

Prescripción y suministro de medicamentos; Posición ideológica de la Sala Constitucional costarricense ¹

“No es común ni sencillo el que un país pequeño y con recursos económicos tan limitados como Costa Rica se esté enfrentando con relativo éxito a los difíciles problemas que caracterizan la patología médica emergente, después de lograr controlar o erradicar aquella propia de un país subdesarrollado.

(...) Sin embargo, de aquí en adelante será necesario lograr una participación mayor de cada ciudadano en el cuidado de su propia salud, ya que los problemas actuales están íntimamente relacionados con la responsabilidad individual y por otro lado, las instituciones del Sector deberán coordinarse de tal manera que integren un verdadero Sistema Nacional de Salud.”²

Introducción:

Desde hace muchos años, se ha generado un debate que ha llevado al enfrentamiento ideológico entre la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y la Caja Costarricense de Seguro Social (C.C.S.S.), específicamente en torno a las condenatorias de la jurisdicción constitucional como corolario de recursos de amparo, en donde la institución de Salud se ve compelida a entregar la más diversa gama de medicamentos a los pacientes de la Seguridad Social.

Este debate responde al paradigma de la “judicialización de la salud”. En palabras sencillas, los ciudadanos y las propias instituciones trasladan al seno de las instancias jurisdiccionales el debate sobre cuestiones de fondo relativas a la prestación de servicios en salud.

En el caso particular, vía recurso de amparo, cuya cifra de presentación se incrementa³ año con año, los ciudadanos han trasladado al seno constitucional sus demandas de medicamentos específicos, sea por preferencia, necesidad, o retraso en su obtención.

¹ David Valverde Méndez. Licenciado en Derecho, UCR. Máster en Derecho Constitucional, UNED y Máster en Estudios Jurídicos, U. Navarra. Profesor Universitario.

² Mohs Villalta, Edgar. “La Salud en Costa Rica” San José, UNED, 1983. Pág. 9.

³ Según un comunicado del Colegio de Farmacéuticos de Costa Rica, de abril de 2010, para ese año en promedio la Sala Constitucional recibía 15 recursos de amparo diarios contra la C.C.S.S., en resguardo del Derecho a la Protección de la Salud. Según ese mismo documento, en el año 2008 la CCSS erogó más de \$1.5 millones en la compra de medicamentos de acuerdo con resoluciones de la Sala Constitucional. Para ese mismo año, la Sala Constitucional dio trámite a 103 recursos de amparo interpuestos en relación con el suministro de medicamentos por parte de

El tema se ha ventilado en diversos foros; medios de comunicación, mesas redondas, artículos de opinión, debates gremiales, etcétera. Sin embargo el foro que realmente cuenta, que produce y soporta las verdaderas consecuencias sociales, jurídicas, políticas y económicas de este debate, es el millar de resoluciones o votos de igual cantidad de recursos de amparo, interpuestos contra las autoridades institucionales, servicios de salud, órganos técnicos, y profesionales en medicina al servicio de la C.C.S.S; la mayoría de las veces fallados -como el lector lo quiera ver- en contra de la C.C.S.S., o a favor de los pacientes que demandan un determinado medicamento.

Por lo anterior, considero de importancia poder evidenciar con apego a la jurisprudencia emanada de la jurisdicción constitucional, las posiciones ideológicas de los dos principales actores en conflicto: la Sala Constitucional y la C.C.S.S.

Por tal razón, en el presente documento me avocaré a la exposición objetiva de lo que puede catalogarse como la posición ideológica de nuestra Sala Constitucional, en el tema de prescripción y suministro de medicamentos. Solamente teniendo claros la posición y argumentos de un parte, es posible para su interlocutor general una crítica coherente.

Está por demás advertir que los criterios jurisdiccionales han sido abierta y fuertemente criticados tanto por gremios como el Colegio de Farmacéuticos, como por parte de la Caja Costarricense de Seguro Social. En un futuro ensayo nos dedicaremos a exponer también objetivamente, los argumentos de la institución de Salud ante los mismos descriptores.

Se trata de que el lector tenga una guía de rápida constatación, con referencia detallada a alguna reiterada jurisprudencia, que le permita anticipar cuál podría ser la respuesta del máximo órgano constitucional costarricense, ante casos similares, en torno al tema de medicamentos.

Desarrollo:

Para la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el derecho a la vida reconocido en el numeral 21 de la Constitución es la piedra angular sobre la cual descansan el resto de los derechos fundamentales de los habitantes:

la C.C.S.S., de los cuales declaró 60 con lugar en beneficio de 71 personas. Disponible en: www.colfar.com/.../BP_COLFAR_FALLOS_SALA_IV_MEDICAMENTOS

"Doctrina y Filosofía a través de todos los tiempos han definido a la vida como el bien más grande que pueda y deba ser tutelado por las leyes, y se le ha dado el rango de valor principal dentro de la escala de los derechos del hombre, lo cual tiene su razón de ser pues sin ella todos los demás derechos resultarían inútiles, y precisamente en esa medida es que debe ser especialmente protegida por el Ordenamiento Jurídico. En nuestro caso particular, la Constitución Política en su artículo 21 establece que la vida humana es inviolable y a partir de ahí se ha derivado el derecho a la salud que tiene todo ciudadano, siendo en definitiva al Estado a quien le corresponde velar por la salud pública impidiendo que se atente contra ella."⁴

Entiende la Sala Constitucional que en ese ordinal de la carta magna encuentra asidero el derecho a la salud, puesto que, la vida resulta inconcebible si no se le garantiza a la persona humana condiciones mínimas para un adecuado y armónico equilibrio psíquico, físico y ambiental:

"En reiteradas ocasiones esta Sala se ha pronunciado acerca del derecho a la vida y a la salud. La Constitución Política en el artículo 21 establece que la vida humana es inviolable, y es a partir de dicho enunciado que se ha derivado el derecho a la salud que tiene todo ciudadano, siendo en definitiva el Estado el encargado de velar por la salud pública. La preponderancia de la vida y de la salud, como valores supremos de las personas, está presente y señalada como de obligada tutela para el Estado, no sólo en la Constitución Política, sino también en diversos instrumentos internacionales suscritos por el país como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos."⁵

Esta preponderancia de la vida y de la salud que efectúa la Sala Constitucional, como valores supremos de las personas, está presente y señalada como de obligada tutela para el Estado, no sólo en la Constitución Política, sino también en diversos instrumentos internacionales suscritos por el país. De lo anterior, la Sala Constitucional exige el máximo grado de compromiso por parte de Estado costarricense, debiendo éste acudir de manera incuestionable e incondicional en defensa de dichos Derechos. Al respecto, la Sala ha reiterado también el carácter crucial, fundamental, de la misión encomendada por el constituyente a la Caja Costarricense de Seguro Social. Ejemplo de ello es el presente extracto jurisprudencial, en especial en cuanto a la prestación de servicios de salud:

"En el caso particular de nuestro país, ha sido la Caja (...) la institución llamada a

⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 5130 de las de las 17:03 horas del 07 de setiembre de 1994.

⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 13503 de las de las 14:10 horas del 14 de setiembre de 2007.

*brindar tal servicio público, debiendo en consecuencia instrumentar planes de salud, crear centros asistenciales, suministrar medicamentos, dar atención a pacientes entre otras cosas, contando para ello no solo con el apoyo del Estado mismo, sino además con el aporte económico que realiza una gran parte de la población con las cotizaciones para el sistema.*⁶

Sobre la Caja Costarricense de Seguro Social, la Sala Constitucional ha fijado una ineludible máxima de eficiencia, eficacia, continuidad, regularidad y adaptación en el servicio público que presta. De primera entrada, fija una obligación de adaptar los servicios a las necesidades particulares y específicas de sus usuarios o pacientes, y como respaldo de tal obligación la justicia constitucional tendrá por inválidos aquellos argumentos que giran en torno a la carencia de recursos humanos y materiales:

“IV.- Eficiencia, eficacia, continuidad, regularidad y adaptación en los servicios públicos de salud. Los órganos y entes públicos que prestan servicios de salud pública tienen la obligación imperativa e impostergable de adaptarlos a las necesidades particulares y específicas de sus usuarios o pacientes y, sobre todo, de aquellos que demandan una atención médica inmediata y urgente, sin que la carencia de recursos humanos y materiales sean argumentos jurídicamente válidos para eximirlos del cumplimiento de tal obligación. Desde esta perspectiva, los servicios de las clínicas y hospitales de la Caja (...) están en el deber de adoptar e implementar los cambios organizacionales, de contratar el personal médico o auxiliar y de adquirir los materiales y equipo técnico que sean requeridos para brindar prestaciones eficientes, eficaces y rápidas. Los jerarcas de las Clínicas y Hospitales no pueden invocar, para justificar una atención deficiente y precaria de los pacientes, el problema de las “listas de espera” para las intervenciones quirúrgicas y aplicación de ciertos exámenes especializados o de la carencia de recursos financieros, humanos y técnicos, puesto que, es un imperativo constitucional que los servicios de salud pública sean prestados de forma eficiente, eficaz, continua, regular y celer. Los jerarcas de la Caja (...) y los Directores de Hospitales y Clínicas que les pertenecen están en el deber y, por consiguiente son los personalmente responsables -en los términos del artículo 199 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública-, de adoptar e implementar todas las providencias y medidas administrativas y organizacionales para poner coto definitivo a la prestación tardía –la cual, en ocasiones, deviene en omisa por sus consecuencias- de los servicios de salud, situación que constituye, a todas luces, una violación a los derechos fundamentales de los administrados o usuarios.”⁷

Eso le lleva a sentenciar y concluir a la máxima autoridad Constitucional, que el retardo de cualquier tipo, en la operación del sistema de salud, pone en riesgo la salud y vida de los usuarios:

⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 5130 de las de las 17:30 horas del 07 de setiembre de 1994

⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 03681 de las de las 17:06 horas del 07 de marzo de 2008.

“...cualquier retardo de los hospitales, clínicas y demás unidades de atención sanitaria de la Caja (...) puede repercutir, negativamente, en la preservación de la salud y la vida de sus usuarios, sobre todo cuando éstos sufren de padecimientos o presentan un cuadro clínico que demandan prestaciones positivas y efectivas de forma inmediata.”⁸

Ni siquiera argumentos de índole financiero son aceptados por la Sala Constitucional a la hora de pretender la tutela de los mencionados Derechos:

"III.-Misión y funciones de la C.C.S.S. (continúa). Cabe preguntar, puesto que ha sido planteado en el sub examine, si la mayor o menor capacidad financiera del Estado (concretamente, de la C.C.S.S.) puede ser argüida valederamente como un óbice que justifique que se desatienda, o se atienda insuficientemente, la cumplida observancia de aquello que constituye la razón misma de ser de la entidad. La respuesta es importante, porque la representante de la accionada ha informado a la Sala que a esa institución le resulta presupuestariamente imposible atender a lo que el actor le solicita, alegando en su favor la máxima de que nadie está obligado a lo imposible y advirtiendo que pretender lo contrario podría significar "el principio del fin del sistema de seguridad social" de que se precia nuestro país. Si regresamos al pluricitado fallo nº 5130-94, se ve que en él ya contestó este Tribunal a ese planteamiento, al indicar que: "... si el derecho a la vida se encuentra especialmente protegido en todo Estado de Derecho Moderno y en consecuencia el derecho a la salud, cualquier criterio económico que pretendiera hacer nugatorio el ejercicio de tales derechos, debe ceder en importancia pues como ya se indicó sin el derecho a la vida los demás derechos resultarían inútiles.". Y es que dicho aparte resume lo medular de la cuestión, al recalcar -y valga la pena reiterarla- una verdad fundamental: ¿De qué sirven todos los demás derechos y garantías, las instituciones y sus programas, las ventajas y beneficios de nuestro sistema de libertades, si una sola persona no puede contar con que tiene asegurado el derecho a la vida y a la salud? De todos modos, si lo que precisa es poner el problema en la fría dimensión financiera, estima la Sala que no sería menos atinado preguntarnos por los muchos millones de colones que se pierden por el hecho de que los enfermos no puedan tener la posibilidad de reincorporarse a la fuerza laboral y producir su parte, por pequeña que sea, de la riqueza nacional. Si contabilizamos este extremo, y todos aquellos que se le asocian, resulta razonable postular que pierde más el país por los costos directos e indirectos del estado de incapacidad de quien yace postrado por una enfermedad, que lo que de otro modo se invertiría dándole el tratamiento que le permitiría regresar a la vida productiva. Desde luego, los beneficios intangibles, sociales y morales, son - incuestionablemente- de mucho mayor cuantía.”⁹

Para abordar el tema de medicamentos, el primer referente debe ser la Lista Oficial de Medicamentos que posee la C.C.S.S. La Sala Constitucional pareciera tener presente

⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 015946 de las de las 14:48 horas del 06 de noviembre de 2007.

⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 5934 de las de las 18:09 horas del 23 de setiembre de 1997.

este instrumento, aunque en múltiples ocasiones la institución ha manifestado su incompreensión o irrespeto por parte del órgano jurisdiccional:

“... todos los asegurados adscritos al seguro de salud deben cumplir sus disposiciones y políticas, a fin de que la prestación del servicio sea respetada y otorgada de la mejor manera posible, dadas las características particulares de cada paciente y su respectiva situación. Dentro de esas políticas, se incluye de manera imperativa cumplir con los requisitos establecidos para la solicitud de cada servicio o medicamento. La Caja (...) a lo largo de los años ha ido creando una Lista Oficial de Medicamentos, que es el resultado de las necesidades de la ciudadanía, de allí que, como éstas necesidades varían, la lista se va modificando según se requiera. No obstante, es menester entender la importancia de esa lista por cuanto la administración de los servicios, implica necesariamente la administración de los bienes, dadas las razones presupuestarias que existen detrás de todo gasto que la C.C.S.S., realice. Por eso, en principio todos los padecimientos o enfermedades que dicha institución atiende, encontrarían su correlativo medicamento en dicha lista. De no ser así, existe el procedimiento de excepción, consistente en obtener, para una persona específica con determinadas características, un medicamento particular, no incluido en la lista, sólo si se logra comprobar con criterio técnico-médicos la imperiosa necesidad del mismo para garantizar un alivio verdadero, una mejor calidad de vida o incluso la posibilidad de vivir. Para ello debe cumplirse además con todos los demás requisitos socio-económicos previstos para la adquisición de medicamentos no incluidos en la lista oficial de medicamentos. A los pacientes que se les prescribe medicamentos no incluidos en ésta, la institución procede a la adquisición del medicamento utilizando el procedimiento de adquisición de medicamentos no incluidos en la lista oficial de medicamentos necesarios para resolver casos excepcionales de patologías agudas o crónicas, previo haber cumplido con todo un protocolo que incluye no sólo una prescripción del médico tratante, sino un análisis por parte de las autoridades médicas de la Caja (...), Comité Local de Farmacoterapia y posteriormente Comité Central de Farmacoterapia, de las razones científicas para dicha compra y la posibilidad de tratar el padecimiento con medicamentos alternativos que sí se encuentren dentro de esa lista.”¹⁰

En segundo lugar, dado que la Sala Constitucional entiende que todos los padecimientos o enfermedades de los pacientes de la Seguridad Social tienen su correlativo medicamento o tratamiento en la Lista Oficial de Medicamentos, es tajante la posición del Tribunal Constitucional en cuando a llamar la atención de la Administración Institucional, en las situaciones de carencia o desabastecimiento, especialmente tratándose de los medicamentos propios de la Lista Oficial:

“IV.- Sobre el caso concreto. De la relación de hechos demostrados, esta Sala considera que en el caso concreto sí se produjo la violación al derecho a la salud del amparado, pues resulta incomprensible que aun cuando el recurrente le fuera recetado la aplicación de la toxina botulínica en virtud de su padecimiento, los

¹⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2002-02811 de las catorce horas con cincuenta y cuatro minutos del diecinueve de marzo del 2002.

cuales se encuentran dentro del cuadro básico de medicamentos de la Caja, no le fueran suministrados por estar agotados. Estima la Sala que las autoridades de la Caja (...) debieron tomar las previsiones necesarias para contar con el abastecimiento necesario y oportuno de los medicamentos, sobre todo tomando en consideración lo indispensable de los mismos para el tratamiento del recurrente, sin que se justifique de ninguna forma que se lesionen valores tan supremos como la salud y la vida como consecuencia de la falta de previsión de las autoridades de salud. Es evidente que las autoridades de la Caja (...) deben adoptar las medidas necesarias para no incurrir en situaciones como las descritas en este amparo, en detrimento de la adecuada prestación del servicio público que le fue encomendado por el Constituyente. Por ello, no se justifica que el tratamiento del recurrente no se le haya suministrado, por razones que son atribuibles a la Administración y en detrimento de su derecho a la salud. Por lo anterior, esta Sala constata la violación alegada a los derechos fundamentales del amparado.”¹¹

Al respecto y sobre el particular, la Sala Constitucional se ha pronunciado reiteradamente, enmarcando dichas situaciones como omisiones en lo que denomina el deber de poseer una adecuada planificación, de la siguiente forma:

“ADECUADA PLANIFICACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA ADQUISICIÓN Y SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS. (...) el Servicio de Farmacia del Hospital no le despachó la receta No. (...) y, por consiguiente, no le suministro el medicamento “Oxis” por estar agotadas las existencias. Lo anterior pone de manifiesto una grave falta del servicio de salud, puesto que, todo centro hospitalario, en asocio con la proveeduría institucional, debe planificar adecuadamente los programas de adquisición, compra y suministro de medicamentos para evitar la interrupción del servicio frustrando indebidamente su continuidad. Ese planeamiento de compras debe tomar en consideración el inventario de cada medicamento en cada uno de los servicios de farmacia de los hospitales y clínicas de la Caja (...) y el período de su caducidad, de modo que se evite que medie un lapso considerable entre el agotamiento de las existencias y una nueva adquisición. Debe tomarse en consideración que entrándose de los servicios de la seguridad social y, concretamente, de salud, un intervalo considerable entre el agotamiento de los fármacos de la Lista Oficial que deben despacharse y dispensarse a los usuarios del servicio y una nueva compra o suministro, por las particularidades de la contratación administrativa, puede, eventualmente, quebrantar los derechos a la vida y a la salud de aquellos. Bajo esta inteligencia, debe ordenársele al (...) del HSJD y a la (...) del Servicio de Farmacia que coordinen y planifiquen su gestión administrativa para promover la compra de medicamentos antes de su agotamiento, tomando en consideración los lotes de inventario existentes en cada centro de salud y la fecha de caducidad de aquellos, así como tomar las medidas pertinentes para contar con una provisión suficiente –permanente y continua- de los medicamentos incluidos en la lista oficial.”¹²

¹¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2007011907 de las 14 horas y 32 minutos del 22 de agosto de 2007

¹² Sala Constitucional da la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2005-05316, de las ocho horas con treinta y dos minutos del 06 de mayo del 2005.

Así las cosas, la Sala hace un llamado de atención constante a las autoridades de la C.C.S.S., en el sentido que la falta de previsión de un adecuado abastecimiento de medicamentos utilizados a nivel institucional, afecta principalmente a los pacientes:

“El argumento de descargo ofrecido por el Gerente de la División Médica de la Caja (...), en el sentido de se está en espera que para la próxima semana el Hospital cuente con el medicamento resulta absurdo, en virtud de que una de las funciones esenciales de las autoridades de la C.C.S.S., es precisamente velar porque no se produzcan este tipo de situaciones de desabastecimiento que evidentemente sí es posible anticipar. Nuevamente, la Sala llama la atención a las autoridades de la C.C.S.S., en el sentido de que la falta de previsión de un adecuado abastecimiento de medicamentos utilizados a nivel institucional -según se explicó anteriormente-, afecta principalmente a los pacientes, quienes no tienen por qué tolerar la desidia y desatención de los recurridos en los más elementales aspectos de sus funciones. Resulta inaceptable que por estas razones, se deje de brindar a una paciente con un padecimiento como el cáncer, que puede resultar letal, el tratamiento debidamente prescrito por su médico tratante, (...) Por estos motivos se constata la alegada violación al derecho a la salud de la amparada, y en consecuencia, lo procedente es ordenar la estimación del amparo, ordenando a los recurridos suministrar inmediatamente el medicamento denominado "Taxol"..."¹³

Sin embargo, el argumento más controvertido de la justicia constitucional, y que más oposición ha generado por parte de la C.C.S.S., es aquel que se aferra a la figura de lo que la Sala ha denominado “criterio del médico tratante”, haciendo prevalecer este, indicando que es el médico quién conoce con mayor precisión las condiciones de los pacientes:

“No obstante lo anterior, la Sala valora que la paciente sufre de un cáncer de mama, con un alto índice de reincidencia, siendo que, el médico tratante considera que el medicamento trastuzumab beneficiaría a la paciente de conformidad con el cuadro clínico que presenta. Ya en otros casos similares esta Sala ha dispuesto respetar el criterio del médico tratante, en virtud de que éste conoce con mayor precisión las condiciones de la paciente, y la conveniencia del tratamiento a suministrar.”¹⁴

Ciertamente, a través de la vía de amparo, la Sala Constitucional ha acogido y declarado con lugar en contra de la institución, múltiples acciones incoadas por asegurados, que en sus alegatos manifiestan que la C.C.S.S., les ha negado el tratamiento médico óptimo, desde la perspectiva de su médico tratante. Los recurrentes consideran que en algunos

¹³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 13503 de las de las 14:10 horas del 14 de setiembre de 2007.

¹⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 05024 de las de las 10:49 horas del 07 de abril de 2006.

casos la denegatoria se da por criterios eminentemente económicos y en otros por divergencias técnicas con el órgano asesor con competencia para aprobar la compra de productos farmacéuticos que no estén incluidos en la correspondiente lista oficial, a saber, el Comité Central de Farmacoterapia, o en otros casos, creen que se da por divergencia entre el criterio del médico tratante y el Comité Local de Farmacoterapia.

“Se ha establecido que es deber de la Caja (...) la administración de los medicamentos que los médicos tratantes consideren se adecuan a las condiciones particulares de cada persona, esto con el fin de mejorar su estado de salud y consecuentemente la calidad de vida, ambos derechos supremos en el ordenamiento jurídico. Entiende esta Sala que los únicos motivos que podrían válidamente aducir las autoridades de la Caja para eximirse de su obligación de suministrar tales medicamentos estarían en que los mismos no fueran necesarios para el paciente (por resultarle de la misma utilidad los contenidos en el Cuadro Básico), de conformidad con el criterio de los propios médicos tratantes, o bien que el usuario presente rechazo ante dichos medicamentos, por existir alguna contraindicación respecto de los mismos. De lo contrario, la Caja se encuentra ineludiblemente obligada a suministrarlos.”¹⁵

Es abundante y reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que esboza la línea ideológica de respaldar el criterio del médico institucional “tratante”, como se aprecia en los siguientes extractos:

“En varias ocasiones la Sala ha sostenido que si el médico tratante recomienda un medicamento específico, la Caja deberá proveerlo. Tal tesis tiene sustento en el hecho de que el médico especialista que trata a un paciente conoce mejor que ningún otro su realidad y sus necesidades. Tal ha sido el criterio de la Sala en sentencias No. 5130-94, 8944-98, 2001-4655 y 2002-7390, entre otras. En este caso, el neurólogo que ha tratado a la amparada, opina que debe mantenerse el medicamento que la paciente reclama (folio 63). La Sala no cuestiona el criterio del neurólogo y, en consecuencia, acoge el reclamo de la recurrente.”¹⁶

“Es claro que la línea jurisprudencial de la Sala ha sido respetar el criterio del médico tratante, por la lógica razón de que es quien ha estado más cerca del paciente y el que conoce con más detalle lo que éste necesita y el tratamiento que se le ha brindado. De igual manera este Tribunal ha sido reiterativo en cuanto a que, dada la naturaleza de esta sede, no se discuten ni cuestionan los criterios técnicos que la Administración presente como fundamento de su accionar. De esta manera, visto el informe del médico tratante de la recurrente y Jefe del Servicio de (...) del HCG (folio 156), queda claro para la Sala la necesidad de otorgarle a la accionante el medicamento que solicita por cuanto señalaron bajo juramento que ésta recibió el medicamento que brinda la Caja (...) Metformina desde abril del 2000 hasta febrero del 2001, y no lo toleró por “efectos colaterales que deterioraban su calidad de vida”. Asimismo señalaron que una vez sustituido este medicamento por el solicitado, dadas sus especiales características

¹⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 00043 de las 15:12 horas del 09 de enero de 2007.

¹⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 10961 de las 15:29 horas del 20 de noviembre de 2002.

*farmacológicas, se ha logrado “mantener una adecuada estabilización de su diabetes asociada a una excelente tolerancia”, sin que a la fecha se haya documentado ninguna contraindicación para dicho uso. No procede cuestionar el criterio médico dado por dichos profesionales, por lo que siendo consecuente con su jurisprudencia, procede estimar el recurso, ordenando al recurrido otorgar a la recurrente, el medicamento Rosiglitazona, en el esquema de dosificación ordenado por su actual médico tratante”.*¹⁷

*“Para la Sala el médico tratante es el profesional que ha observado a la amparada y quien prescribe el tratamiento teniendo en cuenta lo que mejor le favorece, según su patología y con la asesoría del especialista de radioterapia, quien también recomendó el uso de este tratamiento debido a la menor incidencia de efectos secundarios, por lo que no encuentra justificación alguna la negativa de los recurridos, en los términos planteados.”*¹⁸

En algunas oportunidades, a veces alertados por las instancias recurridas, la Sala Constitucional advierte que dentro del expediente de los recursos de amparo, no se localiza una prescripción o receta de un médico funcionarios de la C.C.S.S; cuestión que –en teoría- debería hacer que la Sala prevenga al recurrente aportar tan medular documento o incluso rechazar *ad portas* el recurso:

“Informa bajo juramento (...) Comité Central de Farmacoterapia de la Caja (...), que no hay un resumen clínico del médico tratante sobre la historia clínica de la amparada ni tampoco una receta de dicho médico. Por lo anterior, considera peligroso cumplir la medida cautelar impuesta por la Sala pues la prescripción de un medicamento obedece a un acto médico responsable en pro de la resolución de la patología y el tratamiento debe responder a una valoración actualizada. (...) V.- No obstante lo indicado en el considerando anterior debe indicarse que esta Sala no tiene argumentos suficientes para estimar el presente recurso, por los motivos que se expondrán a continuación. Tal como se desprende del expediente, al requerirse el informe del médico tratante del amparado, éste indicó que no ha recetado en el Servicio de (...) del HCG el medicamento solicitado por el recurrente. Tal como ha sido reconocido en otras oportunidades, esta Sala no puede avocarse el conocimiento de cuestiones técnicas ajenas a la competencia de este Tribunal por lo que mal haría en suplantar los criterios médicos existentes, poniendo en riesgo la vida del amparado. Por lo anterior, sólo en aquellos casos en que un médico tratante de la Caja (...) receta un medicamento especial que no se encuentra dentro de la lista oficial, la Sala ha obligado a dicha entidad a suministrarlo al estar respaldado por el criterio técnico de dicho médico. Sin embargo, en el caso concreto no existe receta alguna de ningún especialista de la Caja (...) que respalde la necesidad del amparado de adquirir el medicamento que solicita, por lo que no puede esta Sala en forma irresponsable obligar su suministro. Por lo anterior, el recurso debe ser desestimado, sin embargo, conviene realizar una serie de advertencias a la autoridad recurrida que debe acatar en forma inmediata. (...) Además deberá valorar el médico tratante la posibilidad de suministrar el medicamento en cuestión, sin tomar en cuenta

¹⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 02811 de las 14:54 horas del 19 de marzo de 2002.

¹⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 00962 de las 11:12 horas del 02 de febrero de 2001.

argumentos de índole económica o el hecho de que dicho medicamento no se encuentre en la Lista Oficial, para lo cual deberá tener en consideración los factores de riesgo y beneficios que podría tener dicho medicamento en el estado de salud del amparado. Por los motivos indicados, el presente recurso debe desestimarse no sin antes advertir a la autoridad recurrida que debe tomar en consideración lo dispuesto en esta sentencia en forma inmediata.”¹⁹

Como parte de la línea ideológica del Tribunal Constitucional, se manifiesta que el apego al criterio del médico institucional tratante, significa para esa instancia jurisdiccional, dar respaldo al concepto de la libertad de prescripción médica:

“La opción tomada por la Sala en punto a respetar el criterio del médico institucional tratante no significa otra cosa más que dar respaldo a la libertad de prescripción médica, entendida ésta no como una facultad del galeno de dar los medicamentos que quiera, cuando quiera y a quien quiera, sino como la capacidad o posibilidad de brindar al enfermo lo mejor para él en cuanto a pronóstico y calidad de vida”²⁰

Ese respaldo es justificado aclarando que el ejercicio liberal de la medicina no reviste idénticas características que el ejercicio institucional. En este punto, la Sala entiende que la prescripción médica es el tratamiento ordenado por el médico para curar o aliviar una enfermedad, siendo a su vez el punto culminante del ejercicio profesional, y en tal consecuencia debe ejercerse con autonomía y con responsabilidad.

Se manifiesta que la independencia profesional –moral y técnica- es un derecho del profesional en medicina, reconocida en forma expresa en las normas éticas del ejercicio profesional, pero que también es un deber.

“La importancia del tema exige algunas precisiones, a saber: es claro para la Sala que el ejercicio liberal de la medicina no reviste idénticas características que el ejercicio institucional, como es el que realizan los profesionales contratados por la Caja (...); sin embargo, también lo es que para cualquier médico la prescripción, entendida como el tratamiento ordenado por él para curar o aliviar una enfermedad, es el punto culminante del ejercicio profesional y en tal virtud debe ejercerse con autonomía y con responsabilidad. La independencia profesional –moral y técnica- es un derecho del médico, reconocida en forma expresa en las disposiciones éticas del ejercicio profesional, pero también es un deber y, lo más importante a los efectos del reclamo que aquí se ventila, se trata también de un

¹⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 2003-05246, de la dieciséis horas con cincuenta y siete minutos del diecisiete de junio del dos mil tres.

²⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 08661 de las 09:42 horas del 01 de julio de 2005.

derecho de los enfermos, en el tanto le garantiza que el profesional que lo trata elegirá, entre las intervenciones disponibles la que más le conviene, tras haber sopesado su validez y utilidad, así como que decidirá atendiendo a criterios de seguridad y eficacia, la más idónea y adecuada a la circunstancia clínica concreta, una vez participado al paciente con el fin de obtener su necesario consentimiento. El médico, cualquiera que sea la modalidad en que ejerza la profesión –en el sector público o privado, por cuenta propia o en arriendo de servicios- debe disfrutar de la necesaria independencia para atender a los pacientes que se confían a sus cuidados (por libre escogencia o no) y, en concreto para elaborar sus diagnósticos y prescribir sus tratamientos, ya que el primer compromiso ético del médico consiste en prestar a sus pacientes, con su consentimiento, el mejor servicio de que sea capaz, tal como lo dictan la ética profesional y el buen juicio. Este derecho se encuentra íntimamente ligado a la responsabilidad del médico, habida cuenta que para que el facultativo deba responder de sus actos u omisiones es imprescindible que haya actuado con libertad, es decir, haya podido decidir libremente y con conocimiento de causa.²¹

Llama mucho la atención, que la misma Sala Constitucional reconoce la posibilidad de limitar el derecho de libre prescripción, entendiendo que no se trata de una facultad del médico de prescribir los medicamentos que quiera, cuando se quiera y a quien se quiera, máxime cuando el profesional en medicina se encuentra inmerso en una estructura organizativa como es la C.C.S.S.:

“Ahora bien, tan evidente como la existencia del derecho es la posibilidad de limitarlo, pues –se repite- no se trata de una facultad del médico de prescribir los medicamentos que quiera, cuando se quiera y a quien se quiera, máxime cuando el profesional en medicina se encuentra inmerso en una estructura organizativa, como lo es la Caja (...), llamada a brindar la mejor asistencia posible a los asegurados con recursos limitados. La libertad de prescripción puede entonces válidamente limitarse para evitar el derroche en la prestación sanitaria y en cumplimiento de la obligación médica de adecuar el mejor interés del paciente con el de la comunidad; sin embargo, ello es así sí y sólo si no resulta antagónico con su criterio técnico en aquellos supuestos en los que el enfermo precise algún medicamento específico, atendiendo a alguna ventaja manifiesta que lo justifique y así lo razone adecuadamente. En esta tesitura, siempre que el médico institucional actúe dentro del marco descrito, aunque existan otras razones técnicas que lleven al Comité Central de Farmacoterapia de la entidad recurrida a considerar distintas alternativas terapéuticas, existentes en la guía oficial o no –sin considerar las meramente económicas que resultarían inadmisibles para este Tribunal-, deben atenderse las expuestas razonadamente por el médico tratante, partiendo de la premisa de que por su inmediata relación con el enfermo es quien posee superiores elementos para valorar lo mejor para su situación clínica, con la pauta terapéutica más adecuada, durante el tiempo que sea necesario y de forma que suponga el menor riesgo posible para el paciente, del cual previamente se le debe haber informado”²²

²¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 08661 de las 09:42 horas del 01 de julio de 2005.

²² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 08661 de las 09:42 horas del 01 de julio de 2005.

La relación laboral o de empleo entre el profesional en medicina y la C.C.S.S., es la que genera obligación de la institución de entregar los medicamentos reclamados, declarándose sin lugar –en la enorme mayoría de casos- los recursos de amparo en donde los recurrentes no demuestren aquel vínculo:

“En el caso presente, a diferencia del supuesto analizado en las sentencias transcritas, no se tiene por acreditado, por una parte, que el médico tratante del amparado en la institución accionada le haya prescrito el medicamento telorzan por su esquizofrenia paranoide y, por otra, que se haya observado el procedimiento contemplado en el ordenamiento para que la Caja (...) le facilite al afectado un fármaco no previsto en la LOM. En este sentido, aunque el actor aduce que el medicamento prescrito por su médico particular también fue requerido por el profesional que lo valoró en el hospital accionado, de la prueba documental allegada a los autos no se desprende esa situación; por el contrario, se tiene por probado que esa medicina más bien fue recomendada por su médico particular, el Dr. WS, quien continuará su valoración.”²³

Así las cosas, podemos observar cómo deben converger la prescripción por parte de un medico funcionario de la C.C.S.S, y que el medicamento se localice en la LOM o en su defecto se haya seguido el procedimiento interno de solicitud de un NO LOM, para que nazca la obligación de la entidad, de suministrar el mismo:

“IV.- No obstante lo anterior, como en el presente caso no se ha podido comprobar que al amparado le hubiera sido recetado por parte de su médico de la CCSS el medicamento Trental 400, para el tratamiento de sus afecciones circulatorias, no puede exigírsele al ente asegurador que le suministre dicho medicamento, máxime si consideramos que el mismo no forma parte de su cuadro básico de medicinas. Sobre este punto, debe decirse que existen mecanismos que permiten al asegurado solicitar el suministro de un medicamento no incluido en el cuadro básico, siempre y cuando cumpla con las disposiciones que para tal efecto ha formulado el Comité de Farmacoterapia de la CCSS, lo cual no ha realizado el recurrente. Todo lo dicho hasta aquí deriva en la necesidad de desestimar el presente recurso, por no constarse que a la fecha la CCSS haya, con su negativa de suministrar el Trental 400, lesionado los derechos a la salud y a la vida del amparado.”²⁴

Así mismo, se sitúa al “médico tratante”, por encima de cualquier otra instancia incluso en lo que a la prescripción de medicamentos NO LOM se refiere:

“En reiteradas sentencias, este Tribunal ha señalado a la Caja (...), que ha de prevalecer el criterio del médico tratante en cuanto a la administración de

²³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 9433 de las de las 09:19 horas del 15 de julio de 2005.

²⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 08411-98 de las 18:06 horas del 24 de noviembre de 1998

*medicamentos que no forman parte de la Lista Oficial de Medicamentos, considerando violatorio de los derechos fundamentales a la salud y a la vida, así como al derecho a la seguridad social la negativa a brindarlo.*²⁵

Para la Sala Constitucional, cada caso concreto debe analizarse a partir del acto médico del profesional tratante, ignorando cualquier opinión científico o técnica del Comité Central de Farmacoterapia:

*“Al resolver ese tipo de conflictos, la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional ha sido conteste al respetar el criterio institucional del médico tratante, por lo que partiendo de ahí, debe analizarse el caso concreto. De esta manera, al haber señalado el médico tratante de la amparada en el HSD, al contestar la audiencia concedida en el auto inicial del proceso, que la tutelada “ha tenido una magnífica respuesta clínica y en este momento se encuentra asintomática” (folio 69), la Sala estima que la actuación de la autoridad recurrida es injustificada y vulnera el Derecho de la Constitución, motivo por el cual lo procedente es declarar con lugar el recurso, ordenándose a quien ocupe el cargo de Coordinador del Comité Central de Farmacoterapia de la Caja (...), que adopte las medidas necesarias y que ejecute las acciones pertinentes para que la tutelada reciba inmediatamente el tratamiento con el sunitinib, según el criterio del médico tratante. Cabe mencionar que la situación de la amparada es distinta a la conocida por el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 18032-2006, pues en este caso se han observado los procedimientos contemplados en el ordenamiento jurídico para pedir un medicamento que no forma parte de la Lista Oficial de Medicamentos de la entidad accionada, a diferencia del primero. Consecuentemente, se debe estimar el amparo.”*²⁶

Sin embargo, en un voto salvado, se ha precisado que la Sala Constitucional desatiende al Comité Central de Farmacoterapia, cuando entiende que las razones que esboza aquel, fueron puramente económicas o burocráticas, no así cuando son científicas y técnicas:

*“Los suscritos Magistrados nos apartamos del criterio de mayoría y declaramos sin lugar el recurso interpuesto. Discrepamos del criterio sostenido por la mayoría de la Sala que declara con lugar este amparo, ordenándose a las autoridades de la entidad recurrida efectuar la entrega inmediata del medicamento (...) bajo responsabilidad de su médico tratante. Lo anterior por cuanto, si bien en otras oportunidades se ha considerado -al igual que la mayoría- que es arbitraria la negativa del Comité Central de Farmacoterapia de conferir al enfermo el medicamento recomendado por su médico tratante, ello así se ha calificado únicamente en los supuestos en que dicha decisión se sustenta en criterios de orden económico y burocrático -sobre el particular, se puede consultar la sentencia #2005-05646 de las 14:36 horas del 11 de mayo del 2005-.”*²⁷

²⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 00067 de las 14:42 horas del 10 de enero de 2007.

²⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 18647 de las 11:04 horas del 21 de diciembre de 2007.

²⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2008-017082 de las 10 horas y 7 minutos del 14 de noviembre de 2008

Incluso, ante dos posibilidades de tratamiento distintas, para la Sala Constitucional debe prevalecer el diálogo del “médico tratante” con el paciente:

“Como se desprende del precedente parcialmente transcrito, esta Sala ha reconocido que ante la existencia de dos posibilidades de tratamiento con igual resultado, es el paciente con su médico tratante quienes deben tener la posibilidad de escoger, sin que criterios económicos sean los determinantes para inclinarse por uno u otro. Es evidente que es el médico tratante el que debe medir en cada caso el impacto que podría ocasionar uno u otro tratamiento para su paciente, sin que el hecho de que el medicamento no esté en la Lista Oficial de Medicamentos sea motivo para excluir a priori la utilización de dicho tratamiento. Partiendo de lo anterior, sería irrazonable que en el caso concreto se excluya la posibilidad del amparado de recibir el medicamento Lucrin-Depot por el simple hecho de no formar parte de la lista oficial de medicamentos, pues éste bien podría ser una alternativa viable en su caso para evitar una traumática operación que implica la mutilación de una parte de su cuerpo”.²⁸

En muy pocas ocasiones, la Sala Constitucional duda del “médico tratante”, pero en definitiva, se decanta porque aquel complete el cuadro clínico de su paciente, de previo a reiterar su orden de entrega de determinado medicamento no previsto en la Lista Oficial de Medicamentos:

“... Acusa el recurrente que las autoridades sanitarias han rechazado proveerle medicamento para disfunción eréctil y sustentan dicha decisión en que dicho medicamento no se encuentra en la lista de medicamentos esenciales. (...) IV.- En este caso, alega el recurrente que en virtud de una cirugía que le fue practicada padece de disfunción eréctil, por lo que recibe atención en el CENARE de la Caja (...). (...) el CENARE solicitó ante las autoridades recurridas de la C.C.S.S. la posibilidad de suministrarle al recurrente el medicamento denominado Sildenafil, pues sólo con ayuda médica puede lograr disfrutar de esa parte de su humanidad, sin embargo, a pesar de que el médico tratante ha gestionado para que le suministren el medicamento, el Comité Central de Farmacoterapia rechazó su solicitud indicando que el medicamento no se encuentra en la lista de medicamentos esenciales por lo que no se le puede suministrar. Por su parte las autoridades recurridas indicaron que el medicamento Sildenafil (Viagra) no soluciona causas no relacionadas a su indicación específica, tales como las causas secundarias que ostenta el recurrente. Además, aducen las autoridades recurridas que el médico prescriptor, no indicó si el paciente presenta enfermedades que le causen la disfunción que sufre o si se pudo haber lesionado con la Cirugía, entre otros, todo lo cual resulta indispensable para completar el cuadro clínico del paciente. En el caso concreto, no se trata de una simple denegatoria del medicamento, sino de una decisión adoptada en pro del beneficio al paciente al solicitar al médico prescriptor que investigue totalmente sus condiciones urológicas. La Gerencia Médica de la Caja, informó, que la denegatoria del medicamento prescrito Sindelafil (Viagra), obedeció a la falta de fundamentación clínica y científica que el médico prescriptor tuvo para considerar

²⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 09678 de las de las 11:27 horas del 26 de setiembre de 2001.

que el fármaco requerido era el idóneo para tratar el padecimiento del recurrente. Así las cosas, tenemos que el recurrente fue debidamente diagnosticado con disfunción eréctil por parte del médico tratante, quien solicitó el despacho del medicamento ante la Comisión de Farmacoterapia. Posteriormente, la Comisión acordó rechazar el medicamento solicitado por el paciente por dos razones, la primera de ellas, técnica, que consideraba que el cuadro clínico del paciente no estaba completo y, la segunda, política, pues el medicamento que se prescribió al paciente no se encuentra en la Lista Oficial de Medicamento por no ser considerado como un medicamento esencial. En el informe que rindieron la Comisión de Farmacoterapia y la Gerencia Médica indicaron, que solicitaron al médico tratante que completara el cuadro clínico del paciente, por cuanto consideraron que otorgar el medicamento sin los estudios adecuados podría poner en riesgo la salud del paciente. No obstante en el mismo acto, refirieron que el medicamento no se encuentra en la Lista Oficial de Medicamentos y en todo caso, no se le puede otorgar al amparado. De lo anteriormente expuesto, esta Sala verifica, que aunque el cuadro clínico del recurrente fuese completado por parte del médico tratante, el medicamento no le sería suministrado por parte de las autoridades recurridas, por considerarse como no esencial. Bajo esa inteligencia, lo procedente es estimar el presente recurso de amparo, pues el medicamento fue requerido para el recurrente por parte de su médico tratante, precisamente por cuanto ello podría coadyuvar en la vida sexual del mismo como persona joven que es, casado y que se vio afectado por un cáncer de próstata. (...) de modo que a criterio de este Tribunal el rechazo del medicamento únicamente por considerarse no esencial en el sentido de que está en peligro su vida, es violatorio del derecho a la salud del amparado. En atención a las circunstancias anteriores debe declararse con lugar el recurso. La Sala en aras de la protección del paciente, entiende que el médico tratante debe concluir el cuadro clínico del amparado, tal y como lo indicó la Gerencia Médica Administrativa y el Comité Central de Farmacoterapia, y una vez completado el mismo, las autoridades deben valorar físicamente si se debe suministrar el medicamento requerido al amparado.²⁹

En muy contadas excepciones se encuentran precauciones de algunos Magistrados, ante ciertas circunstancias en torno a algún medicamento controvertido, en casos muy específicos, pero ello sigue constituyendo Votos de Minoría, que no calan en la decisión final vinculante, que termina ordenando la entrega del medicamento:

“VOTO SALVADO DE LOS MAGISTRADOS ARMIJO SANCHO Y CRUZ CASTRO, redacta el primero: Nos apartamos del criterio de la mayoría, como lo hemos hecho en relación con otros medicamentos que se encuentran todavía en fase experimental y no han sido incorporados a la lista de fármacos que normalmente expide la Caja (...), debido a que las fases y protocolos que deben cumplirse en nuestro medio con ese propósito procuran velar por la salud de los pacientes que atiende la institución. No creemos que el criterio individual del médico que atiende al paciente, ni el consentimiento informado de este último pueda, por sí mismo, suplir las necesidades de investigación científica y fiscalización que fija el ordenamiento jurídico para aceptar un nuevo medicamento. En este sentido, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea –que se cita con fines meramente ejemplificadores– al referirse al derecho a la integridad de la persona, en su artículo 3º, especifica que en el marco de la

²⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 17903 de las de las 17:03 horas del 11 de diciembre de 2007.

medicina y la biología se respetarán, entre otros, “el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley”, con lo cual queda patente que el consentimiento no puede funcionar como un mecanismo abstracto de remoción del obstáculo para aplicar un medicamento que oficialmente aún no está autorizado, por la sencilla razón de que estamos en una zona donde la relevancia de los derechos protegidos impiden que la aquiescencia sea una llave maestra para cualquier fin. La experimentación médica está indisolublemente unida con el principio de dignidad humana, unívocamente aceptado como intangible, indisponibilidad que incluye a su titular. De ahí la relevancia de que exista un marco jurídico y científico que permita incorporar los nuevos productos del mercado farmacéutico. Es por lo dicho hasta aquí que nos separamos de lo que decide en este caso la mayoría de la Sala y, en cambio, declaramos sin lugar el amparo, fundamentándome en el derecho a la salud de la tutelada”³⁰.

Aún menor, es la cantidad de casos en donde los Magistrados, mediante votos salvados, reparan o advierten que en el expediente falta el criterio real del denominado “médico tratante”, considerando que ordenar la entrega de un medicamento sin la debida prescripción de un “médico tratante”, produciría mayores riesgos que beneficios para los pacientes:

“VOTO SALVADO DE LOS MAGISTRADOS ARMIJO SANCHO Y CRUZ CASTRO, CON REDACCIÓN DEL SEGUNDO Los suscritos Magistrados nos apartamos del criterio de mayoría y declaramos sin lugar el recurso interpuesto. Discrepamos del criterio sostenido por la mayoría de la Sala que declara con lugar este amparo, ordenándose a las autoridades de la entidad recurrida efectuar la entrega inmediata del medicamento Nilotinib (cuyo nombre comercial es Tasigna R), bajo la responsabilidad de su médico tratante. Lo anterior por cuanto, si bien en otras oportunidades se ha considerado -al igual que la mayoría- que es arbitraria la negativa del Comité Central de Farmacoterapia de conferir al enfermo el medicamento recomendado por su médico tratante, ello así se ha calificado únicamente en los supuestos en que dicha decisión se sustenta en criterios de orden económico y burocrático (...)-. Es distinta, sin embargo, la situación que se analiza en el caso presente, en el cual el medicamento pretendido por la amparada- a la fecha de rendir el informe la Coordinadora a.i. del Comité Central de Farmacoterapia de la Caja (...)- no había sido prescrito por su médico tratante, situación que no podría defender este tribunal, ya que ordena el suministro del medicamento sin criterio médico a priori, produciría mayores riesgos que beneficios para la amparada. Por lo expuesto, consideramos que en recurso debe ser desestimado.”³¹

Se puede identificar al menos una línea especial, en cuanto a la declaratoria sin lugar de los recursos de amparo. Se trata de las ocasiones en que los usuarios demandan la

³⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2008010834, de las dieciséis horas y ocho minutos del uno de julio del 2008.

³¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2008-017082 de las 10 horas y 7 minutos del 14 de noviembre de 2008

continuidad en el suministro de un medicamento contra la prescripción médica. Los pacientes consideran que seguir injiriendo un medicamento por periodos más largos o en dosis más elevadas va a mejorar su condición de salud, desconociendo que ese accionar a la postre puede resultar contraproducente e incluso causarles la muerte.

En esta circunstancia la Sala Constitucional parece mantener la costumbre de declarar sin lugar los recursos de amparo de este tipo:

“1.- (...) el recurrente interpone recurso de amparo contra la Caja (...), e indica que el amparado ha estado en tratamiento cardiológico por problemas del corazón, ya que en los dos últimos años ha tenido dos ataques, por lo que ha sido atendido (...). Agrega que el médico tratante en el HCG le prescribió el medicamento denominado EXPANSIA cada mes, el cual se receta a pacientes con enfermedades cardíacas para así evitar el riesgo de muerte. Alega que aunque el médico tratante ha continuado girando las prescripciones del medicamento, se le ha indicado que no se lo seguirán dando, pues en la Farmacia del Hospital solamente lo entregan por un año, y así sucedió, pues luego de recibir el medicamento por un año, no se le continuó proveyendo las pastillas, obligando al amparado a adquirirlas por su propia cuenta, lo cual le ha causado problemas económicos pues dicho medicamento es muy costoso para una persona de escasos recursos, pero tiene que adquirirlo ante la omisión de los recurridos en suministrárselo, pues es indispensable para su estabilidad cardíaca y su vida. (...)

4.- En atención a la audiencia conferida informe bajo juramento (...) Comité Central de Farmacoterapia de la Caja (...) que mediante boletín informativo del trece de diciembre del dos mil ocho, el Comité Central de Farmacoterapia incluyó el medicamento Clopidogrel en la Lista Oficial de Medicamentos. Añade que los usos del Clopidogrel están claramente establecidos desde hace varios años, tal y como se actualizaron en la circular CCF-192-02-08 donde se indicó entre otras cosas, que en concordancia con los principios que rigen el uso racional de medicamentos y la normativa de la Lista Oficial de Medicamentos, el período de medicación del fármaco es de uno a doce meses, independientemente de número de "stents", y cuando no exista un riesgo elevado de sangrado para el paciente. Comentan que tales lineamientos sobre medicamentos no son antojadizos, sino que dependen de estudios eminentemente científicos, por lo que el Comité Central de Farmacoterapia, de acuerdo a tales estudios y las guías o protocolos de uso internacional, editó la circular e hizo del conocimiento del cuerpo médico los argumentos técnicos científicos que lo apoyan.

II- Sobre el fondo. (...) Posterior a cada cirugía practicada se le ha prescrito el medicamento denominado Clopidogrel, cuyo uso está debidamente regulado en la circular CCF-192-02-08 de la Dirección de Farmacoepidemiología de la Caja (...). Según se informó a la Sala, la regulación del uso de este medicamento fue dispuesta por la Dirección de Farmacoepidemiología en concordancia con los principios que rigen el uso racional de medicamentos y la normativa de la lista oficial de medicamentos de la Caja, cuyos lineamientos dependen de estudios eminentemente científicos fundamentados en guías o protocolos de uso internacional. Así, para casos como el del amparado -posterior a angioplastía con colocación de stent coronario- se establece un uso no mayor a doce meses, con una dosis de 75mg diarios. Visto lo anterior, el recurso debe desestimarse toda vez que existe un criterio técnico-médico que respalda la disposición de no prescribir el medicamento Clopidogrel al amparado durante más de doce meses posterior a una angioplastía. En ese sentido, tal y como se ha sostenido en

reiterada jurisprudencia, este Tribunal carece de competencia para rebatir tales criterios médicos. Nótese por otro lado, que tanto de la prueba que consta en autos, como de los informes rendidos bajo fe de juramento, no se desprende que actualmente se le esté prescribiendo Clopidogrel al amparado, por lo que no encuentra esta Sala razones para afirmar que el derecho a la salud del señor EG se está viendo afectado, sino que por el contrario, la disposición recurrida va encaminada a proteger su salud de cualquier contraindicación que pudiera afectarle por el uso prolongado del medicamento.”³²

Nótese que en casos similares, la Sala no ve lesionados el derecho a la salud de los recurrentes que demandan más medicamentos. En este caso si hay un respeto de la Sala Constitucional a los lineamientos médicos e institucionales conforme a los procedimientos establecidos para los medicamentos que requieren los asegurados y que no forman parte de la Lista Oficial de la institución.

“... efectivamente desde mes el mes de abril de 2008, el médico especialista en Cardiología del HDr.MP solicitó para el recurrente el medicamento no LOM denominado Clopidogrel 75 mg por un período de un año en virtud de su padecimiento; siendo que según consta en la prueba aportada, la autoridad recurrida autorizó por un período de seis meses para complementar tratamiento de un año, y luego refirió por los otros seis meses restantes siendo que la última entrega se efectuó el 19 de octubre de 2009 (...). Así las cosas, al momento de interposición del presente recurso de amparo se ha girado el medicamento en diecisiete ocasiones y a partir de la fecha citada no se le volvió a entregar al recurrente debido a que ya no se encuentra autorizado por parte las autoridades administrativas ni médicas para recibirlo. Según lo informado bajo juramento no consta que a la fecha, el médico tratante haya prescrito continuar con el medicamento en cuestión y que haya presentado ante el Comité de Farmacoterapia del HDr.MP o el Comité Central de la C.C.S.S., una solicitud para continuar con el suministro de ese medicamento con cargo institucional por otro período más. De lo expuesto, no encuentra esta Sala, actuación u omisión alguna capaz de lesionar el derecho a la salud del recurrente, toda vez que, en primer término, la prescripción de los medicamentos que reclama, el Comité Central de Farmacoterapia lo hizo por el período de un año según los lineamientos médicos e institucionales y no consta que el médico tratante enviara algún informe al término del tratamiento con la evolución clínica del caso al Comité Local para su valoración así como tampoco ninguna solicitud de prórroga. Así las cosas, aún en el supuesto que el médico tratante, le hubiera prescrito ese medicamento por un período más al amparado en una consulta institucional, lo cierto es que no se tiene por demostrado que haya gestionado ante el Comité Local de Farmacoterapia, la autorización del suministro de los medicamentos en que referencia para el recurrente, conforme al procedimiento establecido para los medicamentos que requieren los asegurados y que no forman parte de la Lista Oficial de esa institución. Desde esta perspectiva, no ha habido una negativa institucional de otorgarle al recurrente ese medicamento, pues ni siquiera se han realizado las gestiones necesarias al efecto, las cuales per se no resultan ilegítimas ni arbitrarias. Así las cosas, bajo las circunstancias actuales, se descarta la lesión a

³² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2010000053 de las catorce horas y nueve minutos del 6 de enero de 2010.

los derechos fundamentales del amparado, por lo que lo procedente es desestimar este recurso”³³.

Conclusión:

Costa Rica posee altos niveles de escolaridad, y un generalizado acceso a la Justicia; especialmente a la justicia constitucional, que no requiere patrocinio letrado, ni especiales formalismos a la hora de plantear recursos de amparo, lo cual la hace accesible para todas las personas. Desde la creación de la Sala Constitucional, los ciudadanos han acudido y acuden a esta cada vez con mayor frecuencia, en procura de tutela de todo tipo de derechos fundamentales e intereses.

Ante una ciudadanía más informada, con mayor acceso a los medios masivos de comunicación e información, más escolarizada y letrada, con un abierto sistema de justicia, con un alto número abogados litigantes per cápita, es fácil entender el crecimiento en la presentación de recursos de amparo, en todas las materias, incluyendo las relativas a la Vida y la Salud.

La jurisprudencia demuestra una confrontación ideológica que -desde hace varios años- se da entre la Caja Costarricense de Seguro Social y la Sala Constitucional, especialmente evidenciada en torno al tema de la prescripción de medicamentos.

Como se expuso con el respaldo jurisprudencial respectivo, el Tribunal Constitucional posee una línea ideológica definida y casi inquebrantable en los temas de derecho a la vida, derecho a la protección de la salud, carencia o desabastecimiento de medicamentos, “médico tratante”, ejercicio liberal de la medicina y libertad de prescripción.

Desde el punto de vista de la justicia constitucional, el tema de los medicamentos gira en torno a las siguientes ideas:

- 1- No se debate lo que el médico “tratante” (prescriptor para la C.C.S.S.) prescribe y lo que este recomienda para el paciente, eso debe ser entregado por la institución. En caso de duda, se llama al médico a completar el cuadro clínico del paciente.

³³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2010-00537 de las quince horas y cuarenta y nueve minutos del 12 de enero de 2010.

- 2- Una vez prescrito por un médico funcionario de la institución, existe la obligación de comprar y entregar el medicamento (genérico o “de marca”); esté o no dentro del cuadro básico de medicamentos o Lista Oficial. No son oponibles razones económicas, administrativas o políticas.
- 3- No hay excusa posible ante el tema de desabastecimiento o retrasos en la compra y entrega.
- 4- Se reconoce la posibilidad de limitar el derecho de libre prescripción, entendiendo que no se trata de una facultad del médico de prescribir los medicamentos que quiera, cuando se quiera y a quien se quiera, máxime cuando el profesional en medicina se encuentra inmerso en una estructura organizativa como es la C.C.S.S.