

EL DERECHO A LA SALUD BAJO EL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE

**Ana Virginia Calzada Miranda
Fernando Castillo Víquez**

INTRODUCCIÓN.-

La jurisprudencia de la Sala Constitucional definió que el derecho a la salud es un derecho fundamental que deriva del derecho a la vida –artículo 21 de la Constitución Política (en adelante CP)- y del derecho a un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado -artículo 50 de la CP-. Señaló la Sala que este derecho, por regla de principio, es de naturaleza prestacional, y procesalmente, el Tribunal le otorgó prioridad a los procesos en los cuales se aduce su violación, toda vez que después de los recursos de hábeas corpus -los que se discuten y votan de primeros-, se conocen este tipo de procesos, garantizando de esta forma el derecho a una tutela judicial efectiva.

La jurisprudencia de la Sala en esta materia es abundante, razón por la cual esta presentación se circunscribe a reseñar cuál ha sido el concepto de salud adoptado, así como a explorar el porqué se considera al derecho a la salud un derecho fundamental y cómo a partir de ello, el Estado o sus instituciones deben de adoptar una serie de acciones positivas para garantizarlo de forma razonable. No menos importante es el análisis de los distintos principios que se extraen de la jurisprudencia, al igual que la descripción y el análisis de ciertas líneas jurisprudenciales.

Partiendo de una idea elemental, la cual por obvia muchas veces es ignorada por los operadores jurídicos, con las consecuencias negativas que ello puede conllevar para la sociedad, traemos a colación una serie de cuestiones metajurídicas en este estudio, concretamente: análisis propios de la ciencia de la salud, los cuales resultan de suma importancia para evaluar los criterios adoptados por la Sala en sus sentencias, toda vez que como se reconoce en los actuales paradigmas de la interpretación jurídica, el Tribunal no funciona de manera aislada ni en el vacío, sino que su ejercicio interactúa con distintas áreas del conocimiento jurídico y meta-jurídico.

I.- CONCEPTO DE SALUD.-

La jurisprudencia de la Sala Constitucional refiere que la «salud» va más allá de la antigua concepción de «ausencia de enfermedad», y ha optado por concebirla como un estado integral de la persona desde el punto de vista espiritual, emocional y físico, siguiendo así las definiciones de la Organización Mundial de la Salud –OMS-, que en su acta constitutiva define el concepto «salud» como un estado completo de bienestar físico, mental, espiritual, emocional y social, y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades¹.

Esta forma de apreciar la salud tiene una enorme repercusión en la jurisprudencia de la Sala. Por ejemplo, cuando se tiene por demostrado que el tratamiento quirúrgico no es urgente, pero el paciente padece de algún dolor, la Sala ha optado, mediante voto de mayoría, por declarar con lugar el recurso de ordenando aplicar el respectivo tratamiento dentro de un plazo razonable, toda vez que entiende que, pese a la ausencia de urgencia, sí hay una afectación real y permanente del estado emocional del paciente.

II.- EL DERECHO A LA SALUD ES UN DERECHO FUNDAMENTAL.-

Tal como se ha indicado, la Constitución Política dista de considerar de manera expresa el derecho a la salud como un derecho fundamental, sino que ha sido la jurisprudencia constitucional quien así lo ha derivado a partir del derecho a la vida, el cual sí se encuentra plenamente estipulado en el artículo 41 de la Constitución. Así, la Sala ha señalado que "[e]l 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 de la república. De igual forma, en ese ordinal de la carta política encuentra asidero el derecho a la salud, puesto que, la vida resulta inconcebible si no se le garantizan a la persona humana condiciones mínimas para un adecuado y armónico equilibrio psíquico, físico y ambiental (...) "². (sic)

¹ Vid., entre otros, el voto n.º 7602-10 de la SC.

² Vid. voto n.º 11222-03 de la SC.

A partir de este tipo de determinaciones jurisprudenciales, podría pensarse que con este proceder, la Sala sigue el camino del activismo judicial –también llamada «explosión judicialista»- y, por vía jurisprudencial, ha ampliado el catálogo de derechos fundamentales, labor que bajo una perspectiva positivista sería propia del Parlamento en el ejercicio de la potestad constituyente (poder reformador), o bien, de una Asamblea Constituyente. Sin embargo, resulta interesante tomar en consideración los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –Corte IDH- respecto de los derechos económicos, sociales y culturales. Como es sabido, el Protocolo Adicional a la Convención sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador –que adiciona este tipo de derechos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala que sólo son justiciables ante el Sistema Interamericano los derechos a la educación y a la sindicalización³, quedando los demás supeditados a que los Estados partes adopten las medidas internas hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y según la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en esos instrumentos de derecho internacional. No obstante, la Corte IDH, adoptando como parámetro los derechos civiles y políticos, que sí son justiciables, y bajo el criterio de indivisibilidad de los derechos fundamentales, ha llegado por esta vía indirecta, a condenar a los Estados por vulnerar los derechos económicos, sociales y culturales. A manera de ejemplo, la Corte, adoptando como marco de referencia el derecho consuetudinario indígena, siempre y cuando no se oponga a lo que señala la Convención Americana⁴, ha reconocido el derecho de propiedad colectiva en las comunidades indígenas⁵, el derecho de toda persona a la seguridad social que lo proteja en la vejez y de la incapacidad que imposibilite una vida digna⁶, el derecho a una pensión nivelada como un derecho adquirido derivado del numeral 21 de la Convención⁷, y, por último, indicó que la condición migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral, es decir, que los derechos laborales surgen a causa de la condición de trabajador

³ Vid. inciso 6 del artículo 19 del Protocolo de San Salvador.

⁴ Vid. caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam, sentencia del 4 de diciembre de 1991

⁵ *Ibíd.*

⁶ Vid. caso Cinco pensionados vs. Perú, sentencia del 28 de febrero del 2003.

⁷ *Ibíd.*

que ostenta la persona independientemente de su condición migratoria, de ahí que los Estados están en el deber de hacer respetar los derechos laborales que están consagrados en su derecho interno, por ello si hay tolerancia ante vulneraciones de los derechos laborales u omisión cabría responsabilidad internacional contra el Estado infractor⁸.

Una actuación similar encontramos en el ámbito del derecho comparado, al apreciar que en España, el derecho a la salud no está consagrado como un derecho fundamental, sino que, de conformidad con el numeral 43 de la Constitución Española, es un principio rector de la política social y económica, que se ha ligado “de forma especial a derechos fundamentales tales como los contemplados en los artículo 14 CE (prohibición de discriminación), 15 CE (derecho a la integridad física, 18 CE (derecho a la intimidad) y 24.1 CE (derecho a la tutela judicial efectiva)”⁹.

⁸ Vid OC-18-2003, condición jurídica y derechos de los emigrantes indocumentados.

⁹ BORRELL MESTRE, Joaquín. “El derecho a la salud: en especial la responsabilidad de la administración por el funcionamiento de los servicios sanitarios de salud” San José, Costa Rica, XV Jornadas de Derecho Constitucional, 17 de febrero del 2011. BORRELL MESTRE nos hace un recuento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre este ligamen al indicar lo siguiente:

“En relación con la *prohibición de discriminación (art. 14 CE)* la STC 62/2008, de 26 mayo, dictada en un recurso de amparo, analiza la eventual discriminación por causa de enfermedad o precario estado de salud. Se discutía si el despido de un trabajador -que había ocultado en el momento de contratar para la empresa en que trabajaba sus problemas cervicales crónicos, que le habían provocado sucesivas bajas en otras empresas para las que había prestado sus servicios con anterioridad- vulneró su derecho a la no discriminación reconocido en el artículo 14 CE y si en consecuencia tal despido, debía declararse nulo. El Tribunal Constitucional declaró que no hay lesión al derecho fundamental si la empresa despide no por la enfermedad, sino por la quiebra del equilibrio contractual que la enfermedad implica, al incapacitar al trabajador para desarrollar su trabajo.

No obstante el Tribunal entiende que el estado de salud del trabajador, o más propiamente, su enfermedad, pueden en determinadas circunstancias constituir factores de discriminación análogos a los que expresamente contempla el artículo 14 CE, al poderse encuadrar en la cláusula genérica de las otras circunstancias, condiciones personales o sociales, contemplada en el mismo. Eso ocurre cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada por la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración de permita poner en relación dicha circunstancia con la actitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato. También en esta Sentencia se dice que la situación de desventaja relativa de determinadas personas en el mercado de trabajo, en razón de sus circunstancias físicas o de salud y su eventual riesgo de exclusión social, constituyen problemas cuya atención corresponde a los poderes públicos de conformidad con lo establecido en el artículo 9.2 CE, a través entre otros, del conjunto de medidas de política sanitaria de formación y readaptación profesionales y en su caso de protección social a la que se refieren los artículos 43.2, 40.2 y 41 CE.

Respecto al derecho a la *integridad física (art. 15 CE)* el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varios ámbitos. Por citar algunos señalaremos que en el marco de la relación de sujeción especial que vincula a los internos en establecimientos penitenciarios con la Administración Penitenciaria existe la obligación de ésta de velar por la vida y la salud de los sometidos a su custodia. Así señaló el citado Tribunal que la asistencia médica en contra de la voluntad del interno puede afectar a su derecho a la integridad, a no ser que tenga justificación constitucional, como sucedió en casos de huelga de internos a los que se les prestó asistencia médica (STC 120/1990). También examinó el supuesto de exploraciones de rayos X a internos, en las que podía lesionarse su derecho a la integridad si las radiaciones utilizadas como medida de seguridad penitenciaria tuvieran lugar con excesiva intensidad y frecuencia o se

A mayor abundamiento, y en la misma línea de progresividad marcada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por incorporación plena de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos como parámetros de justiciabilidad de los derechos de las personas –ver artículo 48 de la Constitución Política- la Sala ha señalado que cuando un instrumento internacional es más generoso que la Constitución en el reconocimiento de derechos, se debe privilegiar la aplicación del primero y no la segunda. Ha dicho la Sala que:

“Tratándose de instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país, la jurisprudencia constitucional ha señalado que no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 siguiente contiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional, al punto que ha reconocido también la jurisprudencia, que los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino, que en la medida en que otorguen mayores derechos a garantías a las personas, priman por sobre la Constitución”¹⁰.

practicasen forma técnicamente inapropiada o sin observar las garantías científicamente exigibles (STC 35/1996).

En el orden laboral, principalmente, el Tribunal Constitucional ha indicado que no todo supuesto de riesgo de daño para la salud implica una vulneración de derecho fundamental, sino tan sólo el que genere peligro grave y cierto para la misma. El derecho fundamental del artículo 15 CE no protege frente a cualquier daño o riesgo potencial hipotético para la salud, sino sólo actúa cuando exista un riesgo constatado de producción cierta o potencial pero justificado *ad casum*, de la causación de un perjuicio para la salud, es decir cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para el trabajador (SSTC 62/2007 y 160/2007). Así cuando aún no se ha consumado el daño o perjuicio de la salud personal, será suficiente demostrar un riesgo cierto o un riesgo previsible y grave (STC 220/2005, de 11 septiembre).

Respecto a la contaminación acústica en una vivienda por las molestias generadas por establecimientos de la zona, el Alto Tribunal consideró que si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del artículo 15 CE, sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasan el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado este derecho (STC 119/2001, de 24 mayo).

El *derecho a la intimidad* (art. 18 CE) engloba la protección de los datos propios de la salud que se manifiesta como imperativo no sólo para proteger el ámbito de la privacidad del sujeto, sino también para evitar otros efectos aparejados que le pueden causar perjuicios al margen del propio hecho del conocimiento. El Tribunal Constitucional establece que los reconocimientos médicos en la empresa, no pueden imponerse si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable; fija condiciones de tales reconocimientos médicos obligatorios como son la concurrencia de factores objetivos o indicios racionales de afectación que conecten el caso concreto con las previsiones legales que contemplan esos reconocimientos, y declara además la necesidad de un consentimiento informado. Si se indaga en la salud con un fin distinto al normativamente previsto y consentido por el aceptado, empleando la indagación con una finalidad que pueda acarrear perjuicios para el interesado, como puede su despido, se llega a un fin inverso al perseguido por el reconocimiento constitucional de la protección de la salud. (STC 2002/1999, de 8 noviembre).

Finalmente el derecho a la *tutela judicial efectiva* (art. 24 CE) exige el deber de motivación de las resoluciones judiciales cuando está en juego la protección de la salud. (STC 95/2000, de 10 abril)”.

¹⁰ Vid. votos n.º 1319-97, n.º 3435-92 y n.º 5759-93 de la SC.

Lo anterior, a pesar de que los tratados internacionales y los concordatos tienen rango supralegal en nuestro medio, pero infraconstitucional, de conformidad con el numeral 7 constitucional, siguiendo la SC un principio garantista de interpretación¹¹ en este caso.

De tal forma, partiendo de esta definición de principio, es claro el reconocimiento del derecho a la salud como un derecho fundamental si el mismo es igualmente reconocido en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; en los artículos 7 y 1 de la Declaración Americana, y en los numerales 3, 6, 23 y 24 de la Convención de los Derechos del Niño.

En este sentido, es claro que el proceso de interpretación jurídica e integración normativa, ha llevado a la Sala a concluir que el derecho de la salud se deriva no sólo de los artículos constitucionales de cita, sino también de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos antes mencionados.

En una sentencia reciente, la Sala ha avanzado hacia la conceptualización del derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo, con su propio contenido esencial, señalando que

“Si bien es cierto que el derecho a la salud ha sido derivado del derecho a la vida y a un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado por su interrelación con esos derechos, no podemos dejar de lado que este derecho fundamental es un derecho autónomo y con su propio contenido esencial. Basta sólo con consultar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su numeral 12, para percatarnos de lo que venimos afirmando. En efecto, en dicho instrumento internacional de derechos humanos se establece claramente el derecho de toda persona al disfrutar del más alto nivel posible de salud física y

¹¹ ROLLA, Giancarlo. “Derechos fundamentales y Estado democrático: El papel de la justicia constitucional”. Revista Costarricense de Derecho Constitucional. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., junio, 2000, págs. 249 y 250 nos indica que la capacidad del juez constitucional de desarrollar los derechos de la persona a través de las codificaciones internacionales se manifiesta en diferentes modalidades:

“a) aplicando directamente como parámetro de propio juicio las disposiciones de las convenciones internacionales sobre los derechos humanos fundamentales, sobre todo en los ordenamientos que prevén la incorporación en la Constitución de normas internacionales sobre derechos fundamentales, o bien que reconozca a dichas normas una fuerza superior a la de la ley ordinaria;

b) aplicando el principio de que, en caso de conflictos, las normas internacionales deben considerarse, en cualquier caso, prevalentes sobre las producidas por las fuentes primarias;

c) utilizando el criterio de la interpretación constructiva, en base a la cual la normativa nacional debe interpretarse, en la medida de lo posible, en sintonía con el mismo significado y alcance que los propios derechos tienen en el ámbito internacional;

d) apelándose al principio garantista, por el cual, ante diversas interpretaciones posibles, se debe dar preferencia a la que permita con mayor efectividad dar desarrollo a la eficacia jurídica de un determinado derecho”.

mental, por lo que el Estado y sus instituciones tienen el deber de asegurar la plena efectividad de ese derecho a través de una serie de acciones positivas y del ejercicio de las potestades de regulación, fiscalización y de policía sanitaria. Lo anterior significa, ni más ni menos, la prevención y el tratamiento efectivo de enfermedades, así como la creación de condiciones que aseguren a todos la asistencia médica y servicios médicos de calidad en caso de enfermedad.

Dicho lo anterior, el derecho a la salud comprende la disponibilidad de servicios y programas de salud en cantidad suficiente para los usuarios de estos servicios y destinatarios de estos programas. Por otra parte, el derecho a la salud también conlleva la accesibilidad a estos servicios y programas, cuya cuatro dimensiones son la no discriminación en el acceso a los servicios de salud, la accesibilidad física –particularmente por parte de los más vulnerables-, la accesibilidad económica –que conlleva la equidad y el carácter asequible de los bienes y servicios sanitarios- y la accesibilidad a la información. No menos importante es que los servicios y programas de salud sean aceptables, es decir, respetuosos con la ética médica, culturalmente apropiados, dirigidos a la mejora de la salud de los pacientes, confidenciales, etc. Por último, y no por ello menos significativo, el derecho a la salud implica servicios y programas de calidad, lo que significa que tales servicios deben ser científica y médicamente apropiados”¹².

III.- EL DERECHO A LA SALUD ES UN DERECHO PRESTACIONAL

Al igual que otros derechos económicos, sociales y culturales, el derecho a la salud es un derecho de naturaleza prestacional, lo que impone el deber del Estado y del ente descentralizado por servicio –la Caja Costarricense de Seguro Social o CCSS- de brindar un servicio público continuo, eficaz, eficiente, sin discriminación, adaptable, transparente y solidario a favor de los usuarios de los servicios de salud pública.

El tema de los derechos prestacionales ha provocado no poca polémica sobre su consideración como derechos subjetivos¹³, aunque en materia de salud¹⁴, educación¹⁵,

¹² Vid. voto de la SC n.º 3683-11.

¹³ HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. “Los derechos prestacionales”. Derechos humanos y Constitución Iberoamericana. Homenaje a Germán J. Bidart Campos. Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sección peruana, 2002, págs. 255-261, después de un repaso de las distintas posturas en la doctrina francesa, italiana y española sobre los derechos prestacionales, llega a la conclusión de que no son auténticos derechos subjetivos a favor de las personas, sino “(...) *que se trata, más bien, de verdaderas normas de legislación o programáticas (Crisafulli), cuyos destinatarios son los órganos estatales, especialmente los Parlamentos*”. Vid., además, CASTILLO VÍQUEZ, Fernando. “Las nuevas dimensiones del Estado social de Derecho”. En www.democraciadigital.org, noviembre, 2002 y en www.monografias.com, 2005. En este sentido, aunque con algún grado de matiz, la SC, en referencia al derecho a la vida, en el voto n.º 22519-03, manifestó lo siguiente:

“En consecuencia, la posibilidad de exigir judicialmente, a través del recurso de amparo, un tipo específico de actividad prestacional por parte del Estado en cumplimiento de su deber de protección a la vida e integridad física de sus habitantes, es restringida a la clara verificación de un peligro inminente contra esos derechos de las personas, de forma tal que si por ejemplo, una determinada comunidad

niñez¹⁶ y ambiente¹⁷, la Sala ha sostenido la tesis¹⁸ de que como consecuencia de su normatividad, e incluso como resultado de la «fuerza normativa de la Constitución», no

estimara necesario contar con un hospital para la atención de sus pobladores (o de cualquier otra obra pública), no es por la vía del amparo que se debe exigir sino a través de los mecanismos previamente establecidos y ante los órganos y entes competentes, quienes deberán atender la petición y resolver su procedencia técnica, que no implica necesariamente una respuesta positiva. De lo que se desprende que la injerencia de la jurisdicción constitucional solamente es viable ante la inercia comprobada del Estado, a través de sus órganos competentes, en atender las demandas que en ejercicio de sus derechos realicen los habitantes del país”. En España el TCE ha llegado a entender que no cabe obtener ningún tipo de derecho subjetivo de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III de la CP española. Solo en un caso se ha pronunciado a favor de un núcleo indisponible para el legislador a propósito del sistema de seguridad social, pues el artículo 41 “(...) consagra en forma de garantía institucional un régimen público cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo... *un núcleo o reducto indisponible para el legislador*”. SANCHÍS, Luis Prieto. “El constitucionalismo de los derechos”. Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 71, mayo-agosto, 2004, pág. 69.

¹⁴ Refiriéndose la SC al deber del Estado y de la Caja Costarricense de Seguro Social de prestar el efectivo auxilio médico a los enfermos del SIDA indicó que, si bien esa decisión puede colocar a las autoridades de esa institución “(...) en un estado de congoja en lo que toca a llevarla a su correcto cumplimiento”, deben de prestarlo. Vid. votos n.º 5788-98, n.ºs. 8758, 8757, 8756, 8755, 8648, 8647 y 5934 todos de 1997.

¹⁵ Sobre la disminución del calendario escolar por la falta de provisión de fondos en el Presupuesto del Ministerio de Educación para el año del 2003, la SC indicó lo siguiente:

“(…) El Derecho a la Educación, en sus tres vertientes –derecho a educar, derecho a elegir los educadores y derecho a aprender-, no puede, al igual que cualquier otro derecho fundamental o humano, estar sujeto a restricciones, limitaciones o condicionamiento de índole presupuestario. Los Derechos Fundamentales y Humanos son el fundamento y la base entero ordenamiento jurídico y poseen una eficacia directa e inmediata, y ante todo, vinculan muy fuertemente a todos los poderes públicos, los que están obligados a crear las condiciones para su ejercicio efectivo y pleno... Esos argumentos meramente crematísticos no tienen la virtud de enervar la aplicación y respeto del Derecho a la Educación en su manifestación específica de los educandos a aprender, dado que, éste es un derecho que se encuentra consagrado en el texto constitucional y que, por ende, debe ser respetado y fortalecido y no cercenado”. Vid. voto n.º 856-03 de la SC.

¹⁶ El Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley n.º 7739 de 06 de enero de 1998, en su artículo 4, párrafo *in fine*, establece que el Estado no puede alegar limitaciones presupuestarias para desatender las obligaciones establecidas en este cuerpo normativo.

¹⁷ Vid. voto n.º 6322-03 de la SC.

¹⁸ **“IV. Sobre la normatividad de los derechos prestacionales.** La Constitución Política reconoce a favor del individuo y de los grupos sociales una gama extensa y muy variada de derechos, algunos de forma expresa, otros colegibles a partir de la comprensión del sistema que forman sus normas y principios. Algunas de estas prerrogativas (sin importar si son individuales o colectivas) tienen un carácter eminentemente social, al constituir derechos a la recepción de determinadas prestaciones por parte del Estado. Puede tratarse de bienes o de servicios, pero que en todo caso debe la Administración brindar debido al mandato (específico o genérico) contenido en la Ley Fundamental. Si se trata de una referencia general (vgr. protección a la madre y a los menores, cfr. artículo 51 constitucional), son los representantes de la soberanía popular, quienes a través de la Ley formal, desarrollarán estos preceptos imponiendo las formas en que la Administración deberá actuar con la finalidad de hacerlos valer efectivamente. El hecho de que requieran de actuaciones de otros agentes para poder ser efectivamente realizados en nada les resta normatividad, pero sí hace más compleja (respecto de las libertades públicas, por ejemplo) su puesta en operación, y más exhaustiva la labor del contralor de constitucionalidad, al cual le cabrá discurrir respecto del grado de compromiso mostrado por el Estado a la hora de hacer valer las normas que reconozcan derechos sociales. Si el legislador no instituye los mecanismos idóneos para realizarlas, su omisión podría significar una violación a la Constitución Política. Si emite las normas legales necesarias para hacer efectivo ese derecho y es la Administración la que evade su acatamiento, entonces esta última actuación

puede alegarse la falta de presupuesto -recursos económicos, materiales y/o personal calificado- para omitir su debida prestación por parte de los órganos y entes públicos. Esta definición se ha visto complementada con la aprobación y ratificación por parte del Estado de Costa Rica del Protocolo de San Salvador.

En el sistema costarricense, por mandato constitucional la prestación de los servicios de salud está a cargo de la entidad denominada Caja Costarricense de Seguro Social, la cual es una institución autónoma creada constitucionalmente. El artículo 73 de la Constitución refiere que el sistema de seguridad social ideado comprende:

- el gobierno y la administración, en forma exclusiva y excluyente, de los seguros sociales por parte de esta institución –enfermedad y maternidad-. Salvo el caso de los riesgos de trabajo que corresponde al Instituto Nacional de Seguros.
- un sistema de soporte solidario –contribución forzosa del Estado-patrono-empleado-.
- y que los fondos y las reservas de la seguridad social no puedan ser utilizadas para finalidades distintas.

La consagración constitucional de los servicios de salud como servicio público, en nada impide que en nuestro medio se permita la prestación de servicios de salud de carácter privado, servicios que no requieren la concesión de parte del Estado para su existencia, pero sí su debida autorización. Esta autorización está prevista dentro del ámbito e implementación de las políticas generales, y corresponde ya no a la CCSS como entidad prestataria del servicio como servicio público, sino que esta autorización y la reglamentación para su ejercicio proviene del Ministerio de Salud, órgano al que compete la dirección y regulación de la política sanitaria. Al respecto, ha indicado la Sala que:

“VI.- Sobre las competencias del Ministerio de Salud. La intervención del Ministerio resulta de las competencias legales que ostenta sobre la materia y que, en repetidas oportunidades, este Tribunal ha relacionado con la protección del derecho básico a la salud. Así, esta Sala ha establecido en diferentes pronunciamientos (por ejemplo véase la sentencia no. 2008-9344 de las 11:19 horas del 4 de junio del 2008) que la normativa infra constitucional ha dotado al Ministerio de Salud de un poder de policía para prevenir y garantizar situaciones relacionadas con el derecho a la salud. Al respecto, el artículo 2º, de la Ley

estaría lesionando en forma refleja el derecho fundamental, mediante el incumplimiento de un deber legal. Lo revisable aquí es en todo caso no el desacato de la norma legal per se, sino la incidencia que dicha falta haya provocado en el respeto de la norma constitucional por aquella desarrollada”. Vid. voto n.º 2794-03 de la SC.

General de Salud dispone que al Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Salud, le corresponde la definición de la política nacional de salud, la normación, planificación y coordinación de todas las actividades públicas y privadas relativas a salud, así como la ejecución de aquellas actividades que le competen conforme a la ley. Específicamente, relativo al tema que nos ocupa, la Ley General de Salud, en el Libro 2, Capítulo 1 de las autoridades de salud y de sus atribuciones, dispone lo siguiente: ‘Artículo 346.- Para efectos de llevar a cabo el efectivo control del cumplimiento de las disposiciones de esta ley y de sus reglamentos, de resoluciones complementarias que las autoridades de salud dicten dentro de sus competencias, podrán los funcionarios dependientes del Ministerio, debidamente identificados, hacer inspecciones o visitas para practicar operaciones sanitarias, recoger muestras o recolectar antecedentes o pruebas, en edificios, viviendas y establecimientos industriales, de comercio y en cualquier lugar en el que pudieran perpetrarse infracciones a las leyes y reglamentos y resoluciones aludidos. Tales diligencias deberán practicarse durante el día, entre las seis y dieciocho horas y los particulares están en la obligación de facilitarles de inmediato. La limitación horaria no regirá para las inspecciones relativas al control de alimentos, de estupefacientes, alucinógenos y sustancias psicotrópicas capaces de producir por su uso, dependencia psíquica o física’.

Bajo dicha inteligencia, se colige la obligación de las autoridades del Ministerio de Salud de velar por la aplicación y el control del cumplimiento de las disposiciones de esa ley y de su reglamentación, sin perjuicio de las facultades y obligaciones que leyes especiales otorguen e impongan a otros organismos públicos dentro de sus respectivos campos de acción (artículo 337), así como el deber de sancionar a los que infrinjan la normativa sanitaria”¹⁹.

IV.- PRINCIPIOS QUE REGENTAN EL DERECHO DE LA SALUD.-

La ciencia jurídica de la modernidad es conteste en reconocer la existencia, plena vigencia y aplicación de los principios rectores y orientadores de nuestros sistemas. Así, se aprecia la existencia de principios de carácter metasistémico, sistemáticos y sectoriales, con base en los cuales debe valorarse la legitimidad de las normas y que a su vez permiten la protección judicial aún en ausencia de norma expresa, superando así las restricciones que el positivismo había impuesto a la interpretación jurídica.

El derecho a la salud, por sí mismo y por su consideración como derecho fundamental, no es ajeno a los principios que orientan y rigen su aplicación. Según NAVARRO FALLAS²⁰ existe un importante número de principios que operan como

¹⁹ Vid., en este sentido, la sentencia n.º 5012-07, así como la n.º 1941-01, la n.º 8983-06, la n.º 11500-07, la n.º 15206-07 y la n.º 1638-08.

²⁰ NAVARRO FALLAS, Román A. *Derecho a la Salud*. San José: Editorial Juricentro, S.A., 2010, pág. 135.

garantía sustantiva del derecho a la salud. Por razones de espacio y tiempo, este estudio se limita a considerar los principios que tienden a garantizar el goce del derecho por todos sus titulares, dejando de lado los que buscan la protección del ámbito de autonomía de la persona humana en ejercicio del derecho a la salud frente a la injerencia externa y a otros que son propios de ciertos institutos de Derecho Administrativo, es decir, a aquellos que regentan la organización administrativa, el servicio público y el ejercicio de la potestad de policía sanitaria. De ahí que se abordan los principios de universalidad, igualdad y no discriminación, el de autonomía de la persona, el de primacía del derecho de la salud sobre razones presupuestarias, el de primacía del criterio del médico tratante y, por último, el de tratamiento más favorable para el paciente.

- **Principio de universalidad**

En materia del derecho a la salud, la universalidad cumple la doble cualidad de ser un principio y una característica del derecho, pues supone el deber de la Administración Pública de brindar protección y asegurar la cobertura del derecho todo el conglomerado social. Al final de estas breves notas se dan cifras donde se demuestra el alcance que en el plano fáctico ha tenido la universalización de los servicios asistenciales en Costa Rica.

- **Principio de igualdad y no discriminación**

La presencia de este principio tiene trascendencia para que en cumplimiento de las normas de origen internacional sobre derechos humanos, se brinde con cargo al Estado la protección sanitaria incluso a la población inmigrante, la cual constituye no sólo un número muy importante de los habitantes de la República, al mismo tiempo que por su amplitud, representa un alto costo para la administración, Al final este trabajo se aportan datos importantes sobre estos aspectos, lo que refleja el esfuerzo extraordinario que hace un país en vías de desarrollo por cumplir, hasta donde los recursos lo permiten, con las obligaciones internacionales que se derivan de estos instrumentos.

- **Principio de autonomía de la persona**

Siguiendo un sector de la doctrina, principio supone que con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad, garantizado en el numeral 28 de la Constitución, la persona podría “[t]omar libremente sus decisiones relacionadas con su salud, incluso decisiones negativas, orientadas a deteriorar su salud o dejarse morir (siempre que no intervenga un tercero en la acción) y siempre que con ellas no perjudique a terceros”²¹. Lo anterior implica, que el Estado tendría un deber de abstención frente a tales decisiones; sin embargo, cuando los actos de la persona exceden el ámbito privado y ponen en peligro la salud y los derechos de otros, entonces, el Estado, con base en las potestades de policía sanitaria y de protección general de los derechos y los bienes jurídicos, debe de ordenar el cese de tales actos, dictar medidas preventivas y proceder a la imposición de las medidas necesarias y las sanciones correspondientes.

- **Primacía del derecho de la salud sobre razones presupuestarias**

Con base en el principio de escasez, que señala que los recursos son escasos y las necesidades ilimitadas, no cabe duda que toda decisión conlleva un costo de oportunidad y, por ende, es menester establecer una orden de prioridades y uno de posterioridades. No obstante, en nuestro medio, la Sala ha sentado la tesis que las Administraciones Públicas no pueden invocar razones presupuestarias como eximente de responsabilidad cuando está de por medio el derecho a la salud. En todo caso, debe aclararse que pese a esta posición, el Tribunal ha evitado ir más allá, tal y como sí hizo el Tribunal Constitucional de Portugal en su sentencia 39/84²², al consagrar el principio de prohibición de retroceso social. Sin embargo, a pesar de que la Sala no ha dictado de manera expresa jurisprudencia en ese sentido, sí debe recordarse que la protección al derecho a la salud, igualmente se encuentra dentro de los parámetros fijados por las propias características del derecho internacional de los derechos humanos y su aplicación en el ámbito interno, de donde resulta que la característica de «progresividad» iría en el mismo sentido del «principio de prohibición de retroceso social» contemplado por la jurisprudencia portuguesa.

²¹ NAVARRO FALLAS, Román A. Op. cit., pág. 156.

²² “En dicha sentencia la SC consideró inconstitucional un decreto-ley que suponía la eliminación del Servicio Nacional de Salud, lo que, a su juicio, vulneraba el derecho a la protección de la salud (artículo 64 de la Constitución portuguesa)”. MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*. Barcelona: Editorial Cedesc R.L., 1997, pág. 53.

Esta ya clásica condición del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, encuentra recepción también en la doctrina jurídico-alemana, formulándose allí la «teoría de la irreversibilidad de las conquistas sociales», según la cual el desarrollo de los derechos económicos y sociales depende del legislador, pero una vez que se materializan se constitucionalizan, de tal forma, que toda vuelta atrás “[r]especto al estado de cosas producidos por tal desarrollo resulta ser, así, ‘inconstitucional’”²³. Sin embargo, así desarrollada esta característica en cuanto a la irreversibilidad social, diferentes voces se ha pronunciado respecto de los límites y condiciones de los avances logrados, lo que si bien a la luz del derecho internacional de los derechos humanos tendría escasa discusión, si ha motivado que incluso el Tribunal Constitucional Español lo haya visto con suma prudencia, al indicar que del artículo 50 de la Constitución Española, relativo a la protección de las personas adultas mayores “[n]o se deduce el deber de mantener ‘todas y cada una de las pensiones iniciales en su cuantía prevista ni que todas y cada una de las ya causadas experimenten un incremento anual’”²⁴.

Diferente ha sido el tratamiento que se le ha dado a este principio en Colombia. En efecto, bajo el nombre de la «prohibición de regresividad en materia de derechos sociales» o de «no regresividad de los derechos ya reconocidos», la Corte Constitucional colombiana lo ha aceptado, pese a no estar consagrado en la Constitución Política de 1991. Según la Corte, con base en el principio de progresividad:

“[U]na vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador, en materia de derechos sociales se ve menguada al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional”²⁵.

²³ PAREJO ALFONSO, Luciano. “El Estado social administrativo: Algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y servicios públicos”. Revista de Administración Pública, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n.º 153, setiembre-diciembre, 2000, pág. 224.

²⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. “El constitucionalismo de los Derechos”, Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, n.º 71, 2004, pág. 69. Vid, además, CARRILLO, Marc. “La eficacia de los derechos sociales: entre la Constitución y la Ley”. Jueces para la democracia, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, n.º 36, 1999, pág. 71, quien nos señala que, en general, los Tribunales Constitucionales, “(...) han negado la congelación de los derechos sociales, y de acuerdo con el valor constitucionalizado del pluralismo político, han legitimado que sea el legislador quien module el alcance y los límites del Estado de bienestar”.

²⁵ Vid., entre otras, las sentencias n.º C-251 de 1997 (fundamento 8), la n.º SU-624 de 1999, la n.º C-1165 del 2000, la n.º C-1489 del 2000 y la n.º C-671 del 2002.

Así, alcanzado un determinado nivel de protección, en principio, todo retroceso está prohibido:

“Tal consecuencia se anuncia bajo la forma de una presunción de inconstitucionalidad. Toda medida posiblemente regresiva de los derechos sociales se presume contraria a la Constitución y se somete, por tanto, a estricto control por parte de los jueces constitucionales. Además, la carga de la argumentación para desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad de la medida adoptada recae en la autoridad pública, la cual debe demostrar: a) la existencia de un interés estatal permisible; b) el carácter imperioso de la medida; y c) la inexistencia de curso de acción alternativos menos restrictivos del derecho en cuestión”²⁶.

- Primacía del médico tratante –se potencia el principio de libre prescripción médica--

El criterio del médico tratante ha sido considerado por la jurisprudencia de la Sala con primacía sobre otras consideraciones de carácter económico, técnico o, incluso, médico-administrativa. El punto ha alcanzado su paroxismo cuando hay un criterio encontrado entre el medicamento que prescribe el médico tratante y lo que indican los denominados comités de farmacoterapia²⁷. Ocurre, con algún grado de regularidad, que el médico tratante prescribe un medicamento que no está en la lista oficial de medicamentos de la Caja Costarricense de Seguro Social, y el Comité Central de Farmacoterapia deniega la autorización, ya sea porque considera que las propiedades del medicamento que se encuentra en la lista oficial tiene las mismas propiedades curativas del prescrito por el médico tratante, o porque el medicamento prescrito no tendrá efectos

²⁶ NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert. “¿Independencia o control? Los derechos sociales y los esfuerzos del Ejecutivo por el control de la Corte Constitucional en Colombia”. Revista de Estudios Políticos. Madrid, n.º 143, enero-marzo, 2009, págs. 153 y 154. Dicho autor nos presenta el siguiente ejemplo de la aplicación de este principio por parte de la Corte. En Palmira (Valle de Cauca), el municipio, en desarrollo del programa de gobierno presentado por el alcalde elegido por el período 2001-2003, otorga un subsidio para la construcción de vivienda. “Una mujer fue beneficiada por el subsidio y suscribió un contrato para la construcción de su vivienda. No obstante, por dificultades económicas, el municipio redujo el subsidio inicialmente fijado. La afectada interpuso una acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad y la vida digna. La Corte Constitucional le concedió la tutela en base al principio de prohibición de regresividad de derechos sociales y ordenó el pago integral del subsidio, según la Corte la Administración no logró satisfacer la carga argumentativa porque la crisis financiera existía con anterioridad al inicio del proyecto de vivienda y la Administración había cometido errores en la planeación y ejecución del proyecto, errores no atribuibles a los beneficiarios del subsidio”.

²⁷ Oficinas administrativo-profesionales de los centros clínicos, encargadas de autorizar el suministro de medicamentos no incluidos en la lista oficial de fármacos de la Caja Costarricense de Seguro Social, cuando así hayan sido requeridos por el médico tratante para la terapia clínica del paciente.

positivos en la recuperación de la salud del paciente o por otras razones. Según la jurisprudencia de la Sala, lo pretendido con esta línea jurisprudencial es respetar la libertad de prescripción médica, entendida como la facultad que tiene el médico de brindarle al paciente el tratamiento o medicamento más conveniente según el pronóstico y la calidad de vida²⁸. Recientemente, pero sin disminuir el verdadero sentido otorgado, esta línea jurisprudencial ha sido atemperada²⁹, al exigirse al médico tratante justificar o indicar las razones objetivas por las cuales prescribe un medicamento distinto del que se encuentra en la lista oficial de medicamentos.

²⁸ Vid. voto n.º 3363-04 de la SC en el que se indicó lo siguiente:

“V.- 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 se quiera y a quien se quiera, sino como la capacidad o posibilidad de brindar al enfermo lo mejor para él en cuanto a pronóstico y calidad de vida. 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 Costarricense de Seguro Social; 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 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. 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 Costarricense de Seguro Social, 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 si 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”.

²⁹ Vid. voto n.º 14898-11 de la SC.

- **Se debe aplicar el tratamiento siempre más favorable a las necesidades del paciente**

Derivando de la máxima del principio pro persona humana –principio *pro homine*-, se ha definido que en caso de duda entre dos criterios ha de aplicarse al paciente aquel tratamiento terapéutico o medicamento más favorable a su salud, siempre bajo el criterio del médico tratante.

La Sala Constitucional, en el caso de los pacientes que sufren de cáncer de mama, donde con fundamento en el numeral 17 del Reglamento para Recibir Tratamiento de Radioterapia con Acelerador Lineal³⁰, los médicos debían aplicar a la mama izquierda el acelerador lineal mientras que a la derecha la bomba de cobalto, lo que, en este último caso provocaba al paciente quemaduras en la zona de aplicación, optó por ordenar, siempre bajo estricto criterio médico, que se debía aplicar a la mama derecha también el acelerador lineal, toda vez que logró acreditarse ser el tratamiento más favorable o bondadoso para los paciente. A partir de esta definición jurisprudencial, la Caja Costarricense de Seguro Social procedió a derogar el citado Reglamento³¹, aunque las razones que adujeron para ello era la obsolescencia de la normativa según los actuales criterios científicos, dando primacía al criterio de médico tratante, todo lo cual es una actuación administrativa conforme a lo dispuesto por la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

V.- JURISPRUDENCIA DE LA SALA SOBRE EL DERECHO A LA SALUD.-

La exposición hasta ahora realizada, muestra que efectivamente la jurisprudencia de la Sala es amplia y abarcativa de diferentes aspectos sensibles para la implementación y la justiciabilidad del derecho a la salud. Sin embargo, conviene precisar en algunos temas concretos que han sido tutelados por la jurisdicción constitucional costarricense,

³⁰ Vid. Reglamento para recibir tratamiento de radioterapia con acelerador lineal, publicado en el Diario Oficial La Gaceta n.º 96 de 19 de mayo de 2005.

³¹ Vid. Diario Extra del 10 de febrero del 2011, “CCSS derogará Reglamento contra el cáncer”. Sección Nacionales, pág. 8.

para tener así un panorama mejor informado sobre la protección y el desarrollo jurisprudencial en este ámbito. Un estudio de la actividad de la Sala sobre el particular, nos muestra que el Tribunal ha enfrenado de manera concreta, entre otros, los siguientes aspectos.

- **Las listas de espera.** Sobre el particular, la Sala ha señalado que la práctica de exámenes, tratamientos o intervenciones quirúrgicas a personas deben ser dados en un plazo razonable, sin denegación, por estar involucrado, justamente, el derecho a la salud³².
- **El retardo en la atención médica.** Aún y cuando el padecimiento del usuario de los servicios de salud no sea grave, si hay una demora excesiva en la prestación de la atención médica, la Sala ha declarado con lugar los recursos de amparo por violación a los derechos de salud. Aquí se trabaja también en una

³² Vid. voto n.º 17728-07 de la SC en el que se indicó lo siguiente:

“III.- SOBRE EL FONDO.- En relación con los servicios públicos de Salud, este Tribunal ha indicado que los órganos y entes públicos que los prestan, tienen la obligación imperativa e impostergable de adaptarlos a las necesidades particulares y específicas de sus usuarios 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 Costarricense de Seguro Social, 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 jefes 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 celeridad. Los jefes de la Caja Costarricense de Seguro Social 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 de los servicios de salud; situación que constituye, a todas luces, una inequívoca falta de servicio que puede dar lugar a la responsabilidad administrativa patrimonial de esa entidad por las lesiones antijurídicas provocadas a los administrados o usuarios (artículos 190 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública). En asuntos referentes a este tipo de servicios estatales, de práctica de exámenes, tratamientos o intervenciones quirúrgicas a personas, ésta Sala ha sostenido que el Estado debe velar por que ellos sean dados en un plazo razonable, sin denegación, por estar involucrado el derecho a la salud. Por otra parte, la Sala estima que no le corresponde determinar cuánto tiempo es el justo desde el punto de vista médico para atender personas enfermas pues ello depende de la evaluación o el criterio técnico-científico preciso sobre la premura o no del tratamiento respectivo de cada persona, como tampoco puede este Tribunal especular sobre si las intervenciones quirúrgicas son necesarias o no. No obstante lo anterior, lo que sí se puede establecer, claramente, de acuerdo con la información recibida es cuando existan períodos excesivos que puedan atentar contra la salud de los seres humanos. En ese sentido, las largas listas de espera que deben soportar las personas para ser atendidas, o bien, para recibir algún tipo de tratamiento, resultan lesivas al derecho a la salud, toda vez que con ello no se cumple con la condición de eficiencia y oportunidad del servicio (ver en sentido similar sentencias 2007- 007487 de las dieciséis horas cincuenta y seis minutos del veintinueve de mayo del dos mil siete y 2007-012383 de las catorce horas cincuenta y un minutos del veintinueve de agosto del dos mil siete)”.

arista de particular importancia y de conformidad con el concepto de «salud» adoptado –según se indicó supra-, pues en los casos de la dilación en la prestación de los servicios de salud, el tema concreto de la situación clínica del paciente, se encuentra en directa relación con su «calidad de vida», de donde resulta que se reconoce esa relación indivisible entre salud y calidad de vida ³³.

- **La prestación de un tratamiento.** Tal como se ha indicado, la prestación de los servicios de salud y el otorgamiento de los tratamientos médicos, se rigen, por definición jurisprudencial, por los principios propios del servicio público, al mismo tiempo que debe seguirse de manera objetiva el criterio del médico tratante del paciente, quien por su estrecha cercanía con la situación clínica, es el profesional apropiado para definir el tipo de tratamiento farmacológico, quirúrgico, técnico y terapias apropiadas. ³⁴.

³³ Vid. voto n.º 13306-08 de la SC, en el que manifestó lo siguiente:

“III.- DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. 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 de la república. De igual forma, en ese ordinal de la carta política encuentra asidero el derecho a la salud, puesto que, la vida resulta inconcebible si no se le garantizan a la persona humana condiciones mínimas para un adecuado y armónico equilibrio psíquico, físico y ambiental. Evidentemente, cualquier retardo de los hospitales, clínicas y demás unidades de atención sanitaria de la Caja Costarricense de Seguro Social 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. Ciertamente, no consta que el padecimiento del recurrente sea grave, pero tampoco hay una valoración que indique lo contrario. Ante una referencia o solicitud de cita, el hospital debe evaluar la condición del paciente y no, como en este caso, fijar una cita para dentro de cuatro años, plazo indudablemente excesivo e irrazonable. La incertidumbre del paciente ante el posible agravamiento de su condición, provoca un detrimento en su calidad de vida adecuada, que es parte de su salud. Como corolario de lo anterior, se debe acoger el amparo”.

³⁴ Vid. voto n.º 3125-08 de la SC, en el que se señaló lo siguiente:

“VIII.- EFICIENCIA, EFICACIA, CONTINUIDAD, REGULARIDAD Y ADAPTACIÓN EN LOS SERVICIOS PUBLICOS 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 Costarricense de Seguro Social 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 celeré. Los jerarcas de la Caja Costarricense de Seguro Social 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 inequívoca falta de

- **El desabastecimiento de medicamentos.** Un tema frecuente por el cual los usuarios del sector salud acuden en amparo ante la Sala Constitucional, es la inexistencia por desabastecimiento de los fármacos prescritos por sus médicos tratantes, es decir, porque el centro clínico se carece del medicamento recetado. Así, también de manera reiterada, el criterio sostenido de la Sala es que las autoridades de salud deben mantener la cantidad suficiente de medicamentos para suministrar a los pacientes³⁵.
- **La implementación de programas de trasplante de órganos.** En este caso, la Sala concluyó que la falta de programas de trasplante de órganos vulnera los principios propios del servicio público, lo cual, con mayor razón se aplica a los servicios de salud. Además, de manera concreta, se constató un caso de descoordinación institucional de la Administración Pública en la gestión, ejecución y desarrollo de un programa de trasplante de hígados en adultos, en perjuicio de los derechos de los pacientes³⁶.

servicio que puede dar lugar a la responsabilidad administrativa patrimonial de esa entidad por las lesiones antijurídicas provocadas a los administrados o usuarios (artículos 190 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública)”.

³⁵ Vid. voto n.º 14325-03 de la SC, en el que se expresó lo siguiente:

“Del expediente se desprende que efectivamente hubo desabastecimiento del medicamento mencionado en el mes de abril, sin embargo, actualmente se cuenta con suficiente cantidad de medicamento para suministrar a los pacientes que padecen esclerosis múltiple. No obstante lo anterior, en virtud de que en el momento de interposición del amparo efectivamente hubo una lesión al derecho a la salud de la amparada toda vez que cuando solicitó el medicamento en la Farmacia del Hospital Calderón Guardia no le fue entregado porque se encontraba agotado. Esa situación, previsible para las autoridades de la Caja Costarricense de Seguro Social, constituye una actuación negligente de su parte ya que debe existir coordinación intrainstitucional para que tales medicamentos no se agoten por completo y así garantizar la salud de las personas. En consecuencia, lo procedente es estimar el recurso y advertir a las autoridades de la Caja Costarricense de Seguro que deben tomar las medidas necesarias para que no se vuelva a dar un desabastecimiento de medicinas que puedan generar lesión de derechos fundamentales”.

³⁶ Vid. voto n.º 7532-04 de la SC, en el que se indicó lo siguiente:

IX.- DESCOORDINACION INSTITUCIONAL EN LA ADMINISTRACION, GESTIÓN, EJECUCIÓN E IMPLEMENTACION DE UN PROGRAMA DE TRANSPLANTE DE HIGADOS EN ADULTOS. El punto medular en el sub judice es determinar si ha existido, por parte de la entidad de la seguridad social recurrida inercia, omisión o descoordinación para la puesta en marcha o ejecución del programa de trasplantes de hígado en adultos. Está fehaciente e idóneamente demostrado en autos que desde el 5 de septiembre de 1991 la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social definió como una política institucional un programa de trasplante de hígado en adultos, siendo que el mismo fue, explícitamente, adscrito al Hospital Calderón Guardia (Sesión No. 6552 del 5 de septiembre de 1991, artículo 28). Asimismo, consta en autos que una de las críticas de los propios miembros de Programa de Trasplante Hepático en Adultos, lo fue la pérdida de credibilidad en este tipo de procedimientos del Hospital Calderón Guardia y que “ha estado sin realizarlos durante éstos 4 o 5 años”, tanto que, incluso, se solicitó evaluar la capacidad organizativa actual de ese nosocomio (Acta No. 4 del 3 de junio del 2004, visible a folios 38-39). Existen otros elementos de convicción que le permiten a este Tribunal concluir que, efectivamente, ha existido una descoordinación institucional en el manejo y ejecución del programa

de trasplantes de hígado en adultos, tanto es así que el protocolo elaborado por el equipo de especialistas del Hospital Nacional de Niños en septiembre del 2003, según se desprende de su resumen ejecutivo (visible a folio 51), fue elaborado con motivo de un trasplante exitoso a una paciente en el Hospital México, de otra parte, consta que la subgerencia médica de la CCSS y las direcciones generales de los hospitales Nacional de Niños y México, rubricaron, el 5 de mayo del 2004 una “acta de entendimiento y compromiso” para practicarle al paciente Ronald Rodríguez Mora ese procedimiento quirúrgico, circunstancias todas que ponen en evidencia una clara falta de coordinación, puesto que, por acuerdo de la Junta Directiva de la entidad recurrida del 5 de septiembre de 1991 el programa había sido adscrito al Hospital Calderón Guardia y no al México. Finalmente, después de haber sido adoptada la medida cautelar por el Magistrado instructor y ponente de ordenarle a la Caja Costarricense de Seguro Social “TOMAR TODAS LAS PROVIDENCIAS NECESARIAS PARA REACTIVAR INMEDIATAMENTE EL PROGRAMA DE TRANSPLANTES DE HIGADO” de las 9 horas del 5 de julio del 2004 (notificada ese mismo día), el Presidente Ejecutivo de la entidad le comunicó, por fax del 8 de julio (visible a folios 74-75), a esta Sala que la Junta Directiva en la Sesión No. 7881 del 8 de julio, artículo 6°, adoptó un acuerdo en los siguientes términos: “1. Declarar de interés institucional, a cargo de la Gerencia de la División Médica, quien dispondrá de todos los recursos institucionales necesarios, el programa de trasplantes de hígado dotándolos de los recursos necesarios dentro del marco presupuestario establecido (...) 2. Conformar un grupo director para este programa, el cual estará dirigido por los doctores Gerardo Mora Badilla y María Amalia Matamoros (líderes del grupo de trasplantes del Hospital de Niños) (...) Este grupo se reunirá todas las semanas a partir de la próxima e iniciará los procedimientos para reanudar el programa de trasplantes de hígado (...) 3. El grupo director decidirá cuál o cuáles hospitales participaran en la solución urgente y a mediano plazo de este problema (...) 4. El grupo director debe iniciar un proceso para establecer un programa permanente de trasplantes de hígado en el centro hospitalario que reúna las mejores condiciones de organización y planta física (...) 7. Esta resolución deroga los acuerdos y disposiciones anteriores relacionados con el tema. ACUERDO FIRME.”. Este acuerdo de Junta Directiva constituye un reconocimiento tácito e indirecto de la descoordinación institucional existente en lo que atañe a la puesta en marcha y ejecución del programa de trasplantes de hígado en adultos, puesto que, se conforma un nuevo grupo director, asignándosele la tarea de decidir cuál o cuáles hospitales participarán en la solución urgente y a mediano plazo del problema, con lo cual se reconoce la falta de definición, después de más de doce años, del o de los hospitales encargados del mismo, asimismo, se dispuso “iniciar un proceso para establecer un programa permanente de trasplantes de hígado en el centro hospitalario que reúna las mejores condiciones de organización y planta física”, con lo cual se admite que el programa ha sido discontinuo o episódico y administrado de acuerdo con verdaderas situaciones de urgencia crítica. Finalmente, el referido acuerdo dispuso derogar los acuerdos y disposiciones anteriores referidos al tema del programa de trasplantes, con lo cual queda en evidencia la incapacidad institucional para implementar y ejecutar un programa que fue instituido más de doce años atrás.

X.- INFRACCION DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE EFICACIA Y EFICIENCIA Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA VIDA Y SALUD DE LOS PACIENTES ADULTOS EN ESPERA DE UN TRANSPLANTE DE HIGADO. La constatación de la descoordinación institucional de la Caja Costarricense de Seguro Social en la administración y gestión adecuadas de un programa de trasplantes de hígados en adultos (recursos humanos debidamente capacitados, infraestructura adecuada, instrumental tecnológico idóneo, medicamentos apropiados), vulnera flagrantemente los principios constitucionales de la eficacia, eficiencia, continuidad y regularidad en la prestación de los servicios públicos, puesto que, esa institución a lo largo de doce años no ha sabido ejecutar e implementar racional y certeramente un programa de una modalidad terapéutica de primer orden para garantizarle a los pacientes o asegurados (usuarios del servicio público) que presenten una hepatopatía terminal un tratamiento adecuado, con los estándares y resultados necesarios para asegurarles y garantizarles el goce y disfrute de derechos fundamentales básicos de éstos tales como la vida, la calidad y aumento de las expectativas de ésta, la salud e integridad física. De igual forma, los derechos fundamentales indicados de los pacientes y la garantía al buen funcionamiento de la seguridad social, hacen absolutamente indispensable reducir razonablemente a su mínima expresión la lista de espera para obtener un trasplante de hígado. Cuando se hace referencia a la mínima expresión este Tribunal se refiere a que el único factor que puede, razonablemente, retrasar esta modalidad terapéutica es la disponibilidad de un donante cadavérico”.

- **En campañas de vacunación masivas.** La jurisprudencia de la Sala también se ha ocupado de las campañas de salud preventiva, y ha reconocido la plena potestad de la Comisión Nacional de Vacunación para definir bajo criterios técnicos el esquema básico oficial de vacunación que debe aplicarse a la población, esquema que de conformidad con los principios rectores de la prestación de los servicios de salud, debe otorgarse de manera oportuna, regular y eficaz por parte de las autoridades sanitarias correspondientes. Al respecto, ha dicho la Sala que:

“Esto significa que los centros médicos dispuestos para las vacunaciones, están obligados a suministrar el esquema básico a la población que lo requiera, siempre que no asistan situaciones médicas que puedan desaconsejarlo de alguna manera; la omisión de realizar la vacunación del esquema básico sin que exista un criterio médico que así lo indique, trae consigo la vulneración del derecho a la salud de la persona afectada”³⁷.

VI.- DILEMAS Y RETOS.-

A.- Costa Rica es un Estado con recursos económicos de país pobre, pero cuya población tiene enfermedades de países ricos, lo que supone una permanente presión financiera sobre el sistema de salud³⁸.

Los estudios técnicos nacionales sobre la situación del sistema de salud costarricense, informaban en el año 2009 que:

“Nuestro país ha logrado índices de salud de país desarrollado, a pesar de tener recursos de país pobre, gracias a que en los últimos 60 años, los diferentes gobiernos y las autoridades de salud y del Seguro Social han creado un sistema preventivo-curativo y de rehabilitación que da servicios al 95% de la población del país. Debido a nuestros avances en este campo, no tenemos parámetros comparativos en salud con países en vías de desarrollo, pues estamos mucho más avanzados que ellos, y si nos comparamos con países ricos, el problema es que no tenemos los recursos económicos de ellos para enfrentar los nuevos retos en este campo. El Seguro Social atiende a 4.520.243 personas, de los cuales, 1.064.497, son asegurados directos, por cuenta propia 232.816, por cuenta del

³⁷ Vid. voto n.º 15737-08 de la SC.

³⁸ Según oficio n.º 13.486 del 10 febrero del 2011 de la Auditoría Interna de la CCSS, esta institución tendrá un déficit de 41.000 millones para el año del 2011, lo que evidencia una situación de riesgo institucional. Según este estudio la falta de liquidez afectaría no sólo las finanzas, sino también la continuidad de los servicios de salud.

Estado 519.828 (incluyendo familiares) y 558.568 no asegurados o indigentes. Cubre al 66% de la población económicamente activa en cuanto a pago, pero al 90% de la población en cuanto a atención de emergencias y servicios médicos.

1. Tenemos un sistema hospitalario nacional conformado por 29 hospitales, 105 áreas de salud con sus respectivas clínicas integradas para la atención de enfermos (250) y un sistema de atención primaria generalizado a todo el país, basado en 970 EBAIS que incluye en sus servicios: educación para la salud, prevención y atención del enfermo en su comunidad con un promedio de 4 mil habitantes como zona de atracción de cada EBAIS.

2. Centros de atención de nutrición, educación integral y cuidados de la salud del niño pequeño de hogares muy pobres (40 mil) y la madre pobre embarazada, quetrabaja (16 mil) conformado por 560 CEN-CINAI, del Ministerio de Salud, distribuidos en todo el país.

3.- Un sistema de salud que abarca a los indigentes o pobres sin trabajo, (aproximadamente el 20% de la población), con lo cual nuestra Costa Rica da ejemplo al mundo de equidad y de justicia social a protegerles su salud y atender su enfermedad. Los únicos otros dos sistemas que abarcan a los pobres en América Latina, son el Canadá, país rico y democrático y Cuba país con un régimen socialista. En los Estados Unidos 40 millones de pobres no tienen seguro médico y están a la mano de Dios cuando se enferman.

4. Dado que el Seguro Social es el encargado de brindar los servicios de atención de la enfermedad, aparte de los de promoción y prevención de la salud (en el último año sólo en vacunas se gastaron 10 mil millones de colones), diremos que en atención médica para el 2008, el Seguro Social, dio 9.537.701 consultas médicas y 2.104.157 odontológicas, además el total de urgencias atendidas fue de 4.827.998 (16 millones y medios de consultas anuales). Sólo en medicina las cifras equivalen a que cada persona del país hubiera consultado 4.8 veces al año.

5. Se contó con 5.518 camas en sus hospitales y 330.360 personas recibieron tratamiento internados, con una estancia media promedio de 6.22 días (excelente parámetro mundialmente) y con una ocupación de 86% (muy alta).

6. Se dieron 62.5 millones de recetas de medicamentos, equivalente a dar 14 medicinas a cada costarricense al año.

7. Se realizaron 55 millones de exámenes de laboratorio, equivalente a 12.5 exámenes por persona. Si contar las docenas de miles y miles de mamografías, endoscopías, estudios de RX diversos, ultrasonidos, biopsias, citologías y operaciones de cirugía mayor y menor realizadas en hospitales y clínicas. Se atendieron más del 90% de los partos del país y anualmente se internan 8 personas de cada 100 costarricenses. Se destina aproximadamente un 7% del PIB a Salud.

8. El personal de la Caja es de 40 mil trabajadores, de los cuales son médicos 6.407, microbiólogos 519, farmacéuticos 532, odontólogos 463 y psicólogos clínicos 58. Además un servicio de enfermería compuesto por 2.786 enfermeras

profesionales, 5.176 auxiliares de enfermería y miles de personas más como servicios de apoyo.

9. La cantidad y en cierta forma la calidad de los servicios que brinda comparado con hospitales de países desarrollados es buena, su costo es bajo, su mortalidad parecida, la estancia de los pacientes internados más corta y el giro de cama es bueno, pero su índice de ocupación es muy alto 86% (hay hospitales con casi 100%), comparada con los 5 mil hospitales de EE.UU., la ocupación en ellos es de 65%.

10. Los gastos del Régimen de Salud fueron de 719 mil millones de colones (de 809 mil millones recibidos), de los cuales el 55.4% fueron gastos hospitalarios, 20.7% consulta externa de hospitales y clínicas mayores y 23% gastos de las áreas de salud incluyendo los EBAIS.

11. Un sistema de financiamiento “teóricamente” bastante sólido, ya que los ingresos de la CCSS en Salud, son ingresos directos y no provenientes de los impuestos y que el gobierno reparte. De los ingresos, los trabajadores (privados o públicos) contribuyen con el 5.5% de sus salarios, sin límite de salario, y los patronos con un 9.25% sobre el total de los salarios pagados. No se si aún la caja le cobra la cuota de 0.25% del Estado como tal. Sin embargo, el Estado tiene atrasos con el pago de su cuota como patrono de muchos años. Esto lo analizamos en el capítulo de problemas de la CCSS.

12. La propia institución (CENDEIS), en unión con la Universidad de Costa Rica, tiene un sistema de formación de médicos especialistas y enfermeras bueno y a un costo relativamente barato, pero no producen la cantidad necesaria de especialistas que el país requiere pese a que por años se le señaló a las altas autoridades de la Caja.

13. Existe un excelente hospital de Rehabilitación y de Niños.

14. En sus hospitales especializados universitarios, incluyendo el de Niños (Sáenz Herrera), se realizan los tratamientos más sofisticados incluyendo los primeros transplantes en Centroamérica de médula ósea, riñón, corazón e hígado con éxito y que hoy son rutina.

15. El Instituto de Aguas y Alcantarillados proporciona agua potable a un 80% de la población, lo cual es un recurso médico para evitar infecciones hídricas.

16. El Instituto Nacional de Seguros, atiende los accidentes de trabajo y automovilísticos, y trató y operó miles de enfermos traumatizados y asegurados en los hospitales de la Caja y privados.

17. Existe una medicina privada (hospitales y consulta externa) a la que concurre un 10% o más, de la población con recursos, o los asegurados que no logran una atención rápida en el sistema y cubriendo los gastos de su bolsillo.

18. Aunque no podemos abarcar otros muchos servicios que se le proporciona a la población por falta de espacio, si queremos señalar que un 85% de la población apoya los servicios del Seguro Social, pese a sus fallas”³⁹.

B.- Costa Rica debe optar por una política pública más agresiva en relación con la medicina preventiva, pues su debilidad presiona de forma significativa los servicios de salud.

La jurisprudencia de la Sala ha sido preactiva en reconocer al derecho a la salud una dimensión de salud preventiva que debe ser respetada por el Estado. Líneas atrás se indicó lo relativo a la vacunación de la población, pero existen otros parámetros que igualmente ilustran esta obligación del Estado. Así, en un recurso de amparo, que sigue criterios técnicos sobre un tema preventivo de particular importancia, la Sala ordenó al Ministerio de Salud iniciar una campaña informando a la población de los aspectos negativos que conlleva el consumo de alimentos con un alto contenido de grasas⁴⁰. En esta oportunidad, se indicó lo siguiente:

“V.- Sobre el consumo de de alimentos elaborados con grasas saturadas y grasas trans. Para el presente caso es relevante analizar los efectos que producen el consumo de alimentos elaborados con grasas saturadas y grasas trans sobre la salud de las personas y que tipo de enfermedades pueden producir la ingesta de estos alimentos. Al respecto, el Presidente del Colegio de Profesionales en Nutrición emitió un informe técnico en cuanto a estos puntos (folio 17 del expediente) del cual se puede deducir, con claridad, acerca de los efectos negativos que tiene el consumo de alimentos elaborados con grasas saturadas y grasas trans sobre la salud de las personas, especialmente en cuanto a las enfermedades cardiovasculares. Específicamente, señala el informe técnico que ‘las dietas ricas en grasas saturadas están directamente relacionadas con los factores de riesgo cardiovascular. Las personas que consumen mayores cantidades de grasas saturadas tienen niveles sanguíneos de colesterol total más altos y una

³⁹ JARAMILLO ANTILLÓN, Juan. “Fortaleza del Sistema de Salud”. Sección Opinión, Periódico La Prensa Libre, San José- Costa Rica, 13 de marzo del 2010.

⁴⁰ Vid. voto n.º voto n.º 2010-7602 de la SC. En el por tanto se ordenó lo siguiente:

“Se declara CON LUGAR el recurso. Se ordena a María Luisa Avila Aguero, en su condición de Ministra de Salud, o a quien en su lugar ejerza el cargo, lo siguiente: a) que según el ámbito de sus competencias y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49, párrafo 2º, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, proceda a elaborar y emitir el Reglamento sobre la calidad e inocuidad de las grasas y aceites utilizados durante la fritura de alimentos, lo anterior dentro del plazo de dos meses contado a partir de la notificación de esta sentencia; b) instruir inmediatamente a los inspectores de salud para que realicen inspecciones periódicas, sistemáticas y aleatorias en los diferentes establecimientos comerciales de comidas, velando por la adecuada elaboración de los alimentos y el uso de las grasas y aceites; c) realizar campañas de educación para informar a la ciudadanía sobre los efectos negativos que tiene el consumo de alimentos elaborados con grasas saturadas y grasas trans sobre la salud de las personas”.

mayor proporción de las LDL (lipoproteínas de baja densidad). Un alto nivel de colesterol es factor de riesgo de la enfermedad cardiovascular y del infarto al miocardio. El aumento en los niveles de colesterol ha sido observado en humanos con un alto consumo de grasa saturada. Varios estudios han sugerido que las dietas altas en grasa saturada aumentan el riesgo de la enfermedad cardiovascular y del infarto. Estudios epidemiológicos han encontrado que quienes tienen una dieta alta en grasa saturada, incluyendo ácidos grasos láurico, mirístico, palmítico y esteárico tienen una alta prevalencia de enfermedad cardiovascular”. Igualmente, informa que el primer riesgo sobre la salud identificado a partir del consumo de grasa trans es un elevado riesgo de enfermedad coronaria. Una revisión exhaustiva acerca de los estudios referente a la grasa trans, fue publicado en el *New England Journal of Medicine* (2006), reportando una fuerte y real conexión entre el consumo de grasa trans y la CHD (por sus siglas en inglés de Coronary Heart Disease, Enfermedad coronaria) concluyendo que por calorías, las grasas trans aumentan el riesgo de CHD más que cualquier otro nutriente, confiriendo un sustancial riesgo de manera que su consumo no debe ser mayor al 1 a 3% del total de la energía consumida’. Asimismo, también señala el informe que otros estudios consideran que las muertes debidas a la enfermedad coronaria indican que hay un aumento en la mortalidad de acuerdo al consumo de grasas trans y una disminución de ésta al consumir grasas poliinsaturadas.

Aunque, como hemos visto, las enfermedades cardiovasculares son las de mayor incidencia debido al consumo de alimentos elaborados con grasas saturadas y grasas trans, el informe del Colegio Profesional de Nutricionista indica que existe menos evidencia y consenso científico sobre las consecuencias del consumo de grasas trans sobre otros problemas crónicos de salud, pero que su consumo puede estar relacionados con problemas de salud como la enfermedad de Alzheimer, la proliferación cáncer de próstata, diabetes, la obesidad, disfunción hepática e infertilidad’.

Por último, concluye el estudio que ‘la Asociación Americana del Corazón recomienda un contenido menor de 300 mg de colesterol en la dieta diaria y que la ingesta de grasas saturadas represente menos del 7% de las calorías totales de la dieta, y que las grasas trans aporten menos del 1% de esas calorías (...)’.

Inclusive, la Ministra de Salud, en su informe bajo juramento, no niega los efectos negativos que tiene el consumo de alimentos elaborados con grasas saturadas y grasas trans sobre la salud de las personas y más bien señala que el Ministerio de Salud debe promover la reducción del consumo de estos alimentos por sus efectos negativos.

En conclusión, es posible constatar los amplios efectos negativos que tiene el consumo de alimentos elaborados con grasas saturadas y grasas trans sobre la salud de las personas. En igual sentido, se puede revisar el estudio acerca de la “Recopilación de Normas sobre Prevención y Control de Enfermedades Crónicas en América Latina: Obesidad, Diabetes y Enfermedades Cardiovasculares” de la Organización Panamericana de la Salud realizada en el 2009, entre otra cantidad de estudios al respecto”.

En esta misma línea de pensamiento, la Organización Mundial de la Salud recomienda reducir la publicidad sobre la denominada comida *chatarra, fast food o junk food*. Según sus datos, 43 millones de niños en edad preescolar alrededor del mundo tienen problemas de sobrepeso y obesidad. Al respecto, dijo la OMS que “[u]na dieta pobre es un factor de riesgo para enfermedades cardiovasculares, primera causa de muerte en el mundo. Más de 35 millones de personas mueren al año en el mundo por males cardíacos”⁴¹.

Por su parte, el organismo que regula los alimentos y fármacos en el Reino Unido –NICE- solicitó la eliminación de los ácidos grasos trans, al indicar que “[t]an sólo en Reino Unido unas 40.000 muertes podrían evitarse cada año si se eliminan los ácidos grasos trans y se reducen los niveles de sal y grasas saturadas en los alimentos. Y esto significaría un ahorro de cerca de US\$ 1.500 millones para el Servicio de Salud en este país”⁴². Además, el profesor Simon Capewell, vicepresidente del NICE –experto en salud pública-, expresa que encontraron evidencias que los cambios de dietas en países como Polonia, la República Checa y Cuba pueden conducir a resultados para mejorar la salud en sólo dos o tres años.

C.- Los efectos de las sentencias de la Sala Constitucional sobre las finanzas de la Caja Costarricense de Seguro Social no han sido significativos.

La proactividad de la jurisprudencia constitucional, obligado al Estado, particularmente a la Caja Costarricense de Seguro Social a invertir todo lo necesario para asegurar la plena prestación de los servicios del sector salud bajo la égida de los principios rectores de los servicios públicos, ha motivado inconformidades en diferentes sectores que reclaman, incluso, el serio compromiso al que financieramente su puede someter a la seguridad social del país con estos niveles de exigencia.

Sin embargo, profesionales de la misma Caja Costarricense de Seguro Social han revelado lo falaz de estos argumentos. Según un estudio realizado por CHAVES

⁴¹ Vid. Organización Mundial de la Salud. *Reducing the marketing of unhealthy food to children* (21 de enero del 2011) < www.who.int/entity/chp/media/news/releases/2011_1_marketing/en/ - 21k >, consultado: 10:41 del 14 de marzo del 2012.

⁴² Vid. Ojo Científico. *¿El Reino Unido prohibirá las grasas trans?* (23 de junio del 2010) < <http://www.ojocientifico.com/2010/06/23/C2%BFel-reino-unido-prohibira-las-grasas-transgenicas> >, consultado: 10: 46 del 14 de marzo del 2012.

MATAMOROS⁴³, el efecto de las sentencias de la Sala en la compra de medicamentos en el año de 2009 representó únicamente un 1% de todo el presupuesto previsto para ello.

“Recursos [de amparo] Interpuestos.....164
 [Recursos de amparo declarados] Con Lugar.....106
 Presupuesto Institucional para Medicamentos..... \$151.100.000,00
 Presupuesto en Adquisición de Medicamentos por [orden de los]Recursos [de amparo]
 \$1.531.147,66”.

Grupo Terapéutico	Costo por Medicamento	% en Relación al Gasto
Oncología	\$1.379.301,02	90,08%
Inmunomoduladores	\$49.848,00	3,26%
Anti-asmáticos	\$37.204,30	2,43%
Cardiología	\$21.722,54	1,42%
Agentes Gastrointes.	\$19.978,92	1,30%
Antipsicóticos	\$4.335,48	0,28%
TOTAL	\$1.512.390,25	98,77%

El alto porcentaje que tienen los medicamentos en oncología tiene una explicación lógica, ya que en Costa Rica el cáncer es la primera causa de muerte. De acuerdo con Dr. Luis Bernardo SÁENZ, director del proyecto de fortalecimiento de la atención integral del cáncer de la CCSS, el cáncer causa el 20% de todas las muertes en el país. Entre los años 1995 y el 2004 hubo un incremento del 31% en la incidencia del cáncer. Entre los tumores con más incidencia se encuentra el de mama, el que creció en los últimos 15 años en un 67% y la mortalidad se elevó en un 22%, el de próstata aumentó un 77% en el mismo período –en 1995 la padecían 22 hombres por cada 100.000; la tasa ahora es del 40. En el 2010 hubo 401 internamientos por cáncer de piel.

⁴³ CHAVES MATAMOROS, Albin, “Derecho a la Salud Pública: papel de la Sala Constitucional”, San José, Escuela de Salud Pública de la Facultad de Medicina de la Universidad de Costa Rica, Conferencia dictada el 26 de agosto del 2010.

Por otra parte, según un estudio actuarial de la CCSS sobre la incidencia de tumores malignos, en la actualidad se presentan 8000 casos nuevos de cáncer cada año; se estima que dentro de quince años serán 16.000⁴⁴.

D.- Las causas de los problemas de sistema de salud son múltiples y variadas y deben ser abordadas de forma integral y coordinada por los actores que integran el sistema nacional de salud.

El juez constitucional de la actualidad, debe siempre prestar atención los demás saberes jurídicos y extra-jurídicos, pues por su propia labor debe conocer el contexto dentro del cual se da aplicación a la norma constitucional. Así, conocer el estado de la cuestión en materia de salud resulta esencial para determinar las áreas de protección, qué debe ajustarse y hacia dónde se quiere avanzar. JARAMILLO ANTILLÓN explica el panorama respecto de los problemas de salud en Costa Rica:

“1. Los problemas que afectan a los servicios de atención médica están causados en primer lugar por el aumento de población, sin un aumento proporcional de plantas físicas, personal y equipos para atenderlos, a los que se agregan los inmigrantes pobres de países vecinos (medio millón?) muchos de ellos enfermos y con niños sin vacunar de países vecinos y/o desnutridos y que concurren a los servicios de emergencia y los sobrecargan sin pago alguno. La principal consecuencia de eso son las enormes listas de espera 264.472 pacientes en espera de estudios (radiológicos), citas en algunas especialidades y operaciones, con tardanza de meses y hasta más de un año en oftalmología, cirugía general, ortopedia, ORLG y neurocirugía. ¿Por qué no hay suficientes camas?

Año	Población del país	Internamientos/ 100/habitantes	Camas por 1000/h
1980	2.315.705	10.5	2.99
1990	3.057.164	9.5	2.21
2000	3.929.291	8.3	1.47
2008	4.451.205	7.4	1.24

En 1980 existían 6.926 camas, hoy en el 2010 (28 años después), hay solo 5.518 en los hospitales de la Caja, con el doble de la población y de demanda de servicios. Incluye eso, la pérdida de 200 camas del Calderón Guardia por un incendio que no fueron repuestas y tienen a ese hospital en una seria crisis de internamiento. Una Comisión Nacional de Hospitales en 1995 y 1996, señaló a las autoridades, las faltantes y los problemas que sobrevendrían por esa causa. Este año se cerraron las salas del Hospital Carit (algo ya advertido por la

⁴⁴ Vid. periódico La Nación del 02 de febrero del 2011, “Cáncer se proyecta como primera causa de muerte en Costa Rica”, sección El País.

Comisión) y se derivó la cirugía a otros hospitales sobrecargados aumentando el problema de ellos. La Caja se escuda diciendo que nuevos tratamientos ambulatorios han logrado disminuir internamientos, sin embargo hay que estar ciego para no ver que las tardanzas en los internamientos se deben a falta de camas, de salas de operaciones y de suficiente personal especializado.

2. Además, aumentan la demanda, el envejecimiento de la población con sus secuelas de enfermedades del anciano, más cardiopatías, cáncer, enfermedades pulmonares y mentales, artritis, sorderas, problemas visuales, etc.

3. La aparición de nuevas enfermedades y reaparición o activación de antiguas (sida, nuevas gripes, dengue, tuberculosis, infecciones hospitalarias, resistencia a antibióticos, etc.).

4. El aumento de los accidentes y la violencia que saturan los servicios de emergencias de los hospitales.

5. Aumento del estrés en los costarricenses debido a la inseguridad ciudadana, los problemas económicos, la falta de trabajos, etc.

6. Aumento del alcoholismo, tabaquismo y drogadicción, con sus secuelas de todo tipo para el paciente, la familia, los trabajos y el país.

7. Falta de más campañas educativas preventivas para enseñar a la población los factores de riesgo para enfermar.

8. Falta de más recursos para campañas de detección temprana de enfermedades.

9. Fallas en la administración desde las oficinas centrales a los Ebais.

10. Falta de buenos controles de evaluación de la calidad de los servicios en hospitales y clínicas y EBAIS.

11. Falta de mística de muchos de los trabajadores del sistema de salud, por lo que no cumplen adecuadamente con sus funciones.

12. Biombos o cobros indebidos de parte de algunos médicos a los asegurados.

13. Exceso de incapacidades para enfermeras, maestros y sindicalistas de tipo Japdeva, de parte de algunos médicos poco éticos, lo que causa mayores costos al sistema.

14. Fallas en el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades de parte de los médicos, en parte por exceso de trabajo, lo que obliga a mayores gastos.

15. Aumento de los costos de todo tipo en el Seguro Social por aumentos salariales, aumento creciente anual y exagerado de los costos de los medicamentos de patentes, las vacunas, las drogas contra el cáncer, y los nuevos equipos y tecnología para diagnóstico y tratamiento.

16. Aumento del costo de la construcción y de todo tipo de insumos.
17. Inflación y depreciación del colon.
18. Falta del pago adecuado y oportuno de la cuota del Estado como tal y como patrono. Los pagos con bonos a largo plazo, son papeles que se acumulan quitándole liquidez a la Caja. En diciembre del 2009, el gobierno le canceló a la Caja en bonos, el 45% (99.290 millones), de la deuda que tenía desde hace años con ella, en total eran 221.100 millones de colones (miles de millones), 93% correspondía al seguro de salud y 7% a pensiones. La mayor parte era deuda por atención a los indigentes. La Caja vendió bonos en el mercado por 95.000 millones para pagar el costo del Hospital de Heredia. El resto será pagado anualmente en bonos por 8.000 millones cada año hasta el año 2020.
19. Declaraciones de superávit en la Caja para usar en la compra de bonos del Estado, dinero que se le quita a los presupuestos de hospitales y clínicas.
20. Falta de capacidad de la institución para el cobro de los patrones morosos o de quienes no cotizan o sub-cotizan para un régimen con deudas por 200 mil millones de colones.
21. Fallas en la entrega oportuna de medicamentos.
22. Poco tiempo dedicado a la consulta de parte de los médicos.
23. Falta de liderazgo y ejemplo de parte de muchas altas autoridades de la Caja, los directores de hospitales y clínicas y de los jefes a todo nivel.
24. Falla al dar a los hospitales y clínicas su presupuesto, no según producción de trabajo y en relación a sus recursos, sino por patrones históricos, donde se paga más, a quien tiene más personal, no a quien saca más trabajo.
25. Mejorar el trato para los pacientes de parte de los trabajadores de la Caja a todo nivel⁴⁵.

A MODO DE CONCLUSIÓN.-

El derecho a la salud es reconocido como un derecho fundamental, tanto por su derivación de normas constitucionales relacionadas como el derecho a la vida y el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, como por mandato expreso de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que por su propia naturaleza, gozan en nuestro ámbito de una consideración especial, pues por mandato expreso de la Constitución la universalidad de estos instrumentos son parámetros para

⁴⁵ JARAMILLO ANTILLÓN, Juan. Op. cit.

valorar la legitimidad de las actuaciones administrativas. Como derecho humano que es, se le reconoce al derecho a la salud la posibilidad de ser objeto de una tutela judicial efectiva, misma que es prestada por la Sala Constitucional en cuanto al aseguramiento de que la prestación de los servicios de salud se ajuste a los requerimientos propios marcados por los principios rectores de los servicios públicos. Junto con el derecho a la salud se protege, igualmente, el derecho a una vida de calidad, en la medida que esa calidad de vida no puede verse disminuida por una indebida prestación de los servicios del sector salud. Es por ello que la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha incursionado y mantenido una línea creciente de protección del derecho a la salud, en detalles tan concretos como la oportuna prestación de los servicios, el respeto a los tratamientos prescritos por los médicos tratantes bajo criterios técnico-profesionales y la debida ideación e implementación de programas de salud preventiva, sin que pueda aducirse de modo alguno, que esta proactividad jurisprudencial tenga una repercusión negativa en el ámbito financiero del Estado. Por demás, la misma Sala ha determinado que tampoco esa sería una causal para eludir el compromiso nacional e internacional asumido por el Estado costarricense para brindar protección al derecho a la salud, pues su reconocimiento y progresividad son los que deben regir para asegurar el bienestar y la salud, como bien corresponde a un Estado Democrático de Derecho.

La función del juez constitucional, está en asegurar el respeto a este derecho en los términos indicados, tomando en consideración su verdadero contenido y reconociendo el alcance de sus pronunciamientos, decisiones que en todo momento, siempre deben ser tomadas de conformidad con los principios generales del derecho, y atendiendo a la particular condición de la persona humana.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXI, Robert. *La Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2º edición, 2008.

BORRELL MESTRE, Joaquín. “El derecho a la salud: en especial la responsabilidad de la administración por el funcionamiento de los servicios sanitarios de salud” San José, Costa Rica, XV Jornadas de Derecho Constitucional, 17 de febrero del 2011.

CARRILLO, Marc. “La eficacia de los derechos sociales: entre la Constitución y la Ley”. *Jueces para la democracia*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, n.º 36, 1999.

CASTILLO VÍQUEZ, Fernando. “Las nuevas dimensiones del Estado social de Derecho”. En www.democraciadigital.org. noviembre, 2002 y en www.monografias.com, 2005.

CHAVES MATAMOROS, Albin, “Derecho a la Salud Pública: papel de la Sala Constitucional”, San José, Escuela de Salud Pública de la Facultad de Medicina de la Universidad de Costa Rica, conferencia dictada el 26 de agosto del 2010.

GUTIÉRREZ, Miguel. “Más grave de lo esperado”. Periódico La Nación del 4 de abril del 2006. pág. 28 A.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. “Los derechos prestacionales”. *Derechos humanos y Constitución Iberoamericana. Homenaje a Germán J. Bidart Campos*. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sección peruana, 2002.

JARAMILLO ANTIÓN, Juan. “Fortaleza del Sistema de Salud”. Sección Opinión, Periódico La Prensa Libre, San José- Costa Rica, 13 de marzo del 2010.

MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*. Barcelona: Editorial Cedesc R.L., 1997.

NAVARRO FALAS, Román A. *Derecho a la Salud*. San José: Editorial Juricentro, S.A., 2010.

NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert. “¿Independencia o control? Los derechos sociales y los esfuerzos del Ejecutivo por el control de la Corte Constitucional en Colombia”. *Revista de Estudios Políticos*. Madrid, n.º 143, 2009.

PAREJO ALFONSO, Luciano. “El Estado social administrativo: Algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y servicios públicos”. *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n.º 153, setiembre-diciembre, 2000.

Periódico Extra del 10 de febrero del 2011, “CCSS derogará Reglamento contra el cáncer”. Sección Nacionales.

Periódico La Nación del 02 de febrero del 2011, “Cáncer se proyecta como primera causa de muerte en Costa Rica”, Sección El País.

ROLLA, Giancarlo. “Derechos fundamentales y Estado democrático: El papel de la justicia constitucional”. *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*. San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., junio, 2000.

SANCHÍS, Luis Prieto. “El constitucionalismo de los Derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n.º 71, 2004.

SEUBA HERNÁNDEZ, Xavier. *La protección de la salud ante la regulación internacional de los productos farmacéuticos*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

TRONCOSO REIGADA Antonio. *Privatización, Empresa Pública y Constitución*.
Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1997.