

Antonio Marlasca López

## El derecho a la salud y el racionamiento en los servicios de salud

*“De lo que con estos pobres que son los enfermos se ha de hacer:  
Esta casa de Misericordia General ha de tener las obras  
conforme al nombre, y así conviene haya puerta abierta  
para la entrada de todos los pobres hombres o mujeres  
que a ella vinieren, los cuales han de ser recibidos  
con toda piedad y a todas las horas, así de día como de noche,  
y el portero ha de tener gran blandura y caridad para recibirlos  
a todos sin que tenga libertad para despedir a ninguno”.*  
(Ordenanzas del Rey de España Felipe II para el  
Hospital General de la Misericordia,  
fundado a finales del siglo XVI)”

---

**Abstract:** *This paper first examines the right to health and whether or not there is a human right to health (or, rather, to the provision of health services). Secondly, the paper addresses the case of Costa Rica, focusing on the Constitutional ruling regarding the obligation for the provision of health services by the national health service (CCSS: Caja Costarricense de Seguro Social). Thirdly, because the needs of health care outweigh the resources available, the paper evaluates the criteria for rationing or limiting health care.*

**Key Words:** *Bioethics justice. Health care justice. Right to health. Scarce resources. Rationing of health care.*

**Resumen:** *En esta ponencia se analiza, en primer lugar, qué se entiende por derecho a la salud y si se puede sostener racionalmente que existe un derecho humano a la salud (o, mejor dicho, a los servicios sanitarios). En segundo lugar, se exponer cuál es la situación de Costa Rica a este respecto, atendiendo sobre todo a*

*su Constitución Política y a los dictámenes que ha venido haciendo la Sala Constitucional en relación a la obligación de la prestación de los servicios sanitarios por parte de la Caja Costarricense del Seguro Social. En tercer y último lugar, como parece inevitable que, dado que las necesidades en materia de prestación de los servicios sanitarios suelen estar por encima de los recursos reales disponibles, se someten a discusión y análisis algunos criterios que deberían orientar y regular la racionalización o limitación de las prestaciones sanitarias.*

**Palabras clave:** *Justicia en bioética. Justicia sanitaria. Derecho a la salud. Limitación de recursos. Racionamiento en servicios de salud.*

### I. El derecho a la salud

Si bien se halla sumamente extendida la expresión “derecho a la salud”, pensamos que está formulación no es del todo adecuada, ya

que nuestra salud depende de muchos factores, entre otros de la constitución genética, sobre los cuales la sociedad no tiene propiamente control. A lo sumo podría decirse que tenemos derecho a que nuestra salud no quede afectada por la contaminación ambiental u otros factores socialmente controlables. Por ello la expresión correcta sería más bien “derecho a la asistencia sanitaria”.

Es esta temática, así entendida, la que queremos analizar ahora, si bien a veces para acomodarnos al uso común incidentalmente seguiremos hablando del derecho a la salud.

Pues bien, el llamado impropriadamente “derecho a la salud” pertenece históricamente a los denominados “derechos de segunda generación”, un conjunto de derechos económico-sociales (entre los que pueden citarse derecho al bienestar, a la salud, a la asistencia sanitaria, a un nivel de vida adecuado, a los servicios sociales necesarios, a la protección contra el desempleo, a una vivienda digna, al trabajo, etc.), propios de una economía desarrollada y que han ido reclamándose y formulándose sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX.

El problema con este tipo de derechos es que, históricamente y en el pasado, se han considerado como derechos puramente formales. A lo sumo, el Estado debía velar para que estos derechos humanos no fuesen irrespetados, pero no tendría propiamente la obligación de promoverlos positivamente. Debía condenarse cuanto significase una agresión contra la salud del individuo, pero no se afirmaba, al menos en un primer momento, el derecho de cada ciudadano a una asistencia sanitaria. Dentro de esta concepción minimalista del Estado (Estado reducido a cumplir las tareas mínimas, imprescindibles y estrictamente necesarias para que la vida social fuese posible), se pensaba que la asistencia sanitaria debía regirse por las leyes del mercado y no tenía que ser necesariamente proporcionada por el Estado.

Entendidos así los derechos económico-sociales –entre los cuales uno de los más importantes es, sin duda, el citado derecho a la salud, o más propiamente el derecho a la asistencia sanitaria– no serían propiamente derechos, en sentido estricto, ya que sus eventuales titulares no contaban (no cuentan) con garantías jurídicas

para poder exigir de la administración su cumplimiento efectivo. Los llamados derechos sociales serían más bien principios ético-políticos u orientaciones programáticas sin eficacia jurisdiccional que servirían más bien para orientar las labores de los poderes públicos<sup>1</sup>.

Sin embargo, con el paso del tiempo –y en parte como consecuencia de lo que significó la revolución rusa en el campo sanitario– ese Estado liberal minimalista fue evolucionando hacia el llamado Estado social de derecho, también denominado Estado de bienestar, en el que se incluye ciertamente el derecho a la asistencia sanitaria, como un derecho real y positivo, al alcance de todos los ciudadanos, y que debe ser promovido directamente por el Estado.

Así, en la actualidad se considera que la asistencia sanitaria es un derecho susceptible de ser exigido en justicia. “La salud ya no es un problema privado, sino que se convierte en una cuestión pública y el Estado debe tener entre sus máximas prioridades la protección del derecho a una asistencia sanitaria”<sup>2</sup>.

Es esta nueva mentalidad –la que considera que una de las funciones primordiales del Estado es la promoción y la atención de las necesidades sanitarias de cada ciudadano– la que se refleja por ejemplo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), que cita explícitamente el derecho del ser humano a una asistencia sanitaria y a un nivel de vida adecuado para la salud y bienestar del individuo y de su familia<sup>3</sup>. Asimismo, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se afirma expresamente: “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 atención médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”<sup>4</sup>.

En este mismo sentido, el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (1966) habla, en el artículo 12, del derecho a la asistencia sanitaria entendida como prevención, tratamiento y control de enfermedades epidémicas, endémicas, ocupacionales y otras enfermedades, y a la creación de condiciones que aseguren a todos servicio médico y atención sanitaria en caso de enfermedad.

Igualmente en muchos documentos emanados de la Organización Mundial de la Salud se habla reiteradamente del “derecho a la salud”, etc.

Como en parte queda en evidencia en los textos citados, en la actualidad se comparte cada vez más la opinión que considera la asistencia sanitaria como un derecho susceptible de exigirse en justicia. Ahora bien, ¿cómo puede justificarse o fundamentarse tal pretendido derecho como una exigencia de justicia?

En lo que sigue vamos a intentar precisamente tal justificación o fundamentación.

En la tradición filosófico-teológica occidental es clásica la división tripartita de la justicia en conmutativa, legal y distributiva. La justicia conmutativa se refiere a las “conmutaciones”, a los cambios o intercambios que se dan entre los individuos y a las obligaciones que surgen de tales intercambios.

La justicia legal, llamada a veces justicia general, es la que trata y regula los deberes y obligaciones que los individuos tienen para con la comunidad. En nuestro caso si se defiende que la asistencia sanitaria es, en estricto sentido, un derecho humano, necesariamente los individuos deberán aportar a la sociedad los bienes o medios necesarios para que esta haga efectivo tal derecho.

La justicia distributiva es la que trata y regula las obligaciones de la sociedad como un todo en relación con los individuos que la componen. En virtud de esta justicia, la sociedad debe atender a las exigencias razonables de sus ciudadanos, que lógicamente variarán a través del tiempo y de las posibilidades socio-económicas de cada momento histórico.

Este tipo de justicia –la distributiva– es la relacionada directamente con el derecho a la salud y a la asistencia sanitaria. Por ello mismo es ineludible justificar y mostrar, de un modo más preciso, por qué, tal como se sostiene, el derecho a la salud se funda en la justicia distributiva.

Pues bien, en apoyo a tal pretensión, pueden traerse a colación una serie de argumentos que, en conjunto, parecen probar, más allá de toda duda razonable, la tesis de que efectivamente la asistencia sanitaria es un derecho debido a todo ciudadano miembro de un estado social de derecho. En concreto:

- La dignidad inviolable de todo ser humano es el fundamento último de todos los derechos

humanos. Sin discusión también, el derecho a la vida es el derecho primordial, fundante y presupuesto de todos los demás derechos. Este derecho a la vida implica el derecho a los medios de vida, entre ellos el derecho a la salud y a la atención sanitaria para que la salud pueda conservarse si se tiene o recuperarse si se ha perdido. (Todo ello, por supuesto, entendido no en forma absoluta, pues nadie en su sano juicio va a negar que el ser humano es mortal y perecedero, con todas las consecuencias que esto implica).

- Ampliando, en parte, la argumentación anterior, hemos de aceptar como una realidad ineludible, por más dolorosa que sea, que la enfermedad y el sufrimiento forman parte de la normal condición humana. Y dada esta realidad y existiendo –como realmente existen en las sociedades desarrolladas– medios para combatir la enfermedad y el sufrimiento, de ahí se deduce sin dificultad que toda persona debe tener acceso –o lo que es lo mismo, tiene derecho– a la asistencia sanitaria para recuperar su salud y mitigar o evitar el dolor. Es común hoy sostener que los derechos humanos responden finalmente a –se fundamentan en– necesidades humanas. En nuestro caso, el derecho a la asistencia sanitaria responde precisamente a una situación de indigencia, de menesterosidad, y de privación de salud, en definitiva, de necesidad de salud. Restringir este derecho a sólo los que pueden pagarlo –es decir a las personas que puedan pagar por su cuenta los servicios de salud– sería negar frontalmente la igualdad radical de todos los seres humanos y constituiría una afrenta a la dignidad humana.

- Podría agregarse que la necesidad de salud y de asistencia sanitaria es similar a otras necesidades humanas que están a cargo del Estado, y que nadie discute hoy, como pueden ser por ejemplo, la necesidad de protección, frente a la delincuencia criminal, la necesidad de educación, la necesidad de seguridad medio-ambiental, etc. La promoción de la salud y la lucha contra las enfermedades no deben quedar en un plano inferior a la lucha contra la ignorancia y a la promoción de la educación. Ahora bien, en

la actualidad nadie duda que el derecho a la educación –incluso a una educación gratuita y universal– debe estar garantizada por el Estado. Pues lo mismo puede y debe decirse del derecho a la asistencia sanitaria.

Finalmente, podrían apuntalarse estos razonamientos con lo que –a tenor de la teoría de de J. Rawls– se ha llamado la regla o principio de la oportunidad justa (4\*). Esta regla exige, que el Estado garantice el acceso a los servicios de salud sobre todo a aquellas personas que, como consecuencia inmerecida y azarosa de la lotería natural o social, han sufrido graves limitaciones en el área de la salud, puesto que son estas personas precisamente las que más necesitan de los servicios sanitarios y las que simultáneamente son menos capaces para costear privadamente tales servicios, a consecuencia concretamente de su estado –gravemente deficitario– de salud.

De todo lo anterior puede concluirse que existe un derecho a la asistencia sanitaria, exigible en nombre de la justicia distributiva, que se ocupa precisamente del deber de la sociedad de distribuir proporcionalmente las cargas, los cargos y los beneficios sociales entre todos los miembros de esa sociedad<sup>5</sup>.

Bien entendido, este derecho a la asistencia sanitaria no es un derecho ilimitado, sino que, por el contrario es un derecho limitado y proporcional a los recursos socio-económicos disponibles en un país en un determinado momento. Es obvio que no se pueden aplicar y gastar todos los recursos económicos de una sociedad en la atención a las necesidades sanitarias, pues existen otras necesidades sociales igualmente importantes, perentorias e inaplazables: educación, vivienda, seguridad, infraestructura vial, etc.

De ahí que inevitablemente los servicios sanitarios deben someterse a una racionalización o racionamiento lo más sensato y justo que pueda lograrse. Sobre esta cuestión volveremos posteriormente.

## II. El derecho a las prestaciones sanitarias en Costa Rica

Por lo que se refiere a Costa Rica, es bien conocido que este país, en relación a los restantes

países latinoamericanos, ocupa uno de los lugares privilegiados en la atención y cobertura en materia de salud. Pero esto no significa que el modelo costarricense cumpla a cabalidad con el llamado “principio de justicia” en la bioética.

Entendido este principio de justicia como la equidad en la distribución de cargas y beneficios, como un trato igual para todos, sin discriminaciones de ningún tipo, el país en los últimos años se ha visto amenazado seriamente ante la creciente demanda de servicios y medicamentos especializados y la carencia de recursos suficientes para enfrentar la demanda y el cumplimiento efectivo del derecho a la asistencia sanitaria.

Desde la creación de la Sala Constitucional (1989), y posteriormente, la Defensoría de los Habitantes (1993), los costarricenses que se sienten en estado de desprotección y consideran que hay un incumplimiento constitucional, han venido presentando denuncias y recursos contra la CCSS, entidad que la Constitución de la República de Costa Rica señala como responsable de dar asistencia médica a los trabajadores y a quienes coticen para ella. Y, con bastante frecuencia, estos recursos los han ganado los recurrentes.

El artículo 73 de la Constitución Política de Costa Rica estipula taxativamente lo siguiente: “Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a estos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez y muerte y demás contingencias que la ley determine. La administración y el gobierno de los seguros sociales están a cargo de una institución autónoma, denominada Caja Costarricense del Seguro Social”.

Pero siempre hay un problema de fondo, que se ha señalado repetidamente: ¿dispone realmente la CCSS de medios y recursos suficientes para atender satisfactoriamente todas las necesidades y solicitudes que le presentan los ciudadanos costarricenses? Conviene también aclarar que la Constitución política de Costa Rica no establece el derecho a la salud como derecho humano o fundamental en forma expresa. Según señala la Licda. Nathalie Araya en el documento “IX

Curso Taller OPS/OMS/CIESS. Legislación en Salud Marco Regulatorio del Acceso a la Salud”, “las últimas modificaciones constitucionales se refieren, más bien, por una parte, al derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado que evidentemente tiene una interrelación directa con el derecho a la salud y a una protección del derecho de la salud, en términos de derecho de los consumidores. No obstante, en coexistencia a la regulación constitucional, existen múltiples instrumentos internacionales –ratificados por Costa Rica– que sí los contemplan directamente y que sirven de texto normativo, aunado a la jurisprudencia judicial y administrativa para validar este derecho, además de las múltiples normas que con rango menor regulan el derecho a la salud pública”<sup>6</sup>.

Al no disponer de una norma expresa, ha sido a partir de varios artículos constitucionales (artículo 21: derecho a la vida, artículo 46: protección a la salud como derecho de los consumidores, artículo 50: derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, artículo 73: obligación de la CCSS de brindar los servicios prestacionales de la seguridad social) y de la interpretación de la Sala Constitucional que se le ha brindado contenido jurídico al derecho fundamental del derecho a la salud. En este sentido, algunas interpretaciones de la sala constitucional son las siguientes:

- El derecho a la salud es una extensión del derecho a la vida.
- Es una obligación del Estado velar por la salud pública en términos de prevención y tratamiento de enfermedades.
- La CCSS es la responsable estatal de brindar protección a la salud a través de planes, atención de pacientes y suministro de tratamientos dentro de parámetros de eficiencia y continuidad.
- Existe una relación bilateral entre el derecho a la salud y el derecho a un ambiente sano. La calidad ambiental es un parámetro de protección a la vida.
- Existe la obligación de garantizar la entrega de medicamentos como una forma de tratamiento que permite el restablecimiento de la salud<sup>7</sup>.

A pesar de todo, ni Costa Rica –ni ningún país del mundo– puede garantizar el derecho y el disfrute de la salud tal como lo define la OMS: “Un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedad o de dolencia”<sup>8</sup>. Y como no es posible garantizar a ninguna persona la salud perfecta, el derecho a la salud se ha interpretado como “derecho a la asistencia sanitaria”. Y en este sentido limitado la Sala Cuarta lo ha entendido como un derecho básico de los ciudadanos costarricenses.

Ahora bien ¿qué implica en la práctica cotidiana este “derecho a la asistencia sanitaria” del que, en principio, goza todo costarricense? Según una interpretación autorizada, la atención a la salud comprende una amplia variedad de servicios que se ocupan desde la prevención de las enfermedades hasta la protección ambiental, el tratamiento y la rehabilitación, cuyo fin último sería idealmente lograr que los seres humanos –tal como estipula la OMS– disfruten de un completo bienestar físico, mental y social<sup>9</sup>.

Queda indicado que la entidad encargada de brindar la atención y los medicamentos a los habitantes de Costa Rica es la CCSS, que, en los últimos años se ha visto envuelta en escándalos, pues, según se ha denunciado, algunos de sus dirigentes han incurrido en sobornos, pagos de comisiones, etc. (Nos referimos, entre otros casos, al llamado “Préstamo Finandés”, que actualmente se encuentra en los tribunales costarricenses).

En teoría, el principio de justicia obliga al Estado costarricense –quien a su vez ha delegado esta función a la Caja– a dar lo debido a cada paciente, a darle lo suyo a cada enfermo. Pero la realidad es que las demandas son muchas y los recursos a repartir son insuficientes y, al parecer, no alcanzan para todos.

Los casos más conocidos y llamativos a este respecto –nos referimos a la insuficiencia de recursos– suelen ser los que tienen que ver con la distribución efectiva de medicamentos. En muchos casos las farmacias del Seguro no los entregan, bien sean porque se han agotado y hay que presupuestarlos de nuevo –lo que, como toda decisión burocrática, implica un tiempo considerable–, bien porque no dispone en absoluto de

ellos –y se niega a comprarlos– debido a su costo, según se alega, desproporcionado.

Como ya se ha indicado, en bastantes casos, cuando los ciudadanos han considerado que se ha lesionado su derecho a la atención sanitaria y han recurrido a la Sala Cuarta, esta les ha venido dando la razón y ha obligado a la Caja a suministrarles los medicamentos solicitados<sup>10</sup>.

En principio, uno se siente inclinado a dar la razón a la Sala Cuarta, que ha asegurado y hecho efectivo en muchos casos el derecho a la asistencia sanitaria de los pacientes costarricenses. Al mismo tiempo uno siente también cierta perplejidad al tener que hacerse inevitablemente la siguiente pregunta: ¿Qué pasa o qué puede pasar si, en un futuro inmediato o mediato, la CCSS no dispone efectivamente de los recursos necesarios para atender las demandas justas de sus asegurados y se viera en la situación de no poder cumplir los mandatos de la Sala Cuarta por verdadera imposibilidad material? Un antiguo principio jurídico enseña que “nadie está obligado a lo imposible”. (*Ad impossibilia nemo cogitur*).

Conviene también conocer que en algunos casos la “distribución” que hace la CCSS de sus recursos es, cuando menos, cuestionable. Por ejemplo, el Sr. Alberto Sáenz Pacheco, que fue Presidente Ejecutivo de la CCSS, señalaba o, tal vez mejor, denunciaba que “en el 2004 del presupuesto para medicamentos para el nivel central el 21% se utilizó para medicamentos del 0.24% de pacientes, mientras que el 79% se utilizó para los medicamentos del 99.76 de los pacientes. Ese 21% corresponde a medicamentos especiales, de alto costo, y una buena parte de ellos ordenados por la autoridad judicial”<sup>11</sup>.

Aquí, aparentemente se ha cumplido fielmente con el principio de justicia (en la interpretación que suele llamarse “igualitaria” o “marxista”), que manda dar los recursos a quien los necesita –“a cada cual según su necesidad” –, sin importar su contribución efectiva al sostenimiento de la CCSS. Sin embargo, queda la duda de si tal distribución es justa y equitativa, considerando las necesidades de la casi totalidad de los demás ciudadanos. Pongámoslo de otra manera: ¿qué pasaría si no quedan recursos para comprar los medicamentos a que también tienen derecho los 99.76% de los pacientes restantes? No parece fácil

dar una respuesta que satisfaga a todas las partes involucradas.

A este problema, de por sí ya grave, “se agregan casos particulares de abusos, como el de personas que vienen al país específicamente para asegurarse y recibir un tratamiento extraordinariamente caro (por ejemplo, contra enfermedades como el VIH/SIDA, tumores o afecciones cardiacas) que los seguros más estrictos o mercantiles de su propio país no los pueden brindar. A la larga, la suma de estos problemas agrava significativamente las tendencias que empujan a la quiebra del sistema o al menos a su deterioro”<sup>12</sup>.

A la vista de esta situación –crítica– que viene atravesando la CCSS en los últimos años se imponen un par de consideraciones:

En primer lugar, una clara toma de conciencia, por parte de la ciudadanía, de que los derechos –en cuenta el derecho a la atención sanitaria– exigen como contraparte el que los ciudadanos aporten los recursos necesarios para poder hacer efectivos tales derechos. Una mejor atención a la salud, más pronta, de mayor calidad, etc., difícilmente se puede conseguir a un igual o menor costo, por más esfuerzos que se realicen en términos de eficiencia. Si se quiere mejor salud, hay que pagar por ella solidariamente<sup>13</sup>.

En segundo lugar, los derechos llamados de segunda generación, derechos económicos sociales –en cuenta particularmente el derecho a la asistencia sanitaria– no son absolutos ni ilimitados. A veces estos mismos derechos se limitan entre sí. Por ejemplo, el derecho a la información y a la libre comunicación está limitado por el derecho a la intimidad de las personas y por el respeto a su vida privada.

En nuestro caso, el derecho a la asistencia sanitaria está condicionado a las circunstancias económicas, sociales e institucionales que lo hagan posible. Como escribe Rodolfo Piza Rocafort, presidente que fue de la CCSS, “siempre tendremos una sociedad reclamando más y mejores servicios, equipos y medicamentos y una seguridad social que tratará de darlos, pero que tiene límites inevitables, límites que deben ser conocidos y reconocidos por los tribunales constitucionales, so pena de desfinanciar y desnaturalizar lo que el derecho constitucional a la seguridad social implica y puede razonablemente

otorgar. Se trata entonces de otorgar un conjunto de prestaciones racionalmente establecido en función del equilibrio entre las aspiraciones de una sociedad y las posibilidades y límites de esa sociedad para responder a ellas. Y una vez establecidas racionalmente esas prestaciones, asegurar la no discriminación en la cobertura y en la amplitud de esas prestaciones para toda la sociedad costarricense”<sup>14</sup>.

### III El racionamiento en los servicios de salud

En la actualidad, en los sistemas públicos de salud, en principio de acceso universal, no es infrecuente que se dé un desequilibrio entre la demanda de asistencia sanitaria –siempre creciente– y los recursos disponibles –siempre limitados–. De ahí la necesidad de “racionar” (en el sentido de poner límites) el gasto sanitario. Si no hubiera que racionar no habría ningún problema en la asignación de recursos.

Es evidente también que los recursos, especialmente si cada vez son mayores y crecientes, que se destinan a la sanidad pública, de alguna manera se sustraen –querámoslo o no– a otras áreas igualmente importantes como la educación, la vivienda, infraestructura física del país, que también tienen carácter de bienes públicos.

Dentro de esta tesitura, de entrada, tal vez habría que formular la pregunta básica: ¿Es moralmente correcto limitar la asistencia sanitaria? Se han dado dos respuestas.

La primera, sostiene que es éticamente inaceptable la limitación de los recursos sanitarios, pues ello constituiría una violación al derecho fundamental a la asistencia sanitaria, derecho que podría satisfacerse en forma adecuada si se realizase una buena “gestión” del sector salud.

La segunda respuesta es que la limitación o el racionamiento es inevitable y, dada esta realidad, lo correcto es que los criterios de racionamiento sean justos, equitativos, públicos, explícitos y conocidos por el conjunto de la población.

De hecho, el racionamiento ha existido siempre, aunque fuera implícito y a veces arbitrario, por ejemplo a través de las listas de espera, de la

desigual distribución geográfica de los recursos sanitarios en el conjunto del país, de la negación de medicamentos o terapias sumamente caras, etc. (Por ejemplo la seguridad social española excluye una serie de prestaciones de odontología, cirugía estética, medicamentos muy caros, etc. y algo parecido puede decirse de la seguridad social de Costa Rica).

En la actualidad, la segunda respuesta es la más ampliamente aceptada –en verdad, es la única realista– de manera que la discusión no está tanto en si hay que limitar o no las prestaciones, sino en los criterios a utilizar para limitar tales prestaciones sin lesionar el principio de justicia.

En general, para excluir una prestación se tiene en cuenta su impacto sobre el gasto sanitario total y sus posibles repercusiones sobre la salud de la población<sup>15</sup>. También se suele tomar en cuenta, en los sistemas públicos, que exista una alternativa en la medicina privada y que esta sea relativamente accesible.

Sin embargo, el problema, con los racionamientos, las limitaciones y las exclusiones es que son difíciles de justificar en la teoría y en la práctica. En la teoría, porque los sistemas jurídicos occidentales en la actualidad consideran la salud como un derecho fundamental, inalienable, que los poderes públicos tienen la obligación de garantizar. En la práctica, porque con tales limitaciones siempre queda perjudicado y lastimado algún segmento de la población, generalmente los más desprotegidos –incluso desde el punto de vista económico– e incapaces para hacerse oír y hacer valer sus derechos.

De todas formas, como el problema es ineludible y afecta, sin excepción, a todos los sistemas públicos de salud, se han hecho ya algunos estudios y comprobaciones empíricas en diversos países sobre el mejor modo de implementar tales limitaciones o racionamientos, de tal manera que la justicia distributiva no quede lesionada o, en ultimo caso, quede afectada en el mínimo grado posible<sup>16</sup>.

En concreto se pueden señalar los siguientes requisitos o criterios a la hora de racionar los servicios sanitarios:

1. El racionamiento debe ser el último recurso, después de que se hayan hecho todos los

esfuerzos posibles para no tener que acudir a tal racionamiento. En otras palabras, antes de limitar las prestaciones hay que asegurar una gestión eficiente de los recursos públicos y exigibles para todos los ciudadanos. “Sólo se puede justificar la limitación cuando el sistema ha asegurado su eficacia, su efectividad y su eficiencia”<sup>17</sup>.

2. Antes de establecer un programa de restricción de determinados servicios sanitarios, debe existir un consenso social sobre la cuestión de la futilidad o superfluidad de algunas terapias médicas. Ello conduciría a que no se aplicasen a algunos pacientes determinadas terapias consideradas como fútiles y superfluas. Obviamente no es fácil delimitar el concepto de lo que es fútil y superfluo, sobre todo en casos particularmente graves y fronterizos entre la vida y la muerte<sup>18</sup>.

3. Debe establecerse por consenso un programa de cuidados de salud que cubra las necesidades de todos los ciudadanos por igual. Se parte, pues, del establecimiento de un nivel de asistencia básico o mínimo decente (*decent minimum*), lo que implica que serán atendidas y cubiertas las necesidades sanitarias esenciales.

A este respecto, es común el criterio de que “casos iguales exigen tratamientos iguales” que, en la práctica, conlleva a que determinados servicios sanitarios –consensuados por la sociedad– deberán proporcionarse a todos los ciudadanos, al margen de sus méritos personales, utilidad social y capacidad económica. “Recurrir en la distribución de recursos sanitarios a criterios como el sexo, la raza, la religión, el cociente intelectual o el status social significa tratar de forma diferente a las personas en aspectos que afectan profundamente sus vidas a causa de diferencias de las que no son responsables. Esto significa que existen servicios sanitarios que no serán proporcionados, sea porque no responden a verdaderas necesidades, o porque superan la capacidad de una sociedad, formada por personas mortales, que deben asumir el hecho de la muerte”<sup>19</sup>.

Algunos autores, a veces, han defendido que los más pobres, por ser los más necesitados,

deberían tener un trato y opción preferencial. En realidad, tal situación de indigencia implicaría tomar las medidas oportunas para que esas minorías más pobres sean conscientes de que tienen derecho, en justicia, a la asistencia sanitaria, pero no exigiría que los servicios sanitarios que se les haya de prestar sean diferentes a los que se proporcionan a cualquier otro ciudadano<sup>20</sup>.

4. Si se decide no aplicar un tratamiento potencialmente beneficioso para una persona, tal negación debe fundamentarse en las cargas y dificultades asociadas al tratamiento o a la terapia misma, pero no en el eventual juicio de que la vida del tal persona es una carga social o carece de utilidad social<sup>21</sup>.

5. Un programa de servicio sanitario que asegure la prestación de un “mínimo decente” para todos los ciudadanos, no exige necesariamente que se excluyan servicios adicionales que quedan como opción posible para aquellos que los puedan pagar de su propio peculio, con tal de que esto no ponga en peligro la consecución de otros bienes sociales, no solo en el campo de la salud, sino en otros sectores como la educación, vivienda, seguridad, etc.

6. Sería altamente deseable que antes de llevar a la práctica el racionamiento de los recursos, se procediese a la organización de un diálogo entre los sectores más representativos de la sociedad que asegurasen la participación y la no-discriminación en la determinación de ese racionamiento de los recursos. En ese eventual y deseable diálogo deberían participar, entre otros, profesionales de la salud, líderes políticos y religiosos, economistas, líderes sindicales y representantes de los sectores más vulnerables de la sociedad (población de tercera edad, minorías étnicas, etc.)

7. Dados los rápidos cambios que tienen lugar en la medicina actual, en las tecnologías médicas y en las condiciones socioeconómicas de la sociedad actual, los programas de racionamiento de recursos sanitarios deben someterse a revisiones periódicas para verificar si están cumpliendo los objetivos para los que fueron diseñados y, en caso contrario, introducir los cambios y las modificaciones pertinentes<sup>22</sup>.

## Notas

1. Ver Osuna, Antonio. (2002) *Los derechos humanos. Ámbito y desarrollo*. Salamanca: San Esteban, 196.
2. Gafo, J., *EL derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*, p.157.
3. “Toda persona tienen 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, la vivienda, la asistencia sanitaria y los servicios sociales sanitarios”: Art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.
4. Art. 11 de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, Bogotá, 1948.
- 4\*. Ver a este respecto Beauchamp, T. L. –Childres, J.M., *Principios de ética biomédica*, Barcelona Masson, 1999, pp. 325-328.
5. Sobre la argumentación anterior en torno al derecho a la asistencia sanitaria como una exigencia de la justicia distributiva, ver Gafo, Los principios de justicia y solidaridad en bioética, en GAFO J. (ed.), *El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*, pp.169-176
6. ArayaR, N., IX Curso Taller OPS/OMS/CISSS Legislación en Salud Marco Regulatorio del Acceso a la Salud: “Defensoría de los Habitantes de Costa Rica: Análisis de sus funciones como una nueva modalidad en la defensa en el Derecho a la Salud”.
7. Puede consultarse MENA GARCÍA, Sergio, El derecho a la salud en la Jurisprudencia de la Sala Constitucional. *Revista Jurídica de Seguridad Social*, Vol. 10, julio del 2000, pp.7-16.
8. Así fue definida la salud en el Congreso de Constitución de la OMS, celebrado el 07 de abril de 1948.
9. Ver Villalobos Fernández, Esteban. (2004) *El acceso a medicamentos como derecho constitucional y su aplicación efectiva en la jurisprudencia constitucional costarricense*. Maestría en Derecho Constitucional. Investigación para el trabajo de graduación. UNED.
10. El caso más llamativo últimamente sucedió en junio del 2006. La Sala IV ordenó al Presidente Ejecutivo de CCSS y al Director del Hospital San Juan de Dios suministrar inmediatamente un medicamento a una paciente con cáncer terminal. Según informaba una nota periodística de “La Nación”, tal “medicamento había sido prescrito por el médico de la paciente desde el 24 de febrero del 2006 y ella aún lo esperaba en junio de ese año”. El motivo alegado por las autoridades de la Caja para denegar el medicamento, era que no tenían dinero para su adquisición, razón por la que la paciente recurrió a la Sala Constitucional, para hacer valer su derecho. En su fallo, la Sala IV ordena la entrega inmediata de la medicina solicitada y razona su dictamen en los siguientes términos: “Los servicios de las clínicas y hospitales de la Caja están en el deber de aportar e implementar los cambios organizacionales, de contratar el personal médico o auxiliar y de adquirir los materiales y equipo técnico que sean requeridos para brindar prestaciones eficientes, eficaces y rápidas. Los jefes de las Clínicas y Hospitales no pueden invocar, para justificar una atención deficiente y precaria de los pacientes, el problema de las ‘listas de espera’ para las intervenciones quirúrgicas y aplicación de ciertos exámenes especializados o la carencia de recursos financieros, humanos y técnicos, puesto que, es un imperativo constitucional que los servicios de salud pública sean prestados de forma eficiente, eficaz, continua, regular y celer”. Este caso, junto con otros semejantes, lo expone la señora Patricia Navarro Molina en un trabajo titulado “La bioética y el principio de justicia”, presentado para la aprobación del curso “Derechos Humanos y Bioética”, perteneciente a la “Maestría en Derechos Humanos” de la UNED, que el autor de estas líneas dicto en el segundo semestre del 2006. Agradezco a la señora Navarro Molina su anuencia para transcribir el caso citado y otros datos tomados de su trabajo. Sobre esta temática tan discutida puede verse el artículo ya citado de S. MENA GARCÍA, El derecho a la salud en la Jurisprudencia de la Sala Constitucional. *Revista Jurídica de Seguridad Social*, Vol. 10, julio del 2000, pp.7-16.
11. Ver “La Nación”, Sección Nacionales, 5 de junio 2005.
12. Garnier, L., *El seguro social en Costa Rica: la encrucijada de un modelo exitoso*, en “Gaceta Médica de Costa Rica”, suplemento número 2, año 2006, p.52.
13. Ver Garnier, Art. cit., p.47.
14. Piza Rocafort, R., *El derecho a la seguridad social como derecho constitucional. Sentido y alcances posibles*, en “Gaceta Médica de Costa Rica”, suplemento número 2, año 2006, p.91.
15. Ver Francés Gómez, P., *Justicia y Gasto sanitario*, en Gómez Heras, J.M. – Velayos, C. (ed.), *Bioética. Perspectivas emergentes y nuevos problemas*. Madrid Tecnos, 2005, p.187

16. Se han hecho diversos estudios, encuestas, reuniones, etc., para estudiar y tomar decisiones sobre este problema del racionamiento de los recursos sanitarios en Holanda, Suecia, estado de Oregon (Estado Unidos), etc. Puede verse una síntesis de tales estudios y resultados en Cruceiro Vidal, A., El problema ético de la asignación de recursos sanitarios, en GAFO, El derecho a la asistencia sanitaria..., pp.137-144.
17. Cruceiro Vidal, *Art. citado*, p.150.
18. Gafo, J., Los principios de justicia y solidaridad en bioética, en J. Gafo, *El derecho a la asistencia sanitaria...*, p.180.
19. Gafo, J., *Art. cit.*, pp.177-178.
20. Gafo, J., *Art. cit.*, p.178.
21. Gafo, J., *Art. cit.*, p. 182.
22. Ver Gafo, *Art. cit.*, p. 182; Cruceiro Vidal, *Art. cit.*, p.150.