

LA JUDICIALIZACIÓN DEL ACCESO A LOS MEDICAMENTOS: ENFOQUE DESDE LA TEORÍA Y LA
POLÍTICA DE LAS FINANZAS PÚBLICAS

Andrés Blanco

1. TESIS DE LA “ESCASEZ DE RECURSOS”. LA PREMISA NECESARIA: DESIGUALDAD DE INGRESOS

Primera parte del argumento, tal como se expone en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia uruguaya de 2018:

“ ...en ningún país hay recursos suficientes para todas las necesidades de todas las personas ...”.

De ello se deduce que la administración de esos “recursos escasos” debe realizarse en forma general, por el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo.

Se pueden distinguir dos escaseces supuestas: a) la de medicamentos; b) la de fondos públicos.

1.1 El problema desde el lado de la producción y venta de medicamentos y la distribución del ingreso

- Si se la mira desde el lado de la producción y suministro de medicamentos, la “tesis de la escasez” es fácticamente falsa.
- Este sector específico de la industria opera: a) con costos fijos altos pero con costos de producción bajos; y b) en condiciones semi-monopólicas. **El problema no es, entonces, la escasez de medicamentos, sino que los precios son fijados para obtener márgenes muy amplios, aprovechando altos grados de monopolio (oligopolios, hablando más rigurosamente).**

- La contracara de esto es que en las sociedades capitalistas contemporáneas existe una distribución del ingreso totalmente desigual.

La causa del problema es, pues, el cruce entre sectores industriales oligopólicos, con altísimos rendimientos y precios muy altos, y una estructura desigual de distribución del ingreso entre las personas.

No es un conflicto entre el Estado y los enfermos, sino entre la industria farmacéutica y los enfermos pobres.

- De inicio, esto habilita una intervención estatal para equilibrar una relación entre una industria con un poder alto, y las necesidades en cabeza de personas con distribución desigual del ingreso.
- La intervención estatal en materia de medicamentos incluso es propuesta desde el paradigma neoclásico, en el entendido que el oligopolio es un caso de “ineficiencia” (Atkinson 246-247).

1.2 LA “ESCASEZ DE DINERO PÚBLICO”. DINERO, VALOR Y BIENES

1. Es una premisa material y fáctica, no normativa. Por lo tanto, es preciso justificarla teóricamente y, a su vez, está sujeta a crítica desde el punto de vista de una teoría económica descriptiva
 - Para centrarnos en la crítica a la escasez de dinero público, debemos introducir algunas ideas generales acerca del dinero. La razón: si el gasto público se realiza en dinero, si se predica la escasez en dicho gasto ella sólo puede ser una escasez de dinero.
 - Existe una idea intuitiva de que el dinero representa un “valor” creado *antes* en el sector productivo de la economía.

1.2 LA “ESCASEZ DE DINERO PÚBLICO”. DINERO, VALOR Y BIENESS

- Pero esto es falso, puesto que hay algunos acuerdos en todas las teorías económicas:
 - El dinero no necesita ningún “respaldo”: se acepta porque hay una convención social al respecto, y porque el Estado autoriza su efecto cancelatorio.
 - El dinero no es sólo un “producto estatal”: los particulares también crean dinero (por ejemplo, los Bancos y hoy las empresas de dinero electrónico)
 - El dinero es una convención, a veces materializada en papeles o metales, y a veces en otras cosas (por ejemplo, un asiento contable), que es creada por privados (Bancos) y el Estado, para intercambiarse por bienes y servicios.

1.3 CONCEPCIÓN DEL DINERO

- Hoy esto es muy visible con el “dinero electrónico” y los pagos de salarios y a los proveedores por una secuencia de transferencias que nunca utilizan billetes.
- El dinero estatal, con el que se efectúa el gasto público, tampoco tiene respaldo: simplemente se emite.
- Los puntos anteriores son aceptados, en principio, por todas las corrientes del pensamiento económico. Las diferencias son las siguientes:
- A) Neoclásicos: la cantidad de dinero está condicionada por las utilidades y los ahorros de empresas y particulares.
- B) Poskeynesianos: la cantidad de dinero es la consecuencia de la demanda de inversión y consumo.

1.4 CONSECUENCIAS PARA LAS FINANZAS PÚBLICAS:

- Neoclásicos: El Estado no está limitado a gastar lo que recauda, pero como la oferta de dinero está dada por las utilidades de las empresas y el ahorro de los particulares, si simplemente gasta y emite dinero. equivale a un impuesto a la tenencia de dinero. Pero para los neoclásicos puede existir gasto con emisión de dinero, sin recaudación y no generar inflación, si se hace en forma moderada (los sujetos no anticipan una expansión continua de la cantidad de dinero- Friedman)
- Poskeynesianos: El Estado no está limitado a gastar lo que recauda, porque su propia demanda la autosatisface con dinero que él emite. Los impuestos sacan el dinero de circulación una vez que cumplió su función. El impuesto tiene una función de contener la inflación, pero no condiciona el nivel de gasto
- CONCLUSIÓN: Todos admiten que el Estado puede gastar emitiendo. Es decir que la escasez de dinero para gastar, en sentido estricto, es una tesis falsa. A lo sumo, en el marco de la teoría neoclásica, puede ser peligrosa si se realiza en gran escala.

1.5 CONSECUENCIAS PARA NUESTRO PROBLEMA

- En perspectiva poskeynesiana, el argumento de la “escasez de fondos públicos” es falsa, porque el Estado satisface con su dinero su propia demanda. El límite está dado por la capacidad productiva instalada.
- EL PRINCIPIO DE RESTRICCIÓN PRESUPUESTAL DESAPARECE. Por lo tanto, en este marco teórico *nunca es aceptable el argumento de la “escasez de recursos”*.
- En perspectiva neoclásica el Estado podría gastar emitiendo, pero tendría efectos indeseados si lo hiciera en forma masiva.
- Sin embargo, en cualquiera de las dos perspectivas, para este problema hay una *cuestión de escala: el incremento de gasto público derivado de la compra de medicamentos sería cuantitativamente irrelevante*.

2. LA CONSTRUCCIÓN DEL PRESUPUESTO Y LA FORMA DE DISTRIBUIR EL GASTO PÚBLICO

- El debate en torno a la judicialización del acceso a los medicamentos pone sobre la mesa un problema más vasto: cómo se construye el presupuesto y se asigna el gasto público.
- Sin perjuicio de que no comparto la teoría neoclásica del dinero y el gasto público, debe analizarse por separado su consecuencia normativa y política.
- La idea de “restricción presupuestal” se asocia –y ello no necesariamente debe ocurrir- con una técnica de construcción del presupuesto: asumiendo un nivel de gasto predeterminado y que por regla el mismo no puede elevarse demasiado, se reparten los “recursos escasos”.

LA CONSTRUCCIÓN DEL PRESUPUESTO Y LA FORMA DE DISTRIBUIR EL GASTO PÚBLICO

- Si bien esa forma de pensar el presupuesto y el gasto público es consistente con la teoría neoclásica, podría concebirse el presupuesto de otro modo: ***como una herramienta de satisfacción de necesidades***. Personalmente soy escéptico de que el presupuesto pueda concebirse totalmente de este modo: creo que el gasto público tiene que cumplir con una función de asegurar la acumulación de capital (O'Connor, Olin Wright) que nunca podrá abandonar.
- No obstante, se pueden generar intersticios en esa función global del presupuesto que, entretanto, pueden significar la satisfacción real de necesidades, aunque a gran escala no derive en cambios radicales (como sí lo suponen Van Parijs y Screpanti).

LA CONSTRUCCIÓN DEL PRESUPUESTO

- El presupuesto puede construirse partiendo de las necesidades de las personas, valorándolas y diseñando las asignaciones de gasto público (salarios, inversiones, gasto corriente) en función de ellas, y midiendo el grado de satisfacción.
- La estrategia de confección del presupuesto según necesidades cambiaría la distribución del gasto y, en particular, permitiría discutir *valorativamente* si posponer la muerte, aumentar la calidad de vida y evitar el sufrimiento, son objetivos merecedores de un gasto público diferencial.
- Esto sin dudas es posible desde un marco poskeynesiano, donde no se parte del principio de restricción presupuestal, pero también neoclásico, donde se ha desarrollado el concepto de “utilidad social” para valorar las intervenciones del Estado (Atkinson, Stiglitz).

LA CONSTRUCCIÓN DEL PRESUPUESTO

- Desde este marco la judicialización del acceso a medicamentos es una forma de ordenar el gasto público, que no tiene nada de criticable.
- Además, es una vía forma de impulsar un rediseño de la estrategia de construcción del presupuesto.
- Esta forma de pensar el gasto público es también un contraargumento contra la tesis de la sentencia de la SCJ de 2018, según la cual “no se pueden satisfacer todas las necesidades de todas las personas” a través del gasto público. No es eso lo que se propone, sino orientar el gasto público valorando y jerarquizando las necesidades, en concreto priorizar la prolongación de la vida, su calidad, y la disminución del dolor físico.

3. EL ARGUMENTO DE LA “INVASIÓN DE FUNCIONES

- Argumento: la delimitación de políticas públicas no corresponde al Poder Judicial, sino al Parlamento y al Poder Ejecutivo.
- El argumento es una versión modificada (luego veremos por qué) del *argumento contramayoritario* de –entre otros- Jürgen Habermas y Jeremy Waldron. Este argumento, en síntesis nos dice:
 - a. Si existe un sistema democrático con designación popular, amplia e irrestricta de los parlamentarios, y hay un debate público de los problemas, las políticas (Habermas) o los desacuerdos sobre los “derechos” (Waldron), deben dirimirse en el Parlamento, porque su votación supone la aceptar el punto de vista de la mayoría.

4. EL ARGUMENTO DE LA INVASIÓN DE FUNCIONES DEL PARLAMENTO Y EL PODER EJECUTIVO

b. Si los jueces desconocen las leyes, especialmente si las declaran inconstitucionales, están operando antidemocráticamente porque van “contra la mayoría”. Este argumento tiene varias virtudes pero creo que es totalmente inaplicable al caso de las condenas al Estado por medicamentos.

- Hay que deslindar el problema de la facultad de declarar inconstitucional o desconocer una ley (preocupación única de Habermas, y central, pero no exclusiva, de Waldron), del “activismo judicial”.
- Argumento contra la declaración de inconstitucionalidad (Habermas en *Facticidad y validez* y Waldron en *A rights-based critique of constitutional rights* y *The core case against judicial review*): en principio aceptable, sobre todo cuando concierne a aspectos materiales, no formales, ya que la definición de políticas a gran escala que no alteren el diseño institucional debe ser una cuestión excluyente de los parlamentos. Esta vertiente no afecta en nada nuestro problema.

3. ARGUMENTO DE LA INVASIÓN DE FUNCIONES DEL PARLAMENTO Y EL PODER EJECUTIVO

- La tesis absoluta contra el “activismo judicial” es algo diferente (como la expone Waldron en *Judicial review and Judicial supremacy*). Implica que los jueces no adopten “programas políticos” explícitos o implícitos en sus decisiones.
- Esta tesis es normativa: propone una política judicial, coincidente con la que muestra la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de 2018. Sin embargo, se apoya en supuestos *fácticos* falsos:
 1. La suposición de que el texto legal es algo dado, o que puede “restringirse al texto” (Duncan Kennedy) la decisión judicial. Esto es falso porque la sola existencia de varias soluciones posibles, situación permanente en la práctica judicial, muestra que la lectura unívoca de los textos es fácticamente imposible. La pluralidad de “lecturas” deriva de la pluralidad de concepciones políticas.

3. EL ARGUMENTO DE LA INVASIÓN DE FUNCIONES DEL PARLAMENTO Y EL PODER EJECUTIVO

2. La teoría de las ideologías (Gramsci, Voloshinov, Van Dijk) deja en claro que hay distintos sistemas de creencias, que circulan en la sociedad y que condicionan invariablemente toda decisión, cualquiera sea el ámbito, no es posible escapar de ellas en forma alguna.

3. Una derivación de esa concepción en la teoría del derecho es que las ideologías o creencias generales generan “paradigmas jurídicos” (Habermas), “ideologías jurídicas” (Kennedy) o programas político-jurídicos” (Blanco) que visible e inevitablemente intervienen en la producción del discurso jurídico. Todo texto legal está refractado, o incluso enmendado, por estos sistemas de creencias, en su trayecto desde el parlamento al caso concreto.

4. Es decir que la labor judicial está surcada de concepciones políticas, lo mismo que la labor legislativa.

3. ARGUMENTO DE LA INVASIÓN DE FUNCIONES DEL PARLAMENTO Y EL PODER EJECUTIVO

- Si quisiéramos ahondar más, ello tiene una causa social muy clara: la proliferación de pretensiones y la complejidad (Luhmann): las variantes de intereses y pretensiones son imposibles de contemplar en forma general por la ley, por lo que forzosamente desembocan en conflictos individuales dirimidos autoritativamente por los jueces.
- No es el derecho el que condiciona la vida social, sino la vida social la que modela el derecho. Si existen pretensiones que el Parlamento no ha contemplado, y de hecho los que tienen esas pretensiones no claudica, inevitablemente se manifestarán de otra forma: judicialmente, como protesta social, como desobediencia civil, etc.

3. ARGUMENTO DE LA INVASIÓN DE FUNCIONES DEL PARLAMENTO Y EL PODER EJECUTIVO

- *En consecuencia, es inevitable que los jueces hagan política en pequeña escala, pero política en toda la línea, porque son parte del Estado y éste es por definición política en el sentido más duro: decisión autoritativa de cuestiones atinentes a la vida social*
- En suma: no es realista ni posible pensar que: a) las pretensiones de los grupos sociales se diriman definitivamente en el parlamento; ni por tanto que b) los jueces no decidan en función de programas políticos implícitos, ni que en definitiva hagan políticas a su escala, cuando se les presenten pretensiones específicas.

EL ARGUMENTO DE LA INVASIÓN DE FUNCIONES DEL PARLAMENTO Y EL PODER EJECUTIVO

- Esto es precisamente lo que sucede en el caso de los medicamentos de alto costo, existe una creciente pretensión de personas de acceder a fármacos que no son suministrados por las mutualistas ni por el Estado.
- La ley no contempla las pretensiones de los enfermos que necesitan medicamentos de alto costo, al delegar en la Administración.
- ***Por lo tanto, la situación actual es la de una pretensión de un grupo social, que no ha sido contemplada por el Parlamento, y que no está, por el momento, dispuesta a abandonar su objetivo.*** Lo cual es bastante predecible teniendo en cuenta que la pretensión es alargar la vida o aliviar el dolor físico.

EL ARGUMENTO DE LA INVASIÓN DE FUNCIONES DEL PARLAMENTO Y EL PODER EJECUTIVO

- Esa es la causa de que: a) se canalicen sus pretensiones a través de acciones judiciales; y b) que los jueces decidan políticamente si acceder o no a los pedidos.
- Porque hay que tener en claro que, de la misma manera que acceder a las pretensiones implica una concepción política acerca del gasto público, y también una “metapolítica” acerca de la función judicial, no acceder a la pretensión también implica lo propio. En primer lugar, esa postura se basa visiblemente en una “metapolítica”: los jueces no deben tomar decisiones sobre políticas de gasto público por fuera del Parlamento y el Poder Ejecutivo. Pero también implica una política de gasto público, porque hemos visto que se maneja el “argumento de la escasez”, que es un motivo de política de gasto: es igual a la tesis de la “restricción presupuestal” y que no se puede atender a todas las necesidades.

3. ARGUMENTO DE LA INVASIÓN DE FUNCIONES DEL PARLAMENTO Y EL PODER EJECUTIVO

Pero además en Uruguay hoy hay un argumento decisivo para que no sea pertinente la objeción contra el “activismo judicial” en esta materia: *el Parlamento uruguayo no ha definido una política en la materia, sino que la ha delegado en órganos administrativos*. La delegación no supone definir una política pública por el Parlamento; sostener que la delegación misma es “la política”, es un artificio.

En esto la última sentencia de la Corte es explícita, y con esto se **aparta definitivamente del fundamento democrático que es la base del argumento contramayoritario de Habermas, Waldron et al.: el Fondo Nacional de Recursos no es un órgano electivo, por lo que el argumento desemboca en una defensa de la tecnocracia, o en última instancia del Poder administrador, que es electivo pero no plural.**

3. ARGUMENTO DE LA INVASIÓN DE FUNCIONES DEL PARLAMENTO Y EL PODER EJECUTIVO

- Hay otro motivo para descartar el argumento contramayoritario. **En Uruguay la dogmática y la jurisprudencia siempre han entendido las asignaciones para gasto como *autorizaciones, no como compromisos.***

Esta lectura, por ejemplo de Cassinelli, a mi juicio es más que criticable, pero forma parte de la regulación normativa del presupuesto y el gasto público. Y significa que cuando el parlamento decide asignar fondos a un sector u otro *no está definiendo tajantemente una distribución de fondos, sino simplemente fijando máximos de gasto.*

Luego, si los jueces condenan a proporcionar un fármaco, no están cambiando una asignación de recursos definida en forma precisa por el parlamento, por lo que tampoco desde este punto de vista funciona el argumento contramayoritario en su segunda versión de “anti-activismo judicial”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- **Escasez, restricción presupuestal, gasto público y presupuesto**
- Atkinson, Anthony (2015): *Inequality: What can be done?*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts).
- Bell, Stephanie (2001): “The role of the State and the Hierarchy of money”, en *Cambridge Journal of Economics*, vol. 25.
- Friedman, Milton (1968): *Dólares y deficit*, Emecé, Buenos Aires.
- Kalecki, Michal (1984): *Ensayos escogidos sobre dinámica de la economía capitalista*, FCE, México.
- Parguez, Alain (2000): “A monetary theory of Public Finance”, en <http://www.neties.com/presentation%20ap.html>

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

El argumento de la invasión de funciones del Parlamento

- Blanco, Andrés (2016): “Programas políticos, construcción del discurso jurídico y control de constitucionalidad”, en *Ruptura*, No. 7, Montevideo.
- Cassinelli, Horacio (2002): *Derecho Público*, FCU, Montevideo.
- Habermas, Jürgen: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Kennedy, Duncan (1997): *A critique of adjudication*, Harvard University Press, Cambridge (Estados Unidos). Hay traducción al español de la Universidad de los Andes (Colombia).
- Luhmann, Niklas (1983): *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Marx, Karl (2000): *Crítica al Programa de Gotha*, elaleph.com, descargado de <http://190.186.233.212/filebiblioteca/Ciencias%20Sociales/Karl%20Marx%20-%20Critica%20Odel%20programa%20de%20Gotha.pdf>
- Russell, Bertrand (2003): *Investigación sobre el significado y la verdad*, Losada, Buenos Aires.
- Van Dijk, Teun (2006): “Ideology and discourse analysis”, en *Journal of Political Ideologies*, 11 (2).
- van der Veen, Robert y Van Parijs, Philippe (2006): “A capitalist road to communism”, en *Basic Income Studies*, vol. 1, No. 1

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Voloshinov, Valentin (2009): *El marxismo y la filosofía del lenguaje*, Godot, Buenos Aires.
- Waldron, Jeremy (1993): “A rights-based critique of constitutional rights”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, No. 13, vol. 1
- Waldron, Jeremy (2006): ““The core of the case against judicial review””, en *Yale Law Journal*, No. 115, vol. 6, New Haven.
- Waldron, Jeremy (2014): “Judicial Review and Judicial Supremacy”, New York University Working Paper No. 14-57, descargado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2510550
- Wittgenstein, Ludwig (2002): *Investigaciones filosóficas*, UNAM/Cátedra. Barcelona.

Hay versión en español de los trabajos de Waldron: “Contra el gobierno de los jueces”, Siglo XXI, Buenos Aires, 2018 (traducción de Roberto Gargarella).