Judicialización del Derecho a la Salud

Judicialization of the Right to Health

SALAS, Manuela

Médica de Familia. Magister en Epidemiología, Gestión y Políticas de Salud. Docente del Departamento de Ciencias de la Salud de la Universidad Nacional del Sur.

Contacto: Prof. Mg. Manuela Salas (manuelasalas@yahoo.com.ar)

Fecha recibido: 22/11/2016
Fecha aceptado: 12/04/2017

RESUMEN

En los últimos años es cada vez más frecuente el recurrir a la justicia para exigir el cumplimiento del Derecho a la Salud. Esta situación se ha denominada Judicialización o Activismo Judicial. Este Activismo Judicial refleja algunas cuestiones que se deben considerar. Por un lado, el aumento de las demandas puede ser un reflejo de las desigualdades sociales, de la inequidad en el acceso a la salud y del déficit de cobertura en salud. Por otro lado, puede significar mayor acceso a la información y mayor concientización y apropiación de la salud como un derecho. La intervención judicial en muchos casos sirve para restituir los derechos desde lo individual, ante situaciones concretas, pero no es suficiente para restaurar las dificultades que tiene el sistema de salud, y muchas veces las acciones colaboran al aumento de las desigualdades.

PALABRAS CLAVES: Derecho a la Salud; Decisiones Judiciales; Acción Judicial.

ABSTRACT

In the last years,it is more and more frequent appealing to the justice to demand the fulfillment of the right to health. This situation has been named Judicialization or Judicial Activism and reflects some issues that must be considered. On one hand, the increase of the demands could be the reflection of social inequalities, inequities in the access to health and the health coverage deficit. And on the other hand, it could mean more access to information and, awareness and appropriation of the right to health. The judicial intervention, in many cases, is useful to restore individual right to specific situation, but it is not enough to restore health system´s difficulties, and often these actions collaborate to increase inequalities.

KEYWORDS: Right to Health, Judicial Decisions, Judicial Role.

INTRODUCCIÓN

El recurrir a la justicia por cuestiones relacionadas con el Derecho a la Salud no es un tema nuevo. Sin embargo, sigue siendo objeto de debates y controversias. Las políticas públicas de salud son indispensables para garantizar la efectividad del Derecho a la Salud. Uno de los principales puntos controversiales se relaciona con el campo de actuación del Poder Judicial, es decir hasta dónde debe avanzar el accionar del Poder Judicial para resguardar el Derecho a la Salud de los ciudadanos, de manera de no interferir con el funcionamiento del Poder Ejecutivo en materia de políticas de salud (1).

Se plantean en torno al mismo múltiples cuestionamientos: ¿son los que más necesitan quienes recurren a las demandas judiciales? ¿Cualquier tratamiento solicitado por vía judicial debe ser suministrado? ¿Los jueces se basan en los mismos principios que el Sistema de Salud para tomar sus decisiones?

EXIGIBILIDAD JUDICIAL DEL DERECHO A LA SALUD

En los últimos años es cada vez más frecuente el recurrir a la Justicia para exigir el cumplimiento del Derecho a la Salud; situación que puede deberse a múltiples causas entre las que pueden mencionarse el mayor acceso a la información, el crecimiento de las inequidades y desigualdades, y el desmantelamiento del sistema de salud público en la década de los '90, entre otras.

Esta situación se ha denominado Judicialización o Activismo Judicial. Abramovich y Pautassi (2008) lo definen como "tanto el uso estratégico de los tribunales por organizaciones dedicadas al litigio de interés público, como el mayor uso de los tribunales por particulares para canalizar demandas al estado o a empresas prestadoras de servicios de salud" (2). Por su parte, Chieff y Barradas Barata (2009) definen a la judicialización como "la cada vez más frecuente interferencia del poder judicial en cuestiones que, primariamente son de competencia de los poderes ejecutivos o legislativos. En el campo específico de la política de salud, la judicialización se traduce como la garantía de acceso a bienes y servicios por intermedio de acciones judiciales" (3).

En el caso de Argentina, el Derecho a la Salud no se encuentra incluido de manera explícita en la Constitución Nacional, aunque sí lo está en las Constituciones Provinciales. En el caso de Brasil, el Derecho a la Salud se encuentra garantizado en la Constitución Federal desde la reforma del año 1988 (la cual que también aprueba la construcción del Sistema Único de Salud), el mismo es un Derecho social y asegura el cumplimiento de la elaboración e implementación de políticas públicas de salud, las cuales deben ser aplicadas a escala colectiva (2,4).

En la reforma Constitucional del año 1994 es cuando en Argentina comienza a incluirse este Derecho. En primer lugar, se menciona de manera explícita en el Artículo 42 de la Constitución Nacional (2):

> "Art. 42.– Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.
>
> Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.
>
> La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control (4)."

Sin embargo, como se desprende de la lectura de dicho artículo, no se hace énfasis en la garantía del Derecho como un Derecho Humano universal, si no que se refiere a relaciones de consumo. Una segunda forma de incorporar el Derecho a la Salud es mediante el otorgamiento de jerarquía constitucional a los tratados internacionales que sí incorporan explícitamente este derecho. En este punto es interesante destacar que, al adscribir a estos tratados, el Estado está jurídicamente obligado por el derecho internacional a garantizar el cumplimiento de los derechos, al menos en los niveles esenciales de los mismos, independientemente de que cuente o no con los recursos necesarios para ello. Además, cumple el rol de garante final frente a las obligaciones que del cumplimiento de estos derechos se desprenden. Es decir, para el derecho internacional es siempre el Estado Federal quien debe responsabilizarse por el cumplimiento del derecho, aun cuando la violación del mismo haya ocurrido en jurisdicciones provinciales (2).

Un aspecto a considerar en la judicialización son algunos de los principios que rigen las políticas de salud y que además se deben relacionar con el derecho de igualdad. Este derecho hace referencia a que todos somos iguales ante la ley pero no implica neutralidad, si no que por el contrario requiere de un Estado no neutral, que reconozca las diferencias sociales y culturales entre las personas, y que en consecuencia intente superar las situaciones de desigualdad mediante la implementación de acciones en beneficio de las personas que se encuentran en desventaja. En Brasil, el SUS está regido por los principios de igualdad, universalidad e integralidad, los cuales muchas veces se ven contrariados por las decisiones del Sistema Judicial, en primer lugar

porque quienes acceden al mismo en general son aquellos ciudadanos con mayor poder adquisitivo como para poder recurrir a un abogado, pero además con mayor acceso a la información y mayor conocimiento de sus derechos y los mecanismos para reclamar por su cumplimiento, por lo que muchas veces las resoluciones del Poder Judicial contribuyen a generar más desigualdades (2,3,5).

Fleury (2005) explica que la Reforma del SUS se da a través de tres procesos: de subjetivación, de constitucionalización y de institucionalización. Los tres procesos pueden derivar en hipertrofias, de esta manera la judicialización sería la hipertrofia del proceso de constitucionalización. Agrega además un aspecto de suma importancia, la justicia tiene generalmente una mirada individual y por ende aborda el Derecho a la Salud de manera individual, enfoque contrario al del sistema de salud orientado hacia lo colectivo (6).

Las demandas recibidas en los tribunales pueden ser de dos tipos, unas que tienen que ver con obligaciones positivas (por ejemplo aquellas que reclaman el acceso a tratamientos médicos o medicamentosos), y un segundo tipo que se refieren a obligaciones negativas, como puede ser la prohibición a una prepaga de rescindir arbitrariamente el contrato por sus servicios (2).

La mayoría de las demandas judiciales, según la bibliografía consultada, se refieren a exigencias de cumplimentar con tratamientos medicamentosos. Los primeros casos estuvieron relacionados con el reclamo de medicamentos para el tratamientos antirretrovirales para el VIH, luego se fue ampliando el espectro, actualmente son frecuentes las demandas por tratamientos oncológicos. En cuanto a los reclamos por fármacos hay algunos aspectos que deben considerarse, en el caso de Brasil, los estudios sobre el tema muestran que muchas veces las demandas se refieren a medicamentos que se encuentran incluidos en el Vademécum del SUS, generalmente indicados por médicos particulares no pertenecientes al Sistema Público, por lo que deja en evidencia dos cuestiones, por un lado la posibilidad económica de abonar por los servicios médicos de quienes recurrieron a la vía judicial y por otro lado el desconocimiento de los médicos sobre las prestaciones del SUS. En otras ocasiones se recurre solicitando medicamentos de eficacia no comprobada. Y un aspecto a tener en cuenta de fundamental importancia es la presión de la industria sobre los profesionales de la salud, especialmente los médicos (3,5).

También son crecientes las demandas relativas a la provisión de prótesis, órtesis y materiales especiales, y como ocurre con los medicamentos, en estas muchas veces se observa la direccionalidad del médico en cuanto a la elección de la marca del insumo, en función de sus intereses y de las presiones de las industrias, y no siempre en relación a la salud y al Derecho a la Salud de los pacientes (1).

Al respecto de las demandas reclamando medicamentos es importante plantear una aclaración: que el Estado sea el responsable de garantizar el cumplimiento del Derecho a la Salud, no implica que deba brindar todo lo que en el mercado se encuentra disponible. Tampoco significa que los ciudadanos tienen el derecho de elegir medicamentos específicos. En la bibliografía brasilera se relatan casos en donde el juez ha respetado el listado de medicamentos ofrecidos por el SUS, reconociendo la importancia de respetar las políticas de salud y favoreciendo la viabilidad de la asistencia farmacéutica del SUS. Considerando la escasez de recursos y la imposibilidad de responder a todos los pedidos, corresponde al Poder Ejecutivo establecer prioridades y en función de ellas establecer los límites de la cobertura. Es por esto, que el poder Judicial no debería interferir en las políticas de medicamentos, estableciendo cuáles medicamentos deben ser entregados, con las posibles consecuencias negativas que esto puede acarrear en el aspecto financiero del sistema de salud (5,7).

Este Activismo Judicial puede dejar en evidencia algunas cuestiones que deben ser consideradas. Por un lado, el aumento de las demandas puede ser un reflejo de las desigualdades sociales, de la inequidad en el acceso a la salud y del déficit de cobertura en salud. Pero, por otro lado, puede significar mayor acceso a la información y mayor concientización y apropiación de la salud como un derecho. Es decir, queda claro que si un sujeto recurre ante la justicia por un problema de salud es porque no accede a lo que él cree que le corresponde, pero al mismo tiempo demuestra que tiene conciencia de que un derecho lo asiste y que es el Estado el responsable del cumplimiento de dicho derecho. Es decir que constituye una conquista en cuestión de Derechos Humanos. Hay que reconocer que la intervención judicial en muchos casos sirve para restituir los derechos desde lo individual y ante situaciones concretas, pero no es suficiente para restaurar las dificultades que tiene el sistema de salud. Asimismo, como ya se ha expuesto en el desarrollo, muchas veces las acciones colaboran al aumento de las desigualdades porque, tal como probablemente también ocurre con el acceso a la salud, quienes más acceden a la justicia son aquellos que más recursos tienen, no sólo económicos, sino también mayor información (2,3,5,7).

ALGUNAS REFLEXIONES

Se observa una notoria diferencia entre las escasas publicaciones argentinas sobre el tema y la gran cuantía de bibliografía brasilera al respecto, con abundantes estudios descriptivos que evalúan la cantidad y el tipo de las demandas presentadas, incluso diferenciadas por localidad, entre otras características. Probablemente esté relacionado a la trayectoria recorrida por Brasil y sus ciudadanos, con mayor antigüedad en el inicio de la discusión sobre el Derecho a la Salud y la responsabilidad estatal frente al mismo, y por ende mayor conciencia colectiva acerca de dicho derecho. Además, como ya se expuso, el vecino país cuenta constitucionalmente con el Derecho a la Salud de manera explícita desde

el año 1988.

Un aspecto a resaltar es la diferencia en la interpretación que sobre la judicialización hacen los textos brasileros y argentinos. En el caso de Brasil interpretan y exponen casi a modo de reclamo, que el Sistema Judicial interfiere con el accionar y las decisiones de otro poder que es el Ejecutivo, al poner sus dictámenes por encima de lo que establecen las políticas públicas en materia de salud implementadas por el Ejecutivo. Esto aún reconociendo que el recurrir a la justicia puede significar la apropiación del Derecho a la Salud por los ciudadanos. Mientras que en los textos argentinos interpretan el activismo judicial como una expresión del déficit en el accionar del sistema de salud. Más allá de esto en ambos casos se asume que las demandas judiciales pueden contribuir a aumentar las desigualdades existentes y que pueden ser incluso origen de conflictos sociales. Probablemente este enfoque esté relacionado con la disciplina de los autores, y por ende un punto de vista diferente.

Por último, este tema abre una línea de investigación para profundizar en la evaluación de las consecuencias que la judicialización tiene, fundamentalmente en el planteo de que las decisiones judiciales pueden contribuir al aumento de las inequidades y desigualdades sociales.

REFERENCIAS

1. Badim Marques S. O controle judicial das políticas e ações de saúde no Brasil. Revista de Direito Sanitaria [Internet]. 2016 [Consultado 09 de octubre de 2016]; 17(1): 100-105. Disponible en: http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/117046/114644

2. Abramovich V y Pautassi L. El Derecho a la Salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina. Salud Colectiva. 2008; 4(3): 261-282.

3. Chieffi, AL y Barradas Barata R. Judicializaçâo da política pública de assistência farmacéutica e eqüidade. Cad. Saúde Pública. 2009; 25(8): 1839-1849.

4. Constitución Nacional de la República Argentina. Disponible en: http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/capitulo2.php Consultada el 7 de Diciembre de 2010.

5. Da Costa Leite Borges, D y Dominguez Ugá MA. Conflitos e impásses da judicializaçâo na obtençâo de medicamentos: as decisôes de 1ª instancia nas açôes individuais contra o Estado do rio de Janeiro, Brasil, em 2005. Cad. Saúde Pública. 2010; 26(1): 59-69.

6. Fleury S. Salud y Democracia en Brasil: Valor Público y Capital Institucional en el Sistema Único de Salud. Salud Colectiva. 2007; 3(2): 147-157.

7. Sulpino Vieira, F. Açoes judiciais e direito à saúde: reflexâo sobre a observancia aos principios do SUS. Rev. Saúde Pública. 2008; 42(2): 365-369.