

# REVISTA EUROLATINOAMERICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 1 | N. 1 | ENERO/JUNIO 2014 | ISSN 2362-583X  
SANTA FE | ARGENTINA | PERIODICIDAD SEMESTRAL

Promoción:



Revista oficial de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo  
formada por las siguientes instituciones:



UNIVERSIDAD NACIONAL  
DEL LITORAL



PONTIFICIA  
UNIVERSIDADE  
CATOLICA DO PARANÁ



UNIVERSIDADE DA  
CORUÑA



UNIVERSIDAD NACIONAL  
DE ROSARIO



UNIVERSIDADE DE  
SANTA CRUZ DO SUL



UNIVERSIDAD DE  
SALAMANCA



UNIVERSIDAD  
EMPRESARIAL SIGLO 21



INSTITUTO DE DIREITO  
ROMEU F. BACELLAR



UNIVERSIDAD DE  
HUELVA



UNIVERSIDAD NACIONAL  
DEL COMAHUE



FACULDADES  
INTEGRADAS  
DO BRASIL



UNIVERSITÀ  
COMMERCIALE  
LUIGI BOCCONI



ASOCIACIÓN ARGENTINA  
DE DERECHO  
ADMINISTRATIVO



ESCUELA LIBRE DE  
DERECHO  
UNIVERSIDAD



UNIVERSITÀ LUM  
JEAN MONNET



RED DOCENTE  
EUROLATINOAMERICANA  
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



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

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

DANIEL WUNDER HACHEM

Profesor Adjunto del Departamento de Derecho Público de la Universidad Federal de Paraná y del Programa de Maestría y Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Doctor en Derecho del Estado y Magíster en Derecho del Estado por la Universidad Federal de Paraná. Coordinador y Profesor de la Carrera de Posgrado (Especialización) en Derecho Administrativo del Instituto de Derecho Romeu Felipe Bacellar. Coordinador Ejecutivo, por Brasil, de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Director Académico del NINC – Núcleo de Investigaciones Constitucionales de la Universidad Federal de Paraná (www.ninc.com.br). Editor Académico de la A&C – *Revista de Derecho Administrativo & Constitucional*. Abogado en Brasil. E-mail: danielhachem@gmail.com

**Recibido el:** 12.12.2013  
**Aprobado el:** 09.02.2014

#### 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. Para 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 objetiva así identificar las variadas posiciones adoptadas sobre los diversos aspectos de la noción de mínimo existencial, con el objetivo de evitar confusiones acerca del tema. En el estudio son presentados 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.

**Palabras-clave:** derechos económicos y sociales; derechos fundamentales; exigibilidad judicial; mínimo existencial.

#### 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.*

**Keywords:** economic and social rights; fundamental rights; judicial enforceability; existential minimum.

Referencia completa de este artículo: HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial y derechos económicos y sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 1, n. 1, p. 93-138, ene./jun. 2014.



## SUMARIO

**1.** Consideraciones iniciales: el mínimo existencial y la jusfundamentalidad de los derechos económicos y sociales. **2.** Orígenes, concepto y fundamentos jurídicos del mínimo existencial. **3.** Contenido del mínimo existencial, relación con los derechos fundamentales económicos y sociales, y su utilización como criterio de justiciabilidad. **4.** El mínimo existencial y las manifestaciones de la jurisprudencia brasileña. **5.** Referencias.

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

El régimen jurídico de los derechos económicos y sociales<sup>1</sup> en el Derecho Constitucional brasileño consiste en 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, un punto de unanimidad de la teoría de los derechos fundamentales. La temática, más que el simple análisis jurídico del texto constitucional, 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 basan no solamente en un prisma dogmático, sino también, según afirma Gerardo Pisarello, en percepciones históricas, filosófico-normativas y teóricas.<sup>2</sup>

En la sistemática constitucional brasileña, el reconocimiento de que determinados derechos son dotados de *fundamentalidad* impone la identificación de un régimen jurídico en concreto, sobre ellos incidente. Esto 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 Mayor, es posible, por lo menos, percibir elementos normativos distintivos que prestan a estos derechos una disciplina jurídica peculiar. Así como los demás derechos previstos por la Constitución Federal (CF), los derechos fundamentales consisten en derechos

<sup>1</sup> 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 ostentara las condiciones financieras para adquirirlos y los encontrara disponibles en el mercado. Sobre la caracterización de dichos derechos a partir del contenido mencionado, véase: ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 443; NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 41.

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



*supralegales*, una vez que son vehiculados por normas constitucionales situadas en el ápice del orden jurídico, no susceptibles a cambios por el legislador ordinario. Sin embargo, hay por lo menos dos caracteres que tornan peculiar el régimen jurídico de los derechos fundamentales, no extendiéndose a todos los derechos constitucionalmente establecidos: la aplicabilidad inmediata (art. 5º, §1º, CF) y la protección contra enmiendas que intenten abolir derechos (art. 60, §4º, IV, CF).<sup>3</sup>

El primero de ellos consiste en la previsión del art. 5º, §1º de la CF, que dispone que “las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata”. Se trata de una innovación de la Constitución brasileña de 1988, no incluida en textos constitucionales anteriores, y que da oportunidad a variadas interpretaciones de la doctrina alrededor de su comando normativo.<sup>4</sup> Hay consenso, sin embargo, en el sentido de que la determinación tiene la virtud de establecer que todas las disposiciones que consagran derechos y garantías fundamentales vinculan directamente los Poderes Públicos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), siendo capaces de generar efectos jurídicos prontamente, independientemente de regulación infraconstitucional (aunque no exista unanimidad en lo que respecta a las especies de derechos abarcados 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. Luego, no había una vinculación directa del legislador al contenido del texto constitucional o de las declaraciones de derechos (cuando estas no estaban insertadas en aquel).<sup>5</sup> En el contexto específico de Brasil, la afirmación expresa de que las normas de derechos fundamentales son inmediatamente aplicables adviene

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 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. 5º, §1º, de la CF), constituye justamente un elemento caracterizador esencial de su fuerza jurídica reforzada en el orden constitucional patrio”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 422. Traducción libre.

<sup>4</sup> Para un análisis de las distintas posiciones acerca de la interpretación del art. 5º, §1º de la Constitución Federal, entre otros, véase: HACHEM, Daniel Wunder. **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. p. 145-156.

<sup>5</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo**: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 9-10.



también de la habitual existencia de disposiciones insertadas en Constituciones anteriores que jamás llegaron a salir del papel.<sup>6</sup>

El segundo elemento referido concierne a la veda de enmiendas constitucionales que tiendan a eliminar derechos fundamentales del orden jurídico, en los términos del art. 60, §4º, IV de la CF: “No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir: (...) los derechos y garantías individuales”. Debido a este dispositivo, los derechos fundamentales integran las llamadas *cláusulas petreas*, constituyendo límites materiales a la reforma de la Constitución. Hay aquí, asimismo, 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 en la exclusión de su espectro los derechos económicos y sociales.<sup>7</sup>

En esta medida, 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 tendientes a abolirlos (art. 60, §4º, 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. 5º, §1º, 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 inviabilice su ejercicio por omisión de su reglamentación normativa, o en su implementación material.

Según lo mencionado, 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 fundamentales<sup>8</sup>; (b) limitación de la aplicación del régimen jurídico

<sup>6</sup> Es el caso de la Enmienda Constitucional nº 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, recuperación y convalecencia, mantenidas por la Unión, conforme disponga la ley”, los cuales jamás fueron concretados. BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 63.

<sup>7</sup> La posición es sostenida por: MAGANO, Octávio Bueno. Revisão constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, nº 7, São Paulo, p. 108-112, abr./jun. 1994. p. 110-111.

<sup>8</sup> 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 (MAGANO, Octávio Bueno. Revisão constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, nº 7, São Paulo, p. 108-112, abr./jun. 1994. p. 110-111.), y de João Pedro Gebran Neto, cuando niega la sumisión de los derechos sociales al



de los derechos fundamentales al contenido de los derechos económicos y sociales que coincide con el mínimo existencial<sup>9</sup>; (c) incidencia del régimen jurídico de los derechos fundamentales solamente sobre la parte de los derechos económicos y sociales necesaria a la garantía de las condiciones procedimentales de la democracia<sup>10</sup>; (d) sujeción integral de los derechos económicos y sociales al régimen jurídico de los derechos fundamentales.<sup>11</sup>

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 del tema de exigibilidad judicial de los derechos sociales. Se verifica, especialmente en las decisiones judiciales que, mismo los intérpretes que no adoptan expresamente la reducción del carácter de fundamentalidad de los derechos económicos y sociales al mínimo existencial muchas veces a él recurren 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 profundizada 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 objetiva, con esto, contribuir para 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 derechos fundamentales sociales bajo el argumento de no estar en ellos incluidos.

---

régimen de aplicabilidad inmediata de las normas definidoras de derechos fundamentales, previsto en el art. 5º, §1º de la Constitución Federal (GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 158.).

<sup>9</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, v. 12, Rio de Janeiro, p. 349-374, 2003; MAURÍCIO JR., Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**: a intervenção judicial em políticas públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 47.

<sup>10</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: Celso de Albuquerque Mello; Ricardo Lobo Torres (Orgs.). **Arquivos de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 17-61. y SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: \_\_\_\_\_; Daniel Sarmiento (Coords.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 515-551.

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. *passim*; NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. *passim*.



Se subraya, desde luego, que no se pretende agotar el asunto, investigando las raíces filosóficas del concepto, todas sus posibles fundamentaciones<sup>12</sup> y sus diversas consecuencias jurídicas.<sup>13</sup> El ámbito se limita al tema central de estudio, que se refiere a las relaciones del mínimo existencial con la jusfundamentalidad de los derechos económicos y sociales.

## 2. 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 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 del Poder Público destinadas a propiciar condiciones materiales de existencia digna.

Enfrentando 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 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, 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 sociales.<sup>14</sup>

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

<sup>12</sup> Sobre los fundamentos teóricos y filosóficos del mínimo existencial, disecando de forma profunda las distintas concepciones de John Rawls ("defensa del mínimo social"), Friedrich Hayek ("garantía de un ingreso mínimo"), Michael Walzer ("protección universal y comunitaria de derechos mínimos"), Jürgen Habermas ("la autonomía requiere derechos básicos") y Carlos Santiago Nino ("condiciones materiales decurrentes de la autonomía"), véase: HONÓRIO, Cláudia. **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. p. 12-41. Para un análisis más sintético de las fundamentaciones de John Rawls, Robert Alexy, Jürgen Habermas e Phillippe Van Parijs: TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 54-62. El tema también fue tratado por: BARCELLOS, Ana Paula de. **O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy**. In: Ricardo Lobo Torres (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>13</sup> Para un análisis completo del mínimo existencial y de sus diversas consecuencias jurídicas, véase: TORRES, Ricardo Lobo. **O direito...** *Op. Cit.*, p. 179-298.

<sup>14</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito...** *Op. Cit.*, p. 3-7.



derecho fundamental a las condiciones mínimas de existencia digna se dio por vía jurisprudencial en Alemania, donde se produjo su “primera importante elaboración dogmática”.<sup>15</sup> Según Ingo Sarlet, el primer jurista alemán en el periodo Postguerra a identificar 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 salvaguardia de la libertad, sino, igualmente, de un mínimo de seguridad social, una vez 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 carente el derecho subjetivo a los recursos materiales propiciados por el Estado,<sup>16</sup> amparándose en el principio de dignidad humana y en los derechos a la vida y a la libertad.<sup>17</sup> En el año de 1975, el Tribunal Constitucional Alemán reconoció, también, la existencia del derecho al mínimo para una existencia digna como un derecho fundamental del ciudadano.<sup>18</sup>

El contexto constitucional alemán debe ser aclarado para una adecuada comprensión de su 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 el 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).<sup>19</sup> 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 reputan a 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 con la Constitución mexicana de 1917, en la incorporación de

<sup>15</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 20.

<sup>16</sup> ALEMANHA. **BVerwGE** 1, 159 (161 e ss.), 24.06.1954.

<sup>17</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...** *Op. Cit.*, p. 317-318; BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 55; HONÓRIO, Cláudia. *Op. Cit.*, p. 45-46.

<sup>18</sup> Cabe exponer una parte de la decisión: “es cierto que la asistencia a los necesitados integra a 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 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...** *Op. Cit.*, p. 318.

<sup>19</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Op. Cit.*, p. 20.





derechos sociales – es vista como un modelo “fracasado”, que incluso contribuyó para la toma de poder por los nazistas.<sup>20</sup>

Dicha ausencia de derechos sociales en la Constitución alemana colaboró para 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 precisión 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 a la protección de la dignidad humana y de las satisfacciones elementares imprescindibles para el ejercicio de las libertades fundamentales. Y fue con base en esto 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 vida.<sup>21</sup> Posteriormente, otras Cortes Constitucionales profirieron 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, él puede ser definido como “un derecho a unas condiciones mínimas de existencia humana digna que no pueden ser objeto de intervención del Estado en la vía de los tributos (= inmunidad) y que aún exigen prestaciones estatales positivas”.<sup>22</sup> Como ya dicho anteriormente, desde el punto de vista negativo, él impide medidas del Poder Público que objetiven sustraer del individuo los medios necesarios para asegurar su subsistencia con dignidad. Bajo la óptica positiva, él corresponde, en las palabras de Ana Paula de Barcellos, al “conjunto de situaciones materiales indispensables a la 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 personalidad.<sup>23</sup>

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,

---

<sup>20</sup> KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 45.

<sup>21</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Op. Cit.*, p. 80-81.

<sup>22</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito...** *Op. Cit.*, p. 35. Traducción libre.

<sup>23</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 247. Traducción libre.



atrae el contenido de los derechos fundamentales,<sup>24</sup> exigiendo y suponiendo el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales de todas las generaciones<sup>25,26</sup> Hay 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, promuevan la dignidad humana. Por consiguiente, del principio de dignidad humana se extrae, concomitantemente, la obligación de no violación y el deber de promoción y protección.

Sin embargo, mientras que la dignidad humana pueda 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 de 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 acerca de la transgresión del mismo principio en lo que respecta a la omisión del Poder Público, que esto se traduce como una situación de flagrante indignidad. Es de esto que se trata el mínimo existencial: del “núcleo material del principio de dignidad humana”,<sup>27</sup> el que, cuando incumplido debido a la negligencia estatal, genera una violación consensual de la dignidad del ser humano.<sup>28</sup>

Esto no significa que el derecho en cuestión se limite a la garantía de una simple supervivencia física (*mínimo fisiológico*), es decir, al combate de la pobreza absoluta. Él 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, él también abarcaría el denominado *mínimo existencial*

<sup>24</sup> SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, nº 212, Rio de Janeiro, p. 89-84, abr./jun. 1998. p. 92.

<sup>25</sup> 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 de 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”. FLORES, Joaquín Herrera. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. In: \_\_\_\_\_ (coord.). **El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica da la razón liberal**. Bilbao: Desclée, 2000. p. 44.

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 85.

<sup>27</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica...** *Op. Cit.*, p. 247. En el mismo sentido, Eurico Bittencourt Neto se refiere al mínimo existencial como una “reserva de eficacia material” del principio de dignidad de la persona humana. BITTENCOURT NETO, Eurico. *Op. Cit.*, p. 115.

<sup>28</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica...** *Op. Cit.*, p. 243.



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

De otra parte, cabe subrayar que el derecho al mínimo existencial también no 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 plenitud.<sup>31</sup>

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 en contra de la dignidad humana; (ii) la veda de penas crueles y degradantes por el Estado mismo; (iii) la creación de mecanismos de participación popular en las tomas de decisión política; entre otros. Luego, la protección de la dignidad humana no ocurre únicamente por medio del derecho al mínimo existencial, sino que él consiste en uno de los instrumentos para asegurar, por lo menos, el núcleo esencial de la dignidad.<sup>32</sup>

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 él independe de una previsión expresa constitucional o legal.<sup>33</sup> Se trata de un derecho fundamental implícito en el tejido constitucional, derivado, según la mayor parte de los autores, del

---

<sup>29</sup> Jorge 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. Cf.: NOVAIS, Jorge Reis. *Op. Cit.*, p. 195.

<sup>30</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Op. 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". FRANCISCO, José Carlos. *Dignidade humana, custos estatais e acesso à saúde*. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 859. Traducción libre.

<sup>31</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito...** *Op. Cit.*, p. 37.

<sup>32</sup> BITTENCOURT NETO, Eurico. *Op. Cit.*, p. 117-118.

<sup>33</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Op. Cit.*, p. 25; TORRES, Ricardo Lobo. **O direito...** *Op. Cit.*, p. 27; BITTENCOURT NETO, Eurico. *Op. Cit.*, p. 121.



principio de la dignidad de la persona humana.<sup>34</sup> Se suele referir, también, al derecho a la vida<sup>35</sup>, a los principios de igualdad material y de la solidaridad social<sup>36</sup>, a la cláusula del Estado Social<sup>37</sup>, 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).<sup>38</sup>

En el ordenamiento constitucional brasileño, hay una cláusula de apertura material del catálogo de derechos fundamentales, insertada en el art. 5º, §2º de la CF, según la cual: “los derechos y garantías expresos 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 Mayor.<sup>39</sup> Por lo tanto, no hay mayores dificultades en reconocerse el derecho al mínimo existencial como un derecho fundamental, considerando su evidente relación con los principios constitucionales arriba mencionados y con el régimen democrático adoptado por la Ley Fundamental de 1988.

### 3. 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

<sup>34</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). **Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo**: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2011.p. 106; BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica...** *Op. Cit.*, p. 243 *et seq*; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...** *Op. Cit.*, p. 320; TORRES, Ricardo Lobo. **O direito...** *Op. Cit.*, p. 149-153; BITTENCOURT NETO, Eurico. *Op. Cit.*, p. 99-103.

<sup>35</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Op. Cit.*, p. 25.

<sup>36</sup> BITTENCOURT NETO, Eurico. *Op. Cit.*, p. 103-113.

<sup>37</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 133.

<sup>38</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito...** *Op. Cit.*, p. 8; 140-143.

<sup>39</sup> Sobre el reconocimiento de derechos materialmente fundamentales, véase, en la literatura jurídica portuguesa, las lecciones de: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 75-97. En el Derecho brasileño, el tema es largamente desarrollado por: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...** *Op. Cit.*, p. 78-140. e SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa...** *Op. Cit.*, p. 98-109.



históricos, debiéndose tener en cuenta, para identificarlas, los estándares y el desarrollo económico, social y cultural de la sociedad que esté en cuestión.<sup>40</sup>

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 la época en análisis) 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 aquí se denominará 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 de las necesidades de la persona bajo examen; y aquella que será bautizada de *listado constitucional preferencial*, según la cual, aunque varíe conforme 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 vasta mayoría de los autores expresa concordancia con el primer entendimiento: 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 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 Leal.<sup>41</sup>

Según este último autor, el mínimo existencial ostenta una naturaleza relacional ante el tiempo y espacio, variando su contenido, *v.g.* si comparadas las realidades de los países africanos con la de Suiza. Lo mismo ocurriría internamente en cada Estado, ejemplificando con las variaciones entre las necesidades existentes en el interior de los Estados de Maranhão y de Paraíba, con la situación de Estados como Rio Grande do Sul y Santa Catarina. El jurista señala para 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 de influyen en esta variabilidad los eventos provocados por causas fortuitas o de fuerza mayor (*v.g.* desastres

---

<sup>40</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Op. Cit.*, p. 21; KRELL, Andreas J. *Op. Cit.*, p. 63; LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 93; FRANCISCO, José Carlos. *Op. Cit.*, p. 860; BITTENCOURT NETO, Eurico. *Op. Cit.*, p. 119.

<sup>41</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito...** *Op. Cit.*, p. 13; SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Op. Cit.*, p. 26-27; BITTENCOURT NETO, Eurico. *Op. Cit.*, p. 121; FRANCISCO, José Carlos. *Op. Cit.*, p. 860; HONÓRIO, Cláudia. *Op. Cit.*, p. 261-266; LEAL, Rogério Gesta. *Op. Cit.*, p. 93.



naturales) que, en su entendimiento, pueden alterar radicalmente la especificidad del mínimo existencial para cada ciudadano.<sup>42</sup>

Los seguidores de esta corriente intentan, por lo menos, sugerir indicativos mínimos extraídos de la experiencia y de los textos normativos nacionales e internacionales, que servirían como parámetro para la averiguación de 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 incluido “siempre un atendimento básico y eficiente de salud, el acceso a una alimentación básica y vestimentas, la educación de primer grado y la garantía de una vivienda”.<sup>43</sup> 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 mínimos.<sup>44</sup>

Extrayendo estos indicativos del texto constitucional brasileño, Eurico Bittencourt Neto tiene como un ejemplo de parámetro el art. 7º, 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”.<sup>45</sup> Con el apoyo en estos parámetros, entiende que deben ser evaluadas, caso a caso, las necesidades específicas del individuo y el nivel de satisfacción exigible para considerarse respetada su dignidad.

Víctor Abramovich y Christian Courtis cosechan 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 por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”, la que retrata un punto de partida en el camino volcado a la plena efectividad de estos derechos. El Comité intentó definir el contenido básico de los derechos

<sup>42</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Op. Cit.*, p. 93.

<sup>43</sup> KRELL, Andreas J. *Op. Cit.*, p. 63.

<sup>44</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...** p. 321.

<sup>45</sup> BITTENCOURT NETO, Eurico. *Op. Cit.*, p. 121-122.



previstos por el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>46,47</sup> En el tema de *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, en 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 de *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 terceros.<sup>48</sup>

Si bien exista una adhesión mayoritaria a dicho raciocinio, se considera aquí no ser esta la mejor solución para la problemática en cuestión. Es que, 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 a variaciones indiscriminadas de su especificación en función del intérprete, dependiendo del caso concreto, perjudica la funcionalidad operacional del instituto. Parece ser necesario extraer de la sistemática constitucional de cada Estado, en un momento histórico determinado, el conjunto de elementos que se entiende como esenciales para asegurar una vida mínimamente digna a *todos los ciudadanos*, independientemente de las eventuales cuitas y desgracias que puedan afectar a sólo una parte de los individuos.

---

<sup>46</sup> El pacto fue adoptado por la Resolución nº 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.: PIOVESAN, Flávia. *Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais*. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 233-262. y MELLO, Celso Albuquerque. *A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas*. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 215-232.

<sup>47</sup> 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: SAGGESE, Federico. **El derecho a un nivel de vida adecuado**. Discurso jurídico y dimensión judicial. Perspectivas desde el Derecho Constitucional y Administrativo. La Plata: Librería Editora Platense, 2009. p. 91-92.

<sup>48</sup> ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 89-90.



Cabe retomar el posicionamiento de Rogério Gesta Leal, antes reproducido. Basándose en la necesidad de 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 significa o la muerte, o el sufrimiento grave, o toca el núcleo esencial de la autonomía”.<sup>49</sup> Dicha noción, además de demasiado abierta, parece ser exageradamente ampliativa, desbordando de 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 a la muerte, el dolor o el sufrimiento físico, simplemente no será posible definir cosa ninguna”, 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 ellas fueron desarrolladas”.<sup>50</sup> La noción del mínimo existencial debe ser más restricta y bien delimitada, como para impedir que toda y cualquier prestación estatal volcada a la satisfacción de un derecho social pueda en él verse incluida.

La adopción de un criterio tan vago y ampliativo conduce al posicionamiento que rechaza la posibilidad de exigirse judicialmente toda y cualquier prestación vinculada al mínimo existencial, lo que resulta en un retroceso justamente 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 arriba, aduce que debe ser relativizada la idea según la cual “una violación del mínimo existencial (aunque 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 al mínimo existencial, el desequilibrio entre la infinidad de demandas existentes y la finitud de los recursos para satisfacerlas podrá llevar “al no atendimento integral y absoluto del derecho fundamental individual o social, exactamente para no violar de forma más

<sup>49</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Op. Cit.*, p. 103. Traducción libre.

<sup>50</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 803-804. Traducción libre.





impactante derechos colectivos y difusos contrastantes”.<sup>51</sup> El jurista ejemplifica, entonces, con casos extremados por él apreciados en la vía jurisdiccional, que involucra el derecho a la salud, considerando, al que parece, que aunque se tratara del derecho necesario a la satisfacción del mínimo existencial (porque es imprescindible a la supervivencia del jurisdiccional) su concesión fue negada.<sup>52</sup> No obstante, en los casos mencionados, parece que, diferentemente de lo que consideró el autor, *no se trataban de derechos incluidos en el mínimo existencial*.

Los criterios de supervivencia y de la atenuación del sufrimiento del individuo, aunque relacionados con la categoría en debate, no son definitivos para insertar determinada prestación entre aquellas situadas en la esfera del mínimo existencial. Esto porque, cabe repetir, teniendo como ejemplo el derecho a la salud, prácticamente todos los tratamientos y medicamentos son creados para evitar a 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 todos los ciudadanos vivos todo el tiempo, protegiendo 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 en contra de cualquier sufrimiento. Parten de las priorizaciones emanadas de cada Constitución, para definir el conjunto de prestaciones básicas que deben ser 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

<sup>51</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Op. Cit.*, p. 104. Traducción libre.

<sup>52</sup> 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 nº 70013407242, 3ª 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 1300% a más del valor de un medicamento convencional (BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande de Sul**. Agravo de Instrumento nº 70013844980, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Rogério Gesta Leal, juzgado el 16.03.2006). Cf.: LEAL, Rogério Gesta. *Op. Cit.*, p. 104.



determinación del contenido del mínimo existencial, referida en el inicio de este tema. Parece ser esta la mejor respuesta para la temática en epígrafe.

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 ya, que la jurista subraya que su proposición 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 fundamenta en el texto constitucional.<sup>53</sup>

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 a 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 otros tres, cuando dejan de ser observados por el Estado.<sup>54</sup> Lo importante, en sus lecciones, 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 referentes 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 n° 59/2009.<sup>55</sup> Esta “educación básica”, cuyo acceso gratuito

<sup>53</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica...** *Op. Cit.*, p. 300-302.

<sup>54</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica...** *Op. Cit.*, p. 302-303.

<sup>55</sup> 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. Con la Enmienda Constitucional n° 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



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 n° 9.394/1996), la educación infantil<sup>56</sup>, la enseñanza fundamental<sup>57</sup> y secundaria.<sup>58</sup> El acceso a la educación universitaria se encuentra fuera de la protección del mínimo existencial, aunque esté abarcada en el derecho fundamental social a la educación, cuando 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 alcance.<sup>59</sup>

Así, por integrar 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° del art. 208 de la CF, “derecho público subjetivo”, cuyo no ofrecimiento por el Poder Público “resulta en responsabilidad de la autoridad competente” (art. 208, §2°, 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 costos similares, hasta que la Administración esté en condiciones de prestar el servicio público adecuadamente.<sup>60</sup>

Con relación a la salud, se levanta una flagrante dificultad para delimitar cuáles 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?”<sup>61</sup> Los obstáculos se agravan cuando se verifica que la mayor parte de las demandas judiciales para cubrir los costos de tratamiento de salud y de suministro de medicamentos no objetivan el combate de situaciones y enfermedades que acometen a 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

---

su interpretación del mínimo existencial no es absoluta e inmune a las transformaciones fácticas y jurídicas de un determinado Estado. Cf.: BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 262.

<sup>56</sup> 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 n° 9.394/1996).

<sup>57</sup> 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 n° 9.394/1996).

<sup>58</sup> Etapa final de la “educación básica”, con duración mínima de 3 años (art. 35, *caput* de la Ley n° 9.394/1996).

<sup>59</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica...** *Op. Cit.*, p. 303-308.

<sup>60</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Idem*, p. 310. En el mismo sentido: BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 146-147.

<sup>61</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Idem*, p. 324.



tifoidea y paratifoidea, esquistosomiasis, infecciones intestinales o, aún, para tratamiento cardiológico, oftalmológico o ginecológico preventivo, prenatal y postnatal”.<sup>62</sup>

Por esto, como ya 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 resultaría en aceptar la concesión judicial de financiación de tratamientos carísimos, destinados a la cura de enfermedades raras, no para los representantes de las camadas más humildes de la población, sino para la clase media, dotada de informaciones sobre sus derechos y sobre la manera de ejercerlos, detentora de condiciones financieras para reivindicarlos judicialmente.<sup>63</sup> Se perjudica, con esto, la financiación de políticas públicas y servicios públicos de salud universales, direccionados a la medicina preventiva e incluso curativa de enfermedades que afectan la mayor parte del pueblo brasileño.

Así como es 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 en consecuencia de enfermedades relacionadas con la falta de saneamiento (...)?”<sup>64</sup> En último análisis, 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 movilización.<sup>65</sup> Aceptar, por lo tanto, que el Poder Judicial debe atender al máximo del derecho a la salud, incluso en relación a las prestaciones materiales que no estén previstas en la legislación ordinaria, hace que todos las paguen, aunque no tengan optado por esto 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 favorable.<sup>66</sup>

Ante los problemas señalados, Ana Paula de Barcellos puntúa que la delimitación en el mínimo existencial, en la esfera bajo análisis (salud), debe restringirse a las *prestaciones de salud disponibles a todos*, alejándose el criterio de las mejores o peores condiciones de salud de las personas para determinar qué debe y qué no debe ser concedido.<sup>67</sup>

<sup>62</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **O direito a prestações de saúde...** *Op. Cit.*, p. 807. Traducción libre.

<sup>63</sup> Según Clèmerson Merlin 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”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais...* *Op. Cit.*, p. 103. Traducción libre.

<sup>64</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Idem*, p. 806. Traducción libre.

<sup>65</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Idem, Ibidem*.

<sup>66</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica...** *Op. Cit.*, p. 324.

<sup>67</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Idem*, p. 325-326.



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 judicialmente.<sup>68</sup>

El modelo propuesto “propugna por 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 el atendimento preventivo 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)<sup>69,70</sup> 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 en el Poder Judicial, en el caso de que él 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, es compuesta por las pretensiones que objetivan 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 que comprueben no tener medios de subsistencia o de tenerla desde su familia” – art. 203, V), como también la alimentación, ropa y alojamiento.<sup>71</sup> Ana Paula de Barcellos menciona tres posibles formas de prestación de asistencia social: (i) el pago de una cuantía en efectivo al necesitado<sup>72</sup>; (ii)

<sup>68</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Idem*, 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.

<sup>69</sup> Conforme 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)”. BARCELLOS, Ana Paula de. *Idem*, p. 329.

<sup>70</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Idem*, p. 328-329.

<sup>71</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Idem*, p. 337.

<sup>72</sup> Como es el caso de la Ley n° 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°. 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



el suministro de prestaciones asistenciales mediante el sistema de vouchers, como para la alimentación y el transporte; (iii) disponibilidad de bienes – vivienda, alimentación y ropa – *in natura*, en establecimientos mantenidos por el Poder Público.<sup>73</sup> La autora presenta, con todo, problemas que son intrínsecos a cada una de ellas.<sup>74</sup> Según su entendimiento, sea cual sea la forma elegida para prestar la asistencia, se debe posibilitar a los ciudadanos por lo 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”.<sup>75</sup>

El acceso a la justicia, por fin, es el instrumento capaz de asegurar la postulación judicial de los derechos materiales componentes del mínimo existencial. Su implementación, así como las demás prestaciones referidas, encuentra obstáculos, como su coste<sup>76</sup> y la falta de información, que impide el ciudadano tener conocimiento de sus derechos materiales y de la propia estructura que le podría proporcionar el acceso a la Justicia.<sup>77</sup> Consecuentemente, 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 sociedad<sup>78</sup>, como también la defensoría del pueblo, en el atendimento del derecho fundamental a la asistencia jurídica gratuita, dispuesto en el art. 5º, LXXIV de la Constitución.<sup>79</sup>

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 visto, aquél no se confunde integralmente con estos.

El derecho fundamental al mínimo existencial es compuesto por partes de derechos económicos y sociales necesarias a proporcionar a su titular unas condiciones

---

extremada pobreza y que tengan en su composición adolescentes con edad entre 16 (dieciséis) y 17 (diecisiete) años, siendo pago hasta el milite de 2 (dos) beneficios por familia”. Traducción libre.

<sup>73</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.*, p. 338-339.

<sup>74</sup> En síntesis, se refiere al problema del pago de un valor en dinero 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.

<sup>75</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.*, *Idem*, p. 339.

<sup>76</sup> 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.

<sup>77</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.*, p. 341-349.

<sup>78</sup> 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. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: Edis Milaré (Coord.). **Ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 794.

<sup>79</sup> Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988: “Art. 5º. (...) LXXIV – El Estado prestará asistencia jurídica integral y gratuita a los que comprueban insuficiencia de recursos”. Traducción libre.



materiales de existencia mínimamente digna. Él es un *minus* en relación a los derechos sociales, que son provistos de un contenido más amplio, 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 existencial.<sup>80</sup> Mientras que este último objetiva “erradicar la pobreza y la marginación”, aquellos, en su dimensión máxima, tiene como objetivo la “reducción de las desigualdades sociales y regionales” y “garantizar el desarrollo nacional” en su dimensión humana.<sup>81</sup> El mínimo existencial se dirige al combate de la miseria o pobreza absoluta, al paso que los derechos económicos y sociales se destinan a la promoción de la igualdad material entre los individuos.<sup>82</sup>

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

El punto de consenso en esta esfera 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 ciudadano.<sup>83</sup> Vale decir: si la prestación jurídica presentada al Poder Judicial tratarse de la imposición de comportamientos estatales que integran el conjunto abarcado por el mínimo existencial, el individuo podrá requerirla.<sup>84</sup> Se derrumba con esto, en el Derecho brasileño, la

---

<sup>80</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a ‘Existem direitos sociais?’ de Fernando Atria. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 149; SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. *Op. Cit.*, p. 25.

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

<sup>82</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito...** *Op. Cit.*, p. 14-17.

<sup>83</sup> Fue dicho un punto de “consenso” y no “unanimidad” porque, de la bibliografía consultada, la única posición aparentemente disonante fue la de José Carlos 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, 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. Cf.: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. Cit.*, p. 404.

<sup>84</sup> En este sentido: CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais... *Op. Cit.*, p. 106-107; TORRES, Ricardo Lobo. **O direito...** *Op. Cit.*, p. 84 y 87-89; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...** *Op. Cit.*, p. 321-322 y 350-351; BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica...** *Op. Cit.*, p. 243; SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; \_\_\_\_\_ (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen



concepción según la cual todas las disposiciones constitucionales atinentes a los derechos económicos y sociales son normas programáticas, que no otorgarían al ciudadano un derecho subjetivo sindicable judicialmente y se limitarían a señalar fines a ser realizados progresivamente por el Estado, dentro de su discrecionalidad.<sup>85</sup>

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, él se presta a definir solamente el mínimo exigible por la vía judicial, debiendo reconocerse la sindicabilidad de los derechos sociales más allá del campo de abarcadura del “mínimo existencial”; para otros, él 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 paso que otros le otorgan el perfil de *principio* jurídico, entendiendo que su comando impone su realización en la máxima medida posible, conforme las

---

Juris, 2008. p. 578-579; LEAL, Rogério Gesta. *Op. Cit.*, p. 100 y 103; AMARAL, Gustavo. **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. p. 211-216; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 133; BITTENCOURT NETO, Eurico. *Op. Cit.*, p. 130-131; MAURÍCIO JR., Alceu. *Op. Cit.*, p. 76-77; HONÓRIO, Cláudia. *Op. Cit.*, p. 58 e 61.

<sup>85</sup> 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 nº 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 Río 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. Improperidad de la vía mandamental para el atendimento del derecho demandado.” (BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Mandado de Segurança nº 220/98, Rel. Del. Antonio Lindberg Montenegro, juzgado el 17. 12.1998).





circunstancias fácticas y jurídicas existentes (vertiente que se denominará de *mínimo existencial prima facie*).<sup>86</sup>

Para el primer grupo, del *mínimo existencial definitivo*<sup>87</sup>, 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”.<sup>88</sup> En este sentido, por componer la noción de la dignidad de la persona humana de un modo tan fundamental, la exigibilidad del mínimo existencial no podría ser alejada en un conflicto 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 requeridos ante el Poder Judicial, aunque delante de 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, como 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 compite primariamente a la función legislativa. Él se presenta como un “triunfo principal” capaz de hacer que se ceda la legitimidad democrática de las elecciones políticas del legislador a favor de la legitimidad constitucional de la acción jurisdiccional.<sup>89</sup> Su incidencia se da por el método de subsunción, no pudiendo ser objeto de

---

<sup>86</sup> 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 (tal y como del *grado de fundamentalidad* 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: SILVA, Virgílio Afonso da. Principios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, nº 1, Belo Horizonte: Del Rey, p. 607-629, jan./jun. 2003; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Regras e princípios: por uma distinção normoteorética. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, nº 45, Curitiba: SER/UFPR, p. 37-73, 2006; y HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 136-144.

<sup>87</sup> Compuesto, entre otros, por: TORRES, Ricardo Lobo. **O direito... Op. Cit.**, p. 84 e 87-89; BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica... Op. Cit.**, p. 243; BITTENCOURT NETO, Eurico. **Op. Cit.**, p. 130-131; HONÓRIO, Cláudia. **Op. Cit.**, p. 58 e 61.

<sup>88</sup> Dicha forma de aplicación de las normas-regla, según Dworkin, funciona de la siguiente manera: si presente 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 ella 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 embate 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*. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 39.

<sup>89</sup> BITTENCOURT NETO, Eurico. **Op. Cit.**, p. 130.



ponderación, una vez que su contenido coincide con el núcleo esencial irreductible de los derechos fundamentales, no susceptibles de ser sopesados.<sup>90</sup> 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 no más *prima facie* – al erigirse como fundamento de la República Federativa de Brasil la dignidad de la persona humana, de manera que por lo 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 justificabilidad del contenido esencial de los derechos económicos y sociales. Ella establece una nítida línea que demarca la extensión de la legitimidad del Poder Judicial para la concreción de estos derechos: estando dentro del ámbito de abarcadura del mínimo existencial, la pretensión jurídica debe ser concedida por el juez independientemente de la reserva de lo financieramente posible.<sup>91</sup> 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 él “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”.<sup>92</sup>

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 disponibles en las arcas públicas para atender al mínimo existencial de todos los ciudadanos. Los defensores del *mínimo existencial definitivo* responden. Si es correcto que en sociedades con bajos índices de desarrollo humano y económico el atendimento al mínimo existencial de todos los que 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 que se impone una protección reforzada al 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 como 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”.<sup>93</sup>

<sup>90</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito...** *Op. Cit.*, p. 84 e 87-89.

<sup>91</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito...** *Op. Cit.*, p. 53-54 y 105-106; BITTENCOURT NETO, Eurico. *Op. Cit.*, p. 98 y 131; HONÓRIO, Cláudia. *Op. Cit.*, p. 58.

<sup>92</sup> HONÓRIO, Cláudia. *Op. Cit.*, p. 61.

<sup>93</sup> BITTENCOURT NETO, Eurico. *Op. Cit.*, p. 131.



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, como también, muchas veces, la existencia de normas organizatorias y procedimentales y de instituciones públicas habilitadas a 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 resultaría en la determinación del uso de servicios privados, a expensas del Estado, hasta que él disponga de medios materiales para esto.<sup>94</sup>

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, de la construcción de Robert Alexy<sup>95</sup> sobre el tema. Entienden que este derecho, como los demás derechos 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 ponderación.<sup>96</sup>

Esta concepción interpreta el mínimo existencial, bajo el prisma abstracto, como un derecho *prima facie*, que puede o no prevalecer, dependiendo del caso concreto. Él solamente se volvería un derecho *definitivo* después de la ponderación, por el magistrado,

<sup>94</sup> BITTENCOURT NETO, Eurico. *Idem*, p. 124.

<sup>95</sup> 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 a ser seguidos, no se debe declarar la invalidez de uno de ellos, 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 cuál principio tiene un peso mayor en la situación específica, de manera que el contenido de ambos principios conflictivos sea realizado en la mayor medida posible, produciendo un resultado óptimo. De aquí que los principios son conceptuados por el autor como *mandatos de optimización*. Cf.: ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 67-71.

<sup>96</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...** *Op. Cit.*, p. 321-322 e 350-351; LEAL, Rogério Gesta. *Op. Cit.*, p. 100 y 103; SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial...** *Op. Cit.*, p. 578-579; AMARAL, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 211-216; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 133; MAURÍCIO JR., Alceu. *Op. Cit.*, p. 76-77.



con las demás normas involucradas, que podrán, en una dada 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 volcadas a la satisfacción del mínimo existencial.<sup>97</sup>

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 sometido 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, ahí es que 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 ponderativo.<sup>98</sup>

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 significa que él esté en la misma condición de los derechos fundamentales sociales en general y se sujete a la ponderación.<sup>99</sup> Esto porque, desde una perspectiva más atenta, aunque se conceda autonomía al derecho bajo análisis, el mínimo existencial ya es el producto de una ponderación previamente operada por el constituyente, compuesto por un conjunto formado de partes de otros derechos fundamentales. Él 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 cuáles partes de cada uno de los derechos fundamentales sociales en juego sobreviven al test de proporcionalidad en sus tres dimensiones,<sup>100</sup> para entonces llegar al mínimo existencial, ya como un derecho definitivo.

<sup>97</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoría... Op. Cit.*, p. 133.

<sup>98</sup> SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial... Op. Cit.*, p. 579.

<sup>99</sup> Sobre la caracterización de la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy como una teoría de los principios, véase: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 63-149.

<sup>100</sup> Según Clèmerson Merlin Clève y Alexandre 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”. CLÈVE,



Lo que ocurre, por lo tanto, es una verificación de los siguientes criterios: (i) *adecuación*: cuáles medidas restrictivas de la potencialidad máxima de los derechos fundamentales sociales son adecuadas para garantizar la observancia a los principios de la separación de poderes, democrático, reserva legal presupuestaria, entre otros; (ii) *necesidad*: cuáles 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 del Estado.<sup>101</sup> 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 existencial.<sup>102</sup> Cuando se llega al ámbito judicial, 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 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*), la 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 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,

---

Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: Sérgio Sérulo da Cunha; Eros Roberto Grau (Orgs.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 239.

<sup>101</sup> Sobre la aplicación del principio de la proporcionalidad a través de los criterios de *adecuación*, *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto* en el caso de colisión entre derechos fundamentales, véase: ALEX, Robert. *Op. Cit.*, p. 91-95.

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



una vez que cada juez definirá las prestaciones por él abarcadas de modo distinto en cada caso, como también la certificación de que el pedido del demandante está incluido en este mínimo tampoco significa alguna cosa, ya que él podrá ser rechazado aún así. Por consiguiente, estas dos comprensiones no contribuyen para la resolución del problema de la sindicabilidad 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 a todos los ciudadanos y no solamente accidentalmente a 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 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 abarcadura, pudiendo ser prontamente requeridas ante el Poder Judicial, independientemente de 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 elecciones políticas determinadas por el proceso democrático de deliberación pública.<sup>103</sup>

Pese a que ni todos los seguidores de esta corriente nieguen la jusfundamentalidad de los derechos sociales cuando sobrepasan al mínimo existencial<sup>104</sup>, ella 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. 5º, §1 de la Constitución Federal. La justificación sería la 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

<sup>103</sup> Son seguidores de esta posición: TORRES, Ricardo Lobo. **O direito...** *Op. Cit.*, p. 84 e 87-89; BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica...** *Op. Cit.*, p. 292.

<sup>104</sup> Como se tiene la impresión de ser el caso de Ana Paula de Barcellos.



las clases más favorecidas, ante la incapacidad de información y económica de los más pobres para conocer sus derechos, saber cómo ejercitarlos y disponer de los medios para reivindicarlos por la vía judicial. Habría, pues, un perjuicio a las políticas universales que alcanzan a la población más carente y necesitada.<sup>105</sup>

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 justificada.<sup>106</sup>

En esta línea, Ingo Wolfgang Sarlet aclara expresamente que, aunque se abogue 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 representan objeciones a la satisfacción de los derechos sociales.<sup>107</sup> En sentido similar, sostiene Daniel Sarmento que la frontera de intervención del Poder Judicial irá depender 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".<sup>108</sup>

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 reglamentación legislativa, previsión presupuestaria, disponibilidad financiera o existencia de estructura organizacional del Poder

<sup>105</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito...** *Op. Cit.*, p. 121-135.

<sup>106</sup> Es el caso de los autores: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 106-107; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...** *Op. Cit.*, p. 350; SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial...** *Op. Cit.*, p. 579; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria...** *Op. Cit.*, p. 133; BITTENCOURT NETO, Eurico. *Op. Cit.*, p. 144.

<sup>107</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...** *Op. Cit.*, p. 350.

<sup>108</sup> SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial...** *Op. Cit.*, p. 579. Traducción libre.



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 ser presentados 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 condenación al costeo 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*. Él debe ser considerado un *piso mínimo*, siendo aceptable la demanda judicial de partes de derechos fundamentales sociales que lo sobrepasen, desde que observada 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 compitiera ponderar caso a caso acerca de la razonabilidad del 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 existir normativización de la Constitución de este tema, aunque sobrepase los límites del mínimo, dicha prestación del derecho fundamental social podrá ser requerida ante el juez por gozar de aplicabilidad inmediata, elemento característico del régimen jurídico de los derechos fundamentales.

Luego, 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*”.<sup>109</sup> Esto porque, aunque carentes de reglamentación legislativa, los derechos fundamentales sociales disfrutan de un contenido preestablecido por el constituyente. Y como la posición aquí adoptada concede jusfundamentalidad a los derechos económicos y sociales

<sup>109</sup> El “*mandado de injunção*” se trata de una acción judicial creada por la Constitución brasileña de 1988 que puede ser propuesta por el ciudadano cuando la falta de norma reglamentaria inviabiliza 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 o órgano competente no ejerza efectivamente su competencia normativa cumpliendo el deber de crear la correspondiente normatización del ejercicio del derecho constitucional. Ver nota n. 114 para una explicación más larga. Para profundizar el estudio del tema, ver: HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de injunção e direitos fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.





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 jusfundamental 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. Ella adelanta “en la mayor parte de los casos, normas organizatorias, deberes y posiciones activas que resultan de las disposiciones jusfundamentales”.<sup>110</sup> 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° – “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 un mayor detalle con la Enmienda Constitucional n° 29/2000, que incluyó párrafos y alineas en el art. 198, vinculando ingresos de la Unión, de los Estados y de los Municipios para acciones y servicios públicos de salud. La educación es reglamentada pormenorizadamente por los arts. 205 a 214, conteniendo incluso la concesión, ya mencionada, de gratuidad del acceso a la educación básica, que involucra la educación infantil, la enseñanza fundamental y secundaria, reconociéndola como un derecho público subjetivo del ciudadano. También hay una previsión de vinculación de ingresos públicos para las actividades volcadas a la educación, insertada por la Enmienda Constitucional n° 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 compruebe 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*,<sup>111</sup> porque se tratan de decisiones políticas fundamentales aplicadas

<sup>110</sup> BITTENCOURT NETO, Eurico. *Op. Cit.*, p. 146.

<sup>111</sup> Así entiende: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 107.



por el constituyente, que ni siquiera se encuentran en la esfera de disponibilidad del legislador ordinario. Luego, son también prontamente 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 resultan en derechos subjetivos a prestaciones materiales. Cabe ejemplificar 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, §2º, CF), pero a él nuevamente conducido por la cláusula de apertura material del art. 5º, §2º, de la CF. Aunque no se considere, aquí, que dicha pretensión jurídica esté incluida en el mínimo existencial,<sup>112</sup> se considera ser posible requerirla judicialmente ante su violación. No se trata de una disposición que exija ley ordinaria para ser postulada.

Cabe registrar 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 particulares) de los derechos fundamentales sociales. Los derechos de los trabajadores enunciados en los arts. 7º, 8º y 9º de la Constitución pueden ser exigidos judicialmente, obligando el Poder Público a protegerlos en contra de acciones de los empresarios, en la medida de que estén bien especificados en el texto constitucional, aunque no haya ley reglamentaria. Si bien la disposición conductora del derecho lo condicione a la “forma de la ley”, como es el caso de las alineas I, IV, X, XI, XII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII, XXVII del art. 7º, la previsión de un contenido mínimo del derecho posibilita su reivindicación judicial. Aunque no existiera fijación legal del valor del sueldo mínimo (art. 7º, IV, CF), por ejemplo, el dispositivo ya establece pormenorizadamente aquello que debe ser abarcado por dicho valor (atendimiento de 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 esto su definición por el juez.<sup>113</sup> En las hipótesis en las que no hay 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

<sup>112</sup> Conforme se verá a continuación, el Supremo Tribunal Federal, en 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. Cf.: BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 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.

<sup>113</sup> Es el posicionamiento de MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 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 atiende a todas las necesidades establecidas en el art. 7º, IV de la CF.



de la empresa, según consta definido en ley – art. 7º, XI, CF), será necesaria la presentación de un *mandado de injunção* (art. 5º, LXXII, CF).<sup>114</sup>

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 es preferentemente reservada al espacio de deliberación pública propio del Poder Legislativo.<sup>115</sup> Será necesario, en dichos casos, utilizar la vía específica del “*mandado de injunção*” para garantizar judicialmente la posibilidad de ejercicio del derecho fundamental. Cabe ilustrar 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).<sup>116</sup>

#### 4. 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 vertiente, sólo con el objetivo de cotejar la acogida del mínimo existencial por la doctrina constitucionalista brasileña con la práctica operada cuotidianamente en los órganos jurisdiccionales patrios.

Según ya 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.

---

<sup>114</sup> Según dicho dispositivo: “se concederá un *mandado de injunção* siempre que la falta de norma reglamentaria vuelva obstaculizado 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 diálogo constitucional entre todos los interesados, involucrando los poderes estatales y la sociedad”. HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de injunção e direitos fundamentais**: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 180-181.

<sup>115</sup> BITTENCOURT NETO, Eurico. *Op. Cit.*, p. 150.

<sup>116</sup> Constitución de la República Federativa de Brasil: “Art. 40. (...) §4º Es 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”.



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 pedidos 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. 6º, 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 n° 1246-1. Se trataba, en el 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 existir tratamiento en un centro de salud estadounidense capaz de curarlo. Amparándose en el art. 196 de la 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 el pedido 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 ella violaba los arts. 37, 100 y 167 de la Constitución, por haber ocurrido una orden de pago sin base en el presupuesto, 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 asegurado por la propia Constitución de la República (art. 5º, caput) o hacer prevalecer, en contra de esta prerrogativa fundamental, un interés financiero y secundario del Estado, entiendo – una vez configura este dilema – que las razones de índole ética-jurídica impone al juzgador una sólo y posible opción: el respeto no declinable a la vida.<sup>117</sup>*

Esta parte de la decisión se ha vuelto un paradigma para decisiones proferidas posteriormente en el tema de derecho a la salud, habiendo sido reproducida en el Recurso Extraordinario n° 267.612, en el Agravo de Instrumento n° 570.445, en el Agravo Regimental en el Recurso Extraordinario n° 248.304, en el Agravo Regimental en el Recurso Extraordinario n° 273.834 y en el Recurso Extraordinario n° 393.175.<sup>118</sup> Posición seme-

<sup>117</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Petição nº 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.

<sup>118</sup> Conforme noticia WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Coords.). **Direitos fundamentais:**



jante fue adoptada en la decisión unipersonal proferida en el Recurso Extraordinario n° 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”<sup>119</sup>, como también en el voto del Min. Sydney Sanches en el Recurso Extraordinario n° 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, cuestión de prioridad”.<sup>120</sup>

Aunque bien intencionadas, decisiones de esta naturaleza no tienen en cuenta aspectos esenciales de la satisfacción universal de los derechos fundamentales sociales que, como ya visto, no deben ser concretados solamente individualmente y por la vía judicial, comprometiendo los recursos de políticas públicas y servicios públicos para el atendimento de pocos que tuvieron condiciones de requerirlos ante el Poder Judicial.<sup>121</sup> 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 llevar en consideración la reserva de lo posible y las limitaciones presupuestarias como óbices a la plena satisfacción de los derechos sociales en sede judicial.<sup>122</sup> Según Daniel Wei Liang Wang, dicho cambio de la posición mayoritaria de la Corte en el tema de la salud ocurrió a partir de 2007.<sup>123</sup> 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

---

orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 354, nota n° 19.

<sup>119</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n° 342.413, Relatora Ministra Ellen Gracie, juzgado el 14.10.2004, publicado en el DJ 09.11.2004. Traducción libre.

<sup>120</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n° 198.263, Relator Ministro Sydney Sanches, juzgado el 12.02.2001, publicado en el DJ 30.03.2001.

<sup>121</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 103.

<sup>122</sup> Cabe mencionar, como ejemplos, las decisiones de la Ministra Ellen Gracie en la Suspensión de Tutela Anticipada n° 91 y de la Suspensión de Amparo n° 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 venir a 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 restante de la colectividad”. Cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n° 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 n° 3073, Relatora Ministra Presidente, Decisión Proferida por la Ministra Ellen Gracie, juzgado el 09.02.2007, publicado en el DJ 14.02.2007.

<sup>123</sup> WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 356-359.



de mínimo existencial se limita a mencionar esta categoría solamente de forma puntual y sin mucha precisión teórica.<sup>124</sup>

Una de las más expresivas y citadas decisiones de la Corte, a pesar de proferida mucho más en carácter doctrinal que propiamente jurisprudencial, una vez que hubo pérdida del objeto de la demanda, fue aquella elaborada por el Min. Celso de Mello en la *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* n° 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 en gran medida de un vínculo financiero que no se puede escapar, subordinado a las posibilidades presupuestarias del Estado, de un 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 atesta expresamente la imposibilidad del Estado de invocar dicho argumento para eximirse del cumplimiento de sus deberes constitucionales, sobre todo cuando dicha omisión “pueda resultar en la anulación o, incluso, aniquilación de derechos constitucionales impregnados de un sentido de esencial fundamentalidad”.<sup>125</sup>

Después de utilizarse de las lecciones de Ana Paula de Barcellos, el Ministro hace constar la idea de que, no obstante la elaboración y la concreción de políticas públicas se ubicaren 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 en omisiones que comprometan la eficacia de los derechos sociales y que afecten el “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 – y incluso por razones fundadas en un imperativo ético-jurídico –, la posibilidad de intervención del Poder Judicial, para viabilizar, a todos, el acceso a los bienes cuya fruición les haya sido injustamente rechazada por el Estado”.<sup>126</sup>

En el tema de la educación hay también otras decisiones de relatoría del Min. Celso de Mello que se relacionan al mínimo existencial y se basan en la fundamentación expandida en la ADPF n° 45. Son casos que involucran el derecho fundamental de los niños de hasta cinco años de edad en tener el acceso a la educación infantil a través

<sup>124</sup> La constatación acerca de la escasez de juzgados del STF es hecha por: TORRES, Ricardo Lobo. **O direito...** Op. Cit., p. 71-73; BITTENCOURT NETO, Eurico. *Op. Cit.*, p. 96-97; HONÓRIO, Cláudia. *Op. Cit.*, p. 199 *et seq.*

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

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



de guarderías y institución preescolar, según 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”, ubicadas fuera de la esfera de discrecionalidad de la Administración Pública la decisión en relación con la prestación o no de este servicio público.<sup>127</sup> En algunas de ellas, el Relator fundamenta dicho entendimiento en la 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 positivas 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*

---

<sup>127</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 677.274, Relator Ministro Celso de Mello, juzgado el 18.09.09, publicado en el DJE 01.10.08; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinario nº 472.707, Relator Ministro Celso de Mello, juzgado el 14.03.06, publicado en el DJ 04.04.06; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinario nº 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 Extraordinario nº 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 Extraordinario nº 436.996, Relator Ministro Celso de Mello, juzgado el 26.10.05, publicado en el DJ 07.11.05.



*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. 1º, III, y art. 3º, 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.<sup>128</sup>*

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 n° 564.035. El caso involucraba una pretensión jurídica de acceso gratuito a la enseñanza fundamental en una escuela pública, ante la denegación del pedido 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 cumplimiento estrictamente obligatorio por el Poder Público, de él no pudiendo eximirse 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 §1º tratarse de un derecho público subjetivo.<sup>129</sup>

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 n° 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 notar que la disposición atacada simplemente

<sup>128</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n° 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.

<sup>129</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n° 564.035, Relatora Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, juzgado el 30.04.07, publicado en el DJ 15.05.07.





repite el derecho consagrado por el art. 230, §2° de la Constitución Federal. La Ministra, en su voto, puntuó la necesidad de compatibilizar la reserva de lo posible, invocada por el demandante, con el mínimo existencial.<sup>130</sup> 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, bajo pena de volverlo demasiado ancho.

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

Aunque en la otras instancias del Poder Judicial, no se puede decir que exista una consolidada construcción jurisprudencial del tema en Brasil, excepto en algunas referencias esparzas en decisiones de los tribunales que “contienen fragmentos de su reconocimiento”.<sup>131</sup> 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 Pará.<sup>132</sup> La autora atestó que los asuntos más recurrentes son aquellos relacionados a 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 por la existencia de una “diversidad en el trato conferido al mínimo existencial por los tribunales”,<sup>133</sup> habiendo disparidad entre lo que cada juez reputa como abarcado por dicho mínimo.

No hay, por consiguiente, como 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, por lo menos, es que los puntos de

---

<sup>130</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 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.

<sup>131</sup> BITTENCOURT NETO, Eurico. *Op. Cit.*, p. 96.

<sup>132</sup> HONÓRIO, Cláudia. *Op. Cit.*, p. 199.

<sup>133</sup> HONÓRIO, Cláudia. *Idem*, p. 235.



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 alejar 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 aducir (no sin ninguna inseguridad) que el Supremo Tribunal Federal ha caminado en el sentido, aunque implícitamente, de reconocerlo como una regla, adhiriendo a la vertiente aquí apodada 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 justificabilidad 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.

## 5. REFERENCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004.

ALEMANHA. **BVerwGE** 1, 159 (161 e ss.), 24.06.1954.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

AMARAL, Gustavo. **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.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ARANGO, Rodolfo; LEMAITRE, Julieta. **Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital**. Bogotá: Ediciones Uniandes – Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.



BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: Ricardo Lobo Torres (Org.). **Legitimação dos direitos humanos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas.** 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

BERNAL PULIDO, Carlos. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a 'Existem direitos sociais?' de Fernando Atria. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 6.564/RS, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado el 23.05.1996, DJ 17.06.1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3768, Relatora Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, Tribunal Pleno, julgado el 19.09.2007, DJe-131, divulgado el 25.10.2007, publicado el 26.10.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 564.035, Relatora Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, julgado el 30.04.07, publicado en el DJ 15.05.07.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 677.274, Relator Ministro Celso de Mello, julgado el 18.09.09, publicado en el DJE 01.10.08.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Relator Ministro Celso de Mello, julgado el 29.04.2004, publicado en el DJ 04.05.2004.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Petição nº 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.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 198.263, Relator Ministro Sydney Sanches, juzgado el 12.02.2001, publicado en el DJ 30.03.2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 342.413, Relatora Ministra Ellen Gracie, juzgado el 14.10.2004, publicado en el DJ 09.11.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 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 nº 436.996, Relator Ministro Celso de Mello, juzgado el 26.10.05, publicado en el DJ 07.11.05.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 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 nº 472.707, Relator Ministro Celso de Mello, juzgado el 14.03.06, publicado en el DJ 04.04.06.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança nº 3073, Relatora Ministra Presidente, Decisión Proferida por la Ministra Ellen Gracie, juzgado el 09.02.2007, publicado en el DJ 14.02.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 91, Relatora Ministra Presidente, Decisión Proferida por la Ministra Ellen Gracie, juzgado el 26.02.2007, publicado en el DJ 05.03.2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mandado de Segurança nº 220/98, Rel. Del. Antonio Lindberg Montenegro, juzgado el 17. 12.1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande de Sul. Agravo de Instrumento nº 70013407242, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Rogério Gesta Leal, juzgado el 12.01.2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande de Sul. Agravo de Instrumento nº 70013844980, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Rogério Gesta Leal, juzgado el 16.03.2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). **Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo**: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: Sérgio Sérvulo da Cunha; Eros Roberto Grau (Orgs.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.



CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Regras e princípios: por uma distinção normoteorética. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, nº 45, Curitiba: SER/UFPR, p. 37-73, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FLORES, Joaquín Herrera. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. In: \_\_\_\_\_ (coord.). **El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica da la razón liberal**. Bilbao: Desclée, 2000.

FRANCISCO, José Carlos. Dignidade humana, custos estatais e acesso à saúde. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HACHEM, Daniel Wunder. A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: 20 anos de obscuridade nas brumas do senso comum teórico. **EOS – Revista Jurídica da Faculdade de Direito**, v. 4, p. 102-127, 2008.

HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de injunção e direitos fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HONÓRIO, Cláudia. **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.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MAGANO, Octávio Bueno. Revisão constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, nº 7, São Paulo, p. 108-112, abr./jun. 1994.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: Edis Milaré (Coord.). **Ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.



MARÍN-BARNUEVO FABO, Diego. **La protección del mínimo existencial en el IRPF**. Madrid: Co-lex, 1996.

MAURÍCIO JR., Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MELLO, Celso Albuquerque. A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org). **Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org). **Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción**. Madrid: Trotta, 2007.

SAGGESE, Federico. **El derecho a un nivel de vida adecuado**. Discurso jurídico y dimensión judicial. Perspectivas desde el Derecho Constitucional y Administrativo. La Plata: Librería Editora Platense, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-urídicos. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; \_\_\_\_\_ (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, nº 212, Rio de Janeiro, p. 89-84, abr./jun. 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, nº 1, Belo Horizonte: Del Rey, p. 607-629, jan./jun. 2003.



SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: \_\_\_\_\_; Daniel Sarmiento (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: Celso de Albuquerque Mello; Ricardo Lobo Torres (Orgs.). **Arquivos de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, v. 12, Rio de Janeiro, p. 349-374, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.