



San José, viernes 20 de setiembre de 2019

SOLICITUD DE INTERVENCION N° 237343-2017-SI

OFICIO N° 11941-2019-DHR - [CV]
AL CONTESTAR POR FAVOR CONSIGNE
ESTE NUMERO DE OFICIO

Para: Lic. Renato Alvarado Rivera
Ministro de Agricultura y Ganadería
Ministerio de Agricultura y Ganadería
despachoministro@mag.go.cr
aquiros@mag.go.cr
correspondenciaministro@mag.go.cr
2232-2103 2296-6720

De: Catalina Crespo Sancho, PhD
Defensora de los Habitantes

Copias: Dr. Daniel Salas Peraza
Ministro
Ministerio de Salud
despacho.documentos.ms@misalud.go.cr
ms@misalud.go.cr
karla.vilchez@misalud.go.cr
kmayorga@misalud.go.cr
Número de fax 22552594 /22237411

Lic. Carlos Manuel Rodríguez Echandi
Ministro
Ministerio de Ambiente y Energía
ministrominae@minae.go.cr

Lic. Steven Núñez Rímolo
Ministro
Ministerio de Trabajo y Seguridad Social
steven.nunez@mtss.go.cr
gisselle.campos@mtss.go.cr
Número de fax 2222-8085

Sr. Jaime Enrique De La Trinidad García González
biodiversidadcr@gmail.com

Asunto: **REMISION DE RECURSO DE RECONSIDERACION**

2015-2024: Decenio Internacional de las Personas Afrodescendientes

Bo. México, Calle 22 Avenidas 7 y 11 - Teléfono: 4000-8500 Facsímil: 4000-8700
Apdo. Postal: 686-1005 San José - Correo electrónico: correspondencia@dhr.go.cr
San José, Costa Rica

En la Defensoría de los Habitantes se recibió un recurso de reconsideración interpuesto por el señor Luis Renato Alvarado Rivera, en relación con el Informe Final, oficio N° **04903-2019-DHR** -[CV] correspondiente al expediente N° 237343-2017-SI.

Con respecto a este asunto, la Defensoría emitió las siguientes recomendaciones:

"(...) Al Ministerio de Salud

Primero. - Prohibir de manera explícita y expresa cualquier uso no agrícola de productos que contienen glifosato, particular y específicamente, su uso como herbicida para control de malezas en espacios públicos y zonas urbanas.

**Al Ministerio de Salud,
Ministerio de Agricultura y Ganadería,
Ministerio de Ambiente y Energía y
Ministerio de Trabajo y Seguridad Social**

Primero.- Valorar el documento "Glifosato: Caracterización de los posibles efectos para la salud y vías de exposición", y la propuesta de decreto ejecutivo para la "prohibición de la importación, fabricación, comercialización y suministro de ingredientes activos grado técnico, sus sales y productos formulados que contengan el ingrediente activo N-(fosfonometil)glicina (Glifosato)", elaboradas por la comisión interinstitucional coordinada por el Ministerio de Salud, con el fin de que se prohíba el uso del glifosato, sus sales y las formulaciones que las contengan.(...)"

El recurso de reconsideración interpuesto por el señor Ministro de Agricultura, se basa en las siguientes consideraciones:

"El suscrito, LUIS RENATO ALVARADO RIVERA, mayor, casado una vez, empresario, vecino de San Luis de Santo Domingo de Heredia, con cédula de identidad número 1-561-205, en mi condición de Ministro de Agricultura y Ganadería, designado mediante Acuerdo Ejecutivo de Nombramiento No. 00I-P del 08 de mayo del 2018, publicado en el Alcance No. 94 al Diario Oficial La Gaceta No. 80 del 09 de mayo del 2018, antes ustedes con el debido respeto, manifiesto:

En relación con el Informe de recomendaciones identificado como OFICIO N° 04903-2019-DHR emitido por la Defensoría de los Habitantes, dictado dentro del Proceso de Investigación promovido por el señor Jaime Enrique García González, contra el uso del agroquímico Glifosato, en tiempo y forma interpongo contra el mismo RECURSO DE RECONSIDERACION, conforme al artículo 22 de la Ley N° 7319, Ley de la Defensoría de los Habitantes de la República y los siguientes fundamentos fácticos y jurídicos:

SOLICITO RECONSIDERACION en cuanto a la recomendación que va dirigida a los Ministerio de Salud, Ministerio de Agricultura y Ganadería, Ministerios de Ambiente y Energía y al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por encontrarme inconforme específicamente en "Valorar el documento y la propuesta de decreto ejecutivo para la "prohibición de la importación, fabricación, comercialización y suministro de ingredientes activos grado técnico, sus sales y productos formulados que contengan el ingrediente activo N-(fosfonomezil)glicina (Glifosato) ", elaboradas por la comisión interinstitucional coordinada por el Ministerio de Salud, con el fin de que se prohíba el uso del glifosato, sus sales y las formulaciones que las contengan", y que en su lugar se establezca: Valorar el documento ... , así como también determinar la procedencia o no de la propuesta de decreto ejecutivo para la "prohibición de

la importación, fabricación, comercialización y suministro de ingredientes activos grado técnico, sus sales y productos formulados que contengan el ingrediente activo N-(fosfonometil) glicina (Glifosato) elaboradas por la comisión interinstitucional coordinada por el Ministerio de Salud, con el fin de que se prohíba el uso del glifosato, sus sales y las formulaciones que las contengan, y en caso de no ser procedente, determinar la vía legal mediante la cual se pueda garantizar la valoración de riesgo, medidas de mitigación del riesgo, medidas de buenas prácticas de mercado.

Esta reconsideración se basa, primero en que, en la comisión interministerial, no existió participación de personeros del Ministerio de Agricultura y Ganadería, y el informe rendido por dicha comisión, responde a un enfoque meramente de salud y ambiental, sin considerar en ningún momento, otras aristas que pudieron haber incidido directamente en la decisión de brindar la recomendación.

Lo anterior obedece a que, en Costa Rica la prohibición no es la única vía para regular el tema del uso del agroquímico glifosato, sino que, el ordenamiento jurídico establece otras herramientas jurídicas eficaces y útiles para lograr cumplir y salvaguardar los principios constitucionales de la salud humana y la protección del ambiente.

Como nuestro ordenamiento jurídico establece, el Servicio Fitosanitario del Estado, es una institución adscrita al Ministerio de Agricultura y Ganadería, y es la Autoridad Competente en el tema de registro de agroquímicos. Por otra parte, debe considerarse que el tema en debate, es el uso del producto agroquímico Glifosato y sus sales, químico ampliamente utilizado en la industria agrícola para el control de malezas de todos los cultivos, por lo que resultaba de vital importancia la participación de funcionarios del Ministerio de Agricultura y Ganadería, propiamente del Servicio Fitosanitario del Estado.

En segundo lugar, siendo respetuosos del informe interministerial, específicamente en el apartado 21 de Conclusiones y recomendaciones que dice: "21. Según el criterio de identificación No. 8 de la FAO/OMS, de conformidad con lo acordado en la Reunión Conjunta FAO/OMS sobre Manejo de Plaguicidas (2008) y el Código Internacional de Conducta en el Manejo de Plaguicidas de la FA O/OMS (2016) en sus artículos 1.2, 3.6, 6.1.1 y 7.5 se indica que la prohibición de importación, distribución, venta y compra de plaguicidas de alta peligrosidad puede ser considerada si la valoración de riesgo, medidas de mitigación del riesgo, medidas de buenas prácticas de mercado son insuficientes para asegurar que el producto pueda ser manejado sin riesgo inaceptable para humanos y el ambiente", se establece como última opción la prohibición de la sustancia, bajo el único supuesto de que si la valoración de riesgo, medidas de mitigación, buenas prácticas, sean insuficientes para asegurar que el producto pueda ser manejado sin un riesgo inaceptable para humanos y el ambiente; y no como primera opción, tal y como lo establece el título de la propuesta de Decreto Ejecutivo que se recomienda implementar.

Siendo, así las cosas, y como Autoridad competente, el legislador estableció en la Ley 7664 Ley de Protección Fitosanitaria, la valoración del riesgo, medidas de mitigación, buenas prácticas de mercado para circunstancias que se presentaran con sustancias químicas, biológicas o afines que se clasifiquen en la categoría de mayor toxicidad y las declaradas de uso restringido, lo anterior mediante los artículos 29 y 30 idem, que dicen:

"ARTICULO 29.- Venta restringida. Las sustancias químicas, biológicas o afines, para uso agrícola que se clasifiquen en la categoría de mayor toxicidad y las declaradas de uso restringido, deberán venderse únicamente mediante receta expedida por un profesional en

Ciencias Agrícolas, incorporado al Colegio de Ingenieros Agrónomos. En la receta constarán las especificaciones e indicaciones técnicas, agronómicas y los métodos que deberán aplicarse.

ARTICULO 30.- Prohibiciones y restricciones por razones técnicas. El Ministerio de Agricultura y Ganadería podrá restringir o prohibir la importación, el tránsito, el redestino, la fabricación, la formulación, el reenvase, el reempaque, el almacenamiento, la venta, la mezcla y la utilización de sustancias químicas, biológicas o afines y equipos de aplicación para uso agrícola, cuando se justifique por razones técnicas y se considere que emplearlas es perjudicial para la agricultura, la salud o el ambiente."

Artículos que se encuentran estrechamente ligados dentro de la Ley de Protección Fitosanitaria, con la protección de los principios constitucionales, que prácticamente radica en la protección de la salud humana y el ambiente, tal y como lo podemos observar en el artículo 2 de esa misma pieza jurídica, que dice así:

'ARTICULO 2.- Objetivos la presente ley tiene por objetivos:

e) Regular el uso y manejo de sustancias químicas, biológicas o afines y equipos para aplicarlas en la agricultura; asimismo, su registro, importación, calidad y residuos, procurando al mismo tiempo proteger la salud humana y el ambiente."

Es por tal motivo, que este Ministerio no comparte la recomendación establecida en el informe que se pretende sea reconsiderado, ya que existen otras opciones viables para abordar el tema del Glifosato y sus sales en la parte de uso agrícola y no abocarse a la salida más sencilla (la prohibición), que podría ser la más perjudicial para el sector agrícola y que, a su vez, sería la opción que la misma comisión interministerial no estaría respetando con la propuesta de Decreto de prohibición que se pretende implementar, ya que estaría en contra de la recomendación 21 del informe: GLIFOSATO:

CARACTERIZACIÓN DE LOS POSIBLES EFECTOS PARA LA SALUD Y VÍAS DE EXPOSICIÓN. PRETENSION

Se reconsidere el Informe de recomendaciones identificado como OFICIO N° 04903-2019-DHR emitido por la Defensoría de los Habitantes para que en su lugar se establezca: Valorar el documento ... , así como también determinar la procedencia o no de la propuesta de decreto ejecutivo para la "prohibición de la importación, fabricación, comercialización y suministro de ingredientes activos grado técnico, sus sales y productos formulados que contengan el ingrediente activo N- (fosfominoetil) glicina (Glifosato) elaboradas por la comisión interinstitucional coordinada por el Ministerio de Salud, con el fin de que se prohíba el uso del glifosato, sus sales y las formulaciones que las contengan, y en caso de no ser procedente, determinar la vía legal mediante la cual se pueda garantizar la valoración de riesgo, medidas de mitigación del riesgo, medidas de buenas prácticas de mercado", ya que para efectos de este ministerio y siendo respetuosos de los principios constitucionales de la Salud y protección al Ambiente, lo procedente es emitir un Decreto de Restricción de Uso del Glifosato, para que se venda bajo receta profesional.

CUESTIONES DE IMPORTANCIA:

Es importante informar y poner en conocimiento a la Defensoría de los Habitantes, que los 4 ministerios involucrados en el tema del Glifosato, es decir, el Ministerio de Agricultura y

Ganadería, Ministerio de Salud, Ministerio de Ambiente y Energía y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, nos hemos reunido con la finalidad de impulsar una propuesta de decreto Ejecutivo de Restricción de uso, amparado a la legalidad, en donde se logren considerar los hallazgos y conclusiones de la comisión interministerial junto con la realidad nacional, en materia del agro y de nuestra seguridad alimentaria que en gran medida dependen de la utilización de agroquímicos para el control de plagas.

Para los efectos de lo antes mencionado, la fecha en que se realizó la reunión de los 4 ministerios involucrados para la propuesta de Decreto de restricción fue el 29 de marzo de 2019, posterior a la primera reunión realizada el 19 de marzo de 2019, en Casa Presidencial, en donde los ministros acordamos revisar el informe del grupo interministerial y plantear una solución al tema, ajustada a nuestra realidad.”(sic)

Adicionalmente, se recibió un informe de cumplimiento de recomendaciones por parte del Ministerio de Salud mediante el oficio MS-DM-4552-2019 del 05 de junio de 2019 que señala lo siguiente:

“En atención a su oficio No. 04903-2019-DHR-(CV), nos permitimos indicarle que con relación a la recomendación que se le hace puntual al Ministerio de Salud, sobre “Prohibir de manera explícita y expresa cualquier uso no agrícola de productos que contienen glifosato, particular y específicamente, su uso como herbicida para control de malezas en espacios públicos y zonas urbanas”, hemos de indicarle que en la propuesta de decreto ejecutivo se contempla dicha prohibición, decreto que en los próximos días saldrá a consulta pública para ser objeto de observaciones de toda la ciudadanía.

En cuanto a la recomendación a los demás ministerios de “Valorar el documento “Glifosato:

Caracterización de los posibles efectos para la salud y vías de exposición”, y la propuesta de decreto ejecutivo para la “prohibición de la importación, fabricación, comercialización y suministro de ingredientes activos grado técnico, sus sales y productos formulados que contengan el ingrediente activo N-(fosfonometil)glicina (Glifosato)”, elaboradas por la comisión interinstitucional coordinada por el Ministerio de Salud, con el fin de que se prohíba el uso del glifosato, sus sales y las formulaciones que las contengan”, es importante recalcar que los jefes aquí firmantes, han tomado en todo momento las consideraciones plasmadas en el documento mencionado.”(sic)

Admitido el recurso para su conocimiento, se procedió al estudio de los alcances, fundamentos y demás aspectos del mismo. Una vez analizados los argumentos expuestos, la Defensoría de los Habitantes procede a emitir las siguientes consideraciones:

A continuación se describe la relación entre la recomendación emitida por esta Defensoría aquí impugnada y la propuesta de redacción promovida por el Ministerio de Agricultura y Ganadería.

Recomendación de la Defensoría de los Habitantes	Propuesta de recomendación
Valorar el documento “Glifosato: Caracterización de los posibles efectos para la salud y vías de exposición”, y la propuesta de decreto ejecutivo para la “prohibición de la importación, fabricación,	<i>Valorar el documento ... , <u>así como también determinar la procedencia o no de la propuesta de decreto ejecutivo para la “prohibición de la importación, fabricación, comercialización y</u></i>

<p>comercialización y suministro de ingredientes activos grado técnico, sus sales y productos formulados que contengan el ingrediente activo N- (fosfometil) glicina (Glifosato)", elaboradas por la comisión interinstitucional coordinada por el Ministerio de Salud, con el fin de que se prohíba el uso del glifosato, sus sales y las formulaciones que las contengan.</p>	<p><i>suministro de ingredientes activos grado técnico, sus sales y productos formulados que contengan el ingrediente activo N- (fosfometil) glicina (Glifosato) elaboradas por la comisión interinstitucional coordinada por el Ministerio de Salud, con el fin de que se prohíba el uso del glifosato, sus sales y las formulaciones que las contengan, y en caso de no ser procedente, <u>determinar la vía legal mediante la cual se pueda garantizar la valoración de riesgo, medidas de mitigación del riesgo, medidas de buenas prácticas de mercado.</u></i></p>
---	--

Los argumentos esgrimidos por el recurrente son los siguientes:

- a. La falta de participación del MAG en la comisión interinstitucional coordinada por el Ministerio de Salud provocó que su enfoque fuera solo ambiental y de salud.
- b. Que la prohibición del Glifosato se establece solo como última opción, cuando la valoración de riesgo, medidas de mitigación, buenas prácticas, sean insuficientes para asegurar que el producto pueda ser manejado sin un riesgo inaceptable para humanos y el ambiente.

Sobre estos argumentos, la Defensoría realiza las siguientes consideraciones:

1. Ministerio de Salud como rector del derecho a la salud humana

La Ley General de Salud N° 5395, que derogó por completo el Código Sanitario de 1949, reafirma que la salud de la población es un bien de interés público y estipula que es función esencial del Estado velar por la misma, garantizando el derecho de las prestaciones de salud a todos los habitantes del país. El Poder Ejecutivo por medio del Ministerio de Salubridad Pública (hoy Ministerio de Salud), es el encargado de definir la política nacional de salud, así como *"la formación, planificación y coordinación de todas las actividades públicas y privadas relativas a la salud."*¹

En 1983, se define formalmente el **sector salud**, mediante el Decreto Ejecutivo N°14313 SPPS-PLAN llamado Constitución del Sector Salud, ya que desde el año 1979 se había estructurado en sus rasgos más generales, pero no se habían definido claramente las potestades que el (la) Presidente (a) de la República y el (la) Ministro (a) de Salud tendrían sobre las instituciones que lo integran.

Para ese momento se define la integración del Sector Salud por el Ministerio de Salud (MINSAs); el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica (MIDEPLAN); el Ministerio de Presidencia (MP); el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (ICAA); la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS); además para asuntos específicos, los programas o actividades a cargo de las siguientes entidades que deban enmarcarse dentro de las políticas del Sector: Instituto Nacional de Seguros (INS), en su programa de riesgos profesionales y cualesquiera otros atinentes a prevención y tratamiento; Universidad de Costa Rica (UCR), en lo que respecta al Instituto de Investigaciones en Salud y el área de Ciencias Médicas. En el 2002 se incluye el Instituto Costarricense de Deporte y Recreación (ICODER).

¹ Organización Panamericana de la Salud. Perfil del Sistema y Servicios de Salud de Costa Rica. Con base al Marco de Monitoreo de la Estrategia Regional de Salud Universal. 2019. Páginas 9 -26

La conformación más reciente y vigente del sector salud se establece en el Decreto Ejecutivo N° 41187, Reglamento Orgánico del Poder Ejecutivo, el Sector Salud, Nutrición y Deporte, norma vigente a partir de junio del 2018, el cual está conformado por las siguientes instituciones centralizadas y descentralizadas:

- Ministerio de Salud,
- Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG),
- Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS),
- Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (AyA),
- Instituto Nacional de Seguros (INS),
- Instituto Costarricense del Deporte y la Recreación (ICODER),
- Dirección Nacional de Centros de Educación y Nutrición y de Centros Infantiles de Atención Integral (CEN-CINAI),
- Instituto de Alcoholismo y Farmacodependencia (IAFA),
- Instituto Nacional de Investigación y Enseñanza en Nutrición y Salud (INCIENSA)
- Patronato Nacional de Rehabilitación (PANARE)

Con respecto al **Sistema Nacional de Salud**, su conformación se reconoce en 1989, por Decreto Ejecutivo N°19276-S, en el cual se determina que está integrado por el conjunto de instituciones y organizaciones que forman parte del sector público y privado y que tienen como finalidad principal la protección y el mejoramiento del estado de la salud de las personas, las familias y las comunidades, independientemente de que tengan o no un fin lucrativo.

En este mismo decreto se establece el Reglamento General del Sistema, mediante el cual se responsabilizó al Ministerio de Salud de la rectoría del sistema, de la coordinación, el control técnico de los servicios dirigidos a alcanzar la salud y del bienestar para toda la población.

Según el Decreto Ejecutivo N° 19276-S, una de las funciones establecidas para el Sistema Nacional de Salud en el artículo 42 es la reducción de las muertes prevenibles y evitables, las enfermedades, la discapacidad y desarrollo de la capacidad física y mental de la población.

En razón de lo anterior, el Sistema de Salud de Costa Rica está regulado y normado desde los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, la Constitución Política hasta las leyes, decretos y reglamentos, que permiten, organizan y establecen el desarrollo de acciones orientadas al bienestar de la población, esto ratifica que para Costa Rica la salud es un derecho fundamental.

Por tanto, la función pública y política, así como su organización es dirigida por el **Ministerio de Salud**, representante del Sector Salud en el Poder Ejecutivo, quien ejerce la rectoría del Sector Salud y del Sistema Nacional de Salud mediante varias funciones básicas, entre ellas:

a. **Dirección Política de la Salud:** al contar con competencias para definir las prioridades de intervención sobre la situación de salud y sus determinantes y, cuando sea necesario para causar el impacto requerido, concertar directamente con los actores sociales del Sistema de Producción Social de la Salud, las acciones estratégicas necesarias, incluidas las relacionadas con la consecución de recursos, para proteger y mejorar el estado de salud de la población.

b. **La regulación del desarrollo de la salud** al contar con la competencia legal de elaborar y controlar el marco normativo que debe acatar toda persona física y jurídica que provea o reciba bienes y servicios de interés sanitario; o que realice actividades o mantenga conductas que, por su naturaleza, puedan afectar la salud de las personas, a fin de garantizar la calidad, seguridad, eficacia e inocuidad, según corresponda, de los bienes, servicios, actividades y conductas, de interés o impacto sanitario.

A este respecto, el artículo 7 de la Ley Orgánica del Ministerio de Salud (Ley N° 5412 de 1973), establece que corresponde al Ministerio de Salud dictar las normas técnicas en la materia de carácter particular o general, ordenar las medidas y disposiciones ordinarias y extraordinarias que técnicamente procedan en resguardo de la salud de la población, realizar todas las acciones y actividades y dictar las medidas generales y particulares que tiendan a la conservación y mejoramiento del medio ambiente, con miras a la protección de la salud de las personas.

Es necesario señalar la existencia de diferentes entidades públicas nacionales responsables de la rectoría estatal del sector salud de manera complementaria. En relación con ello, caben subrayar las funciones del Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE), que ejerce rectoría sobre el conjunto de actores sociales cuyo accionar produce impacto sobre el medio ambiente; el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS) que ejecuta su función rectora a través del Consejo de Salud Ocupacional para mantener y mejorar la seguridad e higiene ocupacional de los trabajadores; el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, que mantiene y mejora la seguridad vial de la población, y en este caso **el Ministerio de Agricultura y Ganadería en cuanto al sector agropecuario** según el numeral 3 de la Ley de Fomento a la Producción Agropecuaria FODEA y Orgánica del MAG. De tal manera, las actuaciones políticas de estas instituciones públicas, en materia de rectoría sanitaria, se singularizan por su carácter armónico, coordinado e intersectorial.

"Al tenor de lo anterior, podría pensarse que esta múltiple responsabilidad podría causar un caos en la gestión administrativa, lo cual no es cierto, por cuanto a fin de evitar la coexistencia simultánea de esferas de poder de diferente origen y esencia, la duplicación de los esfuerzos nacionales y locales, así como la confusión de derechos y obligaciones entre las diversas partes involucradas, es que se hace necesario establecer una serie de relaciones y funcionamiento coordinado entre las diversas dependencias del Poder Ejecutivo y las instituciones descentralizadas, y entre éstas con las municipalidades, a fin de poder llevar a cabo las funciones que les han sido encomendadas".²

En este sentido, vale la pena mencionar de nuevo lo dispuesto por la Ley General de Salud al señalar que:

"Artículo 7: *La presente y demás leyes, reglamentos y disposiciones administrativas relativas a la salud son de orden público y en caso de conflicto prevalecen sobre cualesquiera otras disposiciones de igual validez formal, sin perjuicio de las atribuciones que la ley confiere a las instituciones autónomas del sector salud. Queda a salvo lo dispuesto en los convenios y tratados internacionales".*

Decimos que una institución tiene competencia instrumental cuando es necesaria o conveniente su intervención para hacer cumplir la competencia principal de otra institución. Por ejemplo, es instrumental la actuación del Ministerio de Salud cuando garantiza las distancias de protección de ríos y quebradas.

La competencia es concurrente cuando el Ministerio de Salud coadyuva a que se cumpla la competencia de otra institución que también integra en alguna medida su propia competencia. Por ejemplo, las interacciones con las Municipalidades.

En cuanto interesa a este asunto, la competencia es **Original o Primaria** cuando es el Ministerio de Salud quien tiene esa obligación o función y nadie más. Es exclusiva, como la rectoría en Salud, por ejemplo.

² Resolución de la Sala Constitucional N° 2003-06322.

La forma externa de la rectoría se ejerce mediante el **Poder de Policía** que ha sido desarrollado por la Contraloría General de la República en el Pronunciamiento N° 130 C-130-2006 del 30 de marzo de 2006, precisamente con ocasión de la necesidad de definir el poder rector del Ministerio de Salud respecto de la Caja Costarricense de Seguro Social como institución autónoma.

El Poder de Policía encuentra su fundamento en la Constitución Política. Expresamente el artículo 140 de la Constitución establece como poder-deber del Poder Ejecutivo mantener el orden público. Al mismo tiempo, el inciso 8) le atribuye la vigilancia en la prestación de los servicios públicos. Estos poderes constitucionalmente atribuidos se ejercen dentro del marco de la ley.

El poder de policía es el "*conjunto de intervenciones de la Administración que tiende a imponer a la libre actuación de los particulares, la disciplina exigida por la vida en sociedad, dentro del marco definido por el legislador*".³

Respecto del **orden público**, ya la Sala Constitucional señaló en la sentencia N° 3173-93 de 14:57 hrs. del 6 de julio de 1993, que:

"No se trata únicamente del mantenimiento del orden material en las calles, sino también del mantenimiento de cierto orden jurídico y moral, de manera que está constituido por un mínimo de condiciones para una vida social, conveniente y adecuada. Constituyen su fundamento la seguridad de las personas, de los bienes, la salubridad y la tranquilidad..."

En el ámbito de la salud, la Ley General de Salud contiene diversas disposiciones de orden público, que atribuyen al Ministerio de Salud potestades por sobre todos los sujetos, públicos o privados, que realizan actividades dentro de las ciencias de la salud o relacionadas con ésta.

El concepto tradicional de orden público cubre necesariamente a la salubridad. La salud pública es, en efecto, parte del orden público.⁴

En el ámbito de la salud, el poder de policía se manifiesta a través de potestades para emitir autorizaciones, denegaciones, **prohibiciones** y órdenes en relación con situaciones jurídicas de origen legal; en este caso en protección de la salud. La policía administrativa, general o especial, es de naturaleza preventiva. En ese sentido, los poderes de policía administrativa tienden a prevenir o hacer cesar los atentados contra el orden público.

Estas **Potestades de Imperio** son atribuidas por la Ley al Ministerio de Salud a efecto de que sean ejercidas sobre los diversos prestadores y usuarios. El Estado, por medio del Ministerio de Salud, debe ejecutar sus potestades públicas en resguardo de la salud como parte del orden público. Cabría recordar que las potestades son un poder-deber y que han sido atribuidas para el logro de fines públicos, por lo que su ejercicio no depende del criterio de otras autoridades públicas, sino de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

El Ministerio de Salud es el rector tanto del **sector salud** como del **sistema nacional de salud** y las demás entidades del sector salud son rectoras solo en sus respectivos campos. La rectoría de estos ministerios no limita ni restringe la rectoría y la competencia del Ministerio de Salud que tiene una

³ Procuraduría General de la República, Criterio C-130-2006 del 30 de marzo de 2006.

⁴ SALUD: Es un producto social, que resulta del esfuerzo colectivo y organizado de la población y el Estado, así como de intervenciones efectivas en los siguientes cuatro ámbitos: el ambiente, el desarrollo de estilos de vida, los servicios de salud y la biología humana.

competencia **Original o Primaria** para proteger la salud humana. Esto es, que el Ministerio de Salud está facultado para regular actividades agropecuarias si lo hace para proteger la salud humana.

2. El Derecho Humano a la Salud

El Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone en el artículo 12 que: ⁵

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, figurarán 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.*

Al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: la obligación de **respetar, proteger y cumplir**. A su vez, la obligación de cumplir comprende la obligación de facilitar, proporcionar y promover. La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de intervenir directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías previstas en el artículo 12.

Particularmente, la obligación de **cumplir** requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud. Es decir, la efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud o la adopción de instrumentos jurídicos concretos.

En anteriores ocasiones⁶, la Defensoría ha señalado que la preponderancia de la vida y de la salud 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 tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señalando además que, como parte del compromiso del Estado con la protección y garantía del derecho a la salud, el régimen de seguridad social es también un pilar fundamental del sistema democrático nacional.

⁵ En este sentido, el artículo 12 del Pacto no adoptó por la definición de la salud que figura en el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que concibe la salud como *"un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades"*. Sin embargo, la referencia que en el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto se hace al *"más alto nivel posible de salud física y mental"* no se limita al derecho a la atención de la salud. Por el contrario, el historial de la elaboración y la redacción expresa del párrafo 2 del artículo 12 reconoce que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia, potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano.

⁶ Defensoría de los Habitantes. Expediente N° 160828-2014-SI.

Dentro del Derecho interno, específicamente en la Constitución Política de Costa Rica, el artículo 21 expresa que *"La vida humana es inviolable"*, disposición que ha sido la premisa mediante la cual se desarrolla el Derecho a la Salud.

Son múltiples los votos en los que la Sala Constitucional se ha referido al Derecho a la Salud como uno de los más importantes, colocándolo en la cúspide, del cual dependen los restantes derechos.

El Estado se encuentra en la obligación de brindarles a las y los habitantes las condiciones óptimas para que cualquier padecimiento sea atendido de una forma digna y oportuna.

De esta forma, la Sala Constitucional de Costa Rica ha expresado en sentencia N° 2007- 011744 de las 11:25 de 17 de agosto de 2007:

"(...) III- DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. El derecho a la vida reconocido en el numeral 21 de la Constitución es la piedra angular sobre la cual descansan el resto de los derechos fundamentales de los habitantes de la república. De igual forma, en ese ordinal de la carta política encuentra asidero el derecho a la salud, puesta 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. (...)"

El reconocimiento del Derecho a la Salud como derivación del Derecho a la Vida, se ha visto plasmado también en jurisprudencia constitucional:

"(...) Desde los tiempos pasados, la preocupación por la salud en el ser humano ha sido una constante, debido fundamentalmente a que es consustancial a la vida y es la prerrogativa más importante de los individuos, de allí que esté plenamente justificada la aspiración de todos los hombres de ser personas sanas, y de vivir en un ambiente salubre y entre Individuos que gocen de buenas condiciones físicas, mentales e incluso sociales (...) Por salud se entiende actualmente un estado completo de bienestar físico, mental y social y no simplemente la ausencia de afecciones o enfermedades como lo fue tradicionalmente. Modernamente es innegable el papel determinante que debe jugar el Estado, y en este caso que nos ocupa, el Estado costarricense, representado por el Ministerio de Salud en este campo, en cuanto al establecimiento de programas para la protección de ese valor fundamental de todos los ciudadanos. Así lo ha interpretado esta Sala en jurisprudencia reiterada fundamentando el Derecho a la Salud a partir de una interpretación extensiva del Derecho a la Vida- constitucionalmente protegido en el artículo 21 de la Carta Magna- en estrecha relación con los derechos sociales de las personas que también estén presentes en la Constitución (...) "(Voto N° 2522 del año 1997)

Más recientemente en la resolución sobre la obligatoriedad de las vacunas para las personas menores de edad, la Sala Constitucional reiteró la supremacía de la protección de la vida y la salud:

"(...) La preponderancia de la vida y de la salud, como valores supremos de las personas, está presente y señalada como de obligada tutela para el Estado, no sólo en la Constitución Política, sino también en diversos instrumentos internacionales suscritos por el país como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Debe quedar claro no sólo la relevancia de los valores para los cuales el actor reclama tutela, sino también el grado de compromiso que el Estado costarricense ha adquirido en cuanto a acudir de manera incuestionable e

incondicional en su defensa. (Sentencia número 2000-01954 de las 8:53 horas del 3 de marzo del 2000)”

Asimismo, a nivel internacional, la protección del Derecho a la Vida y el Derecho a la Salud como prerrogativa humana, se ven reflejados en instrumentos de Derecho supranacionales que han sido reconocidos por el país, entre los cuales se encuentran:

1) Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) del 22 de noviembre de 1969, artículos 4 y 5 que indican:

"Artículo 4: Derecho a la Vida.

1- Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. (...)"

"Artículo 5: Derecho a la Integridad personal

1- Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral (...)"

2) Protocolo adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales (Protocolo de San Salvador) del 17 de noviembre del 1998:

"Artículo 10: Derecho a la Salud

1- Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

2- Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud como un bien 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 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,

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."

3) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 3 de enero de 1976, que reza:

"Artículo 12: Derecho a la salud

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, figurarán 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".

4) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, artículo XI, manifiesta:

"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."

5) El Protocolo de San Salvador ha señalado en su preámbulo:

"...con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos."

Asimismo, en materia de Seguridad Social en sus artículos 9 y 10, indica lo siguiente:

Artículo 10

Derecho a la Salud

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 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...."

6) Por su parte, la Observación general 14, sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala la importancia de la protección de las cuestiones ambientales, como con detalle se transcribe aquí:

*"15. "El mejoramiento de todos los aspectos de la higiene ambiental e industrial" (apartado b) del párrafo 2 del artículo 12) entraña, en particular, la adopción de medidas preventivas en lo que respecta a los accidentes laborales y enfermedades profesionales; la necesidad de velar por el suministro adecuado de agua limpia potable y la creación de condiciones sanitarias básicas; la prevención y reducción de la exposición de la población a sustancias nocivas tales como radiaciones y sustancias químicas nocivas **u otros factores ambientales perjudiciales que afectan directa o indirectamente a la salud de los seres humanos**. Además, la higiene industrial aspira a reducir al mínimo, en la medida en que ello sea razonablemente viable, las causas de los peligros para la salud resultantes del medio ambiente laboral. Además, el apartado b) del párrafo 2 del artículo 12 abarca la cuestión relativa a la vivienda adecuada y las condiciones de trabajo higiénicas y seguras, el suministro adecuado de alimentos y una nutrición apropiada, y disuade el uso indebido de alcohol y tabaco y el consumo de estupefacientes y otras sustancias nocivas."*

Como parte del desarrollo regulatorio de este derecho humano, el numeral 50 de la Constitución Política es claro al disponer:

"El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes."

En este sentido el derecho a la salud se presenta como aquel en el cual su titular aparece como necesitado de una serie de acciones del Estado para lograr el pleno goce del mismo. 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 y satisfacer su necesidad apremiante. Dos son el tipo de acciones positivas que se pueden demandar del Estado: a) las de control y policía sanitaria y b) las prestaciones médico asistenciales.⁷

Por policía sanitaria, como se ha dicho antes, 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). Se expresa a través de un conjunto de medidas tendientes 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 a 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 u ocupacional, para evitar o impedir enfermedades transmisibles, sanidad exterior, sanidad ambiental, control para garantizar la seguridad e inocuidad alimentaria, control del agua para consumo humano, el control de productos farmacéuticos, la regulación sanitaria de viviendas, construcciones, comercio, industria, etc.

Esas medidas y otras similares están dirigidas a producir impacto en mayor o menor grado en los factores determinantes de la salud, como por ejemplo el *medio ambiente* (contaminación física, química, biológica, del agua, del aire, del suelo, de los alimentos, etc.), y a exigir una mayor responsabilidad de los diversos actores económicos, sociales, públicos y privados, en aras de lograr mediante mecanismos de control y sancionatorios, una conducta acorde con el respeto del derecho a la salud de la población entendida individual y colectivamente.

Se trata del derecho de cada persona a que su propia salud o la de los demás no se vean amenazada ni dañada por acciones externas realizadas por cualquier sujeto público o privado. Es un derecho de exclusión oponible *erga omnes*.

Además, el derecho a la salud es un derecho supremo, esto es que prevalece por encima de otros en caso de conflicto.

⁷ Navarro (Román). Derecho a la Salud. San José, Costa Rica. Editorial Juricentro 2010. Páginas 103-104.

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.(...)"⁸

Es el **Principio Pro homine** el que informa esta resolución, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia y/o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del ser humano.

Los derechos humanos consagrados por el orden jurídico son esencialmente relativos y, por ello, susceptibles de ser regulados razonablemente. Asimismo, algunos derechos pueden ser objeto de restricciones legítimas en su ejercicio, e, incluso de suspensión extraordinaria si ello se hace con fundamento en proteger a la persona humana.

Son restricciones legítimas los límites de tipo permanente que se imponen al ejercicio de algunos derechos (como el de comercio), en atención a la necesidad de preservar o lograr determinados fines que interesan a la sociedad toda.

Las restricciones que se impongan al ejercicio de los derechos humanos deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma –que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan– y a condiciones de fondo –representadas por la legitimidad de los fines que, con tales restricciones, pretenden alcanzarse.

En razón de todo lo anterior, desde una perspectiva de los Derechos Humanos, el Estado costarricense se encuentra en la obligación de cumplir con el mandato de proteger el derecho a la salud por encima de cualquier otra consideración. Además, queda claro que forman parte del contenido esencial 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 a la intervención en su esfera privada como las facultades para exigir las acciones positivas necesarias mediante la policía sanitaria. Con lo cual, corresponde al Ministerio de Salud, conforme se señaló en el apartado anterior, adoptar todas las medidas necesarias, incluidas las regulatorias y restricciones para hacer efectiva la tutela del derecho a la salud.

3. Principio Precautorio. Bases conceptuales

El informe recurrido dispone dos constataciones importantes que permiten invocar el Principio Precautorio que esta resolución de recurso de revocatoria retoma dada la trascendencia para este asunto:

⁸ Navarro (Román). Derecho a la Salud. San José, Costa Rica. Editorial Juricentro 2010. Página 130.

"5. El 20 de marzo del 2015 la IARC/OMS aumentó la calificación de riesgo del glifosato para la salud humana, incorporándolo a la lista de sustancias "**probablemente carcinógenas**" del grupo 2A, que se utiliza cuando hay pruebas indicativas de carcinogenicidad en seres humanos y suficiente evidencia de carcinogenicidad en animales de experimentación, quedando esta comunicación editada primero como resumen en la revista especializada "The Lancet Oncology" y luego de forma completa en la Monografía número 112 de la IARC/OMS." El subrayado no pertenece al original.

9. La Comisión Interinstitucional para el estudio de los efectos sobre la salud y el ambiente de las formulaciones con glifosato concluyó que el glifosato **puede considerarse como plaguicida de alta peligrosidad** con base en la caracterización de los posibles efectos graves o irreversibles en la salud, de acuerdo con el criterio de la IARC en la Monografía 112." El subrayado no pertenece al original.

El Principio de Precaución nació como una respuesta lúcida y comprometida ante los problemas y dilemas que ofrece la evolución de la ciencia y de la técnica.⁹ Pero es indiscutible que junto a este panorama de progreso y de acentuación del dominio humano sobre la naturaleza, se fueron creando innumerables riesgos que hoy preocupan.¹⁰

Se trata de riesgos con características propias que no sólo importan cambios cuantitativos con relación a los conocidos anteriormente, sino que presentan aristas propias que apuntan a nuevos enfoques jurídicos y a nuevas formas de gestión pública. Nadie puede quedar al margen de la toma de decisiones, en tanto los riesgos comprometen bienes tan relevantes como la vida, la salud y el medioambiente.¹¹

La posibilidad cierta de trasladar estas técnicas al ser humano ha llevado a la creación de un amplio campo para la reflexión, en el cual no sólo entran en juego indiscutibles cuestiones éticas, sino que paralelamente se acrecienta el temor sobre riesgos actuales y futuros.

Es obvio que toda tarea humana implica la asunción de riesgos y que el riesgo cero es una utopía. Pero esta reflexión no puede conducir a una aceptación pasiva de riesgos.¹²

Hoy el Principio Precautorio se ha extendido progresivamente al Derecho internacional y a los derechos nacionales en cuanto a los efectos a largo plazo de productos químicos, desechos industriales, productos sanitarios y productos derivados de la ingeniería genética.

La aplicación del principio demanda —a juicio de P. Lascoune— un ejercicio activo de la duda. La lógica de la precaución no mira al riesgo (que releva de la prevención), sino que se amplía a la incertidumbre, es decir, aquello que se puede temer sin poder ser evaluado. La incertidumbre en este contexto no exonera de la responsabilidad; al contrario, ella la refuerza al crear un deber de prudencia.¹³

⁹ Dario Bergel, Salvador. Principio de Precaución. Enciclopedia de Bioderecho y Bioética. Romeo Casabona. Carlos María. Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco. España. Abril de 2011

¹⁰ Dario Bergel, Salvador. El Principio de Precaución como Criterio Orientador y Regulador de la Bioseguridad. En: Biología, Desarrollo y Justicia. Romeo Casabona. Carlos. Universidad de Deusto. Universidad de País Pasco. España, Bilbao, 2008.

¹¹ UNESCO. Informe del Grupo de Expertos sobre el Principio Precautorio. París. 2005

¹² Dario Bergel, Salvador. Principio de Precaución. Enciclopedia de Bioderecho y Bioética. Romeo Casabona. Carlos María. Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco. España. Abril de 2011.

¹³ Dario Bergel, Salvador. Principio de Precaución. Enciclopedia de Bioderecho y Bioética. Romeo Casabona. Carlos María. Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco. España. Abril de 2011

Aquí podemos observar una primera aproximación a uno de los pilares fundamentales en los que establece el Principio: la necesidad de actuación aún ante la falta de evidencia científica sobre la producción del daño. El científico noruego Terje Traavik, lo grafica utilizando un juego de palabras **"ausencia de evidencia no es evidencia de ausencia de riesgo"**, o lo que es lo mismo, por el hecho de que no se conozcan los riesgos no significa que no los haya.

Es claro que la exigencia de estos presupuestos impone una limitación considerable a la eficacia del principio en su aplicación práctica. El costo económico que supone la aplicación del Principio no puede oponerse a bienes colectivos de la entidad y relevancia de los que justifican su puesta en práctica. La relación costo-beneficio no puede invocarse cuando se encuentran en juego la salud pública, el medio ambiente; o extendiendo el análisis, el destino de las generaciones futuras.

El Principio ha llegado a constituirse así en un instrumento fundamental para someter a un cauce de racionalidad la aplicación de nuevas tecnologías y para posibilitar que el Estado, como ordenador de los diversos sectores sociales que lo integran, pueda cumplir en mejor forma uno de sus objetivos básicos: el resguardo de la seguridad colectiva.

La referencia a la precaución, enseña Lascoune, conduce a reforzar los intereses sociales colectivos tales como el medio ambiente o la salud pública, de forma tal que permita balancear la presión de intereses económicos —costos de investigación, libre circulación de mercadería, libre juego de la competencia.¹⁴

La interpretación que hoy puede darse al estándar "interés general", que toma en consideración el principio, está en constante evolución. La precaución extiende sus efectos permitiendo en su nombre denegar una autorización o imponer prescripciones adicionales a la difusión de nuevos productos, procedimientos o a la implementación de un proyecto en razón del grado de incertidumbre del cual sean portadores.

En la Declaración de Wenigspread (enero de 1998), se enfatizó que *"cuando una actividad se plantea como una amenaza para la salud humana o el medio ambiente deben tomarse medidas precautorias aún cuando algunas relaciones de causa-efecto no se hayan establecido de manera científica en su totalidad"*.¹⁵

Posteriormente en la Declaración de Lowel sobre ciencia y principio de precaución se destacó *"que la aplicación efectiva del principio de precaución requiere una investigación científica interdisciplinaria, así como de la experimentación de las incertidumbres envueltas en dicha investigación y sus hallazgos. La toma de decisiones de forma preventiva es consistente con la "buena ciencia" debido a las grandes lagunas de la incertidumbre e incluso ignorancia que persisten en nuestra comprensión de los sistemas biológicos complejos, de la interconexión entre los organismos y del potencial de impactos interactivos y acumulativos de peligros múltiples"*.¹⁶

Pese a tratarse de un principio novedoso, en plena elaboración, que se va enriqueciendo con reflexiones y aportes provenientes de diversas disciplinas, se pueden hoy marcar ciertos componentes ya consolidados en su estructura. Tales componentes son:¹⁷

¹⁴ Dario Bergel, Salvador. Principio de Precaución. [Enciclopedia de Bioderecho y Bioética](#). Romeo Casabona. Carlos María. Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco. España. Abril de 2011

¹⁵ Dario Bergel, Salvador. Principio de Precaución. [Enciclopedia de Bioderecho y Bioética](#). Romeo Casabona. Carlos María. Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco. España. Abril de 2011

¹⁶ UNESCO. Informe del Grupo de Expertos sobre el Principio Precautorio. París. 2005

¹⁷ Dario Bergel, Salvador. Principio de Precaución. [Enciclopedia de Bioderecho y Bioética](#). Romeo Casabona. Carlos María. Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco. España. Abril de 2011

- a. Temor de un daño potencial a la salud o al medio ambiente derivado de una acción o inacción humana; daños cuyos efectos se consideran irreparables e irreversibles.
- b. Incertidumbre científica acerca del acaecimiento del daño o de la relación de causalidad entre la conducta observada y el daño.
- c. Ejercicio de una acción anticipada, conforme a la naturaleza y alcance del daño temido.

Pasamos a desarrollar los elementos centrales arriba indicados: ¹⁸

a) Daño: El daño temido tiene la característica de ser grave e irreversible. La incertidumbre no sólo se refiere a la causación del daño sino también a sus características. No obstante, es importante señalar para ubicar el principio en su real dimensión, que debe considerarse grave e irreparable, lo cual habla de características que lo ubican fuera de lo común.

El temor debe estar fundado en hechos objetivos que se conecten adecuadamente con la realidad y no ser el fruto de una percepción subjetiva.

En cada caso habrá que analizar los componentes de ese daño temido a fin de apreciar si tiene caso aplicar el Principio. No es posible dar más que criterios generales, que naturalmente deberán ser valorados en cada situación; en tanto, el Principio de Precaución constituye un remedio excepcional para afrontar situaciones excepcionales.

b) Incertidumbre: Tal como se señaló, otro elemento relevante en la construcción del Principio Precautorio es el relativo a la duda, a la incertidumbre que no puede ser disipada con base en los conocimientos científicos existentes en el momento del análisis. El centro de la duda es precisamente el conocimiento científico acerca de las consecuencias dañosas de una acción o de una omisión.

En primer término, tenemos la incertidumbre de la técnica que deriva de los datos incompletos, resultados ambiguos o variabilidad del sistema de expertos utilizados. Con reiterar el ensayo sería posible salir de esta incertidumbre.

Junto a la incertidumbre técnica, cabe considerar la incertidumbre metodológica, que apunta a la falta de fiabilidad de ciertos modelos para representar en forma precisa el sistema en estudio y también la incertidumbre epistemológica, derivada de la confluencia de sistemas biológicos, ecológicos, junto a la inevitable brecha entre las condiciones cerradas de la investigación experimental y de las circunstancias contingentes en que los resultados de la investigación científica son aplicados.

c) Necesidad del ejercicio de una acción anticipatoria del daño: Aquí radica lo novedoso de este principio, que se ajusta sin dudas a la realidad creada por los espectaculares avances de la revolución científico-técnica. Actuar con cautela para evitar la producción de un daño es un principio que dicta el sentido común.

Aquí, en una esfera de incertidumbre científica sobre la producción del daño, se debe actuar para anticiparse al mismo, si es que se advierten síntomas que posibilitarán su producción. Dentro de ciertos parámetros racionales, se constriñe la necesidad de evitar un daño que aún no se sabe si se va a producir y en su caso, en qué momento y con qué dimensión. La naturaleza y la valoración de los bienes en juego imponen una conducta anticipatoria.

¹⁸ Dario Bergel, Salvador. Principio de Precaución. Enciclopedia de Bioderecho y Bioética. Romeo Casabona. Carlos María. Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco. España. Abril de 2011

Uno de los aspectos centrales que juega aquí es el factor tiempo: la incertidumbre reside en gran parte en la demora entre la causa y la manifestación del efecto dañoso; el retraso entre uno y otro puede ser considerable. La hipótesis de precaución va de la mano con la toma de conciencia de la dilación en el tiempo, con un nuevo "tomar en cuenta", con la duración en la causalidad de las acciones humanas; situación desconocida en la hipótesis del accidente caracterizado por la coincidencia o la proximidad de la causa y el efecto.

La reiteración del Principio Precautorio en numerosos instrumentos internacionales lo llevó en primer término a ser considerado un principio del Derecho internacional consuetudinario y luego a integrarse a los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas, conforme al artículo 38 de los Estatutos de la Corte Internacional de Justicia.

Esto, sin dejar de reconocer que ha sido incorporado a numerosas leyes nacionales vinculadas con el medio ambiente y la salud.

Asimismo, cabe señalar su perfil ético. Desde este ángulo de mira, el principio puede inscribirse en la "Ética de la Responsabilidad" preconizada por Hans Jonas, en tanto considera los efectos de las acciones de la sociedad de hoy sobre las generaciones futuras.

Finalmente, conviene hacer algunas últimas precisiones conceptuales. Para poder captar en toda su riqueza la función que asume el Principio en el estadio actual de evolución de la ciencia y de la técnica y la novedad que aporta, es importante diferenciarlo de otros afines: la previsión y la prevención.

La previsión es contemporánea a una ignorancia de áreas de la existencia; la prevención es una conducta racional frente a un mal que la ciencia puede objetivar y mesurar, que se mueve dentro de las certidumbres de la ciencia.

La precaución —por el contrario— enfrenta a otra naturaleza de la incertidumbre: la incertidumbre de los saberes científicos en sí mismos. De esta comparación surge una diferencia que deviene en medular en el debate social de nuestros días: mientras la prevención es un asunto de expertos confiado a sus saberes, la precaución es un asunto que compete a la sociedad en su conjunto y debe ser gestionado en su seno para orientar la toma de decisiones políticas sobre asuntos de relevancia fundamental.

En su dinámica de actuación, la precaución apunta a la toma de decisiones que se orientan en dos direcciones: negativas (mandato de prohibición, moratorias, etc.) o positivas (intensificación de las investigaciones emprendidas, realización de nuevas investigaciones o búsquedas ampliadas a otros campos del saber). El principio no admite, como algunos autores pretenden, ser vinculado con el bloqueo del progreso. Por el contrario, constituye una puesta en acción de la idea moderna del progreso. El progreso es inseparable del dominio de los fenómenos: forzoso es constatar que nuestras técnicas no pasan de engendrar efectos imprevisibles.

¿Qué se considera "prueba suficiente"? ¿Cómo se definiría en un mundo en el cual todo saber en torno a los peligros y riesgos se rige necesariamente por los parámetros de las teorías de las probabilidades, además de originarse en la imposibilidad de saber?

Bourg y Schlegel marcan cuatro errores, las más de las veces intencionales, que se cometen en torno al Principio Precautorio, para eludir su aplicación:¹⁹

¹⁹ Darío Bergel, Salvador. Principio de Precaución. Enciclopedia de Bioderecho y Bioética. Romeo Casabona. Carlos María. Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco. España. Abril de 2011

- a. La precaución exige la inversión de la carga de la prueba. Ello no surge de su enunciado ni de sus fines; por el contrario, **la precaución exige que se continúe con las investigaciones y que se puedan revisar decisiones anteriores con base en nuevos conocimientos.**
- b. La precaución equivale a una exigencia de riesgo cero. Esto tampoco surge de los postulados básicos del principio ni podría ser racionalmente sostenido.
- c. La precaución no implica más que la prevención. Aquí cabe reiterar que existe prevención cuando el riesgo es conocido y precaución cuando el riesgo es mal conocido o incierto; es decir estamos ante conceptos suficientemente diferenciados.
- d. La precaución llama a la abstención. El principio, por el contrario, no llama a la inacción, sino a la acción en defecto de un conocimiento imperfecto de la amenaza o de los mecanismos aplicables.

En primer lugar, se destaca que la puesta en funcionamiento de una aproximación al principio de precaución debería comenzar por una evaluación científica que fuese lo más completa posible; y cuando se pueda, determinar en cada etapa el grado de incertidumbre científica.

Los responsables al momento de decidir si es conveniente una acción fundada sobre el Principio, deberían considerar una evaluación de las consecuencias potenciales de la ausencia de acción y de las incertidumbres de la evolución científica.

Para tal efecto, deben considerarse los siguientes elementos:

- a. Proporcionalidad
- b. No discriminación
- c. Coherencia
- d. Examen de las ventajas y de los inconvenientes resultantes de la acción o de la ausencia de acción
- e. Examen de la evolución científica.
- f. Por el contrario, el Principio conduce a poner en funcionamiento procedimientos de pericia, de definición y de gestión que permiten adaptarse mejor a los peligros de gobernarlas, en tanto que pueden evitar su producción.

El Principio Precautorio, cada vez más invocado y aplicado, constituye la respuesta política a situaciones en las que se presume con fundamentos atendibles, aún cuando sin evidencia científica, la posibilidad de generación de un daño grave e irreversible que afecte a la vida, la salud, o el medioambiente, a consecuencia de la aplicación de tecnologías novedosas.

La exigencia de que el Derecho intervenga con medidas de protección a los ciudadanos, incluso cuando la posibilidad del efecto dañoso no se encuentre avalada por una plena seguridad científica, constituye el síntoma de un importante cambio de la epistemología encaminada a la regulación jurídica de la ciencia. Se trata del paso de una visión crítica del saber científico, asumida como objetiva y exenta de incertidumbre, a una posición consciente de la no aceptación de la ciencia.²⁰

Sin duda, el Principio se constituye en uno de los instrumentos necesarios e imprescindibles para que los administradores públicos puedan equilibrar las consabidas tensiones entre los sectores de la producción y la sociedad civil. Su aplicación con criterio de prudencia y ecuanimidad contribuirá, sin duda, a disipar

²⁰ UNESCO. Informe del Grupo de Expertos sobre el Principio Precautorio. Paris. 2005

preocupaciones sociales que, de no ser adecuadamente atendidas, son susceptibles de crear conflictos de por sí evitables.

El creciente avance de las ciencias y de las técnicas en las más diversas áreas, va acompañado de un correlativo aumento de los riesgos, cuyo examen y gestión reclaman las sociedades modernas. En esta tarea, el principio precautorio se constituye en un instrumento insoslayable en la toma de decisiones políticas.

El Principio ha sido concebido con la elasticidad necesaria para adaptarse a las variadas situaciones en las que es llamado a actuar, ofreciendo una multiplicidad de criterios que van desde las soluciones extremas (prohibición de la actividad) a soluciones más aceptables tales como las moratorias temporales, la reiteración de los ensayos, la intensificación de las investigaciones, todo lo cual permite un mayor grado de protección a bienes tan privilegiados como la vida y la salud, sin alterar injustificadamente el desarrollo de las actividades científicas o económicas.

4. El Principio Precautorio en la aplicación jurisdiccional costarricense

La aplicación del **Principio Precautorio** da soporte al surgimiento de la responsabilidad que tiene el Estado ante la colocación del habitante en situaciones de riesgo para su vida o salud. Al respecto la Sala Constitucional lo ha señalado:²¹

"VI.- PROYECCIÓN Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO A LA SALUD HUMANA. (...) el principio precautorio operó, inicialmente, en el ámbito del medio ambiente, ulteriormente se extiende al ámbito de la salud humana. Así, en la Declaración de Wingspread (enero de 1998) sobre el principio precautorio se proclamó lo siguiente:

"(...) Al darnos cuenta de que las actividades humanas pueden involucrar riesgos, todos debemos proceder en una forma más cuidadosa que la que ha sido habitual en el pasado reciente. Las corporaciones, los organismos gubernamentales, las organizaciones privadas, las comunidades, los científicos y otras personas deben adoptar un enfoque precautorio frente a todas las empresas humanas.

*Por lo tanto es necesario implementar el Principio Precautorio: cuando una actividad se plantea como una amenaza para la salud humana o el medioambiente, deben tomarse medidas precautorias **aún cuando algunas relaciones de causa y efecto no se hayan establecido de manera científica en su totalidad** (...)*

*En ese contexto, **los proponentes de una actividad, y no el público, deben ser quienes asuman la responsabilidad de la prueba** (...)"*

La operatividad del principio precautorio en este ámbito es muy simple y significa que cuando una actividad produce o provoca amenazas o probabilidades de daño serio e irreversible a la salud humana, deben adoptarse las medidas precautorias aunque los efectos causales no se encuentren científicamente establecidos. Desde esa perspectiva, los sujetos de Derecho privado y los poderes públicos que propongan y estimen que el uso de un medicamento o sustancia no es nociva para la salud deben demostrar o acreditar que no habrá daño a la salud antes de su uso, con lo cual se produce una inversión en la carga probatoria de la lesión. Finalmente, es preciso señalar que el principio precautorio tiene una

²¹ Sala Constitucional. Resolución N° 2006-017747 de las catorce horas con treinta y seis minutos del once de diciembre del 2006.

incidencia más profunda y rigurosa en el ámbito de la salud humana, puesto que, la protección de ésta no puede estar subordinada a consideraciones de orden económico”.

En consecuencia, el principio precautorio ha sido invocado por el Ministerio de Salud para fundamentar diversos actos, por ejemplo en declaratorias de emergencia. En sendas declaraciones de emergencias sanitarias nacionales dadas recientemente²² se ha tenido por parte del Ministerio de Salud como argumentaciones legales justificantes de dichas declaratorias, las siguientes:

"1º—Que de conformidad con el artículo 1 de la Ley General de Salud, la salud de la población es un bien de interés público tutelado por el Estado.

2º—Que el artículo 2 de la Ley General de Salud le otorga al Ministerio de Salud, actuando a nombre del Estado, la función esencial de velar por la salud de la población.

(...)

5º—Que el derecho a la salud de las personas es un derecho fundamental de aplicación inmediata, y su tutela obligada por parte del Estado, un deber ineludible.

(...)

6º—Que las normas legales que establecen la competencia del Ministerio de Salud en materia de salud, consagran potestades de imperio implícitas para que aquel pueda dictar todas las medidas legales que fueren necesarias para enfrentar y resolver los estados de emergencia sanitarios.

7º—Que las autoridades públicas están obligadas a aplicar el principio precautorio en materia sanitaria en el sentido de que deben tomar las medidas preventivas que fueren necesarias para evitar daños graves o irreparables a la salud de los habitantes.”²³ (El destacado no es del original)

Por lo tanto, en Salud Pública y para efectos de seguridad de las personas frente a la posibilidad de riesgos sanitarios, se requiere que el Estado cuente con adecuados mecanismos de registro y trazabilidad y en general, de vigilancia sanitaria y mecanismos de alerta que activen cualquier situación irregular. El Principio Precautorio, ante la duda fundada, no descartándose el riesgo, obliga a proteger la salud de las personas. El riesgo creado obliga a tomar medidas para proteger la salud desde que se pone a disposición de las personas cuestiones que son riesgosas y, como se dijo anteriormente, por el hecho de que no se conozcan los riesgos no significa que éstos no existan.

La presente resolución de recurso de reconsideración retoma de forma literal lo expuesto en el informe recurrido cuando señala:

"La Defensoría de los Habitantes, ante la evidencia científica analizada en relación con los ya mencionados efectos del glifosato sobre la salud y el ambiente, particularmente, en cuanto a la clasificación del glifosato como "probablemente cancerígeno" por parte de la IARC y la relación entre la exposición a esta sustancia y un aumento en el riesgo para linfoma no Hodgkin, considera que el principio precautorio debería ser el elemento rector en la toma de decisiones con respecto a dicho plaguicida."

En razón de lo anterior, si la salud humana puede verse afectada por el glifosato, el Principio Precautorio ordena que el Estado considere la posibilidad de su prohibición y esto es precisamente lo recomendado por esta Defensoría a los Ministerios de Salud, Ministerio de Agricultura y Ganadería, Ministerio de Ambiente y Energía y Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

²² Decreto Ejecutivo N° 35703-S, 13 de enero del 2010; Decreto Ejecutivo N° 36509-S del 24 de febrero del 2011.

²³ Decreto Ejecutivo N° 36509-S

Con base en lo anterior, y con fundamento en el artículo 22 de la Ley N° 7319 del 17 de noviembre de 1992 y el artículo 56 del Decreto Ejecutivo N° 22266-J, se procede a declarar **SIN** lugar el recurso de reconsideración planteado, por lo que se confirma y mantiene en todos sus extremos el informe recurrido.

Se le recuerda que por disposición del artículo 14 del párrafo tercero de la Ley de la Defensoría de los Habitantes, el no acatamiento injustificado de las recomendaciones de esta Institución puede ser objeto de una recomendación de amonestación para el funcionario que las incumpla o, en caso de incumplimiento reiterado, de una recomendación de suspensión o despido. Igualmente, se le solicita que dentro del plazo de quince días hábiles contados a partir de la notificación de este informe final, proceda a informar a esta oficina acerca del cumplimiento dado a lo señalado en el mismo.

Este informe fue preparado por Carlos Valerio, bajo la supervisión del Lic. Juan Manuel Cordero, Director de Calidad de Vida.