

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD, RECONOCIMIENTO POSITIVO, CARACTERÍSTICAS Y PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE LO INFORMAN

Lic Román Navarro Fallas

SUMARIO:

I. LA SALUD COMO BIEN JURÍDICO. CONCEPTO.

II. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD.

A) Reconocimiento positivo del derecho a la salud.

- 1) El derecho a la salud es reconocido por los instrumentos normativos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- 2) Reconocimiento del derecho a la salud en el Derecho Interno y exigibilidad del reconocimiento internacional.

B) Configuración del derecho a la salud. Características.

- 1) El derecho a la salud tiene dos dimensiones, una para exigir abstenciones e imponer límites a la injerencia de los particulares y de los poderes públicos y la otra, para exigir acciones positivas del Estado.
- 2) Es un derecho inherente a la dignidad de la persona, por tanto, universal.
- 3) El bien jurídico inherente al derecho es la salud.
- 4) El derecho a la salud es un derecho autónomo, pero también un derecho por conexidad con el derecho a la vida. El derecho fundamental al agua potable.
- 5) Es un derecho fundamental. Satisface una necesidad primaria, esencial para la persona.
- 6) El derecho a la salud requiere para su efectiva realización la concurrencia de la responsabilidad individual y social de la persona y de la responsabilidad estatal o pública.
- 7) Es un derecho exigible frente a los demás y especialmente frente al Estado.
- 8) Por la jerarquía del derecho y la imperiosa necesidad que satisface, surge un derecho a los medios requeridos para su efectivo goce.
- 9) Es un derecho supremo, prevalece sobre otros en caso de conflicto.
- 10) Para los efectos del derecho, no hay distinción entre salud individual y salud pública.

III. PRINCIPIOS QUE OPERAN COMO GARANTÍAS SUSTANTIVAS DEL DERECHO A LA SALUD.

A) Principios que tienden a garantizar el goce del derecho a la salud por todos sus titulares.

- 1) Principio de universalidad**
- 2) Principio de igualdad y no discriminación.**

B) Principios que tienden a la protección del ámbito de autonomía de la persona humana, tanto del derecho a la salud, como frente a las potestades estatales que lo protegen.

- 1) Intangibilidad del contenido esencial del derecho a la salud.**
- 2) Principio de autonomía. 3) Principio de limitación del poder.**

C) Principios que informan la organización y funcionamiento administrativo del sector salud, tienden a garantizar que las instituciones se organicen y funcionen alineadas a las necesidades del titular del derecho.

- 1) Principio de autonomía administrativa.**
- 2) Principio de separación de funciones: Rectoría-prestación del servicio.**
- 3) Principios de unidad y coordinación.**
- 4) Principio de control.**

D) Principios que garantizan que el titular reciba las prestaciones requeridas para el goce pleno de su derecho.

- 1) Principio de eficacia.**
- 2) Principio de eficiencia.**
- 3) Principio de solidaridad.**
- 4) Principio de obligatoriedad.**
- 5) Principio de continuidad del servicio.**
- 6) Principio de regularidad del servicio.**
- 7) Principio de adaptabilidad o mutabilidad de los servicios públicos de salud.**
- 8) Principio de participación social.**
- 9) Principio de igualdad o generalidad de los servicios públicos en salud.**

E) Principios que informan el ejercicio de las potestades de imperio y les fijan límites a favor de los derechos y libertades de los administrados.

- 1) Principio de reserva de ley.**
- 2) Los principios de proporcionalidad y razonabilidad.**
- 3) Principio de legalidad.**

F) Principios derivados de la jurisprudencia constitucional en relación con las prestaciones concretas de los servicios de salud.

- 1) Principio de prestación integral.**
- 2) Primacía de los derechos a la vida y a la salud sobre lo financiero.**
- 3) Principio de primacía del criterio técnico del médico tratante.**
- 4) Principio del tratamiento más favorable a las necesidades de la persona.**

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD, RECONOCIMIENTO POSITIVO, CARACTERÍSTICAS Y PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE LO INFORMAN

Lic Román Navarro Fallas¹

I. LA SALUD COMO BIEN JURÍDICO. CONCEPTO.

Hasta mitad del siglo XX, la salud se definía de manera negativa. Salud era la ausencia de enfermedad. Se poseía salud cuando el médico no encontraba enfermedad alguna o se curaba el enfermo. Coherente con ese paradigma, las instituciones y servicios de salud se dedicaban a curar personas enfermas, sin atender la prevención y promoción de la salud. Fue a partir de la década de los 40 del siglo pasado cuando nuevos pensadores intentaron una definición positiva, luego de percatarse que la enfermedad era un resultado provocado por diversos factores que incidían en la salud humana. En 1945, se ofrece (Stampar) la definición de salud acogida por la OMS en su Carta Constitutiva: *“La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.”* (Preámbulo del Convenio de Constitución de la OMS, adoptado el 7 de abril de 1948). La crítica favorable ha dicho que el concepto considera a la salud desde una perspectiva holística y positiva, comprendiendo todos los aspectos del ser humano de forma

individual y colectiva. La crítica negativa, le achaca que equipara bienestar y salud, lo que rara vez se logra convirtiendo el concepto en una utopía, además se ha dicho que es una definición estática y que presenta dificultades para su medición objetiva.

En virtud de lo anterior, los esfuerzos científicos se centraron en la consecución de un concepto de salud que mantuviera la visión holística de la persona, pero que además fuera dinámico e introdujera la posibilidad de su medición objetiva. Siguiendo la exposición de PIEDROLA GIL,² en 1973 se dirá que salud es *“la capacidad del organismo de resistir sin reacción morbosa, un estado habitual en el que se aúnan la normalidad y la posibilidad de un rendimiento óptimo”* (Laín Entralgo, 1973); o bien que es *“el continuo y perfecto ajuste del hombre a su medio ambiente, y la enfermedad el continuo y perfecto desajuste del hombre a su medio ambiente.”* (Wyllie, 1970). Hoy se sabe que hay distintos grados de salud, como los hay de enfermedad,³ así la salud tendría dos polos uno subjetivo (la sensación de bienestar) y otro objetivo (la capacidad de funcionamiento) detectable en distintos grados.

¹ Especialista en Derecho Público.

² PIEDROLA GIL Gonzalo y otros; Medicina Preventiva y Salud Pública, MASSON, Barcelona, 2001, p. 3-5,

³ La enfermedad se define como: “un estado anormal del cuerpo, del espíritu o de la mente que precisa atención médica o que tiene como consecuencia –al mismo tiempo o de manera exclusiva- una incapacidad para trabajar.” PEMAN GAVIN Juan; Derecho a la salud y administración sanitaria; Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, p. 29, citando jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán.

Se corrige la definición de la OMS y se dice que es *“Un estado de bienestar físico, mental y social con capacidad de funcionamiento, y no solo ausencia de enfermedad o achaque”* (Terris, 1970). Según PIEDROLA GIL *“al suprimir el término “completo” elimina la utopía de la definición anterior de Stampar, mantiene el bienestar y añade la capacidad de funcionamiento (capacidad de trabajar, estudiar, gozar de la vida, etc.) introduciendo la posibilidad de medir el grado de salud... establece el concepto continuo salud-enfermedad... La salud y la enfermedad formarían un continuo en que la enfermedad ocuparía el polo negativo, en cuyo extremo estaría la muerte, y la salud ocuparía su polo positivo, en cuyo extremo se situaría el óptimo de salud (según la definición de la OMS). En el centro habría una zona neutra donde sería imposible separar lo normal de lo patológico, pues ambas situaciones coexisten. Tanto en el polo positivo (salud), como en el polo negativo (enfermedad) podrían distinguirse diferentes gradaciones de salud o enfermedad. Al aplicar el esquema del continuo salud-enfermedad a la comunidad..., dado que el óptimo de salud es difícilmente alcanzable y la muerte es inevitable, estos términos se sustituyen por los de “elevado nivel de bienestar y funcionamiento” y “muerte prematura”. Tanto la salud como la enfermedad son altamente influenciados por factores sociales, culturales, económicos y ambientales. Todos estos factores actúan sobre la zona neutra del continuo, provocando la evolución hacia la salud o hacia la enfermedad, positiva o negativamente, de acuerdo con su mala o buena calidad”⁴.*

En ese continuo salud-enfermedad se valoran tanto los aspectos subjetivos (bienestar-

malestar), como los objetivos (capacidad de funcionamiento). Estos aspectos tienden a aumentar o disminuir según se acerquen o alejen de los extremos (salud-enfermedad). Este concepto es más real que el contenido en la Carta Fundamental de la OMS y además es un concepto relativo, dentro de él se encuentra tanto el estado ideal de completo bienestar físico, psíquico y social, como aquel en el que se encuentra una persona en estado de coma o en fase terminal. En este último caso, la salud es una especie de aspiración (cubierta por el concepto y por el derecho subjetivo como luego se verá) por eso se habla de recuperación o restauración de la salud. Por el contrario, cuando nos encontramos con mayores niveles de bienestar, hablamos de defensa, protección, fomento y promoción de la salud y de prevención de la enfermedad. Con un concepto así, la salud es siempre susceptible de perfeccionamiento y mejora por más sano que se encuentre el individuo.

Ahora bien ¿es la salud un bien jurídico?, antes de dar respuesta a esta cuestión, realicemos algunas precisiones terminológicas. Entendemos por *bien* una valoración humana positiva de algo (material o inmaterial) a lo que se le atribuye esa cualidad porque la persona o personas lo encuentran útil para sí o para la vida en comunidad. *Bien jurídico* es pues, la valoración positiva de algo (material o inmaterial) que realiza el Ordenamiento Jurídico, por tanto esa valoración se encuentra contenida de forma expresa o implícita en las normas jurídicas según la escala jerárquica de sus fuentes. Como el Ordenamiento Jurídico tiene una estructura piramidal, la jerarquía del bien jurídico, guarda relación desde una perspectiva formal (desde una material puede variar), con la jerarquía de la fuente que lo reconoce.

4 PIEDROLA GIL, op cit. P. 3-4.

Bien jurídico y *objeto* de valoración son dos cosas distintas aunque muchas veces se usan como sinónimos. En efecto, el objeto es aquello sobre lo que recae la valoración positiva del Derecho. La salud humana es ese objeto concreto de la realidad, que es considerado un bien por el Derecho (bien jurídico). Bien es también distinto de *interés*. El interés refleja la situación o posición en la que se encuentra un sujeto (físico o jurídico) en relación con el objeto o bien jurídico. En relación con la salud se tiene el interés de conservarla, promoverla, protegerla, recuperarla o restaurarla; mientras que en relación con la enfermedad el interés es el de evitarla, prevenirla o superarla. Como veremos más adelante, el bien jurídico y el interés, integran el contenido esencial del derecho fundamental a la salud y tanto el bien jurídico como el derecho fundamental son el título jurídico habilitante de las competencias públicas en el campo de la salud.

Teniendo presente las precisiones anteriores, es fácil comprender el lenguaje del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador (PCADH), cuando dice: “*Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la **salud** como un **bien jurídico público**...*” (Art. 10 inciso 2, PACADH). Bien jurídico público, no es otra cosa, que una valoración de la salud (objeto), contenida en el Derecho al más alto nivel, como un bien de toda la comunidad y no solo de un individuo considerado aisladamente, en eso radica el carácter público de la salud. Cuando la Ley General de Salud afirma que: “*La salud de la población es un bien de*

interés público tutelado por el Estado” (Art. 1 Ley General de Salud, N° 5395 de 30 de octubre de 1973). Esta queriendo decir que hay un interés coincidente de los administrados – de la población en su conjunto y de cada uno de los individuos- en proteger, recuperar, conservar o restaurar la salud de la población en general y de cada individuo en especial y de prevenir la enfermedad. El Estado y sus instituciones deben actuar y realizar el interés público, como medio para satisfacer el bien jurídico público. En ese sentido, la Sala Constitucional ha dicho que debido a “*La preponderancia de la **vida** y de la **salud**, como **valores supremos** de las personas, está presente y señalada como de obligada tutela para el Estado, no sólo en la Constitución Política, sino también en diversos instrumentos internacionales suscritos por el país...*”⁵

Como conclusión de *lege data* (Derecho actual y vigente) tenemos que afirmar que la salud es un bien jurídico reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y por la Constitución y las leyes en nuestro ordenamiento jurídico interno. Por encontrarse reconocido al más alto nivel de la jerarquía normativa, estamos en presencia de un bien jurídico público y supremo que vincula para su efectiva realización la labor normativa (legislativa), administrativa y judicial.

II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA SALUD.

Entendemos por derecho fundamental “*determinadas situaciones favorables para el ser humano como tal, que se suponen derivadas de su intrínseca dignidad, y*

5 Sala Constitucional Voto N° 2003-13129.

*necesarias para el desarrollo pleno de su personalidad, y que, por lo tanto, se reclaman como derechos fundamentales, frente a todos los demás hombres y, de modo especial, frente al Estado y el poder”.*⁶

El derecho es una forma (figura) jurídica en virtud de la cual se le reconoce (o dota) a la persona de una serie de poderes (facultades), que es precisamente lo que determina la “situación favorable” de la que habla PIZA ESCALANTE, para la satisfacción del bien jurídico que le es inherente. La eficacia y exigibilidad de ese derecho está condicionada por el reconocimiento que de él haga el Ordenamiento Jurídico de forma expresa o implícita. El derecho a la salud se encuentra reconocido tanto por los instrumentos normativos del DIDH, como en nuestro Derecho Interno (Constitucional y legal).

A) Reconocimiento positivo del derecho a la Salud.

El derecho fundamental o constitucional a la salud ha sido reconocido por los instrumentos internacionales del DIDH e incorporado a nuestro Derecho interno a través de la Constitución y la ley.

1) El derecho a la salud es recogido por instrumentos normativos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La salud es reconocida como un derecho fundamental por los instrumentos universales de protección de los derechos humanos. En ese sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea

General de la ONU, mediante resolución 217-A-III, de 10 de diciembre de 1948, establece en el artículo 25 lo siguiente: *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia: **la salud** y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, **la asistencia médica** y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.”* (La negrita no es del original). El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, adoptado por las Naciones Unidas en 1966, no solo reconoce a todo ser humano este derecho, sino que con suma precisión, detalla algunas de las obligaciones de los Estados para su efectiva protección: *“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto, a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figuran las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños. b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente. c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas. d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”* (Art. 12, PIDESC). También se encuentra recogido por los artículos 3, 6, 23, 24 y 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En igual sentido,

⁶ PIZA ESCALANTE Rodolfo; Derecho y derechos humanos, conferencia impartida el 6 de septiembre de 1984, en el Segundo Curso Interdisciplinario sobre Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

la Carta Fundamental (constitutiva) de la OMS, reconoce que: *“El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.”* (Preámbulo del Convenio de Constitución de la OMS, adoptado el 7 de abril de 1948) y establece que la salud es una responsabilidad de los Estados. *“Los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas.”* (Preámbulo del Convenio Constitutivo OMS).

Dentro del sistema interamericano de derechos humanos, el derecho a la salud encuentra reconocimiento tanto en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (aprobada en el seno de la OEA, Bogotá, 1948), como en el PACADH (ratificado por Costa Rica en 1999). La primera lo recoge de la siguiente manera: *“Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.”* (Art. 11, DADDH). El segundo, establece que: *“1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien jurídico público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a) la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial, puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b) la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;*

c) la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d) la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e) la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f) la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.” (Art. 10 PACADH).

De las normas anteriores se extraen al menos las siguientes conclusiones:

- a) El derecho a la salud es un derecho reconocido por los instrumentos normativos del DIDH, tanto de carácter universal como regional (sistema interamericano), a todo ser humano, por la sola condición de tal. El alcance del derecho se encuentra definido en el art. 10.1 del Protocolo a la Convención Americana, cuando dice que: *“Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.”*
- b) El Derecho Internacional exige que, por tratarse de un derecho inherente a todo ser humano, los Estados deben reconocerlo en condiciones de igualdad y sin ninguna discriminación contraria a la dignidad humana. En consecuencia, el artículo 2.2 PIDESC establece: *“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”* La misma obligación se deriva del art. 26 CADH y 3 del PACADH.

- c) La obligación de los Estados, derivada del Derecho Internacional, de adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas, de cualquier naturaleza para alcanzar el efectivo disfrute de este derecho por cada una de las personas que habitan su territorio (Art. 2 PIDESC, art. 1, 2 y 26 CADH, 1, 2 y 10 PACADH).
- d) La progresividad de la protección y efectiva realización del derecho a la salud. Este principio de progresividad se encuentra recogido en 1 PACADH: *“Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias...hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”* (en igual sentido, art. 2 PIDESC, art. 26 CADH). De la norma se infiere: i) un cierto condicionamiento de la vigencia plena del derecho al grado de desarrollo económico del país. ii) un principio de maximización de los recursos o de prioridades de gasto a favor de los derechos económicos y sociales en general y de la salud (uno de ellos) en particular. Este principio obliga a los Estados a priorizar, esto es destinar recursos de manera prioritaria a la salud y a utilizarlos de la manera más eficiente posible; con lo que se corrige en parte el condicionamiento al desarrollo económico. iii) un principio de progresividad en la realización plena del derecho; lo que supone, una proscripción de la reducción o disminución del beneficio o nivel ya alcanzado.

El reconocimiento del derecho a la salud por el DIDH, pone de manifiesto al menos tres aspectos:

- a) El derecho a la salud es un derecho transnacional o supranacional. En efecto, el hecho de que el Derecho Internacional se ocupe de él, revela que se trata de un derecho cuyo reconocimiento no puede estar supeditado o limitado por aspectos como la nacionalidad o la discrecionalidad política y la frontera de los Estados. La transnacionalidad es un corolario de la universalidad de los derechos humanos en general y del derecho a la salud en particular. Se trata de un derecho que se encuentra por encima del Estado y de su soberanía, por tanto, el Estado no lo crea solo se lo reconoce a todo habitante dentro de su territorio (independientemente de su nacionalidad). Esta exigencia no es obstáculo para que cada país decida sobre su régimen jurídico, siempre a la luz del Derecho Internacional.
- b) Una preocupación internacional de orden político, jurídico, económico y técnico, que se refleja en la regulación normativa, en la creación de diversos organismos internacionales encargados del tema y en la cooperación internacional. Por esa razón, el artículo 2.1 del PIDESC, establece que *“1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas...para lograr progresivamente...la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”* De la norma se infiere: un principio de complementariedad o de subsidiariedad de la comunidad

internacional para hacer efectivo este derecho, especialmente en los países con asimetrías económicas.

- c) El Derecho Internacional no quiere dejar a la discrecionalidad de los Estados la realización efectiva del derecho. Por esta razón ha creado diferentes organismos internacionales como la OMS y la OPS (entre muchas otras relacionadas) para buscar mediante la cooperación internacional la efectiva realización de este derecho. Asimismo, ha creado diversos organismos de control para garantizar que los Estados cumplan las obligaciones internacionales contraídas. Entre ellos se encuentra el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de las Naciones Unidas, encargado especialmente de supervisar la aplicación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y en el plano regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, encargada de la supervisión de los compromisos internacionales de los Estados Americanos, tanto de los derechos civiles y políticos (responsabilidad que comparte con la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos), como la vigencia de los derechos económico sociales y culturales, reconocidos tanto en el PCADH, como por los restantes instrumentos internacionales sobre la materia. Por lo general, en el plano internacional todavía no hay mecanismos procesales de orden jurídico (Tribunales) para la protección de estos derechos, mientras que si existen para la protección de los derechos civiles y políticos o derechos de libertad y de participación, como también se les clasifica. La protección por ahora, aunque aumentan cada vez más el consenso y los esfuerzos para la exigibilidad jurídica

de estos derechos, se apoya todavía en acciones de índole política. Estos órganos internacionales realizan supervisiones generalmente mediante informes que los Estados están obligados a ofrecer y emiten informes generales sobre el estado de estos derechos en los países y recomiendan las medidas a tomar por parte de los Estados, para ajustarse a las normas y compromisos del Derecho Internacional sobre la materia.

El problema principal que encontramos en el reconocimiento internacional del derecho a la salud, es por un lado, el condicionamiento de la satisfacción plena del derecho al desarrollo económico del país y por el otro, la prácticamente inexistencia de controles efectivos del cumplimiento de estas obligaciones por parte de los Estados. El derecho a la salud demanda del Estado acciones positivas para satisfacerlo (prestaciones), por lo que se encuentra directamente vinculado al desarrollo económico de cada país y a la definición política de cada sociedad sobre sus prioridades de gasto. En virtud de lo anterior, el Derecho Internacional, define las obligaciones de los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales en general y del derecho a la salud en particular, como una obligación de medios y de aplicación progresiva (a diferencia de los derechos de libertad que son obligaciones de resultado y de aplicación inmediata). Las implicaciones de ésta concepción es que, por un lado, sólo son exigibles en la medida que los Estados dispongan de los recursos para satisfacerlos. En ciertas circunstancias económicas y políticas el Estado goza frente al Derecho Internacional de la excepción de imposibilidad de cumplimiento. Por otro lado, la exigibilidad jurídica del goce pleno del derecho prácticamente no existe, por lo que el Estado cumple frente al Derecho Internacional

(informes a organismos internacionales de control), demostrando que el sistema de protección instaurado es el acorde a sus “posibilidades económicas” y que además, tiende a la progresión, por lo que en el “futuro cercano” (promesa o excusa) brindará una cobertura integral a toda la población.

En definitiva, la salud goza de reconocimiento por el DIDH, como un derecho inherente a la dignidad humana, fundamental para el desarrollo de toda persona, por la sola razón de ser. La existencia del derecho no depende del reconocimiento de los Estados, no es una concesión graciosa de éstos, por tanto el reconocimiento jurídico no es constitutivo del derecho sino meramente declarativo. La obligación de protección, promoción, satisfacción y respeto del derecho, es prioritaria para el Estado donde reside su titular; y de manera subsidiaria y complementaria de la comunidad internacional. Resta ahora analizar la exigibilidad de ese derecho en el Ordenamiento Jurídico costarricense.

2. El reconocimiento del derecho a la salud en el Derecho interno y exigibilidad del reconocimiento internacional.

Nuestra Constitución reconoce el derecho a la salud en el artículo 46, con motivo de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios. *“Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud...”* (Art. 46 p. 5º CP). La Sala Constitucional (intérprete supremo no exclusivo de la Constitución) lo ha derivado del artículo 21 CP, que recoge el derecho a la vida. *“La Constitución Política en su artículo 21 establece que la vida humana es inviolable y a partir de ahí se ha derivado el derecho a la salud que tiene todo ciudadano, siendo en definitiva al Estado, a quien le corresponde*

velar por la salud pública impidiendo que se atente contra ella.” (Sentencia Nº 5130-94, en igual sentido 0591-04 entre otras). También es posible extraerlo del artículo 50 en la medida que reconoce el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado a toda persona; del artículo 73, en el tanto crea los seguros sociales para proteger a los trabajadores de los riesgos o contingencias de enfermedad, invalidez, vejez y muerte y el seguro contra riesgos profesionales.

Ahora bien, el derecho a la salud se encuentra reconocido por el Derecho de la Constitución, desde que el artículo 48 CP, le otorga protección a todos los derechos humanos recogidos por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. En efecto, el artículo 48 constitucional establece en lo que interesa lo siguiente: *“Toda persona tiene derecho al ...recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República.”* De la norma se infiere: **a)** que los derechos reconocidos por el DIDH tienen rango constitucional (se les dispensa la misma protección) y plena vigencia en Costa Rica; **b)** que para tal efecto, basta con que el derecho haya sido reconocido por cualquier tratado, convención o declaración internacional sobre la materia. El concepto de instrumento es más amplio que el de tratado o convención que utiliza el artículo 7 constitucional. **c)** En definitiva, cualquier tratado o convención internacional ratificada por la República, tendrá rango inferior a la Constitución pero superior a las leyes (art. 7 CP), salvo si versan sobre derechos humanos, en cuyo caso, independientemente de su ratificación o del instrumento donde se consagren tendrán al

menos el mismo rango que la Constitución (art. 48 CP). Al respecto, la jurisprudencia constitucional que lo desarrolla.

“En tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política (CP), ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional.”⁷

Todavía más, la Sala Constitucional siguiendo sólidos principios del DIDH (el principio pro-homine y el principio de la aplicación de la norma más favorable) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸, ha reconocido el principio de la supremacía de la mayor protección para el ser humano:

“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 otorgan mayores derechos o garantías a las personas, privan por sobre la Constitución”⁹.

En otras palabras, en materia de derechos humanos no existe, al menos en Costa Rica, una separación formal entre Derecho Internacional y Derecho Constitucional, se trata de un mismo derecho: el Derecho de los derechos humanos. Lo sustancial priva sobre lo formal, lo verdaderamente importante es la mayor protección, independientemente de si

esa protección se encuentra reconocida en un instrumento internacional, la Constitución o una ley de la República. Demás está decir, que estos principios vinculan al juez del orden común (Art. 154 CP, art. 8 LOPJ), cuando interpretan o aplican aquellas normas que desarrollan el derecho fundamental a la salud. En definitiva, existe un derecho fundamental a la salud que goza de reconocimiento constitucional (interpretación sistemática de los artículos 21, 46, 50, 74 CP). Asimismo, se encuentra incorporado a la Constitución, mediante el artículo 48 CP. El derecho a la salud, independientemente del instrumento normativo donde se encuentre consagrado, tiene rango y fuerza constitucional y en la medida, en que la consagración internacional suponga mayor protección o garantía para los seres humanos, prevalecerá sobre lo dispuesto por el texto constitucional. Esto implica que en caso de contradicción normativa, la norma y los contenidos constitucionales deben ceder o ajustarse a las normas y contenidos de los instrumentos internacionales (principio de interpretación de la norma constitucional conforme a la norma de mayor protección).

No estamos en presencia de lo que llaman en España *“un principio rector de la política social”*, ni de normas programáticas que sólo vinculan al legislador y que nada dicen acerca del contenido o naturaleza del derecho, cuya configuración está supeditada a la *“libertad”* o *“discrecionalidad”* legislativa y sólo son defendibles por su titular una vez que el legislador lo haya desarrollado y por

7 Sentencia de la Sala Constitucional No. 6830-98 y en sentido similar 1319-97, 2313-95, 3435-92 y otras.

8 En la Opinión Consultiva OC 5/85, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó: “Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo (protección del derecho) debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido” También en la misma resolución expresó: “si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana...”.

9 Sentencias de la Sala Constitucional No. 6830-98, 1319-97, 2313-95 y otras.

ende, haya definido su contenido. Por el contrario, en nuestro medio, se trata de un derecho fundamental, que como veremos seguidamente, encuentra una configuración detallada en el Derecho de la Constitución, que el legislador debe respetar, porque de lo contrario incurre en inconstitucionalidad (sin perjuicio del papel que le corresponde como desarrollador del texto constitucional)¹⁰. Se trata de un derecho fundamental que encuentra protección en la jurisdicción constitucional.

Finalmente, es importante señalar que este reconocimiento del derecho y el contenido y características que de seguido se examinarán, han venido de la mano de un cambio de percepción jurídica de su titular. En efecto, hace unos años, cuando una persona recibía un deficiente servicio o una negativa en las ventanillas de la CCSS, ni siquiera se le ocurría acudir a los tribunales de justicia, en parte porque ni siquiera se sabía titular de algún derecho; solo tenía el derecho de queja, ante una institución que se veía como benefactora. Esa percepción hoy ha cambiado. Los administrados tienen conciencia como titulares de derechos fundamentales, que pueden hacer valer por los cauces que el Derecho ha establecido tanto de índole formal como informal, administrativos o judiciales, políticos o jurídicos. A la par del reconocimiento normativo y especialmente jurisprudencial del derecho, crece la conciencia jurídico subjetiva (titular de derechos) del paciente o sujeto de atención, lo que provoca una presión (demanda) mayor sobre las instituciones encargadas de velar

o de prestar los servicios de salud que el derecho exige.

B) Configuración del derecho a la salud. Características.

En este punto procedemos a hacer un análisis detallado del derecho fundamental a la salud, a fin de identificar sus elementos definitorios y características esenciales. Para esa tarea, tomaremos como referencia lo dispuesto por el artículo 10 del PACADH, que al respecto expresa: *“1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien jurídico público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho...”* Como complemento normativo para esta definición utilizaremos lo dispuesto en el artículo 21 y 46 CP y 1, 2, 3, 4, 9, Ley General de Salud, N° 5395 del 30 de octubre de 1973 y sus reformas. De las normas se desprenden los siguientes caracteres:

1) El derecho a la salud tiene dos dimensiones, una para exigir abstenciones e imponer límites a la injerencia de los demás y en especial de los poderes públicos y la otra, diametralmente opuesta, para exigir acciones positivas del Estado. En efecto, en relación con la primera dimensión de su contenido, el derecho a la salud se comporta como un derecho de libertad,

¹⁰ La Ley General de la Salud recoge el derecho a la salud y lo reconoce conforme al Derecho de la Constitución a toda persona: *“Todo habitante tiene derecho a las prestaciones de salud, en la forma que las leyes y reglamentos especiales determinen y el deber de proveer a la conservación de su salud y de concurrir al mantenimiento de la de su familia y la de la comunidad.”* (Art. 3 LGS). Obviamente, las leyes y reglamentos a los que se refiere la norma, deben ser conformes con el contenido y protección que de le reconoce al derecho la Constitución y el Derecho Internacional de los derechos humanos.

poniéndole límite a la injerencia de los demás y fundamentalmente de los poderes públicos.

En el ejercicio de esta función limitadora, el derecho entra también en relación con la vida y la integridad física y moral. El derecho goza de un ámbito de autonomía exenta de la intervención de los poderes públicos mientras con su ejercicio no perjudique a terceros (Art. 28 CP). Es desde esta faceta, que el derecho le pone límite a las intervenciones quirúrgicas o a las investigaciones clínicas sin consentimiento informado. El consentimiento informado es una garantía de la autonomía del paciente. Es desde esta dimensión que una persona puede impedir que se realicen transfusiones de sangre por atentar contra sus convicciones religiosas (el caso de los testigos de Jehová).¹¹ Como se observa, en estos casos el derecho impone a las instituciones públicas sanitarias y a los profesionales de la salud conductas omisivas, obligaciones de no hacer (abstenciones). Gracias a esta dimensión del derecho a la salud, el paciente es tenido hoy como un sujeto activo en la relación médico-

paciente, superando el modelo paternalista anterior (túmbese, cállese, haga lo que le decimos y le curaremos).¹² La regla es que nadie puede ser obligado a un determinado tratamiento sanitario, salvo por disposición de ley. Esta dimensión le garantiza a la persona un ámbito de intangibilidad frente a cualquier sujeto (público o privado), que se funda en el principio de autonomía de la persona y se encuentra protegido por el principio de inviolabilidad de la persona.

Esta dimensión del derecho es la que informa la donación de órganos o la negación ha recibir un tratamiento, y en términos generales la facultad de disposición de su salud, por ejemplo, mediante estilos de vida no saludables de los cuales está consciente (drogas, alcohol, conducción vehicular imprudente, alimentación inadecuada, sedentarismo, prácticas sexuales riesgosas, huelga de hambre prolongada, etc.). Respecto de este punto, si bien el derecho a la salud opera como límite de los poderes públicos, excepcionalmente el Estado interviene fundado en criterios paternalistas

11 *"En ocasiones el rechazo a un tratamiento puede comportar situaciones de riesgo para la vida. Una situación típica es el rechazo a las transfusiones por motivos religiosos. En estos casos entran en conflicto el derecho a la vida (CE art. 15) con el derecho a la libertad religiosa (CE art. 16). Podemos entender que el derecho a la vida es esencial para que los otros derechos se desarrollen pero también es posible interpretar, en el contexto de una sociedad plural, que el derecho a la vida es un derecho a que no nos la quiten y a que no nos obliguen a vivirla en contra de nuestras creencias si ello no perjudica a terceros y aunque tal decisión no sea acorde con la mayoría de la población. Visto así el derecho a la vida sería vivir de acuerdo con nuestras creencias y nuestras dudas, nuestras afirmaciones y nuestras contradicciones, nuestras ilusiones y nuestros pesares, avanzando y retrocediendo y eligiendo en libertad aquello que deseamos. Ese derecho a vivir de ese modo no estaría por encima del derecho de otros a vivir de otra forma, no pudiéndonos adjudicar el derecho a que otras personas vivan, o mueran, por nuestras creencias."* GARCIA AZNAR Andreu, Sobre el respeto a la autonomía de los pacientes; en Estudios de Bioética y Derecho; Tirant lo blanch; Valencia, 2000, p. 209.

12 El informe Belmont (1978) define la autonomía así. *"Una persona autónoma es un individuo que tiene la capacidad de deliberar sobre sus fines personales, y de obrar bajo la dirección de esta deliberación. Respetar la autonomía significa dar valor a las consideraciones y opciones de las personas autónomas, y abstenerse a la vez de poner obstáculos a sus acciones a no ser que éstas sean claramente perjudiciales para los demás. Mostrar falta de respeto a un ente autónomo es repudiar los criterios de aquella persona, negar a un individuo la libertad de obrar de acuerdo con tales criterios razonados, o privarle de la información que se requiere para formar un juicio meditado, cuando no hay razones que obliguen a obrar de este modo."* Citado por: GARCIA AZNAR Andreu, Sobre el respeto a la autonomía de los pacientes; en Estudios de Bioética y Derecho; Tirant lo blanch; Valencia, 2000, p. 199.

mediante medidas voluntarias (de las cuales el sujeto puede hacer caso omiso) o imperativas (su cumplimiento es obligatorio), tratando de convencer o de imponer (según el caso) un patrón de conducta que considera mejor que aquel que sigue el titular del derecho, llegando en ocasiones a sustituir su voluntad. Un ejemplo de medida paternalista voluntaria es la exigencia de que los empaques de cigarrillos y recipientes de licor contengan la inscripción de que “es dañino para la salud”; un ejemplo imperativo, es la obligación de usar el cinturón de seguridad; un ejemplo de medida sustitutiva es cuando se prescinde del consentimiento informado por razones de urgencia.

La dimensión de autonomía o libertad encuentra límites en los derechos de los demás, la moral y en normas de orden público (Art. 28 CP). Así por ejemplo, aunque se negare, se puede aislar al paciente de una enfermedad contagiosa grave susceptible de causar una epidemia (Art. 365 LGS). En este caso, el derecho igual de terceros al disfrute de la salud opera como título habilitante de las potestades públicas. Los tratamientos obligatorios son excepcionales, y como toda excepcionalidad debe cumplir con ciertos requisitos: **i)** presencia del interés público; **ii)** legalidad de la medida; **iii)** razonabilidad y proporcionalidad de la medida; etcétera.

La segunda dimensión del derecho es aquella en la cual su titular aparece como necesitado de una serie de acciones del Estado para lograr el pleno goce de su derecho. En consecuencia, el derecho dota a su titular de una serie de facultades para exigir de los poderes públicos las acciones positivas requeridas para garantizar su derecho. Dos son el tipo de acciones positivas que se pueden demandar del Estado: a) las de control y policía sanitaria y b) las prestaciones sanitarias.

Por policía sanitaria debemos entender todas las medidas de tipo legislativo y administrativo, mediante las cuales se interviene en la esfera jurídica de los particulares (personas físicas o jurídicas). Todas esas medidas tienden a ponerle límite al ejercicio de diversos derechos (de igual o inferior rango) de terceros (personas físicas o jurídicas), en aras de proteger el derecho de la salud de las personas.

El derecho de la salud opera en estos casos, como un título jurídico habilitante de la intervención de los poderes públicos (legislativo o ejecutivo). Con estas medidas se pretende proteger, asegurar o en general controlar los riesgos que se derivan de determinadas actividades para la salud de las personas individual y colectivamente. Dentro de estas medidas encontramos reglas y acciones para garantizar la salud laboral, para evitar o impedir enfermedades transmisibles, sanidad exterior, sanidad ambiental, control para garantizar la seguridad e inocuidad alimentaria, control de agua potable para consumo humano, el control de productos farmacéuticos, la regulación sanitaria de viviendas, construcciones, comercio, industria, etcétera. Eran las competencias típicas del Estado Liberal, tendientes a proteger la salud pública y a exigir a los particulares un comportamiento respetuoso del derecho a la salud. Aquí esta contenida la legislación penal (delitos dedicados a proteger la salud pública), sanciones administrativas y medidas de intervención en la vida privada de diverso orden (Libro II LGS). También pertenecen a este ámbito las medidas de control (autorización, permiso e inspección sanitaria, etc.). Todas estas acciones las puede demandar el titular del derecho a la salud de los poderes públicos. Se trata del derecho de cada persona a que su propia salud o la de los demás no se vea amenazada ni dañada por acciones externas

realizadas por cualquier sujeto público o privado. Es un derecho de exclusión oponible erga omnes. Estas acciones las puede exigir el sujeto en la vía administrativa o bien en la judicial (penal, civil, constitucional o contencioso administrativo, según su competencia). La competencia administrativa para realizar este tipo de acciones está por lo general repartida entre varias instituciones y órganos públicos de muy diversa índole. Estas, junto con otras medidas de diversa índole (vivienda, alimentación, agua potable, distribución de la riqueza, educación, etc.) son responsables, en gran parte, del desarrollo sanitario que se disfruta hoy.

El segundo tipo de acciones positivas contenidas en el derecho a la salud son las que provienen del sistema de servicios de salud, de carácter asistencial, orientadas a la recuperación y conservación de la salud, la rehabilitación del enfermo (sin perjuicio de la labor que realizan en aras de la prevención de la enfermedad y promoción de la salud). Los servicios asistenciales pueden venir de la prestación directa de establecimientos e instituciones públicas o bien, de particulares que operan aquellos servicios públicos mediante concesión, delegación u otro tipo de modalidad. Este tipo de prestaciones son el logro del Estado Social de Derecho,

sobre el Estado Liberal de Derecho, que solo garantizaba las acciones de policía sanitaria. Con fundamento en lo anterior, debe quedar claro, que forma parte del contenido del derecho a la salud, tanto las facultades para imponer límite a los poderes públicos y exigir de ellos obligaciones de no hacer o de abstención de intervenir en su esfera privada; como las facultades para exigir las acciones positivas necesarias, ya sea de policía sanitaria o asistenciales, para la satisfacción del derecho.

2) Es un derecho inherente a la dignidad de la persona, por tanto universal. La norma reconoce que *“toda persona”*, es titular de este derecho fundamental, que ni la sociedad en su conjunto ni el Estado pueden arrebatárle; por el contrario, están obligados a respetarlo, promoverlo, garantizarlo y satisfacerlo. No tiene ninguna relación con criterio profesional alguno. No es un derecho del trabajador, ni del costarricense, es un derecho de todo ser humano. No se deriva del trabajo, ni de la nacionalidad, raza, sexo o condición social, se deriva de la dignidad del ser humano.¹³ Los seguros sociales se fundan en criterios profesionales (Art. 73 CP), pero el derecho a la salud no, de allí la estrecha conexión con el derecho a la vida.¹⁴

13 *“la universalidad de la asistencia implica que la condición de ciudadano sea suficiente para beneficiarse de las prestaciones sanitarias del Estado y no es necesario que concurren otros títulos específicos. Lleva implícita, por tanto, la superación de los planteamientos tradicionales, según la base de títulos concretos: asistencia benéfica a enfermos pobres, asistencia sanitaria a los beneficiarios de la acción protectora de la seguridad social, asistencia sanitaria en relación con determinadas enfermedades de especial relevancia, etc.”* (PEMAN GAVIN Juan; Derecho a la salud y administración sanitaria; Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, p. 83).

14 *“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 del 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.”* **Sala Constitucional Voto 2004-11155** (entre otros).

La universalidad es un atributo del derecho derivado de su titularidad. Es universal porque pertenece a toda persona humana, en condiciones de igualdad y no discriminación, por tanto, debe reconocerse independientemente de si es niño o adulto, hombre o mujer, nacional o extranjero, negro, blanco o amarillo, cristiano, musulmán o ateo. Solo serán válidas aquellas discriminaciones que se funden en criterios objetivos, razonables y sean conformes con la naturaleza y fin del derecho.

La universalidad de su titularidad obliga al Estado y a la sociedad a la universalidad de su protección y cobertura. Sin embargo, en este punto conviene hacer algunas precisiones acerca de los alcances de la protección y cobertura del derecho a las personas (ámbito subjetivo de protección). Para determinar la cobertura, tenemos que echar mano a las dos caras o dimensiones del derecho de las que se habló anteriormente. En relación con la dimensión de autonomía, el derecho a la salud se comporta igual para todas las personas (universalidad), fijándole límites a los poderes públicos (con los alcances ya señalados). Respecto de las acciones positivas de policía sanitaria, el derecho también es universal, cualquier persona tiene derecho a que se le tutelen sus intereses sanitarios mediante las intervenciones legislativas o administrativas; cualquier persona está legitimada para denunciar y pedir la intervención de los poderes públicos competentes para tutelar el derecho a la salud.

Donde surgen diferencias en cuanto a la cobertura y protección es en relación con las acciones positivas asistenciales (prestaciones sanitarias). En un sistema como el nuestro donde la asistencia sanitaria reposa sobre la ecuación contribución-prestación, conviene hacer algunas precisiones. La diferenciación

general se funda pues entre contribuyentes y no contribuyentes. Así, tenemos que entre los contribuyentes la cobertura es general, tanto subjetiva (todas las personas contribuyentes y sus familiares según las reglas del régimen jurídico vigente), como objetiva (todas las prestaciones del sistema), en relación con esta población la cobertura y protección es general. La diferenciación surge entre no contribuyentes. En principio una persona que no contribuye al sistema no recibe los beneficios del mismo, salvo que: a) se encuentre protegido por el seguro familiar; b) se trate de un asegurado por el Estado o pensionado del régimen no contributivo; c) se trate de un menor de edad; d) si es una mujer en estado de embarazo, parto y posparto; e) cualquier persona (adulto, nacional o extranjero, documentado o indocumentado) que se encuentre en una situación de emergencia médica. Superada la emergencia queda fuera de la cobertura del sistema sanitario. Sin embargo, en este caso, la gratuidad del servicio queda condicionada a que la persona no cuente con recursos económicos y en un sistema como el nuestro dicho coste debería asumirlo el Estado y no la Caja (Art. 177, p. 3º CP); e) que se trate de personas ingresadas en centros penitenciarios, sometidos a un régimen de especial sujeción con la Administración, siendo ésta la responsable de mantener a su favor la cobertura respectiva.

3) El bien jurídico inherente al derecho es la salud. La salud entendida de forma dinámica, como ya nos consta, como un proceso continuo salud-enfermedad, donde en el polo positivo encontramos el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social y en el polo negativo la enfermedad, en cuyo extremo estaría la muerte. En el centro coexisten en diferentes grados la normal y lo patológico, hacia uno u otro extremo. Se trata de un

concepto amplio de salud, muy operativo desde el punto de vista de los derechos fundamentales, porque permite dispensarle las prestaciones necesarias (atención médica, cuidados paliativos, medicamentos, tratamientos con acelerador lineal, etc.) a la persona en estado de coma, o con una enfermedad terminal. En este sentido la Sala Constitucional ha dicho: *“...se debe tener en cuenta que el concepto de derecho a la salud es suficientemente amplio como para admitir en su seno los cuidados paliativos de una enfermedad crónica y el mejoramiento de la calidad de vida de quienes la padecen, pese a que no se haya descubierto todavía su cura.”*¹⁵

Este valor o bien jurídico es el que justifica todas las medidas de prevención y tratamiento de la enfermedad y de promoción y recuperación o restauración de la salud. Informa toda la actividad de policía y asistencial del Estado. En algunas ocasiones la garantía tiene a la salud como presupuesto (la prevención de la enfermedad y la promoción de la salud, p. ej.), en otros como fin (el tratamiento de la enfermedad y la recuperación de la salud).

4) El derecho a la salud es un derecho autónomo, pero también un derecho por conexidad con el derecho a la vida. La conexidad es definida por la Corte Constitucional colombiana, como la íntima e inescindible relación entre dos derechos de tal suerte que la vulneración de uno amenaza también al segundo. El derecho por conexidad es aquel que necesariamente se deriva de otro principal, donde el derecho conexo aparece como garantía del primero. “Los

*derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, le es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración y amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio un derecho fundamental, pasa a gozar de esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su vida”*¹⁶

La Sala Constitucional costarricense ha considerado que el derecho a la salud se deriva y guarda estrecha conexión con el derecho a la vida. *“...el derecho a la vida es la razón de ser y explicación última del derecho a la salud. La conexión existente entre ambos es innegable, el derecho a la salud tiene como propósito fundamental hacer efectivo el derecho a la vida, porque éste no protege únicamente la existencia biológica de la persona, sino también los demás aspectos que de ella se derivan...”*¹⁷

También la Sala Constitucional reconoció el derecho fundamental al agua potable, como un derecho derivado del derecho constitucional a la salud y a la vida. *“La Sala reconoce, como parte del Derecho de la Constitución, un derecho fundamental al agua potable, derivado de los derechos fundamentales a la salud, la vida, al medio ambiente sano, a la alimentación y la vivienda digna, entre otros...”*¹⁸ La violación al derecho al agua potable pone en peligro de forma irremediable y directa la salud y la vida.

15 Sentencia de la Sala Constitucional N° 2005-15512

16 Sentencia de la Corte Constitucional colombiana, N° 491-1992.

17 Sentencia de la Sala Constitucional No. 6061-96, reiterada, entre otras, en la sentencia N° 2001-927

18 Sala Constitucional N° 11756-05.

5) Es un derecho fundamental. Satisface una necesidad primaria, esencial para la persona.

La naturaleza fundamental de un derecho está determinada por el carácter indispensable que este tiene para el desarrollo pleno de la persona humana. Las facultades para ponerle límite a los poderes públicos o para exigir de estos acciones positivas, así como las prestaciones contenido del derecho, son indispensables para que la persona humana conserve, proteja o recobre la salud, tenga una mejor calidad de vida o un mayor bienestar dentro del marco de las circunstancias. Las prestaciones deben responder a la necesidad de la salud individual o colectiva, es decir, deben ser suficientes para resolver el problema. La relación prestación-necesidad, está informada entre otros por los principios de: integralidad (se trata de una prestación integral, completa, idónea para satisfacer la necesidad); dignidad (la prestación debe ser aquella que satisfaga las exigencias de la dignidad de la persona). La necesidad que la enfermedad genera, de no ser satisfecha adecuadamente, repercutirá directamente en la calidad de vida de la persona que la sufre.¹⁹ La no satisfacción le impedirá a la persona realizar su plan de vida.

El derecho fundamental a la salud es valioso desde la perspectiva jurídica porque tiene capacidad para satisfacer una necesidad primaria. El carácter de fundamental del derecho guarda relación con el carácter básico y primario de la necesidad, cuya satisfacción surge como indispensable e ineludible para la persona, de lo contrario comprometería su desarrollo y hasta su vida. La necesidad es objetiva (verificable, p. ej. los médicos que diagnostican el estado patológico) y constituye el supuesto de hecho del derecho. En caso que se diagnostique una enfermedad el efecto jurídico son los servicios asistenciales orientados a la recuperación de la salud; si por el contrario la persona se encuentra saludable, el efecto jurídico son acciones orientadas a su conservación y promoción, y medidas para la prevención de la enfermedad. Los servicios asistenciales de salud se estructuran en niveles (1º, 2º, 3º nivel de atención), según la generalidad frecuencia y excepcionalidad de la necesidad, p. ej. no es necesario un psiquiatra de cabecera para toda la población, porque no toda ésta lo requiere, por lo que basta con ubicarlo en un segundo nivel, donde se llega por referencia. Obviamente, para satisfacer la

19 Para la definición de la necesidad que funda derechos constitucionales es importante que sea esencial para una existencia humana digna, que se trate de necesidades imperiosas para la persona, que no sean intencionales o autoimpuestas: *"El punto de partida es desde luego, su carácter no intencional; no elegimos nuestras necesidades (...) una necesidad es una situación o estado siempre predicado de una persona y que tiene un carácter insoslayable para ella (...) Esto es aquellas situaciones o estados que constituyen una privación de aquello que es básico e imprescindible y que, en consecuencia, nos pone directamente en relación con la noción de daño, privación o perjuicio grave para la persona. Claro está que esta idea exige superar la concepción de daño en términos de privación o frustración de aquello que deseamos. Estas situaciones en las que se encuentra la persona y respecto a las que no puede escapar están íntimamente relacionadas o repercuten directamente en la calidad de vida humana y tienen característica fundamental que hace que podamos hablar de necesidad: el perjuicio o grave detrimento va a mantenerse exactamente en las mismas condiciones, salvo que esa situación se vea satisfecha, cumplida o realizada y no hay ninguna posibilidad alternativa de salir de ella (...) no se trata de contratiempos, problemas o perjuicios pasajeros, sino de la degeneración permanente de la calidad humana que se mantendrá en tanto no se obtenga una satisfacción."* ANÓN ROIG María José: Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas: en la obra colectiva Derechos Humanos, TECNOS, Madrid, 1992, p. 103. No deben confundirse las necesidades con los medios para su satisfacción. Lo primero es identificar la necesidad, luego plantearse si debe ser satisfecha o no. Hay necesidades primarias y secundarias, básicas o instrumentales, derivadas o no derivadas. Las básicas, en principio son necesarias para toda vida humana, mientras las instrumentales, sólo serían útiles para alguna vida humana. La necesidad básica tiene un carácter normativo, por imperiosa, obliga a su satisfacción y con ello, se convierte en derecho por su exigencia.

necesidad se requiere un servicio de calidad (idóneo, íntegro, oportuno, humanizado).

6) El derecho a la salud requiere para su efectiva realización la concurrencia de la responsabilidad individual y de la responsabilidad estatal o pública (Producción social de la salud). La satisfacción efectiva del derecho reposa en el concurso de su propio titular y el de la comunidad o sociedad en su conjunto, dentro de este último grupo, encontramos las diversas organizaciones sociales involucradas en la salud y las instituciones del Estado orientadas a su plena, igualitaria y efectiva realización.

En relación con el primer tipo de responsabilidad (la del individuo) el artículo 9 LGS, establece: *“Toda persona debe velar por el mejoramiento, la conservación y la recuperación de su salud personal y la salud de los miembros de su hogar, evitando acciones y omisiones perjudiciales y cumpliendo las instrucciones técnicas y las normas obligatorias que dicten las autoridades competentes.”* Como se observa, de esta norma se infiere la obligación primaria de toda persona de velar por su salud (responsabilidad individual) y luego, por la salud de su familia. El art. 3 LGS, le añade la obligación de velar por la salud de la comunidad. Esta responsabilidad del individuo de velar por la salud de su familia y de la comunidad la denominamos responsabilidad social del individuo o función social del ejercicio del derecho.

En ejercicio de la responsabilidad social o función social del derecho, puede cumplirse mediante acciones positivas o negativas (omisiones). En el primer supuesto, el individuo

se hace responsable de su familia (por ejemplo, cotizando para el seguro obligatorio de salud, eliminando criaderos del zancudo que transmite el dengue, etc.), o cuando participa en organizaciones relacionadas con la salud (organizaciones para la defensa del medio ambiente, asociaciones administradoras de acueductos comunales, juntas de salud, etcétera). En el segundo (omisiones), ejerce la responsabilidad social cuando teniendo la posibilidad de dañar o poner en riesgo la salud de la población no lo hace (por ej. no contamina el agua, el aire o la tierra), lo que rige tanto para las personas físicas como jurídicas.

En igual sentido, el Art. 2 LGS reconoce que *“Es función esencial del Estado velar por la salud de la población.”* La Ley reconoce la necesidad de una política pública para la dirección, planificación, regulación, coordinación, y control de las acciones y actividades públicas y privadas orientadas a la realización efectiva de este derecho o que pudieran perjudicar su disfrute más pleno. Si se declina en la asunción de alguno de los tipos de responsabilidad o se debilita, reduce o deteriora el cumplimiento de esas obligaciones, la salud individual y colectiva se puede ver seriamente afectada.

El bien jurídico se satisface mediante una responsabilidad compartida, entre el individuo y la sociedad organizada (diversas organizaciones privadas, sociales y públicas), de alguna manera es lo que se quiere decir con el concepto de producción social de la salud,²⁰ mediante el cual se hace referencia al hecho de que la salud de la población es un producto logrado ineludiblemente con la participación de todos (individuo, empresas, organizaciones socia-

20 Al respecto puede verse GARCÍA GONZALEZ Rossana y otros; Modelo conceptual y estratégica de la rectoría de la producción social de la salud. Marco estratégico institucional, Ministerio de Salud, San José, 2007, p. 9 y siguientes.

les, instituciones públicas de diversa índole), a fin de impactar de manera positiva en los factores determinantes de la salud: biológicos (constitución, carga genética, desarrollo y envejecimiento), ambientales (contaminación de los recursos naturales, climáticos, etc.), socioeconómicos y culturales (pobreza, estilos de vida, violencia, inadecuada utilización de los servicios de salud, alimentación, nivel educativo, exclusión social, etc.) y los sistemas de servicios de salud (acceso, burocratización, ineficiencia, baja capacidad resolutive, infección intrahospitalaria, etc.). La enfermedad no dejará de presentarse por óptima que sea la situación de conjunto de la sociedad. La sociedad es incapaz de evitar la enfermedad, pero sí es capaz de impactar positivamente en los factores biológicos, medio ambientales, estilos de vida y sistemas sanitarios de salud, que determinarán el grado de salud de que gozará esa sociedad. Responsabilidad y solidaridad son dos principios esenciales para el pleno y universal (todas las personas) goce del derecho fundamental a la salud.

7) Es un derecho exigible frente a los demás y especialmente frente al Estado. Al Estado le corresponde actuar con objetividad los intereses generales o públicos. Corresponde al Estado dictar la legislación necesaria, organizar los medios correspondientes para proveer a las necesidades sanitarias de las personas y de la colectividad y otorgar las prestaciones sanitarias requeridas.

Ahora bien, como derecho, es oponible no solo frente al Estado, sino erga omnes (frente a todos), por eso, como consumidores podemos reclamar daños a los vendedores, a los profesionales de la salud, a los establecimientos de salud privados o públicos o exigir protección en las relaciones de vecindad, p. ej., cuando el vecino produce ruidos excesivos, construye

cloacas, chimeneas, establos, talleres, industrias en la pared medianera.

Frente al Estado podemos exigir la cesación o modificación de toda actividad que interfiera y que sea actual o potencialmente lesiva para mi salud o la de mis congéneres (actividades de policía para la sanidad alimentaria, ambiental, veterinaria, laboral, etcétera). También puede demandar del Estado los servicios de salud o actividad asistencial necesaria para satisfacer el derecho. El derecho a la salud como derecho a la asistencia sanitaria se proyecta exclusivamente sobre la relación administrativa Estado-administrado (usuario, asegurado) y no sobre las relaciones entre particulares, salvo cuando hay servicios de salud prepagos (relaciones contractuales previas, p. ej. seguros privados de salud) o en virtud del deber de auxilio que establece el Código Penal (Cp). No se puede por tanto, salvo en esos casos, exigir las prestaciones a instituciones privadas o a los profesionales de la salud, pues estos actúan según las reglas del libre mercado.

El derecho se exige en la vía administrativa (por la vía de denuncia, impugnación o recursos) o judicial (en sede penal, civil, contencioso administrativo, constitucional, etc.). Los derechos valen lo que valen sus garantías, todos estos mecanismos que permiten hacer exigible el derecho son insuficientes y se requieren reformas y cambios importantes, especialmente de orden administrativo.

8) Por la supremacía del derecho y la imperiosa necesidad que satisface, hacen que surja un derecho a los medios requeridos para su efectiva realización. La Sala Constitucional reconoce el derecho de la persona a la prestación (obligación de dar o hacer) que resuelva su necesidad de

salud: Jeringas, fármacos, tratamiento con acelerador lineal, pañales para adulto, fórmulas alimenticias como Ensure, etc. Al frente del titular del derecho se encuentra la institución pública obligada ha otorgarlas o practicarlas.

La Sala no se ha quedado allí, también ha derivado el derecho al buen funcionamiento de los servicios públicos en general y a los de salud en especial. Ha exigido como corolario y garantía del derecho que los servicios sean de calidad, oportunos, eficientes y eficaces. Al respecto la jurisprudencia constitucional ha dicho: *“Nuestra constitución política recoge, implícitamente, el derecho fundamental de los administrados al buen y eficiente funcionamiento de los servicios públicos, esto es, que sean prestados con elevados estándares de calidad, el cual tiene como correlato necesario la obligación de las administraciones públicas de prestarlos de forma continua, regular, célere, eficaz y eficiente.”*²¹ Con ello la Sala no solo reconoce que las personas tienen derecho a los medios públicos institucionales (instituciones, competencias, organización), sino que además, ese derecho alcanza, a que esos medios institucionales funcionen de la mejor manera posible, prestando servicios de calidad que se constituyan en efectivas garantías del goce pleno e igualitario del derecho fundamental.

9) Es un derecho supremo, prevalece sobre otros en caso de conflicto. Las personas actúan sus derechos en la convivencia social. En el marco de esas relaciones surgen conflictos y no es raro encontrar en colisión dos derechos fundamentales, por ejemplo, la libertad de empresa, comercio e industria y el

derecho a la salud. En estos casos el rango (jerarquía) y la fuerza (capacidad de resistir o de imponerse sobre otros derechos en una situación dada) determinan la forma como se resuelve el conflicto, la supremacía de un derecho sobre otro.

En ese sentido, la Sala Constitucional ha sostenido que cuando entran en conflicto la libertad de comercio y el derecho de la salud prevalece este último. . *“...cuando hablamos de la protección de la salud pública ante la amenaza de una epidemia o la existencia de una epidemia, se produce una colisión de intereses entre el interés de la mayoría de que se le proteja del mal y el interés individual de cada ciudadano, de no ser limitado en ciertos aspectos de su vida...estima la Sala que las medidas preventivas adoptadas por el Ministerio de Salud, que se discuten en este amparo, son racionales y no atentan contra la dignidad humana de los vendedores ambulantes, aunque sí constituyen una limitación a sus intereses... ese es el mal menor entre los dos que entran en colisión, pues si la salud de la mayoría está de por medio, ella resulta preponderante en relación con el derecho al comercio.”*²²

Lo mismo dijo en relación con el derecho al debido proceso: *“De manera simultánea al inicio del procedimiento, es claro que las autoridades de salud deben tener la posibilidad de aplicar medidas cautelares inmediatas y proporcionadas al caso, ante el mero indicio de la existencia de condiciones de riesgo para la salud o la seguridad física, ya que -en tal supuesto- la premura de actuar en resguardo de la salud pública no*

21 Sentencia de la Sala Constitucional N° 11976-04.

22 Sentencia de la Sala Constitucional N° 3260-92.

debe admitir dilaciones fundadas en simples formalismos o trámites procesales. No cabe duda, acerca de la prevalencia o prioridad de los valores involucrados aquí, en donde el derecho del afectado a que se le siga un procedimiento legal, completo y correcto, debe ceder -momentáneamente al menos- al apremio de resguardar la vida y la salud de los ciudadanos.”²³

Idénticas razones hay que sostener en tratándose de la autonomía y libertad de las personas, cuando se les puede obligar a vacunarse; o respecto del derecho de propiedad cuando se decomisan los bienes (Art. 359 LGS); o en relación con la intimidad de las personas, e inviolabilidad de domicilio o empresa, cuando se puede allanar el inmueble para inspeccionar, recoger muestras o pruebas (346 y 347 LGS); respecto de la libertad de comercio (Art. 358 y 362 LGS) mediante la retención o retiro del comercio o de circulación de determinados bienes; de la libertad de empresa, p. ej., mediante la clausura de locales (Art. 363 LGS), o la suspensión o cancelación de permisos de funcionamiento (art. 364 LGS); o del derecho de toda persona a la libre circulación por el territorio nacional, mediante medidas como el aislamiento (Art. 365 LGS). En todos estos casos, la salud prevalece sobre los otros derechos constitucionales con los que entra en conflicto y es debido a la jerarquía del derecho, que las potestades públicas destinadas a garantizarlo se imponen y prevalecen sobre el ejercicio de los otros

derechos. La regla es que el ejercicio de nuestros derechos debe hacerse respetando las exigencias que para el ejercicio de esos derechos impone la protección de la salud.

Finalmente, la Sala Constitucional ha sostenido en su reiterada jurisprudencia, que el derecho a la salud prevalece sobre los aspectos financieros de las instituciones públicas llamadas a garantizarlo “*si el derecho a la vida se encuentra especialmente protegido en todo Estado de Derecho Moderno y en consecuencia el derecho a la salud, cualquier criterio económico que pretendiera hacer nugatorio el ejercicio de tales derechos, debe ceder en importancia pues como ya se indicó sin el derecho a la vida los demás derechos resultarían inútiles.*”²⁴

10) Para los efectos del derecho, no hay distinción entre salud individual y salud pública. Históricamente había una diferenciación entre salud pública e individual. Los Estados solo se ocupaban de la salud pública especialmente a través de la policía sanitaria. Cuando el Estado comenzó a prestar servicios asistenciales se ocupó también de la salud individual y a partir de allí, es difícil separar la salud individual de la pública, dado que la salud individual es hoy un asunto de salud pública y lo que se entendía como acciones de salud pública, son acciones que operan como garantía de la salud individual, de tal manera que para efectos del derecho fundamental, unas y otras son inseparables,

²³ Sentencia de la Sala Constitucional N° 5319-00.

²⁴ Sentencia de la Sala Constitucional N° 8160-05.

como lo son, en aras del mismo objetivo, la responsabilidad individual y estatal.²⁵ El concepto de salud pública incluye las acciones asistenciales y la salud individual incluye las medidas de salud pública. *“salud pública en un sentido amplio en la que cabe incluir tanto las acciones de protección de la salud colectiva como las que tienen como punto de mira la salud individual de cada sujeto; y esta organización y tutela de la salud pública se lleva a cabo a través de medidas preventivas (entre las que cabe incluir tanto la actividad administrativa preventiva tradicional de carácter policial como la prevención individual, vinculada a la asistencia médico-sanitaria), así como a través de prestaciones y servicios.”*²⁶

En definitiva, el derecho a la salud podría definirse, como una situación jurídica activa o favorable de todo ser humano, derivado de su intrínseca dignidad, esencial para el desarrollo de su personalidad, que le otorga a su titular un conjunto de facultades para la satisfacción del bien jurídico: la salud, tutelado por el Derecho, y en virtud de las cuales, puede, por un lado, fijarle límite a la intervención de las demás personas y del Estado en su esfera particular, y por otra, exigir de los poderes públicos (eventualmente de los particulares) las acciones positivas de policía sanitaria o

asistenciales que hagan efectivo su derecho; el contenido de esas prestaciones forman parte del contenido del derecho y se constituyen en garantías de su pleno goce. Es un derecho exigible frente a las demás personas y fundamentalmente frente al Estado y sus instituciones y donde las obligaciones públicas deben cumplirse independientemente de los recursos disponibles, dado que el derecho es supremo y guarda relación directa con la existencia misma de la persona (la vida) y cuya realización plena se logra necesariamente mediante el concurso de su propio titular y del Estado.

III. PRINCIPIOS QUE OPERAN COMO GARANTÍAS SUSTANTIVAS DEL DERECHO A LA SALUD

Los principios jurídicos se levantan como garantías sustantivas (en la generalidad de los casos) a favor de los derechos de las personas.²⁷ Algunos de estos principios le ponen límite al poder porque tienden a proteger el ámbito de autonomía y libertad inherente al derecho, tal es el caso de los principios de autonomía, de contenido esencial y limitación constitucional del poder; otros se erigen en garantía del disfrute del derecho para todas

25 “En primer lugar distinguimos entre salud pública y salud simplemente. Aun cuando ambos conceptos son inescindibles, el primero alude a todo lo que atañe al mantenimiento de condiciones mínimas e indispensables para garantizar el estado sanitario de la población, incluyendo las facetas especificadas: promoción, prevención, asistencia y rehabilitación. Este aspecto está reconocido como de responsabilidad primordial del Estado, en cuanto organización política que debe tutelar los intereses de la comunidad que representa. El concepto de salud, por su parte, es mucho más amplio y comprende el anterior. Refiere a las condiciones personales de cada individuo respecto de su bien más preciado que, en definitiva, garantiza el derecho a la vida.” HOTSCHER Walter; La legislación sanitaria argentina. Preceptos jurídicos fundamentales con relación a la salud. En Bioética y Bioderecho. Cuestiones actuales; Editorial Universidad, Buenos Aires, 2002, p. 50-51.

26 PEMAN GAVIN Juan; Derecho a la salud y administración sanitaria; Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, p. 63.

27 Sobre este tema puede verse: NAVARRO FALLAS Román; Los principios jurídicos: estructura, caracteres y aplicación en el derecho costarricense; Revista Jurídica IVSTITIA; N° 138, 1998.

las personas, es el caso de los principios de universalidad e igualdad y no discriminación; otros, por el contrario, se constituyen en garantías para que el titular del derecho reciba del Estado y sus instituciones las prestaciones requeridas para el goce pleno del derecho, es el caso de los principios de eficacia y eficiencia, continuidad de los servicios públicos; etc: otros tienden a ponerle un cerco al ejercicio del poder (potestades de policía administrativa), por ejemplo el principio de legalidad, a fin de garantizar la convivencia de prerrogativas y garantías, de autoridad y libertad en un Estado de Derecho.

Los principios jurídicos sirven para interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, cumplen una función limitadora, poniéndole límites al poder; cumplen también la función de informar y articular la acción administrativa y de los poderes públicos en aras de un objetivo; introducen una visión sustancial y no meramente formal del Derecho, garantizan los derechos y prescriben soluciones.

Los principios tienden a proteger diversos aspectos del derecho a la salud, forman parte esencial del régimen jurídico del derecho y se constituyen en obligaciones ineludibles para las administraciones públicas, tal y como lo reconocen el ordenamiento jurídico escrito (Art. 7 LGAP, 5 LOPJ) y la jurisprudencia constitucional: *“Tales principios constituyen una obligación jurídica de carácter indeclinable impuesta a cualquier ente u órgano administrativo por su eficacia normativa directa e inmediata, toda vez que el bloque*

*o parámetro de legalidad (artículo 11 de la Constitución Política) al que deben ajustarse en sus actuaciones está integrado, entre otros elementos, por los principios generales del derecho administrativo (artículo 6° de la Ley General de la Administración Pública). No debe perderse de perspectiva que los Principios Generales del Derecho, tienen el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan, con lo que pueden asumir un rango constitucional si el precepto respecto del cual cumplen tales funciones tiene también esa jerarquía.”*²⁸

Para una mejor exposición, los hemos dividido en seis grupos, según la función que cumplen en la protección del derecho: así tenemos los principios que tienden a proteger el goce del derecho para todas las personas (A); los principios que se dirigen a tutelar el ámbito de autonomía del derecho a la salud (B); los principios que informan la organización y funcionamiento de las instituciones públicas relacionadas con la salud (C); principios que garantizan que el titular del derecho a la salud reciba la prestación que su necesidad requiere de forma oportuna y de calidad (D); los principios que informan el ejercicio de las potestades públicas de imperio (poder de policía) tendientes a garantizarle a los particulares su ámbito de libertad en el ejercicio de otros derechos constitucionales (distintos del de salud), pero cuyo ejercicio tiende a tutelar el derecho a la salud (E). Finalmente, los principios que informan la concreta prestación sanitaria, extraídos de la jurisprudencia constitucional (F).

28 Sentencia de la Sala Constitucional N° 2004-11976.

A) Principios que tienden a garantizar el goce del derecho a la salud por todos sus titulares.

Algunos principios operan como garantías a favor de que toda persona, sin distinción alguna contraria a la dignidad humana, goce del derecho fundamental a la salud. La regla constitucional es el derecho igual de todos, máxime si se trata de un derecho esencial, primario y supremo como el derecho a la salud, reconocido así por la Sala Constitucional en su jurisprudencia, por su conexidad con la vida, toda vez que a falta de la vida, ningún otro derecho existe: *“Este derecho a la Salud sólo se justifica como mecanismo de protección a la vida, que es el de mayor importancia en la escala de derechos fundamentales porque constituye el hecho biológico de la existencia humana. Todos los demás derechos fundamentales giran en torno a él porque derivan de la sola existencia del ser humano.”*²⁹

1) Principio de universalidad. Ya se analizó como característica del derecho a la salud, derivada según se dijo, de la titularidad del derecho por todo ser humano. Aquí se analiza como principio, esto es, como idea esencial del ordenamiento jurídico, como exigencia para los poderes públicos. La universalidad en la protección del ámbito de autonomía del derecho se desprende del artículo 28 p. 2º de la Constitución: La universalidad del ejercicio de las potestades de policía sanitaria a favor de los titulares del derecho a la salud, se desprende de los artículos 11, 28 p. 2º, 33, 41, 129, 140 incisos 3, 6, 7 y 18 de la Constitución. La universalidad de las prestaciones asistenciales se deriva de los artículos 73 y 177 p. 5º de la Constitución. En relación con el

agua potable se desprende de los artículos 21, 46, 50, constitucionales.

En el campo de los servicios asistenciales, Costa Rica siguió originalmente el camino de los seguros sociales (creados por BISMARCK en Alemania a finales del siglo XIX), en este caso, mediante lo que conocemos como el seguro de salud (Art. 73 CP), a cargo de la CCSS. El artículo 73 CP no reconoce un derecho fundamental a todo ser humano por su sola condición de tal, mientras que el derecho a la salud si reúne esta cualidad. Por el contrario, se trata solo del reconocimiento constitucional del derecho de todos los trabajadores a la protección contra determinados riesgos o contingencias. El fundamento del derecho a la salud en el marco del seguro social de salud no es la dignidad humana, ni la necesidad de toda persona frente al acaecimiento de la enfermedad, la invalidez, la maternidad; el titular del derecho no es toda persona, sino solo los trabajadores; el criterio no es la necesidad de ciertas condiciones de vida y acceso a ciertos bienes materiales para una vida digna, sino el criterio contributivo. El problema principal del sistema de seguros sociales es que reposa en la ecuación contribución-prestación (los que contribuyen son los que tienen derechos a los beneficios del seguro) y por esta vía es imposible alcanzar la universalización subjetiva (todas las personas) de los servicios de salud y de la protección que éstos suponen, porque siempre hay en la sociedad personas que no puede contribuir (indigentes; desempleados sin oportunidad de trabajo; enfermos mentales; madres solas con dificultades para trabajar; trabajadores que prefieren no tener el seguro, pero si el trabajo y ceden, como parte débil, a los caprichos del empleador de no asegurarlos;

29 Sentencia de la Sala Constitucional N° 2001-927

etc.). Por esta razón, en Europa se pasó de los seguros sociales a la seguridad social (BEVERIDGE), financiado mediante impuestos generales, para que toda persona tenga acceso.

Costa Rica, tiene una protección propia del modelo de seguridad social, pero con cargo a un sistema de seguros sociales y es precisamente aquí donde está la bomba de tiempo.

DIFERENCIAS ENTRE EL SISTEMA DE SEGUROS SOCIALES Y EL DE SEGURIDAD SOCIAL

SEGUROS SOCIALES (Art. 73 CP)	SEGURIDAD SOCIAL (Art. 21,50,73,74,177 CP y 22 DUDH)
Doctrina y práctica surgen en Alemania con BISMARCK (segunda mitad del siglo XIX). En Costa Rica a partir de 1943.	Doctrina y práctica surgen en Gran Bretaña con BEVERIDGE (década de los 40 siglo XX).
Tiende a superar las insuficientes soluciones de entonces: seguros privados, beneficencia pública y privada, mutualismo, etc. Los seguros sociales son una solución pública colectiva para superar las deficiencias de ese modelo anterior.	Tiende a superar a demás las deficiencias de los modelos de seguros sociales.
Se financia mediante contribuciones especiales, por lo que solo el que contribuye (y su familia) recibe las prestaciones (ecuación contribución-prestación).	Se financia mediante impuestos generales, por lo que toda persona tiene acceso y derecho a las prestaciones del sistema.
Se funda en un criterio profesional: el trabajo.	Se funda en la dignidad y necesidad de todo ser humano independientemente de su condición laboral.
Este sistema nunca alcanza la universalización subjetiva (todas las personas), porque en una sociedad siempre hay quienes no pueden contribuir, desempleados, indigentes, discapacitados, personas de la tercera edad, enfermos mentales, etc.	Se avanza a la universalización subjetiva (todas las personas) y objetiva (todas las prestaciones).
Parte de que las contingencias o riesgos solo le acontecen al trabajador, que son propias del trabajo.	La seguridad social parte de que dichas contingencias le acontecen a todo ser humano indistintamente de su situación profesional
Es un derecho de todo trabajador contribuyente	Es un derecho de todo ser humano

En efecto, Costa Rica siempre ha querido brindar una protección universal, por tanto no condicionada a un factor específico.³⁰ En la época en que el MS ofrecía servicios de salud, los roles de cada uno en materia de seguros y seguridad social estaban muy claros. Le correspondía a la Caja administrar y gobernar (art. 73 CP) los seguros sociales, es decir, el sistema contributivo; y al Estado (MS) complementar el seguro de salud, con prestaciones sanitarias no contributivas (sin contraprestación), financiadas mediante impuestos generales y con cargo al presupuesto nacional. La Caja atendía las exigencias de los seguros sociales y el Estado atendía las exigencias de la seguridad social (el Estado cerraba el modelo complementando el sistema contributivo de salud). Sin embargo, el Ministerio por asumir el rol prestador, se olvidó de las funciones de dirección y rectoría. Como solución a este problema se propuso, con fundamento en el principio de división de funciones (las de dirección y rectoría de las de financiamiento y prestación), el traslado a la Caja de las prestaciones que atendía el Ministerio, con el personal correspondiente (1992).

Lo lamentable de la reforma es que mediante un sistema de seguros sociales se ha pretendido atender las exigencias propias de un modelo de seguridad social. Antes de 1992 el Estado financiaba con impuestos generales los servicios que ofrecía el Ministerio, mientras que ahora, se prestan con cargo a

las contribuciones forzosas de trabajadores y patronos en el sistema del seguro de salud. Obviamente, los fondos (que no responden a cálculos actuariales ajustados a esta nueva condición) serán siempre insuficientes y las prestaciones tenderán a ser insuficientes, deficientes e inoportunas.

La Caja actualmente es el único prestador público de servicios de salud, por tanto, no puede negarse a la protección de la población *“...el Estado no tiene discrecionalidad para decidir si presta o no un servicio público, principalmente si éste se relaciona con un derecho fundamental como el de la salud...”*³¹ de allí que tenga que sufrir las constantes condenas de la Sala Constitucional a favor de los titulares del derecho a la salud que demandan de ésta, las prestaciones requeridas para satisfacer la necesidad que le aqueja, a las que como ya vimos tiene derecho y así lo ha reconocido sin ambages la Sala Constitucional.

El problema salta a la vista, Costa Rica ha querido alcanzar la protección propia de la seguridad social desde los seguros sociales, lo que a todas luces es una vía equivocada. No podía ser de otro modo, el seguro de salud tiene problemas para financiar la universalidad subjetiva (todas las personas) y objetiva (otorgar todas las prestaciones a toda la población), de allí la tendencia al deterioro en la calidad de los servicios (entre otros motivos). Al seguro de salud, que como todo

30 “la universalidad de la asistencia implica que la condición de ciudadano sea suficiente para beneficiarse de las prestaciones sanitarias del Estado y no es necesario que concurren otros títulos específicos. Lleva implícita, por tanto, la superación de los planteamientos tradicionales, según la base de títulos concretos: asistencia benéfica a enfermos pobres, asistencia sanitaria a los beneficiarios de la acción protectora de la seguridad social, asistencia sanitaria en relación con determinadas enfermedades de especial relevancia, etc.” PEMAN GAVIN Juan; Derecho a la salud y administración sanitaria; Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, p. 83.

31 Sentencia de la Sala Constitucional N° 0315-98.

seguro, solo debería de dedicarse a ofrecer a la población contribuyente los servicios que actuarial y financieramente son posibles y exclusivamente a la población contribuyente y sus familias; le estamos asignando atender las necesidades de salud de toda la población, sin que reciba del Estado de forma íntegra la diferencia correspondiente. Los recursos del seguro de salud no son quizá insuficientes para atender a su población contribuyente, lo son para atender la demanda de servicios de salud, universales, oportunos, de calidad y con rostro humano que demanda toda la población. Una consecuencia lógica de este proceder, es que cuando el contribuyente ve que también se le brinda atención al que no contribuye, tiende a evadir la contribución, lo que provoca más problemas financieros.

La universalización de los servicios de salud puede lograrse con el ordenamiento jurídico vigente, siempre que se logre la participación ineludible y comprometida del Estado, según lo dispone nuestra Constitución. En efecto, la obligación del Estado para hacer llegar a la Caja los recursos necesarios para prestaciones universales en el campo de la salud se encuentra recogida en el p. 5º del art. 177 CP: *“Para lograr la universalización de los seguros sociales y garantizar cumplidamente el pago de la contribución del Estado como tal y como patrono, se crearán a favor de la Caja Costarricense de Seguro Social rentas suficientes y calculadas en tal forma que cubran las necesidades actuales y futuras de la Institución. Si se produjere un déficit por*

insuficiencia de esas rentas, el Estado lo sumirá, para lo cual el Poder Ejecutivo deberá incluir en su próximo proyecto de Presupuesto la partida respectiva que le determine como necesaria la citada Institución para cubrir la totalidad de las cuotas del Estado.” El Estado está evadiendo su responsabilidad, es necesario colocar el sistema de salud en la agenda política nacional, hablar claro, impulsar las reformas necesarias y enderezar el rumbo.

En relación con el acceso al servicio público de agua potable, requisito esencial para la salud, este se encuentra condicionado al pago del servicio. El servicio público de agua potable es considerado en todas partes del mundo un servicio público de carácter económico, su financiación se rige por las reglas del precio público, cada usuario paga el servicio que recibe. En Costa Rica el servicio es titularidad de una institución autónoma (A y A), quien presta el servicio en el área metropolitana y distintos puntos del país (de importante desarrollo urbano) y quien además delega la gestión del servicio en más de mil seiscientas Asociaciones Administradoras de los Sistemas de Acueductos y Alcantarillados Comunes (ASADAC). También existen sistemas en manos de Municipalidades. La universalidad del servicio estaría determinada, por un lado, por el esfuerzo por hacerlo llegar a toda la población, y por el otro, mediante la obligación de la fuente pública en caso de suspensión del servicio por falta de pago del mes al cobro (no por deudas atrasadas).³²

32 “El Estado, por supuesto, no solo tiene la responsabilidad ineludible de velar para que la salud de cada una de las personas que componen la comunidad no sufra daños por parte de terceros, en relación con esos derechos, sino, que debe asumir la responsabilidad de lograr las condiciones sociales propias a fin de que cada persona pueda disfrutar de su salud: física y mental, etcétera, con lo cual se procura alcanzar la mejor calidad de vida de los individuos. No obstante, también ha aceptado la *suspensión* del servicio de agua potable por la demora en el pago (o su no pago), por ejemplo, pero debe proveerse de una fuente pública de la cual el abonado pueda abastecerse.” Sentencia de la Sala Constitucional N° 7509-02. En sentido similar SSC N° 01378-98.

Sin embargo, el problema principal consiste en que no toda la población recibe agua potable, transgrediéndose con ello no solo el derecho al agua potable, sino el derecho a la salud de un importante sector de la población (especialmente rural).

Esas asimetrías regionales en la calidad del agua que se ofrece a la población, también se dan respecto de los servicios públicos de salud. No es lo mismo sufrir un accidente frente al hospital de los Chiles que frente a cualquiera de los hospitales nacionales ubicados en San José. Esas asimetrías regionales en la calidad de los servicios públicos constituyen una violación de la garantía de universalidad para el pleno goce del derecho a la salud.

2) Principio de igualdad y no discriminación.

La igualdad y no discriminación guardan relación con la universalidad ya estudiada y se detallará más adelante como un principio que informa la prestación del servicio público. Aquí, solo se pretende hacer recordatorio que el derecho a la salud es inherente a toda persona por su sola condición, que como se dijo a propósito del reconocimiento positivo del derecho, por los instrumentos normativos del Derecho Internacional, se trata de un derecho que está por encima de la nacionalidad y de la frontera de los países, por lo que, en la era de la globalización y la interdependencia económica, debe garantizarse a todo ser humano independientemente de su nacionalidad. Hacemos énfasis en este tema, porque las migraciones son un problema para los sistemas de salud (policía sanitaria, servicios asistenciales de salud, nutrición, vivienda digna, educación, etc.) que ejercen presión en los presupuestos públicos. Debe tenerse una política de salud orientada al inmigrante (la diferenciación favorable es constitucionalmente válida), los indígenas y

cualquier otra población desfavorecida. En el caso de los inmigrantes debe procurarse la cobertura mediante el seguro de salud, lograr esta protección pasa necesariamente por el control, inspección y vigilancia del Ministerio de Trabajo, para que se le garanticen sus derechos laborales.

En definitiva, nos resta afirmar que la universalidad e igualdad en el reconocimiento del derecho a la salud y de las prestaciones que requiere, no es hoy una tendencia, como quizá si lo fue en algún momento de nuestra historia (cuando se procuraba la extensión y universalización de los seguros sociales); hoy son principios y garantías efectivas del sistema, exigibles en al vía jurisdiccional. No es hoy una tendencia, porque cuando los derechos que requieren prestaciones de dar (los denominados económicos sociales y culturales o prestacionales) alcanzan un desarrollo como el que han alcanzado los derechos a la salud y a la educación en Costa Rica, se comportan como los de libertad, esto significa, que son exigibles plenamente, de forma universal y en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna contraria a la dignidad de la persona.

Del estudio de los principios se infiere, que Costa Rica siempre ha pretendido la universalidad en la satisfacción del derecho constitucional a la salud que le asiste a toda persona. Sin embargo, el modelo seguido por Costa Rica pone límites a esta aspiración, dado que parece a todas luces imposible vía seguros sociales financiar prestaciones propias de la seguridad social, lo que demanda una aplicación más decidida del p. 5º del 177 CP, o impulsar una reforma a fin de mantener los logros alcanzados hasta aquí y avanzar en la realización plena de la universalidad subjetiva (todas las personas) y objetiva (todas las prestaciones del sistema con idéntica calidad),

en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna contraria a la dignidad humana.

B) Principios que tienden a la protección del ámbito de autonomía de la persona humana, tanto del derecho a la salud, como frente a las potestades estatales que lo protegen.

Un segundo grupo de garantías sustantivas, está constituido por aquellos principios jurídicos que tienden a proteger el ámbito de autonomía del derecho a la salud. Estos principios operan como una “capa” protectora o “blindaje”, a favor de las decisiones relacionadas con la salud de cada persona, frente a la injerencia de los poderes públicos. Sin ánimo de ser exhaustivo, incluimos los siguientes:

1) Intangibilidad del contenido esencial del derecho a la salud. El contenido esencial de un derecho, es la parte interna, el núcleo del derecho, que por ser tal, lo define, le otorga identidad y alcance. En el contenido esencial del derecho a la salud, encontramos al menos cinco elementos: a) el bien jurídico protegido; b) la voluntad para el ejercicio de las facultades o poderes; c) un conjunto de facultades o poderes para la satisfacción del bien jurídico o interés; d) un interés o fin en relación con el bien jurídico; y e) el elemento normativo, o espacio jurídico de actuación válida, de carácter instrumental.

Expliquemos estos elementos: El bien jurídico es la salud, según nos consta, todos los otros elementos del contenido esencial giran alrededor de él. El conjunto de facultades a las que se refiere el elemento (c), son los poderes que el Derecho reconoce para que los titulares del derecho, dispongan (para bien o para mal) del bien jurídico, lo protejamos o lo conservemos (facultades de disposición, conservación y defensa). Esas facultades

pueden recaer no solo sobre el bien mismo, sino también sobre aquellos medios (obligaciones, prestaciones, bienes, etc.) a los que otro está obligado (persona física o jurídica, pública o privada) para hacer efectiva la satisfacción del bien jurídico. La voluntad es la decisión de la persona de usar o no los poderes (facultades de que dispone). El interés es la finalidad que la persona busca con el uso de las facultades en relación con el bien jurídico y finalmente, el espacio jurídico, está determinado por las limitaciones y prohibiciones que establece el ordenamiento jurídico y que condicionan el ejercicio válido del derecho.

Expliquémoslos con dos ejemplos de personas adultas y conscientes: i) A la persona (X) la muerde un perro y le trasmite el virus de la rabia. En este caso (X) dispone en su voluntad, recuperar (interés) su salud (que es el bien jurídico). Para ello, ejercita las facultades o poderes que el derecho contiene y que el ordenamiento le reconoce. La primera facultad o poder es absolutamente interno, consiste en la decisión de ir a buscar tratamiento; la segunda, es la de exigir de la CCSS los servicios de salud que resuelvan su problema; la tercera, exigir del MS medidas (p. ej. sacrificio) en relación con el perro rabioso y con los perros contaminados de esa comunidad. La persona podía matar en el acto al perro (ejercicio de la legítimo de la facultad de defensa), denunciar a la autoridad sanitaria con anterioridad o con posterioridad al acto, la frecuencia de perros callejeros en el lugar, puede interponer una demanda por daños contra el dueño del animal en la vía civil; puede exigir la intervención del Ministerio (policía sanitaria) y de la CCSS (servicio asistencial), si es del caso, en la vía judicial. El ordenamiento jurídico impone obligaciones correlativas al derecho de (X) a ciertas instituciones públicas que están en la obligación de cumplirlas. La

defensa de su derecho condujo al ejercicio de poderes de imperio respecto de los derechos de otros (sacrificio de perros), y movió los aparatos públicos a su favor. **ii)** la persona (Z) sufre de dolores fuertes en el estómago, decide en su voluntad acudir a los servicios de salud (interés de conservación o recuperación de la salud), le detectan un cáncer gástrico avanzado y le prescriben tratamiento; (Z) decide no someterse a dicho tratamiento, porque confía en la sanidad divina. La familia preocupada acude a la Caja, al Ministerio, al juez, para que alguien obligue a (Z) a someterse al tratamiento. (Z) es autónoma, dentro del elemento normativo no hay una sola potestad dirigida a alguien (público o privado) que le faculte a intervenir en esa vida y obligarla a someterse al tratamiento. (Z) usó sus facultades de disposición, pero de forma negativa, disponiendo del bien jurídico (salud), negándose a su conservación y recuperación, al menos por medios humanos. Sus actos, aunque parece que lesionan derechos de terceros (sus familiares), el ordenamiento jurídico considera, que el ámbito de autonomía en el ejercicio de su derecho a la salud, es superior (de mayor protección jurídica) que el de los terceros que quieren su compañía.

El alcance del contenido esencial del derecho está definido por el principio de autonomía, de dignidad y de inviolabilidad de la persona. Consiste en un ámbito sustancial (no meramente formal) que le fija límite a los poderes públicos. El contenido esencial del derecho es intangible incluso para el legislador ordinario (Art. 28 párrafo 2º CP).

El contenido esencial de otros derechos, como el de la libertad de empresa, industria

y comercio o el libre ejercicio profesional (profesiones de la salud) le fijan límites a las potestades de policía sanitaria atribuidos al Ministerio de Salud.

2) Principio de autonomía. Este principio se encuentra recogido en el párrafo 2º del artículo 28 CP: *“Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.”* De esta norma se pueden extraer los siguientes aspectos: **a)** La Constitución reserva a favor de la persona, una área o zona de acción, fuera de los poderes públicos; **b)** La norma reconoce dos principios: el principio de autonomía de la persona y el principio de no intervención estatal en acciones privadas que no perjudiquen a terceros. El primero es sustancial el segundo instrumental. El segundo deriva y tiene su fundamento en el primero. De acuerdo con NINO, el principio de autonomía de la persona prescribe *“... que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe inferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución.”*³³ **c)** en virtud de lo anterior, la persona puede tomar libremente sus decisiones relacionadas con su salud, incluso decisiones negativas, orientadas a deteriorar su salud o dejarse morir, siempre que con ellas no perjudique a terceros; **d)** El principio le pone límite a toda acción limitadora o restrictiva de derechos, orientada, por ejemplo, a imponer patrones de vida, sin que medie la posible afectación

33 NINO, Carlos Santiago; *Ética y Derechos Humanos*; op cit p.204-205.

de los derechos de terceros; por ejemplo, puede seguir fumando tabaco a pesar de la advertencia; esa advertencia es solo indicativa no imperativa, se deja a la autonomía del sujeto;

e) La Constitución considera que la autonomía es un bien valioso, a tal punto, que mientras no lesione los intereses, persona o derechos de otro, está protegida por la Constitución incluso contra el legislador ordinario.

Cuando una persona (física o jurídica) excede el ámbito válido para el ejercicio de su derecho (ejemplo libertad de empresa y comercio) violando disposiciones legales o reglamentarias de tipo sanitario, por ejemplo, en relación con la producción, distribución, preparación o venta de alimentos, cae fuera del ejercicio legítimo de su derecho y en aras de proteger la salud de terceros, se hace acreedor de la aplicación de las potestades de policía sanitaria. En este caso, en sana teoría, no se le limita su derecho, se sanciona o detiene su ejercicio abusivo.

3) Principio de limitación del poder. *“El principio limitativo del poder y de definición de zonas exentas o de libertad individual es, en efecto, un principio esencial del constitucionalismo. Por una parte, porque la libertad es consustancial a la idea misma del poder como relación entre hombres; el concepto de un poder absoluto o ilimitado es intrínsecamente contradictorio, puesto que nadie puede estar sometido íntegramente a otro semejante sin negar su propia esencia humana, sin “cosificarse”. Todo poder social es, y no puede dejar de ser, si ha de respetar a los hombres sobre los que se ejerce, esencialmente limitado. Resulta, por ello,*

*imprescindible que en el momento de fundar o constituirse un poder se defina un campo propio y, consecuentemente, sus límites.”*³⁴

El principio de limitación constitucional protege el área de acción que la autonomía y el contenido esencial de derecho definen. La competencia es la jurisdicción del ejercicio del poder. En lo público son siempre heterónomas, atribuidos por el ordenamiento jurídico. Toda potestad pública de intervención en la esfera privada (ejemplo, autorización, permiso, decomiso, allanamiento, etc.) debe estar debidamente autorizada por el ordenamiento. Así, mientras el particular actúa con fundamento en el principio de libertad y autonomía de la persona, el Estado y sus instituciones, actúan apegados al principio de legalidad (subprincipio del principio de limitación constitucional del poder). Por eso, en lo público las personas jurídicas públicas se rigen por la competencia (área de acción válida), mientras el particular por su capacidad de actuar. La intervención del Estado en materia de salud está regulada y está sometida a regularidad jurídica (conformidad con los fines, competencia, procedimiento y medios que el Derecho en general y la Constitución en particular le establecen).

Ese poder limitador y restrictivo de los derechos y libertades se denomina poder de policía. *“El poder de policía es el modo de darse el principio de limitación cuando él se refiere al carácter relativo de los derechos constitucionales de los particulares en beneficio de razones de utilidad general...”*³⁵ Sin embargo, no sólo el “daño a terceros”, “la moral” y el “orden público” son títulos habilitantes de la intervención pública en la esfera privada (art. 28 CP) a favor del

34 GARCIA DE ENTERRIA Eduardo; La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, CIVITAS, Madrid, 1985, p. 46.

35 QUIROGA LAVIE, Humberto; Derecho Constitucional, DEPALMA, Buenos Aires, 1987, p. 229.

interés general; también lo es la satisfacción efectiva (mediante prestaciones) de los derechos económicos, sociales y culturales, es decir, no solo se justifica la intervención para evitar un perjuicio, sino también para lograr un beneficio, así por ejemplo, para hacer efectiva la protección asistencial en salud, se impone la cotización obligatoria a los trabajadores y empleadores, de manera que la satisfacción efectiva de un derecho económico social como la salud le otorga al Estado competencias limitadoras o restrictivas de derechos de libertad en aras de lograr, vía solidaridad (contribuciones forzosas) el pleno goce del derecho a la salud para toda la población.

Finalmente, nótese que el contenido esencial del derecho y el principio de autonomía definen el contenido de los derechos fundamentales; mientras que el de limitación constitucional es instrumental, externo al derecho y tiene como fin proteger aquel ámbito de autonomía y el contenido esencial frente a las intromisiones ilegítimas del poder.

C) Principios que informan la organización y funcionamiento administrativo en salud, tienden a garantizar que las instituciones se organicen y funcionen alineadas a las necesidades del titular del derecho.

De la organización y funcionamiento del llamado sector público de salud, se pueden extraer algunos principios, que pretenden constituirse en garantías a favor de los titulares del derecho a la salud. Se trata de garantías de carácter instrumental, al servicio de las de carácter sustantivo, que por su carácter

servicial, deben ser revisadas periódicamente a fin de ajustarlas o alinearlas con las demandas o necesidades en la satisfacción del derecho en un momento dado.

1. Principio de autonomía administrativa.

Costa Rica ha organizado el sector público de la salud sobre la base del principio de autonomía administrativa, mediante la descentralización y desconcentración administrativas. En primer lugar, la CCSS es un ente autónomo, que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 73 CP no solo goza de autonomía administrativa, sino también de gobierno, en la administración de los seguros sociales. Solo la Caja con apoyo en criterios técnicos puede reglamentar y determinar las prestaciones que ofrecen los seguros de salud y de pensiones y jubilaciones, potestades en relación con las cuales el MS carece de competencias de intervención. La Caja es la única institución pública prestadora de servicios asistenciales de salud a la población de forma universal. Luego, encontramos el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (AyA), encargado del suministro de agua potable a la población y del alcantarillado sanitario, institución que de conformidad con lo que dispone el numeral 191 CP goza de independencia administrativa (no de gobierno) en la gestión de los servicios propios de su competencia. Lo mismo se puede decir de los seguros de riego del trabajo, que administra el Instituto Nacional de Seguros (INS), entre otras instituciones del sector público de la salud. La Caja por su parte, además tiene desconcentrados algunos de los hospitales y áreas de salud, de conformidad con lo dispuesto por la Ley N° 7085, de 30 de noviembre de 1998, Ley de Desconcentración de Hospitales y Clínicas de la Caja.³⁶

³⁶ Sobre la desconcentración administrativa de la CCSS, puede consultarse por todos mis apuntes sobre Desconcentración Administrativa y Personalidad Jurídica Instrumental. La reforma de la Caja Costarricense de Seguro Social. Publicado por la Caja en forma de folleto, 2003.

La relación jurídico administrativa que se establece entre estos entes y el Ministerio de Salud, como órgano del Estado, es una relación de dirección, contenido de lo que se suele llamar “rectoría”. La descentralización rompe la relación de jerarquía y subordinación entre el Estado y estas instituciones. De la misma forma como la desconcentración rompe la relación jerárquica entre el órgano desconcentrado y los órganos superiores de la institución a la que pertenece (Art. 83 LGAP). La de dirección o rectoría no es un relación de jerarquía pero sí de supremacía, mediante la cual, el Ministerio fija los planes, dicta la reglamentación pertinente, emite las directrices, obliga a la coordinación, ejerce el control de la regularidad jurídica y técnica, así como de los planes, directrices y políticas fijadas para el sector; imponiendo las sanciones que correspondan en caso de incumplimiento (Art. 99 y 100 LGAP). La relación de dirección es propia de cualquier organización administrativa, la diferencia con rectoría, es que esta última supone dirección política al más alto nivel del Estado, es lo que quiere decir el artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio de Salud (LOMS), cuando se refiere a la “*suprema dirección*”.

Además de estas potestades, propias de la relación de dirección, el Ministerio goza de aquellas otras propias de la policía sanitaria y del Derecho Administrativo sancionador. Así que, mientras las órdenes son extrañas a la relación de dirección, son usuales en el ejercicio de las potestades de policía sanitaria, de tal manera que el Ministerio tiene competencias para ordenar a estas instituciones medidas concretas y exigirles actos concretos para atender las necesidades de salud pública.

La autonomía administrativa en Costa Rica se erige como una garantía instrumental a favor

del derecho a la salud. Dada la cultura política costarricense, especialmente en relación con el manejo del eterno déficit fiscal del Gobierno central, algunos se preguntan ¿qué pasaría si los servicios de salud estuvieran –como en Europa- financiados con impuestos generales?, si en nuestro medio el gobierno con dificultad le paga a la Caja sus aportes (patronales y de Estado), y cada vez que puede le toma prestado a bajo interés (en relación con el mercado), deuda que el Estado honra con bonos que al cambiarlos la Caja pierde (esta situación también se da, en menor medida con el A y A). Por lo anterior, el principio de autonomía tanto financiera como administrativa y política (cuando opera) deviene en garantía de los recursos y por tanto de las prestaciones y servicios que el sistema ofrece a favor de los usuarios, titulares del derecho.

Las potestades de dirección y rectoría que el ordenamiento jurídico le atribuyen al MS en el marco de la relación de dirección, le permite ejercer control sobre la actividad (servicios) no sobre los actos concretos de esas instituciones autónomas (Art. 99 LGAP). Las técnicas de control van desde la autorización (permiso o habilitación) de funcionamiento, la inspección, la vigilancia, y hasta la clausura temporal en caso de incumplimiento (no cabe la clausura definitiva de un servicio público que la ley ha creado). Por tratarse de entes y servicios públicos las potestades de control del MS deben ejercerse con diferente lógica que cuando se aplican al sector privado. La libertad del particular es superior o al menos igual a la autonomía de los entes públicos y las diferencias de trato son notorias; así por ejemplo, mientras que los planes del MS son vinculantes para los entes públicos, son solo indicativos en tratándose de la empresa privada; lo mismo se puede decir de la directrices del Poder Ejecutivo, que si bien

el ordenamiento le atribuye discrecionalidad a los entes públicos descentralizados en su aplicación, la inobservancia reiterada e injustificada tiene sanción (Art. 100.1 LGAP); mientras que respecto del establecimiento privado, las directrices no tienen eficacia alguna, no es el instrumento jurídico idóneo para regular las relaciones entre el Estado y los particulares. Por otra parte, mientras que es posible clausurar, incluso de forma definitiva, un servicio (por ejemplo de salud privado), no es posible la clausura definitiva de servicios públicos e incluso la adopción de la medida de ser la última ratio, por tratarse de servicios necesarios para la población. En estos casos, más que la aplicación del poder de policía, se impone la coordinación y la definición de políticas públicas con la participación de todos los involucrados, en aras de garantizar la eficiencia, eficacia, regularidad y continuidad del servicio público.

2. Principio de separación de funciones: rectoría-prestación del servicio. El principio de separación de funciones sustentó la reforma al sistema de salud británico (el sistema público más grande de Europa) en 1989. Luego se extendió al resto del continente y de alguna manera ha llegado hasta nuestro medio. Sin embargo, los alcances del principio en Inglaterra difieren mucho de los conquistados aquí. En efecto, en Inglaterra tanto la financiación como la provisión de los servicios públicos de salud esta en manos del Ministerio de Sanidad británico. Dado el deterioro en la calidad y oportunidad de los servicios que ofrecían a la población, se divide la financiación y la dirección (rectoría) de los servicios por un lado, de la provisión y prestación por otro. Para ello, se descentralizaron hospitales públicos, se le dio alguna participación al sector privado en la prestación de servicios públicos de salud y también a los médicos organizados en mutuas

médicas. El Ministerio de sanidad británico se dedicó a la planificación, regulación y control del sistema; y además a la contratación (compra) de los proveedores de los servicios de salud públicos que se ofrecen a la población.

¿Cuál es la aplicación del principio en nuestro medio? Hasta 1992, el MS se ocupaba de la prestación y provisión de los servicios de salud, especialmente de atención primaria a la población no asegurada, y se ocupaba de la prevención de la enfermedad y la promoción de la salud. La Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) se ocupaba de la administración del seguro de salud, ofreciendo a la población asegurada los servicios asistenciales en tres niveles de atención. A partir de 1993, con fundamento en este principio y en la Ley N° 7374, se trasladan a la Caja los servicios asistenciales que prestaba el MS, así como el recurso humano correspondiente. A partir de allí, el Ministerio se ocuparía de la función de rectoría del sistema de salud (planificación, dirección, regulación, coordinación y control, Art. 99 y 100 LGAP, Art. 1 LOMS) y la Caja se convertiría en el único proveedor público de servicios de salud dirigidos a la población de forma universal (el Ministerio toma mayor conciencia de su papel rector y a la Caja cambiará su mentalidad asistencial por una holística de la salud).

¿Cuál es la diferencia con el modelo inglés?, varias, pero la principal a nuestro juicio, que en Inglaterra el Ministerio de Sanidad es el que financia los servicios, mientras en Costa Rica no. La consecuencia principal de esa gran diferencia, es que “el que paga la música manda el baile”, los poderes de rectoría (de carácter estrictamente jurídicos) se ven tremendamente fortalecidos por el poder económico o financiero que el manejo del presupuesto supone. Cuando el Ministerio

de Sanidad británico emite una directriz, una regulación técnica o un plan y los proveedores hacen caso omiso de él, simplemente pierden esa condición o ven reducidos sus ingresos, eso no pasa en Costa Rica. Vista así, la autonomía de la Caja (incluido en lo financiero), que en el contexto de la realidad costarricense opera como una garantía, aquí se presenta como obstáculo para la consecución efectiva de metas unitarias en salud.

Con alcances más limitados, este mismo principio se aplicó a la reforma interna de la CCSS. Con fundamento en la Ley 7852 (Ley de desconcentración de hospitales y clínicas), la Caja impulsó la desconcentración de los más importantes hospitales y áreas de salud, creó una dirección de compras e introdujo el compromiso de gestión como instrumento válido para regular la compra de los servicios. A partir de la reforma, los hospitales y áreas de salud (desconcentrados o no) serían los proveedores de los servicios de salud a la población y los órganos superiores de la Caja (direcciones regionales, centrales, gerencias, presidencia y Junta Directiva) los encargados (asimilando el modelo inglés) de la planificación, dirección, reglamentación y control de los servicios de salud y además, los encargados de la compra de servicios a los proveedores, para ello utiliza el “compromiso de gestión” una especie de contrato entre ellos, con fundamento en el cual asigna los recursos (con excepciones de ineficiencias generadas por razones históricas en algunos establecimientos), evalúa el cumplimiento y asigna una calificación; como se dijo esto opera tanto en relación con los establecimientos desconcentrados, los centralizados o los concesionarios públicos (UCR) o privados (cooperativas y Clínica Bíblica). El resultado no ha sido tampoco el esperado, la desconcentración se quedó en un nivel muy básico sin profundidad para

impactar el servicio (y sin una verdadera desconcentración el principio de separación de funciones no despliega su virtualidad); la evaluación se ha limitado a lo estipulado en el compromiso de gestión, cuando los gestores o proveedores tienen obligaciones más amplias según la ley, que desatienden porque no se les mide o paga; la asignación de recursos todavía no guarda relación estricta con la eficiencia (dadas las ineficiencias históricas) y no ha logrado resolver los problemas relacionados con una atención oportuna en algunos servicios (listas de espera); pero en general, hay resultados positivos, la Caja por primera vez, tiene un conocimiento de los verdaderos costos del servicio, se preocupa de la calidad y oportunidad del mismo y ha generado en sus funcionarios una conciencia de costos, aunque todavía no de eficiencia.

Este es un principio sano en el marco de una organización administrativa compleja como la del sector público de salud en Costa Rica, conduce a la especialización con los consecuentes beneficios, pero debe ser revisado periódicamente a la luz del principio de eficacia. El principio cobra sentido en el marco de la descentralización y desconcentración administrativa.

3) Principios de unidad y coordinación.

La descentralización y la desconcentración implican el otorgamiento de diversos grados de autonomía e independencia del Estado o del ente matriz, a entes u órganos (según el caso), para el ejercicio de las competencias y fines atribuidos. Sin embargo, la consecución de esos fines y el ejercicio de aquellas competencias deben armonizarse con otros fines o con el ejercicio de otras competencias (iguales o superiores en jerarquía y alcance) con el propósito de garantizar la unidad y coherencia de la acción pública estatal (o la acción del ente desconcentrado).

Existe una tendencia general de los entes descentralizados o de los órganos desconcentrados a sobrevalorar los alcances de su autonomía, provocando descoordinación, conflictos de competencia y fraccionamiento de la actividad administrativa. Por eso, el Estado como ente mayor del Ordenamiento (en el caso de la descentralización), como los órganos superiores del ente público desconcentrado, tienen una obligación jurídica de velar por la satisfacción y atención integral de los intereses y fines encomendados por el Ordenamiento. Debido a su responsabilidad política y jurídica, el Ordenamiento los ha dotado de las potestades suficientes para que logren la unidad de acción en medio de la diversidad orgánica. Es el equilibrio y armonía entre dos principios: el principio de autonomía, que pretende introducir, entre otras cosas, a la actividad administrativa más creatividad, responsabilidad, consciencia de costos, y libertad de decisión; versus el principio de unidad, propio de la supremacía de ciertos órganos, a quienes les corresponde la eficacia global del sistema y por tanto la coordinación, planificación, gobierno y dirección del mismo.

El principio de unidad es un corolario del principio de supremacía que informa la organización administrativa. La unidad y la supremacía tienen su fundamento en la diferencia cualitativa o cuantitativa de los intereses que corresponde a cada uno en la estructura general del sector público. Las técnicas de coordinación (Art. 100 LGAP y 105 LGAP), a diferencia de las de cooperación suponen necesariamente la supremacía de los órganos coordinadores. La coordinación puede darse tanto entre órganos vinculados por una relación de jerarquía (en este caso se trata de una facultad y no tanto de un principio, que se ejerce mediante la potestad jerárquica: órdenes, instrucciones y circulares), como en

una relación de dirección (art. 100. 3 LGAP). Es en esta última donde cobra especial sentido, porque ella tiende a la unidad de la acción administrativa, en medio de la diversidad que la autonomía sugiere. La coordinación es una potestad de la que siempre es titular el Estado en los modelos descentralizados. La coordinación tiene origen en el principio de supremacía y por esa razón, se aplica tanto en el marco de relaciones de jerarquía como de dirección.

La coordinación no busca la uniformidad de acción, la autonomía da cabida a la diversidad, al ingenio humano y al ensayo de técnicas y conocimientos diversos para alcanzar un mismo objetivo. La coordinación que el principio de unidad impone es un límite a la autonomía, pero debe respetar su contenido. La coordinación es una demanda de la eficacia, esto es de la realización efectiva del fin público, por tanto, es una exigencia de los fines, en relación con los cuales se coordina la actividad o medios.

La coordinación es coactiva o imperativa, para que sea eficaz se requiere que no sea posible alcanzarla por medio de la cooperación, voluntaria, acorde y respetuosa de la autonomía. La coordinación obligatoria es subsidiaria de la voluntaria. El interés que se invoca es un interés superior, que sólo es posible atenderlo mediante una acción conjunta y no por la acción individual y aislada de cada uno de los órganos. Son mecanismos de coordinación todos aquellos planes institucionales y directivas o directrices tendientes a lograr la unidad en la prestación de los servicios públicos de salud; así como aquellas tendientes a la resolución de conflictos de competencia. También se pone de manifiesto en la creación de ciertos órganos de coordinación mediante ley, decreto o convenio.

Acompañando esas técnicas encontramos la potestad del órgano superior para formular requerimiento a los órganos inferiores a fin de que ajusten su conducta a los planes y directrices. El requerimiento aparece como un requisito previo a la intervención del órgano por desatención reiterada de las técnicas de coordinación (Art. 100.1 LGAP).

El sector público de salud está constituido por el conjunto de entidades públicas, centralizadas, descentralizadas y desconcentradas que tienen competencia explícita y legal dirigida a proteger el estado de salud de la población; para lograr la unidad de acción se crean diversos órganos de coordinación política, administrativa y técnica, como por ejemplo: El Consejo Económico y Social, la Comisión Económica Nacional, la Comisión Social Nacional, el Consejo Nacional Sectorial, las Comisiones Consultivas, la Comisión Gerencial, los Comités Técnicos Sectoriales e Intersectoriales, el Comité Sectorial Regional, creados todos por el Decreto Ejecutivo N° 14184-PLAN, de 08 de enero de 1983. También, El Consejo Nacional Sectorial de Salud, la Comisión Consultiva de Salud, la Comisión Gerencial de Salud, el Comité Técnico Sectorial de Salud, la Comisión Consultiva de Directores Técnicos Superiores, creados por el Decreto Ejecutivo N° 14313-SPPS-PLAN, del 15 de febrero de 1983, reformado por el Decreto 30461-S-PLAN del 09 de mayo del 2002. Así como el Consejo Técnico Interinstitucional, Consejo Técnico Regional Interinstitucional, Consejo Técnico de Área, Consejo Técnico Local, Consejo Técnico Básico, etc., creados mediante Decreto Ejecutivo N° 19276-S, Reglamento General del Sistema Nacional de Salud. El Consejo Nacional del Sector Salud, constituido por el Ministro y Viceministro de salud, el Presidente Ejecutivo y el Gerente Médico de la CCSS, Presidente ejecutivo y

gerente del AyA, creado por Decreto Ejecutivo N° 27446-S del 08 de septiembre de 1998.

Como se observa, la coordinación es un principio y a la vez una potestad de la que goza el MS para ejercer la rectoría e imponer la política de salud a los entes descentralizados del sistema.

4) Principio de control. Este principio, como todo principio, es una garantía a favor del derecho a la salud. Tiene varias aplicaciones: primero el control que le corresponde al Ministerio de Salud o a la CCSS respecto de su propia organización y actividad a la luz de los fines, este tipo de control se funda en el principio de responsabilidad. Luego está, el control dentro del marco de la relación interadministrativa de dirección (rectoría) que se da entre el Ministerio (Estado) y entes descentralizados del sector salud o de los órganos superiores sobre los inferiores desconcentrados (reposa en los principios de responsabilidad y de control). Y finalmente, el control sobre los particulares en el marco de relaciones administrativas de policía administrativa sanitaria (reposa estrictamente en el principio de control).

En cada caso el control es diferente, técnicas que se aplican en un supuesto no se aplican en otro y en todo caso con distinta eficacia. En el caso del control interno se utilizan órdenes, instrucciones y circulares propias de la relación de jerarquía, esto significa que se controla el acto y no solo la actividad y se sanciona su desobediencia (régimen disciplinario). En el control dentro del marco de las relaciones de dirección, se controla solo la actividad no el acto, por medio de los instrumentos propios de la dirección (planes, directrices, reglamentos, etc.) y se sanciona al funcionario por el incumplimiento reiterado y grave de directrices

(art. 100.1 LGAP). Estos dos tipos de controles anteriores se controlan tanto la legalidad como la oportunidad (en diferente grado). En el control de policía sanitaria, que es tanto administrativo (en relación con particulares), como interadministrativo (en relación con los entes públicos que prestan servicios de salud), el control es esencialmente de legalidad (no de oportunidad), tanto del acto como de la actividad, donde operan todas las técnicas propias del control (autorización, permiso, vigilancia, inspección, etcétera) y además las órdenes sanitarias que en este caso no guarda ninguna relación con la potestad de jerarquía y se ubica en el contexto del control y del Derecho Administrativo sancionador, pudiendo el Ministerio ordenar ciertos actos en aras de prevenir enfermedades o conservar la salud y sancionar el incumplimiento tanto de dichas órdenes, como por medio de ellas, el incumplimiento de disposiciones legales y reglamentarias (con fundamento en la ley).

No dudamos de la eficacia del control que ejerce el Ministerio de Salud hacia su interior y la eficacia del ejercicio del poder de policía, respecto de sujetos privados. Pero sí, de la eficacia del control en el marco de su función rectora o de dirección (y de policía sanitaria) en relación con los otros entes públicos: **a)** por el simple hecho de tratarse de entes públicos y existe una tendencia (que se ha venido superando) a eximir de control a este tipo de entes, basados en una presunción de que prestan bien (dentro de sus posibilidades al menos) el servicio. **b)** Porque dada su autonomía administrativa resulta difícil la aplicación de medidas de control, por lo que se opta por técnicas de colaboración y coordinación en lugar de las de control. **c)** Porque algunas de esas instituciones tienen más influencia política que el propio órgano controlante (es el caso de la Caja). **d)** Porque

las medidas de sanción, por ejemplo, respecto de establecimientos públicos de servicios de salud, afectan la continuidad del servicio público, siendo en muchos casos peor la cura que la enfermedad. Es pues, en relación con estos entes donde hay que fortalecer el control del Ministerio.

En definitiva, la organización pública del sector salud en Costa Rica se funda en el principio de autonomía, mediante la descentralización administrativa. A lo interno de las organizaciones rige el principio de jerarquía, con algunas excepciones: desconcentración administrativa. Tanto la descentralización como la desconcentración administrativas (aunque con diferente intensidad) rompen la relación de jerarquía e introducen una relación jurídica de dirección. La potestad de dirección en sentido amplio, supone o contiene, la potestad de planificación de dirección (en sentido estricto), de coordinación, de regulación, de control y sanción (Art. 99 y 100 LGAP). Los actos o instrumentos que ponen de manifiesto esas potestades son el plan (estratégico y operativo), las directrices, que contienen lineamientos de política; los reglamentos (jurídicos y técnicos), las técnicas de control (autorización o habilitación, registro, inspección, vigilancia, etc.), sanciones, etc. La rectoría es el corolario necesario dentro del marco de una organización pública caracterizada por la descentralización y la autonomía que ella supone. La rectoría es la dirección al más alto nivel, suprema, ejercida por el Estado a través del Ministerio de Salud.

El principio de separación de funciones en Costa Rica solo alcanza la separación entre rectoría y prestación del servicio, sin incluir el tema financiera y la compra. En otras palabras, en nuestro modelo organizativo, los prestatarios son los que tienen los recursos no

el rector. Esto debilita la rectoría, porque a los poderes jurídicos, no se les suman los poderes económicos, financieros o de compra, con los cuáles lograría unificar la política pública de salud. En Costa Rica, los prestarios de los servicios (CCSS, AyA, INS, etc.), son más poderosos económicamente que el rector.

Una de las deficiencias mas serias de la organización administrativa del sector público de salud es sin duda la carencia de una buena coordinación. Esta falta de coordinación podría ser el resultado de una sobrevaloración de la autonomía de los entes descentralizados, falta de liderazgo del Ministerio de Salud, o por una sobrevaloración de la autoridad por parte del MS (que solo quiera imponer y no hablar y llegar a acuerdos). Lo cierto, es que la manera más efectiva para avanzar en la prevención y recuperación de la enfermedad en la promoción y conservación de la salud y rehabilitación de la persona, y para convertir los factores determinantes de la salud de factores de riesgo en factores protectores es mediante la coordinación de la acción pública. Para ello se requiere liderazgo, que el concepto de rectoría supone.

La potestad de control es propia de toda organización administrativa, de manera que corresponde a la CCSS, al AyA, al INS (riesgos del trabajo), al MS, etc., ejercer control sobre su propia actividad. Esa potestad también está incluida en la rectoría (suprema dirección). El control se expresa en diferentes técnicas (o potestades menores), como la autorización (permiso, licencia, habilitación, etc.), inspección, registro, vigilancia, intervención, auditorías, etcétera. El control que se realiza actualmente recae sobre los medios, especialmente sobre infraestructura, equipo, procedimientos,

personal, etcétera; pero es ineficaz respecto de resultados e impacto de los servicios de salud, es decir, sobre la calidad y oportunidad del servicio.

D) Principios que garantizan que el titular reciba las prestaciones requeridas para el goce pleno de su derecho.

El servicio público de salud es de carácter social (tienen sus diferencias con los de carácter económico, como el servicio de agua potable, una de las diferencias la encontramos en la financiación, los de carácter social se financian con cotizaciones o impuestos generales, mientras que los de carácter económico mediante precio público). La Sala Constitucional ha reconocido que *“Todos los servicios públicos prestados por las administraciones públicas –incluidos los asistenciales o sociales- están regidos por una serie de principios que deben ser observados y respetados, en todo momento y sin excepción alguna, por los funcionarios públicos encargados de su gestión y prestación. Tales principios constituyen una obligación jurídica de carácter indeclinable impuesta a cualquier ente u órgano administrativo...”*³⁷

Algunos de esos principios se encuentran recogidos por la Ley General de la Administración Pública (LGAP) *“La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios o beneficiarios”* (Art. 4 LGAP). De esta norma se pueden deducir los siguientes

37 Sentencia de la Sala Constitucional N° 11976-04.

principios: el de continuidad, el de eficiencia y en relación con este el de eficacia, el de adaptabilidad o mutación, el de igualdad o generalidad y el de obligatoriedad del servicio. Si se trata de servicios de carácter social también habría que agregar el principio de solidaridad. La Sala Constitucional le ha atribuido a estos principios rango constitucional (SSC 11976-04), con lo que refuerza su exigibilidad y su fuerza o carácter vinculante.

En la exposición que seguidamente se hará de estos principios, nos interesa destacar la receptación que de ellos ha hecho la jurisprudencia constitucional, porque la idea aquí es hacer notar la cualidad de garantes que tienen los principios del servicio público para el derecho fundamental a la salud, por tanto, su reconocimiento constitucional deviene en el otorgamiento de la máxima jerarquía normativa y con ello, el rango y fuerza de las normas constitucionales, vinculantes erga omnes (inclusive para el legislador ordinario), por lo que se constituyen en parámetros objetivos de constitucionalidad (bloque de constitucionalidad), útiles para controlar la constitucionalidad de la normativa infraconstitucional que regula el servicio público de salud y cuyo cumplimiento, el usuario titular del derecho, puede exigir en la jurisdicción constitucional.

1. El principio de eficacia. De la administración pública no solo se exige que obre o actúe, sino además, que al hacerlo resuelva los problemas sociales y por tanto, las necesidades individuales, es decir, que en cada caso, produzca un resultado efectivo, que ofrezca la prestación idónea (en tiempo, cantidad, calidad y forma) requerida y pretendida por la necesidad que atiende e indicada o revelada como solución a partir del diagnóstico del problema. La eficacia es el impacto (resultado) que el servicio de salud en

general y cada servicio concreto (prestación individual) produce en la salud de cada persona y en la salud de la población en su conjunto, ese impacto se mide, en cada caso, en la resolución de problemas concretos de salud y en el aumento de niveles de salud o bienestar físico, psíquico y social en la sociedad como un todo (disminución de enfermedades contagiosas, aumento de la expectativa de vida, reducción de la mortalidad infantil o de la desnutrición, etc.).

Ahora bien, la eficacia refiere a la producción real y efectiva de un efecto o resultado, la eficiencia se refiere mas bien a la idoneidad de la actividad dirigida a tal fin. Como se observa, la eficacia se centra en el resultado producido por la acción, la eficiencia fija su atención en la acción misma. Dada la estrecha relación entre ambos conceptos, es posible extraer uno del otro cuando alguno está ausente, como lo estamos haciendo aquí a partir del numeral 4 de la LGAP o se puede hacer del art. 139.4 y 140.8 y 191 de la Constitución. En todo caso, este principio se encuentra recogido de forma directa en el concepto de “*evaluación de resultados*” del artículo 11 de nuestra Carta Magna.

La fiscalización de los servicios públicos de salud se dirige prioritariamente a la actividad (eficiencia), no tanto al resultado o eficacia (esta es por ejemplo el énfasis del compromiso de gestión y de la evaluación que realiza la Dirección de compras de la CCSS) y como en la eficiencia se realizan consideraciones de tipo económico (costos) no es de extrañar que en muchos casos esa fiscalización o control degenera en una reducción de costos (afectando el fin o resultado). Las consideraciones de costos deben estar orientadas desde la eficacia, es decir, desde el impacto real y efectivo en la necesidad que se

atiende. Este es precisamente el criterio que sigue la Sala Constitucional, por esa razón ha dicho que la protección de la salud prevalece sobre consideraciones financieras (entre muchas puede verse SSC 337-04).

Para la jurisprudencia constitucional *“La eficacia como principio supone que la organización y función administrativa deben estar diseñadas y concebidas para garantizar la obtención de los objetivos, fines y metas propuestos y asignados por el propio ordenamiento jurídico, con lo que debe ser ligado a la planificación y a la evaluación o rendición de cuentas (artículo 11, párrafo 2°, de la Constitución Política).”*³⁸ Nótese que para la jurisprudencia constitucional la eficacia es un principio general que exige de la organización pública dos cualidades subjetivas (referidas a la organización como sujeto jurídico), la primera es la idoneidad para cumplir fines públicos a través de su actuación (lo que nos lleva a revisar, desde la eficacia, la idoneidad de la organización)³⁹ y otra, la intención de alcanzar un resultado que satisfaga el fin (lo que nos lleva a revisar, desde el principio de eficacia, la intención de la gestión y la gestión misma). Por eso, en relación con este segundo punto y respecto de la CCSS, la Sala Constitucional ha dicho: *“La institución recurrida no ha sabido implementar certeramente un programa para garantizarle a los pacientes o asegurados (usuarios del servicio público) que presenten este tipo de padecimientos que se le dará un tratamiento pronto y adecuado, con los estándares y resultados necesarios para asegurarles*

*y garantizarles el goce y disfrute de derechos fundamentales básicos...”*⁴⁰ De manera, que se requiere una organización idónea para alcanzar el fin, una intencionalidad dirigida a ello y un resultado efectivo.

La eficacia se mide en relación con intereses, fines y necesidades (la eficacia no es autónoma, su contenido está determinado por su objetivo). Desde el punto de vista del interés público, la eficacia es la efectiva realización del interés público (Art. 113 LGAP).

La eficacia del sistema de salud está en la efectiva prevención de la enfermedad, la protección de la salud, la restauración de la salud y la efectiva rehabilitación del enfermo, todo dentro de las limitaciones propias de la ciencia en una época histórica dada. Desde el fin, la eficacia es el impacto en la consecución y satisfacción del bien jurídico: el más alto bienestar físico, psíquico y social de las personas (con la limitante que la muerte es inevitable y la existencia de personas enfermas en una sociedad también lo es). Lo importante de lo que venimos diciendo, es que al ponerse el énfasis en el resultado efectivo a la luz de la necesidad y la finalidad de la persona, estamos centrando la organización y la gestión públicas en la persona, sus necesidades y derechos y no en la organización o gestión misma. La eficacia es un corolario o exigencia que se deriva de la naturaleza de la contingencia y de las graves consecuencias que su acaecimiento genera. Si la protección, cobertura o prestación no se brinda oportunamente y con la calidad y cantidad

38 Sentencia de la Sala Constitucional N° 2004-11976.

39 Al respecto la Sala Constitucional ha dicho: “Su organización, administración y procedimientos internos deben adecuarse para satisfacer adecuada y oportunamente las necesidades de los pacientes, lo que supone que el tratamiento prescrito por un médico debe ser suministrado de forma integral, completa y en tiempo.” Sentencia de la Sala Constitucional N° 8380-03.

40 Sentencia de la Sala Constitucional N° 3708-05.

requerida, se está lesionando el bien jurídico que el derecho contiene. El propio derecho demanda instituciones públicas eficientes y eficaces en la prestación de los servicios y en el otorgamiento de las prestaciones, toda vez que en muchos casos, una prestación tardía o insuficiente equivale a una negación del derecho.⁴¹ Así visto el principio, la eficacia incluye o supone la eficiencia. Esta eficacia de lo público, en un Estado de Derecho, debe darse dentro del marco de la legalidad y nunca fuera de ella (la eficiencia y la eficacia privadas no son iguales a las públicas, los principios que informan una y otra son distintos, en lo público opera el principio de heteronomía del sujeto, los fines, los procedimientos, los medios, las actuaciones y la variedad de controles, mientras en lo privado opera el de autonomía). Este principio ha adquirido renovado protagonismo (económico, administrativo, jurídico, político y cultural) en las últimas décadas.

La eficacia desde el punto de vista jurídico tiene identidad con lo que los juristas italianos llaman efectividad de la norma (definida como el cumplimiento en la realidad del componente de hecho del efecto jurídico). En el supuesto de hecho de la norma está la descripción de la realidad, en el efecto jurídico encontramos la solución jurídica (una organización públicas, sus potestades o competencias y el fin al que se dirigen, así como las prestaciones que ofrece); la efectividad, es que aquella conducta prescrita en el efecto se cumpla en la realidad y satisfaga el fin perseguido por ella y requerido por la realidad que el supuesto de hecho describe (en la efectividad se mide

no solo el cumplimiento, sino también la idoneidad de la medida a la luz del fin y de la necesidad misma).

Finalmente, la eficacia o efectividad no solo se predica de los servicios asistenciales, sino también de la actividad interventora o de imperium de la Administración (policía sanitaria), según los criterios ya expuestos. En estos casos, la Administración busca la materialización del Derecho. A la luz de la eficacia, el fin tiene absoluta prioridad sobre el medio, estos deben ser todos los necesarios e idóneos para alcanzar el fin.

La eficacia condiciona la eficiencia que estaría determinada por la existencia de la potestad y el ejercicio regular (legal) y oportuno de ellas. Por esa razón, el hecho de que las Administraciones terminen ejerciendo las potestades solo y en la medida que los medios (presupuestarios, humanos y técnicos) se lo permitan es una violación del principio de eficacia, supone poner por delante los medios y no los fines.

2) Principio de eficiencia. Este principio se encuentra recogido en los artículos 4 de la LGAP, 11, 139.4, 140.8 y 191 CP. La idoneidad de los funcionarios públicos que demanda la Constitución está directamente ligada a la eficiencia administrativa (Art. 191 CP), y como una especie de garantía mediante la cual la Constitución exige la transparencia y rendición de cuentas de los funcionarios y organizaciones públicas (Art. 11 CP), a fin de que se controle la eficiencia y eficacia administrativas.

41 Sobre el particular puede consultarse la Sentencia No. 3496-96 de la Sala Constitucional: "la cita médica...le fue dada para un lapso de tiempo de cuatro o cinco meses, sea medio año después, lo que significa una tardanza innecesaria y una violación del derecho a la salud..."

La eficiencia guarda relación con hacer bien las cosas al menor costo posible. En la eficiencia valoramos la proporcionalidad (necesidad e idoneidad) de los medios (organización, recursos humanos, materiales, financieros y jurídicos) y su gestión, en relación con los fines. En la eficiencia técnica se observa la relación entre recursos físicos (personal, equipo, camas, etc.) y resultados físicos; la eficiencia económica valora la utilización de los recursos en relación con el costo de los resultados, es decir, se ocupa por un lado de la distribución (asignación) óptima de los recursos disponibles y por el otro, del rendimiento de esos recursos (producción al mínimo costo). La eficiencia operativa impone a la gestión una conciencia de costos y obliga a la planificación, fijación de estándares, la especialización, etc., y obliga a la evolución y cambio (adaptación) a la luz de objetivos. Desde una perspectiva jurídica la eficiencia debe estar al servicio de la eficacia (resultado), el efecto jurídico de la norma al servicio de la efectividad jurídica (resultado), la eficiencia es la que garantiza la calidad e idoneidad del servicio o medida para lograr el resultado querido por el ordenamiento a la luz de sus fines y de la causa (necesidad en la realidad) que lo motiva y que es la razón de ser de la existencia de la institución y del ejercicio de sus competencias.

Sin embargo, la tendencia en el sector público (no intencional, presionada por la escasez de recursos), de la que no escapa la CCSS y quizá tampoco el Ministerio de Salud, es que prevalece la valoración económica de la eficiencia, con lo que se producen tres consecuencias no deseadas, que destaca PAREJO ALFONSO: “a) *la reducción de la*

eficiencia a la simple economía de medios, ya que los costes se miden más fácilmente que los beneficios (el ahorro se constituye en única medida del éxito; la demanda de eficiencia se transforma en mero recorte de gastos); b) la tendencia a la ignorancia de los efectos externos, por el hecho de ser los costes sociales más difíciles de medir que los económicos (cada servicio se concentra en la mejora de sus eficiencia económica, incluso si los efectos globales no son óptimos); y c) la redefinición inadecuada de criterios para hacerlos más fácilmente susceptibles de medida cuantitativa, ya que los beneficios económicos son más fáciles de medir que los sociales (degeneración de la búsqueda de la eficiencia en simple juego de números, operaciones de contabilidad)”⁴²

Cuando esto sucede, la gestión se centra en los medios y no en los fines, el eje central de la relación jurídico administrativa no es la persona sino la propia administración y el resultado a mediano y largo plazo es un deterioro de los indicadores en salud.

3 El principio de solidaridad. Es una garantía que se deriva de la inescindible relación entre responsabilidad individual y pública para alcanzar la realización efectiva del derecho. Este principio, pretende garantizar cierta redistribución de recursos entre quienes los tienen en un período determinado y quienes no los tienen en ese mismo período: del empleado al desempleado, del sano al enfermo, del activo al jubilado; así como redistribuyendo los recursos entre la generaciones presentes para atender las necesidades de las pasadas (reparto), o bien disfrutando una protección razonable para no lesionar a las generaciones futuras.

42 PAREJO ALFONSO Luciano; Eficacia y administración. Tres Estudios; Ministerio de la Administraciones Públicas, Madrid, 1995, p. 119.

Este principio opera en el campo de la salud desde que, por un lado, las contribuciones al seguro que financia los servicios de salud asistencial, se hace desde la planilla de los trabajadores y existiendo una escala de salarios, la contribución (tanto del trabajador como del empleador) se hace según el ingreso de cada uno, con lo que unos aportan más que otros al sistema, pero reciben el mismo beneficio, precisamente porque el mayor aporte de uno sirve para financiar los servicios que se le ofrecen al de menor contribución. En este aspecto, nótese la diferencia del sistema de salud al de pensiones o jubilaciones. Mientras en este último, el monto de la pensión guarda relación con el aporte (sin perjuicio de que también el que más cotiza beneficia al que menos lo hace), en salud la prestación se otorga de forma uniforme y generalizada. Esto nos lleva a una redefinición del concepto de equidad y por ende del concepto de mérito que esta supone, en efecto, mientras el mérito en el régimen de pensiones del IVM es el aporte; en el de salud es la necesidad. Así, la equidad en pensiones exige que el que más aportó al sistema tenga una pensión más alta, mientras que en salud, la equidad exige que todos aquellos que tengan la misma necesidad (por ejemplo, sufren una misma enfermedad) reciban igual tratamiento, independientemente de su contribución al Seguro de Salud.

Por otro lado, el principio opera —en nuestro medio— desde que por la vía de los seguros sociales, es imposible alcanzar la universalidad, dado que siempre hay personas que no pueden contribuir al sistema. Por esa razón, el Estado interviene cerrando el círculo de protección, financiando (o al menos debería hacerlo) la tutela del derecho a los más necesitados

(mediante el régimen No Contributivo de Monto Básico o mediante el seguro a cargo del Estado, con cargo a impuestos no a cotizaciones) y además, en relación con el ejercicio de la policía sanitaria y de la rectoría, en la medida que ésta se financia con impuestos generales, por tanto, todos de forma solidaria contribuyen al sostenimiento de las medidas y acciones que le son propias.

4) Principio de obligatoriedad. El derecho a la salud supone, como se dijo, el derecho a las acciones positivas del Estado, entre ellas, a las específicas prestaciones asistenciales, de ello se deriva la obligación correlativa de las administraciones públicas de ofrecerla: *“Uno de los principios rectores del servicio público... lo constituye el de su obligatoriedad, puesto que, de nada serviría afirmar que deben ser continuos, regulares, uniformes y generales si el sujeto prestador no tiene la obligación de prestarlo. La administración pública prestadora del servicio público no puede escoger su clientela o usuarios, debe brindárselo a cualquiera que se lo requiera.”*⁴³ La utilidad de la prestación para el efectivo goce del derecho, hace que el Ordenamiento disponga de varios medios administrativos y judiciales para exigir las diferentes acciones positivas (dar o hacer) del Estado y sus instituciones. Las prestaciones sanitarias son hoy plenamente exigibles en Costa Rica, de lo que da fe, la copiosa jurisprudencia constitucional.

En efecto, desde que se creó la Sala Constitucional (1989), la protección y exigibilidad del derecho y la correlativa obligación de las instituciones públicas llamado a satisfacerlo, ha alcanzado una nueva dimensión. Así, en relación con las acciones positivas de policía

43 Sentencia de la Sala Constitucional Voto N° 2004-11976.

sanitaria, se infiere de la jurisprudencia constitucional un decidido apoyo al ejercicio de las potestades públicas sanitarias de intervención (control, inspección y vigilancia) frente al ejercicio de otros derechos de quienes se consideran lesionados, lo que a favorecido el papel del Ministerio a favor de la salud. Por el contrario, en relación con las específicas prestaciones de asistencia sanitaria, la abundante jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional se ha inclinado de forma vigorosa y decidida y quizá inesperada, a favor de los recurrentes, tutelando el derecho a la salud y condenando de forma reiterada a las instituciones públicas prestatarias. En ambos casos, la jurisprudencia tiene en común, la tutela de la salud y del derecho a la salud frente a quienes (públicos en un caso y privados en el otro) quieren conculcarla.

5) Principio de continuidad del servicio. La continuidad consiste en la ininterrupción del servicio público. Esa obligación se desprende de la utilidad pública que la actividad tiene para la satisfacción del derecho fundamental. Se trata de que el servicio sea prestado cada vez que se requiere la necesidad pública y lo demanden los usuarios. Por esa razón, si la continuidad la observamos desde la óptica de la administración basta con que allí estén los hospitales, personal y equipo médico las 24 horas, aunque, cuando llegue la persona a demandar el servicio le digan que tiene que presentarse dentro de 1 o 2 años. Si lo vemos desde la óptica del usuario significa que cuando lo requiere (al menos dentro de lo razonable de su necesidad, esto es según el grado de urgencia, lo que da pie a la existencia de un período razonable de espera), el servicio esté allí. Desde la óptica de la Administración, la continuidad podría reducirse a la existencia y presencia constante de los medios, desde la del administrado, con la oportunidad del

servicio. Que el servicio no se puede brindar en un lapso razonable (determinado por la necesidad o tipo de patología) es equivalente (guardando las diferencias) a abrir la llave y que no salga agua potable u operar el interruptor y no encontrar electricidad.

Cada servicio tiene su propia forma de continuidad. Mientras que para la CCSS la continuidad la obliga a tener un servicio de emergencias las 24 horas, no así respecto de la atención externa, que se puede ver interrumpida durante la noche. Asimismo, en relación con el MS y con las potestades de control, inspección y vigilancia, la continuidad exige tener un equipo humano de funcionarios preparado para prestar el servicio cuando se requiere (de oficio o a instancia de parte), pero la misma ley establece que ciertas actividades deben realizarse de día y no de noche, salvo las excepciones que ella establece.

La continuidad explica algunas particularidades del régimen público de estos servicios, exorbitantes del régimen común, por ejemplo del derecho de huelga, la insolvencia o quiebra y el embargo de los bienes, que constituyen garantías a favor de la continuidad del servicio. Al respecto la Sala Constitucional ha expresa: *“La continuidad supone que la prestación de los servicios no se debe interrumpir, diversos mecanismos jurídicos del ordenamiento administrativo pretenden asegurar este principio, tales como la prohibición de la huelga y de paro en los servicios públicos esenciales, la teoría de la imprevisión para hacerle frente a los trastornos económicos que pueden suspender o paralizar los servicios públicos, el carácter inembargable de los bienes dominicales destinados a la prestación de un servicio público, etc.. Cualquier actuación –por acción u omisión– de los funcionarios o imprevisión de éstos en la organización racional de*

los recursos que propenda a interrumpir un servicio público es abiertamente antijurídica.”⁴⁴

6) Principio de regularidad del servicio. La regularidad del servicio es una exigencia, por un lado del régimen jurídico público del servicio y por otro, ese régimen de Derecho Público, se deriva (tiene causa) en los derechos fundamentales de la persona. Por tratarse de servicios públicos las Administraciones no pueden hacer diferenciación entre personas (aplicándole a uno la medida de policía administrativa, mientras que otros que también violan el ordenamiento jurídico sanitario se les deja sin control) o bien, practicándole la cirugía que se le niega a otros en idénticas condiciones; de allí, que como la titularidad del derecho a la salud es universal y la exigencias respecto de él también (son de orden público, indisponible para los sujetos públicos o privados), demanda servicios igualitarios y para lograrlo, demanda la necesaria regulación jurídica a fin de que ese objetivo sea posible.

La regularidad se diferencia de la continuidad, como claramente lo ha destacado la Sala Constitucional: *“La regularidad implica que el servicio público debe prestarse o realizarse con sujeción a ciertas reglas, normas o condiciones preestablecidas. No debe confundirse la continuidad con la regularidad, el primer concepto supone que debe funcionar sin interrupciones y el segundo con apego a las normas que integran el ordenamiento jurídico.”⁴⁵*

La ausencia, insuficiencia y deficiencia de la regulación podría ampliar la discrecionalidad administrativa en este campo, con las consecuencias que de ello podría derivarse (por ejemplo, que en ciertas circunstancias aplique

la medida y en otras no, o aplique diferentes medidas a idénticos casos, que deje de aplicar las que correspondan por falta de regulación; o finalmente, que la discrecionalidad degeneren en arbitrariedad). Pero también, la inadecuada regulación o el exceso de esta, podrían traer como consecuencia una deficiente tutela del derecho y bien jurídico, porque paraliza la gestión o bien impide el ejercicio legítimo de otros derechos (ejemplo, libertad de empresa, comercio e industria). De allí la necesidad de adaptar de forma constante el régimen jurídico a los fines públicos y derechos que busca lograr y tutelar.

El control administrativo que realiza el Ministerio de Salud sobre las instituciones del sector, tiene como parámetros normas jurídicas y técnicas, por tanto, dicho control es una garantía de regularidad jurídica, de la conformidad de la actividad administrativa y técnica de las Administraciones públicas prestatarias de servicios de salud con el ordenamiento jurídico aplicable.

7) Principio de adaptabilidad o mutabilidad de los servicios públicos de salud. La adaptabilidad o mutabilidad es una demanda a la institución desde la realidad y desde las necesidades de la persona. Los derechos humanos son las exigencias de la dignidad de la persona en cada época. Las acciones encaminadas a satisfacer el derecho cambian de época a época y hay que adaptarlas. La adaptabilidad supone una revisión periódica de las instituciones, los recursos, la gestión, es decir, los medios y los instrumentos para ajustarlos a los fines y a las necesidades de la persona en cada época. Al respecto la Sala Constitucional ha dicho: *“La adaptación a todo*

44 Sentencia de la Sala Constitucional Voto N° 2004-11976

45 Sentencia de la Sala Constitucional Voto N° 2004-11976.

*cambio en el régimen legal o a las necesidades impuestas por el contexto socioeconómico significa que los entes y órganos administrativos deben tener capacidad de previsión y, sobre todo, de programación o planificación para hacerle frente a las nuevas exigencias y retos impuestos, ya sea por el aumento en el volumen de la demanda del servicio público o bien por los cambios tecnológicos.*⁴⁶

Cualquier reforma que las Administraciones públicas impulsen debe hacerla mirando la situación desde la perspectiva del usuario, es decir, teniendo en cuenta las necesidades y los derechos del usuario o administrado, no las de la propia Administración por válidas que parezcan. Esta parece ser la posición de la Sala Constitucional: *“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 omisión por sus consecuencias- 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).”*⁴⁷

Toda garantía instrumental –como los servicios públicos, la organización, y los recursos materiales y financieros- es de suyo variables, por la acción de muchos factores de índole ideológica, política, económica, cultural, geográfica, tecnológica e incluso porque cambia el concepto de interés público. En relación con este último punto (cambios en el interés público) creemos que en la década del 40 (pasado siglo) el interés público (interés individual coincidente de los administrados) era la existencia de una solución pública a las necesidades de salud, en la década de los 60

46 Sentencia de la Sala Constitucional Voto N° 2004-11976.

47 Sentencia de la Sala Constitucional N° 2004-12510

y 70 era la extensión y universalización del servicio y protección; el interés público hoy, es: servicios de salud universales, de calidad, oportunos y con rostro humano (la calidad incluye estos dos últimos puntos, pero merecen ser destacados). Los servicios de salud deben adaptarse a ese interés y a los demás factores que condicionan el servicio.

8) Principio de participación social. La Ley 7852 de 30 de noviembre de 1998, Ley de Desconcentración de Hospitales, Clínicas de la CCSS, creó nuevos cauces para la participación ciudadana: las Juntas de Salud (Art. 2 al 5). En efecto, la Junta de Salud es un cause para la participación ciudadana (al margen de los mecanismos propios de la democracia representativa) en el control de la gestión de los servicios de salud que brinda la CCSS, ya se trate de órganos desconcentrados, centralizados o gestores privados o públicos de los servicios titularidad de la CCSS.

Estas nuevas estructuras son un imperativo del principio de participación social o ciudadana. La participación de los usuarios en el control, colaboración y promoción de los servicios de salud, pretende corregir los peligros que las burocracias entrañan, e introducen en el seno de la organización el punto de vista de los contribuyentes y usuarios sobre la prestación del servicio. Es un control popular o social, institucionalizado, pero que toma como parámetros de control no solo aspectos de legalidad sino también de oportunidad, de ética pública y en general cualquier valoración que contribuya al mejoramiento del servicio en aras de la máxima satisfacción para los asegurados y usuarios.

Este tipo de participación tiene límites, para empezar, ellos no pueden desplazar la responsabilidad de los órganos democrá-

ticamente electos (gobierno) o bien de los jurídicamente responsables por el gobierno y la gestión de la Institución (Junta Directiva, gerencias, directores, etc.). Esta es una de las razones por la que las recomendaciones de las Juntas de Salud no son vinculantes, aunque si obligan al Director a ofrecer razones cuando se aparta de ellas. Lo importante en todo caso es que mediante la creación de las Juntas de Salud se le está permitiendo a la comunidad participar, en defensa de sus intereses, en el control de los servicios públicos que brinda la Caja; y se esta logrando, que los funcionarios respondan también ante ellos (responsabilidad social del funcionario, transparencia administrativa y rendición de cuentas).

Las Juntas de Salud creadas mediante Ley 7852, tienen su origen en una experiencia anterior impulsada por el MS, mediante la creación de los Comités de Salud creados mediante Decreto Ejecutivo N° 5803-SPPS, del 27 de febrero de 1976 y las Juntas de Salud y Seguridad Social, creadas mediante Decretos Ejecutivos N° 18596- del 07 de noviembre de 1988 y 19276-S, Reglamento General del Sistema Nacional de Salud de 1989 (Art. 78-81).

9) Principio de igualdad o generalidad de los servicios públicos en salud. El carácter de igualdad de los servicios públicos se orienta a evitar cualquier trato discriminatorio entre los usuarios. Esta igualdad debe operar tanto en el acceso al servicio (ya sea de agua potable o de salud) y una vez que tienen esa condición, igualdad de trato entre ellos, tanto en lo que se refiere al pago (tarifas o cotizaciones) como a la prestación.

Sobre la aplicación de éste principio a los servicios públicos, la Sala Constitucional ha destacado: *“La igualdad o universalidad en el acceso demanda que todos los habitantes*

*tienen derecho a exigir, recibir y usar el servicio público en igualdad de condiciones y de conformidad con las normas que los rigen, consecuentemente, todos los que se encuentran en una misma situación pueden exigir idénticas ventajas.*⁴⁸

La igualdad de trato descalifica la discriminación subjetiva en el ejercicio de las potestades de policía sanitaria; también la diferenciación que se haga en la prestación de los servicios médicos a cargo de la CCSS. La igualdad exige que ante situaciones idénticas de las administraciones públicas surjan conductas y medidas idénticas. Debemos dejar claro que las discriminaciones que la Constitución no tolera son aquellas contrarias a la dignidad humana, aquellas fundadas en razones subjetivas, como la raza, el sexo, la religión, la nacionalidad, etcétera, cuando la medida tiene como propósito restringir derechos. Las únicas discriminaciones válidas son aquellas que se fundan en criterios objetivos de diferenciación, como por ejemplo, el tipo de patología.

Sin embargo, la Constitución si tolera las diferenciaciones o discriminaciones, incluso fundadas en razones subjetivas (como la raza, género, nacionalidad, condición social, etc.) si tienen como finalidad beneficiar y superar asimetrías que colocan a las personas en desventaja social respecto de otras, y donde la medida o acción afirmativa (como se les llama) tiende a colocarlas en igualdad de condiciones de dignidad. Con fundamento en este criterio, es posible establecer políticas de salud diferenciadas para los indígenas, para población pobre (por ejemplo, en nutrición, vacunación, etc.), orientadas a formar

capacidades para el aprovechamiento de oportunidades (por ejemplo en el mercado laboral). Estas diferenciaciones positivas parecen de difícil aplicación en el ejercicio de potestades de policía sanitaria, orientadas como están, al control de la legalidad sanitaria; en estos casos, cualquier diferenciación debe justificarse a la luz de razones válidas estrictamente objetivas.

Las administraciones públicas competentes y el servicio público en sí mismo, justifican y legitiman su existencia y gestión en la satisfacción y realización plena del derecho fundamental a la salud. Por esa razón, la Sala Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia, un derecho constitucional de carácter instrumental al buen funcionamiento de los servicios públicos: *“Nuestra constitución política recoge, implícitamente, el derecho fundamental de los administrados al buen y eficiente funcionamiento de los servicios públicos, esto es, que sean prestados con elevados estándares de calidad, el cual tiene como correlato necesario la obligación de las administraciones públicas de prestarlos de forma continua, regular, celer, eficaz y eficiente.”*⁴⁹ Este derecho lo deriva la Sala Constitucional de los artículos 140, inciso 8, el cual le impone al Poder Ejecutivo el deber de “Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas”, del 139 inciso 4), en cuanto incorpora el concepto de “buena marcha del Gobierno” y del 191, todos de la Constitución, en la medida que incorpora el principio de “eficiencia de la administración”. Nosotros lo derivamos, además, de los principios enunciados y del derecho a la salud, el derecho al buen

48 Sentencia de la Sala Constitucional N° 2004-11976

49 Sentencia de la Sala Constitucional N° 2004-11976

funcionamiento de los servicios públicos es un derecho por conexidad, por eso decimos que es un derecho de carácter instrumental, porque está al servicio del derecho a la salud, por tanto, deviene en garantía de éste, y su efectiva realización coadyuva a alcanzar el pleno goce de aquel, primario y supremo desde el punto de vista constitucional.

El hecho de que el óptimo funcionamiento de los servicios públicos no se haya alcanzado, revela deficiencias en el control que deben ser corregidas. El fortalecimiento del control debe partir de las necesidades del titular del derecho a la salud y debe tomar necesariamente en cuenta la lógica del nuestro sistema de salud. La efectiva satisfacción de estos principios traerá como resultado el pleno goce del derecho a la salud por toda la población.

E) Principios que informan el ejercicio de las potestades de imperio y les fijan límites a favor de los derechos y libertades de los administrados.

Los principios siguientes se constituyen en garantías a favor de los derechos y libertades fundamentales de los administrados frente al ejercicio de las potestades de imperio (son aquellas que pueden modificar de forma unilateral la situación jurídica de los administrados) del MS (como el decomiso, la clausura, el retiro, el aislamiento, tratamientos obligatorios, etcétera). Es importante recalcar que si bien las potestades tienden a proteger la salud y derecho a la salud, los principios que aquí se enuncian no protegen la salud, sino las otras libertades que se pueden ver perjudicadas mediante el ejercicio de las competencias estatales para tutelar la salud.

La protección de la salud, no es irrestricta, la Administración debe seguir para alcanzar ese objetivo, cauces de legalidad. Para decirlo de otra manera; los otros derechos y libertades de la persona le ponen límite a la tutela de la salud. Como ya vimos, cuando analizamos el derecho a la salud, se reconoce una primacía del derecho a la salud y la vida sobre otros derechos y libertades fundamentales; pero eso no significa de ningún modo, que en la protección de la salud, el Estado goce de una especie de “cheque en blanco”, poderes ilimitados, porque de ser así, el ordenamiento estaría autorizando que por esta vía se conculquen todos los derechos, idea absolutamente extraña en un Estado democrático y constitucional de Derecho.

1. Principio de reserva de ley. Este principio es una garantía para los derechos y libertades fundamentales y se funda en el principio democrático, dado que solo por ley formal aprobada por la Asamblea Legislativa es posible restringir los derechos y libertades fundamentales: “...el principio de “reserva de ley”, del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales –todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables.”⁵⁰ Los límites constitucionales a las competencias del legislador ordinario ya se expusieron: el contenido esencial del derecho, el principio igualdad y no discriminación y los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

50 Sentencia de la Sala Constitucional N° 4869-04 y 3550-92.

La reserva de ley puede ser absoluta o relativa. Es absoluta cuando no admite desarrollo reglamentario alguno. Es relativa cuando admite que el Poder Ejecutivo la reglamente (reglamentos ejecutivos). Un ejemplo de los primeros lo constituye el Código Civil, el Código Penal, la Ley de Tránsito. Un ejemplo, de la segunda lo constituyen las potestades legalmente atribuidas al Ministerio en materia de policía sanitaria.

En relación con la potestad reglamentaria, la Sala Constitucional ha precisado sus límites: *“La potestad reglamentaria es la atribución constitucional otorgada a la Administración, que constituye el poder de contribuir a la formación del ordenamiento jurídico, mediante la creación de normas escritas (artículo 140 incisos 3 y 18 de la Constitución Política). La particularidad del reglamento es precisamente el ser una norma secundaria y complementaria, a la vez, de la ley cuya esencia es su carácter soberano (sólo limitada por la propia Constitución), en la creación del Derecho. Como bien lo resalta la más calificada doctrina del Derecho Administrativo, la sumisión del reglamento a la ley es absoluta, en varios sentidos: no se produce más que en los ámbitos que la ley le deja, no puede intentar dejar sin efecto los preceptos legales o contradecirlos, no puede suplir a la ley produciendo un determinado efecto no querido por el legislador o regular un cierto contenido no contemplado en la norma que se reglamenta. El ordenamiento jurídico administrativo tiene un orden jerárquico, al que deben sujetarse todos los órganos del Estado en función del llamado principio de legalidad o lo que es lo mismo, que a ninguno de ellos le está permitido alterar arbitrariamente esa*

*escala jerárquica, que en nuestro caso, ha sido recogida por el artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública”*⁵¹

La Ley General de Salud vigente, tipifica intervenciones administrativas importantes en la esfera jurídica de los administrados (potestades de imperio) que en ocasiones operan como medidas preventivas (cautelares) y en otros como medidas represivas (sanciones), pero es omisa en la regulación de los supuestos de hecho o conductas infractoras en virtud de las cuales se aplican aquellas medidas. Se ha dejado su desarrollo a la potestad reglamentaria. En todo caso, sanciones administrativas como la multa no están legalmente tipificadas, por tanto, el Ministerio de Salud no puede imponerlas, salvo que se reforme la Ley General de Salud, toda vez que en esta materia opera reserva de ley.

2) Los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Existen otros principios, como lo son el de proporcionalidad y razonabilidad que vienen a calificar la relación entre medios y fines (proporcionalidad); y entre éstos dos elementos, con valores superiores del ordenamiento jurídico y la realidad misma, en aras de satisfacer el derecho a la salud.

En relación con el principio de proporcionalidad la Sala Constitucional recoge los elementos del principio asignados por la doctrina constitucional alemana: *“...legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, ideas que desarrolla afirmando que “...la legitimidad se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado no debe estar,*

⁵¹ Sentencia de la Sala Constitucional sentencia N° 6689-96 y Procuraduría General de la República, Dictamen N° C-162-2001, de 31 de mayo de 2001.

*al menos, legalmente prohibido; la idoneidad indica que la medida estatal cuestionada debe ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido; la necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona; y la proporcionalidad en sentido estricto dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, o sea, no le sea “exigible” al individuo...”*⁵²

En relación con el principio de razonabilidad la sala recoge la doctrina norteamericana (incluye el juicio de proporcionalidad): *“Para realizar el juicio de razonabilidad la doctrina estadounidense invita a examinar en primer término, la llamada “razonabilidad técnica” dentro de la que se examina la norma en concreto (ley, reglamento, etc.). Establecido que la norma elegida es la adecuada para regular determinada materia, habrá que examinar si hay proporcionalidad entre el medio escogido y el fin buscado. Superado el criterio de “razonabilidad técnica” hay que analizar la “razonabilidad jurídica”. Para lo cual esta doctrina propone examinar: a) razonabilidad ponderativa, que es un tipo de valoración jurídica a la que se concurre cuando ante la existencia de un determinado antecedente (ej. ingreso) se exige una determinada prestación (ej. tributo), debiendo en este supuesto establecerse si la misma es equivalente o proporcionada; b) la razonabilidad de igualdad, es el tipo de valoración jurídica que parte de que ante iguales antecedentes deben*

*haber iguales consecuencias, sin excepciones arbitrarias; c) razonabilidad en el fin: en este punto se valora si el objetivo a alcanzar, no ofende los fines previstos en la constitución. Dentro de este mismo análisis, no basta con afirmar que un medio sea razonablemente adecuado a un fin; es necesario, además, verificar la índole y el tamaño de la limitación que por ese medio debe soportar un derecho personal. De esta manera, si al mismo fin se puede llegar buscando otro medio que produzca una limitación menos gravosa a los derechos personales, el medio escogido no es razonable.”*⁵³

A la luz de estos principios deben revisarse las actuaciones administrativas del MS. De la jurisprudencia constitucional estudiada para este trabajo, se infiere que el MS aplica las medidas que establece la LGS (clausura, decomiso, cancelación de la licencia, cancelación del registro, etc.), de forma desproporcional e indiscriminada, y son aprobadas sin mayor examen por la Sala Constitucional, cuando los afectados acuden a ella en defensa de sus derechos por la vía de amparo. No puede aplicarse la misma medida a un restaurante, por no cumplir las normas de refrigeración, el personal no contar con los cursos de manipulación de alimentos, usar utensilios de madera o porque la pared del establecimiento no es lisa.

Resulta desproporcionado e irrazonable que se aplique como medida especial, sin procedimiento constitutivo previo, la clausura definitiva, la cancelación de la licencia o permiso sanitario o la cancelación del registro. Las medidas especiales que tipifica la LGS (art,

⁵² Sentencia de la Sala Constitucional No. 10537-01 y en igual sentido 8015-99; 5236-99 y 3933-98.

⁵³ Sentencias de la Sala Constitucional N° 1738-92.

355-366 LGS) tienen como finalidad primordial la protección directa e inmediata de la salud, tales medidas se aplican y ordenan por el inspector sanitario sin procedimiento administrativo previo, es más, como lo ha reconocido la Sala Constitucional, la orden sanitaria inicia el procedimiento administrativo, en este caso de naturaleza impugnatorio (recursivo); pero no puede ser así en todos los casos. Creemos que debe distinguirse entre aquellas medidas que protegen directamente la salud, que reducen o eliminan el riesgo sanitario y aquellas otras, que no reducen ni eliminan un riesgo sanitario de forma directa. Estas últimas se comportan como sanciones administrativas por incumplimientos de órdenes sanitarias previamente dictadas. Veamos la diferencia: la clausura temporal es una medida especial (cuando resulta proporcionada al incumplimiento del administrado), que debe ir acompañada de las respectivas indicaciones para que el empresario (por ejemplo alimentario) se ajuste a Derecho, requisitos que deberá cumplir de previo a que se le autorice nuevamente la apertura del establecimiento. La clausura definitiva, creemos que debe aplicarse únicamente como sanción, por tanto, solo después de que el empresario ha incumplido con los requerimientos ordenados en la clausura temporal y solo después de un procedimiento constitutivo que le otorgue el derecho de defensa. Lo mismo se puede decir de la cancelación de licencia o permiso sanitario o la cancelación de registro, ninguna de ellas protege la salud de las personas directamente, son acciones que solo tienen eficacia administrativa, por tanto, deben aplicarse en todos los casos como sanción, previa observancia de un procedimiento administrativo constitutivo y no simplemente impugnatorio.

Es solo en el primer supuesto (aplicación de medidas especiales) y no en el segundo

(aplicación de sanciones), que prevalece la salud sobre el debido proceso, como lo ha sostenido la Sala Constitucional en su jurisprudencia: *“...es claro que las autoridades de salud deben tener la posibilidad de aplicar medidas cautelares inmediatas y proporcionadas al caso, ante el mero indicio de la existencia de condiciones de riesgo para la salud o la seguridad física, ya que -en tal supuesto- la premura de actuar en resguardo de la salud pública no debe admitir dilaciones fundadas en simples formalismos o trámites procesales. No cabe duda acerca de la prevalencia o prioridad de los valores involucrados aquí, en donde el derecho del afectado a que se le siga un procedimiento legal, completo y correcto, debe ceder -momentáneamente al menos- al apremio de resguardar la vida y la salud de los ciudadanos. Decimos ‘momentáneamente’ ya que, al momento de impugnar la apertura del procedimiento o incluso en cualquier otro momento procesalmente oportuno, los afectados con la medida cautelar podrían solicitar a las autoridades competentes su reconsideración, aportando los elementos de juicio, técnicos y jurídicos, que darían pie a que se revise la medida. Del mismo modo, podría, a posteriori, plantearse la cuestión del abuso o exceso con que puedan haber actuado los funcionarios de salud en la aplicación de la medida cautelar, y analizarse lo relativo a su eventual responsabilidad. Sin embargo, de lo que no puede quedar duda alguna, en uno u otro caso, es la potestad -mejor aun, deber- de las autoridades sanitarias competentes, actuar precautoriamente, sin dilación ni posibilidad de resistencia de los afectados, para decretar y ejecutar una medida cautelar en el sentido expuesto. Esto es cierto, precisamente porque dicha medida constituye, por su propia naturaleza, un acto de imperio que -como todo acto administrativo- está revestido de la*

*presunción de legalidad que lo torna ejecutorio y que prohíbe a los administrados oponerse a él.*⁵⁴

3) Principio de legalidad. La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha definido el principio de legalidad como sigue: “... dicho principio constituye uno de los pilares fundamentales de todo Estado de Derecho. Supone que la Administración está sometida, plenamente, tanto a la ley, en sentido lato, como al Derecho. Implica que la acción administrativa debe, necesariamente, adecuarse a la totalidad del sistema normativo escrito o no escrito; o sea a lo que solemos llamar el bloque de legalidad... La sujeción de la actuación administrativa al Ordenamiento Jurídico significa que la norma se erige en el fundamento previo y necesario de su actividad. Esto implica que en todo momento requiere de una habilitación normativa que a un propio tiempo justifique y autorice la conducta desplegada para que esta pueda considerarse lícita, y más que lícita, no prohibida. Por consiguiente, cualquier actuación de la Administración discordante con el bloque de legalidad, constituye una infracción del Ordenamiento Jurídico.”⁵⁵

Para los funcionarios públicos, los fines, procedimientos, competencias, etcétera, son heterónomos. Los funcionarios públicos no pueden querer más que lo que el ordenamiento quiere que quieran, son “*simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella*” (Art. 11 CP).

En virtud de este principio, el Ministerio de Salud, la CCSS, y cualquier ente público del sector, solo debe actuar con fundamento en una norma que lo habilite. Es esta la razón por la cual el MS no puede aplicar la multa como sanción a los administrados que incumplen la normativa sanitaria, por la sencilla razón que no está establecida en la LGS y por tanto, el MS no se encuentra habilitado legalmente para imponerla.

Estos principios le ponen límite a las actuaciones de las administraciones públicas sanitarias, especialmente a las potestades de control y de policía sanitaria del MS. Es verdad, como ya se dijo, que el derecho a la salud prevalece sobre la libertades económicas, tanto que éstas deben ejercerse con absoluto respeto de la salud humana, pero esta supremacía no es irrestricta, no le otorga al MS un cheque en blanco, debe observar una serie de principios que fungen como garantías de esos derechos, entre esos principios están los de reserva de ley, proporcionalidad, razonabilidad y legalidad.

F) Principios derivados de la jurisprudencia constitucional en relación con las prestaciones concretas de los servicios de salud.

Estos principios no se refieren a la organización pública, ni siquiera a su funcionamiento en sí, hacen referencia directa al tipo de prestación que la CCSS debe dar o brindar a las personas usuarias de sus servicios. Una vez garantizada la universalidad, la continuidad, la eficiencia y eficacia del servicio, el juicio de calidad se centra en la prestación misma.

54 Sentencia de la Sala Constitucional N° 1624-00

55 Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. No. 40, del as 15 horas del 22 de marzo de 1995.

1) Principio de prestación integral. Este principio informa y califica la prestación y su completitud e idoneidad para impactar la necesidad y satisfacer el bien jurídico inherente al derecho. La sociedad –mediante la instituciones públicas competentes- no le brinda ninguna seguridad (protección) a la persona, si se dejan necesidades importantes sin cubrir (por ejemplo, servicios hospitalarios, intervenciones quirúrgicas de alto costo, fármacos que no están en la lista de medicamentos de la Caja, etc.). Además, se lesiona la dignidad humana y se viola el derecho a la salud, si en circunstancias como las descritas la persona tiene que sufrir el resto de su vida o morir debido a la falta de protección de parte de la Caja. Una prestación integral es aquella que se ajusta como “anillo al dedo” a las necesidades concretas del paciente o sujeto de atención, es aquella que resuelve de forma definitiva o temporal (según el caso) la situación en la que se encuentra el usuario. Es por esa razón, que los señores magistrados de la Sala Constitucional, han razonado desde las necesidades del usuario y han exigido una prestación íntegra, completa, idónea, prescrita por el médico tratante: *“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 y clínica inmediata y urgente...”*⁵⁶ Algunos ejemplos donde pone en práctica estos criterios son:

a) Ordena la entrega de un fármaco señalado por el médico tratante como el idóneo para el padecimiento del sujeto de atención (SSC 8161-05 Imatinib Cien; 11302-04 Lucrin Depot, etcétera)

- b) Ordena a la Caja a realizarle el tratamiento prescrito por el médico tratante como el necesario para la necesidad del paciente (cirugía de ojo 8160-05, tratamiento con acelerador lineal 5318-05, tratamiento con Yodo Radioactivo 3708-05; radioterapia con acelerador lineal 03477-05, etcétera).
- c) Ordena la entrega de productos necesarios para mejorar la calidad de vida del sujeto de atención (Jeringas para aplicarse insulina 8662-05, pañales para adulto 12537-03, catéteres 8380-03, Ensure 531-03, bolsas y parches de marca 12064-02, etcétera).

Es importante relacionar este principio con el principio de progresividad, al que hacen mención los instrumentos normativos del Derecho Internacional. El principio de progresividad opera una vez superado el de prestación integral. En efecto, la progresividad se predica después de la universalidad y de la prestación integral. La progresividad no informa ni la cobertura (porque la universalidad no es una tendencia), ni la protección integral. Es un principio que informa la prestación, pero más allá de esa protección integral. Frente a la garantía de progresividad el Estado tiene la excepción de imposibilidad de cumplimiento, porque la progresividad esta relacionada con el crecimiento económico (mientras que la prestación integral, tiene relación con la necesidad, la dignidad humana y el bien jurídico que se tutela, independientemente de los medios económicos. La prestación integral responde a la primacía del fin sobre los medios, mientras la progresividad debe estar condicionada enteramente a la disponibilidad de medios).

⁵⁶ Sentencia de la Sala constitucional N° 8325-02.

2) Primacía de los derechos a la vida y la salud sobre lo financiero. La Sala Constitucional revela en su jurisprudencia que tiene muy claro: **a)** la jerarquía de los derechos a la vida y la salud, a los que llama “supremos”; **b)** derivado de esa supremacía de los derechos a la vida y la salud, razona desde la necesidad del usuario no desde las necesidades del ente obligado a ofrecer el servicio; **c)** de la jurisprudencia constitucional se infiere que los entes públicos, su organización y sus recursos son instrumentales y están al servicio de la realización efectiva de los derechos fundamentales; **d)** La Sala expresa con absoluta claridad, que de atender las justificaciones de la Caja o del A y A para no brindar el servicio, estaría dejando sin efecto derechos, colocando con ello los medios por encima de los fines, los recursos, la burocracia y su deficiente servicio por encima del de los derechos constitucionales y los entes públicos sobre las personas. Al respecto la Sala ha expresado:

“Desde este punto de vista, si el derecho a la vida se encuentra especialmente protegido en todo Estado de Derecho Moderno y en consecuencia el derecho a la salud, cualquier criterio económico que pretendiera hacer nugatorio el ejercicio de tales derechos, debe ceder en importancia pues como ya se indicó sin el derecho a la vida los demás derechos resultarían inútiles.”⁵⁷

La política institucional debe ajustarse a las necesidades de salud del usuario. “La Caja Costarricense de Seguro Social a lo largo de los años ha ido creando una Lista Oficial de Medicamentos, que es el resultado de las

necesidades de la ciudadanía, de allí que, como éstas necesidades varían, la lista se va modificando según se requiera. No obstante, es menester entender la importancia de esa lista por cuanto la administración de los servicios, implica necesariamente la administración de los bienes, dadas las razones presupuestarias que existen detrás de todo gasto que la CCSS realice. Por eso, en principio todos los padecimientos o enfermedades que dicha institución atiende, encontrarían su correlativo medicamento en dicha lista. De no ser así, existe el procedimiento de excepción, consistente en obtener, para una persona específica con determinadas características, un medicamento particular, no incluido en la lista, sólo si se logra comprobar con criterio técnico-médicos la imperiosa necesidad del mismo para garantizar un alivio verdadero, una mejor calidad de vida o incluso la posibilidad de vivir”⁵⁸

3) Principio de primacía del criterio técnico del médico tratante. La jurisprudencia constitucional ha hecho prevalecer el criterio técnico del médico tratante sobre cualquier consideración financiera de la institución o consideraciones técnicas de otros órganos, como por ejemplo de las Comisiones Médicas para valorar tratamientos prescritos a los pacientes: *“En reiteradas sentencias de amparo esta Sala ha señalado a la Caja Costarricense de Seguro Social que ha de prevalecer el criterio del médico tratante en cuanto a la administración de medicamentos que no forman parte de la Lista Oficial de la Caja.”*⁵⁹ En igual sentido *“...en resguardo del derecho a la salud y a la vida de sus pacientes, tiene el deber de suministrar los medicamentos*

57 Sentencia de la Sala Constitucional N° 2005-8160

58 Sentencia de la Sala Constitucional N° 2003-12537.

59 Sentencia de la Sala Constitucional N° 9760-04.

*que los médicos tratantes consideren se adecuan a las condiciones particulares de cada persona...*⁶⁰

Frente al criterio del médico tratante, la Sala no acepta ninguna consideración financiera, administrativa, política o incluso técnica. La Sala ha dicho que la única justificación válida tiene que venir del propio médico tratante: “... para eximirse de su obligación de suministrar tales medicamentos estarían en que los mismos no fueran necesarios para el paciente (por resultarle de la misma utilidad los contenidos en el Cuadro Básico) de conformidad con el criterio de los propios médicos tratantes, o bien que el usuario presente rechazo ante dichos medicamentos, por existir alguna contraindicación respecto de los mismos. De lo contrario, la Caja se encuentra ineludiblemente obligada a suministrarlos.”⁶¹

4) Principio del tratamiento más favorable a las necesidades de la persona. En caso de duda entre dos criterios se estará a la prestación que más favorezca a la persona, que más satisfaga el derecho a la salud “... vista la contradicción entre las autoridades de la Gerencia Médica, respecto del tratamiento que debe seguir la amparada; y como en caso de duda ha de estarse en favor del derecho a la salud que se reclama...”⁶²

En similar sentido, en caso de que existan dos criterios técnico médicos y difieran en la prescripción, se estará al tratamiento que más favorezca a la persona: “En el informe del médico tratante, consta que el amparado necesita para mejorar su salud de un “...

*tratamiento concomitante quimioterapia (Radioterapia. Tratamiento de radioterapia con acelerador de alta energía 10 MEV para tratar adecuadamente el retroperitoneo paraórtico”, y no únicamente el de cobaltoterapia recomendado por la Comisión de Oncología... Así las cosas, este tribunal no puede admitirse como válido un tratamiento menos favorable para la salud del amparado...en el subjudice, se modifica el tratamiento en su perjuicio, pues el aprobado no resulta tan beneficioso como el que le fue prescrito. Por todo lo expuesto se declara con lugar el recurso...*⁶³

De lo anterior se desprende que algunos principios jurídicos son sustanciales, otros por el contrario instrumentales y por tanto al servicio de los sustanciales, pero todos, cumplen la impostergable misión de garantizar el derecho fundamental de todos los habitantes (no solo costarricenses) a la salud.

Del solo análisis de los principios se deducen debilidades y fortalezas del sistema de protección costarricense. Sin embargo, a pesar de que nuestro sistema no es perfecto ni alcanza a todas las personas (ámbito subjetivo de cobertura), ni le otorga a todas las personas todas la prestaciones (ámbito objetivo de cobertura), en Costa Rica el derecho a la salud es plenamente exigible por cualquier persona. En nuestro país el derecho a la salud ha alcanzado un grado de desarrollo y realización del que excepcionalmente gozan países con igual y en algunos casos con mayor desarrollo. Los mecanismos de protección internos son superiores a los que exigen los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica.

60 Sentencia de la Sala Constitucional N° 2004-4820.

61 Sentencia de la Sala constitucional N° 2004-4820.

62 Sentencia de la Sala Constitucional N° 2001-5781

63 Sentencia de la Sala Constitucional N° 2001-3962

Lo anterior no puede llevarnos al conformismo, los derechos son históricos, responden a las exigencias de la dignidad humana en cada momento histórico, los logros de ayer no son suficientes hoy ni lo serán mañana, las instituciones que sirvieron para lograr el

desarrollo sanitario actual, pueden convertirse en obstáculos al goce pleno del derecho; las instituciones deben revisarse, deben ser alineadas a la realización plena del derecho por todos sus titulares y a las demandas históricas para lograrlo.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA Manuel; Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud; CIVITAS, 2º edición, Madrid, 1999.

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ José María; La Naturaleza de la Actividad Administrativa Sanitaria y su Régimen Jurídico, Apertura de Hospitales y Clínicas; en Lecciones de Derecho Sanitario; Servicio de Publicaciones de la Universidad Da Coruña; A Coruña, 1999, 149-182.

ANDRÉS DOMINGUEZ Ana Cristina; Los delitos contra la salud pública: especial referencia al delito de adulteración y tráfico de animales (art. 364.2)

AÑON ROIG María José; Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas, en la obra colectiva Derechos Humanos, TECNOS, Madrid, 1992, p. 100-115. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2002.

ASENJO, Miguel Ángel; Cuestiones bioéticas en la economía de la salud y la gestión hospitalaria; en Estudios de Bioética y Derecho; Tirant lo blanch; Valencia, 2000.

BIDART CAMPOS Germán; Lo explícito y lo implícito en la salud como derecho y como bien jurídico constitucional; en Salud Derecho y Equidad; AD-HOC, Buenos Aires; 2001.

BEATO ESPEJO Manuel; Derechos de los usuarios del sistema sanitario a los diez años de la aprobación de la Ley General de Sanidad; Revista de Administración Pública, Nº 141, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, septiembre-diciembre, 1996, páginas 25-60.

CAYUSO Susana Graciela; El derecho a la salud: un derecho de protección y de prestación; en Salud Derecho y Equidad; AD-HOC, Buenos Aires; 2001.

CIERCO SEIRA César; Salud Pública, en Diccionario de Derecho Administrativo, Tomo II, páginas 2323-2329.

COBREROS MENDAZONA E.; Sanidad; en Enciclopedia Jurídica Básica; Volumen IV; CIVITAS, Madrid, 6065-6067.

CORBELLA DUCH Joseph; Manual de Derecho Sanitario, ATELIER, Barcelona, 2006. CORCOY BIDASOLO Mirentzu; Libertad de terapia versus consentimiento; en Bioética Derecho y Sociedad; TROTТА, Madrid, 1998.

DE LA CUEVA ALEU Ignacio; El Derecho Constitucional a la Protección de la Salud. Jurisprudencia Constitucional; en Salud Pública y Derecho Administrativo; Centro de Documentación Judicial; Madrid, 2004.

GARCIAAZNAR Andreu, Sobre el respeto a la autonomía de los pacientes; en Estudios de Bioética y Derecho; Tirant lo blanch; Valencia, 2000.

GARCÍA DE ENTERRIA Eduardo; La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, CIVITAS, Madrid, 1985.

GARCÍA GONZÁLEZ Rossana y otros; Modelo conceptual y estratégico de la rectoría de la producción social de la salud. Marco estratégico institucional, Ministerio de Salud, San José, 2007.

GARCIA GONZÁLEZ-POSADA Juan; La Organización del Sistema Sanitario Español; en Lecciones de Derecho Sanitario; Servicio de Publicaciones de la Universidad Da Coruña; A Coruña, 1999, páginas 41-58.

GIMENO FELIU José María; Sanidad y Administración Sanitaria; en Derecho Administrativo, Parte Especial, CIVITAS, Madrid, 1994, páginas 155-164.

HERNÁNDEZ VALLE Rubén; El Derecho de la Constitución; Volumen II, Editorial Juricentro, San José, 1994, p. 370-371.

HERNÁNDEZ VALLE Rubén; El Régimen de los Derechos Fundamentales en Costa Rica; Editorial Juricentro; San José, 2002, páginas 134-139.

HOTSCHEWER Raúl Walter; La legislación sanitaria argentina. Preceptos jurídicos fundamentales con relación a la salud. En Bioética y Bioderecho. Cuestiones actuales; Editorial Universidad, Buenos Aires, 2002.

HUMET Carlos; El ejercicio actual de la medicina. Un punto de vista desde la bioética y la calidad asistencial. La responsabilidad de las instituciones; en Estudios de Bioética y Derecho; Tirant lo blanch; Valencia; 2000.

KRAUT Alfredo Jorge; Los Derechos de los Pacientes; ABELEDO PERROT, Buenos Aires; 1997; páginas 25-34, 193-232.

LEMBO Norberto A., CALIFANO Jorge E.; Economía y Salud, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2005.

LÓPEZ y LÓPEZ A.M.; Derecho Subjetivo; en Enciclopedia Jurídica Básica; Volumen II; CIVITAS, Madrid, 2369-2374.

MARTÍN MATEO Ramón; Medicina preventiva, economía y derecho, un sistema inescindible; en Revista de Administración Pública, N° 145, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, enero-abril, 1998, páginas 29-48.

NAVARRO FALLAS Román; Los principios jurídicos: estructura, caracteres y aplicación en el derecho costarricense, Revista Jurídica IVSTITIA, N° 138, 1998.

PAREJO ALFONSO Luciano; La Calidad al Servicio de la Eficacia en el Sistema Nacional de Salud; en La reforma del sistema nacional de salud; MARCIAL PONS, Madrid, 2004, páginas 215-252.

PAREJO ALFONSO Luciano; Constitución, sistema nacional de salud y formas de organización; en La organización de los servicios públicos sanitarios; Marcial Pons; Madrid, 2001.

PEDREIRA ANDRADE Antonio; Derecho a la Salud y Constitución Española: Problemática del consentimiento y derecho de rechazo al tratamiento en el Ordenamiento Jurídico Sanitario; en Los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas; Tomo I, Secretaría General Técnicas; Madrid, 1992, páginas 225-258.

PEMÁN GAVIN Juan María; Sanidad; en Diccionario de Derecho Administrativo, Tomo II, páginas 2339-2350.

PEMAN GAVIN Juan; Derecho a la salud y administración sanitaria; Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989.

PEDRIOLA GIL Antonio; Medicina preventiva y salud pública; MASSON, décima edición, Barcelona, 2001.

PIZA ESCALANTE Rodolfo; Derecho y derechos humanos, conferencia impartida el 06 de septiembre de 1984, en el II Curso Interdisciplinario sobre Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

QUIROGA LAVIÉ Humberto; Derecho Constitucional, DEPALMA, Buenos Aires, 1987.

ROMEO CASABONA Carlos María; Los Trasplantes de Órganos, BOSCH, Barcelona, 1979.

RUIZ VADILLO Enrique; El Derecho Sanitario y su Marco Constitucional; en Lecciones de Derecho Sanitario; Servicio de Publicaciones de la Universidad Da Coruña, A Coruña, 1999.

VIDA FERNÁNDEZ José; Las prestaciones sanitarias del SNS: Catálogo de prestaciones y carteras de servicios; en La Reforma del Sistema Nacional de Salud; MARCIAL PONS, Madrid, 2004, páginas 37-110.

Sentencias de la Sala Constitucional

Nº 3260-92, 3435-92, 5130-94, 2313-95, 4631-96, 6061-96, 1319-97, 1378-98, 6830-98, 8678-98, 8944-98, 857-99, 35-00, 1624-00, 1954-00, 2306-00, 2549-00, 2947-00, 3227-00, 3947-00, 5319-00, 5996-00, 7673-00, 7954-00, 7998-00, 927-01, 3962-01, 4655-01, 5781-01, 6201-01, 10265-01, 10456-01, 10508-01, 10662-01, 10933-01, 11675-01, 12529-01, 12567-01, 928-02, 1957-02, 1158-02, 2811-02, 2281-02, 3370-02, 4540-02, 5992-02, 6157-02, 7390-02, 7509-02, 8325-02, 8545-02, 10450-02, 10851-02, 10949-02, 12064-02, 531-03, 1204-03, 1696-03, 3004-03, 4654-03, 7274-03, 8380-03, 8989-03, 12537-03, 13129-03, 337-04, 591-04, 1951-04, 3158-04, 4596-04, 4759-04, 4820-04, 5594-04, 6664-04, 7532-04, 9760-04, 11155-04, 11302-04, 11756-05, 11976-04, 12263-04, 12510-04, 12675-04, 814-05, 1003-05, 3477-05, 3708-05, 4304-05, 5318-05, 7069-05, 7379-05, 8160-05, 8161-05, 8426-05, 8662-05, 8850-05, 9264-05, 9860-05, 10336-05, 11693-05, 11756-05, 11996-05, 12260-05, 12392-05, 12861-05, 13408-05, 14201-05, 15438-05, 15512-05, 15865-05, 16646-05, 16686-05, 16788-05, 158-06, 1468-05, 1475-06, 2268-05, 3384-05, 7148-05.

Procuraduría General de la República, Dictamen Nº C-162-2001.

Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Nº 40-95. Corte Constitucional colombiana Nº 491-1992. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva OC-5/85.