

NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA SALUD EN BRASIL A LA LUZ DEL DERECHO A UN MÍNIMO EXISTENCIAL¹

Ricardo Perlingeiro²

*Profesor Catedrático. Facultad de Derecho de la Universidad Federal Fluminense
Juez Federal del Tribunal Regional Federal de la 2ª Región (Rio de Janeiro)*

SUMARIO: 1. Alcance de la expresión “judicialización de la salud” en el escenario actual. 2. Nuevas formas de abordar la reserva de lo posible y el mínimo existencial (Existenzminimum) en materia de salud. 3. La judicialización del derecho a un mínimo existencial (Existenzminimum). 4. La falta de comprensión en la diferenciación entre derecho público y derecho privado, y su reflejo en la jurisdicción. 5. Consideraciones finales. 6. Bibliografía.

RESUMEN

El texto busca identificar los aspectos objetivos y subjetivos de derechos a un mínimo existencial (Existenzminimum), en materia de salud, mínimo existencial a partir de parámetros internacionales que, para ser restringidos en la esfera interna de los Estados, dependen de un fundamento constitucional y que están basados en hechos comprensibles, cuya demostración debe estar a cargo de la autoridad administrativa nacional. Respecto a la judicialización del derecho mínimo a la salud, se señala una grave equivocación como es la de tratar los conflictos sobre salud pública partiendo de principios típicos de la jurisdicción sobre conflictos de derecho privado,

deformando, de esta manera, el sistema público de salud con órdenes judiciales que rompen con el acceso universal a la salud y que muchas veces no son susceptibles de cumplirse, concluyendo que la judicialización del derecho a la salud frente a las autoridades administrativas reclama, necesariamente, la judicialización simultánea de los procedimientos administrativos correspondientes.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la salud, Mínimo existencial (Existenzminimum), Tutela judicial efectiva, Judicialización de la salud, Ejecución de decisiones judiciales en contra de las autoridades administrativas.

1 Adaptación de las presentaciones de los siguientes eventos: “Judicialización de la Salud”, IV Congreso Brasileño de Derecho Médico del Consejo Federal de Medicina, Brasilia-DF, del 28 de ago. 2013; “Derecho a la Salud y judicialización”, Congreso en los XXV Años de la Constitución Ciudadana, Niterói, del 2 de oct. 2013; “La judicialización de la Salud”, III Congreso Brasileño de Humanidades en Medicina del Consejo Federal de Medicina, Salvador, del 24 de oct. 2013; “Nuevas perspectivas de la judicialización de la Salud frente a la Ley 12401”, Congreso de Bahía sobre judicialización de la salud del Tribunal de Justicia de Bahía, Salvador, del 31 de oct. 2013. La versión en portugués de este texto está publicada en la *Scientia Iuridica*, Braga/Portugal, Tomo LXII, 2013. n. 333, págs. 519-539.

2 Profesor Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal Fluminense. Juez Federal del Tribunal Regional Federal de la 2ª Región (Rio de Janeiro). Presidente del Comité Ejecutivo del Consejo Nacional de Justicia para el monitoreo y resolución de las demandas de asistencia a la salud en el Estado de Rio de Janeiro. El autor agradece por la revisión a la traducción a Ivonne Nohemi Diaz Madrigal, Licenciada por la Universidad Nacional Autónoma de México.

1. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN “JUDICIALIZACIÓN DE LA SALUD” EN EL ESCENARIO ACTUAL

El fenómeno de la judicialización de la salud, tal como se conoce en Brasil, continúa expandiéndose de forma geométrica,¹ sin embargo mantiene características propias que ameritan ser preliminarmente destacadas. Las pretensiones judiciales comúnmente formuladas en el ámbito de este fenómeno no buscan resarcir los daños; en la mayoría de los casos, son pretensiones orientadas a una actuación administrativa que resulta en la entrega de medicamentos, productos o servicios de salud.² Se limitan básicamente a conflictos originados en actuaciones de las autoridades responsables por la asistencia a la salud o en actuaciones particulares en el ejercicio de un poder equivalente.³ Por lo tanto, son conflictos esencialmente de derecho público,⁴ cuya solución depende de la constante ponderación entre el interés privado y el interés público.

Ejemplos recientes de la judicialización de la salud nos muestran que aún existen muchas dudas sobre el cómo responder eficazmente a los conflictos judiciales involucrando el derecho a la salud frente a la Administración Pública.

Obsérvense los términos de la noticia publicada en la página *web* del *Consultor Jurídico*, del día 8 de junio de 2013:

Médicos de las centrales de regulación de vacantes de la red hospitalaria pública del estado y

1 Un relatorio preliminar elaborado por el Consejo Nacional de Justicia apunta a la existencia de 240.980 (doscientos cuarenta mil novecientos ochenta) acciones judiciales, en curso, en materia de derecho público a la salud, en 2011, en los tribunales estatales y federales de Brasil (Datos preliminares relativos às demandas de assistência à saúde nos tribunais, Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponible en: <www.cnj.jus.br>. Acceso el 18 de nov. 2013).

2 Ver PERLINGEIRO, Ricardo. O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva, e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde. *Revista de la Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, Belo Horizonte, v. 5, No. 10, págs. 217-227, 2012. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=2241142>>. Acceso el: 18 de nov. 2013.

3 Ver PERLINGEIRO, Ricardo. A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade (Impresso)*, v. 41, págs. 184-203, 2012. Disponible en: <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2250121>>. Acceso el: 18 de nov. 2013.

4 Sobre el concepto de derecho público basado en los actos de autoridad (*hoheitliche Gewalt*), ver MAURER, Hartmut. *Derecho administrativo alemán*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, pág. 52.

del municipio de Rio de Janeiro denunciaron, en reunión con la dirección del Consejo Regional de Medicina de Rio de Janeiro, situaciones de abuso de autoridad por parte de operadores de la Justicia. Por medio de determinaciones judiciales, los representantes del Tribunal de Justicia de Rio de Janeiro han exigido que los médicos encuentren vacantes para los pacientes, aun cuando no hay ninguna disponibilidad en los hospitales de la red. Los profesionales también se quejaron de ser presionados a transferir pacientes en estado de gravedad hacia camas de la UTI. Ellos afirman que están siendo coaccionados, pues corren el riesgo de ir presos. Dos médicos de la central de regulación de vacantes del estado están siendo procesados criminalmente, por no haber cumplido una decisión judicial.⁵

También destaco un documental que aparece en la página *web* del Consejo Regional de Medicina de Espírito Santo, del día 31 de julio de 2013:

El Consejo Regional de Medicina de Espírito Santo (CRM-ES) entró hoy, 31 de julio, con una Acción Civil Pública contra el servicio de Pronta-Atención (PA) (urgencias) de Guarapari por las malas condiciones del local y, principalmente, por realizar partos en el lugar. La PA, informa el presidente del CRM-ES, Aloizio Faria de Souza, es una unidad en que no pueden realizarse partos o procedimientos quirúrgicos. La acción fue presentada en el Tribunal Federal Civil de Victoria. Mañana, 1º de agosto, el CRM-ES presentará otra Acción Civil Pública, también en el Tribunal Federal Civil de Victoria, contra el Hospital San Lucas. “Las condiciones del hospital son pésimas, con pacientes graves ‘internados’ en los pasillos. Esperamos que la Justicia imponga al Gobierno del Estado, se pongan a disposición recursos para la solución de este grave problema. Estamos conviviendo con muertes evitables. Es necesario terminar este escenario de guerra”, protesta el presidente del CRM-ES.⁶

5 Médicos denuncian abusos de la Justicia de RJ. *Consultor Jurídico*, 8 de jul. 2013. Disponible en: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-08/medicos-regulam-vagas-leitos-denunciam-abuso-justica-rj>>. Acceso el: 4 de nov. 2013.

6 Acción Civil Pública contra la PA de Guarapari y el Hospital San Lucas, CRM-ES, 31 jul. 2013. Disponible en: <http://www.crmes.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21021>. Acceso el: 4 de nov. 2013.

2. NUEVAS FORMAS DE ABORDAR LA RESERVA DE LO POSIBLE Y EL MÍNIMO EXISTENCIAL (*EXISTENZMINIMUM*) EN MATERIA DE SALUD

La Ley nº 12.401, de 28 de abril de 2011,⁷ que da una nueva redacción a la Ley nº 8.080, de 19 de septiembre de 1990, dispone que la asistencia integral corresponde al suministro de medicamentos y productos de interés para la salud, cuya prescripción esté conforme con las directrices terapéuticas definidas en el protocolo clínico para la enfermedad o el tratamiento en caso de que se agrave la salud, y en la oferta de procedimientos terapéuticos, bajo el régimen domiciliario, ambulatorio u hospitalario, que constan en catálogos elaborados por el gestor federal del Sistema Único de Salud (SUS), realizados en el territorio nacional por servicios propios, por convenio o por contrato.⁸

Se entiende, así, que ésta ley es general y delega a la autoridad administrativa la determinación de los límites de la integridad del derecho a la salud, considerando asistencia integral los medicamentos, productos y procedimientos terapéuticos que hayan sido indicados en actos administrativos normativos.⁹ Sin embargo, en este caso, se podría recomendar mayor ponderación al legislador; las autoridades administrativas no deberían tener una autorización tan amplia para decidir sobre lo que es obligatorio respecto a la prestación de salud, principalmente cuando se trata de prestaciones no esenciales; esto porque se corre el riesgo de agravio no sólo a la prerrogativa del legislador presupuestario para definir la diferencia en los gastos públicos,¹⁰ sino también al mismo

7 BRASIL. Ley nº 12.401, del 28 de abril de 2011. Dispone sobre la asistencia terapéutica y la incorporación de tecnología en salud en el ámbito del Sistema Único de Salud - SUS. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm>. Acceso el: 6 de nov. 2013.

8 Art. 19-M de la Ley 8.080/90, con redacción de la Ley 12.401/2011.

9 Según el art. 19-Q de la Ley 8.080/90, “la incorporación, la exclusión o la alteración por el SUS de nuevos medicamentos, productos y procedimientos, así como la constitución o la alteración del protocolo clínico o de la directriz terapéutica, es una atribución del Ministerio de Salud, asesorado por la Comisión Nacional de Incorporación de Tecnologías del SUS” -Traducción del autor-.

10 De acuerdo con Maurer, no responde plenamente al principio de la democracia parlamentaria la entregar a la autoridad administrativa, vía presupuesto, una suma destinada a derechos sociales sin especificar los destinatarios, la prestación etc. (op. cit., pág. 121).

principio de la reserva de ley.¹¹ La obligación de las prestaciones sociales debe ser consecuencia de una deliberación previa y democrática de la propia sociedad por medio del legislador. De esta manera, sería más coherente con el principio del Estado de derecho y con el postulado de la proporcionalidad, la exégesis según la cual la Ley 12.401/2011, a la que nos hemos ya referido, habilita a la autoridad administrativa a formalizar sólo las prestaciones de salud que sean esenciales a una existencia digna.¹²

Sin embargo, esto no significa rechazar cualquier pretensión judicial que se encuentre más allá del derecho a un mínimo. Se ha asentado en Brasil, la idea, que el derecho a la salud es un derecho fundamental, lo que se dice con fundamento en la Constitución,¹³ en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)¹⁴ y en el Protocolo de San Salvador adicional a la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)¹⁵. En este sentido, como el derecho fundamental a la protección de la salud es más amplio que el derecho a un mínimo en materia de salud, se da paso en la jurisdicción constitucional a pretensiones que buscan prestaciones más allá de los límites mínimos autorizados a la Administración por la Ley 12.401/2011; frente al derecho a una prestación esencial de salud, la pretensión dependerá de un control jurisdiccional de la

11 Sobre el principio de la reserva de la ley aplicable a derechos sociales, ver MAURER (Op. cit., págs. 114-128).

12 El derecho al mínimo existencial debe tener como base la ley (ALEMANIA. Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). 1 BvL 1/09, §§ 136 e 138 - 1 BvL 3/09 - 1 BvL 4/09. j. 9 feb. 2010. Disponible en: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20100209_1bv1000109.html>. Acceso el: 26 de ago. 2013). Aun cuando lo ideal sería que el legislador lo detallara mejor, es un hecho que las demandas sobre la salud esenciales podrían encuadrarse fácilmente en las excepciones al principio de la reserva de la ley (MAURER. Ibid., pág. 122), desde que este claramente fundamentada, como ocurre por ejemplo con el aumento inesperado de demandas provocadas por una epidemia o con las innovaciones tecnológicas capaces de curar una enfermedad grave antes incurable.

13 Art. 196 de la Constitución (BRASIL. Constitución de la República Federal de Brasil, del 05 de octubre de 1988. Disponible en: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acceso el: 11 de oct. 2013)

14 Art. 12 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y ratificado por Brasil el 24 de enero de 1992 (BRASIL. Decreto nº 591, del 06 de julio de 1992. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acceso el: 10 de oct. 2013)

15 Art. 10 del Protocolo de San Salvador de 1998, adicional a la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm>. Acceso el: 15 de oct. 2013).

actuación abusiva u omisiva de la autoridad administrativa, vale decir, de una jurisdicción administrativa.

En este contexto, es conveniente rever los conceptos de reserva de lo posible (*Vorbehalt des Möglichen*) y de mínimo existencial consagrados en la doctrina y jurisprudencia de Brasil bajo la admitida influencia, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán.¹⁶

La reserva de lo posible no se refiere a la falta de recursos materiales o financieros; ésta tampoco se confunde con la simple falta de presupuesto público. Efectivamente, la reserva de lo posible está intrínsecamente relacionada con la prerrogativa del legislador de escoger cuales beneficios sociales considera prioritarios para financiar, sin que esto, implique limitaciones o restricciones a derechos subjetivos existentes y exigibles. Por lo tanto, no se entiende la reserva de lo posible frente a un *mínimo existencial* y tampoco a derechos instituidos por ley. En estos casos, el margen de discrecionalidad del legislador es nulo, inclusive al presupuestario, bajo pena de ofensa al principio del Estado de Derecho. Ciertamente, la reserva de lo posible se manifiesta en cuanto a derechos fundamentales sociales que van más allá de la noción de un mínimo existencial, y que, para que se puedan exigir judicialmente, dependen de una ley que aún no existe.¹⁷

Tarea no siempre fácil es la propia comprensión del mínimo existencial, que puede ser asociado a una ponderación entre factores subjetivos y objetivos.

De acuerdo con un reciente precedente del Tribunal Constitucional alemán, de 2010, los ciudadanos tienen derecho a los presupuestos materiales indispensables para su existencia física (alimentación, vestuario, artículos domésticos, habitación, calefacción, saneamiento y salud) y a un mínimo de participación en la vida social, cultural y política, porque el ser humano necesariamente interactúa en las relaciones sociales. Sin embargo, según esta misma decisión, el *mínimo* debe corresponder al nivel de desarrollo de la comunidad y de las condiciones de vida existentes, sujetos a la actualización continua, donde reside el carácter subjetivo del derecho al mínimo

16 Ver PERLINGEIRO, Ricardo. É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais? *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 2, págs. 163-185, 2013. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=2343965>>. Acceso el: 6 de oct. 2013.

17 Ibid.

existencial, vale decir el único margen de maniobra de la ley.¹⁸

En lo que dice respecto al contenido objetivo del mínimo existencial, se invocan los aspectos instrumentales y sustantivos de los derechos.¹⁹

Los derechos procedimentales se destinan a garantizar la realización práctica de los derechos sustantivos; en el ámbito de los derechos fundamentales, también se conoce este enfoque, donde la conexión entre derechos fundamentales, organización y procedimiento se conoce como el *due process* de los derechos fundamentales y es frecuentemente considerada el único medio para la producción de resultados de conformidad con los derechos fundamentales.²⁰ Desde el punto de vista del derecho administrativo, la tutela judicial efectiva y el procedimiento administrativo son las principales garantías del interesado frente a las autoridades administrativas; en el mismo contexto, se incorpora a las políticas públicas. Respecto al papel condicionante del ejercicio previo de un derecho procedimental para satisfacer un derecho sustantivo frente a la Administración, la doctrina señala que “los derechos materiales tienen que penetrar en el procedimiento, y que los derechos fundamentales deben realizarse a través del procedimiento”.²¹

En el ámbito internacional, es posible deducir deberes mínimos de los Estados bajo el punto de vista tanto de los derechos procedimentales como de los derechos sustantivos a la salud. Respecto a los dere-

18 Ver ALEMANIA. Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). 1 BvL 1/09 - 1 BvL 3/09 - 1 BvL 4/09. j. 9 fev. 2010. Disponible en:

<http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20100209_1bvl000109.html>. Acceso el: de 26 ago. 2013.

19 Ver PERLINGEIRO, Ricardo. Os cuidados de saúde aos idosos entre as limitações orçamentárias e o direito a um mínimo existencial. 2014. Inédito.

20 Ver HÄBERLE, Peter. “Grundrechte im Leistungsstaat”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, Berlin, De Gruyter, v. 30, pág. 49 e segs., 1972, *apud* ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, San Paulo, Malheiros, 2008, traducción de Virgilio Alfonso da Silva, pág. 470; HESSE, Konrad. “Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland.” *Europäische GRUNDRECHTE-Zeitschrift (EuGRZ)*, v. 5, págs. 427-438, 1978, *apud* ALEXY. Op. cit., pág. 470. Alexy se refiere a “derechos fundamentales como garantías procedimentales”, asociándolos a la reproducción y conceptualización de un estudio presente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (Op. cit., p. 472).

21 Ver WOLF; BACHOF; STOBBER. *Direito Administrativo*, op. cit., págs. 255, 490. Ver también MAURER, Hartmut. *Derecho administrativo alemán*, Ciudad de México, UNAM, 2012, pág. 479

chos procedimentales, nos referimos a las políticas de salud esenciales; en cuanto a los derechos sustantivos, a los medicamentos, servicios y productos de salud esenciales.²²

Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el art. 12 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales impone a los Estados el deber de adoptar medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestal, judicial o de otra naturaleza para conferir plena efectividad al derecho a la salud. Si, por un lado, cada Estado tiene un margen de discrecionalidad para determinar qué medidas son las más convenientes para tratar sus circunstancias específicas, por otro lado, el Pacto Internacional impone claramente a cada Estado la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para que todos tengan acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud y puedan gozar cuanto antes del más alto nivel posible de salud física y mental.²³

Se consideran parámetros mínimos internacionales los que dice respecto a los procedimientos de acceso a la salud: (a) Disponibilidad. Cada Estado debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención a la salud, así como de programas; (b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin ninguna discriminación, dentro de la jurisdicción del Estado Miembro. (i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin ninguna discriminación por cualquiera de los motivos prohibidos. (ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, principalmente de los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, mujeres, niños, adolescentes, ancianos, portadores de deficiencias y los portadores de VIH/SIDA. (iii) Accesibilidad económica (accesibilidad de precios): los establecimientos, bienes y servicios de salud deben estar al alcance de todos. (iv) Acceso a la información:

este acceso comprende el derecho a solicitar, recibir y difundir informaciones e ideas sobre las cuestiones relacionadas a la salud. Aún, el acceso a la información no debe desprestigiar el derecho de que los datos personales relacionados con la salud sean tratados con confidencialidad; (c) Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deben respetar la ética médica y deben ser culturalmente apropiados, o sea, respetar la cultura de las personas, minorías, pueblos y comunidades; (d) Calidad. Además de la aceptabilidad desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista científico y médico, y de buena calidad.²⁴

Respecto de los derechos sustantivos a la salud, según el Comité de Derechos Económicos y Sociales, no obstante las restricciones de recursos, algunas obligaciones tienen un efecto inmediato, como el deber de garantizar un nivel mínimo de acceso a los componentes materiales esenciales del derecho a la salud, como el suministrar medicamentos esenciales y servicios de salud materno infantil.²⁵

El citado Comentario General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 14 de mayo de 2000, es particularmente relevante para el acceso a los medicamentos esenciales. Aquí el Comité declara que el derecho a los servicios médicos de que trata el Artículo 12.2 (d) do PIDESC incluyó el suministro de medicamentos esenciales “conforme lo definió el Programa de Acción de Medicamentos Esenciales de la OMS”. De acuerdo con la última definición de la OMS, medicamentos esenciales son:

Aquellos que satisfacen las necesidades a los cuidados de salud, de forma prioritaria para la población. Los medicamentos esenciales son seleccionados con el debido respeto a la prevalencia de enfermedades, evidencia de eficacia y seguridad y relación costo-eficacia comparativa.²⁶

Por lo tanto, es sólo a partir de parámetros internacionales mínimos, objetivos, que se deben admitir, en el plano interno nacional, restricciones o expansión de las garantías y de los derechos a la salud, dependiendo de las posibilidades del Estado y de las necesidades del individuo, esto es, observando la faceta subjetiva del mínimo existencial. Sin embargo,

22 Ver PERLINGEIRO, Ricardo. 2014. Op. cit.

23 Ver ONU (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). *General comment 14: the right to the highest attainable standard of health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*. Ginebra, 2000. Disponible en: [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/E.C.12.2000.4.En](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/E.C.12.2000.4.En). Acceso el: 11 de oct. 2013

24 Ibid.

25 Ibid.

26 Ibid.

tratándose de restricciones, para ajustar el mínimo existencial a la realidad interna nacional, deben ellas estar claramente motivadas por el poder público, a quien compete la carga de indicar de modo transparente y sobre todo comprensible los demás gastos públicos, mediante un método de cálculo confiable y consistente.²⁷

3. LA JUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO A UN MÍNIMO EXISTENCIAL (*EXISTENZMINIMUM*)

Las pretensiones judiciales para la entrega de medicamentos o prestación de servicios de salud (derechos sustantivos) están respaldados, en general, por los recursos financieros pertenecientes al rubro presupuestal inherente a los propios servicios públicos de salud en general (derechos procedimentales). Por lo tanto, como una medida jurisdiccional individual de esa naturaleza alcanza una diversidad de usuarios de aquel mismo servicio público, significa que la satisfacción de la pretensión judicial correspondiente se debe condicionar a una reestructuración previa de la autoridad administrativa en lo que dice respecto a la distribución de los recursos disponibles frente a las sucesivas demandas que le son presentadas extrajudicialmente.²⁸

Por esta razón es que, la *justiciabilidad* del derecho a los cuidados de salud reclama la judicialización previa, o lo que es lo mismo, cuando sea necesaria,²⁹ simultánea al derecho procedimental equivalente. No

27 Sobre la necesidad de que el poder público motive claramente y con criterio de cálculo comprensible, ver ALEMANIA. Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). 1 BvL 1/09 - 1 BvL 3/09 - 1 BvL 4/09. j. 9 fev. 2010. Disponible en: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20100209_1bv1000109.html>. Acceso el: 26 de ago. 2013. Ver igualmente los comentarios de Karl-Peter Sommermann (SOMMERMAN, Karl-Peter. Soziale Rechte in Stufen: Überwindung einer alten Debatte? In: CALLIESS, Christian; KAHL, Wolfgang; SCHMALENBACH, Kirsten (Org.). *Rechtsstaatlichkeit, Freiheit und soziale Rechte in der Europäischen Union*, 2013.

28 Ver PERLINGEIRO, Ricardo. 2014, op. cit.

29 “Sin embargo, a pesar de la evidente importancia en la estructuración procedimental previa de la Administración, como, entre otros, la necesidad de igualdad entre todos los interesados, demandantes judicialmente o no, el hecho es que esta organización es un deber *interna corporis* del poder público y no debe, *per se*, llevar a la agotamiento del mismo derecho sustantivo, especialmente cuando se trata de un derecho al mínimo existencial.” (PERLINGEIRO, Ricardo. É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdiccional nas políticas públicas sociais? *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 2, págs. 163-185, 2013. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=2343965>>. Acceso el: 6 de oct. 2013).

sólo las pretensiones materiales al medicamento, al producto o al servicio de salud deben ser jurisdiccionalizadas, sino también, y principalmente, la pretensión al procedimiento administrativo o a las garantías para obtener el producto o servicio de salud (aún que con carácter *incidenter tantum*), de modo que proporcionen una mayor dimensión y potencialidad a la tutela jurisdiccional. Con esto, se estará en la capacidad de asegurar la igualdad entre todos los usuarios del servicio público a la salud.³⁰

A propósito de las incorporaciones de las nuevas tecnologías previstas en la Ley n° 12.401/2011 (art. 19-M, I y II), sólo después del procedimiento administrativo propio de incorporación al SUS, podrá un producto o servicio de salud conseguirse por el concepto de asistencia integral. Esto significa claramente que el derecho a un nuevo medicamento, producto o servicio se vincula a un derecho procedimental. Además, tratándose el mencionado procedimiento de incorporación ante el SUS, una atribución de la autoridad administrativa federal, la *CONITEC* - Comisión Nacional de Incorporación de Tecnologías, la competencia para decidir una causa judicial correspondiente será de la Justicia Federal;³¹ lo mismo se puede decir de los medicamentos, productos o servicios de salud sujetos a registro ante la *ANVISA* - Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria.

Sin embargo, aun cuando se acepten los derechos sustantivos como subordinados a los derechos procedimentales, este hecho, por sí solo, no minimiza los conflictos que rodean la *justiciabilidad* de los derechos a los cuidados de salud, especialmente los conflictos que tienen fundamento en la insuficiencia de recursos financieros del poder público.³² Fácil es imaginar que una autoridad administrativa, que a pesar de cumplir adecuadamente con las normas procedimentales, inclusive las presupuestarias, acabe sin recursos financieros suficientes para atender las múltiples, inesperadas y urgentes demandas.

30 Ver PERLINGEIRO, Ricardo, 2014, Op. cit. En una acción judicial en que se alegó la necesidad de los medicamentos *Interferón peguilado Alfa-2a o Alfa-2b y Ribavirina* para el tratamiento de la enfermedad de la hepatitis crónica, del tipo C, uno de los jueces del Tribunal Superior de Justicia entendió que, “a la luz de los principios democráticos, no es deber del Estado atender una prestación individual si no fuese viable su atención en condiciones de igualdad para todos los demás individuos en la misma situación” -Traducción del autor- (Voto visible proferido por el min. Teori Zavascki en el Recurso en Mandato de Seguridad n° 24.197/PR, 2007/0112500-5, Tribunal Superior de Justicia).

31 Conf. art. 109, I, de la Constitución.

32 Ver PERLINGEIRO, Ricardo. 2014, Op. cit.

Consecuentemente, desde el punto de vista financiero, los conflictos que involucran los derechos a los cuidados de salud y que acaban en los tribunales pueden examinarse bajo dos perspectivas diferentes, una que tiene origen en la falta de presupuesto suficiente, y otra, que tiene origen en las fallas de la gestión administrativa de la misma autoridad.

En el primer caso, si el derecho a un *mínimo existencial* y, en general, los derechos a los cuidados de salud creados por ley no estuviesen suficientemente apoyados en el presupuesto,³³ lo que por sí sólo representaría una ofensa al principio del Estado de Derecho, se abre la oportunidad de intervención jurisdiccional, por medio de medidas judiciales de urgencia y ejecución forzosa de las sentencias.

Como ya se mencionó, el presupuesto público es determinante como garantía de un sistema jurídico democrático en la distribución de beneficios sociales, sin embargo, sólo frente a derechos que, a pesar de originarse en la Constitución, dependen de la ley para que se puedan exigir. Efectivamente, el presupuesto público no es capaz de agotar el derecho a un mínimo existencial o derechos sociales que hayan sido instituidos por la ley.³⁴

En el segundo caso, desde el punto de vista financiero, el conflicto puede provenir del comportamiento de la autoridad administrativa, que, a pesar de la previsión de recursos presupuestarios, alega no tener efectivamente recursos financieros para responder a las demandas de cuidados a la salud. En estas situaciones, de extenuante fatiga, se afronta igualmente el Estado de Derecho, invocándose también la tutela judicial efectiva contra las autoridades públicas.³⁵

33 “A country’s difficult financial situation does NOT absolve it from having to take action to realize the right to health” (ONU. The Right to Health. *Fact Sheet N. 32*).

34 Alexy afirma que “la fuerza del principio de la competencia presupuestaria del legislador no es ilimitada. El no es un principio absoluto. Derechos individuales pueden tener un mayor peso que razones político-financieras” (ALEXY, Robert *Teoria dos direitos fundamentais*. San Paulo, Malheiros, 2008, traducción de Virgilio Alfonso da Silva, págs. 512-513). Para Alexy, “también si los derechos fundamentales sociales mínimos tienen, especialmente cuando son muchos que de ellos necesitan, enormes efectos financieros, esto, independientemente considerado, no justifica una conclusión contraria a su existencia” (op. cit. pág. 512). El Tribunal Constitucional Federal alemán decidió que los aspectos económicos no pueden considerarse para negar a los asegurados el reembolso de gastos con nuevos tratamientos médicos necesarios en la atención de enfermedades que atentan contra la vida. (ALEMANIA. Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). *1 BvR 347/98, Absatz-Nr. (1 - 69)*. j. 6 de dic. 2005. Disponible en: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20051206_1bvr034798.html>. Acceso el: 17 de ene. 2013.

35 Ver PERLINGEIRO, Ricardo. 2014, Op. cit.

De esta manera, teóricamente, la falta de recursos presupuestarios o de recursos financieros no es obstáculo a la *justiciabilidad* de los derechos a los cuidados de salud.³⁶ Sin embargo, las autoridades administrativas se encuentran atadas a una legalidad estricta, desprovista de medios *per se* para interpretar y aplicar directamente la Constitución, la falta de presupuesto sirve como justificación para no cumplir con las prestaciones sociales, conduciendo inevitablemente a una judicialización. Además de esto, ante la falta de presupuesto y de recursos, la ejecución forzosa de las decisiones encontrará algunas dificultades, esto porque la expropiación de bienes y finanzas públicas, en principio, está subordinada a la inexistencia de ofensa al interés público o al servicio esencial, lo que, por lo tanto, no siempre corresponde a una jurisdicción plena.³⁷

Por ejemplo, una demanda judicial individual destinada a la consecución de una orden que implique internar un paciente en el hospital, para el tratamiento de una enfermedad curable, en el sistema de salud público, y que no tiene presupuesto suficiente para suplir la carencia de camas o de médicos es, lamentablemente, un ejemplo común entre nosotros.³⁸ Es incuestionable que éste derecho deba ser judicialmente reconocido; sin embargo, y por otro lado, en la ejecución de la decisión judicial no tendría sentido, que para atender al demandante, se sacrifique otro paciente que esté internado, con las mismas nece-

36 Sobre la ejecución de decisiones judiciales contra autoridades administrativas, ver en general CONGRÈS DE L’ASSOCIATION INTERNATIONALE DES HAUTES JURISDICTIONS ADMINISTRATIVES, 8, 2004, Madrid, *L’exécution des décisions des juridictions administratives*. Disponible en: <http://www.aihja.org/images/users/1/files/2004_Congres_de_Madrid_Rapport_VIII_congres_VIII_vf.pdf?PHPSESSID=f83dg63dqj61vokoep4kk44fu1>. Acceso el: 15 de oct. 2013.

37 En Brasil, se admite en general la ejecución forzosa de decisiones judiciales contra autoridades administrativas, excepto cuando contrarias al interés público (Ley n° 12.016/2009, art. 15; Ley n° 8.437/92, art. 4°, *caput* y § 1°; Ley n° 9.494/97, art. 1°). En especial la ejecución de decisiones condenatorias de pago en dinero, no cabe ejecución forzosa contra autoridades administrativas (Ley n° 5.868/73, Código de Procedimiento Civil, art. 730 y siguientes), salvo para créditos de pequeño valor (Ley 10.259/2001, art. 17, §2°; y Ley 12.153/2009, art. 13, §1°). No obstante, la jurisprudencia, recientemente, viene autorizando en casos de excepcional urgencia la ejecución forzosa de créditos de cualquier valor (BRASIL. Tribunal Supremo Federal. STA 36-8. Relator Min. Nelson Jobim. Publicado el: 27 de sept. 2005). Sobre este aspecto, ver TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL, *Sequestro de verbas públicas em favor de doente grave é tema de repercussão geral* (Noticias STF, 19 nov. 2012. Disponible en: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=224106>>. Acceso el: 15 de oct. 2013).

38 Ver notas 7 y 8 de este artículo.

sidades. La ejecución debería darse por un acto de terceros, como es la contratación de camas privadas, también, si no hubiera recursos financieros públicos para los otros servicios esenciales afectados.³⁹

A propósito, en una ejecución forzosa de decisiones judiciales sobre el derecho a la salud contra autoridades administrativas, en principio, se debe admitir la expropiación judicial del patrimonio público en las siguientes circunstancias: (a) bienes públicos de la unión, como las tierras abandonadas, o bienes públicos en general no afectados, como los recursos financieros fruto de recaudación tributaria;⁴⁰ (b) bienes y recursos financieros afectados al servicio público no esencial, accesorio y típicamente privado, como los gastos destinados a la propaganda gubernamental en los medios o a la compra de vehículos oficiales lujosos;⁴¹ (c) bienes y recursos destinados al pago de deudas pasadas, en cuanto, *per se*, no fuesen capaces de impedir la continuidad de un servicio público esencial.

4. LA FALTA DE COMPRENSIÓN EN LA DIFERENCIACIÓN ENTRE DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO, Y SU REFLEJO EN LA JURISDICCIÓN.

No es siempre fácil identificar un conflicto de derecho público, de manera que se pueda autorizar la aplicación adecuada de los principios correspondientes.⁴² En Alemania, por ejemplo, se entiende como de competencia de la justicia común la responsabilidad de la Administración por actos administrativos ilegales, pero y en cuanto la anulación de estos mismos

actos la competencia es de la justicia administrativa.⁴³ Esta falta de comprensión se da particularmente en Brasil, donde doctrina y jurisprudencia no tienen muchas razones para diferenciar el derecho público del derecho privado, en la medida en que la jurisdicción es única (sistema monista de jurisdicción) y la legislación procesal civil es aplicable a las causas de derecho público (excepto en algunos puntos como el doble plazo y la ejecución de sentencias, en que el criterio para la aplicación es el de la presencia de la Administración y no el de la naturaleza del conflicto).⁴⁴

Efectivamente, son múltiples las teorías que muestran la diferencia entre derecho público y derecho privado; esta distinción es discutible y discutida.⁴⁵ No nos cabe que invocamos la diferencia exclusiva en lo que dice respecto al sujeto, afirmando que el derecho privado regula las relaciones entre particulares, mientras que el derecho público se ocupa del Estado. Esta concepción, la teoría del sujeto, se modificó gracias a la teoría de la atribución (teoría de la imputación, teoría del derecho exorbitante), formulada por Hans Wolff,⁴⁶ a través de la cual pertenecen al derecho público las normas que sólo pueden atribuirse al Estado o a otro sujeto investido de autoridad; por el contrario, forman parte del derecho privado, las normas que corresponden a cualquier otro sujeto. Es ésta la teoría que debe prevalecer porque se conecta con las diversas funciones del derecho público y del derecho privado.⁴⁷

39 Ver PERLINGEIRO, Ricardo. 2014, Op. cit.

40 Ver RUIZ OJEDA, Alberto. *La ejecución de créditos pecuniarios contra entes públicos*, Madrid, Civitas, 1993, págs. 38, 111. Ver también PERLINGEIRO, Ricardo. *Execução contra a Fazenda Pública*, San Paulo, Malheiros, 1999, págs. 217-226.

41 Ver en general: “Juez suspende publicidad oficial y concede dinero a la salud”. *Conversa Afiada*, 31 jul. 2013. Disponible en: <<http://www.conversaafiada.com.br/pig/2013/07/31/juiz-suspende-publicidade-oficial-e-dinheiro-a-saude/>>. Acceso el: 15 de oct. 2013; “MPF/RR pide secuestro e bloqueo de las cuentas del Estado de Roraima en el caso de que la orden judicial no sea cumplida”. *Procuraduría de la República en Roraima*, 4 de abr. 2013. Disponible en: <<http://www.prrr.mpf.mp.br/noticias/04-04-13-mpf-rr-pede-sequestro-e-bloqueio-das-contas-do-estado-de-roraima-caso-nao-seja-comprovado-o-cumprimento-de-ordem-judicial/>>. Acceso el: 15 de oct. 2013.

42 WOLF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito Administrativo*, v. 1, Lisboa, Fundación Calouste Gulbenkian, 2006, Traducción de Antonio F. de Souza, págs. 263-264.

43 Ver ZILLER Jacques. *Modelli di responsabilità dell'amministrazione in alcuni ordinamenti europei*. *Diritto e Società*, 2. Padova, CEDAM, 2009, págs. 293-320. Ver también WOLF; BACHOF; STOBER. Op. cit., pág. 264.

44 El ordenamiento jurídico anglo-americano no está asentado en la distinción entre el derecho público y el derecho privado (WOLF; BACHOF; STOBER. Op. cit., pág. 267; CANE, Peter. *Administrative Law*, New York, Oxford University Press, 2011, pág. 4), sistema jurídico del cual se origina el sistema judicial monista en Brasil.

45 Ver MAURER, Hartmut. Op. cit., págs. 50-52; WOLF; BACHOF; STOBER. Op. cit. págs. 264-267; CANE, Peter. Op. cit., págs. 4-9; RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit Administratif*, 21 ed., Paris, Dalloz, 2006, págs. 1-5.

46 WOLF; BACHOF; STOBER. Op. cit., págs. 267-286.

47 En la teoría de la atribución, son ejemplos de derecho público la conducción diferenciada de un vehículo oficial perteneciente a la defensa civil y a la policía o de la misma manera de un vehículo particular para prestar socorro (ambulancia, servicio de electricidad), en cuanto será de derecho privado la conducción de un vehículo oficial en situación de normalidad para transportar bienes públicos (MAURER. Op. cit., pág. 54). Otro ejemplo de derecho público es el deber de asegurar el Acceso a la salud y el de prestar asistencia a la salud, estableciendo las políticas de salud, los procedimientos administrativos para la entrega de los productos y servicios de salud; de derecho privado, la atención médico-hospitalaria

En la jurisdicción administrativa, donde el objeto es la solución de conflictos de derecho público, se busca la satisfacción forzosa de un interés individual a través de actos de autoridad; actuaciones éstas que se encuadran en el concepto de procedimientos, actos y decisiones administrativas. Ciertamente, el juez “administrativo”, en el ámbito del derecho público, no debe satisfacer un interés material sin considerar previamente estas actuaciones; no se encuentra autorizado a imponer un deber a la Administración que no exista anteriormente en la esfera extrajudicial, esto es, la judicialización no substraer de la Administración la necesidad de atender demandas únicamente a través de los procedimientos, en especial cuando se trata de prestaciones sociales (derechos de participación).

La postulación judicial de un derecho sustantivo ante la Administración, en una situación típica de derecho público, debe tener como premisa omisiones o vicios de una actuación administrativa: vicios de forma o vicios de contenido, de derecho o de hecho. En el caso específico de los vicios de contenido de una decisión administrativa es la de que la jurisdicción lleve por vía refleja a la materialización o a la realización de un interés o derecho sustantivo; en el derecho público, equivale a decir “agotar actuaciones administrativas mediante comportamientos materiales de la Administración”.⁴⁸

en sí, la entrega de los medicamento sin conexión con los procedimientos administrativos correspondientes (Sobre la diferencia del Acceso al servicio público y el desarrollo del servicio, parta el efecto del derecho público y del derecho privado, ver MAURER, op. cit., pág. 57-58). Es de derecho público cualquier actividad exclusiva de la Administración o de un particular en el ejercicio de un poder público; una actividad no susceptible de sustitución por cualquier particular. Al contrario, es de derecho privado cualquier actividad susceptible de ser ejercida por un particular que no esté investido de poder público. La simple entrega de un medicamento o un procedimiento quirúrgico sin relación con los procedimientos administrativos previos que lo autoricen (Acceso) es una cuestión de derecho privado; la responsabilidad de daños causados por un medicamento defectuoso o un error quirúrgico, vale decir, por un acto sin relación de causa y efecto con un acto de autoridad, será una cuestión de derecho privado y debe provenir de acto ilícito, dependiente de culpa o dolo. No en tanto, si la falta del medicamento o del procedimiento médico tiene relación directa con actuaciones administrativas, como la falta de recursos presupuestarios o vicios en los procedimientos de selección, se está frente a un caso de derecho público. A propósito de la teoría de las dos etapas (primer capítulo de derecho público, segundo capítulo de derecho privado), ver WOLF; BACHOF; STÖBER. Op. cit., pág. 282.

48 Comportamientos administrativos materiales son los que vuelven objetivo un resultado fáctico y no jurídico; no son actos, decisiones o procedimientos administrativos (MAURER. Op. cit., pág. 406).

En este contexto, las decisiones judiciales sobre derecho público son constitutivas o condenatorias en torno de un acto de autoridad, siendo la concreción del interés en ellas reconocido consecuencia lógica y, por lo tanto, innecesaria una ejecución forzosa para la entrega de un bien o de los recursos financieros correspondientes, que, en este particular, no pasan de mera materialización fáctica de actuaciones administrativas declaradas judicialmente; entonces, bastaría una orden judicial a la Administración en cuanto a la actuación reconocida.⁴⁹ Ciertamente, toda la construcción en cuanto a la ejecución forzosa de decisiones judiciales contra la Administración, expropiando el patrimonio público disponible, es inherente a conflictos que involucran relaciones jurídicas de derecho privado, con posibilidad, por lo tanto, de una jurisdicción común, típica y compatible con principios de derecho privado.⁵⁰ En estos casos, la controversia en sí no conlleva soluciones de derecho público, donde, por ejemplo, una indemnización por daños prescinde de procedimientos administrativos previos. La Administración Pública, en cuanto esté bajo el dominio privado, no actúa necesariamente por medio de procedimientos, y las pretensiones judiciales pueden perseguir directamente el bien deseado; en este caso, la jurisdicción de ejecución forzosa es proporcional y capaz de expropiar el patrimonio público, limitándose, sólo, al interés público.

En un conflicto de derecho público, una seria dificultad podría surgir cuando el juez reconociendo el error de la Administración, declara el derecho del interesado y, aun así, la Administración Pública se mantiene inerte y no entrega el bien. Ante tan desafiante omisión de la administración, el camino natural sería, “proseguir” con la judicialización del procedimiento administrativo, en la jurisdicción ejecutiva, que finalmente tendría como resultado la entrega

49 En Italia, paralelamente a la ejecución forzosa de la Administración frente al juez ordinario (civil), vale citar el *giudizio di ottemperanza*, en el ámbito de la jurisdicción administrativa, inherente a la ejecución de decisiones judiciales en cuanto a actuaciones administrativas, inclusive que resulten en la condena al resarcimiento del daño (MARI, Giuseppina. *Il giudizio di ottemperanza*. In: SANDULLI, Maria Alessandra. *Il nuovo processo amministrativo*, v. 2, Milano, Giuffrè, 2013, págs. 457-525). La ejecución de sentencias contra la Administración proferidas por jueces civiles solamente con carácter excepcional da vía al *giudizio di ottemperanza*, cuando haya cuestiones de derecho público en la fase ejecutiva (CLARICH, Marcello. *L'esecuzione*. En: CASSESE, Sabino. *Diritto Processuale Amministrativo*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 2013, págs. 302-303).

50 Sobre la relación entre la ejecución forzosa de decisiones judiciales contra la Administración Pública y su responsabilidad patrimonial, ver RUIZ OJEDA, Alberto. Op. cit., pág. 21.

del bien (norma administrativa, presupuesto etc.).⁵¹ Sin embargo, no posibilitándose una espera indefinida, la alternativa viable sería la ejecución contra la Administración en la forma en que se daría en una jurisdicción proveniente de un conflicto de derecho privado, conociéndose, sin embargo, sus limitaciones en detrimento del interesado.

De la misma manera que se da en las relaciones de derecho privado, en que la ejecución de la sentencia contra un particular, ésta no alcanza los bienes inembargables del deudor, en la ejecución forzosa contra la Administración Pública no se expropian bienes públicos afectados a una actividad esencial, esto es, el patrimonio público disponible es limitado y finito. En el derecho público, por el contrario, teóricamente, se podría admitir la creación de recursos; el Estado nunca se considera insolvente. Por lo tanto, desde este punto de vista, sería una garantía del individuo valerse de las vías que pone a su disposición el derecho público, única sede en que la jurisdicción atendería su pretensión en plenitud. La vía de la jurisdicción común (de derecho privado) tiene el potencial de manifestarse en detrimento del individuo porque lo trata en igualdad de condiciones frente a la administración, ignorando la necesaria ponderación entre el interés privado y el interés público.

De hecho, no es adecuado intentar solucionar un conflicto de derecho público con los principios de derecho privado y viceversa;⁵² no es coherente reclamar judicialmente prestaciones del Estado, típicas de derecho público, bajo un razonamiento de derecho privado. La búsqueda incondicional por la satisfacción de un bien (en este caso, la protección de la salud), en el ámbito del derecho público, no debe despreciar los principios que rigen la Administración, tales como la igualdad de acceso a bienes y servicios públicos.

En un caso extremo, como es el de inminente riesgo de daño a una existencia digna, es innegable admitir un “secuestro” de bienes públicos con el fin de satisfacer al interesado (internarlo forzosamente en el hospital, la entrega de medicamentos, la entrega de dinero para la compra de medicamentos); esto en nombre de la tutela judicial efectiva y del Estado de Derecho. Sin embargo, esta será siempre una solu-

ción imperfecta, limitada, ya que no todos los bienes públicos son susceptibles de expropiación (el límite toca en el interés público y en la necesidad de continuidad de un servicio esencial). Será igualmente una solución parcial, porque beneficia solamente los demandantes, ofendiendo, así, el principio de igualdad. Por lo tanto, en el ámbito del derecho público, la ejecución forzosa es una solución que se debe adoptar solamente cuando sea estrictamente necesaria (medidas jurisdiccionales de urgencia, *periculum in mora* tocando derechos no patrimoniales).

Efectivamente, no parece que exista otro medio sino considerar la judicialización de los procedimientos administrativos (normas administrativas, leyes presupuestarias), aun cuando *incidenter tantum*, condición *sine qua non* a la judicialización del derecho a una prestación de servicios de salud frente a la Administración Pública, cuando, esencialmente, esa prestación proviene de una relación jurídica de derecho público. Sin embargo, la resistencia de la Administración en el cumplimiento de órdenes judiciales en los procesos de derecho público es un síntoma de grave desequilibrio institucional, evidenciando un Estado de Derecho debilitado, en el que tal vez sólo en la esfera política se pueda encontrar solución.

5. CONSIDERACIONES FINALES

El derecho esencial a la salud, desde el punto de vista de los derechos sustantivos y procedimentales, incluyendo las políticas públicas, deben observar niveles objetivos mínimos de carácter internacional y que, para llevarlos al ámbito interno, deben estar motivados con base en el nivel de desarrollo de la sociedad, en las condiciones de vida existentes y en la necesidad efectiva del individuo en el caso concreto.

El principio de la tutela judicial efectiva comprende las medidas jurisdiccionales de urgencia y las ejecuciones forzosas. Frente a las autoridades administrativas sanitarias, la conclusión no podría ser otra, bajo pena de grave rompimiento con el Estado de Derecho.

Sin embargo, si, por un lado, la escasez de recursos presupuestarios y de recursos financieros no es óbice para exigir el derecho a la salud (no alcanzado por la noción de reserva de lo posible), por otro lado, la ejecución forzosa de sentencias contra la Administración debe respetar el interés público, caracterizado por la necesidad de dar continuidad a los servicios esenciales a la sociedad, lo que muchas veces nos

51 Según Ada Pellegrini Grinover, el juez condenaría la Administración Pública a adecuar el presupuesto público de modo a satisfacer el crédito (Ver GRINOVER, Ada Pellegrini; WATABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Rio de Janeiro, Forense, 2011, pág. 138).

52 Ver MAURER, op. cit., pág. 53; CANE, P. Op. cit., pág. 9.

deja la impresión de una jurisdicción deficiente, generando una frustración generalizada con relación a la efectividad de los derechos sociales. En efecto, la expropiación judicial de bienes públicos disponibles para satisfacer pretensiones individuales es típica de una jurisdicción sobre conflictos de derecho privado que envuelve la Administración. En la esfera del derecho público, es una solución, además de inadecuada, igualmente imperfecta porque los recursos disponibles son limitados y no todos los demandantes consiguen concretizar sus pretensiones.

La judicialización exacerbada es la consecuencia de un sistema de salud público insuficiente, es más, paradójicamente, ha contribuido al aumento de esta deficiencia, al alimentar una creciente desigualdad entre demandantes judiciales y no demandantes. Esto porque, generalmente, la judicialización de la salud se trata como si fuera un conflicto de derecho privado, sin que se le preste la debida atención a los procedimientos administrativos, los cuales se destinan principalmente a asegurar el acceso universal a la salud.

Efectivamente, las pretensiones a los medicamentos, productos y servicios de salud, generalmente, se deben ejercer, únicamente, a través de los procedimientos administrativos, aunque, cuando se presente una urgencia, sean ellos (pretensiones y procedimientos) simultáneamente judicializados.

En este contexto, igualmente se nos impone una reflexión sobre el fortalecimiento de la estructura de estos procedimientos, mediante un sistema contencioso administrativo extrajudicial, independiente y cualificado, y que actúe bajo primacía de los derechos fundamentales, de tal suerte que se rescate la credibilidad de las autoridades de salud, siendo ésta una alternativa realista a la reducción de los conflictos inherentes a la judicialización de la salud.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALEMANIA. Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). 1 BvL 1/09 - 1 BvL 3/09 - 1 BvL 4/09. j. 9 fev. 2010. Disponible en: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20100209_1bv1000109.html>. Acceso el: 26 ago. 2013.
- ALEXY, Robert. *Teoría dos direitos fundamentais*, Malheiros, San Paulo, 2008.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, del 5 de octubre de 1988. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acceso el: 27 jan. 2014.
- BRASIL. Decreto nº 591, del 6 de julio de 1992. Incorporación del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acceso el: 10 de oct. 2013.
- BRASIL. Ley nº 12.401, del 28 de abril de 2011. Dispone sobre la asistencia terapéutica y la incorporación de tecnología en salud en el ámbito del Sistema Único de Salud - SUS. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm>. Acceso el: 6 de nov. 2013.
- CANE, Peter. *Administrative Law*, New York, Oxford University Press, 2011.
- CLARICH, Marcello. L'esecuzione. En: CASSESE, Sabino. *Diritto Processuale Amministrativo*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 2013, págs. 302-303
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Dados preliminares relativos às demandas de assistência à saúde nos tribunais, 2010. Disponible en: <www.cnj.jus.br>. Acceso el 18 de nov. 2013.
- CONGRÈS DE L'ASSOCIATION INTERNATIONALE DES HAUTES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES, 8, 2004, Madrid, *L'exécution des décisions des juridictions administratives*. Disponible en: <http://www.aihja.org/images/users/1/files/2004__Congres_de_Madrid_Rapport_VIII_congres_VIII_vf.pdf?PHPSESSID=f83dg63dqj61vokoep4kk44fu1>. Acceso el: 15 de oct. 2013.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; WATABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Rio de Janeiro, Forense, 2011
- MARI, Giuseppina. Il giudizio di ottemperanza. In: SANDULLI, Maria Alessandra. *Il nuovo processo amministrativo*, v. 2, Milano, Giuffrè, 2013, págs. 457-525.

- MAURER, Hartmut. *Derecho administrativo alemán*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). *General comment 14: the right to the highest attainable standard of health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*. Ginebra, 2000. Disponible en: <[http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/E.C.12.2000.4.En](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/E.C.12.2000.4.En)>. Acceso el: 11 de oct. 2013.
- PERLINGEIRO, Ricardo. *Os cuidados de saúde para os idosos entre as limitações orçamentárias e o direito a um mínimo existencial*, 2014, inédito.
- PERLINGEIRO, Ricardo. A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade (Impreso)*, v. 41, 2012, págs. 184-203.
- PERLINGEIRO, Ricardo. É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais? *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 2, 2013, págs. 163-185.
- PERLINGEIRO, Ricardo. *Execução contra a Fazenda Pública*. San Paulo: Malheiros, 1999.
- PERLINGEIRO, Ricardo. O princípio da isonomia na tutela judicial individual e colectiva, e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, Belo Horizonte, v. 5, nº. 10, 2012, págs. 217-227.
- RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit Administratif*, 21 ed., Paris, Dalloz, 2006.
- RUIZ OJEDA, A. *La ejecución de créditos pecuniarios contra entes públicos*, Civitas, Madrid, 1992.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Protocolo de San Salvador de 1998, adicional a la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm>. Acceso el: 15 de oct. 2013).
- SANDULLI, Maria Alessandra. *Il nuovo processo amministrativo*, v. 2, Milano, Giuffrè, 2013.
- SOMMERMANN, Karl-Peter. Soziale Rechte in Stufen: Überwindung einer alten Debatte? In: CALLIESS, Christian; KAHL, Wolfgang; SCHMALENBACH, Kirsten (Org.). *Rechtsstaatlichkeit, Freiheit und soziale Rechte in der Europäischen Union*, 2013.
- WOLF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito Administrativo*, v. 1, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.
- ZILLER Jacques. Modelli di responsabilità dell'amministrazione in alcuni ordinamenti europei, *Diritto e Società*, 2, Padova, CEDAM, 2009, págs. 293-320.