

JUDICIALIZACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE SALUD EN AMÉRICA LATINA

*Maria Célia Delduque*¹³⁹

*Silvia Badim Marques*¹⁴⁰

*Karen Vargas*¹⁴¹

La judicialización de las políticas de salud es un fenómeno que está ganando fuerza en los países de América Latina. En los finales del siglo XX y principios del siglo XXI, con los derechos sociales formalmente protegidos en los aparatos jurídicos de muchos de estos países, así como protegidos por acuerdos y convenios internacionales, el Poder Judicial ha llegado a representar un actor político importante para garantizar estos derechos.

Varios países latinoamericanos han estado observando el crecimiento de este Poder como un cuerpo político dentro de sus Estados de Derecho, que pueden impactar y cambiar las previsiones políticas tomadas por los Poderes Ejecutivo y Legislativo, en nombre de la protección social.

El fenómeno de la *judicialización de la salud* consiste en la práctica reiterada a nivel social de exigir ante los tribunales de justicia una determinada acción que se requiera por parte de autoridades estatales, para proteger la salud de una persona o grupo.

Santos (2007) informa los cambios significativos que estos países han protagonizado en el papel del Poder Judicial en la esfera política de sus Estados. Como señala este autor, los países latinoamericanos han construido sus Estados de Derecho en el paradigma del Poder Judicial, sin un importante discurso político, cuyo papel como un mero ejecutor de la ley se ha importado del modelo europeo.

Este modelo continuó durante las décadas del 50 y 60, donde el Poder Judicial fue testigo del crecimiento del aparato burocrático de estos países. Él continuó siendo para el 70 y 80, donde en muchos países de América Latina las dictaduras militares fueron fuertemente represivas, en el que el papel del Poder Judicial para garantizar los derechos de la ciudadanía fue abolido en favor del poder del Estado.

Hoy el escenario ha cambiado. Se ha observado, en toda América Latina, los ciudadanos que esperan que el Poder Judicial sea un órgano capaz de escuchar las demandas sociales, y asegurar que los beneficios son capaces de satisfacer las diversas necesidades de la vida en comunidad.

Y que el Poder Judicial, a su vez, ha estado sirviendo a estas demandas y que condena al Estado y a las instituciones privadas para garantizar los diferentes servicios requeridos de los solicitantes.

139 Abogada. Especialista en Derecho Sanitario, Máster en Planeamiento y Gestión Ambiental, Doctorado en Salud Pública. Investigadora de Fiocruz-Brasil.

140 Graduada en Derecho, Magíster y Doctora en Salud Pública por la Universidad de São Paulo. Investigadora colaboradora del Programa de Derecho Sanitario de Fiocruz-Brasil.

141 Abogada y Magíster en Salud Pública con énfasis en Gerencia de la Salud.

Y entre estas demandas, se destaca el gran volumen de demandas que ha sido presentado en los tribunales para garantizar el derecho a la salud, a través de una variedad de beneficios en esta área.

La “Jurisprudencia sobre la Protección del Derecho a la Salud en cuatro países andinos y en el Sistema Interamericano”, documento preparado por el Consorcio de Investigación Económica y Social – CIES y Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres – CLADEM, apoya esta interpretación.

Mediante la demostración de las diversas y voluminosas demandas para la salud en cuatro países andinos¹⁴², y la posición activa del Poder Judicial en relación con ellas, el documento señala la variedad de demandas de atención de la salud que ha sido solicitada y concedida en la corte.

Como el derecho a la salud ha sido reconocido por instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁴³ y constituida bajo las leyes de varios países, este derecho se convirtió en un derecho en vigor, capaz de ser ejercido por los ciudadanos. Y, por tanto, susceptibles de ser objeto de intervención judicial.

Y este derecho, a su vez, es un derecho complejo, porque depende de varias variables para que se garantice de hecho, como aparato estatal público, políticas públicas, recursos financieros, profesionales de la salud, etc.

Y el Poder Judicial, en este contexto, tiene el deber de dar una respuesta cuando demandado en los tribunales. Y por lo tanto, para cuestiones más complejas que se ponen en la corte, y se mezclan con otros temas más allá de las estrictamente legales (económicas, políticas e incluso científico técnicas), el Poder Judicial se enseñoreen de ella, siempre de acuerdo con las limitaciones del procedimiento.

Y en una decisión que satisfaga la intención del autor y obliga al Estado u otra institución a asegurar una determinada disposición de la salud, esto puede extrapolar los contornos tradicionales del sistema jurídico e interferir con las cuestiones de otros sistemas, tales como la política y el económico.

Esto se debe a que para asegurar esta prestación es necesario gastar los recursos, o el uso de dispositivos físicos y de recursos humanos para satisfacer no sólo la parte demandante, sino a toda una comunidad, que se cumple a través de la planificación y las políticas públicas.

En este sentido, se sigue la constatación de Faria (2002), de que los derechos sociales y la complejidad de las cuestiones que involucran la garantía de esos derechos en la

142 Los países estudiados en el documento fueron: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

143 La afirmación de la salud como un derecho se convierte en importante especialmente con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que introduce los elementos que caracterizan a los derechos humanos: la universalidad, interdependencia e indivisibilidad. La Declaración Universal establece en su artículo 25 que: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a sus familias, la salud (...)”. La salud también es reconocida como un derecho en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, artículo 12-1, que establece el reconocimiento “del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

contemporaneidad, “están modificando las formas y prácticas jurídicas y, con ello, afectando radicalmente la estructura, la funcionalidad y el alcance del derecho positivo” (p. 59).

Como lo demuestra Gloppen (2005), las decisiones judiciales sobre los derechos sociales, por sus características intrínsecamente entrelazadas con cuestiones planteadas en el presupuesto público y en las políticas públicas han traído consigo importantes consecuencias políticas y económicas, especialmente en los países en desarrollo. Eso porque los derechos sociales necesitan una amplia y compleja gama de programas gubernamentales y políticas dirigidas a segmentos específicos de la sociedad.

Específicamente en relación al derecho social a la salud, el ejercicio de este derecho está intrínsecamente relacionado a la elaboración de políticas de salud y a la prestación de servicios públicos de salud que, a su vez, están impregnados de cuestiones de orden político, social, económico y técnico-científico.

Y la elaboración de una política pública de salud demanda una serie de conocimientos y cuestiones que sobrepasan, con creces, los límites del campo jurídico, tal como este está hoy disciplinado. Sin embargo, es necesario que estas políticas públicas sean conocidas e inseridas en el sistema jurídico, para que el derecho a la salud sea ejercido y garantizado en su complejidad.

Son exactamente esas políticas públicas las que se someten a la concretización del derecho fundamental a la salud, que las necesita para su plena fruición. Además, las políticas públicas deben ser, permanentemente, seguidas por la sociedad e incluso sometidas al control social, en los foros constituidos para este fin, a ejemplo de lo que ocurre con la política pública de salud, entre otras, deben, esencialmente, estar definidas con claridad en la norma legal, pues, de otro modo, impide su apreciación por parte del Poder Judicial, que deben observarlas rigurosamente, con el fin de no construir una judicialización desestructurada.

Desde un punto de vista conceptual, las políticas públicas pueden dividirse en políticas públicas de Estado y políticas públicas de gobiernos. Para Bucci (2006), el rasgo distintivo entre ellas es meramente temporal: las políticas de Estado tienen un horizonte calculado en décadas al paso que las de gobierno se producen en cortos intervalos de tiempo y componen programas mayores. Aith (2007) adopta la objetividad como criterio para la distinción entre la política de Estado y la política de gobiernos. Estas últimas cumplen objetivos puntuales mientras que las primeras tienen objetivos más amplios como la organización política del Estado, la garantía de la soberanía y del orden público.

Es imperioso reconocer, igualmente, que las políticas públicas dichas de Estado están conformadas en la Constitución y en leyes, ya que tales normas de derecho tienen como característica su perennidad, siendo bastante compleja su revocación o alteración. Tal característica del instrumento normativo garantiza una vida larga a la política pública.

Al contrario, las políticas públicas de gobiernos, que deben entenderse como aquellas que vienen a complementar las primeras, están generalmente conformadas en normas jurídicas infralegales lo que les confiere una mayor facilidad de revocación y alteración, adaptándose a la política pública gubernamental, a las expectativas de los sucesivos gobiernos y a la coyuntura temporal económica y social.

O conceito de política pública exige ser esta seja empreendida pelo Estado, até porque não faria sentido uma política pública elaborada pelas organizações privadas ou pelo mercado, desprovidos de legitimidade social e organização jurídico-legal.

El hecho es que este campo del conocimiento de las denominadas políticas públicas coloca el gobierno en acción, analiza esa acción y propone cambios en el rumbo de esas acciones, cuando es necesario. Es un campo holístico, un espacio multidisciplinar, tanto en su estudio académico como también en su praxis.

Y, en la garantía del derecho a la salud, intrínsecamente permeado por cuestiones oriundas de las políticas públicas, es necesario que esas políticas sean conocidas, para que la garantía del derecho se armonice con la actualización del Estado en este sentido.

Si, por un lado, el fenómeno de la judicialización en el acceso a los servicios públicos resulta razonable desde la perspectiva de la “justiciabilidad” que, según Rojas Morales (2009, p.224) se hace referencia a la “justiciabilidad” o exigibilidad judicial del cumplimiento de las obligaciones derivadas de un determinado derecho, a la posibilidad de demandar a los órganos jurisdiccionales determinadas prestaciones”, por otro resulta una preocupación por la administración de la salud pública.

Eso porque las decisiones judiciales en materia de salud acaban, reflejamente, por acarrear impactos en la ejecución de las políticas públicas de salud destinadas a atender el derecho a la salud bajo una perspectiva colectiva.

Para garantizar un derecho complejo como el derecho a la salud, es necesario que las discusiones políticas que presentan este derecho sean expuestas a las discusiones jurídicas. Así, como las cuestiones jurídicas necesitan ser incorporadas a los entendimientos políticos que abordan el acceso a la salud en América Latina.

Necesitan trazarse caminos de enfrentamiento tanto judiciales como extrajudiciales, que permitan que el derecho, sin perder su función central de decir lo que es y lo que no es derecho en la sociedad, se abra para nuevos paradigmas de protección a la salud, capaces de garantizar ese derecho complejo.

Se revela, por lo tanto, fundamental que los jueces, promotores de justicia, gestores públicos, defensores públicos, sociedad civil, médicos sanitaristas, miembros de la academia, entre otros involucrados en la temática, discutan de forma amplia el tema en debate.

También es esencial que los profesionales jurídicos participen de foros políticos para la formulación y el control de las políticas de salud, que discutan prioridades, ejecución de presupuestos en el área de la salud, y que cuiden de la apertura de ese espacio dialógico en el ámbito político.

Y, a partir de eso, pasen a “judicializar” no el caso individual, sino la política pública establecida, peleando por la garantía integral y universal de los pactos y de las prioridades establecidas en el ámbito colectivo, para que los servicios de salud sean capaces de atender indistintamente a todos los ciudadanos que necesiten cuidados sanitarios.

Referencias

- AITH, F. M. A. *Curso de Direito Sanitário. A Proteção do Direito à Saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BUCCI, M. P. D. O Conceito de Política Pública em Direito. In: _____. *Políticas Públicas. Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva; 2006. p. 1-49.
- FARIA, J. E. Estado, Sociedade e Direito. In: *Qual o Futuro dos Direitos? Estado, Mercado e Justiça na Reestruturação Capitalista*. São Paulo: Max Limonard, 2002.
- GLOPPEN, S. *Social Rights Litigation as Transformation: South African Perspectives*. Chr. Michelsen Institute Development Studies and Human Rights, 2005.
- ROJAS MORALES, I. R. La Caja Costarricense de Seguro Social. Creación, desarrollo y propuesta de alcance de los servicios que brinda actualmente en materia de salud. In: _____ et al (Org.). *Constitución y Justicia Constitucional*. San José: Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, Noviembre, 2009.
- SANTOS, B. de S. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.