



MÍNIMO EXISTENCIAL Y DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES: DISTINCIONES Y PUNTOS DE CONTACTO A LA LUZ DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA BRASILEÑAS

DANIEL WUNDER HACHEM

Profesor Adjunto del Departamento de Derecho Público
Universidad Federal de Paraná y Pontificia
Universidad Católica de Paraná

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES INICIALES: EL MÍNIMO EXISTENCIAL Y LA JUSFUNDAMENTALIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES. II. ORÍGENES, CONCEPTO Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL MÍNIMO EXISTENCIAL. III. CONTENIDO DEL MÍNIMO EXISTENCIAL, RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ECONÓMICOS Y SOCIALES, Y SU UTILIZACIÓN COMO CRITERIO DE JUSTICIABILIDAD. IV. EL MÍNIMO EXISTENCIAL Y LAS MANIFESTACIONES DE LA JURISPRUDENCIA BRASILEÑA.

Palabras clave

Derechos económicos y sociales; Derechos fundamentales; Exigibilidad judicial; Mínimo existencial.

Resumen

Este trabajo tiene por objetivo examinar, bajo una perspectiva crítica, la utilización de la noción de mínimo existencial como un criterio determinante para delimitar la exigibilidad judicial de los derechos fundamentales económicos y sociales. Por tanto, se busca especificar el significado jurídico conferido al concepto, pasando por el análisis de sus orígenes, naturaleza y fundamentos jurídicos, estructura normativa, relación con los derechos fundamentales económicos y sociales, para demostrar que la doctrina y la jurisprudencia brasileñas utilizan el mínimo existencial de maneras muy distintas y con propósitos diferenciados. Se objetiviza así la identificación de las variadas posiciones adoptadas sobre los diversos aspectos de la noción de mínimo existencial, con el objetivo de evitar confusiones en el tema. En el estudio se presentan algunos caminos y posicionamientos destinados a un empleo funcional del concepto, demostrando la imposibilidad de utilizarlo como criterio definitivo para delinear la exigibilidad judicial de los derechos fundamentales sociales.

I. CONSIDERACIONES INICIALES: EL MÍNIMO EXISTENCIAL Y LA JUSFUNDAMENTALIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

El régimen jurídico de los derechos económicos y sociales¹ en el Derecho Constitucional brasileño ofrece un punto de divergencia tanto en el ámbito doctrinal como en la esfera jurisprudencial. La aceptación de que dichos derechos se configuran como legítimos derechos fundamentales y que, por lo tanto, se someten a la disciplina jurídica especial que la Constitución concede a estos derechos, no fue, y todavía no es, objeto de unanimidad en la teoría de los derechos fundamentales. La temática, más que el simple análisis jurídico del texto constitucional, se remonta a cuestiones de fundamentación de los derechos humanos y fundamentales, habida cuenta que las variadas posiciones contrarias al reconocimiento de la jusfundamentalidad de los derechos económicos y sociales se basa no sólo en un posicionamiento dogmático, sino también, según afirma Gerardo Pisarello, en percepciones históricas, filosófico-normativas y teóricas².

En la sistemática constitucional brasileña, el reconocimiento de que determinados derechos se dotan de *fundamentalidad* impone la identificación de un régimen jurídico en concreto, que incide sobre ellos. Ello porque, aunque no se pueda afirmar la existencia de un sistema autónomo y cerrado de derechos fundamentales en la Constitución brasileña, completamente alejado del contexto general de la Ley Suprema, es posible, al menos, percibir elementos normativos distintivos que prestan a estos derechos una disciplina jurídica peculiar. Así, como el resto de derechos previstos por la Constitución Federal (CF), los derechos fundamentales consisten en derechos *supralegales*, que una vez que son vehiculados por normas constitucionales situadas en el ápice del orden jurídico, no son susceptibles de cambios por el legislador ordinario. Sin embargo, hay por lo menos dos caracteres que convierten en peculiar el régimen jurídico de los derechos fundamentales, no extendiéndose a todos los derechos constitucionalmente establecidos: la aplicabilidad

¹ Cabe destacar que, en este texto, las expresiones «derechos sociales», «derechos económicos sociales» y «derechos fundamentales sociales» serán utilizadas indistintamente para designar los derechos fundamentales que tienen como objetivo la tutela de bienes económicos, sociales y culturales imprescindibles para asegurar una vida digna, que el individuo podría obtener también de los particulares, en el caso de que tuviera las condiciones financieras para adquirirlos y los encontrara disponibles en el mercado. Sobre la caracterización de dichos derechos a partir del contenido mencionado, véase: R. ALEXYS, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.^a edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 443; J.R. NOVAIS, *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 41.

² Para un análisis de las tesis contrarias al reconocimiento de la jusfundamentalidad a los derechos sociales bajo las perspectivas *histórica* (pp. 19-36), *filosófico-normativa* (pp. 37-58), *teórica* (pp. 59-78) y *dogmática* (pp. 79-110), véase: G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.

inmediata (art. 5.º, §1.º, CF) y la protección contra enmiendas que intenten abolir derechos (art. 60, §4.º, IV, CF)³.

El primero de ellos consiste en la previsión del art. 5.º, §1.º de la CF, que dispone que «*las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata*». Se trata de un elemento novedoso de la Constitución brasileña de 1988, no incluida en textos constitucionales anteriores, y que permite diversas interpretaciones de la doctrina alrededor de su comando normativo⁴. Hay consenso, sin embargo, en el sentido de que dicha previsión tiene la virtud de establecer que todas las disposiciones que consagran derechos y garantías fundamentales vinculan directamente a los Poderes Públicos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), siendo capaces de generar efectos jurídicos inmediatos, independientemente de la regulación infraconstitucional (aunque no exista unanimidad en lo que se refiere a los tipos de derechos afectados por este dispositivo y la extensión de dichos efectos).

La previsión surge como una forma de superar la idea de que los derechos fundamentales sólo adquieren operatividad después de ser enumerados por el legislador ordinario, intelección propia de la racionalidad vigente en la Europa continental del siglo XIX, en la que la protección de los derechos fundamentales se resumía en el respeto al principio de legalidad por parte de la Administración. La garantía de los derechos fundamentales se situaba en la existencia de una ley reglamentaria, cuyo contenido se dirigía a la tutela del ciudadano ante las intervenciones del Poder Ejecutivo en contra de la libertad y de la propiedad. Por lo tanto, no había una vinculación directa del legislador al contenido del texto constitucional o de las declaraciones de derechos (cuando estas no estaban insertas en aquel)⁵. En el contexto específico de Brasil, la afirmación expresa de que las normas de derechos fundamentales son inmediatamente aplicables proviene también de la habitual existencia de disposiciones previstas en Constituciones anteriores que jamás llegaron a salir del papel⁶.

³ I.W. SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10. ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, pp. 74-75. Se acoge aquí la posición del autor, según la cual «La condición de “cláusula pétrea”, junto con el postulado de la aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales (art. 5.º, §1.º, de la CF), constituye justamente un elemento caracterizador esencial de su fuerza jurídica reforzada en el orden constitucional patrio». I.W. SARLET, *cit.*, p. 422. Traducción libre.

⁴ Para un análisis de las distintas posiciones acerca de la interpretación del art. 5.º, §1.º de la Constitución Federal; entre otros, véase: D.W. HACHEM, *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014, 614 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, pp. 145-156.

⁵ J.C. GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 9-10.

⁶ Es el caso de la Enmienda Constitucional núm. 1/1969, que en su art. 165, XVIII aseguraba a los trabajadores, solamente en teoría, derechos sociales como «*XVIII - acampamiento de verano y centros de reposo*,

El segundo elemento señalado concierne a la prohibición de enmiendas constitucionales que pretendan eliminar derechos fundamentales del orden jurídico, en los términos del art. 60, §4.º, IV de la CF: «No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendente a abolir: (...) los derechos y garantías individuales». Debido a esta previsión, los derechos fundamentales integran las llamadas cláusulas pétreas, constituyendo límites materiales a la reforma de la Constitución. Igualmente se dan aquí controversias en lo que respecta al ámbito de incidencia del mandamiento en cuestión, principalmente por el hecho de que el constituyente haya utilizado la expresión «derechos y garantías fundamentales», lo que, para algunos, implicaría la propia exclusión de los derechos económicos y sociales⁷.

De este modo, se puede decir que el sistema constitucional brasileño instituyó un régimen jurídico especialmente protector de los derechos fundamentales, tutelándolos de un modo distinto desde una doble perspectiva: (i) en un sentido negativo, blindándolos contra *acciones* ofensivas del Poder Constituyente Reformador, al prohibir la edición de enmiendas constitucionales tendentes a abolirlos (art. 60, §4.º, IV, CF); (ii) en un sentido positivo, previniéndolos contra *omisiones* atentatorias del legislador, del administrador y del juez, al determinar que las normas que los consagran disfrutan de aplicación inmediata (art. 5.º, §1.º, CF). Se trata, pues, de un régimen que, por un lado, asegura la protección contra medidas de mayorías parlamentarias que pretendan fustigar el contenido de los derechos fundamentales, eliminándolos de la Constitución; y de otro, impulsa la promoción efectiva de estos derechos cuando la inercia —intencional o no— del Poder Público haga inviable su ejercicio por omisión de una reglamentación normativa, o bien en su implementación material.

Según lo expuesto, hay en la doctrina brasileña una fuerte divergencia en lo que se refiere a los derechos que están sometidos a este régimen jurídico específico. Es posible identificar por lo menos cuatro posiciones respecto a este tema: (a) exclusión de los derechos económicos y sociales del ámbito de protección del régimen jurídico de los derechos fundamentales⁸; (b) limitación de la aplicación del régimen jurídico de los derechos fun-

*recuperación y convalecencia, mantenidas por la Unión, conforme disponga la ley», los cuales jamás fueron concretados. L.R. BARROSO, «A doutrina brasileira da efetividade», en *Temas de Direito Constitucional*, Renovar, Rio de Janeiro, 2005, p. 63.*

⁷ Esta posición es sostenida por O.B. MAGANO, «Revisão constitucional», *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, núm. 7, São Paulo, pp. 108-112, abr./jun. 1994, pp. 110-111.

⁸ Es el caso de autores como Octávio Bueno Magano, cuando admite la posibilidad de exclusión de derechos sociales de la Constitución brasileña por medio de reformas constitucionales (O.B. MAGANO, «Revisão constitucional», *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, núm. 7, São Paulo, pp. 108-112, abr./jun. 1994, pp. 110-111.), y de J.P. GEBRAN NETO, cuando niega la sumisión de los derechos sociales al régimen de aplicabilidad inmediata de las normas definidoras de derechos fundamentales, previsto en el art. 5.º, §1.º de la Constitución Federal (J.P. GEBRAN NETO, «A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória», *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2002, p. 158.).

damentales al contenido de los derechos económicos y sociales que coincide con el mínimo existencial⁹; (c) incidencia del régimen jurídico de los derechos fundamentales sólo sobre la parte de los derechos económicos y sociales necesaria para la garantía de las condiciones procedimentales de la democracia¹⁰; (d) sometimiento integral de los derechos económicos y sociales al régimen jurídico de los derechos fundamentales¹¹.

No obstante la existencia de estas diversas concepciones acerca de la jusfundamentalidad de los derechos económicos y sociales, ha sido común en el Derecho brasileño, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la referencia al concepto de mínimo existencial cuando se trata el tema de la exigibilidad judicial de los derechos sociales. Se comprueba, especialmente en las decisiones judiciales, que los mismos intérpretes que no adoptan expresamente la reducción del carácter de fundamentalidad de los derechos económicos y sociales al mínimo existencial, muchas veces recurren a él con el propósito de reforzar sus argumentos en pro de la satisfacción judicial de prestaciones materiales positivas, manejando el concepto sin precisión teórica y confundiendo su contenido con el de los derechos sociales.

La intención de este estudio es, pues, analizar de manera un poco más profunda el trato doctrinal y jurisprudencial sobre el derecho al mínimo existencial, buscando su formulación conceptual y aclarando su relación con los derechos fundamentales sociales, para luego delinear con mayor claridad las distinciones y los puntos de contacto entre ellos. Se busca, con esto, contribuir a la disminución del uso indiscriminado de la categoría del mínimo existencial, cada vez más común en Brasil, sea con el propósito de insertar en él toda y cualquier prestación vinculada a un derecho fundamental social, sea para justificar el rechazo de la realización judicial de los derechos fundamentales sociales bajo el argumento de no estar en ellos incluidos.

Se subraya, desde luego, que no se pretende agotar el asunto, investigando las raíces filosóficas del concepto, todas sus posibles fundamentaciones¹² y sus diversas consecuen-

⁹ R.L. TORRES, «A jusfundamentalidade dos direitos sociais», *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. 12, Rio de Janeiro, 2003 pp. 349-374; A. MAURÍCIO, JR., *A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas*, Fórum, Belo Horizonte, 2009. p. 47.

¹⁰ C.P. SOUZA NETO, «Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático», en C. DE ALBUQUERQUE MELLO; R. LOBO TORRES (Orgs.), *Arquivos de direitos humanos*, Renovar, Rio de Janeiro, 2002, pp. 17-61, y C.P. SOUZA NETO, «A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros», en C.P. SOUZA NETO y D. SARMENTO (Coords.), *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, pp. 515-551.

¹¹ I.W. SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10. ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010. *passim*; J.R. NOVAIS, *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, *passim*.

¹² Sobre los fundamentos teóricos y filosóficos del mínimo existencial, analizando de forma profunda las distintas concepciones de J. RAWLS («defensa del mínimo social»), F. HAYEK («garantía de un ingreso mínimo»),

cias jurídicas¹³. El ámbito se limita al tema central de estudio, referido a las relaciones del mínimo existencial con la jusfundamentalidad de los derechos económicos y sociales.

II. ORÍGENES, CONCEPTO Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL MÍNIMO EXISTENCIAL

La noción de mínimo existencial puede ser analizada tanto bajo el prisma negativo, de la defensa del individuo en contra de las intervenciones estatales que de él extraen los medios esenciales para su supervivencia con dignidad, como bajo la óptica positiva, relativa a la necesidad de prestaciones por parte del Poder Público, destinadas a propiciar condiciones materiales de existencia digna.

Afrontando el tema bajo ambas perspectivas, Ricardo Lobo Torres sintetiza la problemática del mínimo existencial relacionándola con la cuestión de la pobreza y del cobro de tributos por el Estado. Con la superación del Estado Patrimonial, en el que la clase pobre de la población estaba sujeta al pago de tributos, en el Estado de Policía se inicia la previsión de inmunidad del mínimo existencial, alejando del ámbito de incidencia fiscal a las personas carentes de condiciones financieras mínimas para su subsistencia. En el Estado Fiscal de Derecho, se amplía la inmunidad del mínimo existencial en relación a los impuestos, junto con la teoría de la tributación progresiva, extendiéndose también a las tasas, y admitiéndose prestaciones estatales positivas (educación, seguro médico, etc.) independientemente de alguna contraprestación pecuniaria. En el Estado Social Fiscal, correspondiente a la fase del Estado de Bienestar Social, la protección deja de limitarse al mínimo existencial, expandiéndose en el sentido de imponer al Estado mecanismos paternalistas de protección de los derechos sociales¹⁴.

Bajo el prisma positivo, referente al deber estatal de implementar prestaciones materiales a los que las necesitan, se suele afirmar que el reconocimiento pionero de un derecho fundamental a las condiciones mínimas de existencia digna se dio por vía jurisprudencial

M. WALZER («protección universal y comunitaria de derechos mínimos»), J. HABERMAS («la autonomía requiere derechos básicos») y C.S. NINO («condiciones materiales decurrentes de la autonomía»), véase: C. HONÓRIO, *Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros*, 2009. 306 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, pp. 12-41. Para un análisis más sintético de las fundamentaciones de John Rawls, Robert Alexy, Jürgen Habermas e Phillipe Van Parijs: R.L. TORRES, *O direito ao mínimo existencial*, Renovar, Rio de Janeiro, 2009, pp. 54-62. El tema también fue tratado por: A.P. BARCELLOS, «O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy», en R.L. TORRES (Org.), *Legitimação dos direitos humanos*, Renovar, Rio de Janeiro, 2002.

¹³ Para un análisis completo del mínimo existencial y de sus diversas consecuencias jurídicas, véase: R.L. TORRES, *O direito... cit.*, pp. 179-298.

¹⁴ *Ibid.* pp. 3-7.

en Alemania, donde se produjo su «primera importante elaboración dogmática»¹⁵. Según Ingo Sarlet, el primer jurista alemán en el periodo de la Postguerra que identificó un derecho al mínimo existencial fue Otto Bachof. La formulación se basaba en el principio de dignidad de la persona, partiendo de la idea de que su realización plena no dependía solamente de la salvaguarda de la libertad, sino, igualmente, de un mínimo de seguridad social, dado que el individuo carente de recursos materiales que le permitieran vivir adecuadamente, no tendría su dignidad respetada. Un año después de la formulación de este autor alemán, en 1954, el Tribunal Federal Administrativo alemán (*Bundesverwaltungsgericht*) reconoció a un ciudadano el derecho subjetivo a los recursos materiales propiciados por el Estado¹⁶, amparándose en el principio de dignidad humana y en los derechos a la vida y a la libertad¹⁷. En el año 1975, el Tribunal Constitucional Alemán reconoció, también, la existencia del derecho al mínimo para una existencia digna como un derecho fundamental del ciudadano¹⁸.

El contexto constitucional alemán debe ser aclarado para una adecuada comprensión del temprano reconocimiento jurisprudencial del derecho al mínimo existencial. La Constitución alemana —Ley Fundamental de Bonn de 1949— no preveía un listado expreso de derechos sociales típicos, con excepción de la protección de la maternidad y de los hijos, y del deber de actuación estatal en pro de la compensación de las desigualdades fácticas relativas a la discriminación de las mujeres y de los portadores de deficiencias (aunque algunos ni siquiera consideran estos como derechos sociales)¹⁹. Así, no hay en Alemania, como existe en Brasil, un listado sistemático de derechos sociales, como la salud, la educación, la asistencia social, etc., hecho que algunos autores explican por la mala experiencia de la Constitución de Weimar de 1919. Según Andreas J. Krell, para los alemanes, su Constitución anterior —reconocida internacionalmente como una de las pioneras, junto

¹⁵ I.W. SARLET, M.F. FIGUEIREDO, «Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações», en I.W. SARLET, L. BENETTI TIMM (Coords.), *Direitos fundamentais: orçamento e «reserva do possível»*, 2.ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, p. 20.

¹⁶ ALEMANHA. *BVerw GE* 1, 159 (161 e ss.), 24 de junio de 1954.

¹⁷ I.W. SARLET, *A eficácia...*, cit., pp. 317-318; E. BITTENCOURT NETO, *O direito ao mínimo para uma existência digna*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, p. 55; C. HONÓRIO, cit., pp. 45-46.

¹⁸ Cabe exponer una parte de la decisión: «es cierto que la asistencia a los necesitados integra las obligaciones esenciales de un Estado Social. [...] Esto incluye, necesariamente, la asistencia social a los ciudadanos que, en virtud de su precaria condición física y mental, se encuentran limitados en sus actividades sociales, no presentando condiciones de garantizar su propia subsistencia. La comunidad estatal debe asegurarles por lo menos las condiciones mínimas para una existencia digna y destinar los esfuerzos necesarios para integrar estas personas en la comunidad, fomentando su acompañamiento y apoyo en la familia o por terceros, como también creando instituciones asistenciales indispensables». La traducción del alemán al portugués —con base en la cual se hizo la traducción al español— fue extraída de I.W. SARLET, *A eficácia...*, cit., p. 318.

¹⁹ I.W. SARLET, M.F. FIGUEIREDO, cit., p. 20.

con la Constitución mexicana de 1917, en la incorporación de derechos sociales— es vista como un modelo «fracasado», que incluso contribuyó a la toma de poder por los nazis²⁰.

Dicha ausencia de derechos sociales en la Constitución alemana permitió una cierta convergencia doctrinal alrededor de la idea de que el Estado debe garantizar a los ciudadanos un «mínimo social», entendiéndose que sería posible extraer, directamente de su Ley Fundamental e independientemente de la previsión legislativa, un derecho subjetivo originario a las prestaciones que proporcionen unas condiciones mínimas de existencia digna. No se trataría de un nivel optimizado de prestaciones que resulten acordes con la justicia distributiva exigible en un Estado Social, sino tan sólo de un mínimo necesario para la protección de la dignidad humana y de las satisfacciones elementales imprescindibles para el ejercicio de las libertades fundamentales. Y fue con base en esta idea que dichos tribunales reconocieron, de forma novedosa, el derecho al mínimo existencial, fundamentado en los principios de dignidad de la persona humana, del Estado Social y en el derecho a la vida²¹. Posteriormente, otros Tribunales Constitucionales emitieron importantes fallos concediendo el derecho al mínimo para una existencia digna, aunque en ordenamientos jurídicos que consagran derechos fundamentales sociales en sus Constituciones.

Observados los orígenes del derecho al mínimo existencial, cabe examinar su concepto. Según Ricardo Lobo Torres, puede ser definido como «un derecho a unas condiciones mínimas de existencia humana digna que no pueden ser objeto de intervención del Estado por la vía de los tributos (=inmunidad) y que exigen prestaciones estatales positivas»²². Como ya se ha dicho anteriormente, desde el punto de vista negativo, impide medidas del Poder Público que sustraigan del individuo los medios necesarios para asegurar su subsistencia con dignidad. Bajo la óptica positiva, corresponde, en palabras de Ana Paula de Barcellos, al «conjunto de situaciones materiales indispensables para una existencia humana digna; existencia aquí considerada no sólo como una experiencia física —la supervivencia y el mantenimiento del cuerpo— sino también espiritual e intelectual», que permita la participación democrática de los ciudadanos en las esferas de deliberación pública, posibilitándoles el libre desarrollo de su personalidad²³.

Su contenido se encuentra íntimamente conectado con el principio de dignidad de la persona humana. Aunque con diferentes grados de vinculación, la dignidad de la persona humana, en la condición de valor y de principio normativo fundamental, atrae el

²⁰ A.J. KRELL, *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Os (des)caminhos de um Direito Constitucional «Comparado», Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002, p. 45.

²¹ J.R. NOVAIS, *cit.*, pp. 80-81.

²² R.L. TORRES, *O direito...*, *cit.*, p. 35. Traducción libre.

²³ A.P. BARCELLOS, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3.^a ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2011, p. 247. Traducción libre.

contenido de los derechos fundamentales²⁴, exigiendo y presuponiendo el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales de todas las generaciones²⁵²⁶. Existe una relación de complementariedad entre las llamadas generaciones de derechos fundamentales, ya que los derechos individuales, civiles y políticos requieren la garantía de condiciones materiales mínimas para su ejercicio, proporcionadas por los derechos económicos y sociales, de modo que todos, conjuntamente, promueven la dignidad humana. Por consiguiente, del principio de dignidad humana se extrae, de forma concomitante, la obligación de no violación y el deber de promoción y protección.

Sin embargo, mientras que la dignidad humana puede ser promovida en mayor o menor grado, según la intensidad de la protección a los derechos fundamentales, es posible identificar una línea debajo de la cual no hay dignidad, que puede resultar no de una violación activa, sino omisiva, por parte del Estado, de proporcionar al individuo garantías mínimas de existencia digna. Del mismo modo que hay un consenso social en relación con el incumplimiento a la dignidad provocado por determinadas acciones (*v.g.* la práctica de tortura), debe haber un consenso social en torno a la transgresión del mismo principio en lo que respecta a la omisión del Poder Público, que se traduciría en una situación de flagrante indignidad. En esto consiste el mínimo existencial: en el «núcleo material del principio de dignidad humana»²⁷, que, cuando es incumplido debido a la negligencia estatal, genera una violación consensual de la dignidad del ser humano²⁸.

Esto no significa que el derecho en cuestión se limite a la garantía de una simple supervivencia física (*mínimo fisiológico*), es decir, a la lucha contra la pobreza absoluta. Debe comprender no sólo prestaciones que posibiliten la mera existencia, sino también la fruición de los demás derechos fundamentales y el libre desarrollo de la personalidad de su titular. En este influjo, también abarcaría el denominado *mínimo existencial sociocul-*

²⁴ J.A. SILVA, «A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia», *Revista de Direito Administrativo*, núm. 212, Rio de Janeiro, pp. 84-89, abr./jun. 1998. p. 92.

²⁵ Contemporáneamente, la referencia a las generaciones o dimensiones de derechos tiene una función meramente didáctica, no debiendo ser entendida como una intención de sustitución de una generación por otra, una vez que hay una relación de complementariedad entre todos los derechos, que de un modo gradual y cumulativo, pasaron a ser reconocidos por los ordenamientos jurídico-constitucionales. Joaquín Herrera Flores afirma que no existen generaciones de derechos, sino generaciones de problemas y violaciones de derechos: «no hay generaciones de derechos, hay generaciones de problemas que nos obligan a ir adaptando y readaptando nuestros anhelos y necesidades a las nuevas problemáticas». J.H. FLORES, «Hacia una visión compleja de los derechos humanos», *El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica da la razón liberal*, Desclee, Bilbao, 2000, p. 44.

²⁶ I.W. SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 4.ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006, p. 85.

²⁷ A.P. BARCELLOS, *A eficácia jurídica...*, *cit.*, p. 247. En el mismo sentido, E. BITTENCOURT NETO se refiere al mínimo existencial como una «reserva de eficacia material» del principio de dignidad de la persona humana. E. BITTENCOURT NETO, *cit.*, p. 115.

²⁸ A.P. BARCELLOS, *A eficácia jurídica...*, *cit.*, p. 243.

tural, que además de asegurar la satisfacción de necesidades básicas para la supervivencia individual (fundamentándose en el derecho a la vida), posibilita además la inserción del ciudadano en la vida social (amparándose en los principios del Estado Social y de igualdad material)²⁹. El mínimo existencial, de esta forma, se distingue del mero *mínimo vital*³⁰.

De otra parte, cabe subrayar que el derecho al mínimo existencial tampoco coincide integralmente con el contenido del derecho a la vida, que es dotado de una mayor extensión. Para que la vida sea garantizada es necesario, por lo menos, asegurar el mínimo existencial. Pero él, por sí solo, no concreta la promoción del derecho a la vida en su plenitud³¹.

Lo mismo se puede decir sobre la relación del derecho analizado con el principio de dignidad humana: el contenido de este último no se agota en el mínimo existencial. Para concretar la dignidad de la persona humana en su máxima potencialidad, es necesario el respeto, la protección y la promoción de los derechos fundamentales por medio de un amplio conjunto de abstenciones y acciones estatales positivas, como: (i) la creación de normas que cohiban la actuación de terceros que violen la dignidad, como las normas penales que sancionan ofensas a las libertades, o las normas laborales, que impiden la explotación de la fuerza de trabajo que atente contra la dignidad humana; (ii) la prohibición de penas crueles y degradantes por el Estado mismo; (iii) la creación de mecanismos de participación popular en la toma de decisión política; entre otros. Por lo tanto, la protección de la dignidad humana no tiene lugar únicamente a través del derecho al mínimo existencial, sino que consiste en uno de los instrumentos para asegurar, al menos, el núcleo esencial de la dignidad³².

En lo que se refiere a los fundamentos jurídicos sobre los que se ampara el derecho objeto de examen, hay consenso generalizado en el sentido de que el mismo depende de una previsión expresa constitucional o legal³³. Se trata de un derecho fundamental implícito en el tejido constitucional, derivado, según la mayor parte de los autores, del

²⁹ J. REIS NOVAIS diferencia los autores que restringen el mínimo existencial a un mínimo vital o fisiológico, de otros que en él abarcan el mínimo socio-cultural. *Cfr.*: J.R. NOVAIS, *cit.*, p. 195.

³⁰ I.W. SARLET, M.F. FIGUEIREDO, *cit.*, p. 22. En la misma línea, José Carlos Francisco entiende que el mínimo existencial no abarca solamente el vital, fisiológico, «una vez que la concreción de la dignidad humana impone que esta existencia sea en estándares dignos viabilizados por medios que aseguren la realización de la naturaleza humana y la convivencia social». J.C. FRANCISCO, «Dignidade humana, custos estatais e acesso à saúde», en C.P. DE SOUZA NETO; D. SARMENTO (Coords.), *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 859. Traducción libre.

³¹ R.L. TORRES, *O direito...*, *cit.*, p. 37.

³² E. BITTENCOURT NETO, *cit.*, pp. 117-118.

³³ I.W. SARLET; M. F. FIGUEIREDO, *cit.*, p. 25; R.L. TORRES, *O direito...*, *cit.*, p. 27; E. BITTENCOURT NETO, *cit.*, p. 121.

principio de la dignidad de la persona humana³⁴. Se suele referir, también, al derecho a la vida³⁵, a los principios de igualdad material y de solidaridad social³⁶, a la cláusula del Estado Social³⁷, a los objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil, como la erradicación de la pobreza y la reducción de las desigualdades regionales y sociales, y a los derechos de libertad (una vez que, sin condiciones materiales de existencia, las libertades fundamentales no pueden ser ejercidas)³⁸.

En el ordenamiento constitucional brasileño, hay una cláusula de apertura material del catálogo de derechos fundamentales, inserta en el art. 5.º, §2.º de la CF, según la cual: «*los derechos y garantías previstos en esta Constitución no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en los que la República Federativa de Brasil sea parte*». Se admite, pues, la existencia de derechos *materialmente* fundamentales, en virtud de la proximidad de su contenido con la esencia de la Constitución y de los demás derechos *formalmente* fundamentales, previstos en el listado formalizado en el Título II de la Ley Suprema³⁹. Por lo tanto, no hay mayores dificultades en reconocer el derecho al mínimo existencial como un derecho fundamental, considerando su evidente relación con los principios constitucionales anteriormente mencionados y con el régimen democrático adoptado por la Ley Fundamental de 1988.

III. CONTENIDO DEL MÍNIMO EXISTENCIAL, RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ECONÓMICOS Y SOCIALES, Y SU UTILIZACIÓN COMO CRITERIO DE JUSTICIABILIDAD

En lo que respecta al contenido del derecho fundamental al mínimo existencial, hay también un consenso doctrinal sobre su variabilidad en el tiempo y en el espacio. Se entiende, de este modo, que las condiciones necesarias para garantizar una existencia mínimamente digna no son idénticas en todos los países y en todos los momentos históricos,

³⁴ C.M. CLÈVE, «A eficácia dos direitos fundamentais sociais», en R.F. BACELLAR FILHO, D.W. HACHEM (Coords.), *Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*, Fórum, Belo Horizonte, 2011, p. 106; A.P. BARCELLOS, *A eficácia jurídica...*, cit., p. 243 et seq; I.W. SARLET, *A eficácia...*, cit., p. 320; R.L. TORRES, *O direito...*, cit., pp. 149-153; E. BITTENCOURT NETO, cit., pp. 99-103.

³⁵ I.W. SARLET, M.F. FIGUEIREDO, cit., p. 25.

³⁶ E. BITTENCOURT NETO, cit., pp. 103-113.

³⁷ P.G.C. LEIVAS, *Teoria dos direitos fundamentais sociais*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006, p. 133.

³⁸ R.L. TORRES, *O direito...*, cit., pp. 8; 140-143.

³⁹ Sobre el reconocimiento de derechos *materialmente* fundamentales, véase, en la literatura jurídica portuguesa, las lecciones de: J.C.V. ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, pp. 75-97. En el Derecho brasileño, el tema es largamente desarrollado por: I.W. SARLET, *A eficácia...*, cit., pp. 78-140. e I.W. SARLET, *Dignidade da pessoa...*, cit., pp. 98-109.

debiéndose tener en cuenta, para identificarlas, los estándares y el desarrollo económico, social y cultural de la sociedad en cuestión⁴⁰.

Hay, sin embargo, un punto de divergencia en lo que se refiere al contenido del mínimo existencial. Aunque se admita, en general, su variabilidad en el tiempo (se modifica conforme a la época analizada) y en el espacio (se transforma según el país que se examine), hay por lo menos dos corrientes distintas sobre la determinación de este contenido: aquella que denominaremos de *contenido determinable en el caso concreto*, para la cual el mínimo existencial carece de un contenido específico, y sus contornos sólo pueden ser delimitados en el caso concreto, ante las circunstancias fácticas y las necesidades de la persona bajo examen; y aquella que será bautizada como de *listado constitucional preferencial*, según la cual, aunque varíe conforme a los momentos históricos y los diferentes Estados, el contenido del mínimo existencial puede ser definido a partir de un elenco preferencial, apriorísticamente fijado con base en elementos extraídos de cada sistema constitucional positivo, en un contexto temporalmente determinado.

La amplia mayoría de autores coincide con la primera postura: la delimitación de la esencia del mínimo existencial debe ser realizada en cada caso concreto, sometido a la apreciación del Estado. Para rechazar la fijación *a priori* de un conjunto de prestaciones materiales imprescindibles para asegurar una vida mínimamente digna, la doctrina mayoritaria lo señala para las dispares necesidades que cada individuo puede presentar, aunque dentro de un determinado país y en un momento histórico temporalmente definido. Es el caso de Ricardo Lobo Torres, Ingo Wolfgang Sarlet y Mariana Filchtiner Figueiredo, Eurico Bittencourt Neto, José Carlos Francisco, Cláudia Honório y Rogério Gesta Leal⁴¹.

Según este último autor, el mínimo existencial tiene una naturaleza relacional ante el tiempo y espacio, variando su contenido, *v.g.* al comparar las realidades de los países africanos con la de Suiza. Lo mismo ocurriría internamente en cada Estado, ejemplificándolo con las variaciones que hay entre las necesidades existentes en el interior de los Estados de Maranhão y de Paraíba, y la situación de Estados como Rio Grande do Sul y Santa Catarina. El jurista señala las no semejanzas en términos de cantidad y naturaleza de las prestaciones que cada individuo, en estas diferentes coyunturas, puede necesitar para vivir dignamente, y llega a incluir como factores que influyen en esta variabilidad los eventos provocados por causas fortuitas o de fuerza mayor (*v.g.* desastres naturales) que,

⁴⁰ I.W. SARLET, M.F. FIGUEIREDO, *cit.*, p. 21; A.J. KRELL, *cit.*, p. 63; R.G. LEAL, *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009, p. 93; J.C. FRANCISCO, *cit.*, p. 860.

⁴¹ R.L. TORRES, *O direito...*, *cit.*, p. 13; I.W. SARLET, M.F. FIGUEIREDO, *cit.*, pp. 26-27; E. BITTENCOURT NETO, *cit.*, p. 121; J.C. FRANCISCO, *cit.*, p. 860; C. HONÓRIO *cit.*, pp. 261-266; R.G. LEAL, *cit.*, p. 93.

en su entendimiento, pueden alterar radicalmente la especificidad del mínimo existencial para cada ciudadano⁴².

Los seguidores de esta corriente intentan, al menos, sugerir indicativos mínimos extraídos de la experiencia y de los textos normativos nacionales e internacionales, que servirían como parámetro para averiguar las condiciones materiales de la existencia digna en cada situación concreta. Andreas J. Krell entiende que, mientras varíen los contornos concretos del mínimo existencial, en él está incluida «siempre una atención básica y eficiente de salud, el acceso a una alimentación básica y vestimenta, la educación de primer grado y la garantía de una vivienda»⁴³. Ingo Wolfgang Sarlet, a su vez, mencionando un contenido de carácter ilustrativo, se refiere a la salud, educación, vivienda, asistencia y seguridad social, a los aspectos esenciales del derecho al trabajo y a la protección del trabajador, a la alimentación, al suministro de servicios esenciales existenciales básicos como agua, saneamiento básico, transporte, energía eléctrica, y el derecho a unos ingresos mínimos⁴⁴.

Extrayendo estas indicaciones del texto constitucional brasileño, Eurico Bittencourt Neto toma como ejemplo de parámetro el art. 7.º, IV, de la Constitución Federal, que asegura al trabajador brasileño un «sueldo mínimo (...) capaz de atender sus necesidades vitales básicas y las de sus familias con vivienda, alimentación, educación, salud, ocio, vestido, higiene, transporte y previdencia social».

A partir de esta norma, reputa que en la sociedad actual será indispensable para existir dignamente, la garantía de «alimentación, vivienda, enseñanza fundamental, salud básica, ropa, además del acceso a la Justicia, derecho instrumental indispensable a la eficacia de los derechos fundamentales»⁴⁵. Con el apoyo en estos parámetros, entiende que deben ser evaluadas, caso por caso, las necesidades específicas del individuo y el nivel de satisfacción exigible para considerarse respetada su dignidad.

Víctor Abramovich y Christian Courtis toman desde normas internacionales protectoras de derechos humanos, los elementos indicativos de una vida humana mínimamente digna. Explican los autores que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas reconoce la obligación de los Estados de garantizar niveles esenciales de los derechos económicos y sociales. Se trata de una «obligación mínima de los Estados de garantizar al menos niveles esenciales de cada uno de los derechos», lo que evidencia un punto de partida en el camino volcado hacia la plena efectividad de estos derechos. El Comité intentó definir el contenido básico de los derechos previstos por el

⁴² R.G. LEAL, *cit.*, p. 93.

⁴³ A.J. KRELL, *cit.*, p. 63.

⁴⁴ I.W. SARLET, *A eficácia...*, *cit.* p. 321.

⁴⁵ E. BITTENCOURT NETO, *cit.*, pp. 121-122.



Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁶⁴⁷. En el tema del *derecho a la salud*, estaría comprendida la atención primaria básica de salud, que abarcaría: (i) el acceso a los centros, bienes y servicios de salud, sin ningún tipo de discriminación negativa, principalmente a los más carentes; (ii) el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada, segura y que garantice que nadie morirá de hambre; (iii) el acceso a un hogar, una vivienda y condiciones sanitarias básicas, como también el suministro de agua limpia potable; (iv) facilitación de medicamentos esenciales, de conformidad con las determinaciones periódicas del Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la Organización Mundial de la Salud; (v) distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; entre otros. En el tema del *derecho a la educación*, la obligación mínima involucraría: (i) el derecho de acceso a las instituciones y programas de educación pública sin ninguna discriminación; (ii) proporcionar educación primaria a todos, con acceso universal; (iii) adoptar y aplicar una estrategia nacional de educación que comprenda la educación secundaria, universitaria y fundamental; (iv) cuidar por la libre elección de la educación, sin la interferencia del Estado o de terceros⁴⁸.

Si bien existe una adhesión mayoritaria a dicho posicionamiento, se considera que no es esta la mejor solución para la problemática en cuestión. Ello porque, aunque sea cierto que hay mutaciones espaciales y temporales en lo que se refiere a las condiciones imprescindibles para vivir dignamente, aceptar un concepto completamente abierto del mínimo existencial (aunque basado en los parámetros mínimos arriba ofrecidos), susceptible de variaciones indiscriminadas de su especificación en función del intérprete, dependiendo del caso concreto, perjudica la funcionalidad operacional del instituto. Así, parece ser necesario extraer de la sistemática constitucional de cada Estado, en un momento histórico determinado, el conjunto de elementos que se entienden como esenciales para asegurar

⁴⁶ El pacto fue adoptado por la Resolución núm. 2.200-A (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966 y ratificado por Brasil el 24 de enero de 1992. Sobre la tutela internacional de los derechos humanos económicos, sociales y culturales, *cf.*: F. PIOVESAN, «Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais», en I.W. SARLET (Org), *Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pp. 233-262. y C.A. MELLO, «A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas», en I.W. SARLET (Org), *Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pp. 215-232.

⁴⁷ Buscando también en disposiciones internacionales el contenido del mínimo existencial, particularmente en el art. 11 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en el art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: F. SAGGESE, *El derecho a un nivel de vida adecuado. Discurso jurídico y dimensión judicial. Perspectivas desde el Derecho Constitucional y Administrativo*, Librería Editora Platense, La Plata, 2009, pp. 91-92.

⁴⁸ V. ABRAMOVICH, C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2.ª ed., Trotta, Madrid, 2004, pp. 89-90.

una vida mínimamente digna a *todos los ciudadanos*, independientemente de las eventuales circunstancias y desgracias que puedan afectar a sólo una parte de los individuos.

Cabe retomar el posicionamiento de Rogério Gesta Leal, antes reproducido. Basándose en la necesidad que cada individuo puede presentar para su supervivencia, entiende el jurista que un interés o una carencia será «fundamental a nivel del mínimo existencial cuando su violación o no satisfacción signifique o la muerte, o el sufrimiento grave, o toque el núcleo esencial de la autonomía»⁴⁹. Dicha noción, además de demasiado abierta, parece ser exageradamente amplia, desbordando lo que se debe entender como mínimo existencial y perjudicando la funcionalidad de esta categoría como criterio de definición de las prestaciones materiales que no pueden ser negadas por el Poder Judicial. Según observa Ana Paula de Barcellos, «si el criterio para definir qué es exigible del Estado en el tema de prestaciones de salud es la necesidad de evitar la muerte, el dolor o el sufrimiento físico, simplemente no será posible definir ninguna cosa», una vez que casi toda prestación de salud es capaz de encajarse en esta definición, considerando que «es exactamente para intentar evitar la muerte, el dolor o el sufrimiento que aquellas fueron desarrolladas»⁵⁰. La noción del mínimo existencial debe ser más estricta y bien delimitada, al objeto de impedir que toda y cualquier prestación estatal volcada a la satisfacción de un derecho social pueda verse incluida en él.

La adopción de un criterio tan vago y amplio conduce al posicionamiento que rechaza la posibilidad de exigirse judicialmente toda y cualquier prestación vinculada al mínimo existencial, lo que provoca un retroceso precisamente en relación con aquello que la formulación de este concepto pretendía avanzar: formar una categoría jurídica capaz de potencializar la exigibilidad inmediata de la parte de los derechos económicos y sociales esencial a la garantía de una vida mínimamente digna, alejando con ello la lógica de una refutación generalizada de la justiciabilidad de los derechos sociales y de la negación de su jusfundamentalidad.

Cabe precisar que el autor anteriormente citado, apoyándose en el concepto expuesto, aduce que debe ser relativizada la idea según la cual «una violación del mínimo existencial (aun tratándose del núcleo existencial legislativamente concretado de los derechos sociales) significará siempre una violación de la dignidad de la persona humana y por esta razón será siempre desproporcionada y, por lo tanto, inconstitucional». Acepta, de esta forma que, aunque tratándose de prestaciones relacionadas con el mínimo existencial, el desequilibrio entre la infinidad de demandas existentes y la finitud de los recursos para satisfacerlas

⁴⁹ R.G. LEAL, *cit.*, p. 103. Traducción libre.

⁵⁰ A.P. BARCELLOS, «O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata», en C.P. DE SOUZA NETO, D. SARMENTO (Coords.), *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Lumen Juris, Río de Janeiro, 2008, pp. 803-804. Traducción libre.

podrá llevar «al no atendimento integral y absoluto del derecho fundamental individual o social, exactamente para no violar de forma más impactante derechos colectivos y difusos contrastantes»⁵¹. El jurista ejemplifica, entonces, casos extremos por él apreciados en vía jurisdiccional, que involucran el derecho a la salud, y al que parece que, aunque se tratara del derecho necesario a la satisfacción del mínimo existencial (porque es imprescindible para la supervivencia del jurisdicionado), su concesión fue negada⁵². No obstante, en los casos mencionados, parece que, a diferencia de lo que consideró el autor, «no se trataba de derechos incluidos en el mínimo existencial».

Los criterios de la supervivencia y de la atenuación del sufrimiento del individuo, aunque relacionados con la categoría en debate, no son definitivos para insertar una determinada prestación entre aquellas situadas en la esfera del mínimo existencial. Ello porque, cabe reiterar, teniendo como ejemplo el derecho a la salud, prácticamente todos los tratamientos y medicamentos son creados para evitar la muerte y eliminar el dolor experimentado por el ciudadano. Por este motivo, se debe resaltar que *admitir la existencia de un derecho fundamental al mínimo existencial no significa aceptar la idea de que el Estado debe mantener a todos los ciudadanos vivos todo el tiempo, protegiendo a cada uno, singularmente, en contra de todo y cualquier intemperie de la vida, especialmente por la vía judicial*.

Es precisamente ante esta problemática que otros autores —afiliados a la corriente aquí bautizada de *listado constitucional preferencial*— sin dejar de reconocer la mutabilidad del mínimo existencial en el tiempo y en el espacio, consideran que su contenido puede ser previamente delineado a partir de un elenco preferencial (aunque no completamente inmune a cambios), extraído del orden de prioridades definido por las decisiones político-jurídicas fundamentales del constituyente de cada Estado, en un momento histórico delimitado. Es decir, juzgan que las condiciones mínimas de existencia digna no son totalmente variables e integralmente dependientes de las necesidades de cada ciudadano en su situación concreta y singular, abarcando toda y cualquier prestación exigible para mantenerlo vivo y protegido contra cualquier sufrimiento. Parten de las prioridades emanadas de cada Constitución, para definir el conjunto de prestaciones básicas que deben ser

⁵¹ R.G. LEAL, *cit.*, p. 104. Traducción libre.

⁵² Entre los ejemplos invocados por el autor, está el de un demandante que requería la concesión gratuita de un medicamento para artritis reumatoide, que costaba R\$10.200,00 al mes. El cuadro clínico no demostraba gravedad y peligro de vida, tampoco la imprescindibilidad de aquel medicamento para el tratamiento (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande de Sul. Agravo de Instrumento núm. 70013407242, 3.ª Câmara Cível, Rel. Des. Rogério Gesta Leal, juzgado el 12.01.2006). Cabe referirse también al caso de un demandante que pleiteaba un medicamento especial para hepatitis crónica, con un coste aproximado de R\$ 55.000,00, que representaba un 1300% más del valor de un medicamento convencional (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande de Sul. Agravo de Instrumento núm. 70013844980, 3.ª Câmara Cível, Rel. Des. Rogério Gesta Leal, juzgado el 16.03.2006). Cfr.: R.G. LEAL, *cit.*, p. 104.

aseguradas a todos los individuos, indistintamente, permitiéndoles vivir de modo mínimamente digno y desarrollar libremente su personalidad. Se trata de la segunda corriente de pensamiento en lo que respecta a la determinación del contenido del mínimo existencial, referida al inicio de este tema. Y parece ser esta la que mejor responde a la temática del epígrafe que nos ocupa.

Dicha posición encuentra su principal formulación en la propuesta original elaborada por Ana Paula de Barcellos. La construcción dogmática de las líneas del mínimo existencial ideada por la autora se traduce en la identificación de los dispositivos constitucionales que afectan directamente el núcleo material de la dignidad de la persona humana. Cabe destacar, desde este momento, que la jurista subraya que su propuesta en lo que se refiere al contenido del mínimo existencial, representa un parámetro preferencial y no absoluto, que debe ser nuevamente debatido en función de las transformaciones fácticas y jurídicas. Y no se trata de una elección aleatoria, pues se fundamentaría en el texto constitucional⁵³.

Las disposiciones constitucionales de la Ley Fundamental de 1988 consistentes en el mínimo existencial están reunidas sistemáticamente por Ana Paula de Barcellos en cuatro grupos, tres de naturaleza material y uno de carácter instrumental: la educación básica, la salud básica, la asistencia a los desamparados y el acceso a la Justicia. Su explicación se basa en un razonamiento lógico. La salud y la educación indican un primer momento de la dignidad humana, garantizando unas condiciones iniciales para que el individuo pueda desarrollar su personalidad de forma autónoma. Además, la educación configura un presupuesto para la participación del ciudadano en el Estado y para el ejercicio de la ciudadanía. La asistencia a los desamparados, prestada concomitantemente con los otros dos, tiene como objetivo evitar la indignidad absoluta, proporcionando condiciones materiales esenciales al individuo, como ropa, alimentación y alojamiento, en el caso de que él no pueda asegurarlas por sí mismo. El acceso a la justicia, finalmente, se revela como un instrumento fundamental para proporcionar la garantía de los otros tres, cuando dejan de ser observados por el Estado⁵⁴. Lo importante, en sus observaciones, es comprender en qué extensión cada uno de estos derechos se encuentran protegido por el mínimo existencial.

En lo que se refiere a la educación, el mínimo existencial abarca solamente las prestaciones referidas a la llamada «educación básica», entendida por la Constitución como obligatoria y gratuita, en los términos del art. 208, I, con la redacción concedida por la Enmienda Constitucional núm. 59/2009⁵⁵. Esta «educación básica», cuyo acceso gratuito

⁵³ A.P. BARCELLOS. *A eficácia jurídica...*, cit., pp. 300-302.

⁵⁴ *Ibid.* pp. 302-303.

⁵⁵ Cabe observar que, en la primera edición de su obra, Ana Paula de Barcellos afirmaba que, en el tema de la educación, el mínimo existencial se limitaba a la garantía del acceso gratuito a la «enseñanza fundamental», no abarcando la secundaria. Esto porque, en la época, el art. 208, I de la Constitución establecía que la enseñanza gratuita y obligatoria se restringía a la «enseñanza fundamental», no incluyendo la enseñanza secundaria.

debe ser proporcionado por el Poder Público por imposición constitucional, incluye, según el art. 21, I de la Ley de Directrices y Bases de la Educación (Ley núm. 9.394/1996), la educación infantil⁵⁶, la enseñanza fundamental⁵⁷ y la secundaria⁵⁸. El acceso a la educación universitaria se encuentra fuera de la protección del mínimo existencial, aunque esté abarcada por el derecho fundamental social a la educación, en tanto considerado en su plenitud. Cabe recordar que no se está tratando aquí de las condiciones ideales del desarrollo humano, sino de sus condiciones para una vida mínimamente digna, que no requieren necesariamente altos niveles de escolaridad, aunque sea deseable su progresivo alcance⁵⁹.

Así, por integrarse en el contenido del mínimo existencial, el individuo podrá exigir judicialmente el acceso gratuito a una plaza en una escuela pública, en los tres niveles educacionales que componen la «educación básica». Constituye, según el §1.º del art. 208 de la CF, un «derecho público subjetivo», cuyo no ofrecimiento por el Poder Público «resulta en responsabilidad de la autoridad competente» (art. 208, §2.º, CF). La inexistencia de condiciones fácticas (recursos materiales y humanos) para ofrecer las plazas que faltan autoriza al juez a compeler al Estado a costear la enseñanza en una escuela privada, con buen nivel y a costes similares, hasta que la Administración esté en condiciones de prestar el servicio público adecuadamente⁶⁰.

Con relación a la salud, existe una flagrante dificultad para delimitar qué prestaciones deben ser incluidas en el mínimo existencial, ya que, en un sinnúmero de casos, la protección de la salud del ciudadano no admite nivelaciones. Sobre el asunto, cuestiona Barcellos: «¿Qué sería el *mínimo* para el portador de leucemia en una etapa avanzada de la enfermedad, en el caso de que la única prestación que le puede traer alguna esperanza es el trasplante de médula?»⁶¹. Los obstáculos se agravan cuando se verifica que la mayor parte

Con la Enmienda Constitucional núm. 59/2009, fue alterada la redacción del dispositivo, que pasó a contemplar toda la «educación básica», que abarca la «educación infantil», la «enseñanza fundamental» y la «enseñanza secundaria», como obligatoria y gratuita. Como su propuesta es delineada con base en el texto constitucional, que refleja las prioridades políticas elegidas por el constituyente, la autora alteró su propuesta, demostrando, con esto, que su interpretación del mínimo existencial no es absoluta e inmune a las transformaciones fácticas y jurídicas de un determinado Estado. Cfr. A.P. BARCELLOS, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 1.ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2002, p. 262.

⁵⁶ Ofrecida en guarderías o entidades equivalentes, para niños de hasta tres años de edad, y en escuela preescolar, para los niños de cuatro a seis años de edad (art. 30, I y II de la Ley núm. 9.394/1996).

⁵⁷ Con duración de 9 años, iniciándose a los 6 años de edad, volcado a la formación básica del ciudadano (art. 32, *caput* de la Ley núm. 9.394/1996).

⁵⁸ Etapa final de la «educación básica», con duración mínima de 3 años (art. 35, *caput* de la Ley núm. 9.394/1996).

⁵⁹ A.P. BARCELLOS, *A eficácia jurídica...*, cit., pp. 303-308.

⁶⁰ *Ibid.* p. 310. En el mismo sentido: L.R. BARROSO, *O direito constitucional e a efetividade das suas normas*. 8. ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2006, pp. 146-147.

⁶¹ A.P. BARCELLOS. *A eficácia jurídica...*, cit., p. 324.

de las demandas judiciales para cubrir los costes de tratamiento de salud y de suministro de medicamentos no objetivizan la lucha de situaciones y enfermedades que acometen las personas con bajos ingresos y que son susceptibles de afectar a la mayor parte de la población, como «hipertensión, diabetes, desnutrición, malaria, mal de Chagas, hepatitis A, dengue, cólera, leptospirosis, fiebre tifoidea y paratifoidea, esquistosomiasis, infecciones intestinales o, aún, para atendimiento cardiológico, oftalmológico o ginecológico preventivo, prenatal y postnatal»⁶².

Por esto, como ya se ha dicho líneas atrás, el mínimo existencial no puede abarcar toda y cualquier prestación de salud que tenga el objetivo de evitar el dolor, el sufrimiento, o incluso su muerte, porque esto provocaría aceptar la concesión judicial de financiación para tratamientos carísimos, destinados a la cura de enfermedades raras, no para los representantes de los sectores más humildes de la población, sino para la clase media, dotada de información sobre sus derechos y sobre la manera de ejercerlos, y que tiene condiciones financieras para reivindicarlos judicialmente⁶³. Se perjudica, con ello, la financiación de políticas públicas y servicios públicos de salud universales, direccionados a la medicina preventiva e incluso curativa de enfermedades que afectan a la mayor parte del pueblo brasileño.

Así como resulta penoso rechazar una demanda judicial de un medicamento altamente costoso con fines curativos, teniendo como consecuencia muchas veces la muerte del demandante, «¿Qué decir de las miles de madres que mueren en el momento del parto porque los hospitales públicos de los tres niveles federativos no las asisten? (...) O de aquellas que mueren como consecuencia de enfermedades relacionadas con la falta de saneamiento (...)?»⁶⁴. En último término, el único punto distintivo entre el que postula la demanda judicial y estas miles de personas está en el hecho de que estas últimas carecen de capacidad de movilización⁶⁵. Aceptar, por lo tanto, que el Poder Judicial debe atender el máximo del derecho a la salud, incluso en relación con las prestaciones materiales que no estén previstas en la legislación ordinaria, hace que todos las paguen, aunque no hayan optado por ello en el proceso democrático realizado en el espacio de deliberación pública del Legislativo, como también las específicas necesidades de algunos pocos que han podido recurrir a la vía judicial y lograron una decisión favorable⁶⁶.

⁶² A.P. BARCELLOS, *O direito a prestações de saúde...*, cit., p. 807. Traducción libre.

⁶³ Según C.M. CLÈVE, «no puede (...) el ciudadano pretender, en un país como el nuestro, exigir, en el caso de padecer de una determinada patología, un tratamiento en el exterior o un tipo específico de tratamiento que sólo se podría encontrar en un lugar distante, o una forma de terapia absolutamente no recomendada por los órganos de salud del país». C.M. CLÈVE, *A eficácia dos direitos fundamentais sociais...* cit., p. 103. Traducción libre.

⁶⁴ A.P. BARCELLOS, *O direito a prestações de saúde...*, cit., p. 806. Traducción libre.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 806.

⁶⁶ A.P. BARCELLOS, *A eficácia jurídica...*, cit., p. 324.

Ante los problemas señalados, Ana Paula de Barcellos señala que la delimitación en el mínimo existencial, en la esfera bajo análisis (salud), debe restringirse a las *prestaciones de salud disponibles a todos*, alejándose del criterio de las mejores o peores condiciones de salud de las personas para determinar qué debe y qué no debe ser concedido⁶⁷. Así, las prestaciones relativas a la salud que componen el mínimo existencial abarcan solamente lo que la autora entiende como *salud básica*. En los otros casos, será necesario que las opciones políticas pertinentes a la salud asuman un perfil legal, por medio de ley, para que su realización pueda ser requerida judicialmente⁶⁸.

El modelo propuesto «propugna la inclusión prioritaria en el mínimo existencial de aquellas prestaciones de salud»: de que todos los individuos necesitaron (como el atendimento en el parto y prenatal), necesitan (como el saneamiento básico y la atención preventiva en centros de salud especializados, como cardiología y ginecología), o probablemente van a necesitar (como el acompañamiento y control de enfermedades características de la tercera edad, como puede ser la hipertensión)⁶⁹⁷⁰. Esto hace que todos los individuos puedan gozar de todas las acciones posibles y necesarias para la prevención y mantenimiento de su estado de salud. Dentro de esta lógica, se asegura a todo y cualquier ciudadano brasileño el derecho subjetivo a este conjunto común de prestaciones de salud, pudiendo exigirlos inmediatamente ante el Poder Judicial, en el caso de que no sea promovido de oficio por la Administración Pública. Además, claro está, de todas las otras prestaciones previstas en leyes y actos administrativos (v.g. suministro de medicamentos gratuitos de medicina curativa previstos en actos normativos del Ministerio de Salud).

La asistencia a los desamparados, a su vez, está compuesta por las pretensiones que pretenden impedir la indignidad en términos absolutos. Abarca los institutos ya establecidos por la Constitución con esta finalidad (v.g., «*garantía de un sueldo mínimo de beneficio mensual a la persona discapacitada y mayor cuando se compruebe que no tiene medios de subsistencia o que puede tenerla desde su familia*» —art. 203, V), como también la alimentación, ropa y alojamiento⁷¹. Ana Paula de Barcellos menciona tres posibles formas de prestación

⁶⁷ *Ibíd.* pp. 325-326.

⁶⁸ *Ibíd.* p. 322. En la visión de la autora, si toda y cualquier prestación de salud pudiera ser postulada ante el Poder Judicial, la autoridad pública se eximiría de la obligación de realizar las directivas constitucionales bajo la excusa de esperar las decisiones judiciales, o incluso bajo la justificación de que no hay recursos para tanto, en función de los gastos con el cumplimiento de las decisiones judiciales.

⁶⁹ Conforme es expuesto por la constitucionalista, de esta manera son respetadas las cuatro prioridades establecidas por la Constitución: «(i) la prestación del servicio de saneamiento (art. 23, IX, 198, II, y 200 IV); (ii) el atendimento materno-infantil (art. 227, I); (iii) las acciones de medicina preventiva (art. 198, II); y (iv) las acciones de prevención epidemiológica (art. 200, II)». A.P. BARCELLOS, *A eficácia jurídica...*, cit., p. 329.

⁷⁰ *Ibíd.* pp. 328-329.

⁷¹ *Ibíd.* p. 337.

de asistencia social: (i) el pago de una cuantía en efectivo al necesitado⁷²; (ii) el suministro de prestaciones asistenciales mediante el sistema de vouchers, para la alimentación y el transporte; (iii) disponibilidad de bienes —vivienda, alimentación y ropa— *in natura*, en establecimientos mantenidos por el Poder Público⁷³. La autora expone, con todo, problemas que son intrínsecos a cada una de ellas⁷⁴. En su opinión, sea cual sea la forma elegida para prestar la asistencia, se debe posibilitar a los ciudadanos al menos que exijan judicialmente los bienes *in natura*, es decir, «el Estado debe disponer de un establecimiento en el que las personas necesitadas puedan alojarse por la noche, así como de algún programa de alimentación y vestuario para estos individuos»⁷⁵.

El acceso a la justicia, finalmente, es el instrumento capaz de asegurar la postulación judicial de los derechos materiales que componen el mínimo existencial. Su implementación, así como las demás prestaciones referidas, encuentra obstáculos, como su coste⁷⁶ y la falta de información, que impiden el ciudadano tener conocimiento de sus derechos materiales y de la propia estructura que le podría proporcionar el acceso a la Justicia⁷⁷. En consecuencia, el Ministerio Público asume un importante rol en esta dinámica, por medio de la presentación de una acción colectiva pública que defienda valores vinculados a segmentos marginados en la sociedad⁷⁸, como también la defensoría del pueblo, en el

⁷² Como es el caso de la Ley núm. 10.836/2004 (que instituye el Programa Bolsa-Familia), que concede beneficios sociales a los desamparados, en proporciones variables a las necesidades de cada familia: «Art. 2.º. Constituyen beneficios financieros del Programa, observado el dispuesto en reglamento: I - el beneficio básico, destinado a unidades familiares que se encuentren en situación de extrema pobreza; II - el beneficio variable, destinado a unidades familiares que se encuentren en situación de pobreza y extrema pobreza y que tengan en su composición mujeres embarazadas, amamantando, niños entre 0 (cero) y 12 (doce) años, o adolescentes hasta 15 (quince) años, siendo pago hasta el límite de 5 (cinco) beneficios por familia; III - el beneficio variable, vinculado al adolescente, destinado a unidades familiares que se encuentran en situación de pobreza o extrema pobreza y que tengan en su composición adolescentes con edad entre 16 (dieciséis) y 17 (diecisiete) años, siendo pago hasta el límite de 2 (dos) beneficios por familia». Traducción libre.

⁷³ A.P. BARCELLOS, *A eficácia jurídica...*, cit., pp. 338-339.

⁷⁴ En síntesis, se refiere al problema del pago de un valor en dinero que puede desestimular el trabajo, como también la dificultad de implantación de un sistema de vouchers por el Poder Judicial por sí propio, mientras que él no es creado por la vía legislativa, una vez que depende de decisiones políticas e institucionales.

⁷⁵ *Ibid.* p. 339.

⁷⁶ Más fácilmente solucionable a través de la asistencia judicial gratuita, de la institucionalización de Defensorías del Pueblo y de la creación de Juzgados Especiales Civiles y Criminales.

⁷⁷ *Ibid.* pp. 341-349.

⁷⁸ Como pueden ser los que se encuentran en el paro (art. 170, VIII, da CF), los privados de vivienda (art. 23, IX, da CF), los rurales «sin tierra» (art. 186 da CF), entre otros, R.C. MANCUSO, «A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas», en E. MILARÉ (Coord.). *Ação civil pública*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 794.

atendimiento al derecho fundamental a la asistencia jurídica gratuita, dispuesto en el art. 5.º, LXXIV de la Constitución⁷⁹.

Hechas estas consideraciones sobre las dos corrientes acerca de la delimitación del mínimo existencial —*contenido determinable en el caso concreto y listado constitucional preferencial*— y manifestada la adhesión a la segunda por las razones ya expuestas, cabe trazar las líneas de separación entre el mínimo existencial y los derechos fundamentales sociales. Como ya se ha visto, aquél no se confunde integralmente con estos.

El derecho fundamental al mínimo existencial está compuesto por partes de derechos económicos y sociales necesarios para proporcionar a su titular unas condiciones materiales de existencia mínimamente digna. Se trata de un *minus* en relación con los derechos sociales, que están provistos de un contenido más amplio, y que abarca otros deberes —no sólo de prestación, sino también de abstención— que sobrepasan la circunscripción del mínimo existencial. Los derechos económicos y sociales, por lo tanto, no tienen como única y exclusiva función la satisfacción del mínimo existencial⁸⁰. Mientras que este último pretende «erradicar la pobreza y la marginación», aquellos, en su dimensión máxima, tienen como objetivo la «reducción de las desigualdades sociales y regionales» y «garantizar el desarrollo nacional» en su dimensión humana⁸¹. El mínimo existencial se dirige a la lucha contra la miseria o la pobreza absoluta, mientras que los derechos económicos y sociales se destinan a la promoción de la igualdad material entre los individuos⁸².

El establecimiento de esta distinción entre el contenido del mínimo existencial y los derechos sociales en su integridad ha sido empleado en la definición de un criterio de justiciabilidad de conductas estatales positivas. Como ocurría con la cuestión de la definición del contenido del mínimo existencial, hay también aquí divergencias en relación con la utilización de esta categoría jurídica como un criterio de exigibilidad judicial de dichas prestaciones.

El punto de consenso en este ámbito está en la aceptación de la posibilidad de postular judicialmente conductas del Poder Público destinadas a suplir las necesidades básicas y garantizar las condiciones mínimas de existencia digna al ciudadano⁸³. Por lo tanto, si

⁷⁹ Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988: «Art. 5.º (...) LXXIV - El Estado prestará asistencia jurídica integral y gratuita a los que comprueban insuficiencia de recursos». Traducción libre.

⁸⁰ C. BERNAL PULIDO, «Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a 'Existem direitos sociais?'», en C.P. DE SOUZA NETO, D. SARMENTO (Coords.), *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 149; I. W. SARLET, M.F. FIGUEIREDO, *cit.*, p. 25.

⁸¹ Los términos entre comillas se refieren a los objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil, previstos en el art. 3.º, II y III de la Constitución Federal.

⁸² R.L. TORRES, *O direito...*, *cit.*, pp. 14-17.

⁸³ Fue un punto de «consenso» y no «unanimidad» porque, de la bibliografía consultada, la única posición aparentemente disonante fue la de J.C. VIEIRA DE ANDRADE. El autor, pese a que reconozca sin ninguna reticencia la existencia del derecho a las condiciones mínimas de existencia digna en la Constitución Portuguesa,

la prestación jurídica presentada al Poder Judicial pretende la imposición de comportamientos estatales que integran el conjunto abarcado por el mínimo existencial, el individuo podrá requerirla⁸⁴. Se destruye con esto, en el Derecho brasileño, la concepción según la cual todas las disposiciones constitucionales referidas a los derechos económicos y sociales son normas programáticas, que no otorgarían al ciudadano un derecho subjetivo accionable judicialmente y se limitarían a señalar fines que deben ser realizados progresivamente por el Estado, desde su discrecionalidad⁸⁵.

limita su aplicación inmediata a la dimensión negativa: aunque no esté legalmente regulado, dicho derecho puede ser invocado prontamente para prohibir la intervención estatal en el mínimo existencial, sea prohibiendo ejecuciones (v.g. prohibición de embargo para la satisfacción de créditos), sea prohibiendo la tributación sobre el ingreso necesario a una vida mínimamente digna. Sin embargo, parece no aceptar que el individuo pueda exigir, positivamente, prestaciones estatales volcadas a propiciar condiciones materiales de existencia con dignidad mientras que no estén reguladas por la legislación. Cfr. J.C.V. ANDRADE, *cit.*, p. 404.

⁸⁴ En este sentido, C.M. CLÈVE, *A eficácia dos direitos fundamentais sociais...*, *cit.*, pp. 106-107; R.L. TORRES, *O direito...*, *cit.*, pp. 84 y 87-89; I.W. SARLET, *A eficácia...*, *cit.*, pp. 321-322 y 350-351; A.P. BARCELLOS, *A eficácia jurídica...*, *cit.*, p. 243; D. SARMENTO, «A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos», en C.P. DE SOUZA NETO, *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, pp. 578-579; R.G. LEAL, *cit.*, pp. 100 y 103; G. AMARAL, *Direitos, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pp. 211-216; P.G.C. LEIVAS, *Teoria dos direitos fundamentais sociais...*, *cit.*, p. 133; E. BITTENCOURT NETO, *cit.*, pp. 130-131; A. MAURÍCIO J.R., *cit.*, pp. 76-77; C. HONÓRIO, *cit.*, pp. 58 y 61.

⁸⁵ En este sentido, la siguiente decisión del Superior Tribunal de Justicia, que reputa las disposiciones constitucionales referentes al derecho a la salud como «normas constitucionales meramente programáticas»: «Normas constitucionales meramente programáticas —ad exemplum, el derecho a la salud— protegen un interés general, pero no confieren a los beneficiarios de este interés el poder de exigir su satisfacción —por la vía del mandamus— una vez que no está delimitado su objeto, tampoco fijado su extensión, antes que el legislador ejerza el munus de completarlas por medio de legislación. Dichas normas (arts. 195, 196, 204 y 227 de la CF) son de eficacia limitada, o, en otras palabras, no tiene fuerza suficiente como para desarrollarse integralmente, o no disponen de eficacia plena, ya que dependen, para haber incidencia sobre los intereses tutelados, de legislación complementaria. En la regla jurídico-constitucional que dispone 'todos tienen el derecho y el Estado el deber' —deber de salud— como atestan los constitucionalistas, 'en realidad todos no tienen este derecho, porque la relación jurídica entre el ciudadano y el Estado deudor no se fundamenta en vinculum juris generador de obligaciones, por lo que falta al ciudadano el derecho subjetivo público, oponible al Estado, de exigir en juicio, las prestaciones prometidas a las que el Estado se obliga por proposición ineficaz de los constituyentes». (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário no Mandado de Segurança núm. 6.564/RS, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primera Turma, juzgado el 23.05.1996, DJ 17.06.1996). En la misma línea, la decisión del Tribunal de Justicia del Estado de Rio de Janeiro: «Recurso de Amparo. Demandantes portadores de insuficiencia renal crónica. Suministro de medicamento (CELLCEPT) por el Estado. Las normas programáticas establecidas en la Constitución Federal no confieren al ciudadano el derecho subjetivo de exigir del Estado el suministro de medicamentos de alto coste, en detrimento de otros enfermos, igualmente carentes. En la consecución de su obligación de salud pública la administración debe atender a los interesados más inmediatos de la población. Impropiiedad de la vía mandamental para el atendimiento del derecho demandado». (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mandado de Segurança núm. 220/98, Rel. Del. Antonio Lindberg Montenegro, juzgado el 17. 12.1998).

Las divergencias, por otro lado, se centran en dos polémicas. La primera se refiere a la estructura normativa del derecho al mínimo existencial (si *principio* o *regla*) y a su forma de aplicación (si definitiva, en términos absolutos, o si relativa, sujeta a ponderación). La segunda se refiere a la finalidad del mínimo existencial como un criterio de justiciabilidad de prestaciones positivas: para algunos, se presta a definir solamente el mínimo exigible por la vía judicial, debiendo reconocerse la posibilidad de accionar los derechos sociales más allá del campo del «mínimo existencial»; para otros, se presta a determinar el máximo que se puede postular ante el Poder Judicial, debiéndose negar la concesión de prestaciones de derechos económicos y sociales que sobrepasen sus límites.

Con relación al primer punto de disenso, conectado a la estructura normativa del mínimo existencial, hay autores que le imprimen la naturaleza de una *regla* jurídica, aplicable según la lógica del «todo o nada» (corriente que se llamará de *mínimo existencial definitivo*), al tiempo que otros le otorgan el perfil de *principio* jurídico, entendiendo que se impone su realización en la máxima medida posible, conforme las circunstancias fácticas y jurídicas existentes (vertiente que se denominará de *mínimo existencial prima facie*)⁸⁶.

Para el primer grupo, relativo al *mínimo existencial definitivo*⁸⁷, la aplicación del mínimo existencial se impone del mismo modo que las *reglas* jurídicas, en los términos propuestos por Ronald Dworkin, es decir, según la lógica del «todo o nada»⁸⁸. En este sentido, por concebir la noción de la dignidad de la persona humana de un modo tan fundamental, la exigibilidad del mínimo existencial no podría alejarse en un conflicto

⁸⁶ La distinción entre *principios* y *reglas* aquí referidas se basa en la adopción del criterio de la *estructura lógico-normativa*, en la línea de Ronald Dworkin y Robert Alexy, una vez que es ésta la concepción compartida por la vasta mayoría de los autores analizados que enfrentan el tema del mínimo existencial. Cabe registrar, sin embargo, que hay autores que distinguen los *principios* de las *reglas*, con base en otros criterios (como el *grado de fundamentación* de la norma), lo que conduce a conclusiones distintas. Para un análisis de los diferentes sentidos que la doctrina brasileña confiere a los principios jurídicos, véase: V.A. DA SILVA, «Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção», *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, núm. 1, jan./jun. 2003, Del Rey, Belo Horizonte, pp. 607-629; A.R. DE SOUZA CRUZ, «Regras e princípios: por uma distinção normo-teórica», *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, núm.45, 2006, SER/UFPR, Curitiba, pp. 37-73; y D.W. HACHEM, *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, Fórum, Belo Horizonte, 2011, pp. 136-144.

⁸⁷ Compuesto, entre otros, por: R.L. TORRES, *O direito...*, *cit.*, pp. 84 y 87-89; A.P. BARCELLOS, *A eficácia jurídica...*, *cit.*, p. 243; E. BITTENCOURT NETO, *cit.*, pp. 130-131; C. HONÓRIO, *cit.*, p. 58 e 61.

⁸⁸ Dicha forma de aplicación de las normas-regla, según Dworkin, funciona de la siguiente manera: si se presenta en el mundo de los hechos la situación descrita en la regla, de dos, una: o la regla es válida, y lo que ella determina debe ser cumplido, o no es válida y, en este caso, será irrelevante para la decisión. Habiendo conflicto entre dos reglas, que describen la misma situación fáctica y que impongan ordenes diversas, una de ellas no será válida, de modo que el conflicto deberá ser resuelto por los métodos previstos por el propio sistema jurídico para la resolución de antinomias (*v.g.* norma superior deroga norma inferior, norma posterior deroga norma anterior, norma especial deroga norma general). Las reglas tienen, por lo tanto, solamente la *dimensión de validez*. R. DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, 3.^a ed., Martins Fontes, São Paulo, 2010, p. 39.

con otros argumentos jurídico-normativos. Su aplicación debería ser hecha en términos absolutos, independientemente de las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto. Así, cuando se requieran ante el Poder Judicial, aunque nos encontremos ante otras normas jurídicas que indiquen el sentido contrario a la concesión de la demanda requerida —como el principio de separación de poderes, el principio democrático, el principio de legalidad presupuestaria, o también el argumento de la reserva de lo posible— el mínimo existencial deberá prevalecer.

La corriente interpreta el derecho al mínimo existencial como una «excepción a la clásica distribución de funciones en un Estado democrático», en la cual el establecimiento de prioridades y la toma de decisiones políticas acerca de la distribución de recursos compete primariamente con la función legislativa. Aquel se presenta como un «triumfo principal» capaz de hacer que ceda la legitimidad democrática de las decisiones políticas del legislador a favor de la legitimidad constitucional de la acción jurisdiccional⁸⁹. Su incidencia se da por el método de subsunción, no pudiendo ser objeto de ponderación, una vez que su contenido coincide con el núcleo esencial irreductible de los derechos fundamentales, no susceptibles de ser sopesados⁹⁰. No se trata, en realidad, de un efectivo blindaje en contra de cualquier ponderación: lo que se entiende es que esta ya fue previamente realizada por el constituyente —transformándolo, así, en derecho definitivo y ya no *prima facie*— al erigirse como fundamento de la República Federativa de Brasil la dignidad de la persona humana, de manera que al menos su núcleo esencial, exhibido a través del mínimo existencial, debe siempre ser tutelado.

Esta posición hace que la categoría jurídica del mínimo existencial se vuelva extremadamente útil y funcional como criterio de justiciabilidad del contenido esencial de los derechos económicos y sociales. Se establece así una nítida línea que delimita la extensión de la legitimidad del Poder Judicial para la concreción de estos derechos: estando dentro del ámbito del mínimo existencial, la pretensión jurídica debe ser concedida por el juez independientemente de la reserva de lo financieramente posible⁹¹. En este sentido, Cláudia Honório subraya la relevancia del instituto para alejar las objeciones utilizadas contra la concreción de los derechos sociales, al resaltar que aquel «refuerza la protección y la realización de los derechos fundamentales, principalmente de aquellos caracterizados por su dimensión prestacional, contornando obstáculos puestos a la concreción de estas normas»⁹².

Los seguidores de la otra corriente —del *mínimo existencial prima facie*— cuestionan cómo sería posible explicar, dentro de esta lógica, la ausencia fáctica de los recursos dis-

⁸⁹ E. BITTENCOURT NETO, *cit.*, p. 130.

⁹⁰ R.L. TORRES, *O direito...*, *cit.*, p. 84 e 87-89.

⁹¹ *Ibid.* pp. 53-54 y 105-106; E. BITTENCOURT NETO, *cit.*, pp. 98 y 131; C. HONÓRIO, *cit.*, p. 58.

⁹² C. HONÓRIO, *cit.*, p. 61.

ponibles en las arcas públicas para atender al mínimo existencial de todos los ciudadanos. Los defensores del *mínimo existencial definitivo* responden al respecto. Si es correcto que en sociedades con bajos índices de desarrollo humano y económico la atención al mínimo existencial de todos los que lo necesitan podría generar una situación de insuficiencia de recursos capaces de hacer frente a todas las necesidades, dicho hecho no es capaz de obstar la naturaleza de *regla* del derecho en cuestión. Es justamente en estos casos cuando se impone una protección reforzada para el mínimo existencial. Si no hay recursos suficientes ni siquiera para asegurar las condiciones mínimas de exigencia digna de la población de una determinada sociedad es porque hubo una elección equivocada en el orden de prioridades del empleo de los recursos públicos, siendo, pues, fundamental conceder al derecho en análisis una protección tal que lo erija en prioridad máxima en la promoción y mantenimiento de los medios imprescindibles a una existencia digna, «en detrimento de otras elecciones hechas por el legislador democrático»⁹³.

Es cierto, también, que en el tema de las prestaciones que integran el mínimo existencial, la determinación judicial puede implicar, dependiendo del derecho involucrado, no sólo los costes financieros, sino también, muchas veces, la existencia de normas organizatorias y procedimentales y de instituciones públicas habilitadas para promover las acciones judicialmente fijadas (*v.g.* escuelas, en el caso del derecho a la educación, hospitales públicos, en el caso del derecho a la salud). ¿Cómo, entonces, resolver la cuestión? Aunque gran parte de las normas referentes a los derechos económicos y sociales ya estén reglamentadas en el plan infraconstitucional, la falta absoluta de aparatos institucionalizados necesarios para la satisfacción de los derechos al mínimo existencial desembocaría en el uso de servicios privados, a expensas del Estado, hasta que éste disponga de medios materiales para ello⁹⁴.

En sentido contrario, se encuentran los autores de la vertiente bautizada como *mínimo existencial prima facie*, que encuadran el derecho al mínimo existencial en la categoría normativa de los *principios* jurídicos, compartiendo, en su mayor parte, la construcción de Robert Alexy⁹⁵ sobre el tema. Entienden que este derecho, como los demás derechos

⁹³ E. BITTENCOURT NETO, *cit.*, p. 131.

⁹⁴ *Ibid.* p. 124.

⁹⁵ Según las lecciones de Robert Alexy, los *principios* son normas que imponen ordenes *prima facie*, es decir, determinan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las condiciones fácticas y jurídicas presentes en el caso concreto. Son, por esto, *mandatos de optimización*, caracterizados por la posibilidad de ser aplicados en sus diferentes grados, dependiendo de las circunstancias de cada situación. La colisión entre principios, según el autor, debe ser solucionada mediante la técnica de la ponderación. Si dos principios, en un determinado caso, señalan caminos opuestos para ser seguidos, no se debe declarar la invalidez de uno de ellos, ni tampoco incluir una cláusula de excepción. Uno cederá el paso al otro, según el peso ejercido por cada uno de ellos en aquella circunscripción. A través de la ponderación se determinará qué principio tiene un peso mayor en la situación específica, de manera que el contenido de ambos principios conflictivos sea realizado en

fundamentales, resulta de una norma jurídica *prima facie*, (y no definitiva) que impone su realización en la medida máxima posible, según las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto. Es posible que surjan argumentos contrarios a la satisfacción de las prestaciones atinentes al mínimo existencial por la vía judicial, como ocurre con los derechos sociales en general. Los principios mencionados anteriormente —separación de poderes, democrático, reserva legal presupuestaria, reserva de lo posible, entre otros— pueden ser invocados en contra de su realización, haciéndolo ceder en el juego de la ponderación⁹⁶.

Esta concepción interpreta el mínimo existencial bajo el prisma abstracto, como un derecho *prima facie*, que puede o no prevalecer, dependiendo del caso concreto. Aquél solamente se volvería un derecho *definitivo* después de la ponderación, por el magistrado, con las demás normas involucradas, que podrán, en una determinada situación, revestirse de un peso mayor y alejarlo. El resultado sería la denegación de la demanda formulada por el titular del derecho. Aceptan, por consiguiente, que condiciones financieras desfavorables puedan ser argüidas para negar prestaciones dirigidas a la satisfacción del mínimo existencial⁹⁷.

Dichos autores ubican el derecho en cuestión en la misma esfera de los demás derechos económicos y sociales: la arena de la ponderación. La diferencia, sin embargo, estaría en el hecho de que, por vincularse al núcleo esencial de la dignidad de la persona humana y de los derechos sociales en general, el derecho al mínimo existencial se beneficiaría de un peso reforzado cuando fuera a ser sopesado con principios que son contrarios, expresivamente mayor que aquél disfrutado por la parte de los derechos económicos y sociales que excede dicho mínimo. La carga argumentativa para hacerlo ceder, en el caso concreto, será mucho mayor. Para dichos autores, aquí se ubicaría el punto distintivo entre el derecho al mínimo existencial y los derechos sociales en general: aquél ostentaría una dimensión de peso mayor que estos ante los argumentos como la reserva de lo posible, pero todos ellos se sujetan al proceso ponderativo⁹⁸.

Entre estos dos posicionamientos, posee la razón el primero (*mínimo existencial definitivo*). Aunque el derecho al mínimo existencial sea un derecho fundamental como cualquier otro, y si concebida la teoría de los derechos fundamentales como una teoría de los principios, tal y como lo hace Robert Alexy, no existen derechos absolutos, esto no

la mayor medida posible, produciendo un resultado óptimo. De aquí que los principios son conceptualizados por el autor como *mandatos de optimización*. Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.^a ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 67-71.

⁹⁶ I.W. SARLET, *A eficácia...*, cit., pp. 321-322 e 350-351; R.G. LEAL, cit., pp. 100 y 103; D.SARMENTO, «A proteção judicial...», cit., pp. 578-579; G. AMARAL, cit., pp. 211-216; P.G.C. LEIVAS, *Teoria dos direitos fundamentais sociais...*, cit., p. 133; A. MAURÍCIO JR., cit., pp. 76-77.

⁹⁷ P.G.C. LEIVAS, *Teoria...*, cit., p. 133.

⁹⁸ D. SARMENTO, «A proteção judicial...», cit., p. 579.

significa que aquél esté en la misma condición que los derechos fundamentales sociales en general y se sujete a la ponderación⁹⁹. Ello porque, desde una perspectiva más atenta, aunque se conceda autonomía al derecho que se somete a análisis, el mínimo existencial ya es el producto de una ponderación previamente operada por el constituyente, estando compuesto por un conjunto formado de partes de otros derechos fundamentales. Aquél nace justamente del resultado del proceso ponderativo entre las diversas normas-principio que imponen *prima facie* la realización maximizada de los derechos fundamentales sociales por ellas direccionadas. Ante el bloque de otros principios, anteriormente citados que, también *prima facie*, restringen la realización optimizada de estos derechos, se sopesa para verificar qué partes de cada uno de los derechos fundamentales sociales en juego sobreviven al test de proporcionalidad en sus tres dimensiones¹⁰⁰, para entonces llegar al mínimo existencial, ya como un derecho definitivo.

Lo que ocurre, por lo tanto, es una verificación de los siguientes criterios: (i) *adecuación*: qué medidas restrictivas de la potencialidad máxima de los derechos fundamentales sociales son adecuadas para garantizar la observancia de los principios de la separación de poderes, democrático, reserva legal presupuestaria, entre otros; (ii) *necesidad*: qué limitaciones son efectivamente necesarias y menos restrictivas del contenido de los derechos fundamentales sociales para garantizar el resultado adecuado; (iii) *proporcionalidad en sentido estricto*: cuáles son las prestaciones inherentes a los derechos fundamentales sociales que pueden, dentro de un juicio de razonabilidad, ser exigidas al Estado¹⁰¹. Se tiene como fruto de esta previa ponderación, después de la aplicación del principio de proporcionalidad en sus tres vertientes, el derecho *definitivo* al mínimo existencial¹⁰². Cuando se llega al ámbito judicial, pues, ya no hay espacio para ponderarse en este sentido.

Importa añadir a esto el hecho de que, aceptándose la debilidad de este derecho fundamental por cuenta de los principios comúnmente evocados de separación de poderes

⁹⁹ Sobre la caracterización de la teoría de los derechos fundamentales de R. ALEXY como una teoría de los principios, véase: R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 63-149.

¹⁰⁰ Según C.M. CLÈVE y A. REIS SIQUEIRA FREIRE, es a partir de la proporcionalidad «que se opera el 'sopesar' (...) de los bienes jurídicos cuando se encuentran en estado de contradicción, ofreciendo al caso concreto una solución que ajusta la coordinación y la combinación de los bienes en colisión». C.M. CLÈVE, A.R.S. FREIRE, «Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais», en S. SÉRVULO DA CUNHA, E.R. GRAU (Orgs.), *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*, Malheiros, São Paulo, 2003, p. 239.

¹⁰¹ Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad a través de los criterios de *adecuación*, *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto* en el caso de colisión entre derechos fundamentales, véase: R. ALEXY, *cit.*, pp. 91-95.

¹⁰² Para un análisis intensamente profundo del principio de proporcionalidad en el tema de derechos fundamentales, véase: C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

y de legalidad presupuestaria, como también del argumento de la reserva de lo financieramente posible, no habrá una verdadera protección reforzada del núcleo esencial de la dignidad humana capaz de justificar la creación de una categoría jurídica distinta tal y como el mínimo existencial. Aseverar simplemente que su alejamiento en el caso concreto exige que recaiga una carga mayor sobre la argumentación judicial significa contaminarlo con inutilidad. Se vuelve nebuloso si acogida dicha intelección (*mínimo existencial prima facie*), se da una diferencia, en términos prácticos, entre el mínimo existencial y la parte de los derechos fundamentales sociales que los sobrepasan. Y más oscuro aún si adoptada la vertiente —aquí ya rechazada— del *contenido determinable en el caso concreto*, para la cual el contenido del mínimo existencial es totalmente abierto y variable y, aunque basados en indicativos y parámetros mínimos, debe ser definido en la situación concreta según las necesidades vitales y ocasionales del ciudadano involucrado.

En el caso de la unión de estas dos posiciones que fueron aquí refutadas —de variabilidad total del mínimo existencial y de la sujeción de este derecho a la ponderación— se llega a la siguiente conclusión: nadie sabe, con precisión, qué es el mínimo existencial y la referencia a él, en términos de exigibilidad judicial, tampoco significa nada en concreto, toda vez que cada juez definirá las prestaciones que comprende de modo distinto en cada caso, como también la certificación de que lo pedido por el demandante esté incluido en este mínimo tampoco significa alguna cosa, ya que éste podrá ser rechazado aún así. Por consiguiente, estas dos concepciones no contribuyen a la resolución del problema del control judicial de los derechos económicos y sociales.

Es preferible, por los motivos hasta ahora expuestos, determinar el contenido del mínimo existencial *a priori*, trazando un listado preferencial identificable a partir de las prioridades fijadas en el texto constitucional en un determinado momento histórico, que involucran prestaciones necesarias para todos los ciudadanos y no solamente accidentalmente para algunos (*listado constitucional preferencial*), y encuadrarlo en la categoría normativa de regla, imprimiéndole la naturaleza de derecho definitivo, inmune a la ponderación (*mínimo existencial definitivo*).

En lo que se refiere a la segunda cuestión divergente sobre la utilización del concepto mínimo existencial en el tema de la exigibilidad judicial de comportamientos estatales positivos, existe también, como ya se ha dicho, dos posiciones, que serán aquí denominadas como *mínimo existencial como techo máximo* y *mínimo existencial como piso mínimo*.

El primero de ellos, más restrictivo, emplea el mínimo existencial como un tope máximo, es decir, como el criterio que determina el punto culminante de la sindicabilidad de la dimensión prestacional de los derechos fundamentales. Siendo imprescindibles para una existencia mínimamente digna, las prestaciones del Poder Público estarán incluidas en su campo de extensión, pudiendo ser prontamente requeridas ante el Poder Judicial, independientemente de la previsión legislativa. Sin embargo, más allá de este límite, que indicaría el ápice de la exigibilidad judicial, las prestaciones atinentes a los derechos

económicos y sociales estarían sujetas a la progresiva implementación por el legislador, dependiendo de las decisiones políticas determinadas por el proceso democrático de deliberación pública¹⁰³.

Pese a que no todos los seguidores de esta corriente niegan la jusfundamentalidad de los derechos sociales cuando sobrepasan al mínimo existencial¹⁰⁴, aquélla está íntimamente conectada a la posición liderada en Brasil por Ricardo Lobo Torres, según la cual los derechos sociales sólo son fundamentales en relación con su contenido esencial, necesario para garantizar el mínimo existencial. Por revestirse de jusfundamentalidad, estas partes de los derechos sociales disfrutarían de aplicabilidad inmediata dispuesta en el art. 5.º, §1 de la Constitución Federal. La justificación se encontraría en que la actuación judicial excedente al mínimo existencial amenaza la democracia y el orden financiero, además de tener como un efecto nefasto la apropiación particular de recursos públicos por las clases más favorecidas, ante la incapacidad de información y económica de los más pobres para conocer sus derechos, saber cómo ejercerlos y disponer de los medios para reivindicarlos por la vía judicial. Habría, pues, un perjuicio para las políticas universales que alcanzan a la población más carente y necesitada¹⁰⁵.

El segundo posicionamiento utiliza el *mínimo existencial como piso mínimo*, indicándolo como un criterio para definir aquello que, sin duda, puede ser requerido ante los jueces en el tema de derechos fundamentales prestacionales, sin mayores cuestionamientos. Esto no significa, sin embargo, que el ciudadano únicamente pueda requerir conductas positivas del Poder Público que se encuentren protegidas por este mínimo: es posible pleitear la satisfacción de las partes de los derechos económicos y sociales que rebosan el mínimo existencial, desde que, en un proceso ponderativo con los otros principios constitucionales involucrados, su prevalencia se encuentre justificada¹⁰⁶.

En esta línea, Ingo Wolfgang Sarlet aclara expresamente que, aunque se abogue por la tesis de que las prestaciones necesarias para la garantía del mínimo existencial son judicialmente exigibles, esto no aleja la posibilidad de reconocerse la exigibilidad judicial de otros derechos a prestaciones deducibles directamente de la Constitución que sobrepasen este mínimo. Señala, no obstante, que en esta esfera, que supera los límites del mínimo existencial, habrá un espacio mayor para la ponderación ante los argumentos que repre-

¹⁰³ Son seguidores de esta posición: R.L. TORRES, *O direito...*, cit., pp. 84 y 87-89; A.P. BARCELLOS, *A eficácia jurídica...*, cit., p. 292.

¹⁰⁴ Como se tiene la impresión de ser el caso de A. PAULA DE BARCELLOS.

¹⁰⁵ R.L. TORRES, *O direito...*, cit., pp. 121-135.

¹⁰⁶ Es el caso de los autores: C.M. CLÈVE, *A eficácia dos direitos fundamentais sociais...*, cit., pp. 106-107; I.W. SARLET, *A eficácia...*, cit., p. 350; D. SARMENTO, «A proteção judicial...», cit., p. 579; P.G.C. LEIVAS, *Teoria...*, cit., p. 133; E. BITENCOURT NETO, cit., p. 144.

sentan objeciones a la satisfacción de los derechos sociales¹⁰⁷. En sentido similar, sostiene Daniel Sarmento que la frontera de intervención del Poder Judicial dependerá de lo que se sopesa en cada situación, figurando en una de las básculas el derecho social reivindicado y, en la otra, «los principios concurrentes, como la democracia, la separación de poderes y los derechos de terceros que serían afectados o económicamente inviabilizados en el caso de que sea universalizada la prestación demandada»¹⁰⁸.

Independientemente de la inexistencia de cualquier ley que discipline los derechos económicos y sociales, es incuestionable la necesidad de insertar en la esfera de la aplicabilidad inmediata el mínimo existencial, que se ha vuelto el mínimo común denominador de la doctrina brasileña en el tema de la justiciabilidad de derechos fundamentales sociales. Las prestaciones estatales positivas destinadas a la satisfacción de derechos fundamentales sociales que integren el mínimo existencial siempre serán exigibles ante el Poder Judicial por medio de cualquier instrumento procesal, de forma definitiva, e independientemente de la reglamentación legislativa, previsión presupuestaria, disponibilidad financiera o existencia de estructura organizacional del Poder Público para atenderlas. Según las razones ya expuestas, se considera en este estudio que es preferible adoptar la idea de *listado constitucional preferencial* en lo que se refiere a la definición del contenido del mínimo existencial, no dejándolo completamente abierto a la determinación judicial en el caso concreto. Se entiende, además, que al mínimo existencial no pueden presentarse argumentos contrarios, sujetándolo a la ponderación, tal y como se acepta cuando se trata de prestaciones que exceden las condiciones mínimas de existencia digna. Esto debilita el instituto y le retira la funcionalidad. La inexistencia de estructura adecuada y condiciones fácticas, por parte del Estado, para concretarlo, impone su condena al pago de servicios privados equivalentes.

Una vez que aquí se reconoce la jusfundamentalidad integral de los derechos económicos y sociales, no restringiéndola al mínimo existencial, no parece ser posible acoger la tesis del *mínimo existencial como techo máximo*. Éste debe ser considerado un *piso mínimo*, siendo aceptable la demanda judicial de partes de derechos fundamentales sociales que lo sobrepasen, con una importantísima excepción: debe ser posible deducir directamente del texto constitucional los contornos de las prestaciones que se pretenden postular. No se defiende, por consiguiente, que cualquier pretensión vinculada a un derecho fundamental social pueda ser satisfecha por el juez, como si a él le correspondiera ponderar caso a caso sobre la razonabilidad delo pedido. El criterio propuesto para las partes de derechos fundamentales sociales que no están incluidas en el mínimo existencial es: si —y solamente si— ya existe normativización de la Constitución de este tema, aunque sobrepase los límites del mínimo, dicha prestación del derecho fundamental social podrá ser requerida

¹⁰⁷ I.W. SARLET, *A eficácia...*, cit., p. 350.

¹⁰⁸ D. SARMENTO, «A proteção judicial...», cit., p. 579. Traducción libre.



ante el juez por gozar de aplicabilidad inmediata, elemento característico del régimen jurídico de los derechos fundamentales.

Además, tratándose de prestaciones estatales en el tema de derechos fundamentales sociales, aunque no exista ley reglamentaria, podrá ser postulado judicialmente el contenido especificado por el texto constitucional, pese a que esto desborde el mínimo existencial, y sin la necesidad de presentación de un «*mandado de injunção*»¹⁰⁹. Ello porque, aunque carentes de reglamentación legislativa, los derechos fundamentales sociales disfrutaban de un contenido preestablecido por el constituyente. Y como la posición aquí adoptada concede jufundamentalidad a los derechos económicos y sociales más allá del mínimo existencial, se impone la aceptación de una justiciabilidad de estos derechos no limitada al conjunto de prestaciones que lo componen.

Esta interpretación del contenido jufundamental de los derechos sociales —dotados de aplicación inmediata— más allá del mínimo existencial, no es una tarea difícil en Constituciones como la brasileña, generosa en disposiciones reguladoras de estos derechos. La misma adelanta «en la mayor parte de los casos, normas organizatorias, deberes y posiciones activas que resultan de las disposiciones jufundamentales»¹¹⁰. En el contexto patrio actual, la Constitución se encuentra repleta de disposiciones normativas que disciplinan el contenido de los derechos fundamentales sociales. A pesar de enunciarlos en el art. 6.º —«*Son derechos sociales la educación, la salud, la alimentación, el trabajo, la vivienda, el ocio, la seguridad, la seguridad social, la protección a la maternidad y a la niñez, a la asistencia a los desamparados, en la forma de esta Constitución*» —la Ley Fundamental de 1988 retoma la regulación jurídica de los derechos sociales en su Título VIII, «Del Orden Social».

La salud es tratada por los arts. 196 a 200, y adquirió una mayor concreción con la Enmienda Constitucional núm. 29/2000, que incluyó párrafos y alineas en el art. 198, vinculando ingresos de la Unión, de los Estados y de los Municipios con acciones y servicios públicos de salud. La educación es reglamentada pormenorizadamente por los arts. 205 a 214, previendo incluso la concesión, ya mencionada, de gratuidad en el acceso a la educación básica, que involucra la educación infantil, la enseñanza fundamental y

¹⁰⁹ El «*mandado de injunção*» es una acción judicial creada por la Constitución brasileña de 1988 que puede ser propuesta por el ciudadano cuando la falta de norma reglamentaria no hace viable el ejercicio de un derecho o libertad constitucional. Por medio de dicha acción, puede el ciudadano exigir del Poder Judicial —en la mayor parte de las veces directamente del Supremo Tribunal Federal— la creación de una reglamentación provisoria para la fruición de su derecho, mientras la autoridad u órgano competente no ejerza efectivamente su competencia normativa cumpliendo el deber de crear la correspondiente normativización del ejercicio del derecho constitucional. Ver nota núm. 114 para una explicación más extensa. Para profundizar el estudio del tema, ver: D.W. HACHEM, *Mandado de injunção e direitos fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional*, Fórum, Belo Horizonte, 2012.

¹¹⁰ E. BITTENCOURT NETO, *cit.*, p. 146.

secundaria, reconociéndola como un derecho público subjetivo del ciudadano. También hay una previsión de vinculación de ingresos públicos para las actividades dirigidas a la educación, introducida por la Enmienda Constitucional núm. 14/1996.

La especificación constitucional de contenidos ocurre, asimismo, con los derechos a la seguridad social —arts. 201 y 202 y sus diversos párrafos, que establecen, incluso, los criterios para la garantía de la jubilación en el régimen general de la seguridad— y a la asistencia social (arts. 203 y 204, reconociéndose expresamente en la alinea V del primero la garantía de un sueldo mínimo de beneficio mensual a la persona discapacitada y al anciano que demuestre no tener medios para su automantenimiento o que no pueda ser mantenido por su familia).

Todas estas delimitaciones de los contornos de los derechos fundamentales sociales operadas directamente por la Constitución pueden ser pleiteadas en juicio, aunque no reglamentadas por ley y por más que sobrepasen las prestaciones necesarias para garantizar una existencia mínimamente digna. Es innecesario, en estos casos, el *mandado de injunção*¹¹¹, porque se trata de decisiones políticas fundamentales aplicadas por el constituyente, que ni siquiera se encuentran en la esfera de disponibilidad del legislador ordinario. Por lo tanto, son también inmediatamente exigibles.

La dimensión prestacional de los derechos fundamentales no disciplinados por la legislación sólo será plenamente justiciable por los medios procesales comunes si fuera posible extraer directamente de la Constitución los trazos que componen su contenido, permitiendo la precisa identificación de las prestaciones específicas que se traducen en derechos subjetivos a prestaciones materiales. Cabe ejemplificarlo ello con el derecho de las personas mayores de 65 años a la gratuidad del transporte colectivo urbano, ubicado fuera del catálogo de derechos fundamentales (art. 230, §2.º, CF), pero a éste nuevamente conducido por la cláusula de apertura material del art. 5.º, §2.º, de la CF. Aunque no se considere, aquí, que dicha pretensión jurídica esté incluida en el mínimo existencial¹¹², se admite la posibilidad de requerirla judicialmente ante su violación. No se trata de una disposición que exija ley ordinaria para ser postulada.

Cabe señalar que dicha intelección se aplica tanto a los deberes de *promoción* (prestaciones materiales del Estado) como a los deberes de *protección* (en contra de actos de otros

¹¹¹ Así entiende: C.M. CLÈVE, «A eficácia dos direitos fundamentais sociais...», *cit.*, p. 107.

¹¹² Conforme se verá a continuación, el Supremo Tribunal Federal, en una decisión con la cual no se está de acuerdo en este estudio, manifestó un entendimiento diverso. Pese a que se esté de acuerdo con la posición de que esta prestación es sindicable judicialmente, no se está de acuerdo con la conclusión de la Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha cuando interpretó que dicha prestación estaba incluida en el mínimo existencial. *Cfr. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade núm. 3768, Relatora Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, Tribunal Pleno, juzgado el 19.09.2007, DJe-131, divulgado el 25.10.2007, publicado el 26.10.2007.*



particulares) de los derechos fundamentales sociales. Los derechos de los trabajadores enunciados en los arts. 7.º, 8.º y 9.º de la Constitución pueden ser exigidos judicialmente, obligando al Poder Público a protegerlos contra acciones de los empresarios, en la medida en que estén bien especificados en el texto constitucional, aunque no haya ley reglamentaria. Si bien la disposición reguladora del derecho lo condicione a la «forma de la ley», como es el caso de las alíneas I, IV, X, XI, XII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII, XXVII del art. 7.º, la previsión de un contenido mínimo del derecho posibilita su reivindicación judicial. Aunque no existiera fijación legal del valor del sueldo mínimo (art. 7.º, IV, CF), por ejemplo, el dispositivo ya establece pormenorizadamente aquello que debe ser abarcado por dicho valor (atención a las necesidades vitales básicas del trabajador y las de su familia con vivienda, alimentación, educación, salud, ocio, ropa, higiene, transporte y seguridad social), permitiendo con ello su definición por el juez¹¹³. En las hipótesis en las que no existe este contenido constitucional mínimo, siendo imprescindibles la determinación infraconstitucional del contenido de la prestación a ser exigida de otros particulares (*v.g.*, participación del trabajador en los lucros o resultados de la empresa, según se establece en la ley —art. 7.º, XI, CF), será necesaria la presentación de un *mandado de injunção* (art. 5.º, LXXII, CF)¹¹⁴.

En lo que se refiere a los deberes de *promoción* (prestaciones fácticas), en los casos que dependan de conformación legislativa del contenido de la prestación, el Poder Judicial no podrá tomar en todos los casos las decisiones políticas y realizar las elecciones de prioridades en el manejo de los recursos públicos, pues su definición está preferentemente

¹¹³ Es el posicionamiento de C.A.B DE MELLO, *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*, Malheiros, São Paulo, 2010, pp. 49-52. El autor avanza, sosteniendo aún la posibilidad de revisión judicial del valor, en el caso de que él esté fijado en ley y no atienda a todas las necesidades establecidas en el art. 7.º, IV de la CF.

¹¹⁴ Según dicho dispositivo: «*se concederá un mandado de injunção siempre que la falta de norma reglamentaria obstaculice el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales, como también de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía*». En otro trabajo, hubo la oportunidad de sostener que, ante la presentación de este remedio constitucional, compete al Poder Judicial viabilizar el ejercicio del derecho, pudiendo conceder a la decisión efectos *inter partes* o *erga omnes*, conforme las exigencias concretas de las situaciones de derecho material en cuestión. La regla general es la atribución de efectos *inter partes*; sin embargo, siendo difusos o colectivos los derechos en cuestión, se puede conferir efectos *erga omnes* a la decisión. En esta última hipótesis, «la mejor solución parece ser la siguiente: (a) el juez deberá, preliminarmente, crear la solución adecuada a la satisfacción del derecho del titular en el caso concreto; (b) siendo la solución creada satisfactoria a la tutela del derecho, podrá la decisión previamente concedida asumir carácter definitivo; (c) habiendo necesidad de elaboración de norma con alcance más amplio que la solución obtenida preliminarmente, cabrá al juez la utilización de todos los medios posibles para ampliar el debate acerca de la creación de la norma, promoviendo un dialogo constitucional entre todos los interesados, involucrando los poderes estatales y la sociedad». D.W. HACHEM, *Mandado de injunção e direitos fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional*, Fórum, Belo Horizonte, 2012, pp. 180-181.

reservada al espacio de deliberación pública propio del Poder Legislativo¹¹⁵. Será necesario, en dichos casos, utilizar la vía específica del «*mandado de injunção*» para garantizar judicialmente la posibilidad de ejercicio del derecho fundamental. Cabe ilustrarlo con el derecho de los servidores públicos a una jubilación especial, con requisitos diferenciados para su concesión, en los casos de actividades de riesgo, perjudiciales a la salud y a la integridad física, o de discapacidad (art. 40, §4, I, II, III de la CF)¹¹⁶.

IV. EL MÍNIMO EXISTENCIAL Y LAS MANIFESTACIONES DE LA JURISPRUDENCIA BRASILEÑA

Cabe exponer algunos breves apuntes acerca de las manifestaciones jurisprudenciales en Brasil sobre la temática, sólo con el objetivo de cotejar la acogida del mínimo existencial por la doctrina constitucionalista brasileña con la práctica operada cotidianamente en los órganos jurisdiccionales patrios.

Según ya se ha mencionado, se operó un verdadero cambio en la orientación judicial brasileña en lo que respecta al reconocimiento de la eficacia jurídica y fuerza normativa tajante de las normas constitucionales protectoras de derechos económicos y sociales. De decisiones que rechazaban la posibilidad de conceder al ciudadano posiciones jurídico-subjetivas, capaces de ser demandadas judicialmente, se pasó a conceder —incluso de forma indiscriminada y sin criterio— prestaciones estatales positivas, sobre todo en el tema de derecho a la salud.

Es el caso de fallos conocidos del Supremo Tribunal Federal, que pasaron a conceder peticiones de tratamientos de salud de altísimo coste, algunos de ellos en el exterior y sin la comprobación de la eficacia de sus resultados, destinados a la cura de enfermedades raras, amparándose en el art. 6.º, que dispone que la salud es un derecho fundamental social, y en el art. 196, que la define como «*derecho de todos y deber del Estado*».

Uno de los *leading cases* en el tema fue la decisión unipersonal proferida por el Ministro Celso de Mello en la Medida Cautelar propuesta en la Petición núm. 1246-1. Se trataba, en dicho caso, de una demanda presentada en contra del Estado de Santa Catarina, en la cual un portador de una enfermedad rara *Distrofia Muscular de Duchene* —una molestia degenerativa de células musculares— afirmaba que existía tratamiento en un centro de salud estadounidense capaz de curarlo. Amparándose en el art. 196 de la

¹¹⁵ E. BITTENCOURT NETO, *cit.*, p. 150.

¹¹⁶ Constitución de la República Federativa de Brasil: «*Art. 40. (...) §4.º Está prohibida la adopción de requisitos y criterios diferenciadores para la concesión de jubilación a los abarcados por el régimen que trata este dispositivo, con excepción, en los términos definidos en leyes complementarias, los casos de funcionarios: I - portadores de discapacidades; II - que ejerzan actividades de riesgo; III - cuyas actividades sean ejercidas bajo condiciones especiales que perjudiquen la salud o la integridad física*».

Constitución y otros, requirió la protección de su derecho a la salud mediante el pago, por el Poder Público, de dicho tratamiento, que significaría el valor de US\$ 63 mil. La decisión concedió lo solicitado y el Estado de Santa Catarina recurrió al Tribunal de Justicia. La cuestión llegó al STF, en el momento en que el Estado-miembro postuló a la Corte la suspensión de la tutela anticipada, bajo el argumento de que se violaban los arts. 37, 100 y 167 de la Constitución, por haber emitido una orden de pago sin base en el presupuesto, y tampoco en ley que así lo determinase. A través de una decisión singular, el Ministro denegó la suspensión requerida, afirmando que:

Entre proteger la inviolabilidad del derecho a la vida, que se cualifica como un derecho subjetivo que no se puede alienar y que está asegurado por la propia Constitución de la República (art. 5.º, *caput*) o hacer prevalecer, en contra de esta prerrogativa fundamental, un interés financiero y secundario del Estado, entiendo —una vez configurado este dilema— que las razones de índole ética-jurídica imponen al juzgador una única y posible opción: el respeto no declinable a la vida¹¹⁷.

Esta parte de la decisión se ha vuelto un paradigma para decisiones emitidas posteriormente en el tema de derecho a la salud, habiendo sido reproducida en el Recurso Extraordinario núm. 267.612, en el Agravo de Instrumento núm. 570.445, en el Agravo Regimental en el Recurso Extraordinario núm. 248.304, en el Agravo Regimental en el Recurso Extraordinario núm. 273.834 y en el Recurso Extraordinario núm. 393.175¹¹⁸. Posición semejante fue adoptada en la decisión unipersonal emitida en el Recurso Extraordinario núm. 342.413 por la Ministra Ellen Gracie, en la cual constó que «obstáculo de orden burocrático o presupuestario (...) no pueden ser una traba al cumplimiento constitucional que garantiza el derecho a la vida»¹¹⁹, como también en el voto del Min. Sydney Sanches en el Recurso Extraordinario núm. 198.263, en el cual afirmó que «en un tema tan relevante como la salud, no caben disputas menores sobre legislación, mucho menos sobre recursos económicos, pues es una cuestión de prioridad»¹²⁰.

Aunque bien intencionadas, decisiones de esta naturaleza no tienen en cuenta aspectos esenciales de la satisfacción universal de los derechos fundamentales sociales que, como

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Petição núm. 1246, Presidente Ministro Sepúlveda Pertence, Decisión Proferida por el Ministro Celso de Mello, juzgado el 31.01.1997, publicado en el DJ 13.02.1997. Traducción libre.

¹¹⁸ Conforme a la noticia D.W.L. WANG, «Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF», en I.W. SARLET, L. BENETTI TIMM (Coords.), *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*, 2.ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, p. 354, nota núm. 19.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário núm. 342.413, Relatora Ministra Ellen Gracie, juzgado el 14.10.2004, publicado en el DJ 09.11.2004. Traducción libre.

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário núm. 198.263, Relator Ministro Sydney Sanches, juzgado el 12.02.2001, publicado en el DJ 30.03.2001.

ya se ha visto, no deben concretarse solo individualmente y por la vía judicial, comprometiéndose los recursos de políticas públicas y servicios públicos para la atención de unos pocos que tuvieron condiciones para requerirlos ante el Poder Judicial¹²¹. Este primer impulso del Supremo Tribunal Federal, por lo tanto, no empleaba el mínimo existencial como un criterio para la realización jurisdiccional de derechos fundamentales sociales.

Otros juzgados, posteriormente, pasaron a tomar en consideración la reserva de lo posible y las limitaciones presupuestarias como óbices a la plena satisfacción de los derechos sociales en sede judicial¹²². Según Daniel Wei Liang Wang, dicho cambio de la posición mayoritaria de la Corte en el tema de la salud ocurrió a partir de 2007¹²³. Sin embargo, aún así, pese a que dichas decisiones traten de la temática general de los derechos sociales, la mayor parte de los fallos que se refieren específicamente al concepto de mínimo existencial se limita a mencionar esta categoría solamente de forma puntual y sin mucha precisión teórica¹²⁴.

Una de las más expresivas y citadas decisiones de la Corte, a pesar de ser emitida mucho más con carácter doctrinal que propiamente jurisprudencial, una vez que hubo pérdida del objeto de la demanda, fue la elaborada por el Min. Celso de Mello en la *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* núm. 45. En el *decisum*, el relator admite la reserva de lo posible como una cláusula que impide la exigibilidad judicial del contenido integral de los derechos sociales, afirmando que su realización «*depende em gran medida de um vínculo financeiro al que no es posible escapar, subordinado a las posibilidades presupuestarias*

¹²¹ C.M. CLÈVE, *A eficácia dos direitos fundamentais sociais...*, cit., p. 103.

¹²² Cabe mencionar, como ejemplos, las decisiones de la Ministra Ellen Gracie en la Suspensión de Tutela Anticipada núm. 91 y de la Suspensión de Amparo núm. 3073, en las cuales la Ministra lleva en consideración la limitación de recursos públicos y la necesidad de ubicarlos de forma racional para alcanzar un mayor número de ciudadanos, posicionándolos de la siguiente forma: «*Entiendo que la norma del art. 196 de la Constitución de la República, que asegura el derecho a la salud, se refiere, en principio, a la concreción de políticas públicas que alcancen la población como un todo, asegurándoles el acceso universal e igualitario, y no a situaciones individuales. La responsabilidad del Estado en proveer los recursos necesarios a la rehabilitación de la salud de sus ciudadanos no puede obstaculizar el sistema público de salud. En el presente caso, al concederse los efectos de la anticipación de la tutela para determinar que el Estado provea los medicamentos relacionados (...) y otros medicamentos necesarios para el tratamiento (...)» (fl. 26) de los asociados, se está disminuyendo la posibilidad de ser ofrecidos servicios de salud básicos al resto de la colectividad». Cfr. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada núm. 91, Relatora Ministra Presidente, Decisión Proferida por la Ministra Ellen Gracie, juzgado el 26.02.2007, publicado en el DJ 05.03.2007. y BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança núm. 3073, Relatora Ministra Presidente, Decisión Proferida por la Ministra Ellen Gracie, juzgado el 09.02.2007, publicado en el DJ 14.02.2007.*

¹²³ D.W.L. WANG, «Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF», en I.W. SARLET, L. BENETTI TIMM (Coords.), *Direitos fundamentais: orçamento e «reserva do possível»*, 2.^a ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, pp. 356-359.

¹²⁴ La constatación acerca de la escasez de juzgados del STF es hecha por R.L. TORRES, *O direito...*, cit., pp. 71-73; E. BITTENCOURT NETO, cit., pp. 96-97; C. HONÓRIO, cit., p. 199 *et seq.*

del Estado, de modo que, comprobada, objetivamente, la incapacidad económico-financiera de la persona estatal, de esta no se podrá razonablemente exigir, considerada la limitación material referida, la inmediata concreción del comando fundado en el texto de la Carta Política». Por otro lado, el Ministro expone expresamente la imposibilidad del Estado de invocar dicho argumento para eximirse del cumplimiento de sus deberes constitucionales, sobre todo cuando dicha omisión «pueda llevar a la anulación o, incluso, aniquilación de derechos constitucionales impregnados de un sentido de esencial fundamentalidad»¹²⁵.

Después de hacer uso de las lecciones de Ana Paula de Barcellos, el Ministro hace constar la idea de que, no obstante aunque la elaboración y la concreción de políticas públicas se ubiquen en la esfera de competencia de los agentes legitimados por las elecciones populares, la libertad de conformación del Legislativo y la esfera de discrecionalidad del Ejecutivo son limitadas, no pudiendo implicar omisiones que comprometan la eficacia de los derechos sociales y que afecten al «núcleo intangible unificador de un conjunto irreductible de condiciones mínimas necesarias a una existencia digna y esenciales a la propia supervivencia del individuo» situación en la que «se justificaría, como precedentemente ya enfatizado —e incluso por razones fundadas en un imperativo ético-jurídico—, la posibilidad de intervención del Poder Judicial, para hacer viable, para todos, el acceso a los bienes cuya fruición les haya sido injustamente denegada por el Estado»¹²⁶.

En el tema de la educación hay también otras decisiones de relatoría del Min. Celso de Mello que se relacionan con el mínimo existencial y se basan en la fundamentación expendida en la ADPF núm. 45. Son casos que involucran el derecho fundamental de los niños de hasta cinco años de edad a tener acceso a la educación infantil a través de guarderías e instituciones preescolares, según lo previsto en el art. 208, IV de la Constitución Federal. En dichas decisiones, entendió el Ministro que dicho derecho impone al Estado «la obligación constitucional de crear condiciones objetivas que posibiliten, de manera concreta, a favor de los 'niños de cero a seis años de edad' (CF, art. 208, IV), el efectivo acceso y atendimento en guarderías y en unidades de escuelas preescolares», ubicada fuera de la esfera de discrecionalidad de la Administración Pública la decisión en relación con la prestación o no de este servicio público¹²⁷. En algunas de ellas, el Relator fundamenta dicho entendimiento en la

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental núm. 45. Relator Ministro Celso de Mello, juzgado el 29.04.2004, publicado en el DJ 04.05.2004. Traducción libre.

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental núm. 45. Relator Ministro Celso de Mello, juzgado el 29.04.2004, publicado en el DJ 04.05.2004. Traducción libre.

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento núm. 677.274, Relator Ministro Celso de Mello, juzgado el 18.09.09, publicado en el DJE 01.10.08; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário núm. 472.707, Relator Ministro Celso de Mello, juzgado el 14.03.06, publicado en el

necesidad de satisfacción del derecho en cuestión para asegurar las condiciones mínimas para el ejercicio de la libertad real.

Más recientemente, aunque involucrando la misma temática del derecho fundamental a la educación básica, y siguiendo la misma línea de las decisiones anteriores, el Supremo Tribunal Federal, en un fallo de la Segunda Sala (también de relatoría del Min. Celso de Mello), desarrolló más profundamente la fundamentación basada en el mínimo existencial para conceder el derecho postulado. En el fallo, se afirmó expresamente que la reserva de lo posible no puede ser un obstáculo para la satisfacción judicial de las prestaciones abarcadas por el mínimo existencial. El fundamento utilizado para identificar el derecho al mínimo existencial, considerado como una verdadera barrera al argumento de la escasez de recursos, fue el principio de dignidad de la persona humana. Dada su especificidad y pertinencia con el asunto bajo examen, se justifica la transcripción literal de la parte a continuación del resumen del fallo:

«La destinación de recursos públicos, siempre tan dramáticamente escasos, hace instaurar situaciones de conflicto, sea con la ejecución de políticas públicas definidas en el texto constitucional, sea también con la propia implementación de derechos sociales asegurados por la Constitución de la República, desde aquí resultando en contextos de antagonismo que impone, al Estado, el encargo de superarlos mediante opciones por determinados valores, en detrimento de otros igualmente relevantes, compeliendo el Poder Público, ante esta relación dilemática causada por la insuficiencia de disponibilidad financiera y presupuestaria, a realizar las verdaderas «elecciones trágicas», en decisión gubernamental cuyo parámetro, fundado en la dignidad de la persona humana, deberá tener en cuenta la intangibilidad del mínimo existencial, con el fin de conferir una real efectividad a las normas programáticas positivadas en la propia Ley Fundamental. Magisterio de la doctrina. La cláusula de la reserva de lo posible —que no puede ser invocada, por el Poder Público, con el propósito de defraudar, frustrar e inviabilizar la implementación de políticas públicas definidas en la propia Constitución— encuentra una insuperable limitación en la garantía constitucional del mínimo existencial, que representa, en el contexto de nuestro ordenamiento positivo, la emanación directa del postulado de la esencial dignidad de la persona humana. Doctrina. Precedentes. La noción de “mínimo existencial”, que resulta, implícitamente, de determinados preceptos constitucionales (CF, art. 1.º, III, y art. 3.º, III), comprende un complejo de prerrogativas cuya concreción se revela capaz de garantizar condiciones adecuadas de existencia digna, para asegurar, a la persona, el acceso efectivo al derecho general de libertad y, también, a las prestaciones positivas originarias del Estado, que viabilizan la plena fruición de derechos sociales básicos, como el derecho a la educación, el derecho a la protección integral del niño y del adolescente, el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho a la vivienda, el derecho a alimentación y el derecho a seguridad»¹²⁸.

DJ 04.04.06; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário núm. 467.255, Relator Ministro Celso de Mello, juzgado el 22.02.06, publicado en el DJ de 14.03.06; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário núm. 410.715, Relator Ministro Celso de Mello, juzgado el 27.10.05, publicado en el DJ de 08.11.05; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário núm. 436.996, Relator Ministro Celso de Mello, juzgado el 26.10.05, publicado en el DJ 07.11.05.

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo núm. 639.337, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, juzgado el 23.08.2011, DJe-177, divulgado el 14.09.2011, publicado el 15.09.2011.

Otra decisión en el tema de la educación, que también invocó el argumento del mínimo existencial fue proferida por la Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha en el Agravo de Instrumento núm. 564.035. El caso involucraba una pretensión jurídica de acceso gratuito a la enseñanza fundamental en una escuela pública, ante la denegación de la solicitud de matrícula por el Municipio. Amparándose, asimismo, en la dignidad de la persona humana, la Ministra afirmó que la negativa de una plaza representaba la violación del mínimo existencial, así: *«la educación compone el mínimo existencial, de atendimento estrictamente obligatorio por el Poder Público, no pudiendo eximirse de él ninguna de las entidades que ejercen las funciones estatales. El mínimo existencial afirma el conjunto de derechos fundamentales sin los cuales la dignidad de la persona humana es confiscada»*. La situación no traía mayores dificultades, ya que en el caso del acceso a la educación fundamental, la Constitución afirma expresamente en el art. 208, I y §1.º que se trata de un derecho público subjetivo¹²⁹.

Cabe percibir que, en estas decisiones proferidas por el Supremo Tribunal Federal no hay grandes novedades, porque se refieren a prestaciones estatales expresamente previstas como derechos subjetivos exigibles del Poder Público, y que claramente son imprescindibles para asegurar a los ciudadanos unas condiciones mínimas de existencia digna.

Ya en la Acción Directa de Inconstitucionalidad núm. 3768, cuya relatoría también fue de la Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, la demanda tenía como objetivo el cuestionamiento de la constitucionalidad del dispositivo del Estatuto del anciano, que disponía sobre la gratuidad del transporte colectivo público urbano y semi-urbano a los mayores de 65 años de edad. Cabe hacer notar que la disposición atacada, simplemente reitera el derecho consagrado por el art. 230, §2.º de la Constitución Federal. La Ministra, en su voto, señaló la necesidad de compatibilizar la reserva de lo posible, invocada por el demandante, con el mínimo existencial¹³⁰. Dicha invocación, en este caso, parece haber sido un tanto exagerada, ya que, aunque la previsión constitucional se traduzca, indudablemente, en un derecho social de los ancianos, no parece que la prestación en cuestión integre el conjunto de condiciones mínimas de existencia digna de sus titulares. Luego, aunque sea evidente la conformidad constitucional del dispositivo legal, el fundamento para ello no se ubica en el mínimo existencial, so pena de volverlo excesivamente ancho.

Hay, todavía, una serie de fallos del Supremo Tribunal Federal que podrían ser aquí mencionados. Solamente en 2011, hay 28 decisiones unipersonales que contienen la expre-

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento núm. 564.035, Relatora Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, juzgado el 30.04.07, publicado en el DJ 15.05.07.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade núm. 3768, Relatora Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, Tribunal Pleno, juzgado el 19.09.2007, DJe-131, divulgado el 25.10.2007, publicado en el 26.10.2007.

sión «mínimo existencial». Sin embargo, en términos de decisiones colegiadas, son escasos los fallos que utilizan dicho concepto, siendo difícil, ante esto, extraer un posicionamiento sedimentado o sistematizado de la Corte a este respecto.

Ello aunque en las otras instancias del Poder Judicial, no se puede decir que exista una consolidada construcción jurisprudencial del tema en Brasil, excepto en algunas referencias dispersas en decisiones de los tribunales que «contienen fragmentos de su reconocimiento»¹³¹. Tratando del tema, Cláudia Honório certificó que, hasta 2009, había Estados que ya contaban con una expresiva cantidad de fallos con una mención al derecho al mínimo existencial, como São Paulo (408 casos), Minas Gerais (384), Mato Grosso do Sul (268), Rio de Janeiro (122) y Rio Grande do Sul (100). En compensación, no encontró ninguna referencia a la temática en la jurisprudencia de Estados como Maranhão, Piauí, Roraima y Pará¹³². La autora verificó que los asuntos más recurrentes son aquellos relacionados con la educación, abarcando el acceso a las guarderías, escuelas preescolares y enseñanza fundamental, a las prestaciones básicas de salud, a la protección y promoción de la vivienda, al ingreso financiero mínimo, a la asistencia judicial y a la seguridad pública. Al final del análisis, concluye en la existencia de una «diversidad en el trato conferido al mínimo existencial por los tribunales»¹³³, habiendo disparidad entre lo que cada juez entiende como dicho mínimo.

No hay, por consiguiente, posibilidad de clasificar con seguridad el posicionamiento del Supremo Tribunal Federal o de la jurisprudencia brasileña en general dentro de las corrientes divergentes identificadas anteriormente, acerca de los aspectos polémicos del mínimo existencial. Lo que se puede afirmar, al menos, es que los puntos de consenso en la doctrina se encuentran reflejados en la jurisprudencia: (i) el mínimo existencial puede ser deducido del principio de dignidad de la persona humana; (ii) su reconocimiento depende de previsión normativa expresa, ya sea en sede constitucional, sea legislativa; (iii) su contenido está íntimamente relacionado con los derechos fundamentales sociales, principalmente con la educación y la salud; (iv) las prestaciones a él inherentes pueden ser exigidas individualmente ante el Poder Judicial, reconociéndose el carácter de derecho subjetivo; (v) su invocación puede aportar argumentos normalmente utilizados para bloquear la satisfacción judicial de derechos fundamentales sociales, como los principios de separación de poderes y de reserva legal presupuestaria, como también la reserva de lo posible.

Quizás solamente en lo que se refiere a su estructura normativa ya se puede decir (no sin ninguna inseguridad) que el Supremo Tribunal Federal ha caminado en el sen-

¹³¹ E. BITTENCOURT NETO, *cit.*, p. 96.

¹³² C. HONÓRIO, *cit.*, p. 199.

¹³³ *Ibid.* p. 235.

tido, aunque implícitamente, de reconocerlo como una regla, adhiriéndose a la vertiente aquí denominada de *mínimo existencial como un derecho definitivo*. Sin embargo, en lo que respecta a la definición de su contenido (*contenido determinable en el caso concreto o listado constitucional preferencial*) y en lo que se refiere a su utilización como un criterio de justiciabilidad de derechos económicos y sociales (*mínimo existencial como piso mínimo o mínimo existencial como techo máximo*), todavía es muy temprano para hacer cualquier afirmación perentoria.

TITLE

EXISTENTIAL MINIMUM AND ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS: DISTINCTIONS AND CONTACT POINTS IN LIGHT OF BRAZILIAN DOCTRINE AND JURISPRUDENCE

SUMMARY

I. INITIAL CONSIDERATIONS: THE EXISTENTIAL MINIMUM AND THE JUSFUNDAMENTALITY OF THE ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS. II. ORIGINS, CONCEPT AND JURIDICAL BASES OF THE EXISTENTIAL MINIMUM. III. CONTENTS OF THE EXISTENTIAL MINIMUM, RELATIONSHIP WITH THE FUNDAMENTAL ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS, AND ITS USE AS A CRITERION OF JUSTICIABILITY. IV. THE EXISTENTIAL MINIMUM AND THE MANIFESTATIONS OF BRAZILIAN JURISPRUDENCE.

KEY WORDS

Economic and social rights; Fundamental rights; Judicial enforceability; Existential minimum.

ABSTRACT

This study aims to examine, from a critical perspective, the use of the notion of existential minimum as a criterion for defining the judicial enforceability of fundamental economic and social rights. It seeks to clarify the juridical meaning given to the concept, passing by analyzing its origins, nature and legal foundations, normative structure, relation with the fundamental economic and social rights, to demonstrate that the Brazilian doctrine and jurisprudence have been using the existential minimum in different ways and with different purposes. Thus, the objective is to identify the various positions taken considering the different aspects of the notion of existential minimum, aiming to avoid confusion on the subject. Throughout the study, we present some ways and positions focused on a functional employment of the concept, demonstrating the impossibility of using it as a definitive criterion to delineate the judicial enforceability of fundamental social rights.

Fecha de recepción: 23/02/2015

Fecha de aceptación: 18/05/2015