



El litigio por derecho a la salud: estado actual y potencialidades

myf

446

Dra. Verónica Gotlieb

Jueza de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 13ª Nominación de Rosario

Resumen

La judicialización de la política y la politización de la justicia colocan en el ámbito de los tribunales conflictos que históricamente obtenían respuesta en otras esferas, develándose el campo de la salud como terreno fértil para propiciar intervenciones judiciales afines a este nuevo patrón. El desafío del litigio por derecho a la salud, desde el análisis del rol del Poder Judicial y el contenido de las sentencias, radica en el ejercicio de una función judicial de tipo dialógica que pudiera promover el debate democrático o el diálogo inter-institucional respecto a las debilidades del sistema de salud que conducen al litigio, con posibilidad de recurrir a herramientas afines a una intervención judicial signada por el nuevo paradigma de la prevención del daño, como el mandato preventivo.

Introducción

El Poder Judicial se ha constituido en un protagonista relevante del siste-

ma político en Argentina (M. Böhmer, 2008:189). La recurrencia a la intervención judicial ante distintos conflictos políticos y sociales se ha tornado una cuestión cotidiana, cobrando el recurso a la justicia una nueva centralidad en términos de visibilidad jurídica e instrumento legítimo de influencia política (L. Martín, 2011:363). Este fenómeno, que no es patrimonio exclusivo de nuestro país, ha sido calificado como uno de «los más intrigantes de la sociología política y de la ciencia política contemporánea» y provoca la pregunta respecto a si se trata de un fenómeno nuevo o sólo de uno viejo que recoge hoy nueva atención pública (B. Santos, 2009:76).

Distintos casos se citan en la búsqueda de los precedentes históricos de nuestro contemporáneo protagonismo judicial: los tribunales de la República de Weimar después de la revolución alemana (1918) y sus criterios dobles en el castigo de la violencia política de las extremas derecha e izquierda; el Tribunal Supremo de los Estados Unidos y el modo como intentó anular la

legislación del *New Deal* de Roosevelt a comienzos de los años treinta; los tribunales italianos de finales de las décadas de los sesenta y setenta que, a través del «uso alternativo del derecho» buscaron reforzar la garantía jurisdiccional de los derechos sociales; el Tribunal Supremo de Chile y el modo como intentó impedir el proceso de las nacionalizaciones llevado a cabo por Allende a comienzos de la década de los setenta (B. Santos, 2009:76).

Sin embargo, pareciera que esta notoriedad que pudieron haber tenido los jueces durante el siglo xx se distingue del actual patrón de intervención judicial, destacándose dos cuestiones. En primer lugar, se plantea como rasgo característico de casi todas las intervenciones del pasado el conservadurismo judicial, contrario a los procesos de transformación social, económica y política. En segundo término, se apunta que las intervenciones fueron generalmente esporádicas y respondieron a acontecimientos políticos excepcionales o momentos de transformación social y política. El protagonismo actual

Claves Judiciales

El litigio por derecho a la salud:
estado actual y potencialidades

de los jueces, si bien no necesariamente favorecería agendas políticas conservadoras o progresistas, involucraría un posicionamiento distinto de los tribunales respecto a su rol y posibilidades de actuación, que ya no se presenta como excepcional, sino que pareciera constituir un nuevo patrón de intervención judicial (B. Santos, 2009:76).

En este sentido, es posible distinguir entre «judicialización de la política» y «politización de la justicia» en tanto cara y contracara de este nuevo patrón (R. Uprimny Yepes, 2007:52; R. Sieder, L. Schjolden, A. Angell, 2008:13). La primera alude, por un lado, a una mayor presencia de la actividad judicial en la vida política y social, de modo tal que los conflictos políticos, sociales o entre el Estado y la sociedad se resuelven cada vez más en los tribunales. Por otro lado, diversos actores políticos y/o sociales empiezan a ver como ventaja recurrir a los tribunales con el fin de proteger o promover sus intereses, lo cual se vincula a una tendencia tal vez creciente de que la legitimidad del sistema político va ligada

a la capacidad del Estado democrático moderno de cumplir con sus promesas del Estado de derecho, de proteger los derechos del ciudadano, de garantizar el principio de dicho proceso y los mecanismos de rendición de cuentas de los gobernantes (P. Domingo, 2009:33). Esta «judicialización de la política» puede asumir diferentes formas: control de la constitucionalidad de decisiones políticas, uso de un discurso de derechos para establecer nuevos derechos, o utilización de procedimientos judiciales para resolver los conflictos entre derechos establecidos y prácticas que violan esos derechos (C. Smulovitz, 2008:193).

Por su parte, la «politización de la justicia» alude a los cambios que se producen en tres tipos de funciones que cumple el Poder Judicial: guardián de la constitución frente a las decisiones políticas, árbitro en conflictos en torno a los alcances y límites del poder político, y fiscalización de la tarea de los políticos. Estos cambios implican un aumento de las atribuciones del Poder Judicial en el control de constitu-

cionalidad de las leyes o las decisiones del Poder Ejecutivo, modificando la doctrina sobre las cuestiones políticas no justiciables. También se incrementan las cuestiones políticas o sociales respecto a las cuales los jueces pueden decidir, a la vez que se impulsa el juzgamiento del desempeño de los funcionarios públicos (K. Ansolabehe, 2005:39).

Estos fenómenos impactan especialmente en la dimensión atinente al respeto, protección y cumplimiento de los derechos sociales, entre ellos el derecho a la salud. La judicialización de la política y la politización de la justicia colocan en el ámbito de los tribunales conflictos que históricamente obtenían respuesta o resolución en otras esferas. En este sentido, el campo de la salud (H. Spinelli, 2010:275)¹ aparece como terreno especialmente fértil para propiciar intervenciones judiciales afines a este nuevo patrón en tanto pone en juego la efectividad de derechos (civiles, políticos y sociales), al mismo tiempo que involucra la política pública de salud como política social.

El litigio por derecho a la salud: estado de la cuestión

En Argentina, el litigio vinculado al derecho a la salud es un fenómeno propio de los últimos quince o veinte años, al igual que viene aconteciendo en otros países del mundo, fundamentalmente países periféricos o semi-periféricos (B. Santos, 2009:93). En este sentido, América Latina se presenta como la región con un mayor incremento de juicios, destacándose junto al caso argentino los procesos de litigación de Brasil, Colombia y Costa Rica (S. Fleury, 2012:159; V. Pepe et al, 2010:461; D. Borges, M. Domínguez Uga, 2010:59; D. Alves, L. Bahia, A. Barroso, 2009:279; D. Diniz, T. Machado, J. Penalva, 2014:591; M. Torronteguy, 2010:224; M. Delduque, S. Marques, L. Romero, 2009:80; L. Romero, 2010:11; O. De Almeida Marques, M. Melo, A. Souza Santos, 2011:41; L. Canut, S. Cademartori, 2011:9; D. Liang Wang, O. Motta Ferraz, 2013:169; O. Motta Ferraz, 2009, 33; A. Chieffi, R. Barradas Barata, 2009:1839; L. Reveiz et al, 2013:213; F. Gomes et al, 2014:31; O. Motta Ferraz, 2013:97;

A. Yamin, O. Parra-Vera, Oscar, C. Giannella, 2013:127; R. Uprimny Yepes, 2007:52; B. Wilson, 2013:159; R. Navarro Fallas, 2011).

Sin embargo, la judicialización del derecho a la salud no resulta ajena a los países centrales ni tampoco a otros países periféricos –Sudáfrica e India por ejemplo– con tradiciones jurídicas diversas a las recorridas por los países latinoamericanos (S. Gloppen, M. Roseman, 2013:13).

Los trabajos de investigación jurídica e interdisciplinaria que hemos relevado se insertan, en términos generales, en el marco de diversos desarrollos referidos a la exigibilidad judicial de los derechos económicos, sociales y culturales (V. Abramovich, C. Courtis, 2004; R. Arango, 2011; P. Arcidiácono, G. Gamallo, 2010; A. Bestard, L. Royo, 2011; A. Chacón Mata, 2010:127; J. Couso, 2004:29-48, R. Gargarella, 2006:9; A. Meroi, M. Chauvet, 2008:717; L. Mora Mora, 2008; R. Sieder, L. Schjolden, A. Angell, 2008; M. Quinche-Ramírez, J. Rivera-Ruge-

les, 2010:113-118; C.Roux, J. Ramírez J., 2004; A. Yamin, S. Gloppen, 2011; A. Yamin, S. Gloppen, 2013; M. Langford, 2009:99), advirtiéndose un importante consenso doctrinario respecto a la justiciabilidad de estos derechos y, entre ellos, del derecho a la salud.

Tomando como ejemplo uno de los textos ya clásicos en la materia, la obra de Abramovich y Courtis «Los derechos sociales como derechos exigibles» (V. Abramovich, C. Courtis, 2004), con primera edición que data del año 2002, tenemos que los autores se proponían «demostrar que la adopción de normas constitucionales o de tratados internacionales que consagran derechos económicos, sociales y culturales genera obligaciones concretas al Estado» (V. Abramovich, C. Courtis, 2004:19) y que «muchas de estas obligaciones resultan exigibles judicialmente, y que el Estado no puede justificar su incumplimiento manifestando que no tuvo intenciones de asumir una obligación jurídica sino simplemente de realizar una declaración de buena intención política» (Abramovich, C. Courtis, 2004:20).

Claves Judiciales

El litigio por derecho a la salud:
estado actual y potencialidades

Actualmente, transcurrida más de una década, nos atrevemos a afirmar que, al menos en el ámbito académico argentino y latinoamericano, ya no se discute la justiciabilidad de los derechos sociales, sino que el debate se centra en el rol que debería jugar el Poder Judicial cuando interviene en tutela de estos derechos y los efectos que estarían produciendo las sentencias en su fase de cumplimiento o implementación. En palabras de Daniel Brinks y Varun Gauri, también autores con una larga trayectoria académica en la investigación de esta temática, «ya es tarde para cuestionarnos si las Cortes deberían intervenir en el aseguramiento de los derechos, porque lo están haciendo a diario; la pregunta más importante ahora es cómo tienen que hacerlo» (D. Brinks, V. Gauri, 2014:293).

Por ende, pareciera que se trata de profundizar en este nuevo patrón de intervención judicial que, como expresan Brinks y Gauri (D. Brinks, V. Gauri, 2014:293), ya está operando en el aseguramiento de los derechos sociales pero poco se sabe respecto a cómo

lo está haciendo y cómo tendría que hacerlo. De alguna forma, quedan atrás los cuestionamientos respecto a la actuación de los jueces en el ámbito que correspondería a los otros poderes, y a la supuesta carencia de legitimidad democrática del Poder Judicial, para avanzar en la discusión sobre una función judicial promotora de la vigencia de los derechos pero inserta en el marco de Estados que requieren del diálogo y la participación democráticos para diseñar e implementar sus políticas públicas (H. Etchichury, 2011; R. Gargarella, 2006:9; R. Gargarella, Roberto, 2007; R. Gargarella, Roberto, 2011:232).

Distintos tipos de intervención judicial

Las investigaciones más recientes apuntan precisamente a convalidar la intervención judicial como herramienta para el avance del derecho a la salud, pero destacan la necesidad de analizar no solamente el contenido de las sentencias dictadas sino su impacto en los sistemas de salud (A.

Yamin, S. Gloppen, 2013; C. Rodríguez Garavito, D. Rodríguez Franco, 2010; R. Sieder, L. Schjolden, A. Angell, 2008). Esto es, en suma, si la judicialización del derecho a la salud genera más o menos justicia y equidad o, dicho más simplemente aún, bajo qué circunstancias la judicialización del derecho a la salud es algo bueno y para quién (A. Yamin, S. Gloppen, 2013).

En este sentido, en orden precisamente a localizar los posibles tipos de intervención judicial y sus efectos, Brinks y Gauri definen una cierta tipología, a partir de distintos casos nacionales. Los autores distinguen entre un modelo clásico de ejecución judicial de los derechos humanos y un enfoque más dialógico y abierto. Plantean que el primer modelo se basa en un juez independiente que aplica normas de derechos humanos preexistentes con la finalidad de determinar una violación en una disputa entre un transgresor identificable (el Estado) y determinado titular de derechos, para ofrecer una decisión más o menos dicotómica destinada a reparar la violación, en la

que a una de las partes se le adjudica un derecho y la otra se considera que está equivocada. En el ámbito del derecho a la salud, este modelo identificaría típicamente al Estado o a actores estatales como únicos obligados u obligados primarios, y a la imposición de un deber estatal de proveer un bien protegido por un derecho como la «solución natural» de la disputa. El otro enfoque supone dos aspectos a considerar: en primer término, identifica tres tipos de actores en la producción y distribución de bienes y servicios sociales y por ende en los litigios por derecho a la salud: el Estado, los proveedores de la salud y los clientes / ciudadanos / pacientes / beneficiario. La incorporación de este tercer actor –los «proveedores» en tanto grupos de personas que prestan bienes y servicios esenciales para los clientes: médicos, enfermeras, farmacéuticos, compañías farmacéuticas, aseguradoras– marca una diferencia sustancial con el modelo clásico y abre la puerta para el segundo aspecto a considerar: la idea de que los tribunales no solamente intervienen por reclamos

de provisión o financiamiento de bienes o servicios de salud que un beneficiario realiza respecto al Estado, sino también por reclamos sobre regulaciones que involucran a los proveedores, y por el cumplimiento de obligaciones entre proveedores y clientes o beneficiarios. En este esquema triangular de aplicación de los derechos sociales, los jueces pueden optar por un tipo de intervención dialógica, tendiente a profundizar la discusión democrática y el debate de las políticas públicas, pero sin desplazar a los otros poderes del Estado de sus funciones específicas ni adjudicarse la última palabra institucional (D. Brinks, V. Gauri, 2014:293).

En esta misma línea, Roberto Gargarella propone una teoría general de la justicia dialógica, que adjudica a los tribunales una misión institucional tendiente a colaborar en el proceso de toma de decisiones revisando el modo en que se crean y aplican las normas legales, de modo tal que se garantice el cumplimiento de ciertos requisitos deliberativos y exigencias constitucionales básicos. Los tribunales podrían

intervenir para garantizar la participación democrática de los afectados por ciertas decisiones –mediante la convocatoria a audiencias públicas por ejemplo– o para poner límites a otras que imponen criterios irrazonables o discriminatorios (análisis con aplicación de escrutinio estricto) (R. Saba, 2008:695). Una de las formas de poner en práctica esta intervención sería el reenvío de las normas cuestionadas a los legisladores, con indicaciones respecto a cómo evitar futuras impugnaciones o solamente precisando la necesidad de una revisión de la política pública (R. Gargarella, 2013:279).

Este abordaje tendría una relación bastante estrecha con los efectos de las sentencias en orden a asegurar el derecho a la salud en los distintos casos. Brinks y Gauri diferencian entre los distintos tipos de reclamo aquellos que solamente logran una solución individual de aquellos que involucran a grupos poblacionales. Así, por ejemplo, por un lado colocan la orden de provisión individual de un medicamento por parte del Estado o de un proveedor pri-

Claves Judiciales

El litigio por derecho a la salud:
estado actual y potencialidades

vado, y por el otro la orden de provisión colectiva de medicamentos o la intervención en la modificación de cierto marco regulatorio. Apparentemente, serían las segundas intervenciones las que tendrían un impacto más general, con mayor potencial para producir cambios en las políticas de salud que promuevan la vigencia efectiva del derecho a la salud ((D. Brinks, V. Gauri, 2014:293).

En sentido similar, aunque para los derechos sociales en general, Sigal, Morales y Rossi diferencian entre casos individuales, colectivos medianos y colectivos estructurales. Los casos individuales son aquellos que presentan una afectación individual de un derecho y el reclamo se centra en requerir puntualmente una solución para la persona afectada. Los casos colectivos medianos serían aquellos en los que la afectación a un derecho social involucra a una cantidad relativamente importante de personas que es fácilmente determinable, la afectación se circunscribe a una determinada zona geográfica y si bien se cuestiona una

política pública, su alcance o nivel de generalidad es menor que en los casos estructurales. Estos últimos se caracterizarían por afectar un número amplio de personas, que alegan la violación de sus derechos y cuya determinación puede resultar dificultosa, la afectación generalmente se encuentra dispersa en el territorio de un Estado o provincia, se pone en juego la política pública relevante e implica órdenes de ejecución compleja, mediante las cuales el juez de la causa instruye a varias entidades públicas a emprender acciones coordinadas para proteger a toda la población afectada (M. Sigal, D. Morales, J. Rossi).

Por su parte, Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco se ocupan de los efectos de las sentencias, los cuales clasifican como directos o indirectos por un lado, e instrumentales o simbólicos por el otro. Los efectos directos consistirían en las conductas ordenadas por el fallo, que afectan a los actores del caso, ya sean los litigantes, los beneficiarios o los destinatarios de las órdenes. Los efectos indirectos serían las con-

secuencias que, sin estar estipuladas en las órdenes judiciales, se derivan de la sentencia y afectan no sólo a los actores del caso, sino a cualquier otro actor social. Los efectos instrumentales implican cambios materiales en la conducta de individuos o grupos. Los efectos simbólicos consisten en cambios en las ideas, las percepciones y los imaginarios sociales sobre el tema objeto del litigio, implican cambios culturales o ideológicos en relación con el problema del caso. El cruce de estas dos clasificaciones daría lugar a cuatro tipos de efectos: 1) efectos instrumentales directos; 2) efectos instrumentales indirectos; 3) efectos simbólicos directos; y 4) efectos simbólicos indirectos (C. Rodríguez Garavito, D. Rodríguez Franco, 2010). Si bien los autores refieren específicamente a los denominados casos estructurales, pensamos que en el litigio por acceso a la atención de la salud es igualmente posible utilizar esta clasificación, considerando que los casos individuales podrían generar discusiones sobre la situación de un colectivo o motorizar reformas estructurales (M. Sigal, D. Morales, J.

Rossi; V. Abramovich, 2009:1).

Víctor Abramovich releva diversas formas de activismo judicial en el control de políticas sociales, discutiendo algunos de los rasgos que habrían sido asociados a distintos procesos de judicialización. El autor refiere fundamentalmente a cuatro aspectos: 1) la vinculación entre la intervención judicial y la existencia de bloqueos o «callejones sin salida» en el sistema político, que constituirían al Poder Judicial en un vehículo para canalizar demandas sociales que no logran articularse por los cauces institucionales tradicionales, colaborando en el desbloqueo de los conflictos o brindando escenarios de presión o plataformas de información a la opinión pública; 2) la intervención judicial como mecanismo para activar la rendición de cuentas de los distintos estamentos del sistema político, incidir en la agenda pública, y buscar canales de diálogo con el gobierno u otros actores políticos; 3) la posibilidad de que los tribunales actúen como «sistema de alarma» respecto a problemas de funcionamiento del Estado

–déficits en la rendición de cuentas o en la asignación de responsabilidades entre actores públicos y privados– o ante el incumplimiento de compromisos asumidos por los poderes políticos, generando información para responsabilizar al Estado y otros sectores frente a la población o dejando en evidencia las brechas entre el discurso público del gobierno y la implementación de ciertas políticas; y 4) el nivel de organización de la sociedad civil y las organizaciones sociales, y la fortaleza o debilidad de la movilización social, vinculados con el éxito de la judicialización en tanto estrategia de incidencia política y articulación entre sociedad civil y Estado, que además brindarían a los jueces puntos de apoyo para sus decisiones, considerando que en general el Poder Judicial suele ser reacio a asumir decisiones de alto impacto político (V. Abramovich, 2009:1).

Abramovich también propone una tipología de modelos de intervención judicial en la revisión de políticas sociales, indicando que las decisiones judiciales podrían: a) invalidar políticas sociales

por ser contrarias a estándares jurídicos, como la razonabilidad, la progresividad, la igualdad y no discriminación, los contenidos mínimos de un derecho, entre otros; b) disponer la implementación de políticas públicas definidas por las instancias políticas y no ejecutadas por las burocracias inferiores o locales; c) obligar a definir políticas públicas o emprender reformas estructurales de los sistemas de protección social, a partir de la aplicación directa de normas constitucionales, derivando de ellas deberes de prestación del Estado; d) reconfigurar aspectos parciales de las políticas públicas o de los sistemas de protección social en curso, obligando a extender el alcance de las prestaciones y servicios a supuestos no contemplados y beneficiarios excluidos; e) ordenar reformular los procedimientos para la elaboración o implementación de las políticas, los espacios de participación o los niveles de información pública disponible sobre ellas. A su vez, el autor destaca una amplia variedad de órdenes o remedios que pueden adoptar las decisiones judiciales, a saber: remedios declarativos, emisión

Claves Judiciales

El litigio por derecho a la salud:
estado actual y potencialidades

de órdenes detalladas y completas de cumplir con prestaciones y servicios, emisión de instrucciones generales de definir políticas o cursos de acción al gobierno o al Congreso y un sistema de supervisión, emisión de instrucciones generales de definir una política y diseño de un procedimiento de diálogo, concertación o intercambio de información para calificar el proceso de elaboración o implementación de esa política (V. Abramovich, 2009:50).

El litigio por derecho a la salud en Argentina

Distintos autores (V. Abramovich, L. Pautassi, 2008:261; L. Clérico, 2010:93; P. Bergallo, 2014:245, 2013:59, 2010:-1611) coinciden en destacar que nuestro país no cuenta aún con datos cuantitativos oficiales, ni nacionales ni provinciales, respecto a la magnitud de la judicialización del derecho a la salud.

Algunos trabajos aportan, a partir del análisis de distintos casos jurisprudenciales, fundamentalmente senten-

cias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, una visión optimista respecto a la intervención judicial, mas destacan que aún no se han planteado casos realmente estructurales sobre acceso a la salud que involucren la problemática de la equidad o el federalismo (V. Abramovich, L. Pautassi, 2008:261).

Otras investigaciones (L. Clérico, L. Ronconi, M. ALDAO, 2013), también fundamentalmente sobre jurisprudencia de la Corte nacional, aportan a una dogmática de los derechos sociales y del derecho a la salud en particular. Rescatamos especialmente la distinción entre deberes estatales positivos constructivos y reparadores. Los primeros refieren al dictado, diseño, ejecución, e implementación de normas de carácter general tendientes a cumplir con las obligaciones que surgen del derecho a la salud, mientras que los segundos se vinculan al cumplimiento de la obligación puntual para remediar una violación al derecho a la salud grave o urgente para evitar que se perpetúe esa violación una vez acontecida o para evitar la violación

concreta frente a una amenaza inminente. La autora reclama a los jueces un control más intensivo de las acciones u omisiones estatales, planteando el escenario judicial como ámbito propicio para la discusión respecto a los incumplimientos de los deberes constructivos (L. Clérico, 2010:93).

También hemos relevado trabajos que sostienen que la judicialización en Argentina se ha venido caracterizando por un cierto mecanismo de rutinización de los reclamos y una preeminencia del reclamo individual típico del derecho privado. El reclamo es individual y los litigantes acuden a los tribunales para obtener un tratamiento médico, de modo tal que el litigio se convierte en una puerta de entrada alternativa a las prestaciones de atención de la salud, desplazándose la decisión sobre la priorización de los recursos sanitarios de los organismos públicos que tendrían asignada competencia normativa al ámbito del Poder Judicial. Este patrón de litigio podría intensificar las inequidades y fallas del sistema de salud, las incapacidades esta-

tales y los bloqueos políticos respecto a los reclamos de los más desaventajados, en tanto el litigio se convertiría en un mecanismo para que ciertos sectores sociales privilegiados, por su acceso a la información o a la justicia, logren ciertas prestaciones a las que otros sectores sociales no podrían acceder. Se plantea que, en general, esta experiencia de judicialización no está asociada a organizaciones de la sociedad civil ni a procesos de movilización social preocupados por los problemas estructurales del sistema de salud del país. Sin embargo, la autora destaca que en algunas oportunidades el litigio, individual o colectivo –promovido por ejemplo por organizaciones y pacientes con HIV/SIDA–, logró algunos avances en el acceso a la atención de salud que podrían considerarse menos regresivos que los descriptos para la judicialización en general (P. Bergallo, 2013:59).

Los resultados de nuestra propia investigación doctoral, enfocada en el litigio tramitado ante la Corte nacional, confirma el mismo patrón individua-

lista descripto por otros trabajos, con recurrencia a los procedimientos típicos del derecho privado, en un esquema confrontativo y reparatorio.

Sin embargo, pese a la restricción del litigio al caso concreto, es indudable que la jurisprudencia nacional –con la Corte como tribunal de referencia ineludible– y provincial, ha contribuido a la promoción del derecho a la salud de los reclamantes, comprometida con la provisión efectiva de atención de la salud para quienes llegan al litigio, imponiendo vertical y horizontalmente obligaciones de cumplimiento del derecho a los distintos sub-sectores y niveles del sistema de salud.

En este sentido, se define claramente que el derecho a la salud debe ser garantizado por el Estado, pero considerando que las obligaciones de respeto, protección y cumplimiento del derecho incumben a todos los sectores del sistema de salud, conforme las leyes sancionadas por el Poder Legislativo o los decretos o resoluciones dictados por el Ejecutivo, que deben ser interpreta-

dos según normas constitucionales y acorde a los tratados internacionales de derechos humanos.

Por tanto, pareciera que cuando de derecho a la salud se trata, el litigio resuelve sólo parcialmente algunas de las falencias o deficiencias del sistema de salud, ordenando la provisión de servicios médicos para el litigante individual, pero la intervención judicial se restringe al caso concreto. Las sentencias dan cuenta de un elevado nivel de éxito para los reclamantes, pero circunscripto al objeto del reclamo, sin incorporar consideraciones adicionales en orden a las fallas o deficiencias del sistema de salud que la judicialización podría estar revelando.

En este punto, entendemos que el desafío próximo del litigio por derecho a la salud, desde el análisis del rol del Poder Judicial y el contenido de las sentencias, radica precisamente en el ejercicio de una función judicial de tipo dialógica, conforme el planteo de Gargarella (R. Gargarella, 2013:279), que potencialmente pudiera promover

Claves Judiciales

El litigio por derecho a la salud:
estado actual y potencialidades

el debate democrático o el diálogo inter-institucional respecto a las debilidades del sistema de salud que conducen al litigio.

En este sentido, por ejemplo, creemos posible recurrir a herramientas que convocan a pensar la intervención judicial desde el nuevo paradigma de la prevención del daño, tal cual el mandato preventivo. Explica Peyrano que «otro supuesto de función judicial preventiva está representado por el llamado «mandato preventivo», conforme al cual el órgano jurisdiccional puede y debe, oficiosamente, emitir órdenes judiciales (aún respecto de terceros ajenos al proceso civil respectivo) cuando la sustanciación de un proceso le ha dado la oportunidad de tomar conocimiento de que es probable que un daño ya acaecido se repita (o agrave) en detrimento de sujetos identificados o no». Y agrega «de lo que se trata es de diseñar un Poder Judicial comprometido con la realidad social que no se limite a condenar el resarcimiento de los daños acaecidos, sino que, además, provea lo conducente a procurar que

tales perjuicios no se reiteren; y todo ello aunque vaya en desmedro de los principios dispositivos y de congruencia rígidamente entendidos conforme al tradicional modelo «individualístico» del proceso civil, que sólo concibe a éste como método de debate y solución del litigio suscitado, y nada más» (J. Peyrano).

El litigio por derecho a salud nos pone en presencia de conflictos que, si bien atañen al justiciable que logró acceder a la justicia, develan fallas o deficiencias del sistema de salud o de la política pública de salud que afectan a un colectivo más amplio de personas. Por tanto, la herramienta del mandato preventivo, entre otras, puede resultar de sumo interés a la hora de ejercer una función judicial que trascienda el interés individual y tutele efectivamente derechos que, por su naturaleza social, exceden el reclamo particular. ■

CITAS

¹ Utilizamos la expresión «campo» en tanto convergencia de actores, recursos, problemas e intereses que conforman una red de relaciones, con autonomía relativa, en el que los diferentes agentes luchan por la consolidación, o por la apropiación y el predominio de uno o más capitales (capital económico, capital cultural, capital simbólico y capital social).

BIBLIOGRAFÍA

• ABRAMOVICH, VÍCTOR Y COURTIS, CHRISTIAN, «Los derechos sociales como derechos exigibles», Editorial Trotta, Madrid, 2004.

• ABRAMOVICH, VÍCTOR Y PAUTASSI, LAURA, «El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina», «Salud Colectiva», Buenos Aires, Argentina, 2008, 4(3), p. 261-282, en http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-82652008000300002 (15/03/12).

• ABRAMOVICH, VÍCTOR, «El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos so-

ciales», en: Víctor Abramovich y Laura Pautassi (compiladores), «La revisión judicial de las políticas sociales: estudio de casos», Buenos Aires, Del Puerto, 2009, p. 1-89.

• ALVES, DANIELLE CONTE, BAHIA, LIGIA, BARROSO, ANDRÉ FEIJÓ, «O papel da Justiça nos planos e seguros de saúde no Brasil», «Cad. Saúde Pública», Rio de Janeiro, 2009, 25(2), p. 279-290, en <http://www.scielo.br/pdf/csp/v25n2/06.pdf> (24/07/14).

• ANSOLABEHERE, KARINA, «Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia», «Isonomía», N° 22, ITAM, México D.F., México, p. 39-63, 2005, en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/jueces-politica-y-derecho--particularidades-y-alcances-de-la-justicia-0/> (15/09/14).

• ARANGO, RODOLFO, «Justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia. Aporte a la construcción de un ius constitutionale commune en Latinoamérica», Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2011, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/4.pdf> (09/11/12).

• ARCIDIÁCONO, PILAR Y GAMALLO, GUSTAVO, «La desmercantilización del bienestar. Reflexiones críticas sobre la justiciabilidad de los derechos Sociales», Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, 2010, en http://www.uasb.edu.ec/padh_contenido.php?cd=2853&pagpath=1&swpath=infb&cd_centro=5&ug=pu (12/04/12).

• BERGALLO, PAOLA, «Courts and Social Change: Lessons from the Struggle to Universalize Access to HIV/AIDS Treatment in Argentina», «Texas Law Review», Vol. 89, p. 1611, en <http://texasrev.com/issues/vol/89/issue/7/bergallo> (29/09/12).

• BERGALLO, PAOLA, «La causa «Mendoza»: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud», en: Roberto Gargarella compilador «Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática», Buenos Aires, Siglo XXI Editores Argentina, 2014, p. 245-291.

• BERGALLO, PAOLA, «Argentina: los tribunales y el derecho a la salud ¿Se logra justicia a pesar de la «rutinización» de los reclamos individuales de cobertura?», en Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen (coordinadoras) «La

lucha por los Derechos de la salud ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?», Buenos Aires, Siglo XXI Editores Argentina, 2013, p. 59-95.

• BESTARD, ANA MARÍA Y ROYO, LAURA, «Los derechos sociales: desarrollo jurisprudencial en el ámbito internacional y su recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema», «Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja» - Año V, Número Especial, 2011, en http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R000E01A005_0037_p-d-der-humanos.pdf (11/10/12).

• BÖHMER, MARTÍN, «La situación de la justicia argentina. Problemas y oportunidades del sistema de justicia argentino», en «Las capacidades del estado y las demandas ciudadanas: condiciones políticas para la igualdad de derechos» Isidoro Cheresky (director), 1ª ed., Buenos Aires, Programa Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD, 2008, p. 189-220.

• BORGES, DANIELLE DA COSTA LEITE Y DOMINGUEZ UGÁ, MARIA ALICIA, «Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos: as decisões de 1ª instância nas ações individuais contra o Estado do Rio de Janeiro,

Claves Judiciales

El litigio por derecho a la salud:
estado actual y potencialidades

Brasil, em 2005», «Cad. Saúde Pública», Rio de Janeiro, 2010, 26 (1), p. 59-69, en <http://www.scielo.br/pdf/csp/v26n1/07.pdf> (24/07/14).

•BRINKS, DANIEL Y GAURI, VARUN, «Sobre triángulos y diálogos: nuevos paradigmas en la intervención judicial sobre el derecho a la salud», en Roberto Gargarella (compilador) «Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática», Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2014, p. 293.

•CANUT, LETICIA Y CADEMARTORI, SERGIO, «Neoconstitucionalismo e direito à saúde: algumas cautelas para a análise da exigibilidade judicial», Revista de Direito Sanitário, São Paulo, 2011, 12(1), p. 9-40, en <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13235/15050> (28/09/11).

•CHACÓN MATA, ALFONSO, «La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales a través del desarrollo de indicadores: avances concretos en la Organización de las Naciones Unidas», «Revista Latinoamericana de Derechos Humanos», Vol. 21 (1): 127, enero-junio, 2010, en www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/articulo/.../100 (12/10/12).

•CHIEFFI, ANA LUIZA Y BARRADAS BARATA, RITA, «Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade», «Cad. Saúde Pública», Rio de Janeiro, 2009, 25(8), p. 1839-1849, en <http://www.scielo.br/pdf/csp/v25n8/20.pdf> (01/12/12).

•CLÉRICO, LAURA, «¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la salud de las personas con discapacidad», «Revista Jurídica de la Universidad de Palermo», Año 11, N° 1, octubre 2010, p. 93-118, en http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-11/11Juridica05.pdf (15/05/13).

•CLÉRICO, LAURA, RONCONI, LILIANA, ALDAO, MARTÍN (coordinadores), «Tratado de Derecho a la Salud», Tomos I, II y III, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

•COUSO, JAVIER, «Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política», «Revista de Ciencia Política», Volumen XXIV, N° 2, 2004, p. 29-48, en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-090X2004000200002&script=sci_arttext (09/11/12).

•DE ALMEIDA MARQUES, ONOFRE RICARDO,

MELO MARILENE BARROS DE, SOUZA SANTOS ALESSANDRA PATRICIA de, «Ações judiciais no âmbito do Sistema Único de Saúde do Brasil, bases legais e implicações: um estudo de caso em um tribunal da região sudeste», «Revista de Direito Sanitário», San Pablo, Brasil, v. 12, n. 1 p. 41-66, Mar./Jun. 2011, en http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?pid=S1516-41792011000200003&script=sci_arttext (07/11/12).

•DELDUQUE, MARIA CELIA, MARQUES, SILVIA BADIM, ROMERO LUIZ CARLOS, «A saúde precisa de juízes epidemiologistas!», «Saúde em Debate», Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, p. 80-87, 2009, en http://www.sumarios.org/sites/default/files/pdfs/31749_4099.PDF (15/03/12).

•DINIZ, DEBORA, MACHADO, TERESA ROVICHEZ DE CARVALHO, PENALVA, JANAINA, «A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil», «Ciência & Saúde Coletiva», Rio de Janeiro, 2014, 19(2), p. 591-598, en <http://www.scielo.br/pdf/csc/v19n2/1413-8123-csc-19-02-00591.pdf> (19/01/15).

•DOMINGO, PILAR, «Ciudadanía, derechos y justicia en América Latina. Ciudadaniza-

ción-judicialización de la política», «Revista CIDOB d'Afers Internacionals», Barcelona, España, N° 85-86, p. 33-52, 2009, en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22223.pdf> (15/09/14).

• ETCHICHURY, HORACIO JAVIER, «Poder Judicial, democracia y derechos sociales», «Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja" - Año V, Número 7, Invierno 2011, en http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0007A005_0004_investigacion.pdf (12/10/12).

• FLEURY, SONIA, «Judicialização pode salvar o SUS», «Saúde em Debate», Río de Janeiro, 2012, 36(93), p. 159-162, en http://peep.ebape.fgv.br/sites/peep.ebape.fgv.br/files/A_judicializacao_pode_salvar_o_SUS_Saude_em_Debate.pdf (24/07/14).

• GARGARELLA, ROBERTO, «¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?», «Perfiles latinoamericanos», N° 028, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, México, p. 9-32, julio-diciembre 2006, en <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/115/11502801.pdf> (09/11/12).

• GARGARELLA, ROBERTO, «Dialogic Justice

in the Enforcement of Social Rights: Some Initial Arguments», en Yamin, Alicia Ely y Gloppen, Siri (ed.), «Litigating Health Rights. Can Courts Bring More Justice to Health?», Harvard University Press, 2011, p. 232.

• GARGARELLA, ROBERTO, «Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales. Algunos argumentos de partida», en: Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen (coordinadoras) «La lucha por los Derechos de la salud ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?», Buenos Aires, Siglo XXI Editores Argentina, 2013, p. 279-294.

• GARGARELLA, ROBERTO, «Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución», 2007, en <http://www.cels.org.ar/common/documentos/gargarella.pdf> (09/11/12).

• GLOPPEN, SIRI Y ROSEMAN, MINDY JANE, «Introducción ¿Pueden los litigios judiciales volver más justa la salud?», en Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen (coordinadoras) «La lucha por los derechos de la salud ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?», Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2013, p. 13-30.

• GOMES, FERNANDA DE FREITAS CASTRO Y OTROS, «Acesso aos procedimentos de média e alta complexidade no Sistema Único de Saúde: uma questão de judicialização», «Cad. Saúde Pública», Rio de Janeiro, 2014, 30(1), p. 31-43, en <http://www.scielo.br/pdf/csp/v30n1/0102-311X-csp-30-01-00031.pdf> (24/07/14).

• LANGFORD, MALCOLM, «Justiciabilidad en el ámbito nacional y los derechos económicos, sociales y culturales: un análisis socio-jurídico», «Sur Revista Internacional de Derechos Humanos», v. 6, N° 11, 2009, p. 99-133, en www.revistasur.org (29/09/12).

• LIANG WANG, DANIEL W. Y MOTTA FERRAZ, OCTAVIO LUIZ, «¿Llegar a los más necesitados? El acceso a la justicia y el papel de los abogados públicos en litigios en materia de derecho a la salud en la ciudad de São Paulo», «Sur Revista Internacional de Derechos Humanos», 2013, 10(18), p. 169-191, en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32492-1.pdf> (09/04/14).

• MARTÍN, LUCAS G., «Giro judicial y legitimidad pública en la política argentina», en «Ciudadanía y legitimidad democrática en América Latina», Isidoro Cheresky (compila-

Claves Judiciales

El litigio por derecho a la salud:
estado actual y potencialidades

dor), 1a ed., Buenos Aires, Prometeo Libros, 2011, p. 363-393.

• MEROI, ANDREA A. Y CHAUMET, MARIO E., «¿Es el derecho un juego de los jueces?», «LA LEY», 2008-D, 717.

• MORA MORA, LUIS PAULINO, «Nuevos protagonistas en la división de funciones: la sala constitucional costarricense», Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2556/17.pdf> (07/11/12).

• MOTTA FERRAZ, OCTAVIO L., «Brasil: desigualdades en salud, derechos y tribunales. El impacto social de la judicialización de la salud», en: Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen coord., «La lucha por los Derechos de la salud ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?, Siglo XXI Editores, 2013, p. 97-126.

• MOTTA FERRAZ, OCTAVIO LUIZ, «The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities?», «Health and human rights», 2009, 11(2), p. 33-45, en <http://www.hhrjournal.org/2013/08/29/the-right-to-health-in-the-courts-of-brazil-worsening-health-inequities/> (05/06/12).

• NAVARRO FALLAS, ROMÁN A., «Sistema de Salud de Costa Rica y mecanismos de judicialización de la salud», Documento presentado en el Segundo encuentro regional sobre Derecho a la Salud y Sistemas de Salud, Buenos Aires, Argentina, Diciembre 4- 6 de 2011, organizado por la INICIATIVA REGIONAL SOBRE PRIORIZACIÓN, EQUIDAD Y MANDATOS CONSTITUCIONALES EN SALUD, Banco Mundial, en <http://api.ning.com/files/esZZ2xbLUP4ukmMW7c0lWIDtnxl1pccPGuWl2D2NG5V4MBBNq6V-XQGd-wMfjoBkWaNRS9XixgHuINfqcYP5XFkW-DBrOS-ZOs/SISTEMADESALUDDECOSTARICA.pdf> (29/10/12).

• PEPE, VERA LÚCIA EDAIS Y OTROS, «Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos «essenciais» no Estado do Rio de Janeiro, Brasil», «Cad. Saúde Pública», Rio de Janeiro, 2010, 26(3), p. 461-471, en <http://www.scielo.br/pdf/csp/v26n3/04.pdf> (24/07/14).

• PEYRANO, JORGE W., «La acción preventiva», Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en www.acader.edu.ar (03/07/18).

• QUINCHE-RAMÍREZ, MANUEL FERNANDO Y

RIVERA-RUGELES, JUAN CAMILO, «El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos», «Vniversitas», Bogotá, Colombia, N° 121, p. 113-118, julio-diciembre 2010, en [http://www.scielo.unal.edu.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602010000200005&lng=es&nrm=\(09/11/12\)](http://www.scielo.unal.edu.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602010000200005&lng=es&nrm=(09/11/12)).

• REVEIZ, LUDOVIC Y OTROS, «Litigios por derecho a la salud en tres países de América Latina: revisión sistemática de la literatura», «Revista Panamericana de Salud Publica», 2013, 33(3), p. 213-22, en www.paho.org/journal/index.php?gid=570&option=com...task (12/04/13).

• RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR Y RODRÍGUEZ FRANCO, DIANA, «Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia», DeJusticia, Bogotá, Colombia, 2010.

• ROMERO, LUIZ CARLOS, «A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal em ações de medicamentos», «Revista de Direito Sanitário», San Pablo, Brasil, v. 11, n. 2, p. 11-59, Jul./Oct. 2010, en <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/pdf/rdisan/v11n2/02.pdf> (07/11/12).

- ROUX, CARLOS VICENTE DE Y RAMÍREZ J., Juan Carlos, «Derechos económicos, sociales y culturales, política pública y justiciabilidad», Serie Estudios y Perspectivas, CEPAL, Naciones Unidas, 2004, en <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/5/21305/lcl2222.pdf> (07/11/12).
- SABA, ROBERTO P., «Igualdad, clases y clasificaciones: ¿qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?», en Roberto Gargarella «Teoría y crítica del derecho constitucional», Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 695-742.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, «Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho», Bogotá, ILSA, Colección En clave de Sur, 2009, en www.ilsa.org.co (20/12/12).
- SIEDER, RACHEL, SCHJOLDEN, LINE, ANGELL, ALAN (editores), «La judicialización de la política en América Latina», Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- SIGAL, MARTÍN; MORALES, DIEGO; ROSSI, JULIETA; «Algunas consideraciones iniciales sobre la implementación de sentencias de derechos sociales en Argentina», Red-DESC, en http://www.escri-net.org/sites/default/files/Morales_Sigal_y_Rossi_-_Argentina_0_1.pdf (13/03/13).
- SMULOVITZ, CATALINA, «Petición y creación de derechos: la judicialización en Argentina», en Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell (editores) «La judicialización de la política en América Latina», Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 193-221.
- SPINELLI, HUGO, «Las dimensiones del campo de la salud en Argentina», «Salud Colectiva», N° 6 (3), 2010, p. 275-293, en http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1851-82652010000300004&s-crypt=sci_arttext.
- TORRONTÉGUY, MARCO AURÉLIO ANTAS, «A saúde nas barras da justiça: um estudo do posicionamento recente do Supremo Tribunal Federal», «Revista de Direito Sanitário», São Paulo, 2010, 11(2), p. 224-236, en <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13215/15027> (15/10/11).
- UPRIMNY YEPES, RODRIGO, «La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos», «Sur Revista Internacional de Derechos Humanos», N° 6 Año 4, 2007, p. 52-69, en http://www.scielo.br/pdf/sur/v4n6/es_a04v4n6.pdf (10/04/12).
- WILSON, BRUCE M., «Costa Rica: litigación en derechos vinculados con la salud. Causas y consecuencias», en Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen coordinadoras «La lucha por los Derechos de la salud ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?», Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013, p. 159-183.
- YAMIN, ALICIA ELY Y GLOPPEN, SIRI (coordinadoras), «La lucha por los derechos de la salud ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?», Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2013.
- YAMIN, ALICIA ELY Y GLOPPEN, SIRI (ed.), «Litigating Health Rights. Can Courts Bring More Justice to Health?», Harvard University Press, 2011.
- YAMIN, ALICIA ELY, PARRA-VERA, OSCAR, GIANELLA, CAMILA, «Colombia: la protección judicial del derecho a la salud ¿Una promesa difícil de cumplir?», en: Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen coord., «La lucha por los Derechos de la salud ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?», Siglo XXI Editores, 2013, p. 127-157.