

# LA BIOÉTICA Y LA JUDICIALIZACIÓN DE LA SALUD EN BRASIL

Oriana Piske de Azevêdo Barbosa \*

Caroline Piske de Azevêdo Mohamed \*\*

Dirce Guilhem \*\*\*

Resumen: El objetivo de este estudio es analizar los desafíos de la bioética y de la judicialización de la salud en Brasil y presentar sugerencias para reducir este fenómeno. Se llevó a cabo una revisión crítica de la literatura mediante libros y artículos médicos y jurídicos. La alianza entre bioética y derechos humanos anuncia una nueva forma de humanismo, que reconoce los componentes biológicos y éticos de la naturaleza humana, cuya dignidad debe ser preservada. Es preciso garantizar la vida y la salud considerando el derecho individual pero sin que atropelle el colectivo. Donde la igualdad y la equidad de un sistema de salud debe ser abarcativo para todos. Por eso, frente a invoca-

---

\* Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad del Museo Social Argentino (UMSA). Maestra en Derecho por la Universidad Federal de Pernambuco (UFPE). Especialización en: Teoría de la Constitución, Derecho del Trabajo y Derecho Civil-Constitucional en UNICEUB. Jueza de Derecho en el Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territórios (TJDFT).

\*\* Maestranda en Ciencias de la Salud por la Universidad Federal de Brasilia (UNB). Especialización: Odontología de Salud Pública por la Universidad Federal de Brasilia (UNB). Profesora de Odontología en Salud Colectiva I, Centro Universitário UDF.

\*\*\* Posdoctorada en Bioética y Ética en Investigación en Seres Humanos por la Facultad Latinoamérica de Ciencias Sociales (FLACSO-Argentina) en colaboración con el Colegio Albert Einstein de Medicina, EE.UU. y Posdoctorada en Bioética por la Universidad Complutense en Madrid. Profesora e investigadora por la Universidad de Brasilia, Coordinadora del Laboratorio de Bioética y Ética de la Investigación, Directora de los Programas de Posgrado en Enfermería y Ciencias de la Salud de la UNB.

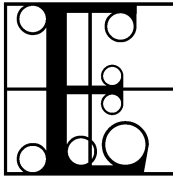
ciones de posibles vulneraciones los tribunales tienen que brindar protección de manera urgente. Estamos viendo un incremento del litigio que involucra cuestiones de salud – la llamada judicialización de la salud – una “enfermedad” del Sector Sanitario. El tratamiento para esa “enfermedad” requiere, entre otras propuestas, que los jueces sean asesorados por un cuerpo de expertos, proporcionando acceso a los conocimientos de la ciencia y de los consensos internacionales, que permitan resolver las cuestiones de forma más justa posible.

**Palabras-Clave:** bioética, bioderecho, salud, Brasil, judicialización.

**Abstract:** The aim of this study is to analyse the challenges of bioethics and the judicialization of health in Brazil and present suggestions for reducing this phenomenon. Was carried out a critical review of the literature by medical and legal books and articles. The alliance between bioethics and human rights heralds a new form of humanism, which recognizes the biological and ethical components of human nature, whose dignity must be preserved. It must guarantee the life and health considering the individual right but not run over the collective. Where equality and equity of a health system must be comprehensive for all. So invocations against possible violations courts have to urgently provide protection. We are seeing an increase in litigation involving health issues - the so-called judicialization of health - a "disease" of the health sector. The treatment for this "disease" requires, among other proposals, that judges are advised by a body of experts, providing access to knowledge of science and international consensus, to resolve the questions as fairly as possible.

**Keywords:** bioethics, biolaw, health, Brazil, judicialization.

## INTRODUCCIÓN



El surgimiento de la Bioética puede ser explicado por factores históricos, científicos y sociales. En los últimos 50 años, el progreso espectacular de la medicina abrió posibilidades, hasta entonces, imprevistas para la investigación científica y trajo mejoras irrefutables en la salud poblacional mundial y pasó a presentar dilemas inesperados en términos éticos, morales y legales (1).

Cada avance de la Biología y de las Ciencias de la salud como trasplantes de órganos, o técnicas de reproducción asistida enfrenta obstáculos sociales y psicológicos, además de levantar cuestiones religiosas, éticas y jurídicas. Lo mismo ocurre en la investigación sobre embriones humanos, un tema muy sensible, pues trata de los orígenes de la vida y envuelve conceptos morales, así como intereses científicos y financieros (1).

En ese paso, se verifica que la genética capacitó a la humanidad para intervenir en su propia naturaleza biológica – una perspectiva inquietante. Esos descubrimientos no son aislados o limitados. Estamos presenciando una genuina revolución biológica. De otra parte, nosotros encontramos con una cantidad de actores con muy disímiles intereses, potencialmente generadores de conflictos que buscarán resolverlos a través de la justicia, siendo que su escalada lleva la llamada judicialización de la salud – una “enfermedad” del Sistema Sanitario.

El derecho a la salud es incuestionable y debemos hacer todo lo necesario para preservarlo. Por eso, en defensa de un Sistema de Salud solidario y sostenible objetivamos cuestionar, en ese artículo, ciertas prácticas: médicas, de gestión sanitaria, de políticas públicas del Ejecutivo, del Legislativo y del Judiciário, que lo ponen en riesgo y presentamos algunas sugerencias para la reducción de la judicialización de la salud en Brasil.

## METODOLOGIA

Este trabajo es una revisión crítica bibliográfica. Fueron utilizados libros y artículos jurídicos y médicos. De esa investigación surgieron dos ejes temáticos: los dilemas de la bioética y de la judicialización de la salud en Brasil. Construimos una síntesis personal a partir de los abordajes teóricos (dogmáticos) y sociológicos (pesquisa sobre decisiones judiciales en materia de asistencia farmacéutica), con el propósito de delinear el papel del juez brasileño en la concretización de los derechos a la salud y el fortalecimiento de la cultura de derechos humanos.

## LA BIOÉTICA Y SUS DESAFÍOS

En apenas algunas décadas, los científicos decodificaron la base química del código genético y lanzaron las bases para la Biología molecular y la Ingeniería genética. Actualmente, la humanidad es capaz de alterar la información genética para fines prácticos y incluso, intervenir en su propia naturaleza biológica, como especie – ciertamente el aspecto más perturbador en términos de la Bioética.

La Bioética debe reconocer los beneficios de los avances científicos, mientras se mantiene constantemente alerta para los riesgos y peligros que ellos presentan. Aunque pueda llevar a nuevas y prometedoras formas de erradicar enfermedades que hace mucho tiempo afectan al hombre; ese progreso también levanta temores que se justifican sobre los efectos indeseables y uso indebido, como la manipulación genética y sus aplicaciones, la vuelta de doctrinas eugenésicas (que ahora tienen una gama de herramientas sofisticadas a su disposición) o experiencias con genes en poblaciones vulnerables (1).

En la actualidad, la comunidad científica demuestra su perplejidad y rechazo contra la manipulación de células germinales, que fue realizada por el Equipo de los investigadores

Liang, P. *et al.*, del laboratorio de Junjiu Huang, en China, a pesar de la moratoria para las tentativas de edición genética de embriones humanos, por la Sociedad Internacional de Pesquisa de Células Madre (ISSCR) (2). La publicación de los resultados de esa experiencia, en el revista *Protein & Cell*, el día 18 de abril 2015, inicio un debate ético entre los científicos de todo el mundo (3). Los defensores de la modificación genética argumentan que el método podría llevar a la eliminación de enfermedades como la Beta Talessemia, Síndrome de Down, la enfermedad de Parkinson y otras, mismo antes que nazca la persona (3). Los críticos comentan que destruir una enfermedad antes de que la vida puede desarrollar, puede traer inesperadas consecuencias genéticas que pueden ser incluso peor que el presente. Añaden, también, que la técnica carece de seguridad y es cuestionable del punto de vista ético (4-5).

Vale recordar que, el surgimiento de la Bioética coincidió con el clamor generalizado levantado por los horrores de la Segunda Guerra Mundial, reacción que culminó con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en 1948. El objetivo primordial de la Bioética se basa en el principio humanista de afirmar la primacía del ser humano y defender la dignidad y la libertad inherentes al mero hecho de pertenecer a la especie, delante de un contexto mutante y en constante evolución de las ciencias de la vida (1).

La Bioética es un baluarte tanto en términos de metas como en su naturaleza multidisciplinar y interdisciplinar. A fin de proveer soluciones adecuadas a los nuevos desafíos científicos, para los que la ética tradicional se ha revelado insuficiente, se busca encontrar formas de que las Ciencias naturales y sociales se comuniquen entre sí, cada cual con sus metodologías y puntos de vista específicos, y unir diferentes campos de conocimiento, desde la medicina, la filosofía y la biología hasta llegar a la sociología, a la antropología y al derecho (1).

La Bioética deflagró una consciencia global que está

ayudando a transformar los ideales de justicia mundial en realidad, a través de las iniciativas de los Comités de Ética nacionales y de los Comités de Bioética hospitalarios, además de la enseñanza y la investigación. También se debe notar que, casi sin excepción, las escuelas médicas pasaron a incluir la disciplina en sus programas de enseñanza, demostrando su papel esencial en la práctica médica (6). En efecto, los códigos, las normas y los protocolos relativos a la Bioética se han adoptado en diversos lugares, y la Unesco los consideró esenciales para crear un foro de reflexión y debate – el Comité Internacional de Bioética (7).

## DILEMAS DE LOS SISTEMAS DE SALUD Y LAS VÍAS DE LA JUDICIALIZACIÓN

La experiencia internacional nos muestra que hay dos grandes modelos de Sistemas de salud: los Sistemas Públicos universales – Suecia, Dinamarca, Reino Unido, Canadá y otros países – en los que la salud es, en realidad, un derecho de los ciudadanos y los Sistemas segmentados en que una parte significativa de los servicios se vende por seguros privados de salud – Estados Unidos, Brasil, Argentina y otros (8).

Es notorio que los Sistemas Públicos universales, generalmente, prestan servicios más efectivos, más eficientes y más equitativos. En los países desarrollados, con excepción de los Estados Unidos, los Sistemas de salud son verdaderamente universales. Allá no existen seguros privados compitiendo con los servicios que oferta el Estado (8).

Cuando eso ocurre, como en Brasil, el Sistema de salud tiende a estar insuficientemente financiado porque los pobres, la gran mayoría de los usuarios del Sistema Único de Salud (SUS), tienen baja capacidad de articular sus intereses y de vocalizarlos en los grandes foros de decisión política. Por otro lado, es necesario tener claro que todos los Sistemas Públicos

de salud del mundo, incluso los de los países ricos, presentan filas para alguna atención al público en que hay desequilibrio entre la oferta y la demanda (8).

Podemos afirmar que en materia de salud existen conflictos difíciles de zanjar teniendo en cuenta la cantidad de actores que intervienen, muchos de ellos con intereses diferentes y en algunos casos contrapuestos. La medicina se ha vuelto muy compleja por lo que las posibilidades de cometer errores son cada vez mayores. Por otra parte, con el desarrollo tecnológico es posible vivir más años y con una buena calidad de vida, pero ha incrementado los costos de los servicios en salud. Si a todo esto le sumamos la existencia de pacientes más informados por el auge de los medios de comunicación e información, además la aparición de los “grupos de pacientes” y los conflictos de intereses entre los profesionales de la salud y organizaciones; y la variabilidad de la práctica médica, las nuevas tendencias del Derecho de daños de considerar al «paciente» como un «consumidor» y el reconocimiento de la salud como un Derecho humano fundamental; todo en ello también ha contribuido en mayor o menor medida en la judicialización en el ámbito sanitario (9).

La medicina trabaja en la evidencia científica y los consensos para que los avances de la ciencia y la tecnología lleguen a la mayor cantidad de personas. Sus altísimos costos obligan a un uso adecuado y estratégico de los recursos para poder financiarla. El factor importante es la tendencia moderna de incorporar la Teoría de los Derechos del consumidor al Derecho de la salud. Es una tendencia que viene de la mano del neoliberalismo que tuvo su máximo alcance en América Latina en la década de los 90’ (9). El consumidor, muy bien informado, exige y elige, es el que protagoniza en la relación de consumo. La incorporación de esta teoría obedece a la necesidad de brindarle mayor protección jurídica al paciente por considerarlo el eslabón más débil de la cadena. Según la Organización

Mundial de la Salud (OMS), 1 de cada 300 pacientes sufre efectos adversos, patologías y muertes producto del Sistema de salud, su atención y prestaciones, entonces se pregunta: ¿Cómo no judicializar? ¿Cómo evitar los pleitos?(10)

Es preciso garantizar la salud considerando el derecho individual pero sin que atropelle el colectivo. Donde la igualdad y la equidad de un Sistema de salud debe ser abarcativo para todos. La vida, la libertad y la salud son bienes que necesitan tutela inmediata. Por eso, frente a invocaciones de posibles vulneraciones los tribunales tienen que brindar protección de manera urgente. Estamos viendo un incremento del litigio que involucra cuestiones de salud.

La judicialización pasó a ser el primer desafío que hoy deben soportar los Sistemas de salud. Los conflictos sanitarios originados por eventos adversos, errores médicos o falta de prestaciones por parte de los financiadores, terminan siendo resueltos por los jueces cuando en realidad deberían resolverse dentro del ámbito sanitario (11).

El avance tecnológico y científico originó situaciones novedosas que contribuyeron al incremento de los reclamos por parte de la comunidad: los diagnósticos genéticos, las fertilizaciones “in vitro”, el tratamiento con células madre, los nuevos tratamientos para combatir la obesidad como la cirugía bariátrica y la incorporación del soporte vital, etc.

Otro de los desafíos lo constituye el envejecimiento de la población y las nuevas enfermedades crónicas. En la actualidad es posible vivir más años, con enfermedades que hasta no hace mucho tiempo eran mortales, y con una muy buena calidad de vida. Todo ello, gracias a otro de los desafíos: las nuevas tecnologías. Es decir, la aparición de nuevos medicamentos y tratamientos que alargan la vida y mejoran su calidad, pero a un costo muy elevado. El desafío es hacerlos accesibles a toda la población y al menor costo posible.

Cuando nos referimos al tema de las vías de la judicia-



zación podemos hacer alusión a las tres formas posibles:

a. Acciones judiciales; Casos como de medicamentos y prestaciones de servicios de salud de alto costo.

b. Reclamos por responsabilidad profesional médica; Casos de mala praxis.

c. Conflictos éticos, que terminan resolviéndose, muchas veces, en la justicia. Casos como del aborto no punible, en los que a pesar de contar con normas claras al respecto, el temor a posibles reclamos provoca que se judicialicen.

El uso del mandato judicial también remite a una discusión más abarcadora del origen de las acciones y de la diversidad de intereses en juego que, la gran mayoría de las veces, sobrepasan la situación individual que allí se presenta. Así, la justicia fue la vía preferencial utilizada por el movimiento de los portadores del virus del VIH/SIDA en Brasil, en la década del ochenta, habiendo sido un canal importante para la garantía de medicamentos y exámenes para el tratamiento y control de la enfermedad en los programas conducidos nacionalmente por el Poder Ejecutivo. Entretanto, hay que considerar el *marketing* y las presiones de la industria farmacéutica sobre los médicos, las ONGs, las instituciones y las personas portadoras de VIH/SIDA para la incorporación de nuevos medicamentos y exámenes, en el origen de muchos de esos procesos, independientemente de las cuestiones relacionadas al uso racional de procedimientos médicos y de los posibles daños asociados a la indicación inapropiada y al mal uso. Esa misma situación se aplica en los mandatos de la actualidad en otras condiciones como neoplasias y enfermedades raras con tratamientos experimentales y/o de alto costo (12).

El hecho es que en un contexto de restricciones y baja capacidad del Estado brasileño en responder a los problemas de salud, tuvo destaque la acción del Poder Judicial y la del Ministerio Público. Así, las acciones judiciales se mueven muchas veces contra los gestores estaduais y municipales, de servicios

públicos de salud, particularmente en las áreas en que la política nacional expresa mayores lagunas y contradicciones. Ejemplo de eso son las exigencias de compra de determinados medicamentos en situaciones dudosas o contradictorias con las políticas en vigor, como para personas atendidas en el Sector Privado; cuando no existe seguridad sobre la eficacia de la droga; o en el caso de medicamentos esenciales en falta en la red básica de servicios, eventualmente disponibles como genéricos en farmacias comunes o en las conveniadas al Programa Farmacia Popular (12).

La propia actuación del Poder Judicial y del Ministerio Público en Brasil acaba por llevar a cuestionamientos de otra naturaleza. ¿Qué criterios se han utilizado por esas Instituciones en sus orientaciones? Y lo que se percibe es que la acción del Poder Judicial y del Ministerio Público está fragmentada entre diversas autoridades que, frente a la carencia de parámetros objetivos del Poder Ejecutivo e incluso de la ley, muchas veces se definen criterios propios para decidir y juzgar. Se revelan, de esta forma, la fragilidad y las deficiencias en la relación entre los poderes del Estado en lo que se refiere a la concretización del Derecho a la salud (12).

De hecho, hay dos corrientes de pensamiento: una que ve en la "judicialización" un importante paso rumbo al perfeccionamiento del ejercicio de la ciudadanía, o sea, de forma positiva; y otra que sostiene lo opuesto. Las consecuencias negativas de la judicialización en relación las acciones judiciales, genera iniquidad y amenaza contra la salud del paciente, ya que muchas veces se solicitan por esta vía de tratamientos sin suficiente evidencia científica en cuanto a su seguridad y eficacia (13).

En ese cuadrante es fundamental desarrollar la gestión de riesgos en salud. En efecto, el programa de gestión de riesgos busca el abordaje anticipado de cada incidente o evento adverso (13). Hoy se considera que los factores de riesgo no están

referidos exclusivamente al acto médico, por lo que el análisis de los errores en salud debe focalizarse más en factores organizacionales. La propia Organización Mundial de la Salud aconseja un abordaje sistémico (10).

La mediación, la negociación y la búsqueda de metas compartidas se han convertido en herramientas imprescindibles que requieren personal bien entrenado y apto para la implementación de unidades, dentro de cada establecimiento, capacitadas en tratar de resolver los conflictos en salud.

## JUDICIALIZACIÓN DE LA SALUD EN BRASIL

El Derecho a la salud está garantizado por la Constitución Federal de 1988. El art. 6° describe la salud expresamente como un Derecho social y el art. 196 de la Carta Magna, a su vez, establece que este derecho se garantizará mediante la elaboración de políticas sociales y económicas por parte del Estado (14). Las políticas públicas, a su vez, se destinan a racionalizar la prestación colectiva del Estado, con base en las principales necesidades de salud de la población, de forma a promover la tan aclamada justicia distributiva.

Como el Poder Judicial actúa bajo la perspectiva de la justicia conmutativa o, como denomina Amaral (2001), bajo el ámbito de la micro-justicia del caso concreto, el desafío de incorporar la política pública de salud en sus decisiones se revela indispensable para el avance de la jurisprudencia, en el sentido de compatibilizar la justicia conmutativa, dentro de cada proceso, con la justicia distributiva, representada por la decisión colectiva formulada y formalizada por medio de los diversos actos normativos que componen la política de asistencia a la salud, emanados de los Poderes Legislativo y Ejecutivo (15).

Estudios emprendidos por Messeder *et al.* (2005), Marques y Dallari, (2007) Vieira y Zucchi (2007) apuntan un gran y exponencial número de acciones judiciales individuales que

demandan esas prestaciones del Estado (16-18). Campilongo (2002), basado en la Teoría del Sistema elaborada por el filósofo alemán Niklas Luhmann sostiene que ocurre la "judicialización" de la política cuando el Poder Judicial, órgano central del Sistema jurídico, pasa a actuar además de los límites estructurales de este sistema, operando con herramientas propias del Sistema político, sin tener capacidad para tanto, y ejerce así la función que sólo el Sistema político puede ejercer en la sociedad, cual sea: la toma de decisiones colectivamente vinculantes. O sea, es la superposición de las decisiones judiciales al marco normativo elaborado por el Sistema político (19).

Los estudios emprendidos hasta el momento en Brasil por Messeder *et al* (2005); Marques y Dallari (2007); Vieira y Zucchi (2007), que analizan decisiones judiciales en materia de asistencia farmacéutica contra el Estado, publicados en las principales revistas nacionales de Salud Pública, versan sobre investigaciones regionales, que no permiten generalizaciones y afirmaciones en nivel nacional (16-18). Tampoco tenemos datos precisos sobre la representación de la población en estos procesos, principalmente en lo que atañe al apoyo de asociaciones, hecho que se viene imputando como una posible manipulación de la demanda, frente a la financiación de algunas de esas asociaciones por industrias farmacéuticas interesadas en la comercialización de este o de aquel fármaco (12).

Vieira y Zucchi (2007) demuestran que entre las acciones analizadas contra el Municipio de São Paulo el 2% versaban sobre medicamentos constantes en los servicios ofertados por el SUS – Sistema Único de Salud (18). Marques y Dallari (2007) indican que entre los procesos investigados el 9,6% trataban de medicamentos sin registro en la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria – ANVISA (17). Tampoco tenemos informaciones científicas oriundas de estos procesos, capaces de promover un serio debate sobre la eficacia terapéutica de los medicamentos no estandarizados concedidos por el Poder Judi-

cial, o sea, si estos poseen equivalentes terapéuticos ofrecidos por los servicios públicos. Entre los procesos analizados, en 2005 y 2007, en el Estado de Rio de Janeiro, la mayoría provenían de servicios del SUS (16,18).

El impacto financiero de esas acciones frente a la política pública de salud también merece datos precisos y nacionales, así como informaciones sobre otros bienes y servicios de salud demandados en juicio, como lechos de Unidades de Tratamiento Intensivo (UTI), ortesis, prótesis, entre otros (18). Hay que cuestionar también el verdadero impacto del total de la financiación de la salud y de las acciones planeadas y ejecutadas en materia de asistencia farmacéutica y terapéutica.

Así, se puede evidenciar, basado en datos significativos, los beneficios y prejuicios de la actuación judicial en la garantía del Derecho a la salud y su relación con la política de salud establecida. Y, garantizar el Derecho a la salud de forma efectivamente integral y universal, con la equidad necesaria y con el debido equilibrio entre los Sistemas jurídico y político del Estado, así como con la necesaria participación de la sociedad en este debate (11). Es fundamental la conjugación de las necesidades individuales puestas en los procesos y de las necesidades colectivas, formalizadas mediante políticas públicas e indispensables a la garantía del Derecho a la salud como Derecho social.

Atento al problema de la judicialización de la salud, en Brasil, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ), instituyó, en 2010, el Foro Nacional del Judiciario para la Salud. Como providencia inicial se creó un Sistema electrónico de acompañamiento de las acciones judiciales que envuelven la asistencia a la salud. En junio de 2012 el Foro fue reestructurado, con una nueva composición del Comité Ejecutivo, ahora formado por juzgadores, representantes del Ministerio de la Salud, de la Agencia Nacional de Salud Suplementaria (ANS) y, más recientemente, de la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria

(ANVISA).

Desde entonces, se han definido muchas providencias por el CNJ: investigación diagnóstica de la judicialización; incorporación, en la lista de cobertura de la ANS, de las decisiones sumuladas o de repercusión general, para que los contratos de las operadoras de planes de salud no contengan cláusulas nulas de pleno derecho, evitándose demandas judiciales futuras y abastecimiento a los juzgadores de informaciones científicas de credibilidad en el área de tecnología de la salud, por medio de la incorporación, en el *sitio* del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), de las Notas Técnicas de la Comisión Nacional de Incorporación de Tecnologías en el SUS (CONITEC). Disponible, también, en el *sitio* del CNJ, se encuentran los nombres de los conciliadores representantes de las operadoras de planes de salud, para estimular la conciliación.

El CNJ estableció propuesta de homologación y encaminamiento para su ejecución judicial inmediata de los acuerdos firmados en el ámbito de los PROCONs y no cumplidos, además de la obligatoriedad de abastecimiento por las operadoras de la razón de la negación de la prestación, en lenguaje accesible. Fueron elaborados memoriales sobre las competencias en el Sistema de Salud y la estructuración y actividades de los Comités Estadales del Foro de Salud brasileños. Ocurrieron reuniones con representantes de todos los Comités Estadales, con representantes de las operadoras de planes de salud, con dirigentes de la ANVISA y representantes de los PROCONs. El CNJ presentó sugerencias al Ministerio de Salud brasileño para la limitación de la práctica de sobre jornada y de la tercerización en los servicios de salud. Además de los proyectos para el combate del encarecimiento artificial de los servicios de salud y de Curso de Derecho Sanitario, para cualificación de los juzgadores.

En efecto, verificase que la desarticulación entre los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, en Brasil, revela la

importancia de la perfección de los mecanismos de "pesos y contrapesos" en la salud y de los canales de diálogo entre las instituciones públicas que operan en la garantía de los principios del Sistema Público de Salud y, también, del Sistema Privado. Aunque hayan ocurrido avances, permanece como gran desafío del Estado brasileño, entendido de forma amplia, garantizar la democracia y ejercer el papel mediador de intereses y demandas, estableciendo prioridades y actuando de forma equilibrada, dirigido al bienestar colectivo y no simplemente atendiendo a los intereses de grupos específicos, para ello se necesitan vencer innumerables dilemas (12).

## SUGERENCIAS

Presentaremos, a seguir, algunas sugerencias para reducir la judicialización de la salud en Brasil:

1. Trabajar desde la prevención, tanto de los errores médicos que pueden llevar a juicios de mala praxis, como de los conflictos que conduzcan a la judicialización por otras diferentes causas (falta de prestación, atención con prestadores ajenos al financiador, etc.);
2. La implementación de los programas de gestión de riesgos médico-legales como las unidades de gestión de conflictos que propician la posibilidad de trabajar con programas de calidad ya que tienden a buscar la seguridad del paciente;
3. Es preciso que los gestores públicos avancen con relación a la elaboración e implementación de las políticas de salud en Brasil;
4. La organización administrativa de la prestación de los servicios de salud, que, muchas veces, dejan a los ciudadanos sin la correcta asistencia médica y farmacéutica;
5. Ampliar un canal administrativo capaz de oír y procesar

- las diferentes demandas de la sociedad en este campo;
6. Es preciso que el Poder Judicial avance con relación a la incorporación de la dimensión política que compone el Derecho a la salud;
  7. El Poder Judicial debe buscar la especialización con la creación de varas especializadas en salud y regulación, pretendiendo, sobre todo, la formación de parámetros objetivos de decisiones judiciales atentas a las especificidades del sector, en un concepto multidisciplinar;
  8. Creación de cámaras técnicas y/o audiencias públicas;
  9. Una mayor regulación que pueda promover la integración entre el Sistema Público y el Privado debe ir más allá de la cuestión del resarcimiento.
  10. Debe avanzar en la estructuración de redes de salud, con autonomía y gobernanza propia, donde se puedan integrar aquellos que tienen y no tienen cobertura de Salud Suplementaria.
  11. La innovación, la búsqueda por la racionalidad y por la complementariedad.

## CONSIDERACIONES FINALES

El Derecho a la salud es un Derecho fundamental del ciudadano y un deber del Estado brasileño, aunque está garantizado de forma integral y universal por la Constitución Federal brasileña de 1988 (art. 196), no está garantizado plenamente en la práctica (14). El Sistema Único de Salud (SUS), a pesar de configurar una política consistente y sólida, con innegables avances, no consigue ofertar cuidados integrales y universales de salud a todos los ciudadanos brasileños. Y, la sociedad civil, por medio de la actuación combativa de órganos como el Ministerio Público y la Defensoría Pública buscan subsidios para pleitear este derecho a través del Poder Judicial. La inserción de estos actores en la reivindicación de la salud como un dere-



cho está contribuyendo, notoriamente, a lo que se convenció llamar de "judicialización de la salud" en Brasil, con todos sus aspectos positivos y negativos.

La actuación judicial gana espacio cuando no existen políticas públicas eficientes y eficaces o cuando ellas son insuficientes para atender mínimamente, tanto en la área de la Salud Pública como en el área de la Salud Complementaria (seguros de salud privados). El Derecho a la salud no puede entenderse como el derecho de estar siempre saludable, sino como el derecho a un Sistema de protección a la salud que da oportunidades iguales para que las personas alcancen los niveles más altos de salud posibles.

La actuación del Poder Judicial revela el control judicial de eventuales violaciones tanto por parte del Estado en la atención a la salud, e incluso, la participación en políticas públicas, específicamente de los seguros de salud privados, en el control judicial de abusos de cláusulas contractuales leoninas. Por otro lado, el exceso de órdenes judiciales puede desestabilizar la universalidad de la salud, uno de los fundamentos del Sistema de Salud Pública, como no hacer viable el Sistema de Salud Complementaria en Brasil.

La solución para el conflicto de intereses envolviendo el Derecho individual a la salud y el Derecho colectivo de viabilidad del Sistema de Salud demanda, de entre otros aspectos, la especialización de la magistratura en el área de salud, en una concepción multidisciplinar en la que el magistrado pueda subsidiarse de toda una estructura técnica, conjugando esfuerzos con el auxilio de peritos especialistas en medicina, en cálculos actuariales, a fin de garantizar mayor seguridad jurídica a sus decisiones.

Consideramos que solo con una mayor eficiencia en la formulación de políticas públicas, con proposición de criterios y parámetros de monitoreo, basados en evidencias científicas, se hará efectiva la garantía del uso y acceso racional a las tec-

nologías o a los medicamentos, sin necesidad de la intervención del Judiciario brasileño evitándose, igualmente, que el acceso a los servicios de salud se transforme en un factor más de iniquidad. En este sentido, vale recordar la imperiosa necesidad del incremento de un número mayor de asociaciones en el sentido del desarrollo de las Relaciones de Cooperación Técnica Internacional, en el área de Ingeniería Genética y Biotecnología.

En efecto, el Derecho a la salud en Brasil está en construcción permanente y probablemente pasará, con la importante contribución del planeamiento y de la gestión sistémicos, de un período de intervención judicial desmedida para un período de intervención judicial con más criterio, así como por un período de mayor efectividad por parte del Poder Público, factores que, por cierto, contribuirán para reducir las demandas judiciales y reafirmar las políticas públicas existentes.



## REFERENCIAS

- 1- LUGARINHO, Liliana Maria Planel. Bioética na incorporação de procedimentos, um olhar exploratório na saúde suplementar. 2004. 95 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca da Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro.
- 2- OLIVEIRA, Isabela de. *Repúdio à manipulação de embriões humanos*. Jornal Correio Braziliense. Ciência. 24.04. 2015, p. 17.

- 3- “CRISPR/Cas9-mediated gene editing in human tripronuclear zygotes” came from the lab of Junjiu Huang and is Liang, P. et al. *Protein Cell* DOI 10.1007/s13238-015-0153-5 Published on-line 18 abril 2015. Liang, P. et al. *Protein Cell* <http://dx.doi.org/10.1007/s13238-015-0153-5> (2015).
- 4- *Nature*. 2015 Mar 26;519(7544):410-1. doi: 10.1038/519410a. Don't edit the human germ line. Lanphier E, Urnov F, Haecker SE, Werner M, Smolenski J.
- 5- *Science*. 2015 Apr 3;348(6230):36-8. doi: 10.1126/science.aab1028. Epub 2015 Mar 19. *Biotechnology*. A prudent path forward for genomic engineering and germline gene modification. Baltimore D<sup>1</sup>, Berg P<sup>2</sup>, Botchan M<sup>3</sup>, Carroll D<sup>4</sup>, Charo RA<sup>5</sup>, Church G<sup>6</sup>, Corn JE<sup>7</sup>, Daley GQ<sup>8</sup>, Doudna JA<sup>9</sup>, Fenner M<sup>7</sup>, Greely HT<sup>10</sup>, Jinek M<sup>11</sup>, Martin GS<sup>12</sup>, Penhoet E<sup>13</sup>, Puck J<sup>14</sup>, Sternberg SH<sup>15</sup>, Weissman JS<sup>16</sup>, Yamamoto KR<sup>17</sup>.
- 6- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). Mejorar el desempeño de los Sistemas de salud. Informe sobre la salud en el mundo 2000, Ginebra, 2000.
- 7- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). Estadísticas Sanitarias Mundiales 2013. Ginebra: OMS, 2013. Disponible en <[http://apps.who.int/nha/database/Data\\_Explorer.aspx?ws=1&d=1](http://apps.who.int/nha/database/Data_Explorer.aspx?ws=1&d=1)>. Acceso el 26.07.2013.
- 8- NORONHA, J. C; LIMA, L. D; MACHADO, C. V. A Gestão do Sistema Único de Saúde: características e Tendências. In: Saúde no Brasil: contribuições para a agenda de prioridades de pesquisa. Brasília: Ministério da Saúde, 2004, p. 45-94.
- 9- CORTESI, M. Cristina. La judicialización en el ámbito sanitario y sus impactos en los financiadores. Publicado en 23.12.2013. Disponible en: <<http://mariacristinacortesi.blogspot.com.br/2013/12/la>

- judicializacion-en ambito\_24.html. >. Acceso el 06.05.2014.
- 10- OMS. Financiamiento de los sistemas de salud. El camino hacia la cobertura universal Informe sobre la Salud en el Mundo 2010, Ginebra, 2010.
  - 11- MARQUES, Silvia Badim. Judicialização do direito à saúde. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v.9, n. 2, jul./out., 2008.
  - 12- Barbosa, Oriana Piske de Azevêdo. De la posibilidad de compatibilizar la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas con el principio de la seguridad jurídica en caso de contrato de seguro médico [manuscrito] / Oriana Piske de Azevêdo Barbosa. - 2014. 541 f. + 1 CD-ROM (4 3/4 pol.)[001029293]
  - 13- CORTESI, M. Cristina. La judicialización: ¿única vía para resolver los conflictos en salud? Publicado en 03.12.12. Disponible en: <<http://www.mariacristinacortesi.blogspot.com.br/2012/12/la-judicializacion-unica-alternativa.html>>. Acceso el: 06.05.2014.
  - 14- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.
  - 15- AMARAL, Gustavo. Direitos, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
  - 16- MESSEDER, A. M.; OSÓRIO-DE-CASTRO, C. G. S.; LUÍZA, V. L. Mandados judiciais como ferramenta para a garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 525-534, 2005.
  - 17- MARQUES, S. B; DALLARI, S. G. A garantia do direito à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. Revis-

- ta de Saúde Pública, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 101-107, 2007.
- 18- VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista Saúde Pública* [online], v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007. [cited 2008-06-19].
  - 19- CAMPILONGO C. F. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.