

El derecho a la salud de las personas que viven con VIH en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica

*Fernando Castillo Víquez**

I. INTRODUCCIÓN

No hay duda de que el acceso a los servicios de salud para garantizarle a la población su derecho a la salud es un tema siempre actual, sobre todo en aquellas sociedades que están viviendo un proceso de envejecimiento de su población —Costa Rica no es la excepción—, lo que provoca una mayor demanda de los servicios de salud, no solo desde una óptica cuantitativa sino también cualitativa, lo que sin duda aumenta los costos de los servicios de salud, independientemente de si estos están a cargo de un prestador público, privado o de ambos simultáneamente. Si a lo anterior le añadimos las secuelas que ha dejado la crisis financiera mundial que explotó en 2008, la que, asociada a la crisis fiscal que viven algunas economías de países industrializados y en vías de desarrollo, causó un recorte importante de recursos destinados a financiar la prestación de servicios en el ámbito social, especialmente en materia de salud, la situación se ha tornado cada vez más compleja.

* Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, profesor de la Universidad de Costa Rica y catedrático de la Universidad Escuela Libre de Derecho.

FERNANDO CASTILLO VÍQUEZ

Un tercer factor se suma a los dos anteriores, y es el hecho de que, en muchos casos, la demanda por los servicios de salud ha superado la oferta, lo que, vinculado a la posposición de inversiones en este sector, ha impedido la incorporación a estos servicios de los nuevos avances científicos y tecnológicos —poner en vigencia el principio de adaptabilidad al servicio público de salud— y de esa forma garantizar la eficacia y la eficiencia del servicio en algunos Estados —el nuestro no es la excepción—, planteada la interrogante de si el Estado está o no garantizando a la población el derecho a la salud.

Para efecto de la exposición, haré primeramente un planteamiento del problema desde la óptica jurídica, con el propósito de describir los distintos modelos que se han ensayado en los ordenamientos jurídicos sobre los servicios de salud. Posteriormente, y adoptando la tesis del ordenamiento jurídico costarricense, que visualiza el derecho a la salud como un derecho fundamental, describiré su contenido esencial. Finalmente, se hará un breve repaso de algunas líneas jurisprudenciales que ha sentado la Sala Constitucional de Costa Rica en relación con el derecho a la salud de las personas con VIH.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

No es necesario ser un investigador muy agudo para constatar que no hay una posición unívoca sobre si el acceso a los servicios de salud es o no un verdadero derecho fundamental, es decir, si hay una proposición en la Constitución Política o en los instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales deriva un derecho subjetivo oponible frente al Estado, sus instituciones e, incluso, ante terceros, para disfrutar de un estado físico, mental y espiritual de bienestar.

El tema que nos ocupa no es banal desde ningún punto de vista, pues si se acoge la tesis del derecho a la salud como fundamental, las consecuencias de ello serían, entre otras cosas, su justiciabilidad ante la jurisdicción constitucional o, al menos, tutelable ante el juez ordinario, la posibilidad de que los jueces —sean constitucionales u ordinarios— impongan a la Administración Pública o a los prestadores privados obligaciones de no hacer,

El derecho a la salud de las persona que viven con VIH en la jurisprudencia...

hacer y dar, que en los dos últimos casos podría inflar de manera significativa los presupuestos públicos destinados a los servicios de salud, situación que se agrava cuando los tribunales asumen la tesis de que frente al derecho a la salud no es posible que el prestador del servicio invoque razones presupuestarias para su no prestación.

Distinto sería el escenario si se concluye que a las normas que están en la Constitución Política o en los instrumentos internacionales de derechos humanos se les concibe como normas programáticas de las que no es posible derivar un derecho subjetivo exigible frente al Estado o terceros. O se trata de principios rectores de la política social y económica y, por ende, sujetos a lo que disponga el legislador y la disponibilidad presupuestaria. Incluso, en la eventualidad de que se les conciba como derecho, y que han de ser de naturaleza prestacional, no susceptibles de tutela judicial efectiva o de justicia pronta y cumplida en la jurisdicción constitucional u ordinaria y, por consiguiente, no haya un derecho subjetivo, y el Estado únicamente esté obligado a abstenerse de no discriminar cuando diseña, adopta o ejecuta políticas públicas.

De lo que llevamos dicho hasta aquí es posible visualizar, sin demérito de otras posturas, al menos dos modelos sobre si el derecho a la salud es o no fundamental.

III. LOS DISTINTOS MODELOS

3.1. Un principio rector de la política social y económica

Hay ordenamientos jurídicos que descartan que el derecho a la salud sea un derecho fundamental. Su conceptualización es muy diferente, pues se le concibe como un principio rector de la política social y económica del Estado. En el caso de España, su Constitución dispone, en su numeral 41, que los poderes públicos mantienen un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos, que garantiza la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.

FERNANDO CASTILLO VÍQUEZ

Ahora bien, el asunto tiene sus matices, pues, como señala Borrell Mestre, a la salud se le ha ligado “[...] de forma especial a derechos fundamentales tales como los contemplados en los artículos 14 CE (prohibición de discriminación), 15 CE (derecho a la integridad física), 18 CE (derecho a la intimidad) y 24.1 CE (derecho a la tutela judicial efectiva)”.¹

¹ Borrell Mestre, Joaquín, *El derecho a la salud: en especial la responsabilidad de la administración por el funcionamiento de los servicios sanitarios de salud*, San José, Costa Rica, XV Jornadas de Derecho Constitucional, 17 de febrero del 2011. Borrell Mestre nos hace un recuento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre este ligamen de la siguiente manera: “En relación con la *prohibición de discriminación (art. 14 CE)* la STC 62/2008, de 26 mayo, dictada en un recurso de amparo, analiza la eventual discriminación por causa de enfermedad o precario estado de salud. Se discutía si el despido de un trabajador —que había ocultado en el momento de contratar para la empresa en que trabajaba sus problemas cervicales crónicos, que le habían provocado sucesivas bajas en otras empresas para las que había prestado sus servicios con anterioridad— vulneró su derecho a la no discriminación reconocido en el artículo 14 CE y si en consecuencia tal despido, debía declararse nulo. El Tribunal Constitucional declaró que no hay lesión al derecho fundamental si la empresa despide no por la enfermedad, sino por la quiebra del equilibrio contractual que la enfermedad implica, al incapacitar al trabajador para desarrollar su trabajo. No obstante, el Tribunal entiende que el estado de salud del trabajador, o más propiamente, su enfermedad, pueden en determinadas circunstancias constituir factores de discriminación análogos a los que expresamente contempla el artículo 14 CE, al poderse encuadrar en la cláusula genérica de las otras circunstancias, condiciones personales o sociales, contemplada en el mismo. Eso ocurre cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada por la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la actitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato. También en esta sentencia se dice que la situación de desventaja relativa de determinadas personas en el mercado de trabajo, en razón de sus circunstancias físicas o de salud y su eventual riesgo de exclusión social, constituyen problemas cuya atención corresponde a los poderes públicos de conformidad con lo establecido en el artículo 9.2 CE, a través entre otros, del conjunto de medidas de política sanitaria de formación y readaptación profesionales y, en su caso, de protección social a la que se refieren los artículos 43.2, 40.2 y 41 CE.

Respecto al derecho a la *integridad física (art. 15 CE)* el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varios ámbitos. Por citar algunos señala-

El derecho a la salud de las persona que viven con VIH en la jurisprudencia...

La consecuencia lógica de esta postura es que la satisfacción de las prestaciones de la seguridad social están sujetas a la disponibilidad de los recursos. Incluso, hay posturas que han visualizado el sistema de seguridad social como un sistema racionado, donde no es posible dar todo a todos, sino que el prestador del servicio, siguiendo criterios objetivos y razonables, establece un

remos que en el marco de la relación de sujeción especial que vincula a los internos en establecimientos penitenciarios con la Administración Penitenciaria existe la obligación de esta de velar por la vida y la salud de los sometidos a su custodia. Así señaló el citado Tribunal que la asistencia médica en contra de la voluntad del interno puede afectar su derecho a la integridad, a no ser que tenga justificación constitucional, como sucedió en casos de huelga de internos a los que se les prestó asistencia médica (STC 120/1990). También examinó el supuesto de exploraciones de rayos X a internos, en las que podía lesionarse su derecho a la integridad si las radiaciones utilizadas como medida de seguridad penitenciaria tuvieran lugar con excesiva intensidad y frecuencia o se practicasen forma técnicamente inapropiada o sin observar las garantías científicamente exigibles (STC 35/1996).

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

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

El *derecho a la intimidad* (art. 18 CE) engloba la protección de los datos propios de la salud que se manifiesta como imperativo no solo para proteger el ámbito de la privacidad del sujeto, sino también para evitar otros efectos aparejados que le pueden causar perjuicios al margen del propio hecho del

FERNANDO CASTILLO VÍQUEZ

orden de prioridades y de posterioridad y, en tanto se respeten esos criterios, las cortes los respaldan, por más dramático que sea el asunto que se les someta a consideración. En efecto, la Corte Constitucional de Sudáfrica, en el caso *Soobramoney*, siguió ese criterio y decidió no intervenir en la decisión adoptada por el prestador público del servicio de salud de no admitir al recurrente en el programa de diálisis con base en criterios técnicos y el principio de escasez.²

conocimiento. El Tribunal Constitucional establece que los reconocimientos médicos en la empresa, no pueden imponerse si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable; fija condiciones de tales reconocimientos médicos obligatorios como son la concurrencia de factores objetivos o indicios racionales de afectación que conecten el caso concreto con las previsiones legales que contemplan esos reconocimientos, y declara además la necesidad de un consentimiento informado. Si se indaga en la salud con un fin distinto al normativamente previsto y consentido por el aceptado, empleando la indagación con una finalidad que pueda acarrear perjuicios para el interesado, como puede ser su despido, se llega a un fin inverso al perseguido por el reconocimiento constitucional de la protección de la salud. (STC 2002/1999, de 8 noviembre).

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

² A case decided by the Constitutional Court of South Africa in November 1997 (*Soobramoney v. Minister of Health [Kwazulu-Natal]*) dealt with the interpretation of the rights to emergency health care and to life contained in the South African Constitution. Soobramoney, who was suffering from chronic renal failure, sought dialysis treatment from a state hospital in Durban. The hospital had been forced to adopt a set of guidelines for dialysis treatment because of its limited facilities. Only those who could be treated through dialysis had automatic access to the treatment. The patient was suffering from chronic renal failure and his condition was irreversible; his life could be prolonged by regular dialysis, but his condition could not be treated or remedied. In addition, patients who were suffering from chronic renal failure and who were eligible for a kidney transplant also had limited access to the dialysis facilities. However, Soobramoney was not eligible for a transplant because of a heart condition. Thus, he did not come within the hospital's guidelines, and due to the hospital's limited resources his request for treatment was turned down.

Soobramoney based his legal challenge on two provisions of the Constitution: section 27(3), which says "no one may be refused emergency medical treatment," and section 11, which guarantees that "everyone has the right to life." The Constitutional Court had to decide: Did the right to emergency

El derecho a la salud de las persona que viven con VIH en la jurisprudencia...

3.2. El derecho a la salud: un derecho fundamental

Costa Rica, al igual que otros Estados en América Latina,³ reconoce que el derecho a la salud es un derecho fundamental, es decir, una proposición que se encuentra en la Constitución Política o en los instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales el habitante de la república deriva un derecho subjetivo

medical care include a claim to ongoing treatment of chronic illnesses that would prolong life? The court found that the right to emergency medical care did not apply in this particular situation. The plaintiff's situation was not an emergency which called for immediate remedial treatment, and thus it did not come within the scope of the constitutional provision, observed the court. As Justice Sachs noted, the right to emergency care provided reassurance to the public that accident and emergency departments would be available to deal with unforeseeable catastrophes that could befall any person, at any place and at any time.

There were many more patients who were suffering from chronic renal failure than there were dialysis machines to treat them. In this context, the court said, it was legitimate to adopt guidelines to determine who should receive treatment. It agreed that by using the dialysis machines in accordance with the guidelines, more patients were benefited than would be the case if they were used to keep persons with chronic renal failure alive. The outcome of the treatment would also be more beneficial, because it was being directed at curing patients and not simply at maintaining them in a chronically ill condition. Even in the most advanced countries access to life-prolonging treatment is rationed. Providing all persons with chronic renal failure with dialysis treatment would make substantial inroads into the health budget. The provincial administration had to make difficult choices with regard to the resources that should be spent on health care and how they should be spent. Where the decision was rational and taken in good faith the Court would not intervene. Agonizing decisions have sometimes to be made on how a limited budget could be stretched to benefit the maximum number of patients, the court said.

Health-care rights by their very nature have to be approached from a framework that is based on human interdependence. Where rights are shared, an appropriate balance needs to be struck between equally valid entitlements and competing rights bearers. (Soobramoney died soon after the judgment of the Constitutional Court was issued.). Vid. también: SACHS Albie. *The Strange Alchemy of Life and Law*. New York, United States, Oxford University Press Inc., 2009, págs 185-187, ISBN 98-0-19-95179-6.

³ En el caso del Estado de Colombia, se dictó la Ley Estatutaria en Salud que reconoce el derecho a la salud como derecho fundamental, Ley 1751 de 16 de febrero de 2015.

FERNANDO CASTILLO VÍQUEZ

ponible frente al Estado y terceros.⁴ La Sala Constitucional reconoció el derecho a la salud a partir de un determinante social,⁵ concretamente de una controversia jurídica entre un ciudadano y una municipalidad por el suministro de agua potable.⁶

Por lo general, es un derecho cuya estructura es de naturaleza prestacional, que le impone a los prestadores de los servicios de salud obligaciones de hacer y de dar, siendo los sujetos obligados a su satisfacción, en nuestro medio, una institución autónoma que tiene basamento constitucional y una garantía constitucional en cuanto a su autonomía política o de gobierno y administrativa, toda vez que el numeral 73 de la Constitución Política es claro cuando prevé que la Administración y el Gobierno de los seguros sociales está a cargo de una institución autónoma, denominada Caja Costarricense de Seguro Social. Partiendo de una concepción amplia del derecho a la salud, también es posible ejercer ese derecho ante omisiones y actuaciones del Ministerio de Salud, a quien le corresponde la dirección del sector salud y la elaboración, adopción y ejecución de políticas públicas en materia de salud preventiva.

En Costa Rica, gracias a la jurisprudencia de la Sala Constitucional, también son susceptibles de tutela jurisdiccional los determinantes sociales como el acceso al agua potable, al sistema de alcantarillado y de tratamiento de aguas negras, y la no afectación al ambiente que inciden en la salud de la población, a diferencia de otros sistemas jurídicos donde no son amparables, tal como lo establece la Ley Estatutaria en Salud de Colombia,⁷

⁴ Sobre el concepto de derechos fundamentales véase Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2008.

⁵ Se entiende por determinantes sociales de salud aquellos factores que determinan la aparición de la enfermedad, tales como los sociales, económicos, culturales, nutricionales, ambientales, ocupacionales, habitacionales, de educación y de acceso a los servicios públicos, los cuales serán financiados con recursos diferentes a los destinados al cubrimiento de los servicios y tecnologías de salud.

⁶ Véase voto 56-90 de la SC.

⁷ “Artículo 9. Determinantes sociales de salud. Es deber del Estado adoptar políticas públicas dirigidas a lograr la reducción de las desigualdades de los determinantes sociales de la salud que incidan en el goce efectivo del derecho a la salud, promover el mejoramiento de la salud, prevenir la enferme-

El derecho a la salud de las persona que viven con VIH en la jurisprudencia...

pues corresponde al legislador determinar los mecanismos para que estos determinantes sociales no afecten el derecho de la salud de la población.

IV. ¿UN DERECHO FUNDAMENTAL DERIVADO O AUTÓNOMO?

Ha sido tesis de principio de la Sala Constitucional que el derecho a la salud se deriva del derecho a la vida y a un ambiente salubre y ecológicamente equilibrado, dada su interrelación con los mismos, los cuales están consagrados en la Constitución Política en los numerales 21 y 50. En efecto, “[...] el derecho a la vida reconocido en el numeral 21 de la Constitución es la piedra angular sobre la cual descansan el resto de los derechos fundamentales de los habitantes de la república. De igual forma, en ese ordinal de la carta política encuentra asidero el derecho a la salud, puesto que, la vida resulta inconcebible si no se le garantizan a la persona humana condiciones mínimas para un adecuado y armónico equilibrio psíquico, físico y ambiental [...]”⁸

Sin embargo, en las sentencias de las que he sido ponente, y siguiendo a Xavier Seuba Hernández,⁹ he llegado a la conclusión de que el derecho a la salud es fundamental y autónomo. En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en su numeral 12, establece claramente el derecho de toda persona a tener acceso a los medios para disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, por lo que el Estado y sus instituciones tienen el deber de asegurar su plena efectividad a través de una serie de acciones positivas y del

dad y elevar el nivel de la calidad de vida. Estas políticas estarán orientadas principalmente al logro de la equidad en salud. El legislador creará los mecanismos que permitan identificar situaciones o políticas de otros sectores que tienen un impacto directo en los resultados en salud y determinará los procesos para que las autoridades del sector salud participen en la toma de decisiones conducentes al mejoramiento de dichos resultados”.

⁸ Véase voto 11222-03 de la SC.

⁹ Seuba Hernández, Xavier, *La protección de la salud ante la regulación internacional de los productos farmacéuticos*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 53-56.

FERNANDO CASTILLO VÍQUEZ

ejercicio de las potestades de regulación, fiscalización y de policía sanitaria. Lo anterior implica, ni más ni menos, la prevención y el tratamiento efectivo de enfermedades, así como la creación de condiciones que aseguren a todos la asistencia y servicios médicos de calidad en caso de enfermedad.

En el caso *Cuscul Pivaral vs. Guatemala*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) estableció que de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos se deriva el derecho a la salud, y precisó su contenido. Concluyó que se refiere al derecho de toda persona a gozar del más alto nivel de bienestar físico, mental y social; que abarca la atención de salud oportuna y apropiada conforme a los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, y que el cumplimiento de la obligación del Estado de respetarlo y garantizarlo deberá dar especial cuidado a los grupos vulnerables y marginados y realizarse de conformidad con los recursos disponibles de manera progresiva y de la legislación nacional aplicable.¹⁰

V. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA SALUD

Tal y como, acertadamente, establece Seuba Hernández,¹¹ son varios los componentes del contenido esencial del derecho a la salud, que comprende:

1. la disponibilidad de servicios y programas de salud en cantidad suficiente para los usuarios de estos servicios y destinatarios de estos programas;
2. la accesibilidad a estos servicios y programas, cuyas cuatro dimensiones son:
 - i) la no discriminación en el acceso a los servicios de salud,
 - ii) la accesibilidad física —particularmente por parte de los más vulnerables—,

¹⁰ Véase Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359.

¹¹ Seuba Hernández, Xavier, *op. cit.*

El derecho a la salud de las persona que viven con VIH en la jurisprudencia...

- iii) la accesibilidad económica —que conlleva la equidad y el carácter asequible de los bienes y servicios sanitarios—, y
- iv) la accesibilidad a la información.

Finalmente, no cabe duda de que los servicios y programas de salud deben ser de calidad, es decir, científica y médicamente apropiados, respetuosos de la ética médica, dirigidos a la mejora de la salud de los pacientes, confidenciales, etcétera.

VI. LÍNEA JURISPRUDENCIAL SENTADA POR LA SALA CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS QUE VIVEN CON VIH

Antes de hacer referencia al tema de interés, es importante tener presente que la Sala Constitucional ha generado un concepto integral de la salud en su jurisprudencia. Ha dejado de lado la vieja y superada visión de concebir a la salud como ausencia de enfermedad y, en su lugar, opta por conceptualizarla como un estado integral de la persona desde el punto de vista espiritual, emocional y físico. En este sentido, y siguiendo a la Organización Mundial de la Salud (OMS), en su Constitución —adoptada en Nueva York en 1946—, define la salud como un estado completo de bienestar físico, mental, espiritual, emocional y social, y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades.¹²

Así, cuando se tiene por demostrado que el tratamiento quirúrgico no es urgente, empero el paciente padece de algún dolor, la Corte ha determinado, mediante voto de mayoría, declarar fundado el recurso de amparo y ha ordenado aplicar el respectivo tratamiento dentro de un plazo razonable, toda vez que entiende que, pese a la no urgencia, sí hay una afectación real y permanente del estado emocional del paciente.

En el caso de la medicina satisfactoria, también ha amparado la pretensión del justiciable, al interpretar que la demora excesiva en el tratamiento quirúrgico puede afectar de forma real

¹² Véase, entre otros, el voto 7602-10 de la SC.

FERNANDO CASTILLO VÍQUEZ

y grave la estabilidad emocional del usuario de los servicios de salud.¹³

Por lo que respecta a la jurisprudencia de la Sala Constitucional referente a personas con VIH, es importante tener presente que, desde 1997, el Alto Tribunal de la República amparó a los afectados. En efecto, en la sentencia 5934-1997 —que aborda el caso de un paciente al que la entidad encargada de la seguridad social no le aplicaba los medicamentos antirretrovirales—, la Sala Constitucional estableció lo siguiente:

V.- Conclusión. De lo expuesto se sigue que la Sala debe adaptar su jurisprudencia previa a las circunstancias actualmente imperantes. Esto exige reconocer y afirmar que la prestación de efectivo auxilio médico a los enfermos de SIDA es un deber del Estado costarricense, derivado de los conceptos de justicia y solidaridad que impregnan al régimen de seguridad social contenido en la Constitución Política y de la misión que esta le encomienda a la Caja Costarri-

¹³ En el voto 15490-10 de la Sala Constitucional se indicó lo siguiente: “En el caso concreto, pese a que se informó que la patología que presenta la actora no constituye una emergencia médica, lo cierto es que por la naturaleza del padecimiento —exteriorización de los órganos pélvicos por la vagina— su calidad de vida se ve afectada. En todo caso, resulta irrazonable que la amparada deba esperar siete meses más para que se le practique el procedimiento quirúrgico que requiere y que le fue cancelado por una causa que solo le es imputable a la autoridad recurrida. Nótese que, incluso, a la recurrente se le recomendó el tratamiento desde hace más de un año, en la cita del 4 de septiembre de 2009”. Por su parte, en el voto 10642-10 de la Sala Constitucional se indicó lo siguiente: “En el presente asunto, del informe rendido bajo juramento y de las pruebas aportadas al proceso, se tiene por demostrado que el recurrente padece de varicocele testicular. Asimismo, se acredita que, desde diciembre anterior, el médico tratante le recomendó al tutelado realizarse una cirugía para corregir ese padecimiento y lo incluyó en una lista de espera. No obstante, seis meses después de esa recomendación médica, no existe fecha cierta para realizarle la cirugía al recurrente (los autos). En su informe, las autoridades recurridas manifestaron que el caso del amparado no es prioritario ni constituye una emergencia médica pero que su tratamiento tiene como fin mejorar la fertilidad. No obstante, queda como un hecho incontrovertido que, a raíz de esa patología, el tutelado sufre fuertes dolores que afectan su calidad de vida, siendo que, además, se afecta su capacidad de procrear. Partiendo de esta relación de hechos, considera la Sala que se está en presencia de una violación del derecho a la salud y al buen funcionamiento de los servicios públicos”.

El derecho a la salud de las persona que viven con VIH en la jurisprudencia...

cense de Seguro Social. La Sala entiende que esta decisión puede colocar a las autoridades de esa institución en un estado de congoja en lo que toca a llevarla a su correcto cumplimiento. En efecto, las crisis pueden significar —para emplear las palabras de la representante de la recurrida— el principio del fin de personas y entidades. Pero, teniendo en cuenta el grado de madurez y experiencia desarrolladas por la CCSS durante su medio siglo de existencia, así como su probada capacidad de enfrentar y responder a los retos que plantea el cuidado de la salud pública, la Sala espera que esta crisis en particular sea más bien el acicate que produzca las nuevas respuestas que esperan los enfermos de SIDA y la sociedad costarricense en general.

Más recientemente, en la sentencia 1925-2010, la Sala Constitucional declaró fundado un recurso de amparo ante la omisión del Ministerio de Salud de dictar una normativa, de forma que las personas portadoras de VIH no fuesen objeto de discriminación. El razonamiento fue el siguiente:

[...] De tal forma, se entiende claramente que los profesionales de la salud, públicos y privados —incluidos de manera expresa los Odontólogos—, tienen el deber de brindar atención médica a las personas portadoras de VIH/Sida, y para ello deben acatar y poner en práctica las medidas de bioseguridad que al efecto haya emitido el Ministerio de Salud para el uso de equipos y el manejo de instrumentos y material humano. En este sentido, bien puede entenderse que si el Ministerio no ha dictado las normas o disposiciones correspondientes, los profesionales en salud carecen de los elementos necesarios para equipar sus consultorios e instrumental médico con las medidas de seguridad adecuadas para la atención de este grupo poblacional, por lo que si existe este tipo de omisión de parte del poder público, los profesionales en salud —especialmente los de carácter privado— están quedando bajo una suerte de discrecionalidad médica regida únicamente bajo los parámetros básicos de prevención del riesgo y ética profesional...

VII.- La regulación por parte del Ministerio de Salud. *Tal como se ha indicado, para evitar la discriminación de las personas portadoras de VIH/Sida en cuanto a la prestación de los servicios de salud, la Ley General sobre el VIH/Sida, ley 7771 de 29 de abril de 1998, dispone que todo centro médico —público o privado— deberá brindar la atención requerida de acuerdo a los lineamientos de bioseguridad que al efecto establezca el Ministerio de Salud en lo que atañe a nor-*

FERNANDO CASTILLO VÍQUEZ

mas de seguridad, recurso humano, uso de equipos y el manejo de instrumentos. Sin embargo, a casi doce años de la promulgación de esta ley, el propio Ministerio de Salud reconoce que no se ha adoptado disposición alguna que permita a los centros de salud —públicos o privados— contar con los requerimientos apropiados para la atención sanitaria de este grupo poblacional, lo cual ciertamente incide en restringir el rango de opciones de asistencia médica para las personas portadoras de VIH/sida, y, con ello, situarlas en una posición de fragilidad respecto del resto de la población no portadora ni manifestadora del virus. Así, esta omisión del Ministerio de Salud conlleva un triple efecto. Por una parte, impide a los consultorios o centros de atención recibir y prestar la asistencia sanitaria requerida por los pacientes. Y, por otra parte, impide a las propias autoridades públicas ejercer una debida función de control sobre estos establecimientos. Esta última consecuencia muestra también un tercer efecto, cual sería que los centros de atención están siendo autorizados para su funcionamiento sin que existan reglas ni disposiciones expresas que les permitan cumplir a cabalidad con el mandato y fines de la legislación de comentario, lo cual aminora también las opciones de control y regulación de estos establecimientos, o la emisión de órdenes y prevenciones sanitarias para normalizar la situación. En otras palabras, la omisión regulatoria del Ministerio de Salud en este ámbito, da lugar a que este grupo poblacional se encuentre en posición de desventaja e incluso discriminación con respecto al resto de la población que no presenta el virus ni la patología, y que sí puede acceder a los servicios de salud sin restricciones o preocupaciones como las que pretende justamente evitar esta ley. En consecuencia, debido a la omisión regulatoria del Ministerio de Salud, lo que se impone es declarar con lugar el recurso en cuanto a este extremo, ordenando a esta autoridad a que [en] un plazo no mayor a seis meses contados a partir de la notificación de esta sentencia, emita las normas o medidas de bioseguridad referidas en los artículos 23 y 27 de la Ley General sobre VIH/sida.

Hay que tomar en cuenta también que la República de Costa Rica promulgó la Ley 7771 de 29 de abril de 1998, Ley General sobre VIH/sida, cuyo objetivo es la educación, promoción, diagnóstico, vigilancia epidemiológica y atención e investigación sobre el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida) y que trata, además, de los derechos y deberes de los portadores de VIH, los enfermos de sida y las demás personas. Entre los primeros, se establece la

El derecho a la salud de las persona que viven con VIH en la jurisprudencia...

prohibición de discriminación o tratos degradantes, el derecho a la información sobre la salud, a la atención integral de salud, a la confidencialidad, etc. En relación con el derecho integral a la salud, el numeral 7 de la citada Ley estipula que

[...] Todo portador del VIH-sida tiene derecho a asistencia médico-quirúrgica, psicológica y de consejería; además, a todo tratamiento que le garantice aminorar su padecimiento y aliviar, en la medida de lo posible, las complicaciones originadas de la enfermedad.

Para lo anterior, la Caja Costarricense de Seguro Social deberá importar, comprar, mantener en existencia y suministrar directamente a los pacientes los medicamentos antirretrovirales específicos para el tratamiento del VIH-sida.

Los médicos tratantes deberán presentar, a la Caja Costarricense de Seguro Social, reportes sobre la aplicación de dichos medicamentos [...].

Por último, es importante enfatizar que las autoridades en seguridad social, a causa de la jurisprudencia sentada por la Sala Constitucional y la normativa promulgada, han brindado a las personas que sufren dicha enfermedad los servicios médicos conforme a los parámetros descritos, lo que es acorde con lo que estableció la Corte IDH en el caso *Cuscul Pivaral vs. Guatemala*, en el sentido de que el derecho a la salud de estas personas incluye el acceso a bienes de calidad, servicios e información para la prevención, tratamiento, atención y apoyo de la infección, incluida la terapia antirretrovírica y otros medicamentos, pruebas de diagnóstico y tecnología relacionadas seguras y eficaces para la atención preventiva, curativa y paliativa de VIH, de las enfermedades oportunistas y de las enfermedades conexas, así como apoyo social y psicológico, atención familiar y comunitaria, y acceso a las tecnologías de prevención.

VII. CONCLUSIÓN

El derecho a la salud es de naturaleza fundamental, como sostiene la jurisprudencia de la Sala Constitucional y, por ende, es un derecho justiciable ante la jurisdicción constitucional, lo que está

FERNANDO CASTILLO VÍQUEZ

en sintonía con el precedente de la Corte IDH en el caso *Cuscul Pivaral vs. Guatemala*.

Es un derecho de naturaleza prestacional que impone al prestador del servicio obligaciones de hacer y dar.

Si bien la Sala Constitucional derivó el derecho a la salud de los derechos a la vida y a un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado, lo cierto del caso es que se trata de un derecho autónomo que tiene su propio contenido esencial, tal y como se explicó.

Las personas portadoras de VIH encontraron una pronta respuesta en la jurisdicción constitucional a partir de 1977, con el fin de garantizarles un derecho a la salud de forma integral, derecho que es reforzado a través de la promulgación de una ley emitida en 1998, en la que se establecen una serie de derechos a favor de los portadores de VIH, los enfermos de sida y los demás habitantes.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2008.
- BORRELL MESTRE, Joaquín, “El derecho a la salud: en especial la responsabilidad de la administración por el funcionamiento de los servicios sanitarios de salud”, San José, XV Jornadas de Derecho Constitucional, 17 de febrero de 2011.
- CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- NAVARRO FALAS, Román A., *Derecho a la salud*, San José, Juricentro, 2010.
- SACHS Albie, *The Strange Alchemy of Life and Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2009.
- SEUBA HERNÁNDEZ, Xavier, *La protección de la salud ante la regulación internacional de los productos farmacéuticos*, Madrid, Marcial Pons, 2010.