

ENCONTRO INTERNACIONAL DEREITO Á SAÚDE, COBERTURA UNIVERSAL E INTEGRALIDADE POSSIVEL

EL DERECHO A LA SALUD EN EL MARCO DEL ESTADO
SOCIAL , CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE
DERECHO. EL CASO DE COSTA RICA

ROMAN NAVARRO FALLAS

Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil, 18 noviembre 2016

Constitucionalismo contemporáneo
(Marco al que pertenece y a la luz del cual debe interpretarse el derecho a la salud)

El Derecho de la Constitución se entiende integrado y formando una sola unidad, con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Los tratados sobre derechos humanos tienden a tener un **valor igual o superior a la Constitución** (Principio pro persona y principio de la norma más favorable)

El Derecho de la Constitución se encuentra saturado de contenidos materiales (valores, principios, derechos) con valor normativo, que **conforman un orden social** que respeta la libertad, propende a la igualdad y **justicia social** en una sociedad democrática

Los poderes constituidos (Legislativo, Ejecutivo y judicial) en Estados Federales o unitarios, deben velar por su realización efectiva y el cumplimiento de los contenidos constitucionales

La ley vale en el marco de los derechos y no a la inversa

La **aplicación directa** (no programática) del Derecho de la Constitución (y del derecho a la salud) no sólo en las relaciones ciudadano-Estado sino también ciudadano-ciudadano.

Constitucionalismo contemporáneo
(Marco al que pertenece y a la luz del cual debe interpretarse el derecho a la salud)

La **jurisdicción o justicia constitucional** realiza no sólo control de constitucionalidad de las leyes sino también control de convencionalidad

La **ponderación**, es el nuevo método, ante valores, principios y derechos que se presentan en conflicto

El nuevo **protagonista** no es el legislador sino el juez, especialmente del **juez constitucional**

El **contenido material** o rematerialización desembocó en judicialización y en un incremento de la **discrecionalidad del juez constitucional**.

La plena vigencia de los derechos económico sociales (entre ellos el de la salud) es **progresiva**.

Los derechos son **interdependientes e indivisibles** (los de libertad y participación con los de prestación, y entre éstos y aquellos, ej. **Vivienda, agua potable, educación, ambiente, etc**)

Principios constitucionales que sustentan las prestaciones del derecho a la salud y el sistema de salud

“Mayor bienestar a todos los habitantes del país”

“principio cristiano de justicia social” (art. 74) “adecuado reparto de la riqueza” (art. 50 CP)		“universalización de los seguros sociales” “Seguros sociales en beneficio de trabajadores”	
Principio de dignidad de la persona (no criterio profesional)	Principio de universalidad (subjetiva y objetiva)	Principio de igualdad (Capacidades y oportunidades)	Principio de seguridad social (garantía social) (<i>responsabilidad social</i>)
Principio de autonomía y responsabilidad individual	Principio de progresividad y no regresividad	Principio de equidad	Principio de eficiencia y efectividad
Principio de inviolabilidad (Fija límites a terceros)	Principio de prestación razonable y proporcional (integral)	Principio de solidaridad	Principio de subsidiariedad

Organización constitucional del sistema asistencial de salud (Costa Rica)

Caja Costarricense de Seguro Social	Estado (Seguridad social)
Administra y gobierna el seguro social de salud (art. 73 CP). Principios de autonomía, sujeción a reglas técnico actuariales.	Responsable de la universalización de las prestaciones del seguro de salud (art. 177 CP)
Se financia mediante contribuciones especiales obligatorias y coactivas	Se financia mediante impuestos generales o específicos
Tiene como base un criterio profesional: el trabajo	Se funda en la dignidad de todo ser humano, independiente de su condición laboral
Por este medio no se alcanza la universalización subjetiva	Corresponde garantizar la universalización subjetiva (toda las personas) y objetiva (todas las prestaciones)
Derecho de los trabajadores y sus familias	Derecho de toda persona habitante

En la práctica, la CCSS atiende toda la población, incluida la no asegurada donde se encuentra también población inmigrante (derecho a la atención de emergencias, parto y posparto, menores de edad hasta 18 años). El Estado aporta poco. La Sala Constitucional ha legitimado esta práctica.

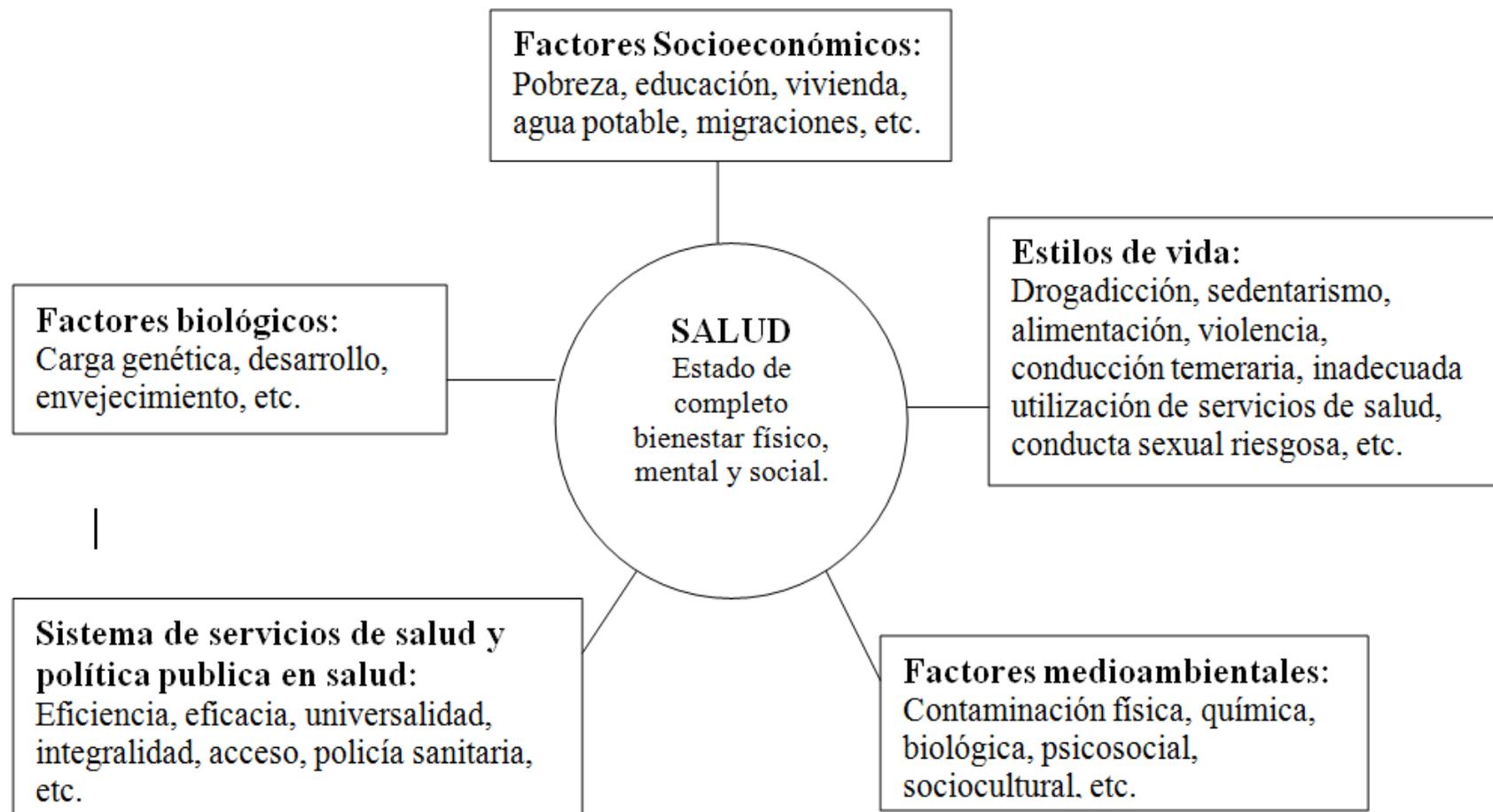
CONFIGURACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD (Concepto)

*“El derecho fundamental a la salud es una situación jurídica activa o favorable de todo ser humano, derivado de su intrínseca dignidad, esencial para el desarrollo de su personalidad, que le otorga a su titular un conjunto de facultades para la satisfacción de la salud, bien jurídico tutelado por este derecho, y en virtud de las cuales, puede, por un lado, fijarle límite a la intervención de las demás personas y del Estado en su esfera particular, y por otra, exigir de los poderes públicos las acciones positivas de policía sanitaria o asistenciales **razonables**, que hagan efectivo su derecho; esas prestaciones forman parte del contenido del derecho y se constituyen en garantías de su pleno goce. Es un derecho exigible frente a las demás personas y fundamentalmente frente al Estado y sus instituciones y donde las obligaciones públicas deben cumplirse independientemente de los recursos disponibles, **siempre que respeten el principio de igualdad y condiciones excepcionales de solidaridad y equidad**, dado que el derecho es supremo y guarda relación directa con la existencia misma de la persona (la vida) y cuya realización plena se logra necesariamente mediante el concurso de todos, especialmente de su propio titular y del Estado.” (R. Navarro, Derecho a la salud, pág. 93-94)*

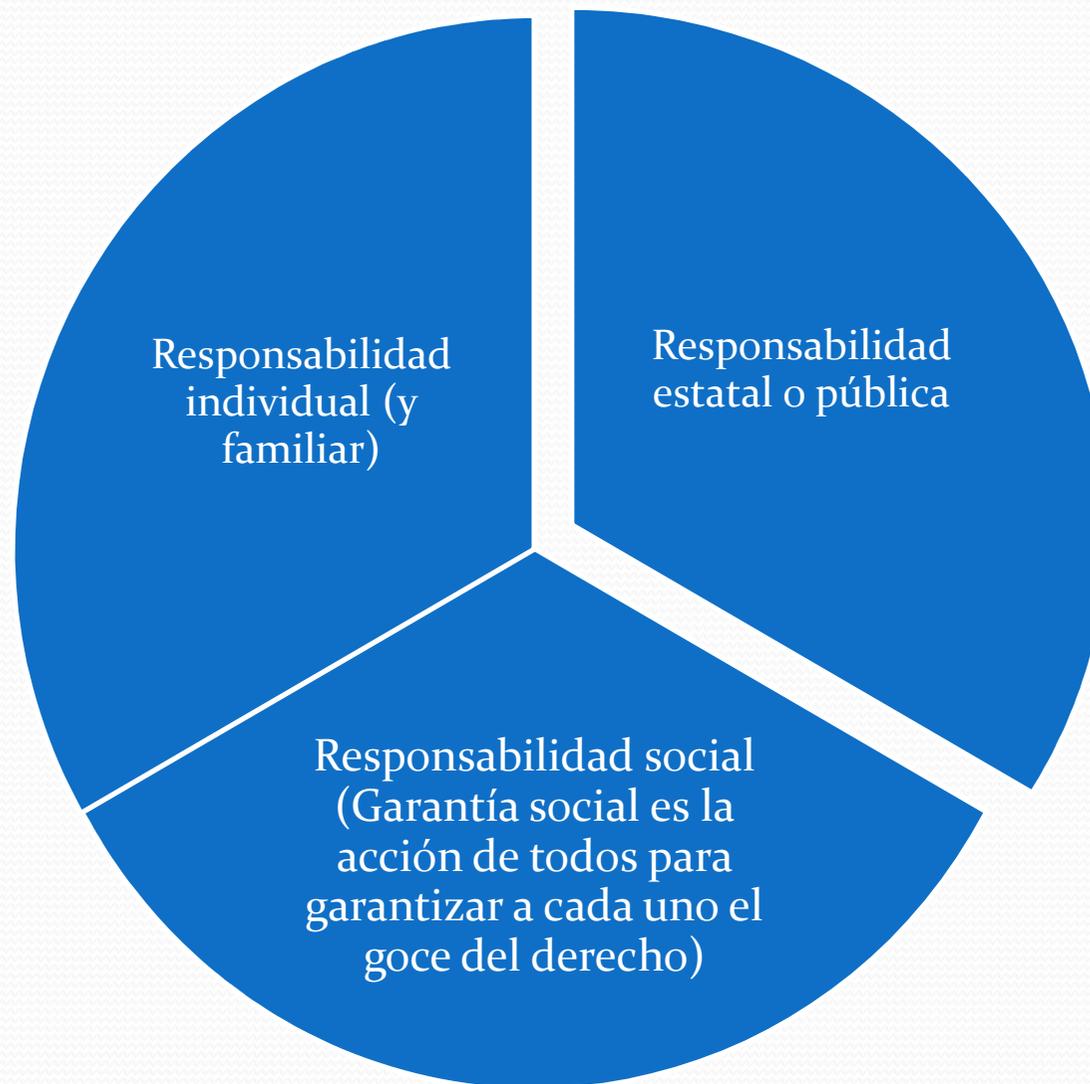
Estructura interna y contenido del derecho a la salud

Estructura	Derecho a la salud (Fundamental, constitucional, DIDH)	Contenido del derecho a la salud
Bien jurídico	El bien jurídico es la salud (Autonomía)	Obligaciones de no hacer o abstención (de todos)
Conjunto de facultades	Facultades de <i>disposición</i> (positiva y negativa), <i>conservación</i> y <i>defensa</i>	Obligaciones de hacer regulatorias, paternalistas y policía sanitaria (Estado)
Interés o intereses	<i>Conservación de la salud</i> (Promoción, prevención, protección) <i>Recuperación</i> (Tratamiento y rehabilitación)	Obligaciones de hacer o dar: médicas, administrativas y financieras (Los obligados dependen del sistema de salud)
La voluntad	Poder de acción del titular (subjetivo) para ejercer las facultades, satisfacer el interés y alcanzar o conservar el bien jurídico	Prestaciones relacionadas (vivienda, agua potable, educación, etc)
Espacio jurídico de protección o actuación legítima	El espacio jurídico de actuación válida queda definido por los límites (Científicos, económicos, etc.) y limitaciones del derecho (Prohibiciones, prestaciones, etc.)	

Configuración del derecho fundamental a la salud: El Bien jurídico. Producto social, los determinantes de la salud



Configuración del derecho: Producto social. Distribución de responsabilidades en su consecución



Configuración del derecho fundamental a la salud: Distinción entre derecho a la salud y a la protección de la salud

Derecho a la protección de la salud	Derecho a la salud
Pone el énfasis en los medios o garantías del derecho	Pone el énfasis en el bien jurídico protegido (Son los que suelen dar nombre a los DHF) o sea en el fin
Dentro de las tres garantías generales del DIDH subraya el control, la vigilancia y la supervisión	Contempla las tres garantías del DIDH. Respeto, protección y cumplimiento
La salud como presupuesto	Como presupuesto y como resultado
Los teóricos que defienden esta tesis sostienen que es imposible garantizar la salud (sin embargo la presuponen)	Cree en la existencia de diversos niveles de salud individual (incluso el completo bienestar, físico, psíquico y social) y social (sin muerte prematura y con larga longevidad y procura alcanzarlo).
<p><i>Síntesis: No importa el término utilizado si el significado contempla la posibilidad de alcanzar mejores niveles de salud, la asume como presupuesto y como meta e incluye todas las garantías posibles para el pleno goce del derecho por toda persona</i></p>	

Configurando el derecho fundamental a la salud: Derecho a la salud o a la atención médica ¿Son sinónimos?

Derecho a la salud	Derecho a la atención o asistencia médica
<p>Concepto amplio. Contempla las prestaciones de abstención y de prestación (de policía sanitaria y asistenciales)</p>	<p>Concepto restrictivo. Solo contempla las prestaciones asistenciales o más reducido aún: sólo las médicas.</p>
<p>La salud se comprende desde los determinantes de la salud: Educación, medio ambiente, hábitos de vida, alimentación, etc.</p>	<p>Privilegia los componentes somáticos causales de la enfermedad, biológica y prioriza la acción terapéutica sobre la preventiva. Busca la eficacia terapéutica que se manifiesta en la medicalización creciente.</p>
<p>Es el género. El derecho a la salud es un derecho complejo alberga en su seno muchos derechos</p>	<p>Es una especie del género, derecho autónomo que forma parte del derecho a la salud</p>
<p>Es más amplio que sistema de salud, aunque lo supone y comprende (pero no es suficiente)</p>	<p>Se identifica con acceso a servicios de salud</p>

Configuración del derecho a la salud: ¿Derecho individual, social o integrado?

Ámbito individual (autonomía)	Ámbito social (prestacional)
Lo hizo realidad el Estado Liberal de Derecho	Lo hace realidad el Estado Social de Derecho
Contribuye a la igualdad jurídica: el titular dispone libremente del bien jurídico (negativa o positivamente)	Contribuye a la igualdad social, a través de la solidaridad social y la redistribución de la riqueza.
Consiste en expectativas negativas de no lesión (Que terceros: públicos o privados no interfieran en el ejercicio del derecho)	Constituye expectativas positivas de prestación o servicios públicos de salud.
Las garantías suelen ser prohibiciones u obligaciones de no hacer a cargo de todos (públicos o privados), pero especialmente del Estado.	Las garantías suelen ser obligaciones de hacer o de dar del sistema de salud. Pretenden satisfacer con recursos limitados demandas ilimitadas.

El derecho a la salud contiene tanto elementos propios del derecho individual (ámbito de autonomía) como del social (ámbito prestacional) requiere tanto abstenciones como prestaciones, se consolida en el Estado social pero acumula las garantías del Estado liberal.

Universalidad, integralidad, escasez

Derecho a un gasto mínimo o a salud mínima

Salud mínima	Gasto mínimo
Persigue igualdad de capacidades y equidad en salud	Persigue igualdad en la distribución de recursos (igualdad en los medios)
Todos tienen derecho al disfrute de un nivel mínimo de salud	Toda persona tienen derecho a que se invierta un monto mínima en su salud
Tiende a proteger a quienes padecen enfermedades incurables, raras, etc.	Deja fuera casos excepcionales (enfermedades raras, medicamentos huérfanos, por ej.)
Enfrenta el problema de las condiciones sociales de salud (disminuir el impacto)	Enfrenta problemas de inclusión o acceso a los beneficios del sistema y la escasez
Orientación hacia los resultados en salud (Indicadores del estado de salud)	Orientación hacia asignación y distribución de recursos
Todos tienen derecho a gozar de un mínimo de salud	Todos tienen derecho a que el Estado invierta una cantidad mínima de recursos
Pone el acento en los fines	Pone el acento en los medios
Para que resulte plausible es inevitable que tome la forma de alguna versión de gasto mínimo.	Para que no resulte insatisfactorio tiene que asumir alguna forma de salud mínima.

Judicialización de la salud

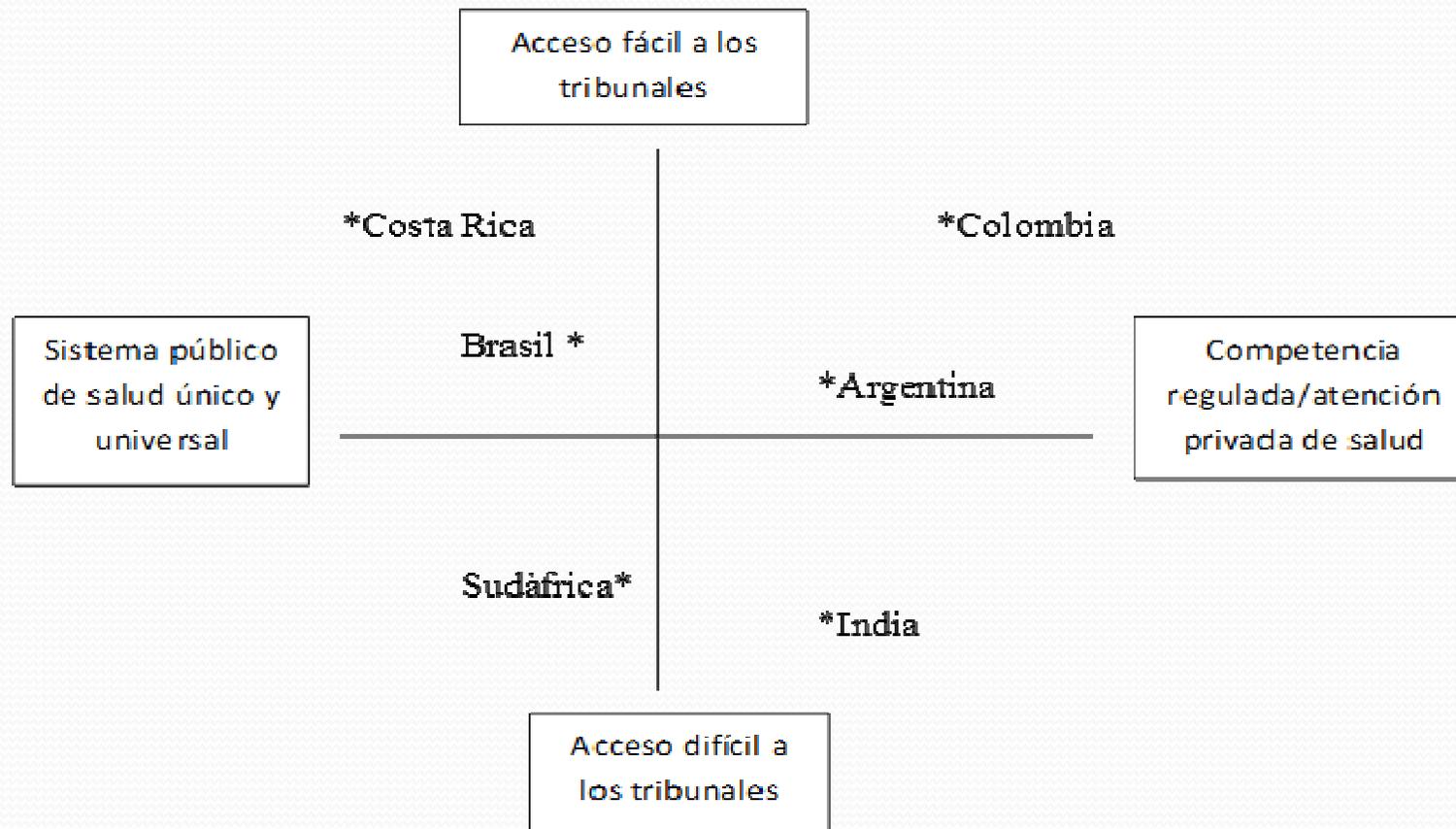
Concepto	Características
<p>“La judicialización de la salud es el proceso de utilización creciente de los mecanismos jurisdiccionales (constitucionales, ordinarios o ambos, según el sistema de justicia del que se trate) para la solución de controversias entre los pacientes y usuarios de los servicios de salud y las instituciones prestatarias (públicas, privadas o mixtas, según el sistema de salud de cada país) directamente relacionadas con el derecho a la salud y donde las sentencias que se dictan –por la cantidad o por su contenido- producen un impacto en el sistema de salud (administrativo, político y financiero) y puede llegar a impactar en el diseño de políticas públicas en salud” (R.N.F).</p>	Magnitud del fenómeno (Cuantitativo y cualitativo, sólo demandas derecho a la salud)
	Efectos del fenómeno (financieros o presupuestarios, políticos, administrativos, política pública)
	Percepción del fenómeno (Por instituciones públicas, usuarios, industria, prensa)
	Los beneficios que otorga (Beneficios regulados y no regulados) privilegios vs derechos.
	Soluciones atípicas (sentencias estructurales)

Judicialización de la salud

Contexto	Causas
Vigencia del Estado Social de Derecho . La salud como derecho exigible y controlable por la jurisdicción o justicia constitucional	Deficiencia o insuficiencia del sistema de salud para responder a las demandas de la población (causa principal)
Se concentra en el derecho a la atención médica (no en el derecho a la salud en sentido amplio)	El diseño del sistema de justicia (acceso a la justicia, sentencias oportunas y favorables, ejecución y cumplimiento)
Se concentra en el sistema de salud (no en otros determinantes) y principalmente en la hospitalización y en los bienes y servicios de alto costo, medicamentos oncológicos (8% al 14% presupuesto med.)	Conciencia de derechos (Los usuarios están conscientes de que son titulares de derechos y activan los mecanismos de defensa)
Reformas constitucionales o a la jurisdicción constitucional (control constitucional y convencional y tutela del derecho a la salud) 10% circulante Sala IV	Países de mediano desarrollo económico (e institucional) entre los 10 y 25 mil USD.

Acceso a la protección judicial del derecho a la salud

(Gloppen Siri, La lucha por los derechos de la salud)



Judicialización de la salud: El razonamiento del juez constitucional

El individuo (en el mercado)	Administración sanitaria pública	El juez
<p>La persona valora para tomar su decisión: el estado de salud, el aporte a su salud del tratamiento ofrecido, el precio y el presupuesto, que en la mayoría de los casos lo obligan a priorizar</p>	<p>Valora el estado de salud de toda la población, lo hacen técnicos y no el propio afectado, valoran costos de un paquete de prestaciones y el presupuesto. A diferencia de la decisión privada, cuando priorizan no están sacrificando bienes sino personas (ej. medicamentos huérfanos)</p>	<p>No ve la necesidad de salud de la población solo la del recurrente, sigue el criterio del médico tratante (variable clínica) y no aprecia del todo la variable costos (presupuesto) él no tiene que pagar., ni valora el costo de oportunidad como si lo hace la Adm. Sanitaria y el individuo.</p>
<p>La salud del individuo queda en manos de sus posibilidades económicas</p>	<p>Toma en cuenta el elemento colectivo del derecho a la salud</p>	<p>No toma en cuenta el elemento colectivo del derecho</p>

Recursos escasos vs demanda ilimitada (no es posible dar todo a todos)

Activismo judicial, irresponsabilidad financiera del juez y neoconstitucionalismo

BENEFICIOS DE LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

- Ha convertido una expectativa de derecho a la salud (derecho declarado formalmente) en un derecho real garantizado y de una concesión graciosa a una obligación constitucional frente a él.
- Ha reconocido y protegido el derecho a personas a quienes el sistema de salud se lo había negado
- Ha introducido elementos de equidad en el sistema de salud.
- Ha incluido el tema en la agenda nacional (académica, política, etc.)
- Ha provocado y exigido un cambio en las políticas públicas (enfoque en la satisfacción de derechos)
- El juez es reactivo (instancia de parte) a problemas que el sistema de salud debería normalmente resolver.

Sentencias estructurales: Características

Sentencias estimatorias (Proceso ordinario)	Sentencias estructurales (Tribunales constitucionales)
El juez se limita a resolver el caso concreto y lo pedido en demanda	Resuelve problemas estructurales de la sociedad de forma ultra petita
La sentencia tienen efecto interpartes (Las constitucionales erga omnes)	Tiene efectos sobre partes que no litigan en el proceso
El juez se apegas al método de subsunción y se ajusta a la legalidad	Utiliza el método de la ponderación de derechos y bienes jurídicos.
El legislador y el Ejecutivo definen la política pública en salud	El juez define (o exige la definición) política pública mediante mecanismos de control
Impacta en número reducido de personas (las del proceso y algo más)	Impacta en un número indeterminado (pero determinable) de personas
Mecanismos de control de ejecución de sentencias típicos (aún en Derecho Administrativo)	Mecanismos de control atípicos que no se encuentran regulados en los códigos (audiencias, salas de seguimiento y autos)

MODELOS DIFERENTES DE TUTELA JUDICIAL EN SALUD

Modelo español	América Latina
Las prestaciones sanitarias están fuera de la competencia del Tribunal Constitucional	Los jueces constitucionales tienen competencia para pronunciarse sobre este tipo de prestaciones
Rango y fuerza. El derecho a la salud está supeditado a la ley, carece de contenido esencial protegido	Es un derecho constitucional se tutela incluso frente al legislador
Solo se tutela en la jurisdicción ordinaria	Se tutela en la jurisdicción o justicia constitucional
La progresividad de la protección queda reservada a la ley (acuerdo político). Resta activismo al juez	La progresividad puede venir por dictado jurisprudencial
En la práctica goza de mejores indicadores en salud	Menores indicadores en salud que España. El modelo no pesa



MUCHAS GRACIAS POR SU ATENCIÓN