

La ilegitimidad democrática de la protección judicial de los derechos sociales

Salvador Leal W.

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad del Zulia.

E-mail: slealw@hotmail.com

Resumen

Tomando como punto de partida una decisión de la antigua Corte Suprema de Justicia, la investigación busca establecer cuáles son los factores que deben tomarse en cuenta al juzgar sobre los derechos sociales, específicamente el derecho a la protección de la salud. Se recurre al análisis económico del derecho y la teoría de la decisión nacional y a la bioética a efectos de determinar si la decisión se adecua a los principios de un Estado democrático y social de Derecho. Se llega a la conclusión de que en un Tribunal no es posible el proceso transparente y responsable que exige alcanzar una decisión justa y democrática.

Palabras clave: Derechos sociales, decisión judicial, asignación de recursos, estado social y democrático de derecho.

Democratic Illegitimacy in the Judicial Protection of Social Rights

Abstract

Beginning with an opinion by the former Supreme Court of Justice, this paper attempts to determine the factors to be taken in account when deciding on welfare rights, specifically the right to health care. We use economic analysis of the law, the theory of national decision, and bioethics, in order to determine if a judgment is compatible with the democratic and social state of law. We conclude that in court it is not possible to guarantee a responsible and transparent process required for democratic and fair judgment.

Key words: Welfare rights, judicial opinion, resource assignment, rule of the law.

Recibido: 20-02-02 . Aceptado: 08-05-02

Introducción

La Constitución de Venezuela ha establecido siempre el principio de supremacía constitucional. Al extenderse el ámbito de derechos hacia el campo social y con ello el surgimiento de un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, ahora proclamado expresamente (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 2), se extiende a ese campo la revisión judicial de las decisiones de la Administración y el Legislativo. Pero el cambio se hace automáticamente sin hacer distinciones, a pesar de que juzgar y hacer ejecutar una decisión sobre los derechos de libertad negativa, propios del Estado Liberal, sólo exige obligar a una abstención por parte del Poder Público. Pero, el juzgar y hacer ejecutar una decisión sobre el acceso a la educación, el derecho a la protección de la salud, derechos de libertad positiva, exige siempre una erogación presupuestaria, a parte de que es necesario aún tratándose del derecho a la vida, o a la protección de la salud balancear derechos contrapuestos. Así la antigua Corte Suprema de Justicia (1998) decidió con lugar un recurso de amparo a favor de un grupo de personas HIV+ y ordenó al correspondiente Ministerio obtener los recursos. Luego, abandonando jurisprudencia reiterada y pacífica extendió a todos los seropositivos los efectos de la sentencia (1999).

Ese resultado es jurídicamente válido bajo la vigencia de la nueva Constitución (Tribunal Supremo de Justicia, 2000).

En ambas sentencias se obviaron los sólidos argumentos del entonces Ministerio de Sanidad y Asistencia Social (MSAS), dejando de lado una serie de consideraciones que convierten ese tipo de decisiones en lo que han sido llamadas "decisiones trágicas" (Calabresi y Bobbitt, 1978), pues se trata de racionar, asignar recursos escasos, pero con la consecuencia de la muerte para quien resulta beneficiado.

Analizando los factores que el decisor debe tomar en cuenta para resolver se buscará probar que la juridificación de las necesidades sociales no puede traducirse en judicialización.

Así, luego de caracterizar al Estado Democrático Social y de Derecho, y determinar si realmente existe un derecho "a la salud", se demostrará la condición de bien escaso de los recursos, cómo se racionan o asignan, y cómo se decide cuántos recursos estarán disponibles. Se seguirá con el análisis de las consecuencias económicas y sociales, no legales de la decisión.

Para finalmente cuestionar la legitimidad de una "decisión trágica" hecha por un órgano irresponsable políticamente.

1. Las razones de una sentencia

En la precitada Sentencia en la cual se confiere un amparo a favor de los seropositivos (Corte Suprema de Justicia, 1998) se consideró que la falta de tratamiento vulneraba el derecho a la vida, configurado como un derecho de libertad positiva imbricado con el derecho a la protección de la salud, que no a la salud. El argumento de la falta de presupuesto es desechado ordenándole al MSAS obtener los recursos.

A consecuencia de esta decisión, el presupuesto que para 1998 era de mil trescientos treinta y dos mil millones seiscientos setenta y un mil ciento cincuenta bolívares (Bs. 1.332.671. 150,0) (IDEM), pasó a dos mil millones de bolívares (Bs. 2.000.000. 000,00) en 1999 y a dieciséis mil millones de bolívares (Bs.16.000.000. 000,00) en el año 2000 (Rodríguez, 2000: C2). Una vez establecida la obligación de obtener recursos la antigua Corte se vio obligada a calificar el derecho y estableció condiciones para la distribución de los recursos y así en la sentencia de ampliación de los efectos (Corte Suprema de Justicia, 1999) dictaminó que la obligación de la prestación se ampliaba a los venezolanos o residentes en el territorio, es decir, aun a los extranjeros se extiende el derecho; al menos 6 de los recurrentes son extranjeros residentes por el número de cédulas de identidad. Para éstos la limitación viene dada por las exigencias de residencias que significa ingreso legal al país y la permanencia en el territorio nacional (Ley de Naturalización, artículo 3 y 4). De tratarse a todos los seropositivos el costo sería de cuarenta y cuatro mil trescientos noventa y cuatro millones cuatrocientos ochenta mil bolívares (Bs.44.394.480.000,00) anuales, lo cual si el presupuesto del año 2000 es de diecisiete billones ochocientos setenta y ocho mil ciento treinta y siete millones doscientos mil bolívares (17.878.137.200.000,00) (OCEPRE, 2000) equivale al 0,24% del presupuesto nacional para el tratamiento de 7.020 casos. (Corte Suprema de Justicia, 1998) o 3.39% del presupuesto del año 2000 para el Ministerio de Salud y Desarrollo Social (OCEPRE, 2000) o el 24% del presupuesto del Programa Atención Integral en Salud (OCEPRE, 2000). Estos cálculos están hechos con los costos para el año 1998 y los gastos del presupuesto del año 2000, lo cual no hace menos evidente la desproporción entre recursos y personas beneficiadas, punto sobre el cual se volverá más adelante.

2. El estado democrático y social de derecho

Cuando en el siglo XIX nace la idea del Estado liberal llamado despectivamente el *night watchman state*, el Estado guardia nocturno, se hizo sobre la base de que hay un ámbito de libertad personal inviolable, ámbito mínimo (Berlin, 1974: 138). Se exigía del Estado el

respeto de ese ámbito y se entendía la libertad como la no sujeción a la coacción de manera general y previa aprobación, es decir, no establecida por ley (Hayek, 1991: 39). Del Estado, el ciudadano no esperaba sino la abstención, se trataba de una libertad negativa sólo en ese sentido. Siendo cada ser humano un ser racional asumía la responsabilidad de sus propios actos (Hayek, 1991: 94). Caso contrario, el ser humano vería desaparecer su dignidad para ser un eterno niño que debe ser guiado para no equivocarse. Guiado por el Estado, que no son sino otros seres humanos, que sin embargo consideran que se puede obligar a alguien a hacer aquello “que quiere pero no sabe que quiere”. En un Estado que suplanta la libertad de elección por una vida segura y cómoda protegida de todo riesgo se sacrifica un valor supremo como es la dignidad (artículo 3 de la Constitución Bolivariana) (Humboldt, 1983).

Sin embargo desde principios del siglo XIX e incluso antes (Spencer, 1984 y Smith, 1983) aparecen las llamadas leyes de pobres. Son los primeros esbozos de lo que con la difusión de las ideas socialistas y catapultado por la gran depresión llegará a ser el *Welfare State*, el Estado de Bienestar.

El Estado excederá los límites que se le habían asignado en la filosofía liberal, movidos por la compasión y la solidaridad. Y se buscará la libertad positiva, la libertad como poder, no sólo ser libre de viajar sino tener los medios para viajar y no sólo ser libre para trabajar sino tener trabajo. En definitiva se trata de dejar de lado las libertades “formales” para lograr libertades “reales” (Aron, 1990: 71), sin que falte quien añore la vida del esclavo sin libertad pero bien alimentado y sano por el interés de su amo en conservar su propiedad.

A costas de la dignidad el ser activo que controla el Estado; el “soberano”, se convierte en el ser mendicante que lo espera todo, trabajo, salud física y emocional, la vida misma del Estado (Bobbio, 1992: 67).

Y tales necesidades se juridifican se convierten en derechos, sociales o prestacionales. Así el Estado se convierte en sujeto pasivo de una pretensión, no ya en una abstención; sino en un hacer o dar, derechos que son exigibles de inmediato (Araujo, 1998: 12). Ese hacer es una obligación de resultado, no de medios, pero con una exigencia de eficacia razonable que se traduce en la consecución de “un mínimo esencial”, que debe garantizarse a toda la población con la pretensión, incluso, de la independencia de ese mínimo de las condiciones económicas (Faundez, 2000: 176). Tales pretensiones se hacen olvidando que lo que hizo posible y sostenible en el tiempo las mejoras y progresos en el campo social fue precisamente el alto desarrollo económico. El aumento de la esperanza

de vida, la mejora de las condiciones de salud y la reducción de la pobreza se inician con la revolución industrial. Al comparar ingreso *per cápita*, esperanza de vida, mortalidad infantil relativa al grado de industrialización y urbanización entre los países occidentales desarrollados y los de bloque soviético antes de la caída del muro de Berlín, todos los indicadores son abiertamente favorables al Occidente Capitalista (Simon, 1996: 504).

En definitiva, los derechos sociales han sido en los países industrializados una consecuencia del desarrollo económico y no su antecedente.

Una segunda característica de los derechos sociales es su progresividad que sería en todo caso a partir de ese mínimo (Faundez, 2000: 176).

Pero lo mismo que en el caso de los derechos de libertad, o libertades negativas, los derechos sociales no pueden crecer al infinito. Si los derechos de libertad negativa se expanden sin fin devendría la anarquía. Los derechos son límites a la coacción estatal, si aquéllos impiden que ésta se ejerza en absoluto no habría Estado y tampoco derechos. Ese mínimo de coacción que representa el Estado de Derecho es indispensable para asegurar la coexistencia pacífica, y es poco probable que alguien ponga en dudas las necesidades de un Estado (Scalia, 1997:42). El mismo razonamiento es válido para los derechos sociales: el desarrollo económico permite crear condiciones sociales que luego se convierten en derechos. Incluso pueden verse favorecidos por las empresas. La limitación de las horas de trabajo no sólo beneficia a los trabajadores que pueden descansar y disfrutar del ocio, sino también a la empresa a la cual no conviene tener trabajadores que mueran de agotamiento, como hasta hace poco era un fenómeno común en Japón, pues eso significa perder capital humano. En esas personas se invirtió para formarlas y prepararlas. Además aumenta los costos de entrada para la competencia. Pero si la reducción en horas de trabajo no es compensado por la mayor productividad de las horas trabajadas, las empresas pierden productividad e irán a la quiebra o a ser subsidiados por el gobierno, es decir, se destruiría la prosperidad económica que permitiría asegurar esos derechos. De la misma manera los cambios demográficos asociados a la prosperidad económica, y reducción de población, hace recaer la carga sobre cada vez menos personas, mientras la progresividad tiende hacia la universalización (Faundez, 2000: 177).

3. ¿Derecho a la salud?

El artículo 83 de la Constitución de Venezuela, establece:

“La salud es un derecho social fundamental, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. Todas las personas tienen derecho a la protección de la

salud....”

La Salud es definida por la Organización Mundial de la Salud, como:

“...un Estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (En Martínez, 1997: 41)

Vista esta definición debería ser intuitivamente evidente que nadie tiene derecho “a la salud”, pues esto nadie lo puede garantizar. La salud depende de factores completamente ajenos a la voluntad humana, o que de estar técnicamente a su alcance, moralmente pueden estar vedados.

Los principales factores que determinan la salud, son la constitución genética que predispone a ciertas enfermedades. Esto no está terminantemente fuera del control humano, pues en fase experimental se han aplicado terapias genéticas antes del nacimiento. Pero aquí es la moral o el perjuicio el que impide el progreso de la técnica y por tanto poner al alcance del ser humano los medios para curar enfermedades y lograr “el completo bienestar”.

Así por ejemplo, cuando una Comisión de expertos ingleses y luego los gobiernos de Blair y Clinton dieron luz verde a los experimentos de clonación con embriones humanos, la reacción moralista no se hizo esperar. Los embriones a utilizar son aquellos que resultan luego de tratamientos de concepción asistida. Para lograr la concepción son necesarios a menos tres óvulos, por lo cual se fertiliza un número mayor. Una vez lograda la concepción los demás son destruidos, es más; la ley ordena su destrucción. En vez de destruirlos, tales embriones podrían ser clonados a efectos de transplantar los tejidos para curar la diabetes, enfermedades cardiovasculares y parkinson (Weiss, 2000).

En la elección entre embriones que han de ser destruidos y seres humanos muriendo, se han hecho pronunciamientos a favor de los embriones (IDEM).

La salud también depende del sexo de la persona, así en los países en los cuales la esperanza de vida es menor de cincuenta años, los hombres sirven más que las mujeres. En los países con expectativas de vida mayores de cincuenta años las mujeres viven más. La razón luego de los cincuenta años la testosterona se vuelve la principal causa de muerte en los hombres (Rose, 1998: 115). Y nadie estaría dispuesto a la cura : la castración.

Igualmente los estilos de vida o incluso la mejora en la expectativa de vida “causan” las

enfermedades.

Así, el cáncer o las enfermedades cardiovasculares eran desconocidas en los tiempos de Platón y Aristóteles pero para un griego la expectativa de vida era de 19 años, es decir, no vivían lo suficiente para enfermarse. ¿La solución?, si se pospone la edad reproductiva, la vejez sería más sana. Pero de nuevo la respuesta está éticamente vedada (Rose, 1998: 133).

Otros factores en cambio son perfectamente controlables, cigarrillos obesidad, o exceso de alcohol y se ha llegado al extremo de castigar a las personas por perjudicar su salud.

Entonces el derecho no podrá ser sino a la protección de la salud, o aún mejor, a la asistencia sanitaria. El derecho a la protección de la salud fue definida por la antigua Corte Suprema de Justicia llamándole impropriamente "derecho a la salud", así:

"El derecho a la salud (física y mental) implica el derecho individual de protección de la salud al cual le corresponde el deber de curarse (por razón de la dignidad humana) en el sentido de conseguir el más óptimo estado de salud. Asimismo, el derecho en referencia impone al Estado el deber de amparar la salud pública, sobre todo en cuanto a las medidas para prevenir el contagio de epidemias o la contaminación ambiental, con efectos nocivos para la salud" (Corte Suprema de Justicia, 1998).

Por supuesto no existe un deber de curarse, pero si de someterse al tratamiento si y sólo si existe peligro de contagio a terceros y en todo caso un deber de no exponer a otros al contagio. No existe ni puede existir una obligación de someterse a un tratamiento cuando sólo la vida del paciente está en riesgo especialmente si los efectos secundarios pueden ser peores que la enfermedad, como la quimioterapia en caso de cáncer (Lewis, 1999: 23).

Pero la pregunta que debe hacerse es otra, si al derecho corresponde un deber ¿son recíprocos? ¿El incumplimiento del deber debilita el derecho? Hace algunos años en Gran Bretaña a un fumador se le negó un transplante de corazón por ser fumador, y no haber dejado el hábito. Poco después murió. Los médicos defendieron su decisión alegando que era un desperdicio utilizar un órgano que rápidamente sería destruido de nuevo (Kluge, 1996). Sin embargo, los Tribunales en EE.UU. han condenado a tabacaleros a pagar daños a fumadores que eligieron conscientemente fumar. Otras demandas han sido introducidas por los gobiernos de varios países para recuperar los costos hospitalarios causados por el cigarrillo. Si las demandas tienen éxito, el precio del cigarrillo aumenta y en definitiva los

fumadores pagarán los costos extra de hospitalización. Eso sí, obsérvense datos como éste: en 1999 el porcentaje del presupuesto nacional provisto por el impuesto al consumo de licores y cigarrillos fue de 1,99%. El gasto en salud para el mismo año fue el 7.32% del presupuesto, es decir, el 25% del presupuesto de salud podía ser cubierto con el impuesto al cigarrillo y los licores (OCEPRE, 2000), como tituló Mandeville su libro "Los Vicios Privados Hacen el Bien Público".

Pero la pregunta sigue sin respuesta, alcohólicos, obesos, fumadores y personas que practican el sexo sin protección, casos que hoy en día no puede deberse responsablemente a la ignorancia, se expusieron a un riesgo voluntariamente, se puede privar a otros de la protección a la salud, destinar el presupuesto a atender a personas que pudieron con menor gasto evitar la enfermedad. Una caja de preservativos tiene un valor de mil quinientos bolívares, el tratamiento para el SIDA de quinientos mil a setecientos mil bolívares mensuales (Davies, 2000a: C 3). Y la razón de no prevenir puede ser simplemente el prejuicio o la comodidad.

4. Limitaciones al derecho a la salud

Con excepción de los derechos a la integridad física o prohibición de la tortura, prohibición de la esclavitud y la no retroactividad de las penas, todos los derechos humanos son restringibles. Se dirá que el derecho a la vida tampoco puede ser restringido según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (art. 337). Pero en los Códigos Penales no se castiga a quien quita la vida en legítima defensa, por lo tanto un particular es autorizado, ya que el Estado no lo puede proteger, a ejercer la justicia por propia mano. Eso es una limitación al derecho a la vida. Puede ser limitado el derecho a la protección de la salud y con ello el derecho a la vida. La antigua Corte Suprema de Justicia repitiendo un lugar común dijo:

"La preservación de ese derecho a toda costa es un fin que el legislador impone a esos mismos poderes públicos" (Corte Suprema de Justicia, 1998).

Y, sin embargo, todos los días se autoriza a limitar ese derecho. Cada vez que se autoriza a alguien a manejar se pone en riesgo la vida de los peatones, aún el mejor conductor, un piloto de la fórmula 1, puede tener accidentes. Cada vez que alguien acelera un vehículo o maneja con imprudencia esta colocando su vida en riesgo a cambio de ganar unos segundos. Esos accidentes se podrían evitar si sólo se permitiese manejar tanques militares (Viscusi, 1992: 3-16), pero ni el Estado ni los particulares están dispuestos a perder las ventajas de los vehículos convencionales.

El derecho a la protección de la salud tiene una limitante fundamental: el presupuesto disponible. Se ha dicho que debe destinarse el máximo de recursos disponibles. Y priorizarse el gasto social sobre el gasto militar o subsidios a empresas (Faundez, 2000: 187). En Venezuela se gasta el 14% del PTB en salud y sólo el 1% del PTB se dedica al gasto militar (ONU, 1999: 188).

Pero el gasto en salud debe limitarse so pena de que se llegue a lo que un autor descubrió dramáticamente, que:

“ una sociedad gastara todo su presupuesto en servicios sanitarios y pudiera acabar siendo una sociedad de iletrados ” (Keane en Gafo, 1999: 180).

Entonces las limitaciones pueden venir de otro derecho, como el derecho a recibir una educación (artículo 102 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). Que por demás puede traducirse en el mismo derecho. La salud a pesar del dicho popular, sí la compra el dinero. Los países del Grupo de los Siete, los países más ricos del mundo ocupan puestos entre el 1° y 12° en el Índice de Desarrollo Humano (ONU, 1999: 180-183). Los países de mayor desarrollo humano tienen un PTB 177 veces mayor que los de menor desarrollo humano (ONU, 1999: 183). Luego la única manera de garantizar la salud es mejorar el desempeño económico y éste sólo se puede alcanzar a través de la educación (Sen, 1999: 41).

Si se habla de elección entre necesidades o derechos, es porque el recurso que las satisface es escaso, limitado. Pero puede hacerse la pregunta ¿es posible a través de impuestos aumentar los recursos disponibles? (Palmer, 2000: 66).

Los medios que permiten financiar un presupuesto son básicamente la impresión de dinero, impuestos y dividendos de empresas del Estado. La impresión de dinero acarrea inflación y una vez que esta se dispara el proceso puede volverse indetenible como lo demuestra la experiencia de Sudamérica. Los dividendos de Empresas del Estado sólo se obtienen si el azar coloca en manos del Estado un recurso como el petróleo. Luego la forma económicamente realista es el aumento de los impuestos.

El aumento de los impuestos tiene límites también, por un lado sólo pueden pagarlos aquellos que tengan capacidad contributiva, es decir, aquellos cuyos recursos exceden un mínimo vital (artículo 316 ejusdem).

Por otra parte, la Constitución establece también un límite superior: no podrán tener efecto confiscatorio (artículo 317 ejusdem). En principio esto sólo significa que no puede

apropiarse todo el ingreso que exceda cierto nivel de renta. Pero puede añadirse que tampoco es admisible el impuesto que destruya la capacidad de producir una renta. Así, sin ser confiscatorio un impuesto muy alto puede ser perjudicial. El dinero que el Estado recaba deja de ser invertido con la eficiencia que es de esperarse de una empresa para ser administrado por el Estado y puede reducir en el largo plazo la prosperidad económica.

Asimismo, el que en materia tributaria rija el antidemocrático principio de unidad del tesoro (Buchanan, 1973: 26-31) oculta las elecciones. Al reclamar contra los altos impuestos se obvia que éstos están financiando el sistema de salud (McGuire, 2000: A 4) y que al llenar el tanque de combustible se pagan los costosos sistemas de salud. Pero posiblemente se mantendría la protesta si se supiera que se financia así operaciones quirúrgicas con poca probabilidad de éxito o innecesarias, como tratamientos de fecundación asistida. El aumento de impuestos que paga la salud de otros, ciertamente será objetado por quienes no pueden pagar con lo que resta de dinero después de impuestos, unas vacaciones o un vehículo nuevo, cuya utilidad puede ser mayor para esa persona que lo que es la vida para otra en estado de coma irreversible y mantenida viva por el gasto estatal.

En definitiva, el aumento del presupuesto no es una opción en la mayoría de los casos.

5. Decisiones

Tenemos recursos escasos, básicamente presupuesto, y múltiples derechos que satisfacer: seguridad, salud, educación. Esto envuelve no una sino dos decisiones: una primera decisión es cuánto recurso va a producir, cuánto presupuesto se formará; es una decisión de primer orden, y luego cómo se asignará ese recurso escaso; decisión de segundo orden. Sin embargo, la escasez del recurso puede no ser natural, puede producirse el bien y sino se hace; entonces surge la necesidad de distribución (Calabresi y Bobbit, 1978: 19).

En 1992 se dictó la Ley de Transplante de Órganos (L.O.T), la cual establece una presunción de la voluntad de donar los órganos en caso de muerte clínica (artículo 17). Y agrega luego el artículo 19 ejusdem que en caso de muerte violenta salvo que conste la voluntad expresa en contra de la persona se podrán retirar los órganos sin dilación. En Venezuela fallecen entre accidentes de tránsito, suicidios y homicidios alrededor de 1200 personas por año, lo cual significa, 24 mil riñones, 12 mil corazones, 24 mil córneas disponibles cada año. Sin embargo, la ley no se aplica, de lo contrario los órganos para transplante no serían escasos. La ley es autoaplicable, las únicas condiciones que podrían suspender su aplicación dependen del Ejecutivo (artículo 22 y 26 ejusdem) y este ha

preferido no actuar. En el momento en que se dictó la ley, una telenovela presentaba como una realidad diaria el tráfico de órganos. En el siguiente período constitucional formaban parte del gobierno personas de formación católica, y existe en Venezuela la falsa idea de que la Iglesia se opone a los trasplantes. El Papa Juan Pablo II ha dicho:

“el gesto de quien dona un órgano es un auténtico acto de amor”...

y los trasplantes son un:

“instrumento precioso en el logro de la primera finalidad de la ciencia médica, el servicio de la vida humana” (en Mediaset Online News, 2000).

Entonces, pueden ser los prejuicios, los errores, y la ignorancia de los que creen en la escasez de recursos, cuando formalmente no debería existir. Así, el respeto al cadáver obliga al indigno destino de morir en “lista de espera”.

En el caso de los impuestos y el presupuesto, la escasez se puede considerar en cambio irresistible. Ahora, la decisión de la entonces Corte Suprema de Justicia que ordena atender a los seropositivos se contempla sin importar los recursos y buscarlos como sea necesario (Corte Suprema de Justicia, 1998) es una decisión ¿de primer orden? O ¿de segundo orden? Es de segundo orden, pues al obligar a satisfacer las necesidades de todos los enfermos de SIDA, 7.000 según la ONU (1999: 172) y el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social (Corte Suprema de Justicia, 1998); 61.000 (Davies, 2000a: C 3), el presupuesto ha llegado a dieciséis mil millones de bolívares (Davies, 2000a: C 3) disminuyendo los recursos disponibles para atender: 5.500 casos de tuberculosis, 16.148 de malaria (ONU, 2000: 172). En el 2000, en los dos primeros meses del año, hubo 7.257 casos (Davies, 2000b: C2).

O los 2.653 casos de leishmaniasis en niños venezolanos, cuyo tratamiento cuesta cuatrocientos veintiocho dólares (\$428), doscientos noventa y cinco mil trescientos veinte bolívares (Bs.295.320,00) por una sola vez (Davies, 2000c: C3). O las 150 mil personas con trastornos cardiovasculares que producen 12.161 muertes en un año, con un déficit de 937 camas para la atención médica (Davies, 2000d: C1).

Sobre la cifra de enfermos de Sida se ha dicho que son 61.000 (Davies, 2000a: C 3), pero eso significaría lo siguiente: la tasa de enfermos sería de 277,27 casos por cada 100.000 personas, mayor que la de Estados Unidos, que es de 225,3. Más del doble de la de África Subsahariana, la zona más afectada del mundo con una tasa de 111,1 por cada cien mil habitantes. Y sería inferior sólo a la de tres países africanos (ONU, 1999:172-

175). Si los seropositivos fuesen 400.000 (Davies, 2000e: C1) habría 1.818 por cada 100.000 habitantes, cuando a nivel mundial sólo hay 556 seropositivos por cada 100.000 habitantes (UFACO, 2000:A3).

Si el Ministerio de Salud y Desarrollo Social cumpliera el mandato de los Tribunales y destinara el presupuesto a los enfermos de SIDA, durante el año se estaría condenando a muerte a los cardiopatas, por eso se llama a esta decisión "trágica" (Calabresi y Bobbit, 1978: 18).

Pero más allá, al distribuir los recursos se salva a una persona con SIDA por falta de prevención y se deja morir a un niño con cardiopatía congénita. Se salva a un fumador cardiopata y se deja morir a un niño con SIDA transmitido por su madre. Y, sin embargo, se deben tomar las decisiones.

6. Criterios de distribución

Se ha establecido que los recursos son escasos y surge el problema de la distribución. El Estado y la sociedad deben elegir el sistema de asignación. La decisión puede tomarse a través de distintos mecanismos, pero en definitiva quien elige el instrumento de asignación es el Estado- Sociedad (Elster, 1994: 16). Estos mecanismos pueden ser:

- a. El mercado.
- b. El proceso político responsable.
- c. La lotería.
- d. La costumbre o método evolutivo. (Calabresi y Bobbit, 1978: 31-50).

El mecanismo de mercado será rechazado por sociedades en las cuales aún los bienes de consumo muchas veces no son asignados por el mercado. Así abundan controles de precio, monopolios estatales regulados por el Estado, de bienes que van de medicinas de calidad de vida (no esenciales) a telecomunicaciones y gasolina. En cuanto al sistema político este tiene el problema de que erige a los órganos del Estado en "dioses" que disponen de la vida de las personas. Y son posibles las decisiones que otorguen a "todos" los recursos formalmente y luego se aplica abiertamente un sistema distinto (Calabresi y Bobbit, 1978: 178- 184).

La lotería como sistema se basa en que el primero en llegar recibe, y sus consecuentes listas de espera permiten descargar la responsabilidad pero evita las discriminaciones que

podrían ser deseables, así entre un paciente en primer lugar con 10% de probabilidades de sobrevivir y uno en segundo lugar con un 30% de probabilidades, ¿por qué preferir al primero?

El último enfoque se limita a no decidir y esperar que la solución se produzca al sumarse decisiones formales y no formales. Pero no decidir no es una opción válida cuando el problema está presente.

Si el proceso político es el que determina el mecanismo de distribución ¿qué metas o principios deben lograrse? El Ministerio de Salud y Desarrollo Social, a pesar de la obligación de atender a " todos" los seropositivos sin recursos sólo puede cumplir parcialmente su obligación y proporciona el tratamiento casi exclusivamente a mujeres o niños. Posiblemente la razón sea estrictamente cultural pero podría racionalizarse así: los niños son inocentes de su enfermedad (Gafo, 2000: 176), por lo tanto merecen el tratamiento. En cuanto a las mujeres más que por el tratamiento, por el diagnóstico es importante el cumplimiento, pues la mujer seropositiva debe evitar amamantar a sus hijos para evitar la transmisión que no necesariamente se produce antes del nacimiento (The National Institute of Health, 1995). Pero no basta racionalizar, es necesario un marco formal que permita conocer cuál será la decisión (Cuñarro, 1996: 134).

Un segundo criterio que no sea subjetivo como la "culpa" de la persona, es el utilitarismo o decisión basada en que:

la tendencia a aumentar la felicidad de la comunidad sea mayor que la tendencia de disminuirla (Bentham, 1998: 3).

Este principio se dice que atenta contra la dignidad y solidaridad (Couceiro, 2000: 140) pues no se da una respuesta a todos. Pero si el recurso es escaso, a alguien se le tiene que negar el recurso.

Una tercera respuesta es el criterio de eficiencia los recursos: Deben ser dirigidos a quien los pueda aprovechar (Calabresi y Bobbit, 1978: 25). Si un paciente se puede salvar y en otro el tratamiento es inútil, preferir a éste significa desperdiciar los recursos. Pocos estarían dispuestos a renunciar al igualitarismo cuando se sacrifica una vida.

Por último puede preferirse a los más pobres (Corte Suprema de Justicia, 1999). Pero también podría responderse que no afecta menos la dignidad humana el recibir la vida como limosna que el criterio utilitarista.

7. Consecuencias no esperadas

La entonces Corte Suprema de Justicia en su decisión junto con la orden del tratamiento exige del Ministro de Salud y Desarrollo Social una campaña informativa. Pero olvida las consecuencias no esperadas de su sentencia. Su decisión de otorgar tratamiento a todos los pobres seropositivos debilita las posibilidades de éxito de una campaña preventiva. (Posner y Phillipson, 1994). La persona sabe que el tratamiento que no cura la enfermedad pero la hace crónica, es gratis y aleja la posibilidad de muerte que por lo demás es remota si el número de personas seropositivas en Venezuela es de 30 por cada 100 mil habitantes (ONU, 1999: 172), mientras las molestias y costos del sexo seguro, como usar preservativo en relaciones maritales, son ciertas y presentes. Esto puede traer un exceso de confianza que haga repuntar la epidemia. Así por ejemplo, una vez destruido el mito de la caracterización como enfermedad homosexual y las noticias de remisión de la epidemia en San Francisco, EE.UU., se abandonaron las precauciones y el SIDA repuntó (MSNBC, 2000).

8. Órgano decisor

El Estado y la Sociedad deben tomar una decisión, la cual significa la vida o la muerte de una persona. Esa decisión debe ser tomada públicamente de tal manera, que los diversos intereses estén representados y se pueda lograr un consenso (Cuñarro, 1996: 135).

La decisión para ser justa debe ser transparente y responsable (Palmer: 78). ¿Puede el Juez lograr una decisión que cumpla con estas características? El Juez toma su decisión, caso por caso. Debe escuchar a la parte agraviante, el Ministerio en el caso que nos ocupa y al agraviado. Los terceros afectados pueden ser también llamados a comparecer o hacerse parte, pero los Tribunales sólo considerarán como partes aquellos que ostenten un interés legítimo incluso si es difuso o colectivo (artículo 26 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) pero los intereses que resultan afectados por la decisión del Tribunal no califican, pues el perjuicio es indirecto, casi remoto. El niño sin escuela, porque los recursos se destinaron a pagos del tratamiento de otras personas no estará representado. La persona que sufre de alguna enfermedad de baja incidencia, pero mortal, que no recibe tratamiento, pues los recursos se dedican a tratamientos caros que no harían falta si el paciente hubiera valorado su vida más, puede no tener los recursos para acceder al Tribunal; que la justicia sea gratuita (artículo 26 ejusdem) sólo significa que no se pagan costas pero hay que pagar abogados, dedicar tiempo y esfuerzo al juicio.

Pero sobre todo, si el Juez toma una decisión que choque con la idea de justicia no responderá mas que ante el propio sistema jurídico (artículo 255 ejusdem). Aún en el caso

de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia que responden ante el Asamblea Nacional (artículo 265 ejusdem) la posibilidad de que se haga efectiva la responsabilidad es remota y en todo caso sería demasiado tarde.

En cambio, cuando la decisión recae, bien sobre el Poder Legislativo o el Ejecutivo, se puede cumplir con los principios de transparencia y responsabilidad. Tanto en el proceso legislativo como en el administrativo es posible la participación de los diferentes intereses. Al proceso político, sea ante la autoridad legislativa o ejecutiva se puede convocar a los diferentes intereses. Los debates en el Poder Legislativo son seguidos por los medios de comunicación y la opinión pública se hace presente, asimismo por canales no formales los diversos intereses pueden influir sobre la decisión y en uno u otro caso, emana de un órgano electo democráticamente, que debe responder ante el cuerpo electoral, el que en elecciones o a través de la revocatoria o el referéndum, puede exigir responsabilidad o revisar la decisión.

La antigua Corte Suprema de Justicia y la Doctrina consideran legítima la decisión que los derechos sociales son de eficacia inmediata y por tanto; el Juez debe actuar para hacerlos efectivos (Matheus, 1999: 97; Araujo, 1998: 15-18; Corte Suprema de Justicia, 1998). Pero olvidan que la Constitución es un sistema y no pueden interpretarse aisladamente sus artículos. Que al consagrarse el recurso de amparo y la protección jurisdiccional no se establecen limitaciones (Matheus, 1999: 95-97), lo que no significa que no las haya derivado de otros principios y derechos, pues, el Estado Social y de Derecho es también democrático y entonces es necesario balancear la protección de los derechos con la necesidad de racionar los servicios médicos (Palmer, 2000: 78).

Y además, adecuar la decisión a la idea de justicia emanada del consenso democrático. En definitiva, es necesario reactualizar la idea del desarrollo legal de los derechos sociales. Una vez hecho, el Juez tendrá la obligación de hacerlos cumplir, de lo contrario, si el Tribunal determina obligaciones específicas se estará:

“comprometiendo a legislar judicialmente sin guía del Congreso” (Supreme Court, 1998).

En cambio, una vez dictada la ley si hay una obligación específica, debe hacerse cumplir. No obstante, cualquier escasez de recursos (House of Lords, 1997; Supreme Court, 1998).

¿Significa eso que los derechos sociales son sólo tinta mojada? No, pues el proceso político, a través de la participación, por los canales formales e informales puede ser dirigido hacia la satisfacción de las necesidades sentidas de la población. Y retórica aparte

y buenos deseos sólo el desarrollo económico los garantiza. Mientras que una decisión judicial que no se puede cumplir sólo desgasta sin necesidad al Poder Judicial.

Conclusiones

La supremacía constitucional hace nacer en los Jueces el poder de revisar las decisiones de los Poderes Legislativo y Ejecutivo para asegurar su concordancia con la Constitución. El paso de un Estado Liberal de Derecho a un Estado Social y democrático de Derecho, añade los derechos de prestación a las libertades negativas y los incorpora a la revisión judicial.

Los derechos de prestación al imponer obligaciones de hacer y dar al Estado, exigen el uso de recursos presupuestarios que dependen de la cantidad de impuestos que la economía soportaría y la sociedad esté dispuesta a pagar.

Debido a la escasez de recursos, surge el problema de la distribución que en el caso del derecho a la salud puede exigir tomar "decisiones trágicas", que sacrifican la vida de las personas.

Decisiones de cuánto producir y cómo racionar lo producido, son decisiones que debido a su contenido ético y sus consecuencias no esperadas deben ser transparentes y responsables, y por tanto; corresponden a un proceso político abierto y participativo, condiciones que los jueces no reúnen.

Bibliografía

1. ARAUJO, José. "El Amparo Constitucional y Los Derechos Fundamentales Prestacionales". En: **Revista de Derecho Administrativo**. No. 4. Sherwood. Caracas. 1998.
2. ARON, Raymond. **Ensayo sobre las Libertades**. Alianza Editorial. Madrid. 1990.
3. BENTHAM, Jeremy. **The Principles of Morals and Legislation**. Prometheus Books. New York. 1998.
4. BERLIN, Isaiah. "Libertad y Necesidad en la Historia". En: **Revista de Occidente**. Madrid. 1979.
5. BOBBIO, Norberto. **Estado, Gobierno y Sociedad**. Fondo de Cultura Económica. México. 1992.

6. BUCHANAN, James. **La Hacienda Pública en un Proceso Democrático**. Aguilar. Madrid. 1973.
7. CALABRESI, Guido y BOBBIT, Philip. **Tragic Choices**. WW Norton & Company. New York. London. 1978.
8. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (1999). En: <http://www.csj.gov.ve/sentencias/SPA/spa/507.1999-15789.htm> (2 diciembre 1999).
9. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (1998). En: <http://www.csj.gov.ve/sentencias/SPA/spa14081998-14625.htm> (2 de diciembre 1999).
10. COUCEIRO, Azucena. **El Problema Ético de la Asignación de Recursos Sanitarios. En GAFO (ed) El Derecho a la Asistencia Sanitaria y La Distribución de Recursos**. Madrid. Comilla. 1999. p. 135-152.
11. CUÑARRO, Edith. "La Realizabilidad como Elemento Constituyente de la Estructura de Justificación de La Decisión Pública". En: **Revista Frónesis**. Vol. 3. No. 1. Maracaibo IFD, Universidad del Zulia. 1990. p. 125-136.
12. DAVIES, Vanesa. "Al Menos 3 Mil Seropositivos No Reciben Terapia Antisida". **El Nacional**. Caracas. 28 de Septiembre. C 3. 2000a.
13. _____. "74 Casos de Malaria la Última Semana de Febrero". **El Nacional**. Caracas 14 de Marzo. C 2. 2000b.
14. _____. "En 2001 Se Conocerá Efectividad de Vacuna Contra Leishmamiasis". **EL Nacional**. Caracas. 18 de Agosto. 2000c.
15. _____. "En Venezuela Mueren Por Infarto 35 Personas Al Día" **EL Nacional**. Caracas. 31 de mayo. C 1. 2000d.
16. _____. "Todo Lo Que Necesita Saber Sobre El Sida". **EL Nacional**. Caracas. 29 de Noviembre. 2000e.
17. ELSTER, J. **Justicia Local**. Barcelona. Cedisa. 1994.
18. FAUNDEZ, Héctor. "La Justiciabilidad de los Derechos Sociales en el Derecho Internacional Contemporáneo". En: **Revista Gaceta Laboral**, Vol. 6 No. 2. Maracaibo. 2000.

19. GAFO, Javier. **Los Principios de Justicia y Solidaridad en Bioética**. En: El Derecho a la Asistencia Sanitaria y La Distribución de Recursos. Gafo, J. (editor) Madrid. Comillas. 1999.
20. HAYEK, Friedrich. **Los Fundamentos de la Libertad**. Unión Editorial. Madrid.
21. HOUSE OF THE LORDS. Judgments. In re T (A Minor) 1997. En <http://www.parliament.statioery-offiice.co.uk/palld1997.981/judgement/jd980520/iinerthtm> (29 de Agosto 2000).
22. HUMBOLDT, Guillermo. **Sobre la Teoría General del Estado en Escritos Políticos**. Fondo de Cultura Económica. México. 1983. p. 77-154.
23. KLUGE, Eike-Henner. **Physicians, Limited Resources and Liability Canadian Medical Association**, en <http://www.can.ca/cmaj/vol-155/issue-6/07-78.htm> (26 de Octubre de 2000). 1996.
24. LEWIS, Penney. "Feeding Anorexics Patients Who Refuse Food". En: **Medical Law Review**, 7 Spring London. Oxford University Press. 1999. p. 21-37.
25. MARTINEZ, Agustina. "Salud: un Análisis de su Evolución. Jurídica y Conceptual". En: **Revista Cuestiones Políticas**. No. 18. Maracaibo IEDF-Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. LUZ. 1997. p. 37-52.
26. MATHEUS, María. "Alcances del Objeto en el Amparo Constitucional". En: **Revista Cuestiones Políticas**. No. 23. IEPDP. FCJP. Universidad del Zulia. 1999. p. 93-111.
27. McGUIRE, Stryker. "Combustible y Furia". En: **El Nacional**. Newsweek. 25 de Septiembre. 2000.
28. MEDIASET ON LINE NEWS. II Papa. "II Trapianto É Dono Al Amore, La Clonazione É Inmorale". En: http://www.mediasetonline/news/top_news/sehebe/scheda_00082912502.shtm (27 de Agosto 2000).
29. MSNBC. "Many HIV Cases Are Needless: Expect Panel". En: <http://nsnbc.com/news/468333.aspcpl=1> (28 septiembre 2000).
30. NATIONAL INSTITUTE OF HEALTH. En: <http://math-www.unr.paderborn.de/>

axel/aiasletiplughtml/ (28 de Septiembre de 2000)

31. OCEPRE (2000) <http://www.ocepre.gov.ve/>. (15 de Septiembre de 2000)
32. ONU. "Human Development Report 1999". Monitoring Human Development. PDF. En: <http://www.undp.org/report.htm/> (01 de septiembre de 2000).
33. PALMER, Elizabeth. "Resource Allocation, Welfare Rights Mapping The Boundaries Of Judicial Control in Public Administrative Law" En: **Oxford Journal of Laval Studies**. Vol. 20 No. 1. Oxford. Oxford University Press. 2000. p. 63-88.
34. POSNER y PHILIPSON. **Public Choices and Public Health**. The AIDS. Epidemic in an Economic Perspective. University Press. Boston. Harvard. 1994.
35. RODRÍGUEZ, Gilberto. En Anónimo para Programa del SIDA. En: **El Nacional**. Caracas. 8 de Julio 2000. Aumentaron Presupuesto. 2000.
36. ROSE, Michael. **Darwin's Spectrum**. Princeton. Princeton Press. 1998.
37. SCALLA, Antonin. **A Matter of Interpretation. Federal Court and The Law**. Princeton. Princeton University Press. 1997.
38. SEN, Amartya. **Development as Freedom**. New York. Alfred A. Knoff. 1999.
39. SIMON, Julien. **The Ultimate Resource**. Princeton. Princeton University Press. 1996.
40. SMITH, Adam. **Sobre la Naturaleza y Causa de la Riqueza de las Naciones**. Fondo de Cultura Económica. México. 1982.
41. SPENCER, Herbert. **El Individuo contra el Estado**. Orbis. Barcelona. 1984.
42. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. "Cedar Rapids Vs. Garret". En: <http://supct.law.cornell.edu/supet/htm//96-17-93.25htm/> (02 de mayo de 1999). 1998.
43. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. En: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/656-300600-00-172820.htm> (29 de Agosto de 2000).
44. UFACO-SALUD. "Hoy Día Mundial contra el SIDA". En: **La Verdad**. Maracaibo. 1 de

diciembre de 2000.

45. VISCUSI, W Kip. **Fatal Tradeoffs**. New York Oxford. Oxford University Press. 1992.
46. WEISS, Rick. "British Panel Urges Allowing Human Embryos Cloning". En: <http://washingtonpost.com/wp-dyn/artic/e/A37383-2000-Agust/16.htm> (18 de Agosto de 2000)