

---

SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

---

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

# La protección judicial de los derechos sociales

Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría  
*Editores*



Néstor Arbo Chica  
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

**Ministerio de Justicia y Derechos Humanos**

Av. Amazonas y Atahualpa  
Edif. Anexo al Ex Banco Popular  
Telf: (593) 2 2464 929, Fax: 2469914  
www.minjustica-ddhh.gov.ec

José Manuel Hermida Viallet  
Coordinador Residente del Sistema de Naciones Unidas en Ecuador  
y Representante Residente del PNUD

**Organización de las Naciones Unidas**

Av. Amazonas N. 2889 y la Granja  
Telf: (593) 2 2460 330, Fax: 2461 960  
www.un.org.ec

**Equipo de Apoyo**

**Ministerio de Justicia y Derechos Humanos**

Ramiro Ávila Santamaría  
Tatiana Hidalgo Rueda  
Nicole Pérez Ruales

**Naciones Unidas**

**Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos**

Guillermo Fernández-Maldonado Castro  
Esther Almeida Silva  
Jacqueline Carrera Ojeda  
Christel Drapier  
Sergio Rubio

**Corrector de estilo:**

Miguel Romero Flores (09 010-3518)

ISBN: 978-9978-92-751-9

Derechos de autor: 031982

Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, *Editores*

Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador

1ra. edición: octubre de 2009

# Contenido

<b>Presentación</b> .....	vii
<i>Néstor Arbito Chica</i> , Ministro de Justicia y Derechos Humanos	
<b>Presentación</b> .....	ix
<i>José Manuel Hermida</i> , Coordinador Residente del sistema ONU en Ecuador	
<b>Introducción</b> .....	xiii
<b>I. Conceptos generales</b>	
<b>Apuntes sobre la exigibilidad judicial</b>	
<b>de los derechos sociales</b> .....	3
<i>Victor Abramovich y Christian Courtis</i>	
<b>Los derechos sociales y sus garantías:</b>	
<b>notas para una mirada “desde abajo”</b> .....	31
<i>Gerardo Pisarello</i>	
<b>Eficacia de la Constitución y derechos sociales,</b>	
<b>esbozo de algunos problemas</b> .....	55
<i>Miguel Carbonell</i>	
<b>II. Derechos específicos</b>	
<b>El derecho a la alimentación como derecho justiciable</b> .....	91
<i>Christian Courtis</i>	
<b>La aplicación de tratados e instrumentos internacionales</b>	
<b>sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional</b>	
<b>del derecho a la salud: apuntes críticos</b> .....	117
<i>Christian Courtis</i>	
<b>El derecho a la salud en el derecho internacional</b>	
<b>de los derechos humanos: las observaciones generales de la ONU</b> .....	173
<i>Miguel Carbonell</i>	
<b>Notas sobre la justiciabilidad del derecho a la vivienda</b> .....	191
<i>Christian Courtis</i>	

### III. Experiencias nacionales

La justiciabilidad de los derechos sociales en la Argentina: algunas tendencias.....	203
<i>Víctor Abramovich y Christian Courtis</i>	
Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de de Brasil de 1988 .....	241
<i>Ingo Wolfgang Sarlet y Mariana Filchtiner Figueiredo</i>	
La jurisdicción social de la tutela en Colombia.....	301
<i>Rodolfo Arango Rivadeneira</i>	
Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia .....	321
<i>César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco</i>	
El derecho fundamental a la salud y el sistema de salud: los dilemas entre la jurisprudencia, la economía y la medicina.....	375
<i>Diego López Medina</i>	
Los derechos económicos, sociales y culturales en Costa Rica .....	417
<i>Carlos Rafael Urquilla Bonilla</i>	
Los derechos sociales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos .....	451
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
El experimento de Sudáfrica con los derechos socio económicos justiciables. ¿Cómo se está desarrollando? .....	479
<i>Danie Brand</i>	

### IV. La protección judicial de los derechos sociales en Ecuador

Los retos de la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano .....	543
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
Los derechos sociales y el desafío de la acción de protección .....	577
<i>Carolina Silva Portero</i>	
La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana .....	617
<i>Pablo Alarcón Peña</i>	

Nota biográfica de los autores y autoras.....	679
---	-----

# Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de Brasil de 1988<sup>1</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet  
Mariana Filchtiner Figueiredo

---

1. Comentarios introductorios: la constitucionalización del derecho fundamental a la salud y los principales instrumentos legislativos para su regulación. 2. Anotaciones relativas al régimen jurídico-constitucional del derecho a la salud. 2.1. Generalidades. 2.2. El doble fundamento formal y material del derecho a la salud. 2.3. El deber fundamental de protección de la salud. 2.4. Contenido del derecho fundamental a la salud. 2.5. Titulares y destinatarios del derecho fundamental a la salud. 3. El Sistema Único de Salud (SUS). 3.1. El Sistema Único de Salud como garantía institucional fundamental. 3.2. Principios de información del SUS: unidad, descentralización, regionalización y jerarquización; integralidad y participación de la comunidad. 3.3. La asistencia a la salud prestada por la iniciativa privada: la salud suplementaria. 3.4. La relevancia pública de los servicios y acciones de salud. 4. La exigibilidad del derecho fundamental a la salud como derecho subjetivo: límites, posibilidades y la búsqueda de criterios seguros para orientar la intervención judicial. 4.1. Las diferentes posiciones jurídico-subjetivas derivadas del derecho fundamental a la salud y el problema de su realización ante la así denominada “reserva de lo posible”. 4.2. El principio de la igual-

---

1 Versión publicada originalmente en la Revista de Derecho del Consumidor n. 67, 2008, p. 125-172. Traducido por Maruja Cabrera de Varese, Quito, julio del 2009.

dad y la interpretación de los conceptos de gratuidad, universalidad y atención integral en la concreción del derecho fundamental a la salud. 5. La concretización (eficacia social) del derecho a la salud: algunos datos para discusión y algunas tendencias. 6. Consideraciones finales: algunas tendencias con relación a la efectivización del derecho a la salud en Brasil.

## 1. **Comentarios introductorios: la constitucionalización del derecho fundamental a la salud y los principales instrumentos legislativos para su regulación**

La consagración constitucional de un derecho fundamental a la salud, juntamente con la positivación de una serie de otros derechos sociales fundamentales, puede ciertamente ser señalada como uno de los principales avances de la Constitución de 1988 de la República Federal del Brasil (en adelante llamada CF), que la liga, en ese punto, al constitucionalismo de cuño democrático-social desarrollado, principalmente, a partir de la Post 2da. Guerra Mundial. Antes de 1988, la protección del derecho a la salud quedaba restringida a algunas normas dispersas, tales como la garantía de “socorros públicos” (Constitución de 1824, Art. 179, XXXI) o la garantía de inviolabilidad del derecho a la subsistencia (Constitución de 1934, Art. 113, caput). En general, aún así, la tutela (constitucional) de la salud se daba de modo indirecto, tanto en el ámbito de las normas de definición de competencias, como entre los entes de la Federación, en términos legislativos y ejecutivos (Constitución de 1934, Art. 5º, XIX, “c”, y Art. 10, II; Constitución de 1937, Art. 16, XXVII, y Art. 18, “c” y “e”; Constitución de 1946, Art. 5º, XV, “b” y Art. 6º; Constitución de 1967, Art. 8º, XIV y XVII, “c”, y Art. 8º, § 2º, transformado después en párrafo único por la Enmienda Constitucional N° 01/1969), en cuanto a las normas sobre la protección a la salud del trabajador y de las disposiciones relativas a la garantía de asistencia social (Constitución de 1934, Art. 121, § 1º, “h”, y Art. 138; Constitución de 1937, Art. 127 y Art. 137, ítem 1; Constitución de 1946, Art. 157, XIV; Constitución de 1967, Art. 165, IX y XV).

La atribución de contornos propios al derecho fundamental a la salud, correlacionado, pero no propiamente integrado ni incluido a la garantía de

asistencia social, fue exactamente uno de los marcos introducidos de manera sistemática en 1988, rompiendo con la tradición anterior, legislativa y constitucional, y atendiendo, de otra parte, a las reivindicaciones del Movimiento de Reforma Sanitaria, que influyeron mucho al constituyente originario, básicamente por el resultado de las discusiones efectuadas durante la VIII Conferencia Nacional de Salud<sup>2</sup>. La explicación constitucional del derecho fundamental a la salud, así como la creación del Sistema Único de Salud (SUS) transcurre, así, de la evolución de dos sistemas de protección antes instituidos en nivel ordinario (del Sistema Nacional de Salud, creado por la Ley N° 6.229/1975 y, ya en 1987, del Sistema Unificado y Descentralizado de Salud – SUDS). Algunas de las principales características del régimen jurídico-constitucional del derecho a la salud son también reflejos de este proceso, tales como: a) la conformación del concepto constitucional de la salud, a la concepción internacional establecida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), siendo la salud comprendida como el estado de completo bienestar físico, mental y social; b) la ampliación del ámbito de la protección constitucional otorgado al derecho a la salud, sobrepasando la noción meramente curativa, para abarcar los aspectos protectivo y promocional de la tutela debida; c) la institucionalización de un sistema único, simultáneamente marcado por la descentralización y regionalización de las acciones y de los servicios de salud; d) la garantía de universalidad de las acciones y de los servicios de salud, ampliando el acceso hasta entonces asegurado solamente a los trabajadores con vínculo formal y respectivos beneficiarios; e) la explícita relevancia pública de las acciones y de los servicios de salud<sup>3</sup>.

Además de consideraciones más específicas sobre el régimen jurídico-constitucional del derecho a la salud, a ser desarrolladas en los temas subsecuentes, importa aquí resaltar, también, que la concepción amplia del derecho a la salud, en la estela de la consagración de otros derechos sociales

2 Como informa Ana Paula Raeffray, las Conferencias Nacionales de Salud fueron instituidas en 1937, por la Ley N° 378, teniendo por objetivo facilitar el conocimiento, por parte del Gobierno Federal, acerca de las actividades relativas a la salud en el país, así como orientar la ejecución de los servicios locales – lo que quedó muy evidenciado en la VIII Conferencia, en 1986. Cf. RAEFFRAY, A. P. O. de. *Derecho a la Salud de acuerdo con la Constitución Federal*. Sao Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 260-262.

3 *Ídem*, pp. 262 y ss.

fundamentales, ha sido objeto de una constante abertura al Derecho Internacional, cuyas normas pasan, así, a dialogar con el sistema constitucional patrio. En este sentido, y en lo que concierne al derecho a la salud, se destacan algunos dispositivos de protección, entre los cuáles (el listado es, para la evidencia, meramente ejemplificativa): Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (DUDH/ONU), de 1948, Arts. 22 y 25 (derechos a la seguridad social y a un patrón de vida capaz de asegurar la salud y el bienestar de la persona); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de 1966<sup>4</sup>, Art. 12 (derecho al nivel más alto posible de salud); Convención Americana de Derechos Humanos, conocido como “Pacto de San José de Costa Rica”<sup>5</sup>, Arts. 4° y 5° (derechos a la vida y a la integridad física y personal); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el denominado “Protocolo de San Salvador”<sup>6</sup>, Art. 10 (derecho a la salud); Declaración de Alma-Ata, de 1978, ítem I (la realización del más alto nivel posible de salud depende de la actuación de diversos sectores sociales y económicos, más allá del sector de salud propiamente dicho)<sup>7</sup>.

4 El PIDESC fue incluido por el Decreto-legislativo N° 226, del 12 de diciembre de 1991, y promulgado por el Decreto N° 591, del 06 de julio de 1992.

5 El Pacto de San José de Costa Rica fue incluido por el Decreto-legislativo N° 27, del 26 de mayo de 1992, y promulgado por el Decreto N° 678, del 06 de noviembre de 1992.

6 El Protocolo de San Salvador fue incluido por el Decreto-legislativo N° 56, del 19 de abril de 1995, y promulgado por el Decreto N° 3.371, del 31 de diciembre de 1999.

7 VANDERPLAAT, M. “Derechos Humanos: una Perspectiva para la Salud Pública”. En: *Salud y Derechos Humanos*. Año 1, n. 1. Ministerio de Salud. Fundación Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudios en Derechos Humanos y Salud. Brasilia: Ministerio de Salud, 2004, p. 27-33. Disponible en: [http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/publicacoes/saude-e-direitos-humanos/pdf/sdb\\_2004.pdf](http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/publicacoes/saude-e-direitos-humanos/pdf/sdb_2004.pdf), acceso 31-05-2008. La Declaración fue resultado de la Conferencia Internacional sobre Cuidados Primarios de la Salud, realizada en Alma-Ata, en la antigua Unión Soviética (URSS), entre el 06 y 12 de septiembre de 1978.



## 2. Anotaciones relativas al régimen jurídico-constitucional del derecho a la salud

### 2.1. Generalidades

La cuestión preliminar, que antecede al análisis del régimen jurídico-constitucional del derecho fundamental a la salud, plantea el reconocimiento de las interconexiones que existen entre la protección de la salud, individual y colectivamente considerada, y una serie de otros derechos e intereses tutelados por el Sistema Constitucional Patrio. En este sentido, asume particular relevancia la comprensión de que la salvaguarda del derecho a la salud también se da por la protección otorgada a otros bienes fundamentales, con los cuales presenta zonas de convergencia así como de superposición (derechos y deberes), hecho que refuerza la tesis de la interdependencia y mutua conformación de todos los derechos humanos y fundamentales<sup>8</sup>. Dentro de esos bienes constitucionales, a título ilustrativo, pueden ser citados: la vida, la dignidad de la persona humana, el ambiente, la vivienda, la privacidad, el trabajo, la propiedad, la seguridad social; además de la protección del consumidor, de la familia, de la niñez y adolescencia, de los ancianos. Tal hecho es reforzado, además, por la noción de “intersectorialidad”, a la que alude la Declaración de Alma-Ata, de 1978, que no significa nada más que la concreción del derecho a la salud no sólo incumbe de modo exclusivo al “sector de la salud” sino, diversamente, en la medida en que es comprendido como la garantía de calidad mínima de vida, depende de la consecución de políticas públicas más amplias, encauzadas a la superación de las desigualdades sociales y al pleno desarrollo de la personalidad, inclusive por el compromiso con las futuras generaciones<sup>9</sup>.

8 CF. LOUREIRO, J. C. “Derecho a la (protección de la) salud”. En: *Estudios en Homenaje al Profesor Doctor Marcello Caetano*. Coimbra: Coimbra Editora (Edición de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa), 2006, p. 657-692 (especialmente pp. 660 y ss). En dirección semejante, cf.: BLDART CAMPOS, G. J. “Lo explícito y lo implícito en la salud como derecho y como bien jurídico constitucional”, en MACKINSON, G.; FARINATI, A. *Salud, Derecho y Equidad. Principios constitucionales*. Políticas de Salud. Bioética. Alimentos y Desarrollo. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001, pp. 21-28; y, en la misma obra colectiva, CAYUSO, S. G. “El derecho a la salud: un derecho de protección y de prestación”, pp. 29-45, en el que destaca, con base en la jurisprudencia argentina, que “la consideración de la salud como valor en sí, conectable pero no subordinable a intereses internos” (p. 37).

9 En este sentido, Ana Cleusa Serra Mesquita recuerda que “la actuación sobre los factores socioeco-

Nótese, además, que el estudio publicado recientemente por la Organización Mundial de la Salud (OMS)<sup>10</sup> demuestra la existencia de radicales di-

nómicos que influyen las desigualdades en los patrones epidemiológicos es más compleja por tratarse de un campo de intersección con otras áreas de la política social (vivienda, saneamiento, educación, etc.). Cf. MESQUITA, A. C. S. “Análisis de la Distribución de la Oferta y de la Utilización de Servicios Públicos de Salud en el Ámbito Nacional”. Brasília, 2008, p. 5. Disponible en: [http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/estudo\\_servicos\\_publicos\\_saude.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/estudo_servicos_publicos_saude.pdf), acceso el 24-05-2008. En sentido similar, el documento del Ministerio de Salud afirma que el principio de la equidad en cuanto a las condiciones de salud de la población brasilera aún estaría muy distante de su realización, y resalta que “[la] mayor causa es intersectorial, como la inequidad y desigualdad de oferta de bienes generadores de la calidad de vida, tales como: renta familiar trabajo (urbano y rural), empleo, vivienda, seguridad, saneamiento, seguridad alimentaria, equidad en la calidad de la enseñanza, entretenimiento y otros”. En: BRASIL. Ministerio de Salud. Consejo Nacional de Salud. *El Desarrollo del Sistema Único de Salud: avances, desafíos y reafirmación de sus principios y directrices*. 2da. ed. Actual. Brasília: Ministerio de Salud, 2004, pp. 23-24. Disponible en: [http://bvsm.saude.gov.br/bvsm/publicacoes/desenvolvimento\\_sus\\_avancos\\_diretrizes\\_2ed.pdf](http://bvsm.saude.gov.br/bvsm/publicacoes/desenvolvimento_sus_avancos_diretrizes_2ed.pdf), acceso el 24-05-2008. Relacionando las condiciones de salud de los individuos a la calidad de vida y al ambiente, natural y construido, en el sentido de que los beneficios del lugar donde están las personas, inclusive en el sentido de los equipamientos disponibles, son esenciales la garantía de calidad de vida y bienestar, consultar MAGALHÃES, R. “Desigualdades sociales y equidad en salud”. En: *Salud y Derechos Humanos*. Año 1, n. 1. Ministerio de Salud. Fundación Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudios en Derechos Humanos y Salud. Brasília: Ministerio de Salud, 2004, pp. 65-66. Disponible en: [http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/publicaciones/salud-e-direitos-humanos/pdf/sdb\\_2004.pdf](http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/publicaciones/salud-e-direitos-humanos/pdf/sdb_2004.pdf), acceso el 31-05-2008. En el ámbito de derecho internacional, como recuerda Helena Nygren-Krug, el 14° Comentario General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) “interpretó el derecho a la salud como un derecho inclusivo”, tomando en cuenta, más allá de la asistencia a la salud propiamente dicha (cuidados y acceso), “los recursos, la aceptación de prácticas culturales, la calidad de los servicios de salud, destacó también los determinantes sociales de salud correlacionándolos al acceso al agua de buena calidad y potable, al adecuado saneamiento, a la educación y a la información en salud”. En: NYGREN-KRUG, H. “Salud y derechos humanos en la Organización Mundial de la Salud”. En: *Salud y Derechos Humanos*. Año 1, n. 1. Ministerio de Salud. Fundación Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudios en Derechos Humanos y Salud. Brasília: Ministerio de Salud, 2004, p. 15. Disponible en: [http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/publicaciones/saude-e-direitos-humanos/pdf/sdb\\_2004.pdf](http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/publicaciones/saude-e-direitos-humanos/pdf/sdb_2004.pdf), acceso el 31-05-2008. En el campo específico de la asistencia farmacéutica, encaminada al abastecimiento de medicamentos, una de las propuestas presentadas como resultado de la Conferencia Nacional de Medicamentos y Asistencia Farmacéutica, señala claramente la necesidad de un diálogo intersectorial con todos los actores involucrados en la cuestión, a fin de discutir los principios de la universalidad y equidad en el acceso a los medicamentos, los criterios de acceso y la sustentabilidad del propio SUS. Comparar: BRASIL. Ministerio de Salud, Consejo Nacional de Salud. Conferencia Nacional de Medicamentos y Asistencia Farmacéutica: informe final: Efectivizando el acceso, a la calidad y a la humanización en la

ferencias en las condiciones de salud de personas pertenecientes a diferentes grupos poblacionales, inclusive dentro de un mismo (y desarrollado) país, hecho que aparta la consideración de factores meramente biológicos para destacar, como causa principal del problema, los denominados “determinantes sociales de la salud”, o sea, “el ambiente en el cual las personas nacen, viven, crecen, trabajan y envejecen”<sup>11</sup>.

De ese modo, aunque no hubiese sido explícitamente indicado en el texto constitucional, el derecho a la salud podría ser admitido ciertamente como derecho fundamental implícito, a semejanza de lo que sucede en otros sistemas jurídicos, como es el caso de Alemania<sup>12</sup>, por ejemplo. Si no fuera

---

asistencia farmacéutica, con control social. Brasilia: Ministerio de Salud, 2005, p. 48. En: [http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/confer\\_nacional\\_de%20medicamentos.pdf](http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/confer_nacional_de%20medicamentos.pdf), acceso el 25-05-2008. Finalmente, entre los enfoques de la actual política de salud del Ministerio de Salud, para los años 2008-2011, se destaca la intersectorialidad, por la “percepción de que la calidad de vida resulta de la convergencia de un amplio abanico de políticas –yendo del saneamiento, de la vivienda, de la educación y de la cultura hasta las políticas dirigidas para la generación de renta y empleo”. Cf. BRASIL. Ministerio de Salud. Secretaría-Ejecutiva. *Más salud: derecho de todos*: 2008-2011. 2da. ed. Brasilia: Ministerio de Salud, 2008, p. 13. En: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/mais\\_saude\\_direito\\_todos\\_2ed.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/mais_saude_direito_todos_2ed.pdf), acceso el 25-05-2008.

10 El informe, publicado el 28-08-2008, se intitula “Comblent le fossé en une génération: instaurer l'équité en santé en agissant sur les déterminants sociaux de la santé». Disponible en: [http://whqlibdoc.who.int/hq/2008/WHO\\_IER\\_CSDH\\_08.1\\_fre.pdf](http://whqlibdoc.who.int/hq/2008/WHO_IER_CSDH_08.1_fre.pdf), acceso el 04-09-2008.

11 Traducción libre del original francés; cf. “Une Commission de l'OMS constate que les inégalités ‘tuent á grande échelle’”. Disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2008/pr29/fr/print.html>, acceso el 04-09-2008. En relación al estudio, comparar, también, RIMBERT, P: “L'injustice sociale tue”, publicado en la versión electrónica de Le Monde Diplomatique. En: <http://www.monde-diplomatique.fr/imprimer/16312/lfc55feb74>.

12 De modo similar, se refiere que, en el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos los derechos sociales han sido tutelados por medio de derechos correlacionados, especialmente el derecho a la vida, más allá de la nítida relación con el principio de la dignidad de la persona humana. En este sentido, comparar la sentencia en el caso “Niños de la calle” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Villagrán Morales y otros, sentencia del 19 de noviembre de 1999, voto concurrente de los doctores Antonio Augusto Cançado Trinidad y Alirio Abreu Burrelli), mencionada por ARANGO, R. Estado social de derecho y derechos humanos. Disponible en: <http://www.revistanumero.com/39sepa6.htm>, acceso el 28-03-2005. Además, el propio Rodolfo Arango refiere que, en el derecho colombiano, la protección del derecho a la salud por la Corte Constitucional se inició exactamente por su concepción como “derecho fundamental por similitud” a los derechos a la vida digna y a la integridad personal; en este sentido, cf.: ARANGO, R. “El derecho a la Salud en la Jurisprudencia Constitucional Colombiana. En: SOUZA NETO, C. P.

eso suficiente, la cláusula de abertura incluida en el § 2° Artículo 5° de la CF permite la extensión del régimen de jusfundamentalidad, especialmente la presunción en favor de la aplicabilidad inmediata y, pues, del mandato de optimización, previstos por el § 1° del mismo dispositivo constitucional, a otras normas relacionadas con el derecho a la salud, aún que externas al catálogo de los Artículos 5° y 6° de la CF. Lo que parece cierto, al fin y al cabo, es que una orden constitucional que protege los derechos a la vida, a la integridad física y corporal y al medio ambiente sano y equilibrado evidentemente debe salvaguardar la salud, bajo pena de pérdida (substancial) de aquellos derechos.

## 2.2. El doble fundamento formal y material del derecho a la salud

El derecho a la salud comulga, en el orden jurídico-constitucional nuestro, con el doble fundamento formal y material del cual se revisten los derechos y garantías fundamentales en general, especialmente en virtud del régimen jurídico privilegiado que les otorgó la Constitución de 1988<sup>13</sup>. La fundamentación en sentido material se encuentra ligada a la relevancia del bien jurídico tutelado por el orden constitucional, que se evidencia por la importancia de la salud como presupuesto a la manutención de la vida –y vida con dignidad, que implica, vida saludable y con cierta calidad–, por tanto como la garantía de las condiciones necesarias al disfrute de los demás derechos, fundamentales o no, inclusive en el sentido de la viabilización del libre desarrollo de la persona y de su personalidad. Ya la fundamentación formal deviene del derecho constitucional positivo y, al menos en la Constitución Patria, se desdobra en tres elementos: a) los derechos fundamentales (y, por tanto, también el derecho a la salud), como

---

de; SARMIENTO, D. (coord.) *Derechos Sociales: fundamentos, judicialización y derechos sociales en especie*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2008, especialmente pp. 723-726.

13 En este sentido, cf. SARLET, I. W. “Algunas consideraciones en torno del contenido, eficacia y efectividad del derecho a la salud en la Constitución de 1988”. En: *Revista Interesse Público*. Porto Alegre, v. 12, p. 91-107, 2001; MOLINARO, C. A.; MILHORANZA, M. G. “Alcance Político de la Jurisdicción en el Ámbito del Derecho a la Salud”. En: ASSIS, A. de. (coord.) *Aspectos polémicos y actuales de los límites de la jurisdicción y del derecho a la salud*. Porto Alegre: Notadez, 2007, p. 220 y ss. También: FIGUEIREDO, M. F. *Derecho Fundamental a la Salud: parámetros para su eficacia y efectividad*. Porto Alegre: Librería del Abogado Editora, 2007.

parte integrante de la Constitución escrita, se sitúan en el vértice de todo el ordenamiento jurídico, cuidándose, pues, de normas de superior jerarquía axiológica; b) en la condición de normas fundamentales grabadas en la Constitución escrita, se encuentran subordinadas a los límites formales (con agravado procedimiento para modificación de preceptos constitucionales) y materiales (“Cláusulas pétreas”) de la reforma constitucional, aunque tal condición encuentre aún resistencia por parte de la doctrina; c) por último, en los términos de lo que dispone el § 1º del Artículo 5º de la CF, son directamente aplicables las normas definitorias de derechos y garantías fundamentales, vinculando de forma inmediata a las entidades estatales y los particulares, dirección que alcanza otros dispositivos de la tutela de la salud, por fuerza de la cláusula inclusiva constante del § 2º del mismo Artículo 5º de la CF. Considerando la evolución en la esfera doctrinaria y jurisprudencial, se verifica, entretanto, que no siempre es reconocido el régimen pleno jurídico de la fundamentalidad, habiendo, de plano, discusión cerrada sobre sus diversos aspectos –lo que será considerado más adelante.

### 2.3. El deber fundamental de protección de la salud

Más allá de la condición del derecho fundamental, la tutela jusfundamental de la salud se efectiviza también como deber fundamental, conforme el texto del artículo 196 de la CF positiva: “(la) salud es un derecho de todos y deber del Estado (...)”. Se trata, por tanto, de una hipótesis típica del derecho-deber, en que los deberes conexos y correlacionados tienen su origen, y son así reconocidos, a partir de la conformación constitucional del propio derecho fundamental<sup>14</sup>. Por esta misma razón, y anticipando ya lo que será expuesto con mayor detalle más adelante, el objeto de los deberes fundamentales derivados del derecho a la salud guarda relación

14 Sobre los deberes fundamentales, cf. I. W. SARLET, *La eficacia de los Derechos Fundamentales*. 9ª ed., rev., actual y Ampl. Porto Alegre: Librería del Abogado, pp. 24 y ss; y NABAIS, J. C. “La FACE oculta de los derechos fundamentales: los deberes y los costos de los derechos”. Disponible en: [https://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfacedoculadireitos\\_o1.pdf](https://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfacedoculadireitos_o1.pdf); acceso el: 05-04-2002. Acerca de la concepción del deber fundamental, derivado del derecho a la salud, cf. FIGUEIREDO, M. F., *op.cit.*, pp. 86 y ss.

con las formas diferentes por las cuales ese derecho fundamental es realizado, pudiéndose desde luego identificar –sin prejuicio de otras posibles concretizaciones– una dimensión defensiva, en el deber de protección de la salud, que se revela, por ejemplo, en las normas penales de protección a la vida, la integridad física, al medio ambiente, a la salud pública, así como en diversas normas administrativas en el campo de la vigilancia sanitaria, que regulan tanto desde la producción y la comercialización de diversos tipos de insumos y productos hasta el control sanitario de fronteras; es una dimensión prestacional *lato sensu*, del deber de promoción a la salud, concretizada en las normas y políticas públicas de reglamentación y organización del SUS, especialmente en lo que concierne al acceso al sistema, la participación de la sociedad en la toma de decisiones y en el control de las acciones de salud y del incentivo de adhesión a los programas de salud pública. Eso evidencia el carácter peculiar de algunos deberes fundamentales, que además de que se hacen coactivas en el ámbito de las relaciones individuales (y el deber general de respeto a la salud pública y de los demás, es también un deber de protección y promoción de la salud de cada persona consigo misma<sup>15</sup> tal vez constituye el mejor ejemplo de ello), dan origen a deberes de naturaleza política (como los deberes de elaboración e implementación de políticas públicas dirigidas a la realización del derecho a la salud, a la concretización del SUS y a la ubicación de los recursos presupuestarios conforme a los niveles mínimos constitucionalmente establecidos para el área de salud), tanto cuanto deberes económicos, sociales, culturales y ambientales (v. gr., el control del mercado de asistencia a la salud, por la intervención directa del Estado en la esfera de los planes de salud privados y en la reglamentación de los precios de medicamentos; la implementación de programas sociales de salud, especialmente por la asistencia a grupos desfavorecidos, inclusive en función del tipo de enfermedad que los acometa [enfermedades de la “pobreza”,

15 A partir de ahí, se tiene también reconocida la posibilidad de intervención del Estado objetivando la protección de la persona contra sí misma, en homenaje al carácter (o al menos en parte) irrenunciable de la dignidad de la persona humana y de los derechos fundamentales -hipótesis de los casos de internación compulsoria y de coercitiva sumisión del individuo a determinados tratamientos-, aspecto que, a su vez, guarda relación con los conflictos entre los derechos y deberes relativos a la salud y a otros bienes fundamentales.

dolencias rarísimas, epidemias, etc.]; la inserción en los currículos escolares de la salud y las campañas de prevención de cuño [in]formativo; el control de la polución, los permisos ambientales, la fiscalización sobre el uso y ocupación del suelo, urbano y rural, etc.).

En este contexto, se puede observar que los deberes fundamentales relacionados al derecho a la salud, dependiendo de su objeto, pueden imponer obligaciones de carácter originario, como en el caso de las políticas e implementación del SUS, de la aplicación mínima de los recursos en salud y del deber general de respeto a la salud, u obligaciones de tipo derivado, siempre que sean dependientes del sobreseimiento de la legislación infraconstitucional reguladora, cuya hipótesis tal vez más elocuente se encuentre en la obediencia a las más variadas normas en materia sanitaria (en los campos penal, administrativo, ambiental, urbanístico, etc.). Además, si los ejemplos demuestran que el principal destinatario de los deberes fundamentales es ciertamente el Estado, hecho reiterado por las expresiones usadas en el texto constitucional, eso no excluye una eficacia en el ámbito privado, sobre todo en términos de obligaciones derivadas. En este sentido, cabe destacar que la noción de deberes fundamentales se conecta al principio de solidaridad, en el sentido de que también es responsable toda la sociedad por la efectivización y protección del derecho a la salud de todos y de cada uno<sup>16</sup>, en el ámbito de aquello que Canotilho denomina como una responsabilidad compartida (shared responsibility)<sup>17</sup>, cuyos efectos se proyectan en el presente y sobre las futuras generaciones<sup>18 19</sup>, como ya es reconocido en el campo del derecho ambiental.

16 En este sentido, cf. CASAUX-LABRUNÉE, L. “Le ‘droit á la santé’”. En CABRILLAC, R.; FRISON-ROCHE, M-A; REVET, T. *Libertés et droits fondamentaux*. 6ta. ed. rev. y aum. Paris: Dalloz, 2000, pp. 631 y ss.

17 Cf. CANOTILHO, J. J. G. “El derecho al ambiente como derecho subjetivo”. En: *Estudios sobre derechos fundamentales*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 178.

18 “En el caso de las políticas de salud es especialmente importante fijarse en el hecho de que muchas veces la buena salud de un individuo depende de la buena salud de los demás. Las implicaciones de la salud de un individuo extrapola ese individuo, generando lo que en economía se denomina externalidades” y determinando un abordaje colectivo de las cuestiones de la salud, es relevante la aplicación de criterios epidemiológicos en la ubicación de los recursos públicos, conforme alecciona Marcelo Medeiros. Cf.: “Principios de Justicia en la Ubicación de Recursos en Salud”. Texto para discusión N° 687, Río de Janeiro, diciembre de 1999 – ISSN 1415-4765. En: BRASIL. Ministerio de Salud. *Curso de Iniciación en Economía de la Salud para los Núcleos Estatales/Regionales*, pp. 52-

De lo que allí parece inferirse es que si los deberes fundamentales no se confunden con los límites y restricciones de los derechos fundamentales, pueden justificarlos en ciertas hipótesis, resguardando el núcleo esencial de los derechos y la parcela de contenido que densifique la dignidad de la persona humana y el mínimo existencial, conformando, entonces, el ámbito de protección del derecho fundamental del que se cuida en la hipótesis concreta.

#### 2.4. Contenido del derecho fundamental a la salud

Una de las cuestiones más intrincadas sobre la interpretación de las normas constitucionales que aseguran el derecho fundamental a la salud se refiere a la determinación del contenido que de allí puede ser desprendido y exigido, dado que el texto de 1988, salvo algunas pistas, no especifica lo que estaría incluido en la garantía de la protección y promoción de la salud<sup>20</sup>. Ciertamente, sin embargo, esa circunstancia no puede ser legítimamente utilizada como argumento para apartar la posibilidad de intervención judicial, aun-

---

53, Disponible en: [http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/apostila\\_curso\\_iniciacao\\_economia\\_saude.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/apostila_curso_iniciacao_economia_saude.pdf); acceso el 24-05-2008. Entre muchos ejemplos que podrían ser enumerados para ilustrar “externalidades” en el área de la salud, pueden ser recordados algunos más comunes: las vacunas, que al proteger a la persona o al animal vacunado, disminuyen la posibilidad general de contagio, por la reducción de los posibles vectores; los antibióticos, que utilizados por una persona repercuten sobre toda la comunidad en la cual esté inscrito, pues cuanto más complejo el antibiótico usado, más agresivos se tornan los agentes biológicos de la enfermedad para todos los (posibles) alcanzables; el dengue, cuyo control eficiente o precario está esencialmente ligado a las conductas de prevención practicadas por cada miembro de la comunidad.

19 En un interesante estudio, João Arriscado Nunes y Marisa Matias exploran la noción de “salud sustentable”, como “resultado emergente de la intersección de procesos ecológicos, sociales, tecnológicos y políticos”, cuyo alcance (en el espacio y en el tiempo) y complejidad, “requieren el desarrollo de nuevos abordajes para el diseño, la realización y la evaluación de las políticas ambientales y de las tecnologías ‘amigas del ambiente’ y de la forma como las intervenciones en el campo de la salud colectiva y de la oferta de cuidados de salud son guiadas por preocupaciones con la justicia social y ambiental y por la acción precautoria”. Cf. NUNES, J. A.; MATIAS, M. “Rumbo a una Salud Sustentable: salud, ambiente y política”. En: *Salud y Derechos Humanos*. Ministerio de Salud. Fundación Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudios en Derechos Humanos y Salud Helena Besserman. Año 3 (2006), n. 3. Brasília: Ministerio de Salud, 2006, p. 11. Disponible en: [http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/publicacoes/saude-e-direitos-humanos/pdf/sdh\\_2006.pdf](http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/publicacoes/saude-e-direitos-humanos/pdf/sdh_2006.pdf); acceso el 31-05-2008.

20 Sobre el punto, consultar FIGUEIREDO, M. F., *op. cit.*, pp. 81 y ss.



que indique, a su vez, la relevancia de una adecuada concretización por parte del legislativo y, en lo que fuera posible, por parte de la Administración Pública. De cualquier modo, y en la estela de lo que ya fue expresado anteriormente, la Constitución de 1988 se alineó a la concepción más abaricable del derecho a la salud, conforme propugna la OMS, que además de una noción eminentemente curativa, comprende las dimensiones preventiva y promocional en la tutela jusfundamental. En ese sentido, parece más apropiado hablarse no simplemente en derecho a la salud, si no en el derecho a la protección y a la promoción de la salud<sup>21</sup>, inclusive como “imagen-horizonte”<sup>22</sup> a ser perseguida. Siguiendo las directrices del texto del artículo 196 de la CF, se tiene la “recuperación” como referencia a la concepción de la “salud curativa”, o sea, la garantía de acceso, por los individuos, a los medios que les puedan traer la cura de la enfermedad, o por lo menos una sensible mejora en la calidad de vida (lo que, de modo general ocurre en las hipótesis de tratamientos continuos)<sup>23</sup>. Ya las expresiones “reducción del riesgo de la enfermedad” y “protección” se reportan a la noción de “salud preventiva”, por la ejecución de las acciones y políticas de la salud que tienen por objetivo evitar el surgimiento de la enfermedad o del daño a la salud (individual o pública), proporcionando la imposición de deberes de protección específicos, derivando, entre otros, la vigencia de los principios de precaución y prevención. El término “promoción”, en fin, se junta a la búsqueda de la calidad de vida, por medio de acciones que objetiven mejorar las condiciones de vida y de la salud de las personas<sup>24</sup> –lo

21 Valen aquí las observaciones hechas, en el ámbito del derecho francés, por CASAUX-LABRUNÉE, L., recordando que la salud no es un bien disponible, que pueda ser otorgado a alguien, razón por la cual puede ser apenas resguardado y promovido. Cf. *Op. cit.*, pp. 617-619. También LOUREIRO, J. C. “Derecho a la (protección de la) salud”, *op. cit.*, 2006.

22 SCLLIAR, M. *De lo mágico a lo social: La trayectoria de la salud pública*. Porto Alegre: L&PM, 1987, pp. 32-33.

23 En este sentido, Rodolfo Arango trae a colación un precedente interesante, en el cual la Corte Constitucional de Colombia (sentencia T-001, de 1995) refiere que la noción de cura “no necesariamente implica erradicación total de los sufrimientos, si no que envuelve las posibilidades de mejoría para el paciente, así como los cuidados indispensables para impedir que su salud se deteriore o disminuya de manera ostensible, afectando su calidad de vida”. Cf. ARANGO, R., “El Derecho a la Salud en la Jurisprudencia Constitucional Colombiana”, *op. cit.*, p. 728.

24 SCHWARTZ, G. A. D. *El derecho a la salud: efectivación en una perspectiva sistémica*. Porto Alegre:

que demuestra la sintonía del texto constitucional con el deber de progresividad en la realización del derecho a la salud, así como con la garantía del “más alto nivel posible de salud”, tal como prescriben, respectivamente, los artículos 2° y 12° del PIDESC<sup>25</sup>.

Por otro lado, se debe señalar que el derecho fundamental a la salud envuelve una complejidad de diversas posiciones jurídico-subjetivas en cuanto a su objeto, pudiendo reconducir a las nociones de derecho de defensa y de derecho a prestaciones. Como derecho de defensa (o derecho negativo), el derecho a la salud pretende la salvaguarda de la salud individual y de la salud pública contra injerencias indebidas, por parte del Estado o de sujetos privados, individual y colectivamente considerados. En la condición de derecho a prestaciones (derecho positivo), y específicamente como derecho a las prestaciones en sentido amplio, el derecho a la salud impone deberes de protección de la salud personal y pública, así como deberes de cuño organizativo y de procedimientos (v. gr., organización de los servicios de asistencia a la salud, de las formas de acceso al sistema, de la distribución de los recursos financieros y sanitarios, etc.; así como la regulación del ejercicio de los derechos de participación y control social del SUS, especialmente por la vía de los Consejos y de las Conferencias de Salud). A su vez, como derecho a prestaciones en sentido estricto, el derecho a la salud fundamenta las más variadas pretensiones al suministro de prestaciones materiales (como tratamientos, medicamentos, exámenes, internaciones, consultas, etc.). En este contexto, se destaca la tendencia creciente de la doctrina y de la jurisprudencia patrias en el sentido de la afirmación de la exigibilidad judicial de posiciones subjetivas ligadas a la tutela del mínimo existencial, que, a su vez, va más allá de la mera sobrevivencia física, para albergar la garantía de condiciones materiales mínimas para una vida saludable<sup>26</sup> (o lo más próximo a ello, de acuerdo

---

Librería del Abogado, 2001, pp. 27 y p. 98-99. Como señala Germán Bidart Campos, “no es buena una calidad de vida cuando una persona no dispone de cuanto es imprescindible para la atención de la salud” (*op. cit.*, p. 24).

25 Art. 12, 1: “Los Estados Partes del presente Pacto reconocen el derecho de toda persona de disfrutar el más elevado nivel posible de salud física y mental”.

26 Propugnando por la consagración y realización de derechos positivos y resaltando las ventajas, a largo plazo, de los regímenes jurídicos que optan por la concesión de prestaciones materiales, por el Estado, a los necesitados, consultar estudio interesante de POLLACK, M. “El alto costo de no tener derechos positivos, una perspectiva de los Estados Unidos”. Traducción de Francisco Küm-

con las condiciones personales del individuo) y, por tanto, para una vida con cierta calidad<sup>27</sup>.

Por otra parte, cabe refrendar el reconocimiento de una dimensión objetiva relevante del derecho a la salud, que, más allá de otros efectos derivados de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales como un todo, han justificado la imposición de deberes de protección al Estado y a los particulares, directa o indirectamente fundados en el texto constitucional (deberes originarios y deberes derivados, respectivamente), como ya hemos mencionado anteriormente. Además de ello, la dimensión objetiva del derecho a la salud respalda la extensión de la tutela jusfundamental al propio Sistema Único de Salud (SUS), como típica garantía institucional, establecida y regulada originariamente a nivel constitucional<sup>28</sup>, lo que será objeto de consideraciones más adelante.

## 2.5. Titulares y destinatarios del derecho fundamental a la salud

Desde un principio la letra explícita del texto constitucional apunta al carácter de universalidad del derecho a la salud (y del propio SUS), como derecho de todos y de cada uno, en la estela de lo dispuesto en el artículo 5º, caput, de la CF. Vigente, pues, al principio de la universalidad, en el sentido de que el derecho a la salud es reconocido a todos por el hecho de ser personas, lo que también no impide que haya diferenciaciones en la aplicación práctica de la norma, especialmente cuando es sopesada con el principio de igualdad, lo que es bastante para demostrar que, aún correlacionados, tales principios no se confunden<sup>29</sup>. A partir de eso es posible

---

mel. En SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (org.) *Derechos Fundamentales: presupuesto y "reserva de lo posible"*. Porto Alegre: Librería del Abogado, 2008, pp. 363-389.

27 Trazando algunos parámetros de concretización de lo mínimo existencial relativamente al derecho a la salud, cf. SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. "Reserva de lo posible, mínimo existencial y derecho a la salud: algunas aproximaciones". En: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (org.) *Derechos Fundamentales: presupuesto y "reserva de lo posible"*. Porto Alegre: Librería del Abogado, 2008, pp. 11-53 (especialmente p. 42-49); y FIGUEIREDO, M. F., *op.cit.*, pp. 204 y ss.

28 Sobre las garantías institucionales, consultar SARLET, I. W., *La Eficacia de los derechos Fundamentales*, pp. 165 y 200 y ss. Sobre el SUS, como garantía institucional, cf. FIGUEIREDO, M. F., *op. cit.*, pp. 45-46.

29 Para profundizar más, en lo que concierne a la titularidad de los derechos fundamentales en general, comparar I. W. SARLET, *La Eficacia de los Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, pp. 228 y ss.

sustentarse, en línea de principio, a la titularidad universal del derecho a la salud, respaldada en su estrecha vinculación con los derechos a la vida y a la integridad física y corporal, apartando la tesis que, de forma generalizada y sin excepciones, busca ceñirlo solamente a los brasileros y extranjeros residentes en el país. Destáquese que ni siquiera las políticas vigentes actualmente dan amparo a ese tipo de interpretación restrictiva, en la medida en que presentan carácter nítidamente inclusivo, como son ejemplo algunos programas especiales de asistencia a la salud, porque así sea dirigidos a grupos poblacionales especiales dentro del territorio nacional, como en el caso de los pueblos indígenas<sup>30</sup>, o sea dirigidos a población extranjera que acude a los servicios públicos en las ciudades de la frontera terrestre del Brasil<sup>31</sup>, demostrando, finalmente, que el camino no es la exclusión. Por otra parte, la caracterización del derecho a la salud como derecho colectivo, o como interés difuso en ciertas hipótesis, no le sirve para apartar la titu-

30 Por medio de la Medida Provisional N° 1.911-08, del 29 de julio de 1999, y de la Ley N° 9.836, del 23 de septiembre de 1999, fue instituido el Subsistema de Atención a la Salud Indígena, de responsabilidad de la Fundación Nacional de Salud (FUNASA), para la atención de una parte de la población brasilerá que se estima en más de 400.000 personas, integrantes de 215 pueblos y que hablan por lo menos 180 lenguas. La asistencia se da de modo descentralizada, pero integrada al SUS, por medio de los Distritos Sanitarios Especiales Indígenas (DSEI), considerados “una unidad organizacional del Funasa”, con “una base territorial y poblacional bajo la responsabilidad sanitaria claramente identificada”, principalmente dirigida a las acciones de atención básica, según las peculiaridades del perfil epidemiológico de esas poblaciones. Para profundizar, consultar: <http://www.funasa.gov.br/>.

31 A partir de la constatación de que los servicios de salud nacionales eran utilizados por brasileros y extranjeros residentes en las ciudades vecinas al territorio nacional, fue creado el Sistema Integrado de Salud de las Fronteras (SIS-Fronteras), implementado por la Portería GM N° 1.120, del 06/07/2005 del Ministerio de Salud, con el objetivo de integrar las acciones de asistencia a la salud en las ciudades de la frontera terrestre del país y, así, alcanzar una población de cerca de 3 millones de habitantes, distribuidos en 121 Municipios de los 15.719 Km. de la frontera nacional. Más allá de la organización y del fortalecimiento de los sistemas de salud locales, el programa tiene por meta “estimular la planeación y la implantación de acciones y acuerdos bilaterales o multilaterales entre los países que comparten fronteras entre sí, por intermedio de un diagnóstico homogéneo de la situación de la salud más allá de los límites de la frontera geopolítica brasilerá”, como consta en las informaciones recogidas en el “portal de salud” (en: [http://portal.saude.gov.br/portalsaudef/Gestor/visualizar\\_texto.cfm?idtxt=26139](http://portal.saude.gov.br/portalsaudef/Gestor/visualizar_texto.cfm?idtxt=26139)). Para profundizar y consulta de los datos actualizados, comparar: [http://portal.saude.gov.br/portalsaudef/Gestor/area.cfm?id\\_area=1228](http://portal.saude.gov.br/portalsaudef/Gestor/area.cfm?id_area=1228).

laridad individual que presenta, dado que, a pesar de las cuestiones ligadas a la salud pública y colectiva, jamás perderá el cuño individual que lo liga a la protección individual de la vida, de la integridad física y corporal personal, así como de la dignidad de la persona humana individualmente considerada en sus particularidades, incluso en términos de garantía de las condiciones que constituyen el mínimo existencial de cada uno. De esta forma, en que a pesar de ser posible (¡y hasta deseable!) priorizar una tutela procesal colectiva en el campo de la efectivización del derecho a la salud<sup>32</sup>, esto no significa que el derecho a la salud pueda ser negado a condición del derecho de titularidad individual. No hay que confundir, además, la titularidad universal del derecho fundamental con la universalidad del acceso al SUS, especialmente en lo que concierne a la asistencia pública a la salud, aspecto que podría eventualmente sufrir objeciones ante las circunstancias del caso concreto, sobre todo si tuviesen por objetivo la garantía de equidad del sistema como un todo —o sea, la concretización del principio de la igualdad en su dimensión material, justificando, finalmente, discriminaciones positivas en pro de la disminución de las desigualdades regionales y sociales, o de la justicia social, por ejemplo.

32 En este sentido, comparar estudio del Prof. Luis Roberto Barroso sobre las acciones judiciales pleiteando el abastecimiento de medicamentos por el Estado, en que sustenta la mejor adecuación de las demandas colectivas en la pretensión, excepcional, de inclusión de nuevos medicamentos en las listas y directrices terapéuticas del SUS, reservando en las acciones individuales el pedido de los fármacos ya ofrecidos por el sistema público. BARROSO, L. R. “De la falta de efectividad a la judicialización excesiva: derecho a la salud, suministro gratuito de medicamentos y parámetros para la actuación judicial”. En: *Interés Público*, n. 46, nov-dic./2007, pp. 31-61. En sentido semejante, SOUZA NETO, C. P. de. “La Justiciabilidad de los Derechos Sociales: Críticas y Parámetros”, en SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (coord.) *Derechos Sociales: Fundamentos, Judicialización y Derechos Sociales en Especie*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 515-551; en esa misma obra colectiva, cf., también: SARMENTO, D., “La Protección Judicial de los Derechos Sociales: Algunos Parámetros Ético-Jurídicos”, pp. 553-586; BARCELLOS, A. P. de. “El Derecho a Prestaciones en Salud: Complejidades, Mínimo Existencial y el Valor de los Abordajes Colectivo y Abstracto”, pp. 803-826; y HENRIQUES, F. V. “Derecho Prestacional a la Salud y Actuación Jurisdiccional”, pp. 827-858. Destacando la necesidad de una mayor profundización sobre el tema, dado que el derecho individual de acción refleja una forma concreta de manifestación de la ciudadanía activa e instrumento de participación del individuo en el control social de las acciones estatales, cf. SARLET, I. W. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales*, pp. 374-375.

Con relación a sus destinatarios, el derecho a la salud tiene como sujeto pasivo principal al Estado, como ocurre, además, con la generalidad de los derechos fundamentales sociales. Cabe al Estado principalmente la realización de medidas dirigidas a la protección de la salud de las personas, efectivizando el derecho en su dimensión negativa (especialmente en el sentido de la no-interferencia en la salud de los individuos) y positiva (v. gr., organizando instituciones y procedimientos dirigidos a la tutela individual y colectiva de la salud, tomando providencias para la atención de los deberes de protección, brindando directamente los bienes materiales necesarios a la prestación de la asistencia a la salud). Es bueno enfatizar que ello no excluye, la eficacia del derecho a la salud en la esfera de las relaciones entre particulares<sup>33</sup>, lo que se manifiesta tanto de manera indirecta, mediante la previa intervención de los órganos estatales, como de modo directo, donde talvez el ejemplo más conocido sea las normas de protección al trabajador, ya tradicionales en el derecho constitucional patrio.

### 3. El Sistema Único de Salud (SUS)

#### 3.1. El Sistema Único de Salud como garantía institucional fundamental

La dimensión objetiva del derecho a la salud, además de las consideraciones sobre la función protectora del derecho y de su eficacia entre particulares, se condensa de modo especial y relevante por la institucionalización constitucional del Sistema Único de Salud (SUS), que asume la condición, de auténtico

33 Sobre la eficacia del derecho a la salud en el ámbito de las relaciones privadas, cf., por todos, MATEUS, C. G. *Derechos Fundamentales Sociales y Relaciones Privadas: el caso del derecho a la salud en la Constitución brasilera de 1988*. Porto Alegre: Librería del Abogado, 2008, especialmente pp. 137 y ss. Procediendo a un análisis más amplio, sustentado en una eficacia directa *prima facie* de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, cf. SARLET, I. W. “La Influencia de los Derechos Fundamentales en el Derecho Privado. El caso Brasileiro”, en: MONTEIRO, A. P.; NEUNER, J.; SARLET, I. (orgs.) *Derechos Fundamentales y Derechos Privados: Una perspectiva del Derecho Comparado*. Coimbra: Almedina, pp. 111-114.

tica garantía institucional fundamental<sup>34</sup>, en el orden jurídico-constitucional brasileiro. Habiéndose establecido y reglamentado por la propia Constitución de 1988, que estipuló los principios por los cuales se estructura y los objetivos que debe atender, además de constituirse en el resultado de perfeccionamientos efectuados a partir de experiencias frustradas anteriores y, por otro lado, se constituye en reivindicación realizada por la sociedad civil organizada, sobre todo en el Movimiento de Reforma Sanitaria que precedió a la elaboración del texto constitucional, el SUS puede ser caracterizado, finalmente, como una garantía institucional fundamental. Se sujeta, por consiguiente, a la protección establecida para las demás normas jusfundamentales, inclusive en lo que concierne a su inserción entre los límites materiales a la reforma constitucional<sup>35</sup>, además de estar resguardado contra medidas de cuño retrospectivo en general. De ese modo, eventuales medidas tendientes a abolirlo o vaciarlo, formal y substancialmente, incluso en cuanto a los principios sobre los cuales se cimienta, deberán ser consideradas inconstitucionales, pues no sólo apenas es protegido el derecho a la salud, sino que el propio SUS, en la condición de institución pública, es salvaguardado por la tutela constitucional protectora. Asimismo, la constitucionalización del SUS como garantía institucional fundamental significa que la efectucción del derecho a la salud se debe conformar en los principios y directrices por los cuales fue constituido, establecidos primordialmente por los Artículos 198 al 200 de la CF<sup>36</sup> de los cuales se destacan la unidad, la descentralización, la regionalización, la jerarquización, la integralidad y la participación de la comunidad.

34 A partir del reconocimiento de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, la doctrina alemana de la primera post-guerra, sobre todo por las obras de M. Wolf y C. Schmitt, pasó a sus-  
tentar que existen ciertas instituciones (derecho público) o institutos (derecho privado) cuya rele-  
vancia justifica la extensión de la protección jusfundamental, sobre todo contra la actuación erosiva  
por parte del legislador ordinario y del poder público en general, a fin de resguardar, al menos, el  
núcleo esencial de las así designadas garantías institucionales. Para mayor profundización del tema,  
cf. SARLET, I. W., *La Eficacia de los Derechos Fundamentales*, p. 165 y pp. 200 y ss. Defendiendo  
la naturaleza de garantía institucional del SUS, cf. FIGUEIREDO, M. F., *op. cit.*, pp. 45-46.

35 En sentido similar, cf., en el derecho portugués, Acuerdo n. 39/84 (Diario la República, 2ª serie,  
del 05-05-1984), y los comentarios de NOVAIS, J. R. Los principios constitucionales estructurantes  
de la República Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 312-313.

36 Haciendo un análisis general sobre los principios del SUS, cf. FIGUEIREDO, M. F., *op. cit.*, p.  
96-102.

### 3.2. Principios de información del SUS: unidad, descentralización, regionalización y jerarquización; integralidad y participación de la comunidad

El principio de la unidad significa que el SUS es un sistema único y unificado, característica mediante la cual la constituyente buscó superar las distorsiones de los modelos anteriores a 1988, en especial en cuanto a la limitación de la asistencia a la salud solamente a los trabajadores con vínculo formal y dependientes respectivos, asegurados en el Instituto Nacional de Previsión Social (INPS)<sup>37</sup>, situación que dejaba a las demás personas, tomar la “opción” entre la atención a la salud por profesionales particulares o simplemente a la caridad. El Sistema Único, importa, en tanto que los servicios y las acciones de salud, públicos o privados, se deben pautar y desenvolverse bajo las mismas políticas, directrices y comandos. Se trata de un solo sistema, que abarca y comprende a una única dirección y, por tanto, a un solo planeamiento (aunque compartido en los niveles nacional, regional, estatal, municipal), a las acciones y a los servicios de salud.

En cuanto único, el SUS es constituido por una red regionalizada y jerarquizada que, preservada a la dirección única en cada esfera de gobierno, actúa según el principio de la descentralización. La actuación regionalizada permite la adaptación de las acciones y de los servicios de salud al perfil epidemiológico local<sup>38</sup>, atendiendo no solo a las directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS), sino a las reivindicaciones del Movimiento de Reforma Sanitaria<sup>39</sup> y conformándose, en cierta medida, en la reconocida

37 Cf. CARVALHO, M. S. de. “La Salud como derecho social fundamental en la Constitución Federal de 1988”. *Revista de Derecho Sanitario*, v. 4, n. 2, p. 26, jul. 2003; y BRASIL. Consejo Nacional de Secretarios de Salud. *Para entender la gestión del SUS*. Brasilia: CONASS, 2003, p. 14.

38 Los criterios epidemiológicos poseerían un alto grado de orientación a la “colectividad”, como enseña Marcelo Medeiros, partiendo del grado de necesidades de los individuos, en determinada situación de espacio y tiempo, como criterio de ubicación y distribución de los recursos de salud. Para mayor profundización, consultar MEDEIROS, M., *op. cit.*, p. 67.

39 La VIII Conferencia Nacional de Salud ya sugería que el nuevo sistema de salud, después configurado en el SUS, debería “ser organizado con base epidemiológica y tener prioridades claramente definidas en función de las necesidades locales y regionales”, más allá de “estructurarse con base en los conceptos de descentralización regionalización y jerarquización –centralizar sólo lo que realmente no fuera posible descentralizar”, conforme referencia de RAEFFRAY, A. P. O., *op. cit.*, p. 285.



tradición municipalista brasilera. En este sentido, es posible verificar una evidente conexión entre la estructura constitucional del SUS y el principio federal, que en Brasil tiene peculiaridad y un tercer nivel de poder formado por los Municipios. Por eso, la municipalización es la principal forma por la cual se concentran las directrices de descentralización y regionalización del SUS, no obstante que siempre sean necesarios<sup>40</sup> ajustes y perfeccionamientos, especialmente en función de la garantía de equilibrio en la distribución de los recursos de salud, donde destacan los principios de la subsidiariedad y de la equidad en el acceso a la asistencia así prestada. Los principios de descentralización, regionalización y subsidiariedad cimientan las reglas constitucionales de distribución de competencias en el ámbito del SUS, tanto como su regulación normativa a nivel infraconstitucional (leyes, decretos, ordenanzas), por medio de las cuales la responsabilidad en las acciones y en los servicios de salud, incorporado aquí el suministro de bienes materiales, que principalmente compete a los Municipios y a los Estados, en detrimento de la Unión, que actúa con carácter supletorio y subsidiario. Eso no excluye, por cierto, la actuación directa del ente central en algunas situaciones, lo que precisamente sucede en función de la armonización práctica entre los principios constitucionales de la eficiencia, de la subsidiariedad y de la integralidad de la atención, como por ejemplo demuestran, la asistencia de alta complejidad (a cargo de la Unión y de los Estados, en la forma de la NOAS N° 01/2002 –que, en este aspecto, reiteró lo que ya disponía la NOAS N° 01/2001)<sup>41</sup>, en la regulación del sector privado (por el disciplinamiento de las relaciones entre los SUS y los prestadores privados, por el establecimiento de criterios y valores para la remuneración de los servicios, por la fijación de los parámetros de la cobertura ofrecida)<sup>42</sup> y la responsabilidad por la compra

40 En este sentido, las normas acordadas en la NOB N° 01/96 fueron sustituidas por las normas NOAS N° 01/2001 y posteriormente, por la NOAS N° 01/2002, siempre dirigidas al perfeccionamiento del proceso de descentralización del SUS, sin perder de vista la necesidad de ampliación del acceso y la equidad en la distribución de los recursos de salud (no sólo en sentido financiero).

41 Cf. PIRES, M. C. de C.; OLIVEIRA NETO, J. C. da C. “Indicador municipal de salud: un análisis de los sistemas municipales de salud brasileiros”. Instituto de Investigación Económica Aplicada (IPEA). Brasilia, 2006. Texto para discusión N° 1.216 ISSN 1415-4765, p. 11. Disponible en: [http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/indic\\_mun\\_ipea.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/indic_mun_ipea.pdf); acceso el 24-05-2008.

42 SOUZA, R. R. de. *El Sistema Público de Salud Brasileiro*. Seminario Internacional: Tendencias y Desafíos de los Sistemas de Salud en las Américas. Sao Paulo, Brasil. 11 a 14 de agosto de 2002. Disponible

y distribución del así designado “componente estratégico de la asistencia farmacéutica” (esto es, los medicamentos y tratamientos de las acciones de asistencia farmacéutica de los programas de salud estratégicos, concernientes al control de endemias, al suministro de anti-retrovirales [DST/AIDS], a la sangre y hemoderivados y a los inmunobiológicos, en los términos de la Portería GM N° 204, del 27 de enero del 2007, del Ministerio de Salud)<sup>43</sup>.

La jerarquización, a su vez, es un término técnico del sector sanitario, que indica la ejecución de la asistencia a la salud en niveles crecientes de complejidad<sup>44</sup>, señalando que el acceso a los servicios de salud deben darse a partir de los más simples en dirección a los niveles más altos de complejidad, de acuerdo con el caso concreto y exceptuadas las situaciones de urgencia. Por medio de la jerarquización, los servicios de salud son organizados y distribuidos, partiéndose de las acciones de atención básica, comunes a todos los Municipios, pasando por la asistencia de media y alta complejidad, centralizadas ya en los Municipios de mayor tamaño, para luego alcanzar los servicios de especialización mayor, solamente disponibles en algunos grandes centros del país. También en este aspecto, el SUS se armoniza a los principios de subsidiariedad y de eficiencia, dado que las acciones y los servicios de salud deben ser ejecutados por quien posea las condiciones para efectivizar más y mejor el derecho a la salud, lo que podrá justificar el ejercicio excepcional de alguna competencia de la asistencia a la salud por el Estado, o también por la Unión, ante las circunstancias específicas de la realidad.

El principio de la integralidad de atención determina que la cobertura ofrecida por el SUS debe ser lo más amplia posible, lo que evidentemente no aparta la existencia de ciertos límites, sobre todo técnicos, como se verá más adelante. Lo que en este momento cabe señalar es la incidencia directa, en este campo, de los principios de la precaución y de la prevención<sup>45</sup>, a su

---

en: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sistema\\_saude.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sistema_saude.pdf), acceso el 25-05-2008, p. 39.

43 VIEIRA, F. S.; MENDES, A. C. R. “Evolución de los Gastos del Ministerio de Salud con los Medicamentos”. En: [http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/estudo\\_gasto\\_medicamentos.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/estudo_gasto_medicamentos.pdf), acceso el 24-05-2008, pp. 06-08.

44 SCHWARTZ, G. A. D., *op. cit.*, p. 108.

45 Oportuna, aquí, la sintética distinción propuesta por CASAUX-LABRUNÉE, L. con relación a los dos principios: en cuanto a la precaución con miras a limitar los riesgos aún hipotéticos o potenciales, el principio de la prevención se junta al del control de los riesgos ya verificados, siendo principios, por tanto, complementarios.

vez ligados umbilicalmente a las nociones de eficacia y seguridad, determinando la prioridad de las actividades preventivas, tanto en el sentido más restringido de las acciones de medicina preventiva, como, en un sentido más amplio, respaldando las acciones de vigilancia y policía sanitaria, así como las medidas dirigidas a la prestación del saneamiento básico y la garantía de un ambiente sano y equilibrado. De modo similar, también refuerzan los principios de la razonabilidad y de la eficiencia (pero, no, bajo una óptica economicista y utilitarista) pues un tratamiento cuya eficiencia no sea comprobada, o que acarree serios riesgos a la salud de la colectividad, no se puede considerar razonable, por ejemplo. Por otro lado, la integralidad de la atención refleja la idea de que las acciones y los servicios de salud deben ser tomados como un todo, armónico y continuo, de modo que sean simultáneamente articulados e integrados en todos los aspectos (individual y colectivo; preventivo, curativo y promocional; local, regional y nacional) y niveles de complejidad del SUS<sup>46</sup>, característica vinculada a la unidad del sistema, especialmente en cuanto al planeamiento.

Además de ello, el SUS se caracteriza por la participación directa e indirecta de la comunidad, tanto en lo que respecta a la definición, cuanto en lo relativo al control social de las acciones y políticas de la salud. Esas participaciones se viabilizan por medio de dos representantes de la sociedad civil en las sucesivas Conferencias de Salud, que tienen competencia para hacer propuestas a las políticas de salud en cada uno de los niveles de la federación (cuyo modelo más relevante viene siendo la VIII Conferencia Nacional de Salud, aún antes de 1988); ante los Consejos de Salud, que actúan en la planeación y control del SUS, incluido el financiamiento del sistema, así como en la viabilización de un canal para la participación popular, con el análisis de propuestas y denuncias; y, aún, en el ámbito de las agencias reguladoras (Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria –ANVISA, Cámara de Salud Suplementaria de la Agencia Nacional de Salud Suplementaria– ANS, Consejo Nacional del Medio Ambiente –CONAMA, etc.). Se trata de la densificación de una dimensión especial de los derechos fundamentales, que, en el contexto de los derechos a prestaciones en sentido amplio, actúan como de-

46 En este sentido, cf. SCHWARTZ, G. A. D., *op. cit.*, p. 108; y PAULIT, L. T. S.; ARTUS, S. C.; BALBINOT, R. A. "La Perspectiva del Proceso Salud/Enfermedad en la Promoción de la Salud de la Población". En: *Revista de Derecho Sanitario*, v. 4, n. 3, p. 32, nov. 2003.

rechos de participación en la organización y en el procedimiento, evidenciando la faceta democrático-participativa, *in casu*, del derecho a la salud, a retomar la idea de un *status activus processualis*, defendida tal cual, desde hace mucho, por Peter Häberle<sup>47</sup>. Por medio de la participación directa (aunque admitidas limitaciones eventuales de orden concreto), la Constitución asegura que los propios individuos interactúan en el proceso de definición de las políticas públicas de salud, interviniendo sobre lo que será la efectución de ese derecho fundamental, más allá de ejercer posteriormente el control social sobre esas mismas acciones.

### 3.3. La asistencia a la salud prestada por la iniciativa privada: la salud suplementaria

Además de la asistencia a la salud prestada por los agentes públicos, la Constitución prevé la posibilidad y define los principios mediante los cuales se da la participación de la iniciativa privada en la asistencia a la salud. Básicamente hay dos formas de prestación privada de los servicios y acciones de salud: la participación complementaria, mediante convenio o contrato de derecho público firmado con el SUS, siendo privilegiadas las entidades filantrópicas y aquellas sin fines de lucro; y la así designada “salud suplementaria”, en que la asistencia es directamente prestada por las operadoras de planes y seguros de salud, a partir de la contratación por parte del interesado en la obtención de los servicios, regulada por la Ley N° 9.656/98 y en conformidad a las directrices (y fiscalización) de la Agencia Nacional de Salud Suplementaria (ANS)<sup>48</sup>. Se constata desde luego que la primera hipótesis implica una actividad delegada a la iniciativa privada (salvo la participación de empresas o capitales extranjeros), que actúa en lugar de la Administración

47 Sobre los derechos de participación en la organización y procedimiento, v. SARLER, I. W., *La eficacia de los Derechos Fundamentales*, p. 211 y ss.

48 Vinculada a la ANS, funciona la Cámara de Salud Suplementaria, órgano de carácter consultivo, del cual participan representantes del poder público, de las operadoras de salud y de la sociedad civil, como entidades de clase, asociaciones, sindicatos, etc. (Ley N° 9.961/2000, art. 5°, párrafo único, y art. 13). Para informaciones sobre su actual composición, acceder: [http://www.ans.gov.br/portall/sitel/instanciaiparticipacao/composicao\\_css.asp](http://www.ans.gov.br/portall/sitel/instanciaiparticipacao/composicao_css.asp). En términos dogmáticos, se trata del derecho a la salud en su dimensión de derecho a la participación en las organizaciones públicas, creado precisamente para posibilitar que sea adecuadamente efectuado y protegido.

Pública, pero sujeta a los límites y directrices establecidos en el convenio o contrato administrativo (estando prohibido, aun así, el destinarse recursos para auxilios o subvenciones a instituciones privadas con fines de lucro), y sometida, por tanto, a los principios corrientes del derecho administrativo, inclusive en lo que se refiere a la eventual responsabilización en la forma del Artículo 37, § 6º, de la CF<sup>49</sup>. De distinta manera, la asistencia a la salud establecida en consecuencia de contrato privado, firmado entre la persona (individual o colectivamente<sup>50</sup>) y la operadora de plan o seguro de salud, no se somete al mismo reglamento sin restricciones –lo que no significa que el tema no merezca mayor profundización, sobre todo en función de la protección a los derechos a la vida y a la salud<sup>51</sup>–, ya que inciden principios como la autonomía de las partes, inclusive para justificar, *contrario sensu*, el reconocimiento de una libertad (fundamental) de no-contratación, en el sentido de que nadie pueda ser obligado a afiliarse al sistema de salud suplementaria. Además de ello, queda la asistencia prestada directamente por los profesionales de la salud, mediante consulta o examen pago por el propio interesado, sujeta al reglamento común de los prestadores de servicios, especialmente al Código de Defensa del Consumidor (Ley N° 8.078/90), y las exigencias de la vigilancia sanitaria.

En el ámbito de la participación de la iniciativa privada, es en la salud suplementaria donde ciertamente se encuentran las mayores controversias, inclusive en términos jurisprudenciales, destacándose el papel del Estado

49 En este sentido, cf. GREGORI, M. S. Planes de Salud: la óptica de la protección del consumidor. Sao Paulo: Revista de los Tribunales, 2007, pp. 28 y 32-33.

50 *Ibidem*, pp. 145 e ss.

51 Como recuerda Roberto Augusto Pfeiffer, la asistencia prestada por las operadoras de planes y seguros de salud no pierde el carácter de “servicio de relevancia pública”, determinado por el artículo 197 de la CF (PFEIFFER, R. A. C. “Cláusulas Relativas a la Cobertura de Enfermedades, Tratamientos de Urgencia y Emergencia y Carencias”. En: MARQUES, C. L.; LOPES, J. R. de L.; PFEIFFER, R. A. C. [orgs.] *Salud y Responsabilidad: seguros y planes de asistencia privada a la salud*. Sao Paulo: Revista de los Tribunales, 1999, p. 73). Se encuentra ejemplo de restricción en los artículos 30 y 31 de la Ley N° 9.656/98, que crean reglas sobre la manutención de los planes o seguros de salud colectivos, no dejando en el desamparo a los empleados despedidos sin justa causa y a los jubilados. Para mayor profundización, cf. PASQUALOTO, A. “La Reglamentación de los Planes y Seguros de Asistencia a la salud: una interpretación constructiva”. En: MARQUES, C. L.; LOPES, J. R. de L.; PFEIFFER, R. A. C. (orgs.) *Salud y Responsabilidad: seguros y planes de asistencia privada en Salud*. Sao Paulo: Revista de los Tribunales, 1999, pp. 55 y ss.

en el cumplimiento de los deberes de protección derivados de las normas constitucionales, tanto en el sentido de un deber genérico de tutela de la persona y de la sociedad, cuanto en la concreción de imperativos de tutela más específicos, como en el caso de la protección del consumidor (CF, Art. 5° XXXII) y de la protección de la salud (CF, Art. 196). Eso porque la salud suplementaria se caracteriza, entre otros, por una asimilación del usuario del plan o seguro de salud al consumidor y, con ello, por la transposición de la tutela protectora<sup>52</sup>, asegurada por la intervención directa del Estado en el mercado de la asistencia a la salud<sup>53</sup> (dirigismo contractual<sup>54</sup>), cuya necesidad se agrava por la naturaleza indisponible del bien que constituye la finalidad del propio contrato<sup>55</sup>, que es, asegurar todo el trata-

52 Cf. GREGORI, M. S., *op. cit.*, pp. 99 y ss. Otrosí, como refiere Cláudia Lima Marques, los Artículos 3° y 35°, § 2° (antigua redacción) de la Ley N° 9.656/98 determinan la aplicación conjunta del Código de Defensa del Consumidor (Ley N° 8.078/90) para la disciplina jurídica de los llamados “nuevos contratos; en cuanto a los contratos “antiguos”, esto es, firmados antes de la Ley N° 9.656/98, la jurisprudencia es unisona en reiterar que solamente es aplicable el Código de Defensa del Consumidor, sustentando la noble jurista, con todo, que esa aplicación se debe dar a partir de una interpretación teleológica y renovada, en que los principios protectivos de la Ley N° 9656/98 iluminen la interpretación de los principios generales de protección establecidos por la Ley N° 8.078/90, en un verdadero “diálogo de las fuentes” (expresión de Eric Jayme): “[e]n verdad, es apenas una luz nueva para rellenar la norma antes existente y evitar el conflicto, con la opción constitucional por el valor más alto en conflicto en esta antinomia. Nunca está demás recordar que el Código de Defensa del Consumidor tiene origen constitucional y que, en caso de antinomia, la opción debe valorarlo jerárquicamente, pues es derecho fundamental del brasilero la protección de sus derechos como consumidor.” Cf. MARQUES, C. L. “Conflicto de Leyes en el Tiempo y Derecho Adquirido de los Consumidores de Planes y Seguros de Salud”. En : MARQUES, C. L.; LOPES, J. R. de L.; PFEIFFER, R. A. C. (orgs.) *Salud y Responsabilidad: seguros y planes de asistencia privada a la salud*. Sao Paulo: Revista de los Tribunales, 1999, pp. 117-119.

53 Como recuerda María Stella Gregori, “[la] regulación [...] es un trabajo continuo [...] principalmente cuando está en juego un intrincado conflicto de valores antagónicos, en que, de un lado, está la operación económica, cuyo equilibrio debe ser preservado como medio de asegurar la utilidad de la prestación a la asistencia a la salud contractualmente prometida y, de otro, está el interés material del consumidor en la preservación de su salud”, *op. cit.*, pp. 16.

54 La expresión es apuntada corrientemente por la doctrina, citándose, por todos, PASQUALOTO, A. A., *op. cit.*, pp. 46 y ss.

55 En este sentido, Andrea Lazzarini y Flavia Lefèbre son categóricas: “[n]o hay como negar que los contratos de asistencia médica representan intereses sociales, pues regulan las relaciones entre la iniciativa privada y la sociedad, disponiendo sobre derechos protegidos por la Constitución Federal en los dispositivos que tienen por objetivo garantizar valores sociales fundamentales, y, por eso, exi-

miento posible, con miras a la mantención o recuperación de la salud del individuo, que busca el plan o seguro de salud, en la hipótesis de ocurrencia del evento<sup>56</sup>. Con razón esclarece la doctrina que la base de esos contratos está en la necesidad de prestación (si fuera necesaria o no), y no en la forma como se da el cumplimiento de la obligación de la asistencia asumida (calidad, seguridad y adecuación del tratamiento). No se trata así, de medio de obligación, sino de obligación de resultado: brindar asistencia adecuada y la protección y/o recuperación de la salud del usuario del plan o servicio de salud<sup>57</sup>.

La interpretación de las cláusulas contractuales sigue, en términos generales, las normas de la legislación consumista, debiéndose citar que la vulnerabilidad del usuario, en este caso, envuelve por lo menos dos aspectos: a) la situación personal e individual del beneficiario ya que la salud constituye condición para el ejercicio pleno de la autonomía individual y para el disfrute de los demás derechos, además de incluirse en un patrón mínimo (mínimo existencial) de una vida digna y con cierta calidad; b) la vulnerabilidad derivada de la posición ocupada por el individuo en los contratos de planes y seguros de salud: contratos cautivos de larga duración, en la medida en que se desarrollan por un período muy largo en el tiempo, generando expectativas y dependencia por parte del usuario y sometiéndose, en no raras veces, a sucesivos reglamentos legales, en la precisa lección de Clau-

---

gen una intervención efectiva del Estado para que la consagración de la Ley mayor ocurra.” Cf. LAZZARINI, A.; LEFÈVRE, F. “Análisis sobre la Posibilidad de Alteraciones Unilaterales del Contrato y Desacreditación de Instituciones y Profesionales de la Red Convenida”. En: MARQUES, C. L.; LOPES, J. R. de L.; PFEIFFER, R. A. C. (orgs.) *Salud y Responsabilidad: seguros y planes de asistencia privada en salud*. Sao Paulo: Revista de los Tribunales, 1999, p. 105. En sentido similar, Rodolfo Arango afirma que “el contrato de salud no es un simple contrato privado, en el cual la autonomía de la voluntad privada sea el factor determinante, si no que tiene además un carácter público debido a su objeto, razón por la cual el Estado se ve llamado a intervenir en la libertad de un ámbito tradicionalmente privado. [...] La salud [...] es un derecho constitucional y un objetivo público que trasciende los límites del contrato privado entre beneficiario y entidad aseguradora”. En: “El derecho a la Salud en la Jurisprudencia Constitucional Colombiana”, *op. cit.*, pp. 736 y 753.

56 Adalberto Pascualoto resume la cuestión: “[el] proveedor debe asegurar la efectividad de la asistencia, independientemente del éxito del tratamiento. Para el asegurado, el crédito debe ser cierto, desde que ocurre el hecho aleatorio.” *Op. cit.*, pp. 48.

57 En este sentido, cf. PASCUALOTO, A., *Ibidem*; y MARQUES, C. L., *op. cit.*, p. 125.

dia Lima Marques<sup>58</sup>. Por estas razones, importa reconocer la incidencia de un sistema de tutela reforzada del usuario-consumidor-paciente, derivadas de la convergencia de los deberes específicos jusfundamentales de protección del consumidor (C, Art. 5° XXXII) y de protección de la salud (CF, Art. 196), al determinar la aplicación conjunta del derecho a la salud y de la protección del consumidor. Recuérdesse que los servicios de salud, aun los prestados por la iniciativa privada y aún bajo formas de contratos, no pierden el carácter de “relevancia pública” que les atribuyó la constituyente (CF, Art. 197), sin ninguna duda de que la interpretación de las cláusulas contractuales, así como el examen acerca de la responsabilidad por la ejecución adecuada de los servicios de salud deben someterse, por tanto, a la doble incidencia de la protección fundamental del consumidor y del titular del derecho a la salud.

Además de ello, aquí inciden las normas de tutela que aseguran el derecho (y deber) de información, la inversión de la carga de la prueba, la protección contra las cláusulas abusivas, la vigencia de la objetiva buena fe como *standard* de conducta de las partes, la protección contra la enorme lesión y contra la alteración de la base del negocio jurídico, inclusive por la aplicación de la cláusula *rebus sic standibus*, cuando fuera necesaria<sup>59</sup>. El carácter doblemente indisponible del derecho en causa, consumidor y salud, aún se basa en la actuación del Ministerio Público, de las asociaciones de clase y de entidades de la sociedad civil en la defensa de una dimensión colectiva y difusa del derecho a la salud y del propio derecho del consumidor, a partir de ahí configurada. En términos jurisprudenciales, es visible la tendencia de mitigación de la autonomía contractual a favor de la tutela del usuario-consumidor, imponiéndose operadoras de planes y seguros de salud en una serie e deberes destinados a la plena asistencia a la salud de los asegurados, como cuestiones relacionadas a la extensión de la cobertura de los contratos, a los períodos de carencia, a la mantención del equilibrio económico-financiero (especialmente en cuanto al reajuste de las mensualidades), entre otros, inclusive con la anulación judicial, por abuso (Ley N° 8.078/90, Art. 51), de cláusulas contractuales<sup>60</sup>.

58 Cf. MARQUES, C. L., *op. cit.*, especialmente pp. 117-118.

59 En sentido similar, v. GREGORI, M. S., *op. cit.*, pp. 97 y ss.

60 En el ámbito del Tribunal Superior de Justicia, la Sumilla N° 302 enuncia: “[es] abusiva la cláusula contractual del plan de salud que limita el tiempo de la internación hospitalaria del asegurado”. A



### 3.4. La relevancia pública de los servicios y acciones de salud

La explicación constitucional de que las acciones y los servicios de salud son de “relevancia pública” es resultado, como muchas de las demás normas constitucionales sobre el SUS, de las reivindicaciones del Movimiento de Reforma Sanitaria, que buscaban la superación de un modelo considerado “desestatizante, curativo y centralizador”<sup>61</sup>. El texto constitucional acentúa el carácter indisponible del objeto de la tutela constitucional, efectuada en términos de derecho subjetivo, individual y colectivo, es, en una dimensión objetiva, en la condición de la garantía institucional consubstanciada en sí misma en el SUS, sin perjuicio de otros desdoblamientos. Más allá de ello, la relevancia pública de los servicios y acciones de salud autoriza la interpretación extensiva que viene dando la jurisprudencia, en el sentido de la afirmación de la legitimidad del Ministerio Público para la intervención en la defensa del derecho a la salud, inclusive en cuanto a medidas juzgadas en pro de un único beneficiario.

Por otra parte, la relevancia pública de las acciones y de los servicios de salud, derivadas del carácter indisponible del derecho fundamental y de los valores que velan por proteger (vida, dignidad, integridad física y psíquica adecuadas condiciones de vida y de desarrollo de la persona, medio ambiente saludable y equilibrado, entre otros) incide como parámetro de modelado y (re)adecuación de las relaciones privadas, como de aquellas concernientes a

---

título ilustrativo, compárese los siguientes precedentes: REsp N° 469.911/SP, DJ 10-03-2008 (abuso de la cláusula que limitaba el tiempo de internación en UTI); AgRgAg n° 973.265/SP, DJ 17-03-2008 (ilícitud en la restricción de la cobertura a enfermedad preexistente, en miras a la buena fe de la consumidora y a la no exigencia, por parte de la aseguradora, de realización de examen previo); AgRgAg n° 704.614, DJ 19-11-2007 (juzgada abusiva la cláusula contractual que excluía de la cobertura la realización de trasplante para el consumidor que declaró previamente sufrir de enfisema pulmonar); REsp N° 993.876/DF, DJ 18-12-2007 (es causa de indemnización por daños morales la negativa indebida a la cobertura médica, “ya que agrava la situación de aflicción psicológica y de angustia” del asegurado); REsp N° 466.667/SP, DJ 17-12-2007 (considerada abusiva la aplicación de cláusula de carencia ante la situación de urgencia, por la ocurrencia de enfermedad sorprendente y grave).

61 Cf. Barjas Negri, con referencias a la doctrina. En: BRASIL, Ministerio de Salud. “La Política de Salud en Brasil en los años 90\_ avances y límites”. Brasília: Ministerio de Salud, 2002, p. 07. Disponible en: <http://dtr2001.saude.gov.br/editorial/produtos/livros/genero/livros.htm>, acceso el 25-05-2008.

la explotación de recursos naturales y a la producción de bienes (con destaque en el permiso ambiental y urbano, en conjunto con las normas del derecho ambiental), así como de las actividades propiamente establecidas en el sector de la salud, en especial en lo que concierne a los planes y seguros privados, fundamentando el aislamiento de cláusulas contractuales abusivas (oportunidad en que dialoga con el derecho del consumidor) y dando respuesta al intrincado problema de la solución de continuidad de los servicios de salud, ya que, aunque la asistencia sea prestada por particular, no pierde el carácter público que le es inherente, justificando la imposición de obligaciones típicas del régimen de derecho público.

Finalmente, en lo que respecta a la reglamentación, la fiscalización y el control de las acciones y de los servicios de salud, explicita el dispositivo constitucional que se trata de una actividad a ser ejercida por el Estado, como medida de policía sanitaria y, por ello, función típica estatal. En verdad, se trata de la amplia gama de actividades desarrolladas por el Sistema Nacional de Vigilancia Sanitaria (SNVS)<sup>62</sup>, que abarca, entre otros, la fiscalización de fronteras, el control y registro de sustancias diversas (medicamentos, drogas, insumos farmacéuticos y derivados, cosméticos, colorantes, remedios, etc.) y hasta medidas de cuño protector más directo, como la intervención sobre la regulación de precios en el mercado de medicamentos<sup>63</sup>. En una apretada síntesis, se puede decir que tales actividades concretizan diferentes dimensiones del deber fundamental de la protección y promoción de la salud, impuesto al Estado en la condición de imperativo de tutela y, también por eso, sujeto a los controles de proporcionalidad, especialmente operando como prohibición del exceso y de insuficiencia, más allá de los deberes vinculantes de eficiencia (CF, Art. 37, *caput*), también por parte del Poder Judicial.

62 Creado por la Ley N° 9.782, del 26 de enero de 1999.

63 En este sentido, merece referencia la Ley N° 10.742, del 06 de octubre de 2003, que creó la Cámara de Regulación del Mercado de Medicamentos (CEMED); así como la Ley N° 9.787, del 10 de febrero de 1999, que además de ser instituido el uso de la Denominación Común Brasileira (DCB) y de la Denominación Común Internacional (DCI), o sea, la identificación de los fármacos o de los principios farmacológicamente activos aprobada por la vigilancia sanitaria o recomendada por la OMS, respectivamente, estableció los conceptos de medicamento similar, medicamento genérico y medicamento de referencia y, de otra parte, de bioequivalencia y biodisponibilidad, necesarios estos últimos para la aprobación y el registro de nuevos medicamentos.

#### 4. La exigibilidad del derecho fundamental a la salud como derecho subjetivo: límites, posibilidades y la búsqueda de criterios seguros para orientar la intervención judicial

En los 20 años transcurridos desde la promulgación de la Constitución Federal de 1988 la discusión no dejó de ser polémica en torno de los límites y de las posibilidades de exigibilidad<sup>64</sup> del derecho a la salud, a nivel administrativo o judicial, especialmente en la condición de derecho subjetivo<sup>65</sup> oponible, individual y colectivamente, al Estado y a los particulares. Tal hecho deviene de muchas circunstancias. El carácter abierto, y, de cierta manera, programático, de los Artículos 6° y 196 de la CF, permite la abertura y permanente actualización del contenido y, por tanto, de la tutela ofrecida por las normas constitucionales y legales, genera también conflictos en ese proceso de integración práctica y tópica, especialmente en lo que concierne a la definición concreta del objeto que estaría albergado por la protección o por el deber de prestación jusfundamental.

Además de ello, el reconocimiento de la existencia de una dimensión económicamente relevante de los derechos fundamentales, que más fuertemente se evidencia en los derechos sociales y se intensifica aún más cuando son pleiteados bajo la forma de derechos a prestaciones materiales, impone la discusión (de los criterios) de las decisiones sobre el destino de los recursos públicos, sea porque son diversos los derechos, intereses y bienes a ser tutelados, sea porque de ello resulta la ponderación entre diferentes principios constitucionales, explícitos e implícitos, especialmente aquellos a partir de los cuales se estructura el SUS, no es raro el resultar en la discusión de los límites y restricciones del derecho a la salud considerado concretamente. Al mismo tiempo, aun esa misma relevancia económica justifica, de un lado, el cumplimiento de los deberes de información y transparencia, a modo de

64 Cf. SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F., *op. cit.*; y FIGUEIREDO, M. F., *op. cit.*, donde son analizados algunos de los parámetros mínimos de garantía del derecho a la salud en oposición a las objeciones pasibles de incidencia en la cuestión de la exigibilidad judicial de ese mismo derecho.

65 Sustentando la insuficiencia del modelo jurídico del derecho subjetivo como instrumento para la tutela del derecho a la salud, cf. LIMA, R. S. de F. "Derecho a la salud y criterios de aplicación". En: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (org.) *Derechos Fundamentales: presupuesto y "reserva de lo posible"*. Porto Alegre: Librería del Abogado, 2008, pp. 11-53 (especialmente pp. 42-49).

evaluar la distribución y la adecuada aplicación de los recursos públicos, en atención a las directrices específicas del SUS y a los objetivos fundamentales de la República, por el control político y social sobre el presupuesto y la eficiencia de las políticas públicas, según criterios de racionalidad y proporcionalidad, en el doble sentido de la prohibición del exceso y de la insuficiencia; y, por otra parte, es contrastada con la garantía fundamental de protección del mínimo existencial, en el sentido de salvaguarda de las condiciones materiales mínimas a la vida con dignidad y cierta calidad, que permita el desarrollo personal y el disfrute de los demás derechos fundamentales, sociales o no.

En este sentido, el Poder Judicial ha sido llamado cada vez más para arbitrar la solución de los innumerables conflictos concretos sobre el derecho a la salud y, no ha podido responder con el *non liquet*, amplió sus hipótesis de intervención directa al control, inclusive sobre las políticas públicas, pudiéndose, incluso hablar, en hipótesis más extremas, de una hipertrofia jurisdiccional en este campo, lo que hoy ha sido substituido por la búsqueda de criterios prácticos y objetivos para la comparación de las pretensiones formuladas, en un claro rescate del sentido de la noción de *jurisprudencia*, con destaque en el diálogo interdisciplinario (principios de la Bioética, “medicina de evidencias”, criterios para el uso racional de medicamentos).

#### **4.1. Las diferentes posiciones jurídico-subjetivas derivadas del derecho fundamental a la salud y el problema de su realización ante la así denominada “reserva de lo posible”**

Como ya se ha referido, el derecho a la (protección y promoción de la) salud engloba una gama de posiciones jurídico-subjetivas de diversa naturaleza (derechos de defensa, derechos a la protección, derechos a la organización y procedimiento, derechos a las prestaciones materiales, cuyas peculiaridades repercuten sobre la efectividad que se les puede reconocer. En este contexto, vale recordar la distinción entre derechos originarios y derechos derivados a las prestaciones, centrada en la posibilidad de exigibilidad del objeto asegurado por la norma del derecho fundamental a partir de la aplicación directa de la norma constitucional (derechos originarios), o mediada por la legislación ordinaria y/o por un sistema de políticas públicas ya implementado,

como derecho de (igual) acceso a las prestaciones ya disponibles, quiere decir, a prestaciones cuyo proveedor ya está previsto en la esfera infraconstitucional (derechos derivados)<sup>66</sup>. En el caso del derecho a la salud, está presente el cuadro predominante en la doctrina y en la jurisprudencia patrias, no se constata mayores problemas en cuanto al reconocimiento de su eficacia y efectividad como derecho de defensa, al cohibir interferencias indebidas en la salud de las personas, individual y colectivamente consideradas, y, paralelamente, en el ámbito de la dimensión protectora, sea por la imposición de un deber general de respeto a la salud personal y pública, por parte del Estado y de los particulares, como pauta de conducta (estándar) a ser observada, sea por la imposición de un deber de mínima aplicación razonable de los recursos presupuestarios, como está prescrito en el texto constitucional. Ya la efectucción de la dimensión prestacional *lato sensu* del derecho a la salud, en lo que respecta a la garantía de la organización de las instituciones y procedimientos, parece dependiente de los actos normativos conformadores, y, por tanto, primordialmente ocurre de modo derivado, remitiendo la discusión en torno a los instrumentos de control de las omisiones inconstitucionales, en términos de inexistencia o de manifiesta insuficiencia de las medidas de concretización del derecho a la salud, con destaque del papel del Supremo Tribunal Federal en esta materia (acción directa de inconstitucionalidad por omisión y mandato de no forzar). En función de ello, se torna mucho más difícil hablar de un típico derecho subjetivo originario a las prestaciones de cuño normativo, con la excepción, tal vez, apenas de los deberes de organización procedimiento necesarios a la operacionalización del propio SUS, una vez protegido como garantía institucional fundamental, que se impone como imperativos de tutela al Estado.

Es ciertamente en la condición del derecho a las prestaciones materiales, por tanto, que el derecho a la salud suscita las mayores controversias. Retomando lo ya expuesto, hay un problema en la definición más precisa del contenido de las prestaciones, siendo insuficientes las referencias constitucionales a las nociones de cura, prevención o promoción (Art. 196), así como a un imperativo genérico de “integralidad” (Art. 198, II). Las dificultades que de

66 Para mayor profundización, cf. SARLET, I. W., *La Eficacia de los Derechos Fundamentales*, pp. 318 y ss. Específicamente en cuanto al derecho a la salud, cf. FIGUEIREDO, M. F., *op. cit.*, pp. 87 y ss.

ello resultan se evidencian en la práctica, principalmente en los casos-límite relacionados al derecho a la salud, de tal suerte que la solución judicial de esas cuestiones, así sean alcanzadas, no deja de presentar un cuestionable efecto y hasta perverso, en el sentido de asegurar el derecho apenas a aquellos que posean los medios de acceso al Poder Judicial<sup>67</sup>, hecho que, a su vez, revela la relevancia de la concretización de la dimensión organizativa y de procedimientos de los derechos fundamentales<sup>68</sup> y, de manera especial, del derecho a la salud. En función de ello, ya hay autores<sup>69</sup> sustentando una prevalencia necesaria de las acciones de carácter colectivo, muchas veces bajo la acepción de “políticas públicas”, en detrimento de los procesos judiciales

67 Resaltando el carácter no igualitario de las decisiones judiciales que conceden derechos sociales, cf. LOPES, J. R. de L. En torno de la “reserva de lo posible”. En SARLET, I. W.; TIMM, L. B., *op. cit.*, p. 173-193 (especialmente pp. 186 y ss). En la misma obra colectiva, comparar: LUPION, R. “El derecho fundamental a la salud y el principio de la impersonalidad”, pp. 352-353; y, abordando el tema a partir del prisma “micro-justicia x macro-justicia”, para sobresaltar que ésta no existe sin aquella, BARCELLOS, A. P. de. “Constitucionalización de las políticas públicas en materia de derechos fundamentales: el control político-social y el control jurídico en el espacio democrático”, pp. 111-147, más especialmente p. 139. Comparar, también, SARLET, I. W. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, pp. 374-375, con algunas ponderaciones sobre la cuestión del acceso a la justicia.

68 Sobre el tema, cf. FIGUEIREDO, M. F., *op. cit.*, p. 91, con remisión a Canotilho.

69 A título ilustrativo, compárese algunos de los ensayos publicados en SARLET, I. W.; TIMM, L. B., *op. cit.*, sobretodo: TIMM, L. B.. “¿Cuál es la más eficiente manera de proveer derechos fundamentales: una perspectiva de derecho y economía?”, pp. 55-68; SCAFF, F. F. “Sentencias aditivas, derechos sociales y reserva de lo posible”, pp. 149-172 (el autor contrapone la efectucción individual del derecho a la salud a las políticas públicas); LOPES, J. R. de L. “En torno de la reserva de lo posible”, pp. 173-193 (en especial pp. 191 y ss., en que el autor contrasta la efectucción individual del derecho a la salud con el principio de la igualdad); e LIMA, R. S. de F. “Derecho a la salud y criterios de aplicación”, *op. cit.*, pp. 265-283 (ver pp. 275-279, defendiendo la insuficiencia del modelo teórico del derecho subjetivo para la efectucción del derecho a la salud como “relación de justicia social”). En sentido similar, y conforme a lo ya referido anteriormente: BARROSO, L. R. “De la falta de efectividad a la judicialización excesiva: derecho a la salud, suministro gratuito de medicamentos y parámetros para la actuación judicial”, *op. cit.*, pp. 31-61. También: SOUZA NETO, C. P. de., *op. cit.*, pp. 515-551; SARMENTO, D., p. 553-586; BARCELLOS, A. P. de. “El Derecho a las Prestaciones en Salud: Complejidades, Mínimo Existencial y el Valor de los Abordajes Colectivo y Abstracto”, *op. cit.*, pp. 803-826; y HENRIQUES, F. V. *op. cit.*, pp. 827-858. En el mismo sentido, pero a partir del análisis de datos estadísticos recogidos de la realidad de pacientes de la ciudad de Sao Paulo, consultar SILVA, V. A.; TERRAZAS, F. V. “Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded”, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1133620>, consulta el 19-06-2008.

de cuño individual, con el argumento de que estos últimos no consistirían del medio adecuado a la postulación de prestaciones materiales relacionadas al derecho a la salud, pues inviabilizan decisiones de “macro-justicia”. Con todo el respeto a la fundamentación en que se basa tal posicionamiento, no se puede dejar de recordar que el derecho a la salud es ante todo (y también), un derecho de cada persona, en vista que está íntimamente ligado a la protección de la vida, de la integridad física y corporal y de la propia dignidad inherente a cada ser humano considerado como tal. Eso significa que, a pesar de la dimensión colectiva y difusa de que se pueda revestir, el derecho a la salud, inclusive cuando es exigido como derecho a prestaciones materiales, jamás podrá dejar de considerar la tutela personal e individual que le es inherente e inapartable. Por otro lado, tales concepciones dejan de ponderar que el acceso a la jurisdicción, allí comprendida como jurisdicción eficiente y plena, es también asegurado como garantía constitucional fundamental (Art. 5º, XXXV), motivo por lo cual no se puede concordar con la tesis que refuta, en términos absolutos, la judicialización de las demandas por prestaciones materiales de carácter individual en el ámbito de la concreción del derecho a la salud<sup>70</sup>. Una vez más, se refuerza la necesidad de investigación y análisis más profundo de las dimensiones organizativas y de procedimientos del derecho a la salud, en la búsqueda de mejores soluciones para las dificultades de operacionalización práctica de ese derecho, sobre todo como derecho a prestaciones materiales.

Por otra parte, se tiene el problema de la limitación de los recursos públicos (y privados) para asegurar el derecho fundamental a la salud, que envuelve la cuestión de la llamada “reserva de lo posible”<sup>71</sup> y el debate sobre las decisiones acerca del destino de los recursos públicos. Cabe destacar que el argumento de reserva de lo posible se desdobra por lo menos en dos aspectos: primero, de contornos eminentemente fácticos, y otro, de cuño prevalente-

70 Enfocando la problemática del derecho subjetivo, cf. MELLO, C. A. “Los derechos fundamentales sociales y el concepto del derecho subjetivo”. En: MELLO, C. A. (coord.) *Los Desafíos de los Derechos Sociales*. Porto Alegre: Librería del Abogado, pp. 105-138. En la misma obra colectiva, consultar también: BARZOTTO, L. F. “Los derechos humanos como derechos subjetivos: de la dogmática jurídica a la ética”, pp. 47-88, presentando propuesta aún más restrictiva y adversa, en términos generales, a la titularidad individual.

71 Sobre la reserva de lo posible y el derecho a la salud, cf. SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F., *op. cit.*, pp. 11-53; y FIGUEIREDO, M. F., *op. cit.*, pp. 131-177.

mente jurídico. El aspecto fáctico presenta carácter económico y se reporta la noción de limitación de los recursos disponibles, reflejando la indagación sobre la existencia, la disponibilidad y el destino de los recursos públicos, no sólo en un sentido financiero-presupuestario, si no de los propios recursos de salud. No se trata, por tanto, solo de las restricciones presupuestales, sino del cuestionamiento acerca de la limitación de los recursos sanitarios, restrictos a la existencia y a la disponibilidad, v. gr., de profesionales especializados, de camas en Centros y Unidades de Tratamiento Intensivo (CTI's/UTI's), de su infraestructura en equipos para tratamientos y exámenes, así como, en el límite, de la efectiva ausencia de reservas financieras<sup>72</sup>.

El aspecto jurídico ya habla respecto a la capacidad (o al poder) de disposición sobre tales recursos y sobrepasa la interpretación de las normas constitucionales de reparto de competencias, presuponiendo la ponderación entre varios principios constitucionales de igual jerarquía axiológica. De modo sucinto, se confrontan los argumentos de la inviabilidad de proceder al control judicial de las políticas públicas, en especial en lo que concierne a la decisión sobre la ubicación de los recursos públicos (con especial énfasis para el principio constitucional de la separación de los Poderes, previsto en el Art. 2°), y la garantía fundamental de no alejamiento de la jurisdicción (Art. 5°, XXXV), que impide al magistrado de responder con el *non liquet* y, por lo menos en lo que toca a la garantía del mínimo existencial, viene respaldando reiteradamente decisiones judiciales de garantía de tutela originaria del derecho la salud. En lo que cabe al principio federativo (Arts. 1° y 18), la reserva de lo posible se relaciona esencialmente a las nociones de descentralización, regionalización y jerarquización de las acciones y de los servicios de salud (Art. 198), que se densifican por la distribución constitucional de competencias legislativas y ejecutivas (Art. 11 y sigs.) y enfatizan, al final, la preferencia por soluciones consensuadas con los principios de la subsidiariedad, de la eficiencia y de la proporcionalidad, ante las características del caso concreto y teniendo por objetivo, al final, atribuir la responsabilidad al ente que detenta las mejores condiciones de realizar el derecho a la salud.

72 Resaltando el problema de la escasez de los recursos de salud, cf. AMARAL, G.; MELO, D. “¿Hay derechos por encima de los presupuestos?” En: SARLET, I. W.; TIMM, L. B., *op. cit.*, pp. 98.



Dentro de este cuadro, cabe referir que se nota una fuerte tendencia jurisprudencial y doctrinaria en el sentido de reconocimiento de posiciones subjetivas, inclusive originarias, derivadas del derecho a la salud en la condición de derecho a prestaciones materiales, sea en las hipótesis de inminente riesgo para la vida humana —como, también, ampliamente reconocido en el derecho extranjero<sup>73</sup>—, sea en aquellas en que la prestación pueda ser reconducida a la noción de mínimo existencial<sup>74</sup>, esto es, la garantía de condiciones mínimas a la vida con dignidad y cierta calidad. En este sentido, cabe mencionar el significado precedente firmado por el Supremo Tribunal Federal en el juzgamiento del RE-AgR N° 271.286/RS (DJ del 24-11-2000, a partir del cual, decisiones aisladas anteriores protegidas, la jurisprudencia no solo de los Tribunales Superiores, sino también en las instancias ordinarias, vienen buscando la oportunidad y la posibilidad del reconocimiento de posiciones subjetivas originarias a las más diversas prestaciones materiales, con el objetivo de efectución del derecho a la salud. En cuanto a la relación entre el derecho a la salud y la garantía del mínimo existencial, no se puede dejar de destacar el precedente establecido por el mismo Pretorio Excelso en el juzgamiento de la ADPF-MC N° 45 (DJ 04-05-2004), que, a pesar de la extinción de la acción por sobreseimiento, aseveró que la efectución del derecho a la salud se liga a la garantía de protección al mínimo existencial, debiéndose interpretar “con reservas” la alegación, por parte del Estado, de violación a la reserva de lo posible.

73 Se citan, a manera de ejemplo: en el derecho colombiano: ARANGO, R.; LAMAÏTRE, J. (dir.). *Jurisprudencia constitucional sobre el mínimo vital*. Caracas: Ediciones Uniandes, 2002; en derecho argentino: ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002; en el derecho francés: MATHIEU, B. “La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel. A propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne N° 185 du 20 mai 1998 ». En : Cahiers du Conseil Constitutionnel, n. 6, 1998. Disponible en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc6/mathieu.htm>, consulta el 18-04-2005 ; en el derecho portugués: CANOTILHO, J. J. G. *Derecho Constitucional y Teoría de la Constitución*. 7ª. Ed. (reimp.) Coimbra: Almedina, 2003; y NOVAIS, J. R. *Los Principios Constitucionales Estructurantes de la República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

74 Sobre el derecho al mínimo existencia, ver, por último y por todos, TORRES, R. L., *El Derecho al Mínimo Existencial*, Río de Janeiro: Renovar, 2008.

#### 4.2. El principio de la igualdad y la interpretación de los conceptos de gratuidad, universalidad y atención integral en la concreción del derecho fundamental a la salud

La garantía de “acceso universal e igualitario” (CF, Art. 196) las acciones y los servicios de salud se concilian, principalmente en el contexto de países con marcada desigualdad social como el Brasil, con la exigencia del cotejo entre la necesidad de la postulada prestación y las posibilidades reales del interesado y de la sociedad en ofrecerla, lo que justifica el cuestionamiento de la equiparación entre las nociones de universalidad y gratuidad de atención y tratamiento<sup>75</sup>. En términos de derechos sociales (y, en este caso, existenciales) básicos, se puede sustentar que la efectiva necesidad habrá de consistir en un parámetro a ser sopesado en la evaluación de la discutida gratuidad de atención y tratamiento en el ámbito del SUS, incidiendo en esa ponderación, entre otros, los principios de solidaridad, de subsidiariedad y de proporcionalidad. Parece razonable afirmar, en verdad, que el acceso universal e igualitario a las acciones y a los servicios de salud debe ser conectado con una perspectiva substancial del principio de isonomía (que impone el tratamiento desigual entre los desiguales y no significa derecho a idénticas prestaciones para todas las personas irrestrictamente<sup>76</sup>) asimilada a la noción más corriente de equidad<sup>77</sup> (en el acceso y en la distribución de los recursos de salud), así

75 En este sentido, cf. SARLET, I. W.; *La eficacia de los derechos fundamentales*, pp. 346 y ss.; FIGUEIREDO, M. F., *op. cit.*, pp. 170 y ss.; y también, SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M., *op. cit.*, pp. 44-45.

76 Cf. NOVAIS, J. R., *op. cit.*, pp. 109.

77 En el ámbito del derecho sanitario, el principio de igualdad es normalmente comprendido en el sentido de isonomía formal dejándose para el principio de la equidad aquello que, en Teoría del Derecho, correspondería a la noción de igualdad en sentido material o substancial. En este sentido, y a título meramente ejemplificativo, el texto preparado por el Ministerio de Salud esclarece: “[el] principio de la equidad reconoce que los individuos son diferentes entre sí y, por tanto, merecen tratamiento diferenciado, de modo a eliminar/reducir las desigualdades existentes” (cf. BRASIL. Ministerio de Salud. Secretaría de Ciencia, Tecnología e Insumos Estratégicos. Departamento de Economía de la Salud. Sistema de Informaciones sobre Presupuestos Públicos en Salud – SIOPS. “La Ubicación Equitativa Inter-regional de Recursos Públicos Federales del SUS: El ingreso Propio del Municipio como Variable Moderador”. Informe de Consultoría –Proyecto 1.04.21. Brasilia, 20 de septiembre de 2004. En: [http://siops.datasus.gov.br/Documentacao/Aloc\\_Equitativa\\_SIOPS.pdf](http://siops.datasus.gov.br/Documentacao/Aloc_Equitativa_SIOPS.pdf), acceso el 24-05-2008, p. 09).

como el principio de la proporcionalidad (de modo de permitir la ponderación concreta de los intereses en juego).

En síntesis, tales circunstancias revelan que el tema de la gratuidad del acceso y de la asistencia a la salud —que no es necesariamente la regla en el derecho comparado— deben ser investigados mejor, sobre todo para efecto de una distribución más equitativa de las responsabilidades y encargos, sea por la maximización del acceso en términos de número de personas alcanzadas por el sistema público de salud, sea por la mejor distribución de los propios recursos de salud, con el consecuente incremento en la calidad de asistencia prestada, lo que reconduce a los objetivos fundamentales de la República, previstos por el artículo 3° del texto constitucional. Al contrario de lo que defiende parte de la doctrina<sup>78</sup>, a la universalidad de los servicios de salud no trae, como corolario inexorable, la gratuidad de las prestaciones materiales para toda y cualquier persona, así como la integralidad de la atención no significa que cualquier pretensión tenga que ser satisfecha en términos ideales. La concepción de la igualdad substancial (inclusive en lo que se refiere con la observancia de las diferencias) puede llevar a restricción de la gratuidad (por lo menos para comprenderla como una gratuidad tendencial, como pasó a establecer la Constitución Portuguesa luego de una revisión en cuanto a este punto<sup>79</sup>) del acceso y de las prestaciones ofrecidas en el ámbito del SUS, como ya se ha verificado en algunas políticas públicas<sup>80</sup>, así como

78 Con más profunda fundamentación, compárese la posición defendida por WEICHERT, M. A. *Salud y Federación en la Constitución Brasileira*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2004, especialmente pp. 158-162, sobre los principios de la universalidad e igualdad; pp. 169-171, en cuanto a la atención integral.

79 El artículo 64° del texto constitucional portugués, que preveía inicialmente el acceso universal, igualitario y gratuito a los servicios de salud, pasó a establecer que “[el] derecho a la protección de la salud es realizado: a) A través de un servicio nacional de salud universal y general y, teniendo en cuenta las condiciones económicas y sociales de los ciudadanos, tendencialmente gratuito. [...]”. Esa alteración ya fue anticipada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lusitano, que, en el Acuerdo N° 330/89 —por lo tanto, antes, de la alteración formal de la Constitución— admitía la fijación de “tasas moderadoras” para el acceso a los cuidados públicos de la salud.

80 Con carácter ilustrativo, se refiere que la legislación estadual gaucha ya prevé la necesidad de previa comprobación de la carencia de recursos económicos por parte del ciudadano-requeriente, como presupuesto a la prestación estatal de medicamentos excepcionales, en los términos de la Ley N° 9.908, del 16-06.1993. En el ámbito nacional del Sistema Único de Salud, el artículo 43 de la Ley N° 8.080/90 preserva la gratuidad sólo en lo que se refiere a acciones y servicios públicos ya con-

lo sustentado en la doctrina y jurisprudencia<sup>81</sup>.

En cuanto a la integralidad de la atención, más allá de otras cuestiones tratadas, importa recordar la existencia de límites de orden técnico y científico en la aprobación de ciertas prestaciones materiales, calcados de criterios de seguridad y eficiencia del tratamiento dispensado que, en sentido más amplio, se reportan también en las nociones de economicidad<sup>82</sup>. En este contexto, algunas directrices se pueden sugerir: a) dado el carácter eminentemente técnico y público que presentan, se debe reconocer una presunción a favor de la adecuación de las directrices terapéuticas y de los protocolos clínicos establecidos por las autoridades sanitarias competentes, lo que incluye los medicamentos y tratamientos previstos en las listas oficiales de abastecimiento por el SUS, pero no excluye, a su vez, el deber de permanente actualización de esos mismos instrumentos normativos, de forma de acompañar los avances de la ciencia; b) en consecuencia de la aplicación conjunta de los principios de precaución, de prevención y de la eficiencia, aliados al principio de la dignidad de la persona humana, inclusive en el sentido de protección del individuo contra sí mismo, se puede sustentar una presunción de prohibición a los tratamientos y medicamentos experimentales (lo que incluye las hipótesis de inexistencia de registro junto a la ANVISA, así como de registro con otra finalidad de aquella pretendida por el interesado<sup>83</sup>), cos-

---

tratados, al indicar que la gratuidad no es una regla general del SUS (Art. 43: “La gratuidad de las acciones y servicios de salud queda preservada en los servicios públicos contratados, exceptuándose las cláusulas de los contratos o convenios establecidos con las entidades privadas”).

81 Cf., entre otros, SARLET, I. W. *La eficacia de los Derechos Fundamentales*, especialmente pp. 346 y ss; AZEM, G. B. N. “Derecho a la Salud y Comprobación de la Hiposuficiencia”. En: ASSIS, A. de (coord.). *Aspectos Polémicos y Actuales de los Límites de la Jurisdicción y del Derecho a la Salud*, pp. 13-25; y FIGUEIREDO, M. F., *op. cit.*, pp. 170 y ss.

82 Defendiendo tesis semejante, cf. HENRIQUES, F. V., *op. cit.*, especialmente pp. 834 y ss.

83 Trayendo diversos datos sobre el proceso de investigación y registro de medicamentos junto al *Food and Drug Administration (FDA)*, con un abordaje crítico al respecto de diferentes estrategias de investigación y mercadeo utilizadas por los laboratorios farmacéuticos, cf. ANGELL, M. *La Verdad sobre los Laboratorios Farmacéuticos*. Traducción de Waldéa Barcellos. Río de Janeiro: Record, 2007. Entre las diversas informaciones que merecerían destaque y reflexión, vale citar la siguiente referencia: “[el] periódico *USA Today* examinó los registros de reuniones de la FDA relativas al 2000 y descubrió que ‘en 92% de las reuniones, por lo menos un miembro tenía conflicto de interés financiero’ y ‘en el 55% de las reuniones, la mitad o más de los consejeros de la FDA tenía conflicto de intereses” (p. 224), hecho que indica, en el contexto brasileiro, por lo menos la necesidad de mayor cautela

teados por el SUS, lo que no impide, por tanto, la participación de los interesados en el desarrollo de investigaciones, de conformidad a las normas éticas, bajo el control tanto de los órganos competentes como mediante la responsabilidad de las entidades interesadas en los resultados a ser obtenidos<sup>84</sup>; c) el establecimiento de una preferencia por el uso de la Denominación Común Brasileira (DCB) o, cuando ello no fuera posible, por la Denominación Común Internacional (DCI)<sup>85</sup>, más allá de la evidente prevalencia por el uso de los “medicamentos genéricos” en las imposiciones de tratamientos en el ámbito del SUS, o de alguna forma costeados con recursos públicos. En suma, no se puede estirar de modo desproporcional los riesgos impuestos al Estado y a la sociedad sin ninguna limitación, principalmente en homenaje a los principios de prevención y de precaución y a los imperativos de tutela derivados de la protección a la salud, individual y colectiva.

Por otra parte, merece destacar la duda, cada vez más frecuente en la doctrina, acerca de la real efectividad de las decisiones judiciales que aseguren prestaciones materiales relacionadas al derecho a la salud, preguntándose hasta qué punto son éstas aptas a la realización de la “justicia distributiva”, más aún cuando se cuida de demandas individuales<sup>86</sup>. Uno de los argumentos centrales de la tesis –no sin respaldo en datos concretos– subraya el hecho

---

en la aprobación de órdenes judiciales de uso de medicamentos no aprobados por las autoridades sanitarias brasileras bajo el argumento de que, ya contando con el aval de la FDA norteamericana, ese requisito quedaría suplido.

84 Algunas situaciones son comunes a la jurisprudencia extranjera. En el derecho colombiano, la Corte Constitucional convalidó la negativa de suministro de tratamiento cuya eficiencia no estaba comprobada por las instancias administrativas competentes (T-076, de 1999), conforme ARANGO, R., “El derecho a la salud en la Jurisprudencia Constitucional Colombiana”, *op. cit.*, pp. 734. En el derecho argentino, la Corte Superior de Justicia de la Nación, en decisión de 1987, ya entendía que “es razonable afirmar que es condición inexcusable del ejercicio legítimo de ese derecho [el derecho a la salud], que el tratamiento reclamado tenga eficiencia para el fin que lo motiva”, prohibiendo la sumisión del hijo de la autora de la acción a una experiencia farmacológica: comparar: CAYUSO, S. G., *op. cit.*, pp. 43.

85 Cf. Artículo 3° de la Ley N° 6.360/75, en la redacción de la Ley N° 9.787/99.

86 Destacando el carácter no-igualitario de las decisiones judiciales que conceden derechos sociales, cf. LOPES, J. R. de L. “En torno de la ‘reserva de lo posible’”. En SARLET, I. W.; TIMM, L. B., *op. cit.*, pp. 173-193 (especialmente pp. 186 y ss.). También en la misma obra colectiva, y conforme lo ya citado, comparar: LUPION, R., pp. 352-353; y, abordando el tema a partir del prisma “micro-justicia x macro-justicia” para destacar que esta no existe sin aquella, BARCELLOS, A. P. de, pp. 111-147 (más especialmente p. 139). También: SARMENTO, D., *op. cit.*, pp. 553-586.

de que las decisiones judiciales tutelan solamente a quienes tienen acceso a la justicia, y que esta es una minoría de la población, y una minoría que no refleja exactamente el concepto de “necesitado”<sup>87</sup>. Si el derecho a la salud es un derecho social, y si los derechos sociales tienen por objetivo la reducción de las desigualdades fácticas, de forma de promover la emancipación de las personas menos favorecidas de la población —en el Brasil el número de personas que (sobre)viven en condiciones de pobreza o hasta de miseria absoluta es enorme—, la prestación sanitaria asegurada judicialmente, sobre todo por medio de acciones individuales, no siempre se muestra en sintonía con el principio constitucional de la igualdad substancial, ni parece atender a los objetivos fundamentales de la República, presentados en el artículo 3° de la CF. Por otro lado, ya se observó que, aunque se pueda apostar a una preferencia por las tutelas preventivas (v. gr., control previo del presupuesto<sup>88</sup>) y acciones colectivas, no se puede dejar de considerar la necesaria observancia de la dimensión individual del derecho a la salud. Impedir el acceso a la justicia a quien fue excluido, por el Estado, de las prestaciones de salud ciertamente tampoco es la mejor forma de realizar las exigencias de la igualdad substancial<sup>89</sup>. Es cierto que la discusión aún permanece abierta, más se debe llamar ya la atención al drama personal de aquellos cuyo mínimo existencial

87 SILVA, V. A.; TERRAZAS, F. V., *op. cit.* En la Investigación de campo desarrollada, los autores encontraron “coincidencias” relativas al enjuiciamiento de demandas por un tipo específico de medicamento, también para el tratamiento de una misma enfermedad, todas ellas patrocinadas por una misma organización no-gubernamental. Llamando la atención en esta materia sobre el papel de los laboratorios farmacéuticos, inclusive mediante patrocinio de grupos de defensa de pacientes, cf. ANGELL, M., *op. cit.*, pp. 167-168. Analizando la cuestión a partir de una investigación sobre las acciones judiciales propuestas para obtención de medicamentos en el estado de Sao Paulo, v., por último, SILVA, V. A. de. “El Poder Judicial y las políticas públicas: entre Transformación Social y Obstáculo a la Realización de los Derechos Sociales”, en: SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. (coord.), *op. cit.*, pp. 587 y ss.

88 Entre muchos otros textos que podrían ser sugeridos, compárese el reciente artículo de Eduardo Mendonça intitulado “De la Facultad de Gastar al Deber de Actuar: el Vaciado Contramayoritario de Políticas Públicas”, en que sustenta la posibilidad, mayor o más restricta, de vinculación del Ejecutivo a las ubicaciones definidas en el presupuesto público. En: SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. (coord.), *op. cit.*, pp. 231-278.

89 Haciendo el contrapunto a la crítica de la desigualdad de acceso a la justicia, que predominantemente beneficiaría a la clase media, Claudio Pereira de Souza Neto propugna como solución “aumentar el acceso a la justicia del pobre”; cf., *op. cit.*, pp. 533-534.

está mucho más lejos de ser implementado, entre otros, por la absoluta insuficiencia de medios de acceso a la justicia, a veces “distribuida” a verdaderos free riders. Todo esto destaca, asimismo, la relevancia de la ya mencionada dimensión organizativa y de procedimientos del derecho a la salud y del propio SUS, así como la necesidad de repensar los mecanismos de tutela, invirtiendo en la consideración, por parte de los operadores del Derecho, de las consecuencias de las decisiones y apostando en aquello que se viene llamando “Diálogos institucionales”<sup>90</sup>.

## 5. La concretización (eficacia social) del derecho a la salud: algunos datos para discusión y algunas tendencias

Aunque no se pueda conmemorar el pleno éxito de las políticas y acciones de concreción del derecho a la salud en estos 20 años transcurridos desde la promulgación de la Constitución de 1988, es cierto que hoy la realidad encontrada se muestra bastante más promisoria y “garantista” cuando se le compara al cuadro pre-constitucional. Esto puede ser estimado a partir de diversos prismas, no exclusivamente vinculados a la dimensión de la justiciabilidad.

Hasta la creación del Sistema Único de Salud (SUS), el acceso a la asistencia médico-hospitalaria era limitada a los trabajadores con vínculo formal, los asegurados en la Previsión Social, en cuanto a la competencia para la implementación de acciones y servicios de salud estaba dividida: al Ministerio de Salud correspondían las “acciones de alcance colectivo”, con carácter sanitario y preventivo, asociadas a la idea de salud pública; mientras tanto las “acciones individuales”, de objetivo curativo, quedaban a cargo del Ministerio de la Previsión y Asistencia Social<sup>91</sup>, que las realizaba por medio del Instituto Nacional de Asistencia Médica de la Previsión Social (INAMPS). Aunque

90 *Ídem*, p. 529 y 546. En el mismo sentido, véase, entre otros, BINENBOJM, G.; CYRINO, A. R. “El derecho a la vivienda y el embargamiento del bien único del fiador en contratos de alquiler: límites a la revisión judicial de diagnósticos y pronósticos legislativos”, en: SOUZA NETO, C. P. de; SARMIENTO, D. (coord.), *op. cit.*, pp. 997 y ss., versando también sobre las ventajas de la inserción de elementos de análisis económico del derecho en la apreciación por el Poder Judicial de demandas que involucran la intervención en la esfera del pronóstico legislativo.

91 Cf. BRASIL. Ministerio de Salud. Consejo Nacional de Salud. *El Desarrollo del Sistema Único de Salud: avances, desafíos y reafirmación de sus principios y directrices*, *op. cit.* pp. 13.

promulgado ya el texto constitucional, ese modelo de salud persistió aún de cierto modo vigente, como una especie de “fantasma”, por lo menos hasta mediados de 1993, cuando el INAMPS fue finalmente extinto por la Ley N° 8.689, del 27 de julio de aquel año. Nótese que, en esa época la legislación infraconstitucional reguladora del SUS ya había sido editada, con las Leyes N°s 8.080 y 8.142, ambas de 1990. Como observa Renilson de Souza, “[a] preservarse el INAMPS, se preservó también su lógica de financiamiento y de ubicación de recursos financieros”<sup>92</sup>, así como un *modus operandi* junto a directrices diversas de aquellas explicitadas por el texto constitucional, lo que apareció, en este primer momento, en una concentración de la responsabilidad por la ejecución de los servicios de salud en el Ministerio de Salud (léase: Unión), casi sin participación de los entes subnacionales.

En términos judiciales, se puede trazar un paralelo y verificar que esos primeros años correspondieron a una posición de mayor timidez por parte de la jurisprudencia, que de cierta forma también se enganchaba al paradigma constitucional anterior, con menor efectividad de los derechos fundamentales, muchas veces interpretados “a partir” de la legislación, y no a la inversa. En ese período inicial, y pese a la explicitación constitucional de la aplicabilidad inmediata de las normas de derechos y garantías fundamentales (Art. 5°, § 1°), prevalecía una interpretación aún restrictiva, que por atribuir carácter meramente programático a las normas de derechos fundamentales, y, de modo especial, a los derechos sociales (como el derecho a la salud), sea por colocar en duda la fundamentalidad de estos últimos, o por lo menos refutar las consecuencias jurídicas derivadas de la afirmación más amplia de la tutela jusfundamental protectora.

En verdad, la jurisprudencia todavía interpretaba el derecho a la salud con “ojos” de un pasado reciente, en que la salud no constaba en el elenco de los derechos fundamentales explícitos, sin fijarse en las posibilidades del nuevo régimen constitucional instaurado y, al mismo tiempo, limitada por la ausencia de implementación del propio SUS, carente de normas que diesen cumplimiento a las directrices constitucionales de descentralización, regio-

92 SOUZA, R. R. de. *El Sistema Público de Salud Brasileiro*. Seminario Internacional: Tendencias y Desafíos de los Sistemas de Salud en las Américas. Sao Paolo, Brasil, 11 a 14 de agosto de 2002. Disponible en: [http://bvsm.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sistema\\_saude.pdf](http://bvsm.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sistema_saude.pdf), acceso el 25-05-2008, p. 14-15.



nalización, integralidad, control social y universalidad, pues la asistencia de la salud se concentraba en los servicios prestados por el INAMPS. En este contexto, la falta de una definición más precisa y pormenorizada acerca de la responsabilidad en la ejecución de las diferentes acciones comprendidas en la asistencia a la salud, esto es, a quién cabría la realización de cuáles acciones y la prestación de cuáles servicios en el ámbito del SUS, guarda cierta relación con la frágil afirmación jurisprudencial del derecho a la salud, principalmente en la dimensión del derecho a prestaciones materiales directamente exigible, con fundamento exclusivo en el texto constitucional.

Tal situación comenzaría a ser alterada en 1993, con la elaboración de la Norma Operacional Básica (NOB) N° 01/93 por parte de los representantes de las tres esferas federales, donde se establecieron las primeras normas con miras a la descentralización de las acciones y de los servicios de salud. Se debe registrar, también, que la descentralización del SUS ocurriría de forma realmente efectiva solamente con la llegada/superveniencia de la NOB N° 01/96<sup>93</sup>, por la cual se definió la responsabilidad de los Municipios en la atención a la salud, organizada en regionalizada y jerarquizada red, según grados diferentes de complejidad de la atención ofrecida –donde la conveniencia en el establecimiento de asociaciones intermunicipales– además de haberse estipulado las formas por las cuales esa responsabilidad sería asumida, o por la gestión plena de la atención básica<sup>94</sup>, o por la gestión plena del sistema municipal, más abarable que el anterior.

Además de ello, se instituyó el Piso Asistencial Básico (PAB) y, por medio de él, se alteró la forma de repase de los recursos federales, que se

93 Aunque ya la NOB N° 01793 buscara incentivar la descentralización de la asistencia a la salud, el gran cambio de paradigma, en términos realmente concretos y contrastables, resultó de la implementación de la NOB N° 01/96, cuando hubo un “significativo incremento de los países del Ministerio de Salud para la esfera municipal, que salta[r]on de R\$ 3,9 billones en 1996 a R\$ 14,4 billones en el 2001”, como explican RIBEIRO, J. A.; PIOLA, S. F.; SERVO, L. M. “Financiamiento y gasto de las políticas sociales: el caso del Ministerio de Salud, 1995 a 2005”. En: [http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/financ\\_gasto\\_polit\\_sociais.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/financ_gasto_polit_sociais.pdf), acceso el 24-05-2008, p. 299.

94 Cf. PIRES, M. C. de C.; OLIVEIRA NETO, J. C. da C., *op. cit.*, pp. 08-09. Los autores todavía refieren que la atención básica fue definida por la Portería GM N° 3.925, del 13-11-1998, del Ministerio de Salud, como el “conjunto de acciones de carácter individual o colectivo, situado en los primeros niveles de atención de los sistemas de salud, dirigido hacia la promoción de la salud, prevención de agravios, tratamiento y rehabilitación”. *Ídem*, p. 09.

tornaron automáticos (“fondo-a-fondo”), pasando del Fondo Nacional de Salud para ingresar directamente a los Fondos Municipales de Salud, en un valor mínimo de R\$ 10,00 per capita, aplicados en salud<sup>95</sup>. La rigidez en cuanto al valor del piso y al conjunto de procedimientos alcanzados determinaría el perfeccionamiento de ese sistema poco tiempo después, cuando el PAB pasó a designar el Piso de Atención Básica, siendo compuesto por una parte fija (PAB-variable), por medio del cual se volvieron posibles modulaciones, conformando los recursos a las necesidades locales, así como la inversión en programas prioritarios bajo el punto de vista nacional –v. gr., Programa de Salud de la Familia, parte de la Asistencia Farmacéutica y del Programa de Control de las Carencias Nutritivas. La descentralización instaurada con la NOB N° 01/96 y la fijación del PAB trajeron cambios importantes, entre los cuales: a) el repase directo de los recursos de la Unión a los Municipios, que cubrían solamente 144 localidades en 1996, pasó a comprender 5.539 Municipios en 2002; b) los Consejos Municipales de Salud se organizaron en casi la totalidad de los Municipios, aunque funcionasen apenas formalmente en algunos de ellos; c) mejoraron el control y la gerencia sobre el presupuesto municipal y, por consecuencia, sobre los servicios de salud prestados, ya que los presupuestos comenzaron a ser repasados de modo anticipado y automático; d) las remesas “fondo-a-fondo” y los mecanismos de control firmados en la Comisión Intergestores Tripartitos (CIT) posibilitaron combatir el clientelismo y las desigualdades regionales, hasta entonces establecidas, muchas veces, por el favoritismo político; e) finalmente, la descentralización y la transparencia en cuanto a los repases de los recursos públicos acabaron por actuar a favor de la aprobación de la Enmienda Constitucional N° 29/2000, por la cual fue definida la co-responsabilidad del Estado y Municipios por el financiamiento de la salud<sup>96</sup>. Como destaca Barjas Negri, la adhesión al sistema de la NOB N° 01/96 fue bastante significativa: de los 1.343 Municipios habilitados al PAB en 1998, lo que significa un alcance de 31,2 millones de personas y recursos en el orden de R\$ 333 millones anuales, la cobertura, en 2001, llegó a 5.534 Municipios, correspondiendo a 172,1 millones de personas, o sea, cerca del

95 BRASIL, Ministerio de Salud. “La Política de Salud en Brasil en los años 90: avances y límites”, *op. cit.*, pp. 09-10.

96 *Ídem*, pp. 10-11.

99% de la población brasileira<sup>97</sup>. De ese total de Municipios, 89% se habilitaron a la Gestión Plena de la Atención Básica y 10,1% a la Gestión Plena del Sistema Municipal, debiendo destacar que la mayor parte de esas habilitaciones ocurrió en 1998<sup>98</sup>, o sea, en el primer año de implantación de la NOB N° 01/96, habiendo ya transcurridos diez años de la promulgación del texto constitucional. En términos de transferencias directas de recursos federales para los Municipios, los repases de fondo-a-fondo saldrían de un nivel de 9,2% en 1995, a cerca de 60% del total en el año 2000<sup>99</sup>.

A pesar de los avances, aún persistían dificultades, tanto en el trato de las cuestiones intermunicipales, especialmente en cuanto a la integración y la jerarquía de los servicios, o sea en la fijación de los patrones semejantes de oferta y calidad<sup>100</sup>, sea, todavía, en la manutención del influjo continuo y estable de financiamiento. Los problemas de costeo, agravados por las dificultades de control sobre el repase y la aplicación de los recursos<sup>101</sup>, así como por los altos índices de inflación de aquella época, llevaron a reducir a chatarra la infraestructura de los servicios de salud y a la reducción de la calidad de la atención prestada, generando un flujo de demanda para el sector privado, con la transferencia de la asistencia para los planes de seguros privados de salud, contratados junto al sector de la “salud suplementaria”<sup>102</sup>. La solución para el acompañamiento de la gestión de los recursos públicos co-

97 *Ibidem*, p. 12-13.

98 SOUZA, R. R. de, *op. cit.* p. 25.

99 BRASIL, Ministerio de Salud. Secretaría Ejecutiva. *La Salud en Brasil: estadísticas esenciales 1990-2000*. Brasilia: Ministerio de Salud, 2002, p. 52. Disponible en: [http://bvmsms.saude.gov.br/bvms/publicacoes/estatisticas\\_992000.pdf](http://bvmsms.saude.gov.br/bvms/publicacoes/estatisticas_992000.pdf); acceso el 25-05-2008, p. 11.

100 BRASIL, Ministerio de Salud. “La Política de Salud en Brasil en los años 90: avances y límites”, *op. cit.*, pp. 15.

101 En este sentido, con mayor detalle, ver MENDES, A.; MARQUES, R. M. “Sobre la Economía de la Salud: campos de avance y su contribución para la gestión de la salud pública en Brasil”. En: [http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/sobre\\_econ\\_saude.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/sobre_econ_saude.pdf); acceso el 24-05-2008.

102 BRASIL, Ministerio de Salud. “La Política de Salud en Brasil en los años 90: avances y límites”, *op. cit.*, pp. 20. Se registra, además, que la regulación de ese sector apenas vendría al final de la década, con la edición de la Ley n° 9656, del 3 de junio de 1998 (alterada por la Medida Provisoria N° 2.177-44, del 24 de agosto de 2001), en cuanto a la disciplina de los planes y seguros privados de salud; y de la Ley N° 9.961, del 28 de enero de 2000, con la creación de la Agencia Nacional de Salud Suplementaria (ANS), para la normatización y el control de las actividades de asistencia suplementaria a la salud.

menzaría a ser esbozada (ya que el problema, infelizmente, aún persiste) apenas en 1999, con la estructuración del Sistema de Informaciones sobre Presupuestos Públicos en Salud (SIOPS), “destinado a la colecta, almacenamiento, procesamiento y difusión de datos sobre el ingreso y gasto en salud de los tres niveles de gobierno”<sup>103</sup>. En lo que concierne a las fuentes de financiamiento propiamente dichas, la creación de la Contribución Provisoria sobre Movimientos Financieros (CPMF), en 1999 (ADCT, Arts. 74 y 75), trajo cierto “alivio”, pero momentáneo, ya que el destino de los valores recogidos fue posteriormente ampliado, para alcanzar el costo de beneficios de la previsión social. La garantía de la estabilización del financiamiento, con el aumento de los recursos invertidos, inclusive por el comprometimiento presupuestal estatal y municipal, sería viabilizada solamente con la Enmienda Constitucional N° 29<sup>104</sup>, del 13 de septiembre del 2000, más cuya reglamentación aún hoy se encuentra pendiente de definitiva elaboración legislativa. Esa realidad aparece en los gastos del Ministerio de Salud, que se mostraron irregulares entre 1995-2005, “con caída en 1996, y recuperación en 1997 –año de inicio de la CPMF–, tuvo una nueva caída en 1998, manteniéndose estables en ese nivel hasta 2001”; hubo nuevas caídas en 2002 y 2003, y significativa recuperación en 2004 y 2005<sup>105</sup>.

Las dificultades de efectivización del derecho a la salud, por medio de la plena disponibilidad de los servicios necesarios para el buen funcionamiento del SUS y de la garantía de oferta de las diversas prestaciones en el área de salud se reflejan en el incremento de las acciones judiciales en esta materia, cuyo principal objeto se centró en la exigencia al suministro de medicamentos. Se destaca, que en esta época, las medicinas anti-HIV/AIDS llegaron al mercado, y los enfermos, apremiados por la necesidad de acceso a los nuevos (y costosos) fármacos<sup>106</sup>, buscaron en el Poder Judicial la garantía

103 Cf. BRASIL. *La Implantación de la EC 29: presentación de los datos del SIOPS, 2000 a 2003*. Ministerio de Salud. Equipo SIOPS/DES/SCTIE/Ministerio de Salud. Brasilia, julio de 2005. En: [http://siops.datasus.gov.br/Documentacao/Implantacao\\_EC\\_29\\_dados\\_SIOPS.PDF](http://siops.datasus.gov.br/Documentacao/Implantacao_EC_29_dados_SIOPS.PDF) acceso el 24-05-2008, p. 02. En sentido similar: MENDES, A.; MARQUES, R. M., *op. cit.*, pp. 12-18

104 Comparar, entre otros, BRASIL. *La Implantación de la EC 29: presentación de los datos del SIOPS, 2000 a 2003*, *op. cit.*, pp. 01.

105 RIBEIRO, J. A.; PIOLA, S. F.; SERVO, L. M., *op. cit.*, pp. 300.

del tratamiento debido. Instado a manifestarse al respecto, el Supremo Tribunal estableció lo que se tornaría en el *leading case* sobre la materia: en el juzgamiento del Agravio Regimental en el Recurso Extraordinario N° 271.286/RS (DJ del 24-11-2000), reconoció el deber del Estado en ofrecer el tratamiento a pacientes eidéticos, tal como lo ya previsto por la Ley N° 9.313/96<sup>107</sup>. El acuerdo afirmó el carácter fundamental y subjetivo del derecho a la salud, en la condición de “prerrogativa jurídica indisponible asegurada a la generalidad de las personas por la propia Constitución de la República”, representando consecuencia constitucional indisoluble del derecho a la vida. Con ello, se fortaleció la posición que ya venía siendo adoptada por las instancias iniciales, en el sentido de la admisión de la aplicabilidad inmediata y directa de las normas constitucionales que positivaban el derecho a la salud (Arts. 6° y 196) en una opción de cuño “garantista”, fuertemente comprometida con la concretización del deber de protección a la salud atribuido al Estado, y, por tanto, también al “Estado-juez”.

En el ámbito de la organización de la asistencia a la salud, la edición de la Norma Operacional de Asistencia a la Salud (NOAS) N° 01/2001<sup>108</sup>, teniendo “la regionalización como macro-estrategia fundamental para el perfeccionamiento del proceso de descentralización”<sup>109</sup>, trajo nuevas conquistas. Se previó la elaboración del Plan Director de la Regionalización, con la divi-

106 El uso de estrategias de publicidad también elevó la presión sobre el sistema: como ejemplificó Karina Grau, (en conferencia pronunciada en el seminario “Derecho a la Salud”, promovida por la Escuela de la Magistratura del Tribunal Regional Federal de la 4ª Región, en asociación con la Escuela de Salud Pública del Estado de Río Grande de Sul, el último mes de julio, en la ciudad de Curitiba/PR), la empresa farmacéutica Abbott hizo uso de lo que se denomina “suministro expandido” para difusión del anti-retroviral Kaletra a partir de diciembre de 1999, subsidiando el tratamiento para diversos pacientes en el mundo y obteniendo con eso, de forma indirecta, la difusión del nuevo producto y, por consecuencia, la presión para que fuese incluido en las listas oficiales de tratamiento. Sobre las estrategias de publicidad, ver también ANGELL, M., *op. cit.*, especialmente pp. 151 y ss.

107 En este sentido, insistió bien la eminente Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler, en conferencia en el mismo evento antes citado, que la decisión, en verdad, aseguró el cumplimiento del deber de suministro de medicamentos para el combate al AIDS, como previsto ya anteriormente por la legislación infraconstitucional reguladora que era, la referida Ley N° 9.313/96, cuyo Artículo 1° aseguraba a los portadores de HIV y enfermos del AIDS la percepción gratuita de “toda la medicación necesaria a su tratamiento”.

108 Portería GM N° 95, del 26 de enero de 2001, del Ministerio de Salud.

109 SOUZA, R. R. de, *op. cit.*, pp. 29.

sión del territorio estatal en regiones o micro-regiones de salud y, paralelamente, la constitución de “módulos asistenciales resolutivos”, formados por uno o más Municipios, para asegurar la atención en el primer nivel de complejidad media; también fue prevista la elaboración de un Plan Director de Inversiones, de acuerdo con las prioridades de intervención<sup>110</sup>. Al año siguiente, sería sustituida esa norma por la NOAS N° 01/2002<sup>111</sup> que, reiterando las directrices de su antecedente, instituyó el PAB-ampliado, con mayor diversidad en los procedimientos ofrecidos, estipuló las características de las regiones de salud estatales y estableció mecanismos de financiamiento para los procedimientos de mayor complejidad y costo<sup>112</sup>. El impacto de esas medidas en los gastos del Ministerio de Salud fue visible: “[la]s transferencias para los municipios crecen rápidamente a partir de 1997 –bajo el efecto de la NOB 01/96–, en cuanto las transferencias hacia los Estados y DF crecen a partir del 2001, con la NOAS 01/2000. Juntas, las transferencias a los gobiernos subnacionales alcanzan el 58,4% de los gastos del MS en 2005<sup>113</sup>. En el período siguiente, entre 2002 y 2006, los gastos del Ministerio de Salud aumentaron 9,6%, siendo significativo el incremento de 123,9% de los gastos en medicamentos en ese mismo período<sup>114</sup>. Ese incremento se juntó, sobre todo, al costo de los medicamentos para asistencia de complejidad media: en tanto el repase federal para la adquisición de medicamentos para la atención básica, por los Municipios, fue de R\$ 176,6 millones en 2003, en 2006 ese monto ya correspondía, en valores actualizados por el IGP-DI, a R\$ 285,6 millones; ya con los gastos con la compra de medicamentos excepcionales, que eran de R\$ 516 millones en 2003, saltaron para R\$ 1,3 billones en 2006, en un aumento real de 158% de los recursos<sup>115</sup>.

Este aumento de los gastos en salud acompañó una tendencia mundial, que, a su vez, jamás diferenció a los países según el grado de desarrollo o ri-

110 *Ibidem*, p. 30.

111 Portería GM/MS N° 373, del 27 de febrero de 2002, del Ministerio de Salud.

112 BRASIL, Ministerio de Salud. “La Política de Salud en Brasil en los años 90: avances y límites”, *op. cit.*, p. 15.

113 RIBEIRO, J. A.; PIOLA, S.F.; SERVO, L. M., *op. cit.*, pp. 300.

114 VIEIRA, F.S.; MENDES, A.C.R., *op. cit.*, p. 03.

115 *Idem*, pp. 09-10. Es importante informar que la Portería N° 531, del 30 de abril de 1999, del Ministerio de Salud, instituyó el Fondo de acciones Estratégicas y Compensación (FAEC), estableciendo la responsabilidad de la Unión por fraccionamiento del pago de procedimientos de alta

queza: en relación al PIB, países desarrollados gastaban entre 2,4% (España) y 5,5% (Canadá), en la década de 1960, pasando para un mínimo de 6,1% (Reino Unido) y un máximo de 12,7% (Estados Unidos de América), en los años de 1990, cuando se llegó, en números absolutos, a US\$ 1,7 trillones –lo equivalente a casi el 8% de la renta global, de los cuales más del 5%, o cerca de US\$ 900 billones, fueron gastos estatales<sup>116</sup>. En Brasil, la efectivización del derecho a la salud, según las directrices establecidas constitucionalmente, trajo un incremento en torno del 136% en los gastos en salud, pasando de R\$ 3,3 hacia RS\$ 4,5 billones solamente en el período entre 1987 y 1995<sup>117</sup>. Confrontados con el PIB, los gastos en salud salieron de montos en torno del 1,5% (1992) a 2,55% (1989)<sup>118</sup>, hacia valores que, en la estimación de la Organización Mundial de la Salud (OMS), llegaron a 7,6% del PIB en 2004, de los cuales una porción de 35% sería de los gastos efectuados directamente para las familias<sup>119</sup>. Entre otras causas señaladas por la doctrina especializada, el crecimiento de los gastos en salud provendría de una prevalencia de las enfermedades crónicas y degenerativas (inclusive por el envejecimiento de la población), de la consagración de la salud como derecho fundamental, del incremento salarial derivado de la especialización de los profesionales del área de salud y de los intereses de la industria farmacéutica y de la electromedicina<sup>120</sup>. En términos concretos, tales inversiones presentaron resultados positivos: la tasa de mortalidad infantil por mil nacidos vivos se redujo, en Brasil, de 49,4 a 27,43 en el período de 1990 al 2001<sup>121</sup>, con un decrecimiento del

---

complejidad y acciones consideradas estratégicas, lo que, a su vez, impidió la competencia por recursos entre los procedimientos de alto costo y aquellos de atención básica, hasta por los ya definidos en el PAB, como antes se verificaba. Sobre eso, ver BRASIL, Ministerio de Salud. “La Política de Salud en Brasil en los años 90: avances y límites”, *op. cit.*, pp. 23.

116 Los datos están referidos por SILVA, M. G. C. Economía de la Salud: de la Epidemiología a la Toma de Decisión. En ROUQUAYROL, M. Z.; Almeida Filho, N. Epidemiología y Salud. 6ª de. Río de Janeiro; MEDSI, 2003. p 728, Cap. 18, pp. 533/565, en texto adaptado por MOTA, D. M. En: BRASIL: Ministerio de Salud. *Curso de Iniciación en Economía de la Salud para los Núcleos Estatales/Regionales*. En: [http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/apostila\\_curso\\_iniciacao\\_economia\\_saude.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/apostila_curso_iniciacao_economia_saude.pdf). acceso el 24-05-2008, p. 37.

117 *Ídem*, p. 46-47.

118 *Ídem*.

119 En este sentido, comparar RIBEIRO, J. A.; PIOLA, S. F.; SERVO, L. M., *op. cit.*, p. 290.

120 SILVA, M. G. C. en texto adaptado por MOTA, D. M., *op. cit.*, pp. 37-38.

121 BRASIL. Ministerio de Salud. La Ubicación Equitativa Inter-regional de Recursos Públicos Fe-

38,6%, o sea, fueron evitadas más de 400 mil muertes de niños menores de un año, con una importante reducción de muertes por diarreas, neumonías y desnutrición (71%, 48% y 61% respectivamente)”<sup>122</sup>, como destaca Barjas Negri, esto es, causadas por las “enfermedades de la pobreza”.

En la esfera jurisprudencial, ese período corresponde a la extensión de precedentes firmados por el Supremo Tribunal Federal en el mencionado RE-AgR N° 271.286/RS para toda una amplia gama de hipótesis de suministro de las más diversas prestaciones en el área de la salud, estuviesen, o no, ya previstas en políticas públicas estatales o en la cobertura de los planes y seguros privados de salud. Se estableció no solo la tutela judicial originaria del derecho a la salud, sino que se ampliaron los medios de coerción impuestos al Estado con el objetivo de obligarlo al cumplimiento inmediato de las obligaciones definidas judicialmente, aceptándose la conminación de multa diaria (*astreintes*)<sup>123</sup> y el bloqueo de recursos públicos<sup>124</sup>, entre otros instrumentos. Se aseguró también la legitimidad activa *ad causam* del Ministerio Público en lo que concierne a la defensa judicial del derecho a la salud, tanto en beneficio de un individuo único, dado el carácter indisponible del derecho fundamental en causa y a la relevancia pública de los servicios y acciones que busquen concretizarlo<sup>125</sup>. Esa orientación de la jurisprudencia también se extendió a los prestadores de servicios de salud suplementaria, con la anula-

---

derales del SUS: “El ingreso Propio del Municipio como Variable Moderador”, *op. cit.*, pp. 05

122 BRASIL, Ministerio de Salud. “La Política de Salud en Brasil en los años 90: avances y límites”, *op. cit.*, pp. 30.

123 Entre otros, se refieren a los precedentes dictados por el Tribunal Superior de Justicia en el juzgamiento del AgRgREsp N° 855.787/RS (DJ del 27-11-2006) y del REsp 775.233/RS (DJ del 01-08-2006).

124 A título ilustrativo, compárense las decisiones pronunciadas por el Tribunal Federal Supremo en el juzgamiento del AI N° 622.703 y AI N° 635.766/RS (DJ del 16-03-2007 y DJ del 13-03-2007, respectivamente), en el que es autorizado el bloqueo del presupuesto público como medio de asegurar el suministro de medicamentos. En el Tribunal Superior de Justicia, el REsp 851.760/RS (DJ del 11-09-2006) se reitera esa orientación.

125 Ver, por ejemplo, el juzgamiento del RE N° 507.927/RS (DJ del 06-03-2007) por el Tribunal Federal Supremo, confirmando la legitimidad activa *ad causam* del Ministerio Público para juzgar acciones en defensa del derecho a la salud, por tratarse del derecho indisponible, con fundamento, entre otros, en los artículos 127, caput, y 129, inciso II, de la Constitución Federal. En el Tribunal Superior de Justicia, comparar los juzgamientos pronunciados en el REsp N° 23.184/RS (DJ del 19-03-2007) y EREsp N° 715.266/RS (DJ del 12-02-2007), en sentido similar.



ción de cláusulas contractuales por caracterizado abuso, sobretudo en las hipótesis de restricción de la cobertura<sup>126</sup>.

Recientemente, tal ampliación de la intervención judicial, de forma marcada en lo que se relaciona con las condenas al suministro de prestaciones cuya eficacia y seguridad sanitaria no se encuentran definitivamente comprobadas, o cuya sustitución por lo similar nacional y/o genérico es posible, sin perjuicio para el paciente, parece haber comenzado a ser revisada por la posición más cautelosa de nuevas decisiones judiciales, sobre todo en las instancias ordinarias. Se nota una clara preocupación en establecer un punto de equilibrio entre los principios de la precaución y de la protección a la salud y a los presupuestos de seguridad, eficacia y calidad de los tratamientos asegurados, más allá de la propia asistencia a la salud como un todo, en el sentido del no-comprometimiento del SUS. En esta dirección, si no hay dudas en cuanto a la obligación estatal del suministro de medicamentos, por ejemplo, lo mismo no se puede decir en cuanto se trate de “liminar genérica”, en que la obligación es atribuida sin límites definidos<sup>127</sup>; o cuando se trate de tratamiento prescrito fuera del sistema, como en las hipótesis de médico no-acreditado al SUS o de inexistencia de pedido administrativo de la prestación<sup>128</sup> y aún, cuando el tratamiento pudiera ser caracterizado como experimental, sea por la ausencia del registro del medicamento, sea porque el registro ya existente tiene por objeto otro tipo de tratamiento, y no aquél postulado en el juicio<sup>129</sup>. En esta perspectiva, algunas decisiones vienen bus-

126 En el REsp N° 668.216 (DJ del 02-04-2007), el Tribunal Superior de Justicia juzgó abusiva la cláusula que restringía la cobertura del plan de salud a sólo algunos tipos de tratamientos, porque equivaldría, en la práctica, a la propia ausencia de cobertura, afirmando que el plan de salud debe alcanzar el tratamiento de la enfermedad, y no aisladas medidas terapéuticas. En el REsp N° 729.891/SP (DJ del 14-05-2007), fue considerada abusiva la cláusula de contrato del seguro-salud que excluía de la cobertura el tratamiento de enfermedades infectocontagiosas.

127 En este sentido, el acuerdo de la Corte Especial del Tribunal Superior de Justicia en el AgRgSTA N° 59/SC (DJ del 28-02-2005), prohibió la aprobación de “liminares genéricas” (esto es, la orden judicial de suministro gratuito, aleatorio y eventual de medicación no especificada), bajo pena de inviabilización del sistema de adquisición y distribución de medicamentos a la población carente y del propio sistema de salud pública.

128 También en el Tribunal Superior de Justicia, comparar el acuerdo pronunciado en el RMS N° 23.839 (DJ del 31-08-2007), en el cual se destaca la necesidad de requerimiento previo administrativo de la prestación (in casu, suministro del medicamento) a la autoridad pública competente.

129 En la SS 3073 (STF, DJ 14-02-2007), se aplazó la suspensión de liminar en mandato de seguridad

cando trazar parámetros generales (pautas objetivas) que permitan una mejor y más precisa evaluación de las pretensiones al suministro de prestaciones materiales relacionadas a la efectucción del derecho a la salud, lo que, en una comprensión amplia, densificaría los deberes generales de efectucción y de protección de los derechos fundamentales como un todo, y del derecho a la salud en especial<sup>130 131</sup>.

porque el medicamento postulado, más allá de no encontrarse en la lista oficial del Programa de Dispensación de Medicamentos en Carácter Excepcional del Ministerio de Salud, aún estaría en fase de estudios e investigaciones, constituyendo un *plus* al tratamiento que ya venía siendo prestado por el Poder Público. En el MS N° 8.895/DF (DJ del 07-06-2004), el Tribunal Superior de Justicia negó el derecho del individuo al costeo de determinado tratamiento médico en el exterior, por ser desaconsejado por las autoridades técnicas y científicas, ante la inexistencia de prueba de éxito de los resultados.

130 A título ilustrativo se refieren los acuerdos en el ámbito del Tribunal Regional Federal de la 4ª Región, en el juzgamiento de los Agravios de Instrumento N° 2007.04.00.002438-2/SC y N° 2007.04.00.039148-2/RS. La primera decisión (3er. Grupo, Relator Juez Federal convocado Roger Raupp Rios, DJE 05-09-2007), partiendo de la afirmación de la eficacia y aplicabilidad inmediatas del derecho a la salud, protege la necesidad de ponderación concreta del derecho, de acuerdo con el principio de concordancia práctica, debiéndose fijar en que la tutela judicial no acabe perjudicando la salud del propio interesado, ni cause daños o prejuicios relevantes para el funcionamiento del SUS, ni haga prevalecer desproporcionalmente el derecho a la salud sobre la competencia presupuestaria del legislador, a reserva de lo posible y a la eficiencia de la actividad administrativa. Más allá de ello, destaca la necesidad de realización de la pericia judicial que considere la existencia de protocolos clínicos y terapéuticos, así como que tome por referencia las directrices nacionales e internacionales de uso racional de medicamentos, emitiendo sus conclusiones con fundamento en la "medicina de evidencias" y luego de firmado término de ausencia de conflicto de intereses, en clara aplicación de principios de la Bioética. Ya el segundo acuerdo (3er. Grupo, Relatora Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Liria, DJE 12-06-2008), después de rechazar la noción de que el derecho a la salud habría sido positivado en norma constitucional programática despojada de efectos jurídicos, reafirma el fuerte cuño prestacional de ese derecho fundamental, que impone al Estado la efectucción de políticas públicas para realizarlo. Reconoce, con todo, la existencia de una multiplicidad de derechos y principios a ser sopesados (reserva de lo posible, competencia presupuestaria del legislador, eficiencia administrativa, preservación del derecho a la vida y del propio derecho a la salud) y también sugiere, al final, que la decisión judicial no deba causar prejuicios ni daños relevantes al funcionamiento del SUS (lo que acabaría perjudicando el derecho a la salud de los demás ciudadanos), que no haya una prevalencia irrestricta *in abstracto* del derecho a la salud de quien pide la tutela judicial sobre derechos de otras personas, igualmente protegidas por la orden constitucional y por políticas públicas de carácter social, y, finalmente, que la efectivización del derecho a la salud no se resuma al suministro de medicamentos, sino a acciones implicadas más alcanzables, de carácter preventivo y promocional. A partir de tales parámetros, sugiere la preferencia

Ya encaminando hacia el final, vale traer a colación algunos datos obtenidos y consolidados por el Instituto Brasileiro de Geografía y Estadística (IBGE) en la Investigación Nacional por la Muestra de Domicilios (PNAD), del 2003<sup>132</sup>, y en la Investigación de Asistencia Médico-Sanitaria (AMS), de 2005<sup>133</sup>. Una primera información interesante y que, estimada, entonces, la población brasilera en 176 millones de habitantes, 78,6% de los individuos entrevistados por la PNAD 2003 autoevaluaron el propio estado de salud como “muy bueno y bueno”, en tanto apenas el 3,4 respondieron “mal o muy mal”, aunque el 29,9% se haya referido a sí mismos como portadores de por lo menos una enfermedad crónica. Según la misma PNAD 2003, la cobertura de los planes de salud alcanzaría 24,6% de la población, lo que significan 43,2 millones de personas, mayoritariamente residentes en las áreas urbanas (28%) que en las rurales (6%), de los cuales 79,2% (34,2 millones de personas) poseían plan privado, individual o colectivo, y los restantes 20,8% (9 millones e personas) tendrían vínculo a planes de asistencia al servidor público, en los tres niveles federativos. La investigación aun demostró que la cobertura por planes de salud aumenta a medida en que crece el rendimiento familiar: sería del 2,9% la cobertura en las familias con rendimien-

---

por los medicamentos genéricos, a la observancia a la Denominación Común Brasileira (DCB) y a la Denominación Común Internacional (DCI), a la atención a los protocolos clínicos y a las directrices terapéuticas establecidas por las autoridades administrativas competentes, la consideración de la “medicina de evidencia”, inclusive en cuanto a la necesidad de prueba de ausencia de conflicto de intereses, y, en último análisis, destaca el respeto a los principios de la seguridad y de la eficiencia, inherentes a la actividad de vigilancia sanitaria, en el otorgamiento de medicamentos.

- 131 En doctrina, consultar, entre otros: BARROSO, L. R., *op. cit.*, pp. 31-61; SOUZA NETO, C. P. de., *op. cit.*, pp. 515-551; SARMENTO, D., *op. cit.*, pp. 553-586; BARCELLOS, A. P. de. “El Derecho a Prestaciones en Salud: Complejidades, Mínimo Existencial y el Valor de los Abordajes Colectivo y Abstracto”, *op. cit.*, pp. 803-826; HENRIQUES, F. V., *op. cit.*, pp. 827-858; más allá de nuestro SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F., *op. cit.*, pp. 11-53.
- 132 Los datos citados fueron tomados del documento “Acceso y Utilización de Servicios de Salud – 2003”, editado por el Ministerio de Salud, por el Instituto Brasileiro de Geografía y Estadísticas (IBGE) y por el Ministerio de Planeamiento, Presupuesto y Gestión. Río de Janeiro, 2005. Disponible en: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2003/saude/saude2003.pdf>, acceso el 31-05-2008.
- 133 Las informaciones fueron tomadas de <http://www.sidra.ibge.gov.br>, y del documento: *Estadísticas de Salud: asistencia médico-sanitaria 2005*. IBGE, Departamento de Población e Indicadores Sociales. Río de Janeiro: IBGE, 2006, p. 162. Disponible en: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoidevidalams/2005/ams2005.pdf>, acceso el 31-05-2008.

tos inferiores a un salario mínimo, en tanto alcanzaría 83,8% de las familias con renta de veinte salarios mínimos o más.

Todo esto demuestra que, aunque aún la asistencia a la salud esté llegando a la mayor parte de la población del país, el paciente “típico” del SUS todavía es proveniente de las clases menos favorecidas de la población, prácticamente sin acceso a los planes privados de salud, hecho que, juntamente con las conclusiones acerca de los problemas de acceso a la justicia precisamente por esas clases menos favorecidas, respalda la tesis aquí sustentada en el sentido de que la gratuidad de los servicios de salud debe adecuarse a la demostración, por el interesado, de que efectivamente no posee condiciones financieras para hacer frente a los costos de la atención o tratamiento, así sea parcialmente. Esa conclusión es corroborada por los datos concernientes al acceso y a la utilización de los servicios de salud cogidos por la PNAD 2003, una vez que de los 79,3% de la población brasilera (139,5 millones de personas) que declararon poseer un servicio de salud de uso regular, la preferencia por los puestos o centros de salud llegó al 52,4% de los casos. La vulnerabilidad medida no fue sólo financiera: las fajas etarias extremas presentaron mayor necesidad de cuidados de salud, con 77,7% de los menores de 5 años y 79,5% de los mayores de 65 años realizando consultas médicas en los doce meses anteriores a la investigación. Un dato bastante positivo y que pone en duda las noticias generalmente divulgadas por los medios de comunicación masiva indica que, de los 25,2 millones de personas que buscaron la atención (incluyéndose los servicios públicos a la salud suplementaria y a los particulares) en los 15 días antecedentes a la entrevista, 98% de ellas fueron atendidas en la primera o última demanda, siendo que el 86% relataron las atenciones como “muy buena y buena”.

Ya la Investigación de Asistencia Médico-Sanitaria (AMS) 2005, que busca “revelar el perfil de la capacidad instalada y de la oferta de los servicios de salud en Brasil”, computó un total de 77.004 establecimientos de salud en actividad, aunque parcial, tuvo un aumento relativo de 17,8% con relación a los datos obtenidos por la AMS 2002. Contrapuestos esos datos a aquellos relatados en 1988, año de la promulgación de la CF, se ve un aumento de más del 100% del número de establecimientos de salud, que eran de 33.632 en aquel año. Dentro de los establecimientos evaluados por la AMS 2005, se observó un crecimiento de la participación del sector público

en las regiones Norte (2,7% al año), Nordeste (7% al año) y Sudeste (5,8% al año) al ritmo que en las regiones del Sur (5% al año) y Centro-Oeste (15,2% al año) fue mayor a la ampliación de la red privada. Ya en relación al número de camas disponibles, la AMS 2005 señala una reducción, si se le compara con los datos de 1988; eso, pues, no significa necesariamente un retroceso, una vez que creció la oferta de establecimientos sin internación, así como viene disminuyendo la necesidad propia de esta, especialmente por la inserción de procedimientos menos invasivos y de más rápida recuperación en las prestaciones ofrecidas por el SUS<sup>134</sup> (caso de los procedimientos por video laparoscopia, por ejemplo).

## 6. Consideraciones finales: algunas tendencias con relación a la efectivización del derecho a la salud en Brasil

Si la afirmación categórica de perspectivas y tendencias puede mostrarse hasta temeraria, el análisis de los datos que fueron aquí reseñados, sea en términos doctrinarios y jurisprudenciales, sea de los datos estadísticos e institucionales (más estrechamente vinculados a las políticas públicas de efectivización del derecho a la salud), permiten, con todo, la identificación de algunas cuestiones importantes, cuyo debate, evidentemente, no se termina en el presente texto.

Dentro de estos, un punto aún neurálgico es la garantía de la efectiva protección del derecho fundamental a la salud que se encuentra ciertamente en el financiamiento y, de modo especial, en la implantación de instrumentos que aseguren un continuo flujo de caja entre los entes federativos. En este paso, las contradicciones entre una realidad de centralización de recursos y un ideal de federalismo cooperativo abren todo un nuevo capítulo a discusión (inviabile, aún, en los límites de este trabajo), así como, por lo menos, la garantía de aplicación de los porcentajes mínimos establecidos por el texto constitucional para las acciones y los servicios de salud. Las dificultades de real efectuación de la Enmienda Constitucional N° 29/2000, sumadas a la

134 Para mayor profundización, consultar el documento *Estadísticas de salud: asistencia médico-sanitaria 2005*. IBGE, Departamento de Población e Indicadores Sociales. Río de Janeiro: IBGE, 2006, p. 162. Disponible en: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/ams/2005/ams2005.pdf>; acceso el 31-05-2008.

problemática de la Desvinculación de los Ingresos de la Unión (DRU), rondan las políticas públicas de salud como verdaderas amenazas, imponiendo un recelo fundado a respecto del éxito de los programas de salud. La carencia de infraestructura en los diferentes niveles de complejidad del sistema, por su parte, aunque atenuada por diversas acciones estatales que vienen siendo realizadas, aún es una realidad enfrentada por muchos brasileros, y, peor, por los más carentes, que no tienen la opción por los servicios privados de los planes y seguros de salud, menos aún el acceso a los consultorios y clínicas particulares.

En términos jurisprudenciales, la especialización de los magistrados, tanto por la creación de Jurisdicciones Especializadas en las cuestiones de salud, cuanto por el perfeccionamiento específico a nivel técnico-formativo, puede ser un camino a ser seguido, en la búsqueda de una comprensión más amplia y, al mismo tiempo, profunda sobre el tema, así como de una mejor preparación, especialmente si es incentivado el ejercicio de un papel más activo por parte del juez de causa. La necesidad de profesionales especializados y que no presenten conflicto de intereses con la materia discutida en la demanda en juicio abre espacio no solamente para la formación de nuevos experts, sino para la colaboración de las entidades de clase, especialmente de los profesionales de la salud –resaltando, también aquí, otra faceta de los principios constitucionales de la subsidiariedad, de la eficiencia, de la solidaridad y de la cooperación, por la búsqueda de informaciones de quien las pueda disponer y prestar con mayor propiedad e imparcialidad.

Al mismo tiempo, la discusión de los criterios acerca de la ubicación de los recursos públicos, financieros y sanitarios, en programas de salud y en otras políticas públicas, traen a la luz el cuestionamiento sobre los límites y las posibilidades de control judicial en esta materia. Ciertamente la solución no se encuentra en los extremos, esto es, ni en el activismo judicial exacerbado, ni tampoco en la omisión judicial al respecto, pero requerirá un esfuerzo de los operadores del Derecho en el sentido de crear los mecanismos y foros adecuados para la discusión, revitalización y sentido del principio de la separación de los Poderes como armonización y colaboración mutua, especialmente delante de los objetivos mayores fijados por el Artículo 3° del texto constitucional. La tendencia de elaboración de pautas objetivas (estándar) que puedan auxiliar al magistrado en la decisión del caso concreto merece todo el aplauso

y reconocimiento, indicando una directriz más segura a ser perseguida, tanto en las acciones individuales, cuanto en la tutela colectiva de la salud dado que –¡este punto ha de ser destacado!– no resulten en desconsideración de la individualidad de los casos y acarreen la funcionalización del derecho fundamental y de la dignidad de cada persona en pro de un absoluto interés colectivo. Más allá de eso, hay que enfatizar la discusión propuesta por diversos doctrinarios acerca de las acciones colectivas sobre el derecho a la salud, especialmente si a ellas se pudieran aportar nuevos instrumentos, como es el caso de la intervención del *amicus curiae*, agregando elementos fácticos importantes a la comprensión de la materia y, pues, al deslinde de la propia causa, así como el incentivo a nuevas formas de acuerdos pre-judiciales o, cuando eso no fuera posible, en el desarrollo de competencias normativas semejantes a aquellas ya vigentes en el (también social) derecho del trabajo.

Al fin y al cabo, las perplejidades y contradicciones que enfrentamos se deben a las propias carencias del sistema de protección de los derechos sociales como un todo, agravadas por las dificultades de un país marcado por tamañas desigualdades sociales y regionales como el Brasil. Si el camino del desarrollo humano pasa por la construcción de instrumentos de tutela y de implementación de todos los derechos fundamentales, con especial énfasis sobre los derechos sociales, el igual respeto a la dignidad de todo brasilero y la certeza de que tendrá condiciones adecuadas de desenvolverse como persona y ciudadano presuponen esa reflexión, en el ámbito del derecho fundamental a la salud y, más ampliamente, de los demás derechos sociales. Por último, se espera que con este ensayo, a pesar de lo incompleto, haya sido posible por lo menos para contribuir al balance necesario de la evolución de la protección y promoción de la salud en el marco jurídico-constitucional brasilero.