

DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES ENTRE LA RESERVA DEL POSIBLE Y EL MÍNIMO EXISTENCIAL

Rogério Luiz Nery da Silva¹
Daiane Garcia Masson²

Recibido: 30-5-2015
Aceptado: 16-6-2015

SUMARIO

1. Introducción.

2. Derechos Sociales Como Derechos Fundamentales Exigibles.

3. La teoría de la reserva de lo posible.

4. La teoría del mínimo existencial.

5. Dialogo necesario entre la reserva de lo posible y el mínimo existencial en la búsqueda de la materialización de los derechos sociales y de la dignidad humana.

6. Conclusión.

Referencias.

1 Pos-doctorado en Derechos Fundamentales en el Programa de Derecho Público y Ciencias Políticas de la Universidad de Paris X (Paris – Francia); Pos-doctorado por la New York Fordham University Law School (Nueva York – Estados Unidos); Pos-grado en Justicia Constitucional por la Universidad Castilla-La Mancha (Toledo-España); Profesor-doctor en Derecho nel Curso de Maestría en Derechos Fundamentales de la Universidad del Oeste de Santa Catarina (UNOESC – Santa Catarina - Brasil); Profesor-titular de la asignatura de Políticas Públicas en hacer efectivos los derechos sociales, Profesor en la Escuela de Magistratura del Estado de Rio de Janeiro (EMERJ – Rio de Janeiro – Brasil) y en la Escuela del Ministerio Público de Rio de Janeiro (FEMPERJ – Rio de Janeiro - Brasil); Miembro del Consello Editorial de la Revista Federalismi (Facha A - Roma - Itália), editor del Espaço Jurídico Journal of Law (Qualis B1 - Brasil) dr.rogerionery@gmail.com

2 Investigadora en el Curso de Maestría en Derechos Fundamentales de la Universidad del Oeste de Santa Catarina (UNOESC); Profesora Universitaria de Derecho Constitucional y Proceso Constitucional en Unoesc Campus Joaçaba-SC, abogada; daiane.masson@unoesc.edu.br

1. Introducción.

El sentido de la existencia de las estructuras estatales está en dar efectividad al principio basilar de todo el ordenamiento jurídico: la dignidad de la persona humana. Esa anhelada efectividad, sin embargo, sólo puede ser alcanzada si algunos derechos básicos fuesen no apenas reconocidos constitucionalmente, mas materializados por los detentores del poder.

La evolución del pensamiento alrededor del tratamiento que debería ser dispensado a la Constitución resultó en el reconocimiento de la efectividad de las normas constitucionales. Al lado de eso, también evolucionó la teoría de los derechos fundamentales sociales, antes tratados como sencillas normas programáticas que dependían de la buena voluntad de los administradores para implementación.

Actualmente, ya se reconoce que los derechos sociales son exigibles, más aún hay una larga caminata a ser trillada en la búsqueda de la tan soñada efectividad de esos derechos. Y todo comienza con la quiebra de paradigmas y la evolución del pensamiento alrededor de la teoría de los derechos fundamentales sociales.

Es conocido que de entre los factores que contribuyen para la ineffectividad está la ausencia de políticas públicas y leyes infra-constitucionales que coloquen en práctica los derechos que la Constitución preceptúa. En este contexto, el reconocimiento de los derechos sociales como verdaderos derechos fundamentales trajo a la vista también la discusión alrededor de las reales posibilidades financieras del Poder Público. ¿Cabría al Estado la obligación de garantizar a sus ciudadanos la materialización de tales derechos? ¿Cuáles serían los límites de las obligaciones estatales para con los más necesitados? Y todavía: ¿el Estado tiene condiciones materiales para tanto?

Esas cuestiones generan muchos debates en la doctrina y en la jurisprudencia y produjeron como fruto de sus teorías que serán tratadas en este estudio: la teoría de la reserva de lo posible y la teoría del mínimo existencial. La cuestión central consiste en analizar los institutos a fin de identificar si es posible la convivencia pacífica entre ellos dentro de un mismo ordenamiento jurídico. Se busca aún presentar el embate trabado entre la reserva de lo financieramente posible y efectividad de los derechos sociales y, finalmente, concluir por la imposibilidad absoluta de restricción del mínimo existencial. Conveniente y actual el análisis de los dos institutos, bien como la revisión de las bases de la teoría de los derechos sociales, visto que el tema alcanza destacada importancia en el debate sobre la teoría de los derechos fundamentales.

2. Derechos Sociales Como Derechos Fundamentales Exigibles.

En lo que concierne a la evolución de los derechos fundamentales, se tiene que tradicionalmente son clasificados por la doctrina en generación o dimensiones. Aquellos que entiendan por la clasificación en dimensiones la justifican debido al hecho de que no hay una substitución de derechos, pero una complementación que se da a lo largo de los años. El primer problema para la efectividad de los derechos sociales reside exactamente en esa clasificación.

En la percepción de Pisarello (2007, p. 14-15), son cuatro las principales tesis, en la realidad, cuatro mitos, que modelan la percepción de los derechos sociales e inciden de manera significativa sobre su protección debilitada. La primera es una tesis histórica, de la historia de los derechos. Según ella, los derechos sociales serían derechos de segunda o tercera generación, cronológicamente posteriores a los derechos civiles y políticos.

La segunda es una tesis normativa, o de filosofía de los derechos. Para ella, el fundamento inmediato de los derechos civiles y políticos sería el principio de la dignidad de la persona humana. Los derechos sociales, por su vez, apenas estarían ligados a la dignidad indirectamente, lo que justificaría una tutela debilitada. Tal tesis admite una formulación complementar. Los derechos civiles y políticos serían, antes de todo, derechos de libertad, y contribuirían, entre otras cuestiones para preservar la seguridad personal y la diversidad política y cultural de una sociedad. Los derechos sociales, al contrario, estarían conectados de manera fundamental al principio de igualdad, y su satisfacción tiene que ver, sobretodo, con la protección de la homogeneidad social. (PISARELLO, 2007, p. 15).

Alcalá (2009, p. 18-19) observa que los derechos económicos, sociales y culturales, juntamente con los derechos individuales y políticos, constituyen, en verdad, derivaciones de la dignidad humana. Los derechos fundamentales sociales expresen los valores de dignidad, de igualdad y de solidaridad, en la búsqueda de la superación de las desigualdades sociales, lo que genera el derecho de participar de la vida social y tener acceso a un mínimo existencial compatible con la dignidad por medio de derechos y servicios advenidos directa o indirectamente del poder público.

La expresión “dignidad de la persona humana” puede significar simultáneamente que debe existir reverencia a la igualdad existente entre las personas; que el ser humano no puede ser tratado como objeto, pero con respeto a los derechos de la personalidad; y que todo ser humano debe tener garantizado un estándar existencial mínimo. (NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 240).

En la condición de principio, establece una especie de valor-guía no solamente de los derechos fundamentales, pero de todo ordenamiento constitucional, y eso justifica que sea caracterizada como principio constitucional de mayor jerarquía axiológico-valorativa. (SARLET, 2012, p. 105).

Como se ve, los derechos sociales, al contrario de lo que sostiene tal tesis, están íntimamente ligados a la dignidad humana. No hay que pensar en dignidad sin la efectividad de derechos sociales básicos.

El tercer mito se sitúa en un plano de mayor abstracción teórica. Básicamente sostiene que entre un tipo de derechos y otro hay una diferenciación estructural que impide la utilización de mecanismos similares de protección. Así, al contrario de lo que ocurre con los derechos civiles y políticos, los derechos sociales llevan consigo un código genético – de ser derechos de servicios, caros, de configuración indeterminada e incidencia colectiva – que dificulta su tutela. (PISARELLO, 2007, p. 15).

Tal tesis está equivocada. De acuerdo con Pisarello (2007, p. 60) los derechos civiles no pueden ser caracterizados apenas como derechos negativos, de abstención, ni los derechos sociales siempre como derechos positivos, de servicios. Todos los derechos civiles y políticos asumen cierta dimensión distributiva, así como los derechos sociales pueden comportar también deberes negativos.

Finalmente, la cuarta tesis se instala en el plano de la dogmática jurídica, en la manera por la cual los diferentes ordenamientos jurídicos reconocen y tutelan los derechos en cuestión. Si los derechos sociales son derechos secundarios en el plano axiológico y presentan, en el plano teórico, una estructura totalmente diferenciada de los clásicos derechos civiles y políticos, y lógico que la mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos dispensa una menor protección a ellos. La construcción para ese razonamiento es conocida: los derechos sociales no serían derechos fundamentales ni derechos judicialmente exigibles, más simples principios programáticos cuya operatividad se daría de acuerdo con la voluntad del legislador ordinario. (PISARELLO, 2007, p. 16).

Para Canela Junior (2006, p. 129), una vez comprobada lesión a un derecho fundamental, el Poder Judicial debe admitir el ejercicio del derecho de acción y echar la más amplia cognición sobre las políticas públicas realizadas por los demás poderes. Actuando así, estará en consonancia con el sistema ético adoptado internacionalmente tras la segunda guerra mundial, cuyo objetivo es asegurar la protección de los derechos fundamentales.

Es fácil percibir que tales derechos se refieren a cuestiones relacionadas a las principales expectativas para la garantía de la dignidad y la satisfacción de las necesidades humanas básicas. Por eso, se presentan como auténticos derechos fundamentales, imprescindibles para el desarrollo humano y para la libertad, la democracia, la justicia y la paz en el mundo, pues son derechos que actúan como premisas para el ejercicio de otros derechos también fundamentales. (SCHWARZ, 2011, p. 35-36).

No se olvida que para la implementación de políticas públicas son necesarios recursos humanos y financieros por parte del Poder Público. Por otro lado, no hay como pensar en libertad plena sin suplir las necesidades más básicas de las personas.

Se verifican que una de las más importantes discusiones en el ámbito de la teoría de los derechos fundamentales sociales se refiere al hecho de que sean o no exigibles. Para Bobbio (1992, p. 24), “el más fuerte argumento adoptado por los reaccionarios de todos los países contra los derechos del hombre, particularmente contra los derechos sociales, no es su falta de fundamento, sino su inejecutabilidad”.

No hay como negar el deber jurídico de realización de las normas constitucionales adoptadas por los Estados, y eso no es diferente cuando se discute derechos sociales. Conforme recuerda Mello (2011, p. 12), la Constitución no es un simple haz de leyes, pero un cuerpo de normas cualificado por la posición suprema que ocupa en el ordenamiento jurídico. Es la fuente de todo el Derecho, la Constitución todos deben obediencia: los tres poderes y todos los miembros de la sociedad.

Ellos tienen por objeto precípua una conducta positiva del Estado o particular destinatario de la norma, consistente en un servicio fáctico. Es necesario resaltar que el objeto de los derechos sociales los servicios difícilmente podrá ser establecido de manera general y abstracta, pero necesita de análisis calcada en la especificidad de cada derecho fundamental que se encuadre en ese grupo. (SARLET, 2012, p. 282-284).

Así, cada derecho social, tal como salud, educación y trabajo, es dotado de un contenido propio y complejo, bien como reclama una postura diferente por parte del Estado.

No se puede ignorar que la abundancia de dispositivos imperiosos protectores de derechos fundamentales sociales que surgieron en el siglo XX, impactaron de

manera definitiva la Teoría del Derecho, la Teoría de la Constitución y el propio concepto de Democracia. Es en ese contexto que el Poder Judicial se ve también impactado en su postura, visto que el aumento de demandas genera déficits enormes de derechos fundamentales presionando los tres poderes a que respondan a tales cuestiones. (LEAL, 2009, p. 76-77).

Uno de los mayores impactos que se vivencia actualmente es aquél alrededor de la judicialización del derecho a la salud. Y eso ocurre debido al expresivo número de demandas individuales pleiteando medicamentos carísimos de uso continuo.³

Importante es recordar, con todo, que no apenas el Poder Judicial se relaciona con el problema de la efectividad de los derechos sociales. Cada uno de los tres poderes se relaciona de forma diferente con las demandas sociales: el poder Ejecutivo se relaciona por vía de los servicios y políticas públicas, con inversiones que compensan, previenen y curan los problemas; el poder Legislativo se relaciona especialmente con comportamientos de control y comparación política del Ejecutivo; el Judicial, por su vez, se relaciona avanzando en la dirección de garantizador de prerrogativas constitucionales e infra-constitucionales de toda comunidad, así como en el desarrollo de acción de concretización de derechos que no recibieron la debida atención por los demás poderes. Por todo eso es que se tiene mantenido que los derechos sociales, en primer plano, son deberes del Estado. (LEAL, 2009, p. 77-78).

El reconocimiento de la persona por la comunidad depende de la garantía de derechos civiles y políticos, y de la participación en los derechos sociales indispensables para una vida con dignidad. Los derechos sociales encuentran fundamento ético en la justicia que es esencial para la promoción de la dignidad humana. Ciudadano es aquél que goza de derechos civiles, políticos y sociales. (BARRETTO, 2003, p. 130-131).

Es sabido que en Brasil la Constitución Federal de 1988 optó por un Estado Democrático de Derecho, medio de la consagración expresa de la dignidad humana como valor máximo del orden jurídico y reconocimiento de los derechos sociales. A partir de ahí, fue asumido por el Estado brasileño el compromiso de garantizar a todos un mínimo existencial. (SARMENTO, 2012, p. 141).

Aún que la plena efectividad de los derechos pueda ser realizada progresiva-

³ Sobre eso, las consideraciones de Leal (2009, p. 92): “cada cual quiere SU derecho a la salud, no importante si, para atenderlo, se tendrá que sacrificar el derecho a la salud de muchos”.

mente, algunas obligaciones tienen efecto inmediato, tales como la obligación de garantizar que los derechos serán ejercidos sin discriminación y la obligación de adoptar medidas, que significa imponer a los Estados la obligación de implementación de derechos en un plazo breve con actos concretos deliberados y orientados lo más claramente posible. (ABRAMOVICH y COURTIS, 2011, p. 84-100).

No existen motivos razonables para postergar la realización de la justicia social. El Estado es una creación humana, no hace sentido el mantenimiento de una estructura a la que todos se someten si ella no es capaz de organizarse para amparar a las necesidades de las personas vulnerables.

Necesario es ponderar, entretanto, que las cuestiones que involucran tales derechos no pueden ser resueltas en términos de todo o nada porque involucran variables bastante complejas, tales como disponibilidad de recursos financieros, políticas públicas integradas en planos plurianuales y directrices presupuestales, medidas advenidas del legislativo para ordenar recetas y gastos, etc. (LEAL, 2009, p. 79). Es en este escenario que aparece el instituto de la reserva de lo posible.

3. La teoría de la reserva de lo posible.

El Estado alega diariamente que no tiene condiciones de ofrecer una atención integral y de bajo costo – para no decir gratuita – a aquellos que la necesitan. La denominada “inflación de derechos” visualizada tras la Segunda Guerra Mundial combinada con el aumento de la judicialización de los derechos sociales contribuyó para el agravamiento del cuadro de escasez de los recursos públicos. La doctrina de la reserva de lo posible nació en ese escenario.

El instituto fue expuesto al mundo por la primera vez en 1972, vía control concreto de constitucionalidad, por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, para resolver problemas advenidos de los Tribunales Administrativos de Hamburg y de la Baviera cuyos objetos consistían en la admisión de alumnos para medicina humana en las universidades de las respectivas ciudades. (LAZARI, 2012, p. 69).

En la época, la pretensión de los estudiantes se basó en un artículo de la Constitución Alemana que afirmaba que era derecho de todos, la elección libre de la profesión, del local de trabajo y del centro de formación. La decisión proferida por la Corte Constitucional de Alemania quedó conocida como *numerus clausus*, visto que discutió la limitación de cupos en las universidades públicas. El

entendimiento judicial llevó en consideración que no es posible exigir del poder público más de lo que él razonablemente puede ofrecer.

Importante entender el contenido y no confundir al instituto con la expresión “reserva de presupuesto”. Sobre eso, pertinentes las consideraciones de Torres (2009, p. 105):

La reserva de lo posible no es un principio jurídico, ni un límite de los límites, pero un concepto heurístico aplicable a los derechos sociales, que en Alemania no se consideran derechos fundamentales. Equivale a “reserva democrática”, en el sentido de que los servicios sociales se legitiman por el principio democrático de la mayoría y por su concesión discrecional por el legislador. No se confunde con la expresión “reserva de presupuesto a la que puede incorporarse si la pretensión al derecho social viene a ser concedida por el Legislativo.

Cuando llegó a Brasil, entretanto, la “reserva de lo posible perdió su sentido original. Torres (2009, p. 106) llega a decir que hubo una falta de interpretación, operada tanto por la doctrina⁴ como por la jurisprudencia⁵.

Traducida como escasez de recursos, también denominada de reserva de lo financieramente posible, adquirió contornos de tesis de defensa adoptada por el

4 Tómese como ejemplo la doctrina de Barcellos (2011, p. 277-278), para quien “A rigor, bajo el título general de la *reserva de lo posible* conviven al menos dos especies diversas de fenómenos. El primero de ellos lida con la inexistencia fáctica de recursos, algo próximo del agotamiento presupuestal, y puede ser identificado como una *reserva de lo posible fáctica*. [...] El segundo fenómeno identifica una *reserva de lo posible jurídico* ya que no describe propiamente un estado de agotamiento de recursos, y sí la ausencia de autorización presupuestal para determinado gasto en particular”.

5 A Título de ejemplo, la enmienda a seguir: “AGRAVIO REGIMENTAL EM EL AGRAVIO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO. ACCIÓN CIVIL PÚBLICA. IMPLEMENTACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSIBILIDAD. VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA SEPARACIÓN DE LOS PODERES. NO OCURRENCIA. RESERVA DE LO POSIBLE. INVOCACIÓN. IMPOSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Esta Corte ya firmó la orientación de que el Ministerio Público detiene legitimidad para requerir, en Juicio, la implementación de políticas públicas por parte del Poder Ejecutivo de molde a asegurar la concreta realización de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos garantizados por la Constitución Federal, como es el caso del acceso a la salud. 2. El Poder Judicial, en situaciones excepcionales, puede determinar que la Administración Pública adopte medidas seguras de derechos constitucionalmente reconocidos como esenciales sin que eso configure violación del principio de la separación de poderes. 3. La Administración no puede invocar la cláusula de la “reserva de lo posible” a fin de justificar la frustración de derechos previstos en la Constitución de la República, volcados a la garantía de la dignidad de la persona humana, bajo el fundamento de insuficiencia presupuestal. 4. Agravio regimental no previsto. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Ag. Reg. no Agravo de Instrumento nº 674.764/PI, 1ª Turma do STF, Relator: Dias Toffoli. j. 04.10.2011)”.

Poder Público ante la judicialización de derechos, en especial de derechos sociales.

Véase que la reserva de lo posible adquiere contornos de un excelente escudo contra la efectividad de los derechos sociales, pues nada puede ser realizado ante la escasez de recursos. Pero hay que ser hecha una reflexión crítica sobre eso, de modo que la propia escasez sea investigada, haya vista no haber su alegación para otros fines. La destinación de fondos para determinado fin acaba por determinar la escasez para otro, entonces la materia se trata de una elección política. (OLSEN, 2012, p. 209).

Conviene destacar que tal instituto debe ser empleado con cautela. De hecho, utilizado indiscriminadamente en piezas-padrón por los diversos organismos de defensa del Estado estará predestinado a la banalización. La manera más adecuada es su utilización excepcional. (LAZARI, 2012, p. 60).

Mientras al cobro de la prueba, es cierto que cabe al Estado. No es razonable exigir que el orden jurisdiccional presente informaciones y datos necesarios para proceder al análisis del instituto en el caso concreto. Apenas el Estado es capaz de demostrar la imposibilidad de conceder algún servicio social que le es exigible. (SARMENTO, 2010, p. 411-412).

Hay que tomar cuidado para no alegar la cuestión de la reserva de lo posible – o de lo financieramente posible – cada vez que el Poder Público esté ante una demanda que pleita a uno o más derechos fundamentales sociales. Aún que la elección del destino de los recursos públicos pueda ser hecha de forma discrecional, y la Constitución Federal provea parámetros mínimos que deban ser respetados por el administrador, so pena de herir hasta mismo la satisfacción del mínimo existencial, asunto tratado a seguir.

4. La teoría del mínimo existencial.

El mínimo existencial está intrínsecamente ligado a los problemas de materialización de los derechos fundamentales sociales y, así como la dignidad humana, se trata de un instituto que no es categoría exclusiva del Derecho. La filosofía también se preocupa con el tema.

Las ideas desarrolladas por Rawls demuestran el intento de ofrecer a la comunidad una base filosófica y moral razonable que pueda ser firmada por todos, en la búsqueda de una sociedad de personas libres e iguales. En ese intuito, él pro-

pone en su teoría una situación hipotética para la cual da el nombre de posición original. Se trata de una situación en la que las personas no tienen el poder de identificar como será la vida, a que posición social pertenecerá, cuál será el color de piel, visto que traen consigo una característica en común: están encubiertas por el velo de la ignorancia.

La posición original es capaz de abstraer las características y circunstancias particulares de cada sujeto. Así siendo, abstrae también las contingencias de la estructura básica, volviendo posible un acuerdo equitativo entre personas libres e iguales. El acuerdo respecta a los principios de justicia para la estructura básica, y especifica los términos justos de la cooperación entre tales personas – libres e iguales. Por todo eso, la teoría se denomina justicia como equidad. (RAWLS, 2003, p. 22-23) -Es en ese contexto que desarrolla dos principios de la justicia.

El primer principio indica que todas las personas tienen el mismo derecho a un esquema de libertades básicas iguales compatibles con el esquema de libertad para todos. El segundo principio recomienda que las desigualdades económicas y sociales estén vinculadas a posiciones las cuales todos puedan acceder en condiciones equitativas de oportunidades y beneficien a lo máximo a las personas menos favorecidas. (RAWLS, 2003, p. 60). Para que se llegue a los dos principios que componen el concepto de justicia, sin embargo, se presupone la satisfacción de un principio lexicalmente anterior. Tal cual la noción rawlsiana del mínimo existencial o mínimo social⁶.

Tal noción pasa a tener fundamental importancia en los escritos de Rawls a partir de la obra *El liberalismo político*, en que el autor expresa que el primer principio puede ser precedido de un principio lexicalmente anterior que indique mecanismos de satisfacción de las necesidades básicas de las personas, por lo menos a medida que esa satisfacción permita que todos entiendan y tengan condiciones de ejercer sus derechos y libertades. (RAWLS, 2000, p. 49).

En el campo de la dogmática jurídica, se atribuye al Derecho Alemán la construcción de la teoría del mínimo existencial. En el inicio de la década de 1950 ya era posible encontrar decisiones sobre el tema en el Tribunal Federal Administrativo.

6 En el entendimiento de Torres (2009, p. 58), “La concepción de Rawls sobre mínimo social tiene extraordinaria importancia para el pensamiento jurídico en las últimas décadas. Marca el corte con la concepción utilitarista de la justicia social, que pretendía promover la utópica redistribución general de recursos entre las clases sociales, sin instrumentos políticos adecuados, sin limitaciones cuantitativas y sin la indicación de beneficiarios”.

El ápice de la teoría, en Alemania, vino más tarde, en 1990, ya en la Corte Constitucional, por intermedio del jurista Paul Kirchhoof. (LAZARI, 2012, p. 91).

Se verifica, en términos generales, que el derecho brasileño adhiere a la tradición alemana de fundar el mínimo existencial en el derecho a la vida y a la dignidad de la persona humana, incluso vinculándolo al desarrollo de la personalidad, de tal suerte que el mínimo existencial no se reduce al mínimo vital. (SARLET, 2012, p. 320).

De hecho, es íntima la relación entre el mínimo existencial y la dignidad humana. No se puede hablar en existencia digna sin la presencia de las mínimas condiciones materiales necesarias para suplir las necesidades básicas. Importante resaltar es, con todo, que el mínimo existencial no debe ser confundido con el mínimo vital. Tan solamente la garantía de la sobrevivencia no condice con lo que preceptúa el principio de la dignidad de la persona humana.

Una estrategia enfocada apenas en la sobrevivencia – o minimalista - encontraría poca resistencia. Pero no es lo que se espera de una sociedad que reverencia la dignidad de todos y de cada uno. Así, el mínimo existencial no deberá ser reducido al mínimo vital, so pena de no abarcar las condiciones para una vida con calidad. (CORDEIRO, 2012, p. 128).

Para Torres (2009, p. 83) “El mínimo existencial no es un valor ni un principio jurídico, mas el contenido esencial de los derechos fundamentales”. Bitencourt Neto (2010, p. 173), por otro lado, percibe el derecho al mínimo para una existencia digna como un derecho fundamental autónomo. Y esa autonomía, para él, se fundamenta en la obligación de garantizar un mínimo de eficacia directa al principio de dignidad de la persona humana.

El derecho al mínimo existencial no se iguala a los demás derechos fundamentales, hay una distinción esencial: “todas las posiciones activas que de él se retiran son derechos subjetivos público, en el sentido de derechos inmediatamente justiciables”. (BITENCOURT NETO, 2010, p. 174).

Dicho de otra forma, los derechos básicos, necesarios para una sobrevivencia con dignidad deben ser concretizados. Su no concretización da a la parte lesionada el derecho de exigir el inmediato cumplimiento de los preceptos constitucionales por intermedio del Poder Judicial.

5. Dialogo necesario entre la reserva de lo posible y el mínimo existencial en la búsqueda de la materialización de los derechos sociales y de la dignidad humana.

Visitados los institutos de la reserva de lo posible y del mínimo existencial, se llega al ápice de la investigación. Insta saber si es posible la convivencia de los dos institutos en un mismo ordenamiento jurídico. Al final, en un escenario de escasos recursos, ¿es posible dejar hasta mismo de realizar el mínimo para una sobrevivencia con dignidad?

Se tiene pleno conocimiento de que la reserva de lo posible representa la condición de límite fáctico y jurídico a la efectividad de los derechos fundamentales – especialmente los derechos fundamentales sociales – entretanto, no se puede perder de vista que es obligación inherente a todos los órganos y agentes públicos la tarea de maximizar recursos y minimizar los impactos causados por ella. (SARLET, 2012, p. 363).

Según Lazari (2012, p. 110), es perfectamente aceptable oponer el principio de la reserva de lo posible al principio del mínimo existencial, a fin de sopesarlos. Entretanto, para que la “reserva” prevalezca, es necesario que el argumento del Estado sea bien embasado y convincente.

Por otro lado, Barcellos (2011, p. 357) argumenta que es deber del Estado el empleo de recursos para la atención del mínimo existencial, de acuerdo con cada momento histórico. En este contexto, si alguien se encuentra desprovisto de bienes o servicios inherentes a ese mínimo, es porque el Estado actuó de forma inconstitucional, demuestra haber destinado recursos a otros fines sin haber atendido la prioridad dibujada por la Constitución. Frente a eso, el juez, al emplear el concepto de mínimo existencial, estará dispensado de examinar el argumento de la reserva de lo posible. Obsérvese que el argumento expuesto por Lazari expone el mínimo existencial como principio⁷, mientras que el argumento traído por Barcellos presenta el mínimo existencial como regla⁸.

7 Para Alexy (2008, p. 90), “El punto decisivo en la distinción entre reglas y principios es que *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. Principios son, por consiguiente, *mandamientos de optimizar*, que son caracterizados por poder ser satisfechos en grados variados y por el hecho de que la medida debida de su satisfacción no depende solamente de las posibilidades fácticas, mas también de las posibilidades jurídicas”.

8 Según Alexy (2008, p. 91), “las *reglas* son normas que son siempre o satisfechas o no satisfechas. Si una regla vale, entonces, se debe hacer exactamente aquello que ella exige; ni más, ni menos. Reglas contienen, por lo tanto, *determinaciones* en el ámbito de aquello que es fáctica y jurídicamente posible”.

Para Torres (2009, p. 83-84) el mínimo existencial es una regla. No puede ser tratado como valor porque no posee la generalidad y abstracción de ideas tales como las de libertad, igualdad y justicia. Tampoco puede ser tratado como principio, pues no exhibe las características de ser objeto de ponderación ni de valer *prima facie*. el mínimo existencial no es susceptible de sopesar.

Olsen (2012, p. 333), por su vez, entiende que cada vez que la reserva de lo posible afecte desventajosamente el ámbito de protección de la norma jusfundamental y reducir la responsabilidad del Estado para con servicios materiales previstas por la norma, el mínimo existencial, comprendido como condición necesaria a la sobrevivencia y como núcleo esencial del derecho fundamental garantizador de la dignidad humana, se establece como una verdadera muralla que no podrá ser transpuesta bajo pena de comprometer el propio Estado Democrático de Derecho.

Canela Junior (2006, p. 128) va más lejos, entendiendo que la teoría de la reserva de lo posible es inconsistente con la realidad del Estado social como es en el caso de Brasil. La carga ideológica del postulado de estabilidad y de inacción es característica del Estado Liberal. Así, no hay como mezclarse con los ideales de programación y de intervención estatal presentes en el Estado Social.

En el entendimiento de Barcellos (2011, p. 287-288), prioritariamente los gastos públicos deberán ser destinados a la efectividad del mínimo existencial. Luego de eso, se puede discutir en qué proyectos el dinero público será invertido. Así, si el mínimo existencial estuviera asociado al establecimiento de prioridades presupuestales, podrá convivir productivamente con la reserva de lo posible.

Steinmetz (2004, p. 282) resume en un párrafo la relación entre reserva de lo posible – con los contornos atribuidos por la doctrina brasileña – el mínimo existencial⁹ y los derechos fundamentales sociales:

Derechos fundamentales sociales son derechos caros; exigen del sujeto destinatario la disponibilidad de recursos financieros y, eventualmente, otros medios materiales. No obstante la onerosidad, si son derechos fundamentales, entonces exigen el cumplimiento¹⁰. Como garantía de un mínimo vital, no están a la libre disposición de los sujetos obligados. La constitución ordena

9 El autor trata el mínimo existencial y el mínimo vital como sinónimos, basándose en la doctrina del portugués Canotilho.

10 En este punto, Torres (2009, p. 132) discrepa los derechos sociales y económicos no son verdaderos derechos fundamentales, por eso, quedan sujetos a la reserva de lo posible y del presupuesto

que sean tomados en serio. Por lo tanto, no podrá el sujeto destinatario alegar imposibilidad total o definitiva de cumplimiento. Un mínimo deberá ser garantizado.

Imperioso atribuir a las personas un derecho subjetivo contra el Poder Público en los casos en que aparecen disminuidas las prestaciones de servicios sociales básicos que garanticen la dignidad humana. El mínimo está, así, basado en el propio concepto de dignidad. Sin él, no se puede hablar en existencia digna.

Pero hay todavía que tomar cuidado con la reducción de los derechos sociales a un mínimo existencial. Advierte Clève (2003, p. 27), que los derechos sociales no tienen el fin de ofrecer apenas el mínimo. Reclama, pues, un horizonte de eficacia progresivamente más vasto, lo que depende del comprometimiento de la sociedad, de la riqueza producida y del gobierno.

Así, en un contexto de países con resultados económicos y financieros satisfactorios, la invocación del mínimo existencial deberá sufrir temperamentos, sea para filtrar entre aquellos que reclaman servicios, aquellos que son efectivamente carentes, sea para ajustar su estándar superior al mínimo practicado por países pobres.

Hay que tenerse en mente, por fin, que a partir del momento en que el constituyente se preocupó con la dignidad humana, se preocupó como un todo, y no con una versión minimalista. Así, no es posible que la Constitución haya autorizado una interpretación que reduzca la fundamento jurídico de los derechos sociales a la correspondencia al mínimo existencial. (OLSEN, 2012, p. 324).

La reserva de lo posible apenas podrá ser invocada cuando realmente haya escasez apta a impedir la concretización de derechos sociales. Por otro lado, deberá el mínimo ser tratado como una regla base, un parámetro que concentre lo básico de los derechos fundamentales, a ser garantizado siempre.

6. Conclusión.

La historia de los derechos fundamentales sociales es antigua, mas la historia del reconocimiento de estos derechos es reciente. Se nota que el siglo XX, especialmente el período pos Segunda Guerra Mundial, trajo consigo un armazón de provisiones de esos derechos en textos constitucionales de los más diversos Estados.

Al lado de la positividad de los derechos sociales surgió la discusión alrededor

de la efectiva posibilidad de su concretización. A partir de eso, dos teorías fueron desarrolladas, una que sirve a los intereses del Estado, y otra que sirve a los intereses de las personas, en especial las más necesitadas: se trata de la reserva de lo posible y del mínimo existencial.

El estudio evidenció que tanto la reserva de lo posible como el mínimo existencial son construcciones doctrinarias advenidas del Derecho Alemán. Cuanto a la reserva de lo posible, se observa que tomó otros contornos a partir del momento que doctrinadores brasileños se inclinaron sobre el asunto: se pasó a hablar sobre la imposibilidad de tornar eficaces algunos derechos por la falta de recursos financieros, surgiendo así lo que se resolvió llamar de reserva de lo financieramente posible.

Pero ha de ser cuestionada la propia escasez de recursos alegada por los administradores públicos, una vez que, para hacer efectivo otros derechos, que también cuestan, no se habla en insuficiencia de recursos financieros. Además de eso, no está demasiado recordar que la concretización de la dignidad humana pasa por hacer efectivo de los derechos fundamentales sociales, de preferencia en niveles máximos.

Es claro que en un ambiente de insuficiencia de recursos no será posible hablar en hacer efectivos a los derechos en niveles máximos, mas el mínimo existencial no puede ser sacrificado ni mismo ante crisis. Si así fuera, el propio Estado perdería su razón de ser: servir a los ciudadanos.

En síntesis, se puede concluir que es perfectamente posible la convivencia entre los institutos de la reserva de lo posible y del mínimo existencial en un mismo ordenamiento jurídico, entretanto, en el caso de las demandas que involucren derechos mínimos para una vida con dignidad, no podrá la Administración Pública alegar escasez de recursos para eximirse de la responsabilidad de materializarlos. Así, no podrá ser alegada a la reserva cuando ni siquiera un mínimo esté asegurado.

Referencias.

ABRAMOVICH, Vitor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis.** Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. **Derechos fundamentales y garantías constitucionales: derechos sociales fundamentales.** Tomo 3. Santiago: Librotecnia, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

BARRETTO, Vicente de Paulo. **Reflexões sobre os direitos sociais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **O orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento do controle judicial de políticas públicas**. In: Revista Judiciária do Paraná. Curitiba: Amapar, 2006.

CLÈVE, Clêmeron Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Revista Crítica Jurídica, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LAZARI, Rafael José Nadim de Lazari. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade**. Curitiba: Juruá, 2012.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, nº 219: 237-251, jan./mar, 2000.

OLSEN. Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2012.

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

RAWLS. John. **O liberalismo político.** 2. ed. (Trad. Dinah de Abreu Azevedo). São Paulo: Ática, 2000.

_____. **Justiça como equidade: uma reformulação.** (Trad. Claudia Berliner). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos.** In: NOVELINO, Marcelo (Org). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais.* 4. ed. Salvador: Juspodium, 2010.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Derechos sociales: Imprescindibilidad y garantías.** Aranzadi: Thomson Reuters, 2011.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004.

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

CONSTITUIÇÃO DE REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Congresso Nacional.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma do STF. **Ag. Reg. no Agravo de Instrumento nº 674.764/PI.**, Relator: Dias Toffoli. Data do julgamento: 04.10.2011.