y Carbonell. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México, Universidad Autónoma, 1999.

Hesse, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2ª Edición, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

Huertas Diaz, et al. *El derecho a la vida desde la perspectiva desde el sistema interamericano de derechos humanos*. México, Unidad de investigación jurídica UNAM.

Iglesias Garzón, Alberto. *La configuración jurídica de los derechos fundamentales*. España, Instituto de derechos humanos, "Bartolomé de las casas".

Jaimes Ramos, Beatriz J. *Los tratados Internacionales de protección de los derechos humanos y su posición en el ordenamiento interno*. España: S.E., 2012.

Jiménez Meza, Manrique. *La pluralidad científica y los métodos de interpretación jurídico constitucional*. Costa Rica: Juritexto, 2012.

León Bastos, Carolina. *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre Derechos Humanos*. Madrid, España: Reus S.A., 2010.

López Medina, Diego. *Interpretación constitucional de los derechos fundamentales*. Nicaragua: Universidad de estudios humanísticos, 2012.

Luna, Oscar Humberto. *Curso de Derechos Humanos "Doctrinas y reflexiones"*. 4ª Edición, El Salvador: Panamericana, 2012.

Magaña, Álvaro. *Derechos Fundamentales y Constitución*. El Salvador: Universidad Tecnológica, Tecno impresos, 1997.

Martínez Bullé Goyri, Victor. “*El procedimiento ante los organismos autónomos protectores de los derechos humanos*”. en la obra *Derecho Procesal Constitucional*, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coordinador). 4ª edición. Tomo II. México: Editorial Porrúa. 2003.

Montecino Giralt, Manuel Arturo. *El Amparo en El Salvador*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2006.

Naranjo Meza, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas*. 8ª Edición, Santa fe de Bogotá, Colombia: Temis, 2000.

Nogueira Alcalá, Humberto. *Teoría y Dogmática de los derechos fundamentales*. México: Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigación Jurídica, 2003.

Palomino Manchego, José F. *Problemas escogidos de la Constitución peruana de 1993*. México: Instituto de Investigación Jurídica, 2003.

Peces-Barba Martínez, Gregorio et.al. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dikynson, 2004.

Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Derechos fundamentales Teoría General*. Madrid-Barcelona: 1973.

Pérez Luño, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 3ª Edición, Madrid: Tecnos, 1988.

Pérez Restrepo, Bernardita. *Modulo sobre derecho constitucional I. Parte interpretación*. Colección Darío Manuel Gaona Cruz, Colombia: 1994.

Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 14ª Edición, España: Marcia Pons, 2014.

Prieto Sanchis, Luis. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito, Ecuador: imprenta V&M gráficas, 2008.

Rodríguez-Toubes Muñiz, Joaquín. *Principios, fines y derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2000.

Rubio Correa, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima, Perú: Pucp, 2005.

Ruiz Robledo, Agustin, *Compendio de derecho Constitucional Español*; 2ª Edición, Valencia: Tirant lo Blanch 2011.

Sánchez Gil, Rubén. *El principio de proporcionalidad*. México: Instituto de investigaciones jurídicas, Universidad Nacional Autónoma, 2007.

Schmitt Carl. *Teoría de la Constitución*, traducción por Francisco Ayala, España: Alianza S.A. 1996.

Solano Ramírez, Mario Antonio. *¿Qué es una Constitución?* El Salvador: Sección de publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2000.

Solano Ramírez, Mario Antonio. *Estado y Constitución*. El Salvador: Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 1998.

Wolfe, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Traducción por María García Rubio de Casas y Sonsoles Valcárcel, España: Civitas S.A., 1967.

TESIS

Melgar, Jaime, Astrid Gissel, y et al., *Interpretación constitucional: evolución e impacto político- social en el periodo 2004-2013*, tesis para optar al grado de Licenciatura en ciencias jurídicas, Facultad Multidisciplinaria Oriental, Universidad de El Salvador, San Miguel El Salvador 2013.

Alfaro González, Luis Fernando. “La legitimación del ciudadano en el proceso Constitucional”. Tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1998.

Díaz Chacón, Flora Esthela. *Connotación jurídico legal del principio constitucional pro libertate frente a la prisión preventiva en la legislación ecuatoriana*. tesis para la obtención del título de licenciado en ciencias jurídicas, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias políticas y sociales, Universidad Central de Ecuador, Quito, Ecuador, 2014.

LEGISLACIÓN NACIONAL

Constitución de la Republica de El Salvador. El Salvador: Asamblea Constituyente de El Salvador, 1983.

Ley de Procedimientos Constitucionales. El Salvador: Asamblea Legislativa, 1960.

JURISPRUDENCIA

AMPAROS

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia N° 24-97/21-98, El Salvador, 2000.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia N° 242-2001, El Salvador, 2003.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia N° 348-99, El Salvador, 2001.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia N° 166-2009, El Salvador, 2011.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia N° 188-2009, El Salvador, 2012.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia N° 436-2011, El Salvador, 2013.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia N° 437-2011, El Salvador, 2014.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia N° 438-2011, El Salvador, 2014.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia N° 324-2012, El Salvador, 2014.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia N° 8-2012, El Salvador, 2015.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia N° 32-2021, El Salvador, 2015.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia N° 418-2013, El Salvador, 2014.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia N° 310-2013, El Salvador, 2013.

INCONSTITUCIONALIDADES

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia N° 8-96, El Salvador, 1999.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia N° 91-2007, El Salvador, 2010.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia N° 8-2014, El Salvador, 2014.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia N° 18- 1998, El Salvador, 2007.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia N° 16-99, El Salvador, 2000.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia N° 7-2011, El Salvador, 2011.

REVISTAS

Casal Hernández, Jesús María. *Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales, revista de derecho de la universidad católica del Uruguay*, N° 3, Uruguay, Monte video: 2002.

García Amado, Juan Antonio. “La interpretación constitucional”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, N° 2, Castilla y León, 2004.

DICCIONARIOS

Fernando Gómez de Liaño. *Diccionario Jurídico*. 6ª Edición, España: Forum, 1999.

Galleta de Rodríguez, Beatriz. *Diccionario Latín Jurídico. Localizaciones Latinas de aplicación jurídica actual*. Buenos Aires: García Alonso, 2008.

Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española, *Diccionario Manuel de la Lengua Española*, 1ª edición. (Madrid: Espasa Calpe, 2006).

PÁGINAS ELECTRÓNICAS

Franco de la Cuba, Carlos Miguel. *La Interpretación Jurídica*. Lima, Perú. https://docs.google.com/document/d/1GJx55AEDdsaGjCuP2AxtG1Mob7_YwTcifxtGEBQvZBs/edit?hl=en_US

Landa, Cesar. *Teoría de los derechos fundamentales*”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Electrónica Mexicana de Derecho Constitucional*. México: Instituto de Investigación Jurídica UNAM, 2011, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/6/ard/ard3.htm#P26>

Vilajosana, Josep M. *Funciones del Derecho: un marco conceptual*.
https://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/vilajosana-funciones_del_derecho.pdf