

6. Brasil: ¿es más difícil hacer cumplir demandas colectivas?

Octavio Luiz Motta Ferraz

Introducción

219

Brasil: ¿es más difícil hacer cumplir demandas colectivas?

La Constitución brasileña de 1988 es generosa en el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) exigibles ante los tribunales. El artículo 6 establece que “la educación, la salud, el trabajo, la vivienda, el ocio, la seguridad, la seguridad social, la protección de la maternidad y de la niñez, y la asistencia a los pobres son derechos sociales conforme a esta Constitución”. El artículo 7, que tiene 34 subsecciones, regula en detalle las condiciones de trabajo, incluidos el seguro de desempleo (7, iii), el salario mínimo (iv) y el máximo número de horas laborales (xiii). Más adelante aparecen la libertad de asociación para formar sindicatos, en el artículo 8, y el derecho a la huelga, en el artículo 9.

Además, después de la reintroducción de la democracia y el establecimiento de un nuevo orden constitucional, los tribunales han sido menos renuentes a la hora de tomar decisiones sobre estos derechos. La buena recepción de los jueces a los primeros casos en algunas áreas ha fomentado que se presenten otros casos ante los tribunales, y pronto los procesos judiciales se convirtieron en una estrategia usual de los activistas y reclamantes de derechos sociales, lo que produjo un aumento extraordinario de las demandas sociales en algunas áreas, que se ha llamado a menudo, con cierto tono de crítica, “judicialización”.

Sin embargo, existe una diferencia notable en el volumen de procesos judiciales en las diferentes áreas, e incluso hay variación significativa en el volumen de demandas judiciales en algunas de ellas, según el objeto. Así, por ejemplo, mientras que las demandas judiciales relativas a los derechos a la salud se han multiplicado enormemente en los últimos diez años, el derecho a la educación ha registrado un número de demandas judiciales mucho menor y prácticamente no se presentan demandas relativas al derecho a la vivienda en comparación con la salud y la educación.¹ Con respecto a la educación, las demandas

1 Infortunadamente, no existen datos precisos y completos sobre los proce-

judiciales se concentran sobre todo en las guarderías y no tanto en la escolaridad básica o secundaria. En vivienda, los demandantes han intentado detener los desalojos, en lugar de reclamar una vivienda digna en dónde vivir. En salud, si bien se han presentado a los tribunales miles de casos en los que se solicitan medicamentos, cirugías y otras clases de tratamientos individualizados, es mucho menor el número de casos que se ocupan de programas generales de salud o de medidas que afecten a un gran grupo de personas o a la población en su conjunto (como los servicios sanitarios básicos, el equipamiento hospitalario, etc.). En una reciente encuesta sobre los casos relativos al derecho a la salud presentados contra el Gobierno federal, se encontró que menos del 3 % de las demandas judiciales son de naturaleza colectiva.²

¿Qué explica estas diferencias? ¿Por qué los individuos presentan muchas más demandas judiciales para que se garantice su derecho a la salud que para hacer cumplir sus derechos a la educación y la vivienda, que se reconocen igualmente en la Constitución? ¿Cuáles son las razones, incluso en una misma área, para que algunos tipos de reclamaciones sean mucho más comunes que otros, a pesar de ser tanto o más importantes desde la perspectiva de la privación de los derechos?

sos judiciales relativos a los derechos sociales en Brasil. Sin embargo, a partir de los estudios dispersos, los medios de comunicación y la experiencia personal, es posible conjeturar que la salud es el área en la que son más numerosos. Una simple búsqueda electrónica de la base de datos de jurisprudencia del Tribunal de Apelaciones del estado de São Paulo, por ejemplo, muestra lo siguiente: para la expresión “derecho a la salud”, 69.715 decisiones; para “derecho a la educación”, 1.698 y para “derecho a la vivienda”, 7.769. Sería justo decir que hay menos demandas judiciales sobre derecho a la vivienda porque la mayoría de esos casos están relacionados con la protección de la propiedad privada de consumidores de clase media contra bancos que intentan embargarlos para garantizar el pago de deudas, en lugar de protección de las personas sin vivienda. De hecho, al incluir la expresión “bien de familia” en la búsqueda (un término técnico que significa que un activo no puede embargarse para cancelar una deuda) aparecen 3.643 resultados. Hay dos interesantes estudios recientes sobre el derecho a la vivienda en los tribunales que confirman el menor volumen de demandas en esta área y la débil protección de las personas sin vivienda: Coutinho (2010) y Nassar (2011).

2 Véase O. Ferraz, Health inequalities, rights and courts: The social impact of the “judicialization of health” in Brazil. En Yamin y Gloopen (eds.) *Litigating health rights : can courts bring more justice to health. Human rights program series*. Aunque una demanda colectiva puede involucrar en principio a millones de individuos y, por consiguiente, tener mucha mayor repercusión que todas las demandas individuales juntas, en la práctica las demandas colectivas también están concentradas en asuntos específicos de salud, como la diabetes o el autismo (ver *infra*), que afectan a grupos más o menos numerosos de la población, según la epidemiología de la enfermedad y el área cubierta por la demanda judicial. No obstante, lo que queremos mostrar aquí es, simplemente, que en salud el volumen de demandas individuales ha sido mucho mayor que el de demandas colectivas, por razones analizadas en el texto.

Como es evidente, no hay respuestas simples para estas preguntas. Tiene que haber diferentes factores que, combinados de formas complejas, expliquen las diferencias en el volumen de demandas judiciales presentadas en las diferentes áreas de los derechos sociales y económicos. Algunos de los factores que intervendrían a la hora de ofrecer una respuesta completa, entre otros posibles, serían los diferentes niveles de organización de la sociedad civil en torno a determinados problemas, los recursos a disposición de los demandantes potenciales, su posición socioeconómica o la conciencia que tienen de sus derechos.³

Sin embargo, dentro del espacio limitado de este capítulo me enfocaré en un potencial factor explicativo de dichas diferencias que me parece revelador: los obstáculos al cumplimiento. Mi hipótesis es que las dificultades para conseguir el cumplimiento efectivo pueden explicar las significativas diferencias en los volúmenes de demandas judiciales, incluso cuando otros factores relevantes permanecen constantes. Para probar esta hipótesis utilizaré las demandas colectivas relativas al derecho a la salud en el estado de São Paulo.⁴

Este capítulo se organiza de la manera siguiente. En la sección 2 aclaro a qué me refiero cuando hablo de cumplimiento efectivo y distingo entre los dos significados del concepto — cumplimiento jurídico y fáctico— que son relevantes para el problema del que me ocupo. En la sección 3 analizo algunas decisiones paradigmáticas del Tribunal Federal Supremo brasileño y otras del Tribunal de Apelaciones de São Paulo, que destacan los obstáculos para el cumplimiento jurídico que encuentran las demandas judiciales colectivas en comparación con las individuales, en el campo de la salud. En la sección 4 estudio las demandas colectivas presentadas por los procuradores públicos en el campo de la salud en el estado de São Paulo y las analizo en función de lo que llamo el cumplimiento fáctico. Me concentro en el llamado “Caso del autista”, uno de los más complejos de demandas judiciales estructurales en el campo de la salud durante la pasada década, en este estado. La sección 5 presenta las conclusiones de mi análisis.

3 Algunos autores llaman a estos factores “estructura de apoyo para la movilización legal” (Epp, 1998, p. 3) o “estructura de oportunidad para la presentación de demandas judiciales” (Gloppen, 2008, p. 27). Sobre el perfil socioeconómico de los demandantes y las desigualdades relacionadas con el acceso a los tribunales en Brasil, ver O. Ferraz (2009a).

4 Sospecho que no hay una diferencia significativa entre los derechos civiles y políticos, y los derechos sociales y económicos, en lo que se refiere al problema de estudio en este capítulo. Aunque está más allá de su ámbito hacer esta comparación, las pruebas anecdóticas parecen indicar que las demandas colectivas civiles y políticas, como las que exigen mejoras de las condiciones de prisión, enfrentan los mismos problemas que las demandas colectivas sobre derechos sociales.

La definición del cumplimiento

En este texto, el concepto de cumplimiento se refiere tanto a la ejecución de una orden judicial dictada por un juez (cumplimiento fáctico), como a la capacidad o la disposición del juez para traducir una norma jurídica en una medida práctica y efectiva (cumplimiento jurídico). El cumplimiento fáctico depende del jurídico o, en otras palabras, el cumplimiento jurídico es un requisito del cumplimiento fáctico, puesto que sin una decisión de un juez que traduzca la norma legal en una medida remedial que se pueda poner en práctica no puede existir cumplimiento fáctico: no existe la orden judicial que hay que cumplir. Por dar un ejemplo, imaginemos un proceso judicial en torno al derecho a la salud promovido por una ONG que pretende obligar al Estado a adoptar un programa general que beneficie a todas las personas que sufren de diabetes en una determinada región. La reclamación puede fracasar en dos etapas distintas, ambas relacionadas con el cumplimiento según la forma en la que propongo que se entienda. Se puede tener éxito en convencer al juez de que ordene al Gobierno la aprobación de un programa y, sin embargo, fracasar debido a la incapacidad o la falta de voluntad del Gobierno, por la razón que sea, de hacer efectiva la sentencia. Ese sería un problema de cumplimiento fáctico. Pero también puede fracasar en una etapa anterior, debido a la falta de voluntad o a la incapacidad del juez de determinar cuáles son las políticas públicas que el Gobierno debería poner en práctica para garantizar el derecho a la salud. Creo que aquí también el problema es de cumplimiento, de hacer efectiva en el mundo real una norma jurídica. Lawrence Sager hace una referencia útil sobre esa situación, definiéndola como ejecución incompleta por parte de los jueces: “La idea de que un tribunal constitucional reflexivo en algunas ocasiones se abstendrá de hacer cumplir completamente la Constitución debido a características particulares del proceso judicial” (2010, p. 580).

En cualquier caso, como sugiero en este capítulo, el resultado consiste en desestimular las demandas judiciales como estrategia viable para reclamar derechos sociales y económicos cuando no hay cumplimiento, mientras que lo contrario, es decir, una serie de decisiones que determinen qué es lo que debería hacer un Estado para hacer efectivo un derecho social particular (cumplimiento jurídico) y una práctica consecuente del Gobierno para cumplir con estas decisiones (cumplimiento fáctico), crea un entorno favorable para los procesos judiciales sobre derechos sociales. Además, como observa Siri Gloppen, “se supone que las personas y las organizaciones presentan procesos judiciales cuando se considera que hacerlo es la vía más prometedora,

teniendo en cuenta los recursos disponibles y los obstáculos que enfrentan” (2008, p. 27).

En el campo de la salud en Brasil, esta explicación parece bastante razonable. Por un lado, se tiene un volumen creciente de demandas judiciales presentadas por individuos que reclaman un bien específico de salud (la mayor parte de las veces medicamentos, pero también cirugías, equipos, etc.); por otro lado, se tiene un número significativamente menor de demandas judiciales cuando se solicitan remedios colectivos para un problema de salud (por ejemplo, un programa de vacunación, acciones sobre servicios sanitarios básicos, mejoras en un hospital). Mientras que casi todas las demandas del primer grupo son exitosas con respecto al cumplimiento fáctico y jurídico, muchas de las demandas judiciales de la segunda clase fracasan con respecto al obstáculo inicial para el cumplimiento (cumplimiento jurídico) o al subsiguiente (cumplimiento fáctico).

Los datos cuantitativos aquí presentados, y las entrevistas cualitativas con abogados que representan a los demandantes en casos judiciales sobre derecho a la salud, confirman que esas dificultades para el cumplimiento de los derechos son una razón importante que desaconseja usar la vía colectiva con mayor frecuencia.⁵ Sin embargo, este perfil de demandas judiciales, que podríamos llamar el “modelo brasileño de demandas judiciales”, no es un buen modelo para el cumplimiento de los derechos sociales y económicos. Eso se debe, como analizo con mayor detalle en otro lugar, a que este elevado predominio de las reclamaciones individuales para obtener servicios de salud produce a menudo más desigualdades en esta área, en lugar de disminuirlas, y, por tanto, socava la finalidad de los derechos sociales y económicos reconocidos en la Constitución. En cambio, las demandas colectivas apropiadamente diseñadas tendrían en principio un potencial mayor de solucionar las desigualdades en salud y promover este derecho.⁶

5 Entrevistas con defensores públicos del estado de São Paulo, julio de 2009; entrevistas con procuradores del estado de São Paulo, septiembre de 2010; entrevistas con miembros del Ministerio Público del estado de São Paulo, septiembre de 2010. Entrevistas con defensores públicos, procuradores y miembros del Ministerio Público del estado de Bahía, noviembre de 2015.

6 Véase Ferraz (2009). Utilizo la expresión “en principio” debido a que los procesos judiciales colectivos no son necesariamente positivos ni mejores que los individuales para proteger el derecho a la salud. Una ventaja que tienen es que presentan de forma más clara la complejidad de la política de salud pertinente. Las demandas individuales a veces llevan a los jueces a pasar por encima de las dimensiones colectivas del derecho a la salud y se concentran demasiado en el caso individual que tienen ante sí. No obstante, las demandas colectivas e individuales pueden tener efectos negativos o positivos, dependiendo de su objeto, sus beneficiarios y la forma en que se manejan.

Por consiguiente, es importante investigar con más profundidad por qué las demandas colectivas encuentran mayores dificultades con respecto al cumplimiento, y si esas dificultades se pueden superar. Esto es lo que motiva el análisis del cumplimiento que se hace en el presente capítulo.

Obstáculos al cumplimiento jurídico

Como he mencionado, una de las posibles razones que explica el número comparativamente menor de demandas colectivas basadas en el derecho a la salud ante los tribunales brasileños se relaciona con las menores perspectivas de éxito si se compara con las demandas individuales.⁷ No está claro, como analizaré después, por qué los jueces deberían tratar de manera diferente los casos colectivos y los casos individuales, pero el hecho es que lo hacen a menudo.

En los casos individuales, los jueces no tienen dificultades para ordenar que el Estado proporcione un beneficio de salud reclamado por un demandante individual, a menudo en un plazo extremadamente corto (48 o 72 horas), de una manera muy firme (a veces amenazando con la prisión, otras con multas) y a menudo sin considerar los argumentos del Estado. Por otro lado, cuando se trata de demandas colectivas, los jueces a menudo son más renuentes a conceder las medidas de salud exigidas por el demandante.⁸ De hecho, en las demandas co-

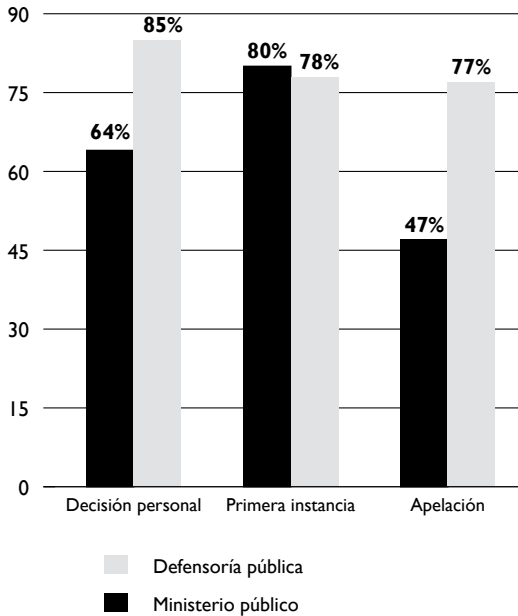
7 Otras razones que posiblemente incidieron y que no puedo analizar en profundidad en este capítulo son: normas más estrictas de legitimidad procesal para presentar demandas colectivas (solo algunos funcionarios y organizaciones las pueden presentar), el pequeño número de abogados del Estado a cargo de los derechos sociales y económicos en comparación con los abogados particulares que representan a los demandantes individuales; el proceso comparativamente más complejo de una demanda colectiva, que por consiguiente requiere más tiempo de preparación que un caso individual.

8 Hay dos clases de procesos judiciales colectivos en Brasil: la acción popular (*ação popular* o AP, Ley Federal 4717 de 1965 y Constitución Federal, art. 5, LXXIII) y la acción civil pública (*ação civil pública* o ACP, Ley Federal 7347 de 1985). La primera puede ser presentada por cualquier ciudadano, y su ámbito es la protección de los bienes públicos, no solo de los bienes con un valor puramente económico, sino también los que tienen un valor histórico y cultural. La segunda tiene reglas de legitimidad procesal más restringidas. Solo el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los gobiernos de cualquier nivel, las empresas estatales, las fundaciones y asociaciones, y las organizaciones de la sociedad civil con más de un año de existencia pueden hacer uso de ella. Su ámbito se superpone en parte con las ACP, pero es más amplio. Incluye la protección del medioambiente, los consumidores, el "orden urbanístico", los bienes de valor artístico, histórico, estético y turístico, y cualquier otro interés colectivo o difuso (intereses tan generales que no pueden localizarse en un grupo concreto, sino más bien en toda la sociedad en su conjunto). Para nuestros fines solo son de interés las ACP.

lectivas los jueces rara vez conceden medidas provisionales sin, por lo menos, escuchar previamente los argumentos del Estado.⁹ Además, se suelen negar las medidas provisionales más a menudo en las demandas colectivas que en las individuales. Cuando se conceden medidas cautelares por un juez de primera instancia, esas medidas se invalidan con mayor frecuencia por el tribunal de apelación en casos colectivos que en casos individuales. Por último, pero no menos importante, las decisiones finales en las demandas colectivas son favorables al Estado con mayor frecuencia que en los casos individuales.

GRÁFICA I

Tasa de éxito en los procedimientos judiciales sobre derecho a la salud en las tres etapas de los procedimientos judiciales (decisión provisional, decisión de primera instancia y apelación)



La gráfica 1 muestra las tasas de éxito en todas las etapas de los procedimientos judiciales para las demandas judiciales sobre derechos a la salud presentadas por el Ministerio Público (MP) entre 1999 y 2008, y

9 Eso se debe en parte a que el artículo 2 de la Ley Federal 8437, de 1992, declara expresamente que, en casos de ACP, no se podrán conceder medidas provisionales sin oír al organismo público involucrado. Muchos jueces, sin embargo, no siguen la norma, en especial en casos individuales.

por la Defensoría Pública (DP)¹⁰ entre 2006 y 2009. Si se tiene en cuenta que el MP en la ciudad de São Paulo presenta solo demandas colectivas, mientras que la DP se concentra en las demandas individuales, es posible comprobar si es correcta o no la impresión expresada por muchos de que las demandas colectivas son más difíciles de ganar.

Los datos disponibles parecen confirmar esa impresión: muestran que es más probable que un demandante individual que reclama un bien específico de salud tenga éxito en un tribunal que el MP en demandas colectivas. La decisión final es favorable al reclamante en el 77 % de los casos en las demandas judiciales individuales promovidas por la DP, pero solo lo es en el 47 % de las demandas colectivas promovidas por el MP. La tasa de éxito en los tribunales inferiores es prácticamente la misma, en torno al 80 %. En la etapa de la adopción de medidas provisionales, el demandante las consigue en el 85 % de los casos relativos a demandas individuales, frente al 64 % en las demandas judiciales colectivas. Si se tiene en cuenta que la decisión final puede tardar varios años, esa es una diferencia importante. Las decisiones provisionales favorables al demandante pueden estar vigentes durante varios años, a veces incluso por más tiempo del que necesita para conseguir el beneficio de salud otorgado. Así que aun si la decisión de primera instancia se anula posteriormente en la etapa de apelación, debería contarse como un éxito para el demandante y no como un fracaso, puesto que consiguió el tratamiento necesario.¹¹

Esta tasa significativamente superior de éxito en las demandas individuales se debe en parte, en mi opinión, a los obstáculos que enfrenta lo que he llamado cumplimiento jurídico. Los tribunales tienen menos disposición y son menos capaces de traducir las normas abstractas de la Constitución en órdenes específicas para el Estado cuando el problema referido es de naturaleza más compleja y de mayor tamaño.¹² Estudiemos algunas decisiones pioneras del Supremo Tribunal Federal (STF) para ilustrar este punto.

10 Nos referimos al MP y la DP en conjunto como abogados públicos, es decir, pagados por el Estado para representar el interés público. Aunque su ámbito no es exactamente el mismo, se superponen bastante con la representación de las personas de escasos recursos, consideradas, según la legislación, como aquellas que ganan menos de tres salarios mínimos.

11 En algunos casos colectivos, la Secretaría de Salud del estado de São Paulo termina prestando el beneficio de salud aun después de ganar la apelación. Sería injusto, según María Cecilia Correa, retirar el beneficio después de tantos años de concederlo (entrevista septiembre de 2010).

12 Véase Lon Fuller (1978, pp. 353-409).

El Supremo Tribunal Federal y los casos colectivos de salud

La mayoría de los casos sobre salud reportados por el Supremo Tribunal Federal (STF) son individuales y apenas unos pocos de ellos son colectivos. Los primeros hasta ahora se han decidido judicialmente, casi siempre a favor del demandante individual, mientras que de los pocos casos colectivos reportados varios se han decidido judicialmente a favor del Estado.¹³ Estudiaremos ahora el razonamiento de las decisiones con el fin de encontrar claves que nos permitan explicar ese comportamiento.

El primer caso colectivo relativo al derecho a la salud decidido por el STF fue ADPF 45. En este caso, un partido político de la oposición denunció la constitucionalidad de un decreto presidencial que regulaba la financiación del sistema de salud (de una forma demasiado restrictiva según los demandantes). A diferencia de la firmeza usual mostrada en los casos individuales, el STF mostró una deferencia mucho mayor hacia las decisiones del Poder Ejecutivo, y declaró que “la Rama Judicial —especialmente este Tribunal Supremo— no tiene la función institucional de formular y poner en práctica políticas públicas”.¹⁴

Esa es una clara manifestación de lo que he llamado el obstáculo del cumplimiento jurídico. Es casi imposible (o depende en exceso de la perspectiva personal) que los tribunales determinen cuál es la clase y forma de gasto en el sistema de salud ordenada por la norma constitucional que reconoce el derecho a la salud. Según la decisión que se

13 Solo pude encontrar dos casos individuales en los que el demandante no tuviera éxito, ambos decididos por la juez Ellen Gracie. Una de las demandas solicitaba medicamentos para tratar la infertilidad (“En este caso, teniendo en cuenta la naturaleza de la enfermedad que afecta a la paciente —infertilidad femenina asociada a la anovulación, CID: N97.0— y el alto costo de los medicamentos prescritos para su tratamiento, que no están incluidos entre los de suministro obligatorio por el sistema público, creo que el daño al orden público, la salud pública y la economía pública se da, puesto que la implementación de decisiones como estas afectan al ya debilitado sistema de salud pública. Además, la ausencia de tratamiento hasta que se llegue a una decisión final no tiene riesgos para la salud de los pacientes. SS 3263 / GO — *Goiás suspensão de Segurança*, sentencia de 23 de julio de 2007”). La otra fue una demanda para el suministro de un medicamento anticancerígeno de alto costo, Mabthera (Rituximab) (SS 3073 / RN — Rio Grande do Norte *Suspensão de Segurança*, sentencia de 9 de febrero de 2007). En su decisión, muy criticada, la juez Ellen Gracie avisa sobre los “potenciales efectos multiplicadores del caso [...] teniendo en cuenta los miles de personas que están potencialmente en la misma situación de la demandante”.

14 ADPF 45-9 — Distrito Federal. Relator: Min. Celso De Mello, sentencia de 4 de abril de 2004 (ver la página web del Tribunal Federal Supremo, www.stf.gov.br).

acaba de citar, eso es algo que deberían decidir las ramas políticas del Estado, y no los jueces.

Una justificación muy parecida se aplicó en todos los otros casos colectivos que han llegado al STF hasta ahora. En STA 185, el juez de instancia había ordenado al Estado tomar “en el plazo de 30 días, todas las medidas apropiadas que permitieran efectuar cirugías a los transexuales” que desearan cambiarse de sexo. El STF decidió suspender la orden porque “el cumplimiento de la orden [...] repercutiría en el programa presupuestal del Gobierno” y afectaría la administración racional del sistema de salud al “reasignar los recursos destinados originalmente a otras políticas de salud pública”.¹⁵

En el caso STA 424, el Gobierno federal, el estado meridional de Santa Catarina (uno de los más ricos de Brasil) y el municipio de Joinville fueron condenados solidariamente en primera instancia y luego por el Tribunal de Apelaciones a proporcionar tres medicamentos, no incluidos en los programas oficiales, a todos los pacientes en ese municipio que sufrieran de microcefalia, un trastorno neurológico del desarrollo. El estado y el municipio apelaron al STF y afirmaron que esa decisión era inapropiada por razones técnicas y económicas, y causaría daños graves a los servicios de salud de la localidad. El STF, presidido esta vez por el magistrado Gilmar Medes, volvió a mostrar deferencia hacia las decisiones de las autoridades públicas. Merece la pena citar un párrafo completo de la decisión:

Además, no se debe olvidar que la gestión del servicio unificado de salud, que tiene el deber de respetar los principios constitucionales de igualdad de acceso universal en sus acciones de salud y en la prestación de servicios de salud, es viable únicamente gracias a la concepción de políticas públicas que asignen los recursos (naturalmente escasos) de la manera más eficiente. Obligar a que el sistema público financie los servicios de salud causaría graves daños al orden administrativo y conduciría a debilitar el servicio de salud unificado, causando todavía más daños a los grupos más necesitados de la población. Por esa razón, concluimos, en principio, que el tratamiento decidido por el SUS [el servicio de salud nacional] debe imponerse frente a una diferente del paciente cuando no esté probado que la política de salud existente sea inadecuada o ineficiente.

En SL 256, el estado de Tocantins había sido condenado en primera y segunda instancia a pagar los gastos de transporte, alimentación y alojamiento de todos los pacientes del municipio de Araguáña cuando

15 La misma justificación se usó en STA 91, en el que el MPF requirió medicamentos para la hemodiálisis y los trasplantes de todos los ciudadanos del estado de Alagoas.

tuvieran que recibir tratamiento fuera del municipio.¹⁶ Sin embargo, una vez más, el STF, liderado por Gilmar Mendes, invalidó las decisiones de los tribunales inferiores usando exactamente la misma justificación que se ofreció en el caso STA 424 mencionado.

Ahora bien, esta deferencia hacia las decisiones del Poder Ejecutivo mostrada por los jueces, que acepta una incompleta exigibilidad judicial de las normas constitucionales que reconocen derechos sociales, no es sorprendente. En algunas jurisdicciones, como la sudafricana, esa es la regla, y para muchos comentaristas el principal obstáculo para la realización efectiva de estos derechos.¹⁷ Lo que es sorprendente sobre esta actitud en Brasil es que difiere notablemente, como se ha explicado, del comportamiento firme de los jueces con respecto a los casos individuales, en los que el STF y los tribunales inferiores rara vez han aceptado la prerrogativa de las ramas políticas de determinar cómo gastar el presupuesto limitado del sistema de salud. Por el contrario, casi siempre (con unas pocas excepciones destacables) han tomado decisiones en favor de los demandantes y han decidido no tener en cuenta las preocupaciones sobre las interferencias con estas políticas públicas y sobre la asignación de recursos por considerarlas secundarias e irrelevantes.

En un pasaje que se convirtió en una especie de precedente de facto para los casos individuales, que está escrito sorprendentemente por el mismo juez que redactó la decisión citada en el caso ADPF 45, en uno de los primeros casos en los que una persona solicitaba medicamentos para el VIH-sida, se formuló el siguiente principio:

Entre proteger la inviolabilidad del derecho a la vida, un derecho fundamental constitucional inalienable, frente a un interés financiero y secundario del Estado, pienso —una vez que el dilema se ha establecido— que las razones éticas y jurídicas le imponen al juez una única opción posible: el respeto incondicionado por la vida.¹⁸

Como mencioné, la mayoría de los casos de salud que llegan a los jueces brasileños en todo el país son de esta clase, es decir, individuales, y la decisión se basa invariablemente en ese principio firme y expansivo en favor del demandante. No se expresan preocupaciones con respecto a la separación de poderes o la limitación de recursos. Si tienen o no

16 Cuando los servicios de salud provistos por SUS no están disponibles en un municipio determinado, este debería, por ley, cubrir los gastos del paciente, que deberá ser tratado en la siguiente unidad disponible; entre los gastos que deben pagarse están el transporte, la alimentación y la acomodación.

17 Véanse, por ejemplo, los casos sudafricanos de Soobramoney y Grootboom, y la discusión feroz que generaron en, por ejemplo, Wesson (2004), Dugard y Roux (2006) y Bilchitz (2002).

18 Véase STF, j. 31.1.97, DJU 13.2.97.

razón los jueces brasileños al tratar los casos colectivos e individuales de una manera tan diferente es una cuestión muy importante que analizaré después. Por el momento, lo que me interesa destacar es que lo que he llamado la imposibilidad de exigir legalmente el derecho a la salud afecta solo a los casos colectivos, lo que puede explicar en cierta medida por qué estos no son tan comunes como los individuales.

Obstáculos al cumplimiento fáctico: los casos sobre diabetes y autismo

Incluso cuando se supera el primer obstáculo del cumplimiento jurídico en las demandas judiciales colectivas, y así ocurre en varios casos (como ya se ha visto, el 47 % de nuestra muestra fueron exitosos), no existen garantías de que la orden judicial se vaya a cumplir en el mundo real. A diferencia de lo que ocurre en las demandas individuales, en las que el Estado cumple con casi todas las decisiones, las demandas colectivas enfrentan a menudo obstáculos para el cumplimiento fáctico.

En algunos casos ese es el resultado de la generalidad extrema con la que necesariamente se formulan esas decisiones. Tómese como ejemplo las demandas judiciales en el campo de la diabetes, que representan la mayoría de los procesos judiciales sobre derecho a la salud en el estado de São Paulo y en muchos otros lugares de Brasil. El gobierno de São Paulo tiene un programa oficial para ocuparse de la población diabética en su totalidad. Pero los expertos del Ministerio de Salud han decidido no ofrecer ciertos tipos de insulina (los análogos de la insulina, mucho más caros que la insulina normal) como tratamiento estándar para la totalidad de la población. Solo aquellos que, en opinión de los expertos de salud del Estado no se pueden beneficiar del tratamiento regular tienen acceso a los análogos de la insulina, algo que se decide caso por caso. Esa decisión de políticas públicas ha dado lugar a una cadena de demandas judiciales, la mayoría de casos individuales, y a un par de demandas colectivas.

Siguiendo el patrón analizado, los jueces se han decidido en favor del demandante en la mayoría de las demandas individuales. El resultado ha sido que la Secretaría de Estado para la Salud en São Paulo proporciona hoy unas 9.598 dosis de insulina análoga para cerca de 6.000 individuos. Por otro lado, ninguna de las dos demandas colectivas ha tenido éxito hasta ahora en ampliar el acceso a estos medicamentos para la totalidad de la población diabética que recibe el tratamiento estándar del Estado y que en la actualidad es de 182.000 personas.¹⁹

19 Entrevista con Maria Cecilia Correa y Ana Luiza Chieffi, Secretaría de Sa-

Es evidente que las órdenes individuales son menos complejas a la hora de cumplir. La orden judicial se limita a conceder al demandante individual acceso al medicamento preciso prescrito por el médico. No hay margen para que el Estado evite el cumplimiento. Las órdenes colectivas son lo opuesto. El juez no cuenta con los medios para determinar, con todos los detalles necesarios, cómo debería ponerse en práctica el programa integral ordenado, y el Estado puede usar esa circunstancia para evitar o retrasar el cumplimiento efectivo. Permítaseme ilustrar esta circunstancia con la decisión relativa a una demanda colectiva en un caso de diabetes. En este caso, el MP presentó una demanda colectiva (*ação civil pública*, ACP) a comienzos de 2005 en nombre de todos los pacientes diabéticos que residían en el municipio de São Paulo, es decir, potencialmente en nombre de cientos de miles de personas. En línea con lo analizado, la medida provisional requerida fue negada por el tribunal inferior y por el tribunal de apelación. Casi tres años después, un tribunal inferior dictó una decisión final a favor de los demandantes y le ordenó al Estado:

...proporcionar, de manera gratuita, para todos los residentes del municipio de São Paulo que no se lo pueden permitir y que puedan probar que sufren de diabetes con una receta médica, en la dosis y la secuencia establecida individualmente, de manera continua, regular y sin interrupciones, en 30 días, todos los medicamentos para el control y tratamiento de la diabetes.²⁰

El estado de São Paulo, explotando la generalidad de la decisión, pudo recurrir estratégicamente a un procedimiento técnico, llamado *embargos de declaração*, para solicitarle al juez que especificara cómo debería ponerse en práctica una orden tan genérica. Preguntaba, con respecto a los aspectos administrativos, cómo deberían distinguir a los residentes del municipio que tenían derecho a tratamiento de aquellos que no lo tenían (es decir, qué documentos debían exigirse como prueba de residencia) y si solo las recetas prescritas por los médicos del sistema público deberían aceptarse o también deberían aceptarse las de los médicos privados. Asimismo, cuestionaba la redacción genérica de la decisión, que concedía “todos los tratamientos”, “toda la medicación” y “todo el equipo” necesarios, y le pedía al juez (en una acción algo

lud del estado de São Paulo, 23 de septiembre de 2010. Ha habido dos demandas colectivas hasta ahora contra el estado de São Paulo, una promovida por la antigua Procuraduría de Asistencia Judicial, hoy llamada Defensoría Pública, la cual ya se decidió en favor del estado, y otra promovida por el Ministerio Público Federal (MPF). En esta última se solicitaron medidas provisionales, que se negaron a mediados de 2009, y la decisión final tardará años en producirse.

20 Decisión en el archivo del autor.

provocadora) que especificara a qué medicamentos y a qué equipos concretos se refería.

El juez se negó a especificar su decisión más de lo que había hecho y afirmó que todas las cuestiones médicas deberían determinarse por los médicos de los pacientes, caso por caso, y que los problemas administrativos deberían decidirse por el Estado. Esa aclaración convirtió lo que se suponía que era una orden colectiva que beneficiaba a miles de pacientes en potenciales casos individuales futuros. De hecho, según la decisión del tribunal inferior, cada persona que necesitara un tratamiento de diabetes debía acudir por consiguiente al Estado con una receta médica que especificara un cierto medicamento y equipo y probar, según los criterios establecidos por el propio Estado, que era residente del municipio de São Paulo y no se podía pagar el tratamiento. Si el Estado no estaba convencido de cualquiera de esas condiciones (por ejemplo, de la necesidad médica, de la residencia o de la pobreza) podría negarles el tratamiento a los pacientes y estos tendrían que acudir de nuevo al tribunal para denunciar la decisión administrativa, de la misma forma que ocurría en los casos individuales.

Pero el Estado decidió apelar (una estrategia que suspende el cumplimiento de la decisión hasta que se decida la apelación) y el 6 octubre 2009 el tribunal de apelación anuló la decisión del tribunal inferior ¡justo por ser demasiado general! Merece la pena citar el pasaje de la sentencia:

¿Puede haber un proceso judicial cuyo objeto sea obtener una condena genérica del Estado para que proporcione todos los medicamentos necesarios para el control de la diabetes a todos los residentes de São Paulo? En mi opinión, no. Ese es un deber ya establecido en el artículo 196 de la Constitución federal, lo que hace que una decisión judicial a ese respecto sea innecesaria. Es claro, por consiguiente, que la protección colectiva de la salud, en este caso, tiene que llevarse a cabo necesariamente mediante la protección de los derechos individuales.²¹

Por tanto, los jueces brasileños parecen ser un obstáculo a las demandas colectivas en el campo de la salud. Existe una clara resistencia de su parte, aun cuando concedan la solicitud del demandante, a determinar con algún nivel de precisión qué es lo que debe cumplir el Estado. Se encuentran mucho más cómodos cuando dictan órdenes más asertivas y determinadas, como pasa en los casos individuales. En consecuencia, no es sorprendente que incluso quienes tienen legitimidad procesal para presentar demandas colectivas terminen por preferir la

21 Apelação Cível com Revisão 803.640-5/3-00, da Comarca de São Paulo-Faz Pública.

vía individual.²² Preparar las demandas colectivas requiere mucho más trabajo, se tarda mucho más en decidir las y existe un riesgo mucho mayor en las etapas de cumplimiento jurídico y fáctico. En este caso sobre diabetes, los abogados públicos esperaron casi ocho años para obtener una decisión final y aunque la decisión del tribunal inferior había sido favorable, era demasiado genérica para ser implementada y el Tribunal de Apelación terminó por anularla.²³

Volveré, en la conclusión, a referirme a la importante cuestión de si los jueces tienen justificaciones para tratar las demandas individuales y colectivas de manera diferente. Ahora quisiera referirme a otra demanda colectiva que fue exitosa desde el principio hasta el fin, para ilustrar algo más lo que he llamado el obstáculo del cumplimiento fáctico.

En este caso, el MP presentó el 27 octubre del año 2001 una ACP en nombre de todos los autistas residentes en el estado de São Paulo, con el propósito de obligar a las autoridades públicas a “financiar [...] tratamientos especializados en instituciones apropiadas (privadas, puesto que no existían instituciones estatales que cumplieran esas condiciones)” para los autistas, incluyendo la educación. Solicitó también que se ofreciera tratamiento en la institución más cercana a la residencia del paciente. Esa financiación del tratamiento en instituciones privadas debería durar, según el MP, hasta que el estado estableciera instituciones públicas adecuadas, es decir, especializadas, separadas de las instituciones tradicionales de salud mental, que eran las usadas en la práctica para tratar a los autistas.

En su defensa, el Estado declaró que a pesar de sus esfuerzos por dar acceso a un tratamiento especializado a todas las personas autistas, los recursos eran insuficientes y, por consiguiente, el acceso tenía que racionarse y extenderse gradualmente, ya que si no otras importantes acciones relativas a la salud sufrirían las consecuencias. Al inicio, el tribunal inferior rechazó la solicitud de medidas provisionales solicitadas por el MP; sin embargo, el 28 de diciembre de 2001 decidió a favor

22 Muchos abogados de la administración pública que tienen legitimidad procesal para presentar demandas colectivas han preferido, en lugar de eso, presentar múltiples demandas individuales para eludir los obstáculos al cumplimiento jurídico y fáctico que mencionamos en el texto. Entrevistas con abogados de la administración del estado de São Paulo, septiembre de 2010.

23 En septiembre de 2009, el MPF presentó otra demanda colectiva contra el Gobierno federal y el estado de São Paulo en la que solicitaba tratamiento para los enfermos de diabetes, en este caso para toda la población enferma del estado de São Paulo. El tribunal inferior denegó la medida provisional solicitada y ahora sigue su curso normal, es decir, tardará un par de años en ser decidido en los tribunales inferiores y varios años más en conseguirse una decisión del tribunal de apelaciones (ver 2009.61.00.020497-7).

de los demandantes y ordenó al Estado que proporcionara todo lo que solicitaba el MP.

Una característica notable de esta decisión es la forma en la que el juez rechazó las complejidades del caso. Para él, el problema era exclusivamente jurídico, es decir, no eran necesarias pruebas técnicas que le ayudaran a tomar una decisión. Era un simple caso de hacer cumplir el derecho a la salud reconocido por la Constitución que, en su interpretación, obligaba al estado a tratar a todas las personas que sufrieran una determinada enfermedad cuando existiera tratamiento. Por tanto, para el juez, cuando el estado afirmaba que no tenía suficientes recursos para tratar a todos los individuos autistas con el mejor tratamiento posible, lo que estaba haciendo era reconocer que violaba el derecho a la salud. La falta de recursos podría resolverse con facilidad, afirmaba el juez, si el estado usaba “esa enorme suma mal gastada en publicidad”. En toda la decisión, que tiene once páginas, hay un único párrafo sobre lo que se podría defender que debería ser el problema central del caso, es decir, si la política estatal de tratamiento del autismo era apropiada o no. Sin embargo, puesto que se reconocía que el estado no ofrecía el mejor tratamiento disponible para todos los individuos autistas, el juez rechazó rápidamente la política estatal por considerarla inadecuada. La mayor parte de la decisión está dedicada a ofrecer una descripción de qué es el autismo y a un análisis de los aspectos jurídicos del derecho constitucional a la salud.

A mediados de 2005, el Tribunal de Apelación confirmó la decisión del tribunal inferior. Sin embargo, una vez más, no existe un análisis en profundidad sobre la política estatal para tratar el autismo. La decisión se concentra, como es usual, en los aspectos jurídicos del derecho a la salud reconocidos en la Constitución, que se interpretan de manera expansiva (algo que también es usual), como un derecho de todas las personas a recibir el tratamiento disponible para su enfermedad. Si se interpreta de esa forma expansiva (lógicamente) no existe necesidad de analizar en detalle la adecuación de la política del Estado. Toda política que no conceda el mejor tratamiento disponible para cualquier persona es defectuosa y, en consecuencia, representa una violación del derecho a la salud. La cuestión de la limitación de recursos se rechaza de nuevo sin demasiado estudio en el siguiente pasaje:

El argumento, tan típico de los burócratas, de que el reconocimiento de este derecho esencial de los ciudadanos, acceder a la salud, puede socavar otras políticas de salud pública no tiene justificación. Todo lo que se requiere es una gestión racional, eficiente y honesta de los bienes públicos. No deberían darse ayudas [estatales] a las grandes empresas; no deberían venderse en dólares estadounidenses a precios subsidiados a banqueros

quebrados en violación de los principios de legalidad y moralidad pública. Los beneficios tributarios [del CPMF]²⁴ deberían invertirse en programas de salud pública. Si el Estado todavía no ha hecho esto, tiene que ser obligado por el Poder Judicial, el guardián de la Constitución, a hacerlo.²⁵

Con respecto al argumento de que los jueces no deberían determinar por sí mismos qué políticas públicas deberían ponerse en práctica y cómo habría que hacerlo, la decisión reitera la respuesta habitual de que la Constitución no concede “un cheque en blanco” a los poderes políticos. Por el contrario, la administración pública tiene que actuar dentro de los “vectores axiológicos” de la Constitución, en especial del “principio de la dignidad humana”.

Por consiguiente, no se hace ningún intento por ocuparse de los complejos problemas sobre cómo ofrecer un tratamiento adecuado a la totalidad de la población autista del estado de São Paulo, aunque la razón de no hacerlo no está relacionada con la interferencia indebida de los jueces en asuntos políticos. Más bien, lo que ocurre es que para los jueces el asunto es muy simple: se debe ofrecer el mejor tratamiento disponible de salud. Pero incluso con esa interpretación expansiva del derecho a la salud sigue existiendo un gran margen de incertidumbre acerca de su cumplimiento concreto. ¿Cuál es el mejor tratamiento disponible para las personas con autismo? Es claro que este caso es diferente del de la diabetes, analizado anteriormente, cuando el problema podría decidirse caso por caso mediante la prescripción de medicamentos determinados por el doctor a su paciente. Los casos de autismo se refieren a la creación de instituciones médicas equipadas para ocuparse de las complejas necesidades de salud y educativas de las personas con autismo.

¿Cuál debería ser el equipamiento material y el personal necesario para esas instalaciones de manera que se puedan considerar apropiadas para el tratamiento del autismo? ¿Cuántos empleados debería haber por paciente? ¿Cuántos médicos, enfermeras, nutricionistas, psicólogos, etc.? ¿Cómo deberían ser de grandes, luminosas y limpias las habitaciones? Los problemas involucrados son mucho más complejos que en casos como el de la diabetes, que giran en torno al suministro de medicamentos. El Estado, aprovechándose una vez más de

24 La Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras (CPMF) fue un tributo provisional creado en 1994 a las transacciones financieras cuyos beneficios deberían invertirse en el sistema de salud; sin embargo, como pasa muchas veces con este tipo de tributos designados a partidas específicas, el recaudo fue paulatinamente desviado hacia otras áreas, sobre todo al pago de la deuda estatal.

25 Apelação Cível 278.801.5/8-00.

este problema, hizo uso de los procedimientos de aclaración ya mencionados (la solicitud de *embargos de declaração*) y consiguió obtener la siguiente aclaración del Tribunal de Apelaciones: “Es función del Estado, en el marco de la razonabilidad, establecer los criterios técnicos, médicos y educativos, para que una situación se pueda calificar como apropiada para el tratamiento del autismo”.²⁶

No es difícil imaginar las complejidades que surgieron (y todavía surgen) con relación al cumplimiento práctico de esa decisión. Puesto que no se dictó ninguna decisión para que el Estado elaborara un estudio sobre el autismo en el estado de São Paulo que permitiera saber el número estimado de personas que necesitaban tratamiento y establecer un plan para proporcionar un tratamiento adecuado a todas ellas, se dejó el cumplimiento de las decisiones a la iniciativa de las personas que sufrían autismo (a través de sus tutores) que, una vez que conocieron la sentencia del tribunal, acudieron al estado a solicitarlo. Estas solicitudes administrativas individuales de tratamiento se analizarían entonces caso por caso. El estado podría rechazar la solicitud (por ejemplo, por insuficientes pruebas de padecer autismo) o aceptarla y asignar el paciente a una clínica que considerara apropiada para tratar a esa persona.

Este formato individualizado para hacer cumplir una decisión colectiva, compleja e integral terminó por causar una serie de problemas con respecto al cumplimiento. Le dio al estado una mayor oportunidad de controlar el ritmo y el ámbito del cumplimiento de la decisión, lo que a su vez generó una multitud de demandas judiciales adicionales, individualizadas (algo que se suponía que la demanda colectiva prevendría en lugar de estimular). De hecho, muchos demandantes autistas, como era esperable, demandaban la decisión administrativa del estado, aun cuando se les reconociera una plaza en una clínica (bien debido a su localización, bien a su supuesta inadecuación). Cada conflicto administrativo de esta clase dio lugar (y todavía da lugar) a una demanda individual (llamada *habilitação*, un procedimiento separado subsidiario de cumplimiento con respecto a la demanda judicial principal) que tienen que decidir los jueces. Los jueces se convierten así en microgestores de la prestación de los servicios de salud. Ha habido cientos de demandas individuales y todavía continúan presentándose cotidianamente.²⁷ Estudiaremos ahora un par de esos casos para ver con mayor detalle cómo funciona el procedimiento.

26 Embargos de Declaração 278.801.5/0-01.

27 Entrevista con abogados del estado, septiembre de 2010. No fue posible establecer el número exacto de esa andanada de demandas individuales. Una

El 19 febrero 2009, el menor L.P.A, representado por un abogado particular, presentó una demanda judicial individual en la que afirmaba que la clínica en la que se le estaba tratando, escogida por el estado, era inadecuada. Se solicitaba al juez ordenar al estado que financiara su transferencia a una clínica privada de su elección para su tratamiento. El juez escuchó al MP, que fue el patrocinador de la demanda colectiva, como ya sabemos, cuya opinión era que la reclamación debería rechazarse porque el estado había cumplido con su deber. El juez de instancia aceptó esa opinión y tomó una decisión favorable al estado. El demandante apeló y el Tribunal de Apelación decidió, el 13 abril de 2010, anular la decisión del tribunal de instancia. Declaró que no era suficiente que el estado y el MP dijeran que la clínica era apropiada para las necesidades de un paciente individual. También debían probar, mediante peritos, que así era. Por tanto, ordenó que se presentaran esas pruebas ante el tribunal y que, mientras no estuvieran disponibles, el Estado debería financiar el tratamiento en una clínica de elección del demandante. Ahora bien, recuérdese que esos casos ya se dan por cientos y que crecen día a día.

Además del caos administrativo que esta “individualización” ha causado en el tribunal inferior que decidió la demanda colectiva original (ya que por ley cada nuevo caso subsidiario debe presentarse ante el mismo tribunal), también tiene el potencial de crear otras injusticias. De hecho, como se ha argumentado, una de las ventajas reconocidas de las demandas colectivas con respecto al cumplimiento de los derechos sociales es que tienen el potencial de evitar los efectos regresivos relativos a la presentación individual de demandas judiciales debido a las desigualdades de acceso a los tribunales; la individualización del cumplimiento de las decisiones colectivas acaba produciendo justo el mismo riesgo. Les da una ventaja clara a aquellos pacientes cuyas familias están bien informadas y cuentan con suficientes recursos como para haber conocido la decisión, ser capaces de presentar una solicitud administrativa apropiadamente documentada y poder acudir a un tribunal para oponerse a una decisión administrativa desfavorable.

Esos problemas de cumplimiento, y la inequidad potencial, no le fueron ajenos al juez de instancia encargado de decidir cientos de demandas individuales de cumplimiento. En una decisión heterodoxa,

búsqueda en la base de datos del Tribunal de Apelaciones del estado de São Paulo sobre decisiones, con las palabras “autistas” y “ação civil pública” arrojó 227 resultados. Teniendo en cuenta que ni la base de datos ni los métodos de búsqueda cubren la totalidad de casos, y que no incluyen los casos de los tribunales inferiores que no hayan sido apelados, el volumen debe ser considerablemente mayor.

que dejaba ver la frustración en cada frase, el juez decidió, ocho años después de la decisión original, que ya estaba cansado de microgestionar la prestación del tratamiento a cientos de personas y pacientes (en gran medida, todavía privilegiados). Criticando con dureza al estado por sus tácticas dilatorias y al MP por su posición pasiva, decidió no aceptar más reclamaciones individuales y determinó (sin demasiado sentido práctico, debe decirse), que el MP público y el Estado combinarían sus esfuerzos para ofrecer, de una vez por todas, tratamiento adecuado a todas las personas autistas en un plazo de 90 días.²⁸ Merece citarse en extenso un extracto de la decisión:

6. Numerosos familiares de los individuos autistas acuden al edificio de los tribunales, a menudo personas pobres que vienen de todo el estado, para solicitarle al juez que haga esfuerzos personales de manera que reciban el dinero o que sus familiares sean admitidos en clínicas privadas. Desde hoy esto cambiará, esos familiares y sus abogados deben dirigirse directamente a la Secretaría de Salud del Estado o al Ministerio Público.

7. Debido al escaso número de empleados de mi tribunal (6º Ofício da Fazenda Pública da Capital), unos 14, y a noticias que dicen que el Tribunal de Apelación (Tribunal de Justiça) quiere reasignar a 450 empleados de los tribunales inferiores para que trabajen en las oficinas de los ilustres jueces de apelación, no hay personal para atender a los familiares del autista que vengan a mi tribunal con la esperanza de conseguir que la decisión judicial se haga cumplir.

8. No es deber del juez, según la redacción de la decisión, verificar la situación personal de cada persona autista [...].

9. Según la orden contenida en la decisión judicial, es la Secretaría del Estado quien, a petición de la familia de la persona autista, debería verificar, individualmente, y en función de las pruebas contenidas en un informe médico, cuál es la mejor institución a la que enviar al paciente, que se encuentre tan cerca como sea posible de donde residen sus familiares, o a otra distinta si existe una justificación válida para ello.

10. No hay nada en la decisión judicial que establezca que el juez de cumplimiento debería reemplazar al secretario de Salud en sus deberes (el juez no es un médico que diagnostique el autismo, ni es capaz de escoger institución adecuada para cada caso específico, ni tiene el conocimiento técnico para analizar la prescripción médica que determina cuál es el tratamiento más apropiado para cada situación específica).

11. [...] cabe destacar que solo un número pequeño de personas autistas (entre una población de millones de personas que tiene el estado de São Paulo) se está beneficiando de la decisión judicial, puesto que solo aquellos que contratan abogados particulares están recibiendo asistencia mediante las órdenes de cumplimiento individuales dictadas por este tribunal. [...] 13. Por esta razón, establezco que el estado, que tiene que mantener un registro de todas las personas

28 Para un desarrollo similar en Colombia, ver la famosa sentencia T-760/08 de la Corte Constitucional, y el análisis en Yamin, Parra-Vera y Gianella (2011).

autistas que buscan tratamiento, se ocupe directamente de las reclamaciones de los familiares y sus abogados, como se determinó en la decisión judicial original, cuando aquellas vayan acompañadas de un diagnóstico médico en el que se pruebe la condición del paciente, y se proporcione al demandante, en un plazo no superior a 30 días, una institución adecuada para su tratamiento, conforme a lo dispuesto en la decisión original, y se proporcione a los familiares toda la información necesaria para el comienzo del tratamiento y pagar directamente a las clínicas, sujeto a una multa diaria de 50.000 reales [USD \$30.000] en caso de no hacerlo. 14. Si el estado no cumple con estas disposiciones, el MP convocará a todos los guardianes legales de las personas autistas en un solo acto, y a un periódico de los más importantes, o a una red de televisión, para entregarle los documentos médicos a la Secretaría de Salud del estado con el propósito de permitir la prestación rápida de asistencia educativa a los pacientes, es decir, el cumplimiento pleno de la decisión judicial, de una vez por todas, en un plazo de 90 días.

El juez ordena que el MP, la DP y el Tribunal de Apelaciones hagan pública la decisión judicial en todo el estado de São Paulo, de manera que llegue a todos los autistas, y, debido al aumento esperado de las demandas, asigne más procuradores, defensores públicos y empleados de tribunales para atender a los reclamantes autistas. Determina también que la Secretaría de Salud incremente su personal para atender el mayor número esperado de autistas que acudan al Estado solicitando tratamiento.

Al final determina que, para ser equitativos con todos aquellos que no pueden acudir individualmente a los jueces para hacer cumplir la decisión, los procedimientos individuales de cumplimiento no se aceptarán más y termina con una afirmación bastante triunfal: “21. Se necesita coraje para hacer ejecutar las decisiones judiciales; las decisiones del Poder Judicial no pueden ser solo simbólicas”.

Creo que la frustración del juez del tribunal de instancia está justificada y que la fuerza de su argumento, si se dejan a un lado algunos párrafos extraños, es correcta. La individualización del cumplimiento termina por socavar el propósito mismo de las demandas colectivas. Como análisis con mayor detalle en las conclusiones, no estoy seguro si el cumplimiento colectivo es siquiera posible o deseable. Pero el hecho es que el cumplimiento individualizado, a pesar de sus problemas de equidad y la participación de los jueces en la microgestión, es claramente mucho menos difícil. La cruda verdad es que los cientos de personas que cuentan con recursos para acudir a los tribunales mediante procedimientos de cumplimiento individualizados están hoy recibiendo tratamientos en clínicas de su elección, mientras que los miles que no pueden acudir a los tribunales de manera individual, bien porque

no conocen la decisión, bien porque carecen de recursos, o por ambas cosas, terminan por depender de los servicios más estandarizados provistos por el Estado y a menudo tienen que manejarse sin ellos.

Además, la mayoría de los jueces de instancia (con raras excepciones, como la de este juez) y los tribunales superiores se sienten más cómodos con el cumplimiento individualizado. Ya hemos visto un ejemplo de esta tendencia en las decisiones del STF y en el caso de la diabetes estudiado en las páginas anteriores. Lo mismo ocurrió en el caso del autismo. La decisión del juez de instancia que se acaba de citar fue rápidamente anulada por el Tribunal de Apelación al considerarla inadecuada. El cumplimiento individualizado, dijo el Tribunal de Apelación, no solo es el método adecuado según las normas procesales, sino también un derecho constitucional fundamental de los individuos (el derecho de acceso a los tribunales, art. 5, XXXV, de la Constitución federal).

Conclusiones

He analizado en este capítulo por qué las demandas colectivas que se refieren a reclamaciones de derechos sociales y económicos son muy inferiores en número a las demandas individuales en Brasil. Sugerí que un importante elemento explicativo son las mayores dificultades a las que se enfrentan las demandas colectivas con respecto al cumplimiento, y no me refiero solo al cumplimiento real de una decisión en favor del demandante (llamo a esto cumplimiento fáctico), sino también a la capacidad de un tribunal de derecho a traducir las normas constitucionales genéricas que reconocen derechos sociales y económicos en órdenes específicas que se puedan cumplir en el mundo real (llamo a esto cumplimiento jurídico). Para comprobar mi hipótesis estudié el derecho constitucional a la salud, reconocido en los artículos 6 y 196 de la Constitución brasileña, y que ha sido objeto de un aumento enorme de demandas ante los tribunales, fenómeno que suele conocerse como “judicialización de la salud”. Al igual que pasa con otros derechos económicos y sociales, las demandas judiciales colectivas en el área de la salud son también pocas en Brasil.

La explicación para esta diferencia en el número de demandas tiene que ver, como es obvio, con una compleja mezcla de variables que no estudié en este capítulo. Una de esas variables es matemática: los individuos son, como es lógico, más numerosos que los grupos formados por esos mismos individuos. Otra es el número enorme de abogados particulares que pueden presentar demandas individuales, en comparación con los pocos abogados públicos que pueden presentar

demandas colectivas.²⁹ No obstante, argumento que esos factores no pueden explicar por sí mismos la enorme diferencia entre demandas colectivas e individuales. Tampoco pueden explicarse mediante otras variables jurídicas, políticas y sociales que suelen mencionarse en la literatura académica y en los debates. No existen, por ejemplo, barreras procedimentales significativas para presentar demandas colectivas en el sistema jurídico brasileño, aparte de las normas sobre legitimidad procesal que ya se han mencionado. Por el contrario, la Constitución y las leyes ordinarias establecen esos procedimientos, como la *ação civil pública* (Ley Federal 7.347, de 24 julio 1985), que se pueden emplear con facilidad por el MP y otros sujetos. Las normas y prácticas relativas a las medidas judiciales no se pueden considerar tampoco como una barrera significativa. Los jueces brasileños cuentan con una libertad razonable para dictar las medidas compensatorias que sean adecuadas para el caso que se está juzgando (entre las cuales estarían las indemnizaciones, las prohibiciones y las órdenes de actuar) y tienen instrumentos efectivos para hacer que en caso de desacato se cumplan sus decisiones (por ejemplo, mediante la imposición de multas e incluso la amenaza de la prisión). Eso mismo es aplicable a las normas y prácticas relativas a la jurisdicción de supervisión del tribunal (por ejemplo, la prórroga de la competencia del tribunal para seguir la implementación de la sentencia). Como se analizó con respecto al caso del autismo, los tribunales pudieron seguir por tiempo indefinido el cumplimiento de la decisión, mediante procedimientos de cumplimiento, siempre que así lo solicitaran las partes involucradas en el caso.

En lo que se refiere a las llamadas variables políticas, como la capacidad de la estructura estatal de hacer efectivas las decisiones sobre derechos sociales y económicos, y de los acuerdos institucionales entre los jueces y los poderes Ejecutivo y Legislativo, tampoco parece haber obstáculos significativos en lo que se refiere al cumplimiento de los derechos sociales y económicos en Brasil. En especial, en los estados desarrollados del sureste, en los que las demandas judiciales son más numerosas, la estructura estatal cuenta con gran capacidad para hacer cumplir la mayoría de las decisiones judiciales. Además, las acusaciones de usurpación del poder por parte de los jueces se descartan rápidamente por los propios tribunales, que argumentan que la Constitución es la que ordena la interferencia judicial para proteger esos derechos.

Por último, la sociedad civil brasileña se encuentra razonablemente bien organizada en el campo de la defensa de los derechos, en especial

29 D. Wang (2009) y entrevista con los defensores públicos en São Paulo, 29 de julio de 2009.

de los derechos a la salud. Según la investigación llevada a cabo por el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística, en el año 2005 hubo 60.250 organizaciones no gubernamentales de esa clase (IBGE, 2005). Muchas de ellas tienen bastante práctica en recurrir a los tribunales como estrategia para lograr sus intereses en el campo de la salud, bien de forma directa, como en el campo del VIH-sida; bien de forma indirecta, a través del MP, como ocurrió en los casos de diabetes y de autismo analizados en este capítulo (Ministerio de Salud de Brasil, 2005).

Así que, si bien no se llevó a cabo un estudio profundo de todas las variables potenciales debido al espacio limitado, parece justo decir que no es muy probable que en Brasil sean significativas las variables políticas, jurídicas y sociales que más comúnmente se suelen mencionar como elementos explicativos del número de demandas y del grado de cumplimiento, aunque bien pueden tener un papel secundario que merezca investigarse más.

En Brasil, la variable más importante, como he intentado explicar en este capítulo, parecen ser los obstáculos al cumplimiento (jurídico y fáctico), mucho mayores en las demandas colectivas que en las individuales. Un análisis cualitativo de las decisiones de los pocos casos colectivos sobre derecho a la salud que han llegado al Supremo Tribunal Federal muestra que existe una gran renuencia por parte de ese tribunal a aceptar casos colectivos. Mientras que casi todos los casos individuales han sido decididos por los jueces en favor de los demandantes, no hay ningún caso colectivo que hasta ahora haya sido exitoso ante el STF. Esa misma renuencia se puede encontrar, aunque con menor intensidad, en los tribunales de apelación de los estados y en los tribunales de instancia. De hecho, la mayoría de los entrevistados opinaron que las demandas colectivas se reciben con mucha mayor renuencia por los jueces. Esta opinión es congruente con los resultados de una investigación cuantitativa sobre todos los casos colectivos presentados por el MP del estado de São Paulo entre los años 2000 y 2008. Como se explicó, el índice de fracaso de las demandas colectivas, que es de un 53 %, es mucho más alto que el que se encuentra en los diversos estudios sobre demandas individuales (y que va del 17 al 0 %). Intenté explicar esta discrepancia por la mayor dificultad que tienen los jueces a la hora de concretar las normas genéricas de la Constitución en decisiones específicas para el Estado cuando las demandas colectivas exigen medidas estructurales (obstáculo del cumplimiento jurídico). Pero incluso cuando las demandas colectivas son exitosas ante los tribunales, su cumplimiento práctico enfrenta considerables obstáculos. El caso de los autistas, que usé como estudio de caso en este capítulo, proporciona un claro ejemplo de esos problemas. La decisión judicial

fue tan completa (el Estado fue condenado a proporcionar tratamiento adecuado a todas las personas autistas en el estado de São Paulo) que en la práctica era imposible de cumplir. La “solución”, como se ha visto, fue convertir la orden estructural en órdenes de cumplimiento individuales, y dejar la iniciativa de volver a los tribunales a los individuos interesados para que reclamaran, uno por uno, el beneficio concedido por la decisión colectiva original.

Sigue abierto a discusión si las demandas colectivas son de hecho imposibles de cumplir, y si deberían tratarse de una manera tan diferente por los jueces. En mi opinión, es evidentemente mucho más complejo poner en práctica una orden colectiva de la clase dictada en el caso sobre el autismo, o en otros casos estructurales como los de servicios sanitarios básicos, que en casos individuales como los que conceden medicamentos u otras formas de tratamiento a una persona concreta. Pero la “solución” no es, en mi opinión, rechazar sin más los casos colectivos (insuficiencia de cumplimiento jurídico) o convertirlos, en la etapa de cumplimiento, en casos individuales.

El problema que se intenta decidir en los casos individuales y colectivos es el mismo: quién debería conseguir qué con respecto a los servicios de salud (u otros bienes sociales y económicos, por ejemplo, educación, vivienda, etc.) teniendo en cuenta los recursos limitados del Estado. Este es un escabroso problema moral y político de justicia distributiva que los tribunales podrían no estar bien preparados o legitimados para decidir. Los casos colectivos simplemente hacen más visible ese dilema.

Referencias

- Arantes, R. B. (2002). *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: EDUC, Editora Sumaré and Fapesp.
- Barcellos, A. P. (2014). Sanitation rights, public law litigation, and inequality: A case study from Brazil. *Health and Human Rights*, 16 (2).
- Bilchitz, D. (2002). Giving socio-economic rights teeth: The minimum core and its importance. *South African Law Journal*, 119, 484-501.
- Coutinho, M. L. (2010). *Ativismo judicial. Uma análise a partir do direito à moradia* [Masters Dissertation]. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas.
- Cunha, L. (2001). Acesso à justiça e assistência jurídica em São Paulo. En Sadek, M. T. (org.). *Acesso à Justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer.
- Dugard, J. y Roux, T. (2006). The record of the South African Constitutional Court in providing an institutional voice for the poor 1995-2004. En Gargarella, R., Domingo, P. y Roux, T. (eds.). *Courts*

and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor? (pp. 107-125). Aldershot/Burlington: Ashgate.

Epp, C. (1998). *The rights revolution: Lawyers, activists and Supreme Courts in comparative perspective*. Chicago: Chicago University Press.

Ferraz, O. L. (2009a). The right to health in the courts of Brazil: Worsening health inequities? *Health and Human Rights: An International Journal*, 11 (2), 33-45.

Ferraz, O. L. (2009b). Right to health litigation in Brazil: An overview of the research. *Social Science Research Network*. Recuperado de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1426011

Ferraz, O. L. y Sulpino Vieira, F. (2009). Direito à saúde, recursos escassos e equidade: Os riscos da interpretação judicial dominante. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, 52 (1), 223-251.

Fuller, L. (1978). The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, 92 (2), 353-409.

Gauri, V. y Brinks, D. M. (2008). *Courting social justice: Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. Cambridge: Cambridge University Press.

Gloppen, S. (2008). Litigation as a strategy to hold governments accountable for implementing the right to health. *Health and Human Rights: An International Journal*, 10 (2), 21-36.

Hoffman, F. F. y Bentes, F. R. N. M. (2008). Accountability for social and economic rights in Brazil. En Gauri, V. y Brinks, D. M. (eds.). *Courting Social Justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world* (pp. 100-145). Cambridge: Cambridge University Press.

IBGE (2005). *As Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos no Brasil 2005*. Recuperado de <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/fasfil/2005/defaulttab.shtm>.

Lopes, J. R. (2006). Os tribunais e os direitos sociais no Brasil — saúde e educação: um estudo de caso revisitado. En *Direitos Sociais: teoria e prática* (pp. 221-264). São Paulo: Método.

Macedo, R. P. (2005). Ação civil pública, o direito social e os princípios. En Milaré, E. *A Ação Civil Pública Após 20 Anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Ministerio de Salud de Brazil (2005). *O remédio via justiça: Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais*. Brasília: MoH, Programa Nacional de DST e AIDS.

Nassar, P. A. (2011). *Judicialização do Direito à Moradia e Transformação Social. Análise das ações civis públicas da Defensoria Pública do Estado de São Paulo [Masters Dissertation]*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas.

- Pepe, V. L., Ventura, M. *et al.* (2010). Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos “essenciais” no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cad. Saúde Pública*, 26 (3), 461-471.
- Sager, L. G. (1978). Fair Measure: The legal status of underenforced constitutional norms. *Harvard Law Review*, 91(6), 1212-1264.
- Sager, L. G. (2010). Material rights, underenforcement, and the adjudication thesis. [Symposium: “Justice for Hedgehogs: A conference on Ronald Dworkin’s forthcoming Book]. *Boston Law Review*, 90, 579.
- Vianna, L. W., Burgos, M. (2002). Revolução processual e democracia progressiva. En Vianna, L. W. (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG.
- Vieira, F. y Zucchi, P. (2007). Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, 41 (2), 214-222.
- Wang, D. (2009). Poder judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde. [Tesis de maestría]. São Paulo: University of São Paulo.
- Wesson, M. (2004). Grootboom and Beyond: Reassessing the socio-economic jurisprudence of the South African Constitutional Court. *South African Journal on Human Rights*, 20 (2), 284-308.
- Yamin, A. y Gloppen, S. (eds.) (2011). *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Yamin, A., Parra-Vera, O. y Gianella, C. (2011). Colombia. Judicial Protection on the Right to Health: An Elusive Promise? En Yamin, A. y Gloppen, S. (eds.) (2011). *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* Cambridge, MA: Harvard University Press.