



Enero 2016 - ISSN: 1988-7833

LA RESERVA DEL ECONÓMICAMENTE POSIBLE Y EL COSTO DE OPORTUNIDAD EN LA JUDICIALIZACIÓN DE POLÍTICAS DE SALUD EN BRASIL: LA JURISPRUDENCIA FEDERAL BRASILEÑA

Rodrigo García Schwarz

Magistrado del Tribunal del Trabajo II de Brasil, Profesor del Postgrado en Derechos Fundamentales de la *Universidade do Oeste de Santa Catarina*, Brasil, Doctor en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Universidad de Castilla-La Mancha, España) y en Historia Social (Pontificia Universidad Católica de San Pablo, Brasil) – rodrigo.schwarz@trtsp.ius.br

Candy Florencio Thome

Magistrada del Tribunal del Trabajo XV de Brasil, Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Universidad de San Pablo, Brasil) – candythome@trt15.ius.br

Resumen

Este trabajo tiene por objeto el análisis cualicuantitativo de las decisiones de los tribunales federales brasileños (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justicia, Tribunal Superior del Trabajo y Tribunales Regionales Federales), disponibles en los Portales de la Justicia Federal (Consejo de Justicia Federal) y del Tribunal Superior del Trabajo hasta el mes de enero de 2014, con respecto a la judicialización de políticas en materia de derechos sociales, especialmente del derecho a la salud, en las que fue ponderada por el tribunal la cuestión de la *reserva del posible* como impedimento a la intervención judicial en las políticas públicas. Los resultados demuestran que (a) los tribunales federales brasileños vienen decidiendo actualmente que la escasez de recursos que supone la reserva del posible no puede ser solamente alegada: debe ser demostrada concretamente por la administración pública; (b) los tribunales federales brasileños, en la mayoría de los fallos, no han aceptado el argumento de la reserva del posible para que fuera impedida la judicialización de la salud en el ámbito de las políticas federales; y, sobre todo, (c) los tribunales federales brasileños no tienen ponderado, en sus decisiones, delante de la reserva del posible, el *costo de oportunidad*, o sea, el costo de no implantación de una determinada política, con sus consecuencias para el futuro, en el momento de decidir sobre la política en cuestión, ya sea para acoger la intervención judicial en la política pública, ya sea para rechazarla.

Palabras-llave: *costo de oportunidad* – *derecho a la salud* – *derechos sociales* – *judicialización* – *reserva del posible*.

Abstract

This research aims a qualitative-quantitative analysis of the decisions of Federal Brazilian Courts (Supreme Court, Superior Court of Justice, Superior Labor Court and Federal Regional Courts) available in Federal Justice Portals (Federal Council of Justice) and Superior Labor Court until the beginning of January 2014, concerning the judicialization of policies based on social rights, especially referring to the health care law, in which the possible reserve issue was analyzed as the impediment for Judicial intervention in public policies. The results demonstrated that (a) Federal Brazilian Courts have been deciding that the scarcity of resources may not only be alleged, but they also have to be proved by the public administration; (b) Federal Brazilian Courts, in most cases, have not accepted the argument of possible reserve as an obstacle to the judicialization of health care in the range of Federal policies; and, overall, (c) Federal Brazilian Courts have not weighted, in their decisions, before the idea of the "reserve of the possible", the cost of opportunity, that is, the cost of not implanting certain policy, with its consequences for the future, at the moment of deciding about the present policy, either to accept judicial intervention in the public policy, or simply to refute it.

Keywords: *judicialization* – *opportunity cost* – *social rights* – *reserve of the possible* – *right to health*.

Introducción y revisión bibliográfica

Este trabajo se concentra en el análisis de la ponderación, por los tribunales federales brasileños (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justicia, Tribunal Superior del Trabajo y Tribunales Regionales Federales), del argumento de la *reserva del posible* en la judicialización de las

políticas de salud. Se propone, sobre todo, demostrar que: (a) los tribunales brasileños, en sus decisiones, vienen expresando el entendimiento de que la escasez presupuestaria (la *reserva del económicamente posible*) no puede ser solamente alegada: debe ser demostrada concretamente por la administración ante la falta de efectución de los derechos sociales, sobre todo del derecho fundamental a la salud; (b) los tribunales brasileños, al menos en la mayoría de los casos, no aceptan el argumento de la reserva del posible como obstáculo a la judicialización de la salud en el marco de las políticas federales; y, especialmente, (c) los tribunales brasileños no tienen ponderado, en sus decisiones, delante de la reserva del posible, el *costo de oportunidad* correspondiente a las políticas; es decir, el costo de no implantación de determinada política, con sus consecuencias para el futuro, en el momento de decidir sobre la política en cuestión, ya sea para acoger la intervención judicial, ya sea para rechazarla.

Especialmente en el marco de las políticas de salud, el tema de la *reserva del posible* viene ganando gran importancia teórica y práctica. La efectución de los derechos sociales, sobre todo del derecho fundamental a la salud, tiene exigido un profundo redimensionamiento del papel de la política y de las instituciones jurídicas en el cuerpo social. Aquel modelo de cuño marcadamente conservador, en general poco sensible a las demandas sociales, a las luchas por el *derecho a tener derechos* y a mecanismos de tutela y control judicial en cuanto al diseño de las políticas –programas reunidos en torno a la realización de objetivos socialmente relevantes, políticamente determinados según el proyecto engendrado en el seno de la Constitución–, viene siendo superado por un nuevo modelo, más abierto y democrático, socializante e inclusivo, en el que el Estado asume obligaciones prestacionales onerosas y, al buscar efectuarlas, en un marco de disputas por recursos financieros escasos, dialoga con los distintos anhelos de los diferentes actores sociales.

En ese contexto de redimensionamiento de lo papel social del Estado, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha sostenido que los poderes públicos tienen el deber de asegurar, en todo momento e incluso en épocas de crisis o de dificultades fácticas, económicas y políticas, aun delante de la reserva del posible, al menos los contenidos esenciales de cada uno de los derechos sociales fundamentales, como el derecho a la salud, imponiendo a los Estados un deber de *no regresividad* en materia de derechos sociales, que obliga a los poderes públicos a que no adopten medidas y políticas y, en consecuencia, no sancionen normas, que vengán a desmejorar, sin una justificación razonable, la situación de los derechos sociales en el país¹.

Ese mismo principio de *irreversibilidad de las conquistas sociales* fue articulado constitucionalmente desde la aprobación, en Alemania, de la Ley Fundamental de Bonn (1949)², como corolario de la fuerza normativa de la constitución y del contenido mínimo o esencial de los derechos en ella reconocidos, y se extendió a diversos ordenamientos, como el portugués³, el francés⁴, el español⁵, el colombiano⁶ y el brasileño⁷.

Diferentes ordenamientos consagran la obligación de los Estados, de respeto al *contenido mínimo* o *esencial* de los derechos sociales reconocidos como fundamentales en constituciones o

¹ Así es que “cualquier medida deliberadamente regresiva (...) requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de recursos que se dispone” (COURTIS, C. (Coord.). Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires, CELS, 2006, p. 79).

² Sobre el caso alemán, v. Franco apud COURTIS, C. (Coord.). Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires, CELS, 2006, p. 361.

³ En Portugal, Canotilho apunta a la existencia de cláusulas constitucionales implícitas que prohíben una “evolución reaccionaria” o el “retroceso social” (CANOTILHO, J. J. G. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra, Almedina, 2002).

⁴ Según Roman, el Consejo Constitucional francés ha hecho uso, aunque de forma irregular, del llamado cliquet anti-retour (ROMAN, D. Le droit public face à la pauvreté. Paris, LGDJ, 2002, p. 280).

⁵ En España, el tema de la irreversibilidad de los derechos sociales fue tratado por Marín (MARÍN, A. O. Estado social y crisis económica. Madrid, Complutense, 1996, p. 91).

⁶ Cf. Arango apud COURTIS, C. (Coord.). Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires, CELS, 2006, p. 153.

⁷ Para Barroso (BARROSO, L. R. Interpretação e aplicação da constituição. São Paulo, Saraiva, 2009) y Sarlett (SARLETT, I. W. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005), es un principio implícito, propio del Estado democrático de derecho, de la dignidad humana, de la seguridad jurídica y de la protección a la confianza (en ese mismo sentido, v. BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. In: BARROSO, L. R. (Coord.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro, Renovar, 2006).

tratados internacionales de derechos humanos⁸. Ese mínimo, el “núcleo duro” de los derechos fundamentales, relacionado al mínimo existencial y, por ende, a la dignidad humana, será, siempre, una barrera infranqueable que obliga a una permanente delimitación del *hacer* y del *no hacer*, de la acción y de la omisión, y demanda cierta integración entre justicia, política y economía, entre jueces y administradores públicos⁹.

Así es que, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha decidido, en reiterados casos, que aquellas medidas que implican retroceso en materia de derechos sociales deben ser consideradas medidas lógicamente violadoras de los deberes del Estado y, por tanto, deben estar sujetas a un alto grado de sindicabilidad constitucional¹⁰.

En ese sentido, bajo el pretexto de vedar el retroceso, el Tribunal Constitucional portugués declaró la inconstitucionalidad de una ley que abolía el servicio nacional de salud existente, decidiendo que “Si la Constitución impone al Estado la realización de una determinada tarea (...), entonces, cuando ella es llevada a cabo, el resultado pasa a tener la protección directa de la Constitución. El Estado no puede volver ni un paso atrás, no puede incumplir lo que cumplió, no puede tomar a colocarse en la situación de deudor” (Decisión n. 39/84, de 11.04.1984).

En el mismo sentido, la Corte Belga de Arbitraje viene interpretando el art. 23 de la Constitución belga, sobre derechos sociales, como se impusiera un “efecto congelante” (*standstill effect*), prohibiendo el retroceso significativo en la protección de estos derechos ya conferidos por las leyes en el momento de adopción de la Constitución. En un precedente sobre la reducción de prestaciones asistenciales, la Corte belga ha decidido que, con relación al derecho a la asistencia social, este efecto “congelante” prohíbe el retroceso significativo en la protección dada por la ley en el momento de entrada en vigencia del art. 23 de la Constitución, preservando el derecho asegurado en la ley anterior mismo delante de la posterior reforma de la Constitución (Decisión n 5/2004, de 14.01.2004).

En África del Sur, la Corte Constitucional ha decidido, en el caso *Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others*, que el Estado no había tomado todas las medidas razonables necesarias, en el marco de los recursos disponibles, para concretar progresivamente el derecho a la vivienda, pues los programas ofrecidos no disponían de ninguna especie de auxilio para aquellos que no poseen acceso a un abrigo básico; ordenó al Estado, en el caso *Minister of Health and Others vs. Treatment Action Campaign and Others*, la implantación de un programa oficial para la prevención de la transmisión, de madre a hijo, del SIDA; declaró la inconstitucionalidad de la exclusión de los inmigrantes de los planes de beneficios de la seguridad social (*Mahlaule vs. Minister of Social Development, Khosa vs. Minister of Social Development*); y dictó sucesivas órdenes para impedir desplazamientos urbanos y asegurar el acceso de personas desplazadas a programas de reubicación (*Port Elizabeth vs. Various Occupiers; Jafitha vs. Schoeman and Others; President of RSA and Another vs. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd and Others; Van Rooyen vs. Stoltz and Others; Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township And Or. vs. City of Johannesburg and Others*).

El Supremo Tribunal Federal brasileño, a su vez, juzgó procedente la Acción Directa de Inconstitucionalidad n. 1946/DF para dar, a la Enmienda Constitucional n.º 20, interpretación conforme a la Constitución Federal, para vedar el retroceso (en su caso, la limitación del valor de la ayuda) en el seno del derecho al permiso remunerado por maternidad.

La idea de no regresividad no retira al Estado la posibilidad de promover ciertas reformas en el ámbito de sus políticas sociales, *prima facie* regresivas, por ejemplo, para (re)asignar los recursos necesarios a la inclusión social de determinados grupos en situación de mayor vulnerabilidad. Ahora bien, los poderes públicos tienen que demostrar siempre a la ciudadanía que las alteraciones que pretenden promover redundan, al final, en una mayor protección de los derechos sociales. La razonabilidad o proporcionalidad de un programa o de una acción aparentemente regresiva, en

⁸ V. Cara (CARA, J. C. G. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994) y Martínez-Pujalte (MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997).

⁹ V. Courtis (COURTIS, C. “Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração”. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coord.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008).

¹⁰ La Corte colombiana ya declaró inconstitucionales leyes que fueron consideradas regresivas en el marco de pensiones (T-789/2002), acceso a los servicios de salud (T-671/2002), educación (C-931-2004) y vivienda (T-1318/2005).

materia de derechos sociales, puede ser contrastada¹¹, de modo que pueda permitir al Estado justificar el programa o política, sin perjuicio del reconocimiento de un núcleo mínimo absolutamente protegido¹², contra lo cual no cabe limitación alguna, aunque sea "proporcional"¹³.

El deber de no regresividad en materia de derechos sociales está relacionado con un deber de progresividad. Ese principio autoriza a los poderes públicos a adoptar programas y políticas de desarrollo de derechos sociales de manera gradual, en la medida en la que existan recursos disponibles (la reserva del posible), pero desautoriza a los Estados la postergación indefinida de la satisfacción de los derechos en pauta. Por el contrario, demanda acciones concretas, comenzando por la de demostrar que están realizando el máximo de esfuerzos y empleando el máximo de recursos disponibles para la satisfacción, al menos, del contenido esencial de los derechos sociales y para dar soluciones, de forma prioritaria, a los grupos en situación de mayor vulnerabilidad¹⁴.

Todos los derechos tienen un costo¹⁵. Los derechos civiles y políticos, en síntesis, comportan, de la misma forma que los derechos sociales, una dimensión distributiva cuya satisfacción demanda recursos: no solo los derechos sociales implican costos para el Estado; los derechos civiles y políticos, en tanto en cuanto exigen una abstención del Estado o de los particulares, es decir, la no intervención en la esfera de autonomía y libertad de los individuos, dependen de una gravosa estructura estatal para ser hechos realidad. Lo que está en juego, por tanto y normalmente, no es cómo garantizar derechos "caros", sino decidir cómo y con qué prioridad serán asignados los recursos que todos los derechos exigen para su satisfacción.

Hay que añadir a todo eso una tradición, en algunos casos, como el brasileño, según la cual las decisiones producidas en el proceso deliberativo presupuestario han sido superadas por actos del Poder Ejecutivo, que simplemente retiene o desvía recursos, sin si quiera exponer los motivos por los cuales lo hace¹⁶. La inejecución del presupuesto, con la promoción de cortes que atingen áreas en las que la actuación del Estado es notoriamente deficiente, relacionadas a derechos sociales, crea amplias distorsiones en el marco de la reserva del posible, con francas violaciones a los derechos fundamentales de las personas¹⁷.

Por tanto, la escasez presupuestaria, por sí sola, no puede ser vista como argumento suficientemente sólido para el alejamiento del imperativo de la efectucción de los derechos sociales, sobre todo del derecho fundamental a la salud, relacionado al mínimo existencial y a la dignidad humana, núcleo mínimo absolutamente protegido, contra lo cual no caben cualesquiera limitaciones, incluso en tiempos de crisis¹⁸: aunque los recursos públicos sean limitados de hecho, el Estado debe alocar verbas presupuestarias específicas para la efectucción de los derechos sociales, en la medida de la posibilidad, pero siempre realizando el máximo esfuerzo¹⁹.

Por eso, en un contexto de disputas por recursos escasos, donde lo que está en juego, en realidad, es decidir *cómo* y *con qué prioridad* serán dispuestos los recursos que todos los derechos –y no sólo los derechos sociales– exigen para su efectucción, el poder político, al invocar la reserva del

¹¹ Según Pulido (PULIDO, C. B. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003), hay elementos básicos que integran la "prueba" de proporcionalidad en algunos ordenamientos contemporáneos, como el alemán, al que podemos recurrir. Esos criterios incluirían: a) la legitimidad de la medida en pauta – su vinculación al ordenamiento y, sobre todo, a los fines prescritos; b) la aptitud de la medida en pauta –su carácter realmente adecuado a la protección de los fines prescritos; c) la necesidad de la medida en pauta– su carácter imprescindible y, antes de nada, la inexistencia de medios menos gravosos para los derechos afectados, y d) la proporcionalidad, en sentido estricto, de la medida en pauta – si de ella derivan más beneficios y ventajas de interés general de lo que para otros bienes y valores en conflicto.

¹² Sobre las llamadas "teorías absolutas" del contenido esencial de los derechos, v. Alexy (ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 288 y ss.).

¹³ Comité DESC/ONU, Observación n. 4/1991.

¹⁴ Comité DESC/ONU, Observación n. 3/1990.

¹⁵ V. Holmes y Sunstein (HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. The cost of rights: why liberty depends on taxes. New York, Norton, 1999) y Amaral (AMARAL, G. Direito, escassez e escolha. Rio de Janeiro, Renovar, 2001).

¹⁶ Cf. Mendonça (MENDONÇA, E. "Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário das políticas públicas". In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coord.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 232).

¹⁷ Cf. Sabbag (SABBAG, C. Orçamento e desenvolvimento – recurso público e dignidade humana: o desafio das políticas públicas desenvolvimentistas. São Paulo, Millennium, 2006, p. 153).

¹⁸ Cf. Alexy (ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 288).

¹⁹ Comité DESC/ONU, Observación n. 3/1990.

posible, debe, siempre, demostrar que está haciendo el máximo de fuerza, en todos los campos, hasta el máximo posible, y que está priorizando, en su actuación, los grupos más vulnerables²⁰.

Así, eventuales impactos económicos y presupuestarios de las decisiones judiciales en el marco de los derechos sociales no pueden ser usados como obstáculo absoluto a la judicialización de los derechos sociales, sobre todo cuando la administración no demuestra, concretamente, la escasez de recursos en cuestión. Además, es inevitable que las decisiones judiciales pertinentes a derechos sociales tengan repercusiones financiero-presupuestarias, pero la verdad es que eso también ocurre con relación a la tutela de otros derechos, incluso el derecho de propiedad, tutela que incluye compensaciones monetarias, fomentos, subsidios y desembolsos²¹.

En realidad, es inevitable el impacto financiero-presupuestario de las actuaciones del Poder Judicial en la tutela de los derechos –de todos los derechos, por supuesto, y no sólo de los derechos sociales– si aceptamos las condiciones que, al menos en el plan formal, caracterizan una democracia constitucional. La existencia de ciertos intereses indisponibles para los poderes de turno, relacionados al mínimo existencial y a la dignidad humana, implica la existencia de un límite infranqueable para la libre configuración de los gastos públicos²².

Nos parece, sin embargo, que el hecho de que la libre configuración de los gastos públicos no sea absoluta no quiera decir que las intervenciones judiciales nunca deban tener en cuenta las consecuencias no solamente presupuestarias y financieras, sino, y sobre todo, las consecuencias políticas y sociales de sus acciones. Pero cierta sensibilidad ante las consecuencias de su propia actuación no puede ser confundida con el ideario pragmático según el cual toda intervención del Poder Judicial con repercusiones económicas pone en peligro el equilibrio fiscal-presupuestario, o constituye una intervención ilegítima en un campo reservado a la política y a la economía. En la práctica, los tribunales tienen pautada su acción, en ese contexto, por la búsqueda de la mediación posible entre la garantía de los derechos civiles, políticos y sociales básicos, el principio de división de poderes (en verdad, división de funciones) y el equilibrio presupuestario²³.

Además, la reserva del posible no es una especie normativa, pues no determina un estado de cosas a ser alcanzado, tampoco es un mandado de optimización. En verdad, siquiera puede ser identificada como un principio: lo que se pondera, en realidad, ni siquiera es la *reserva del posible*, sino la *escasez de recursos* que esta supondría.

Sin embargo, existe una diferencia sustancial entre inexistencia de recursos y elección de prioridades en la distribución de recursos. Si es en el cumplimiento de la función presupuestaria del Estado que las teorías de los costos de los derechos –y su corolario de la reserva del posible– se presentan de forma más evidente, lo que ocurre es que el argumento de la reserva del posible puede ser refutado a partir de la perspectiva de que no hay recursos verdaderamente inexistentes, sino que la realización de ciertos derechos sociales no se da en virtud de cuestiones económicas como el pago de intereses y ayudas al capital especulativo, renuncias fiscales y subsidios destinados a beneficiar la actividad de ciertas empresas u otras elecciones realizadas a partir de los intereses de las elites²⁴. Existe, pues, la necesidad de diferenciar lo que no es posible hacer porque no existen medios suficientes, con la observancia de las normas constitucionales que determinan la distribución de recursos a áreas sensibles, como la educación y la salud, y lo que no es posible hacer porque los medios disponibles fueron destinados a otras prioridades.

Por otro lado, el control judicial de la actividad administrativa en el seno de las políticas públicas no elimina, lógicamente, los márgenes de acción estructural y epistémica del administrador público, que puede y debe decidir cuáles son los medios más convenientes y adecuados a la satisfacción de los derechos sociales entre todos aquellos medios legítimos, válidos y eficientes, de forma que el fortalecimiento de un control judicial de la administración pública no supone, obviamente,

²⁰ Aquí tenemos un mandado claro, dirigido al poder político: si hay un grupo más vulnerable y los recursos son, de facto, limitados, las políticas posibles deben ser prioritariamente dirigidas a las necesidades de los grupos más vulnerables.

²¹ Cf. Langford (LANGFORD, M. “Judging resource availability”. In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M. (Coord.). *The road to a remedy: current issues in the litigation of economic, social and cultural rights*. Sydney, UNSW, 2005, p. 91).

²² V. Arango (ARANGO, R. “Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial”, *El Otro Derecho*, n. 28, Bogotá, 2002).

²³ Cf. Langford (LANGFORD, M. “Judging resource availability”. In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M. (Coord.). *The road to a remedy: current issues in the litigation of economic, social and cultural rights*. Sydney, UNSW, 2005, p. 106).

²⁴ Cf. Krell (KRELL, A. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre, Fabris, 2002, p. 99).

la instauración de un “gobierno de los jueces”, ni la eliminación de las competencias discrecionales del administrador público; sin embargo, el reconocimiento de esos márgenes de acción jamás podrá dar causa a espacios libres de control judicial, pues la configuración jurídica y política de los medios de protección de los derechos sociales debe siempre atentar para el contenido mínimo o esencial de los derechos fundamentales según los parámetros de la justicia social constitucional.

En síntesis, los poderes públicos no pueden, de hecho, ser llevados a hacer lo imposible. Sin embargo, lo que es posible –o imposible– en la esfera económica, social y cultural debe ser probado, y no solamente presunto.

Por tanto, el argumento de la escasez de recursos (la reserva del posible) no puede ser considerado un argumento absoluto y definitivo a impedir el control judicial. Necesario es, sin embargo, que el Poder Judicial sea más juicioso en el análisis de los costos implicados en las políticas: si, por un lado, en muchas oportunidades los tribunales han demostrado que la actuación pública requerida no era tan compleja u onerosa como sustentaban los órganos políticos, utilizándose de números y datos alternativos, por otro lado hay que ponderar, en esos cálculos, costos deliberadamente excluidos, como el *costo de oportunidad*, es decir, los costos que la postergación de determinada política puede generar para el futuro (19).

En ese sentido, Langford cita el caso *Auton*, de 2000. En ese caso, el gobierno de Columbia Británica, en Canadá, se valió del argumento de la reserva del posible para no financiar un programa de tratamiento de niños autistas. El tribunal supremo provincial rechazó el argumento, considerando la vulneración del derecho básico de no ser discriminado de las personas afectadas por el autismo. Para justificar su decisión, el tribunal se sirvió de dos criterios que tenían en cuenta el presupuesto público y la economía. Por un lado, sostuvo que los costes demandados por el programa para la asistencia de menores en edad de desarrollo educacional y social serían considerablemente inferiores de los necesarios para su tratamiento a largo plazo si el referido programa no fuera implantado. Por otro, opuso a la argumentación del gobierno provincial el hecho de que otras regiones del territorio canadiense habían implantado programas semejantes, debilitando el argumento de que el valor científico del programa no justificaba un gasto semejante²⁵.

Este abordaje, de ponderación del *costo de oportunidad*²⁶ de implantación de la política, relativamente inédito, todavía no es realizado por los tribunales brasileños. Lo que procuramos demostrar, en adelante, es que: (a) los tribunales brasileños, en sus decisiones, vienen expresando el entendimiento de que la *reserva del económicamente posible*, es decir, la escasez presupuestaria, no puede ser solamente alegada, debiendo ser demostrada concretamente; (b) los tribunales brasileños, en la mayoría de los casos, no han aceptado el argumento de la *reserva del posible* como óbice a la judicialización de la salud en el marco de las políticas federales; pero, sobre todo, (c) los tribunales brasileños no tienen ponderado, en sus decisiones, delante de la reserva del posible, el *costo de oportunidad* concierne a las políticas, sobre todo a las políticas de salud, es decir, el costo de no implantación de determinada política, con sus consecuencias para el futuro, en el momento de decidir sobre la política en cuestión, ya sea para acoger la intervención judicial en la política pública, ya sea para rechazarla.

Metodología

Para la coleta de los datos que embazan el presente trabajo, fue utilizada la base de datos de la Justicia Federal, a través de consultas a la jurisprudencia unificada de los tribunales federales en el Portal de la Justicia Federal y en el Portal del Tribunal Superior del Trabajo. Fueron seleccionadas, hasta el mes de enero de 2014, a partir de expresiones de búsqueda, 109 decisiones de los tribunales federales brasileños.

A partir de las 109 decisiones, examinadas exhaustivamente, una a una, fueron seleccionadas 90 decisiones relacionadas a la judicialización de políticas públicas en el marco de los derechos sociales: 11 corresponden a educación, 7 al trabajo y a la seguridad social y 72 a la salud; fueron descartadas las demás decisiones relacionadas a otras materias, pues trataban de temas ajenos a nuestra temática como indemnizaciones debidas a los amnistiados políticos, “externalización” de servicios, reajuste salarial del personal funcional de la administración pública e implantación e interiorización de órganos de la defensoría del pueblo.

²⁵ Cf. Langford (LANGFORD, M. “Judging resource availability”. In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M. (Coord.). *The road to a remedy: current issues in the litigation of economic, social and cultural rights*. Sydney, UNSW, 2005, p. 94).

²⁶ Sobre el costo de oportunidad, v. Karl y Ray (KARL, C.; RAY, F. *Principios de microeconomía*. Bogotá, Prentice Hall, 1997).

Seleccionadas estas 90 decisiones, 72 de ellas relacionadas a la salud, fue realizada una nueva búsqueda, que confirmó la selección de estas mismas 72 decisiones.

Esas decisiones fueron examinadas exhaustivamente con el fin de verificar, en cada fallo, si: (a) el tribunal, en su decisión, ponderó –o no– la cuestión de la “reserva del posible”, acogiéndola o no, total o parcialmente; y (b) el tribunal, en su decisión, ponderó –o no–, para acoger o rechazar la cuestión de la “reserva del posible”, el *costo de oportunidad* de las políticas públicas sociales en cuestión.

La selección de esas decisiones tuvo en cuenta que era de interés, en este trabajo, seleccionar decisiones judiciales que, en el ámbito de la judicialización de políticas sociales, ponderasen la cuestión de la “reserva del posible”, y, además, decisiones judiciales en las que el derecho a la salud no fuera solamente verificado puntualmente, sino en las que fuera ponderado específicamente el argumento de la “reserva del posible” y que trataran de analizar, de alguna forma, para acoger o rechazar la judicialización de los derechos sociales en general y del derecho a la salud en particular, los impactos de la propia judicialización en esas políticas. De ahí también la opción por la jurisprudencia federal.

Resultados y discusión

Analizadas las decisiones seleccionadas, se puede verificar que en la totalidad de los 35 fallos de los tribunales superiores (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justicia y Tribunal Superior del Trabajo) fue rechazado el argumento de la reserva del posible en el marco de la judicialización de políticas públicas. Ponderadas las 55 decisiones de los tribunales regionales federales, se verificó que, por la media, el argumento de la reserva del posible fue, de alguna forma, ponderado para que se limitase la intervención judicial en las políticas públicas, especialmente en las políticas de salud, en unos 26,39% de las decisiones, ateniendo tal ponderación los índices de 42,86% en el TRF de la 1.^a Reg., 44,83% en el TRF de la 2.^a Reg., y 3,45% en el TRF de la 5.^a Reg. Los datos concernientes a los demás TRF fueron desconsiderados para fines de análisis específico, teniéndose en cuenta el pequeño número de fallos.

El análisis de la jurisprudencia de los tribunales superiores revela, inicialmente, que tales tribunales no han aceptado el argumento de la reserva del posible como óbice a la judicialización, sobre todo en el ámbito de las políticas de salud:

“La destinación de recursos públicos, dramáticamente siempre muy escasos, lleva a situaciones de conflicto, ya sea con la ejecución de políticas públicas definidas en el texto constitucional, ya sea con la propia implementación de derechos sociales garantizados por la Constitución de la República, resultando de ello contextos de antagonismo que imponen, al Estado, el encargo de superarlos a través de opciones por determinados valores, en perjuicio de otros también relevantes, impulsando el Poder Público, en virtud de esa relación dilemática, causada por la insuficiencia de disponibilidad financiera y presupuestaria, a proceder a verdaderas ‘elecciones trágicas’, en decisión gubernamental cuyo parámetro, fundado en la dignidad de la persona humana, deberá tener en perspectiva la intangibilidad del mínimo existencial, de forma a conferir real efectividad a las normas programáticas positivadas en la propia Ley Fundamental. (...) La cláusula de la reserva del posible –que no puede ser invocada, por el Poder Público, con el propósito de inviabilizar la implementación de políticas públicas definidas en la propia Constitución– encuentra insuperable limitación en la garantía constitucional del mínimo existencial, que representa, en el contexto de nuestro ordenamiento positivo, consecuencia directa del postulado de la esencial dignidad de la persona humana” (Supremo Tribunal Federal, ARE-AgR 639337, 23/08/2011);

“La reserva del posible no es una carta libre para el administrador incompetente, relapso o insensible a la degradación de la dignidad de la persona humana, ya que es impensable que pueda legitimar o justificar la omisión estatal capaz de matar a lo ciudadano de hambre o por negación de apoyo médico-hospitalario. La excusa de la ‘limitación de recursos presupuestarios’ frecuentemente no pasa de pantalla cerrada para esconder la opción del administrador por sus prioridades particulares al revés de aquellas estatuidas en la Constitución y en las leyes, superponiendo el interés personal a las necesidades más urgentes de la colectividad. El absurdo y la aberración presupuestarios, porque ultrapasan y vilipendian los límites del razonable, las fronteras del buen sentido y hasta las políticas públicas legisladas, son plenamente sindicables por el Poder Judicial, no integrando, en absoluto, la esfera de la discrecionalidad del Administrador, ni indicando rompimiento del principio de separación de los Poderes” (Superior Tribunal de Justicia, RESP 200801379303, 08/03/2012).

Por otro lado, en el ámbito de los tribunales regionales federales, se observa una tendencia más conservadora, siendo admitida, en un 42,86% de las decisiones oriundas del TRF de la 1.^a Reg. Y en un 44,83% de las decisiones oriundas del TRF de la 2.^a Reg., la escasez presupuestaria y la cuestión de la reserva del posible como óbice ponderable a la intervención judicial en el marco de las

políticas públicas. Sin embargo, se observa una tendencia, en esas decisiones, reforzar la necesidad de que la escasez no fuera solamente presunta; esto es, que la escasez de recursos fuera concretamente demostrada por la administración:

"En oposición a esta tesis de la 'reserva del posible', tenemos la adopción por el Supremo Tribunal Federal de la preservación del núcleo consustanciador del 'mínimo existencial'. La Corte viene aceptando la denominada 'dimensión política de jurisdicción constitucional', que permite el ejercicio del control judicial en el marco de la implementación de políticas públicas para garantizar el 'mínimo existencial'. (...) El STF solamente viene aceptando la aplicación de la cláusula de la 'reserva del posible' cuando la Administración Pública comprobar, de forma objetiva, en cada caso concreto, su incapacidad económica para implementación de determinada política pública. Tal entendimiento de la Suprema Corte está resumido en el fallo del STA 175-Agr/CE (...). In casu, cumple consignar que, aunque el demandante no sea persona de edad, no queda razonable exigir la espera de 4 (cuatro) años para ser operado, si hay indicación médica para la sujeción al procedimiento quirúrgico, incluso ya siendo el autor encaminado para la realización de los exámenes preoperatorios. Además de eso, señalamos que los recurrentes no demostraran objetivamente la ausencia de recursos para la realización de la cirugía, debiendo ser superada la alegación de la 'reserva del posible', según el entendimiento del Supremo Tribunal Federal" (TRF-2, AC 201151680030859, 18/07/2012).

Aún en el ámbito de la jurisprudencia de los tribunales regionales, sin embargo, llama la atención el hecho de que es precisamente en el ámbito territorial de jurisdicción del TRF de la 5.^a Región, que corresponde a la región más empobrecida del país (Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte y Sergipe), de menores índices de desarrollo humano (el IDH medio de la región es de 0,719, contra la media nacional por Estado de 0,770) –y también con los mayores índices de desigualdad del país según el índice de Gini–, donde los recursos materiales tienden a ser más escasos, que el argumento de la reserva del posible, como óbice a la efectuación del derecho fundamental a la salud, es rechazado con mayor intensidad por el Poder Judicial Federal (de las 29 decisiones del TRF de la 5.^a Reg., todas en el seno de las políticas de salud, solamente una limitó la intervención judicial en virtud de la alegación de la reserva del posible).

Por un lado, si la cuestión de la falta de recepción del argumento de la escasez de recursos por los tribunales superiores puede estar ligada a la propia dinámica procesal en cuestión (porque los tribunales superiores, excepto en procesos de su competencia originaria, o cuando actúan como instancia ordinaria de recursos, normalmente no reexaminan cuestiones fácticas de los fallos recurridos), el contenido de esas mismas decisiones pone claro que los tribunales superiores, con apoyo en el mínimo existencial y en la dignidad humana, no aceptan la tesis de la subordinación de los derechos sociales al vigor económico. Por otro lado, aunque acogido, en parte, tal argumento en las instancias judiciales intermediarias (tribunales regionales federales), se verifica la preocupación, en la amplia mayoría de los fallos, con la necesidad de demostración concreta de la escasez de recursos, que no puede ser solamente alegada para justificar la falta de efectuación de derechos sociales. Y, por fin, se evidencia una mayor sensibilidad del Poder Judicial precisamente en aquella región que, presuntamente, siendo aquella con menores índices de desarrollo humano, necesita más de una intervención judicial ajena a la cuestión de la reserva del posible.

En todo caso, sin embargo, se verifica que los tribunales federales brasileños no tienen ponderado, en sus decisiones, delante la reserva del posible, el *costo de oportunidad* en el marco de las políticas, sobre todo de las políticas de salud, o sea, el costo de no implantación de determinada política, con sus consecuencias para el futuro, en el momento de decidir sobre la política en cuestión, ya sea para acoger la intervención judicial en la política pública, ya sea para rechazarla.

Así es que la ponderación del *costo de oportunidad*, en el seno de la judicialización de las políticas, es un desafío de primer orden que se pone para los tribunales, delante de las cuestiones relacionadas a la economía y a la escasez de recursos (la reserva del posible) y a la efectuación de los derechos sociales, sobre todo del derecho fundamental a la salud, envuelto en disputas asociadas y, consecuentemente, en decisiones dramáticas: con el recurso a la economía, se podrá mejor demostrar, para que los tribunales tengan mejores condiciones de decidir, nuevos elementos que puedan ser sopesados frente al argumento de la reserva del posible en el marco de las políticas sociales en general, y de las políticas de salud en particular.

Bibliografía citada

- ALEXY, R. (1994): *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- AMARAL, G. (2001): *Direito, escassez e escolha* (Rio de Janeiro, Renovar).
- ARANGO, R. (2002): "Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial", *El Otro Derecho*, Bogotá, n. 28.

BARROSO, L. R. (2009): *Interpretação e aplicação da Constituição* (São Paulo, Saraiva).

BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. (2006): "O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro". In: BARROSO, L. R. (Coord.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas* (Rio de Janeiro, Renovar).

CANOTILHO, J. J. G. (2002): *Direito constitucional e teoria da Constituição* (Coimbra, Almedina).

CARA, J. C. G. (1994): *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).

COURTIS, C. (2006): *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (Buenos Aires, CELS).

COURTIS, C. (2008): "Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração". In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie* (Rio de Janeiro, Lumen Juris).

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. (1999): *The cost of rights: why liberty depends on taxes* (New York, Norton).

KARL, C.; RAY, F. (1997): *Principios de microeconomía* (Bogotá, Prentice Hall).

KRELL, A. (2002): *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado* (Porto Alegre, Fabris).

LANGFORD, M. (2005): "Judging resource availability". In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M. (Coord.). *The road to a remedy: current issues in the litigation of economic, social and cultural rights* (Sydney, UNSW).

MARÍN, A. O. (1996): *Estado social y crisis económica* (Madrid, Complutense).

MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L. (1997): *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).

MENDONÇA, E. (2008): "Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário das políticas públicas". In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie* (Rio de Janeiro, Lumen Juris).

PULIDO, C. B. (2003): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).

ROMAN, D. (2002) : *Le droit public face à la pauvreté* (Paris, LGDJ).

SABBAG, C. (2006): *Orçamento e desenvolvimento – recurso público e dignidade humana: o desafio das políticas públicas desenvolvimentistas* (São Paulo, Millennium).

SARLETT, I. W. (2005): *A eficácia dos direitos fundamentais* (Porto Alegre, Livraria do Advogado).

Con formato: Fuente: 10 pto, Português (Brasil)