

# El control de las políticas públicas por el poder judicial en Brasil -Una visión general-

Marcelo Figueiredo

*Resumen.* El autor explica cómo en Brasil, la Constitución de 1988, adoptó un modelo que se prodigó en la formulación de derechos fundamentales de prestación al Estado y a los particulares. Tales derechos exigen comportamientos activos (protección y promoción) de los varios poderes públicos de la federación brasileña (federal, estatal, distrital y municipal). Además, tales derechos son, en gran medida, aplicables directamente a las relaciones jurídico-privadas. Sobre esa base, el autor repasa la jurisprudencia, generada sobre todo por el Ministerio Público brasileño, al cuestionar y evaluar políticas públicas, y otros casos relevantes del derecho comparado e internacional.

**Abstract:** The author explains how in Brazil, the 1988 Constitution, adopted a model that is lavished on the formulation of fundamental rights provided to the state and require active behaviors particulares. Tales rights (protection and promotion) of the various public authorities Brazilian federation (federal, state, district and local). Moreover, such rights are to a large extent, directly applicable to private legal relations. On that basis, the author reviews the case law, generated mainly by the Brazilian Public Ministry, questioning and evaluating public policies, and other relevant cases from comparative and international law.

La utilización del Poder Judicial para cuestionar y obligar a la Administración Pública<sup>1</sup> a desarrollar *políticas públicas* ha frecuentado las páginas de la jurisprudencia y de la doctrina en Brasil.

Nos pareció interesante traer esta temática a este seminario, puesto que se trata de una realidad brasileña o, si preferimos así decirlo, que ha aparecido

---

1. Utilizamos el término “Administración Pública” en sentido amplio. Aquí, puede ser entendido como sinónimo de Poder Ejecutivo o Gobierno.

más intensamente en América Latina, sobre todo<sup>2</sup>. Además, el problema toca también de cerca el tema del desarrollo. No hay cómo negar que los llamados derechos sociales, como derechos subjetivos a las prestaciones sociales, se encuentran vinculados a la tarea de mejoramiento y redistribución de los recursos existentes en dicha sociedad, contribuyendo para el desarrollo del ser humano y de su calidad de vida.

Urbano Ruiz<sup>3</sup>, Juez Asociado del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, nos ofrece algunos casos concretos que bien demuestran la problemática que pretendemos plantear con este artículo. Las siguientes condensaciones de leyes son auto-explicativas.

I. El Comisionado del Enseñanza de la ciudad de Rio Claro, en el interior del Estado de São Paulo, informó al promotor de Justicia que, en el año lectivo que se aproximaba de 1998, faltarían cerca de 500 vacantes en la primera serie de la enseñanza fundamental. Muchos niños no tendrían acceso a la escuela. La institución documentó los hechos y promovió acción civil pública para obligar al intendente a crear tales vacantes, ya que la Constitución Federal, en los arts. 211 y 212, obligaba a la Municipalidad a actuar prioritariamente en la enseñanza fundamental, invirtiendo 25%, como mínimo, de los ingresos resultantes de impuestos. Exactamente por eso, la obligatoriedad de la enseñanza fundamental, gratuita (art. 208), sin que ningún niño llegara a quedar sin escuela (ECA, art. 208), tanto que los padres serían responsabilizados criminalmente si dejaban de matricular a sus hijos

---

2. De hecho, la falta de ciudadanía de expresiva parte de la sociedad en los países subdesarrollados o en desarrollo, lleva a una mayor participación del poder judicial, que acaba acogiendo innumerables demandas sociales y colectivas que no logran ser articuladas en los canales intermediarios o “competentes”. Además, recuérdese que también encontramos Poderes Judiciales más o menos “activistas” o “progresistas” no solamente en América Latina, sino en todo el mundo. La Suprema Corte de Israel, por ejemplo, es considerada una de las más activas en ese sentido, rompiendo los estándares tradicionales de la jurisdicción constitucional para ser considerada pró-activa (no sin resistencia doctrinaria). Especialmente a partir de la década de 80’, la Corte ha desarrollado gran número de poderosas herramientas para intervenir en la acción gubernamental, intervención esta que, incluso en áreas que en otros Estados, sería considerada inconstitucional. Son ejemplos de esta conducta: a) la intervención en los actos internos del “Knesset”; b) el desarrollo de la doctrina según la cual “una figura pública tiene la confianza popular” a través de la cual le fue posible a la Corte determinar al Primer Ministro la dimisión de un agente político del Ejecutivo, aun en la ausencia de norma jurídica específica previendo esa remoción; c) asuntos de seguridad del Estado, y otros. Es lo que nos informa Suzie Navot, en la obra, “The Constitutional Law of Israel” (La Ley Constitucional de Israel) (Kluwer 2007). Véase también de la autora el artículo titulado: “More of the Same: Judicial Activism in Israel” (Más de lo Mismo: Activismo Judicial en Israel) 7 *European Public Law* (2001) 355.

3. “La utilización del Poder Judicial para cuestionar y obligar a la Administración a desarrollar políticas públicas”, Contribución al VII Seminario del IBCCRIM, publicada en la Revista de la Escola Paulista de la Magistratura, año 6, número 1, p. 11 a 18, julio/diciembre 2005.

(Código Penal, art.246). El procedimiento fue juzgado en la previa audiencia preliminar de conciliación, pero ella fue designada, conquistando el hecho repercusión en la prensa. No obstante el alcalde se negase a crear esas vacantes, el requerimiento provisional fue deferido y el jefe del ejecutivo municipal acabó permitiendo que esos niños tuvieran acceso a la enseñanza pública, sin *contestar la acción*.

II. En la Grande São Paulo (São Paulo y suburbios), los trenes de suburbio viajaban con las puertas abiertas, por el exceso de pasajeros, transportados hasta sobre el techo del vagón. Eran frecuentes muertes y mutilaciones en los accidentes y caídas. Fue promovida acción civil pública, también por el Ministerio Público Estatal, para obligar a la concesionaria de dicho servicio público a ofrecer transporte digno, regular y seguro a los usuarios. La acción acabó por ser juzgada *procedente*, con la adquisición de trenes nuevos y a recuperación de los antiguos, con mejoramientos significativos para los usuarios;

III. Idéntica acción fue promovida para obligar a la Administración Pública a distribuir gratuitamente remedios para personas carentes, sobre todo aidéticos (portadores del virus HIV), que no tenían condiciones económicas de adquirirlos.<sup>4</sup>

IV. Medio ambiente – Lanzamiento de aguas servidas domésticas sin tratamiento de residuos industriales en curso de agua que abastece a la población- Legitimidad pasiva del Municipio- Responsabilidad solidaria con el concesionario de servicio público municipal, con quien firmó convenio para realización del servicio de colecta de aguas servidas urbanas - Acción juzgada procedente para condenar concesionaria y municipio a tratar los efluentes antes lanzados en el curso de agua.<sup>5</sup>

V. Derecho a la salud- Suministro de Energía Eléctrica para Utilización de Aparato de Oxigenioterapia. Se trata del derecho a la vida y a la salud, garantía constitucional y deber del Estado. El derecho a la salud es asegurado a todos, debiendo los necesitados recibir del ente público la asistencia necesaria. Evidentemente, el cumplimiento de los preceptos constitucionales es deber del Poder Público, en el ámbito del Ejecutivo que, ante su omisión, puede ser perseguido en la esfera judicial. Necesidad de la concesión de tutela para suministro de

4. El carácter polémico de decisiones de esa naturaleza y su repercusión jurídica, social y económica serán objeto de discusión más adelante.

5. Los ejemplos de I a III, son de Urbano Ruiz, obtenidos en el antes citado artículo.

la energía eléctrica necesaria a la utilización del aparato de oxigenioterapia, asegurando el derecho a la vida.<sup>6</sup>

VI. Se concedió tutela anticipada para que se haga el desglose en los presupuestos (del Municipio) de 2005 y subsecuentes de los valores, informados para el suministro de agua tratada por parte de Sociedad de Economía Mixta (proveedora), de modo a asegurarle medios para el pago debido.<sup>7</sup>

VII. Acción Civil Pública. Derecho del Consumidor. Correcta información acerca de los riesgos y potenciales daños que el consumo de bebidas alcohólicas causa a la salud. Inscripción necesaria en los rótulos de bebidas alcohólicas.

1. Es posible y exigible al Poder Judicial imponer determinada conducta al proveedor, sin que esta esté expresamente prevista en ley, desde que sintonizada con las políticas públicas directamente consecuentes del texto constitucional y del principio de la plena información al consumidor (art.6º, II, III y IV, de la Ley 8.078/90), puesto que se traduce en deber del Estado, del cual el Poder Judicial es poder, de acuerdo con el art. 196 de la Constitución.

---

6. Boletín AASP número 2528, Condensación de Leyes, página 1375.

7. Se trata de caso en el que actuamos. Cuidábamos una acción ordinaria propuesta por la Compañía de Saneamiento Básico del Estado de São Paulo, en el caso (proveedora de agua potable al por mayor) con el pedido principal para que fuera condenada la acusada, Compañía de Saneamiento del Municipio de Diadema (deudora a la primera) a la que fueran procedidos desgloses en los presupuestos municipales de 2005 y subsecuentes. El pedido (y la decisión) fue de veras original, puesto que fundado en el carácter vinculado del presupuesto y de sus ítems. Se le requería al Poder Judicial una postura más activa en el sentido de determinar al Ejecutivo que procediera a la “reservación” presupuestal. Seleccionamos los siguientes trechos de la decisión que acogió en particular lección del Prof. Régis de Oliveira: “ El deber de insertar en el presupuesto los gastos reales relativos a la obligación permanente, más allá de representar compromiso contractual, también constituye múnus legal, puesto que la estructura del Estado moderno cede a imperativos de buena administración. Ya no bastan buenas intenciones. El Estado, a través de sus gobernantes, tiene el deber de planificar el presupuesto, de forma a identificar la intención de cumplirlo. No puede aclarar previsiones irreales ni fútiles, apenas para eximirse de determinación constitucional. El documento presupuestal tiene que ser real. La positivación no solo del ideario político, sino de la concretización del presupuesto, pasa a vincular las acciones administrativas y políticas. Las finalidades que fueron insertadas en el presupuesto dejan de ser mera acción gubernamental, e identifican la solidez de compromisos con el cumplimiento de los objetivos allí consignados. Esto equivale a reconocer que no es lícito que la Administración elabore un presupuesto en desacuerdo con la realidad, ocultando obligaciones y haciendo previsión de gastos menores que los reales, transformando al prestador de los servicios esenciales en agente financiero de sus proyectos, ya que la ausencia de los gastos en el presupuesto trae como consecuencia la exoneración del deudor cuanto a la liquidación dentro de aquel ejercicio”. (Agravio de Instrumento número 362.101.5/0-00, TJSP).

2. El consumo de bebidas alcohólicas no interesa solamente a la comunicación social, a la propaganda y al comercio de tales productos, sino también desde el punto de vista de la salud pública, de la protección al menor de edad y al adolescente, a seguridad vehicular, al derecho de información y de protección al consumidor.

3. El comando del art. 9º del Código del Consumidor indica los derechos básicos del consumidor a la información adecuada y clara sobre el producto y sobre los riesgos que presenta, sobre todo, tratándose de producto potencialmente nocivo a la salud, cuya información debe ser hecha de manera ostensiva, a despecho del hecho que la previsión del art. 4º, § 2º, de la Ley 9.294/96 determine que los rótulos de bebidas alcohólicas deberán contener advertencia para que los consumidores eviten el consumo excesivo de alcohol.

4. No ocurre preclusión de materia que dice con las condiciones de la acción, caso de legitimidad, sobre todo en las acciones civiles públicas donde se persiguen derechos difusos, cuyo interés se desprende de la propiedad, de las relaciones privatistas en general, lo que, *in casu*, se reveló por el interés demostrado por la embargante, tantas veces reiterado, de defender la posición de los asociados que son fabricantes de bebidas, tesis de la co-acusada Federación.

5. Condenada la acusada Federación a exigir en el rotulado de todas las bebidas alcohólicas producidas o comercializadas en el territorio patrio, del tenor alcohólico y de la alerta en expresión, gráfica adecuada, de que “El ALCHOL PUEDE CAUSAR DEPENDENCIA Y EN EXCESO ES PERJUDICIAL A LA SALUD” Y LA ABRABE a EXPEDIR ESA INFORMACIÓN A TODAS SUS ASOCIADAS Y COMUNICAR A LOS DEMÁS PRODUCTORES DE ALCOHÓLICOS, CUANTO A LA NECESARIA ADECUACIÓN.”

6. Provisto el Recurso. (TRF- 4ª Región, AC- Apelación Civil número 478166). Proceso número 200204010006100. UF:PR. Órgano Juzgador: 3º. Grupo. Juzgado el 27.05.2003. Relatora Jueza Marga Inge Barth Tessler.

VIII. Acción Civil Pública. Duplicación de Autopista Federal. Intervención del Poder Judicial en la Administración Pública. Posibilidad. Anticipación de tutela.

La moderna jurisprudencia admite la intervención del Poder Judicial en la Administración Pública, viabilizando la anticipación de tutela para determinar la ejecución de obra relativamente a la duplicación de carretera federal, ante la responsabilidad civil del Estado sobre muertes y mutilaciones resultantes de accidentes de tránsito habidos en la carretera de su competencia. TRF- 4ª Región, Agravio Regimental en el número 200404010145703- SC- juzgado en 23.06.2004, Relator Juez Edgard. La. Lippmann Junior.

**Los ejemplos podrían ser multiplicados.**

No obstante todavía esté en número reducido el grado de provocación del Poder Judicial para demandas relacionadas con la implementación de los derechos sociales<sup>8</sup>, (proporcionalmente a las necesidades populares) y económicos, hay avances significativos en acciones basadas en el Código de Defensa del Consumidor, comprendiendo temas como v.g. la salud, la educación, la prestación de servicios, el suministro de medicamentos<sup>9</sup>, etc.

Esto, porque la Constitución brasileña de 1988 instituyó un efectivo derecho a la tutela individual, colectiva y meta-individual (derechos difusos). Son varias las posibilidades abiertas a las personas para permitir que políticas públicas atinentes a esas áreas sean determinadas o ajustadas, según el programa constitucional.

---

8. Los derechos sociales están desparramados por toda la Constitución brasileña. Su artículo 6º dispone: “Son derechos sociales la educación, la salud, el trabajo, la habitación, el recreo, la seguridad, la previsión social, la protección a la maternidad y a la infancia, la asistencia a los desamparados, en la forma de esta Constitución”. Ya el artículo 7º de la Constitución contiene XXXIV incisos alusivos al mismo tema. Encontramos también un extenso título del “orden social”, que va del art. 193 al 232 en la Constitución Federal brasileña.

9. En el área de la salud, la tendencia jurisprudencial es la de alejar cláusulas abusivas de contratos de seguro – salud que niegan o acaban prohibiendo directa o indirectamente, tratamiento de molestias infecto-contagiosas. Tales decisiones invocan el principio de la interpretación más favorable al consumidor, teniendo en vista la relación asimétrica entre él y el proveedor. Se reconoce también el derecho a la educación fundamental como un deber del Estado, de forma a garantizar, por ejemplo, la atención en guardería infantil y pre-escuela a los niños de cero a los seis años de edad, o todavía se les reconoce a los estudiantes universitarios de la enseñanza superior, que no se puede condicionar la renovación de la matrícula al pago de mensualidade atrasada, restando consagrado el derecho a la renovación de matrícula. La protección jurídica a la parte más vulnerable de una relación ha sido consagrada, tal cual en el derecho del trabajo, al trabajador.

La acción civil pública<sup>10</sup>, las diversas acciones constitucionales, las acciones específicas previstas en el control concentrado de constitucionalidad ante el Supremo Tribunal Federal<sup>11</sup>, el requerimiento judicial, la acción de inconstitucionalidad por omisión<sup>12</sup>, la acción directa de inconstitucionalidad de ley o acto normativo, la acción declaratoria de constitucionalidad (art. 103 de la CF), la ADPF (acción de incumplimiento de precepto fundamental), son ejemplos de los caminos abiertos para que entidades o grupos legitimados puedan cuestionar la omisión del legislador o del Poder Ejecutivo propiciando, en el límite, *el ajuste de las conductas administrativas a los desideratos y fines previstos en la Constitución*.

### ¿Qué tienen en común esas acciones?

Pretenden, parece, obligar al Administrador Público a alterar un estándar de comportamiento no solo fundado en alegada ilegalidad o eventualmente inconstitucionalidad de actos, programas o políticas públicas, como también tienen por objeto corregir desvíos o alterar concepciones u objetivos en la implantación de determinados programas gubernamentales, comprendiendo una gama enorme

10. Creada por la Ley 7.347/85, tiene por objeto la protección de una amplia gama de valores, en especial el medio-ambiente, los consumidores, los bienes y valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos y paisajísticos. Posteriormente, se amplió también su objeto, puesto que el Código de Defensa del Consumidor en su artículo 110 agregó el inciso IV al artículo 1º de la Ley 7.347/85, para decir que también puede referida ley proteger “cualquier otro interés difuso o colectivo”. Evidentemente que esa protección a cualquier interés otro, difuso o colectivo, debe ser entendida apenas dentro de la finalidad de la ley civil pública, no pretendiendo el legislador autorizar que esa acción pueda servir para protección de derechos meramente individuales. Son legitimados la propositura de la acción, no solo el Ministerio Público que tiene el deber-poder de entablar juicio, como también órganos públicos y privados o por asociación que estén constituidos hace más de un año y que incluyan entre sus finalidades institucionales, la protección al medio ambiente, al consumidor, al orden económico, a la libre competencia, o al patrimonio artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico. La LACP en el Brasil ha sido poderosa aliada en el combate a la corrupción, a la idoneidad administrativa, a la defensa del patrimonio público, ampliamente considerado, siendo en la inmensa mayoría de las veces el Ministerio Público (Estatual o Federal), el autor de esta acción.

11. Véase nuestro artículo “Una Visión del Control de la Constitucionalidad en Brasil”, Revista Jurídica de Castilla –La Mancha, Noviembre 2006, número 41, Toledo, España. Véase también de nuestra autoría, “El Requerimiento Judicial y la Inconstitucionalidad por Omisión”, Ed. RT, São Paulo, 1991 (agotado).

12. Véanse por ejemplo los requerimientos judiciales de números, 283-5, de 1991, y MI 284-3/92, donde, lamentablemente, no obstante algún avance, todavía se restringe a la declaración de omisión como mera ciencia al omiso, para que adoptara los pasos necesarios, pero no avanzó más intensamente para una solución del caso concreto, como quiere la doctrina mayoritaria en Brasil. Por otro lado, en la inconstitucionalidad por omisión, el STF da ciencia al poder legislativo para “la adopción de las medidas necesarias”, no pudiendo ir más allá para obligarlo a editar la regla faltante. Tratándose de órgano administrativo, dice la CF, que las medidas deben ser determinadas en 30 días(art. 103, § 2º).

de segmentos, como los relativos a la salud, educación, servicios públicos, etc.

Innumerables cuestiones polémicas, terminan tales decisiones. Las más habitualmente encontradas en la doctrina son: 1) violación amplia del principio de la separación de poderes. En la medida en que el Poder Judicial – bajo pretexto de conocer violaciones de derecho – podría estar invadiendo esfera de competencia reservada, atribuida a los demás poderes, practicando así inconstitucionalidad; 2) No cabría al Poder Judicial el pretexto de corregir actos ilegales o inconstitucionales, acoger o formular políticas públicas alternativas, papel del poder electo y democrático y en el del poder judicial<sup>13</sup>; 3) Decisiones judiciales no podrían reemplazar el presupuesto público, creando o alterando gastos regularmente establecidos por los poderes o autoridades competentes. 4) Es papel del Poder Judicial prestar la justicia distributiva y equitativa de ese modo, digamos, creativo e innovador? En cuáles términos, y dentro de cuáles límites?

Todas estas cuestiones son complejas y no pretendemos resolverlas, sino simplemente traerlas al debate, iluminarlas, trayendo el actual “estado del arte” en Brasil.

Hay todavía otra cuestión que surge coligada, a saber; la incorporación de tratados a la Constitución en diversos países a través del reconocimiento de su jerarquía constitucional <sup>14</sup> también trae problemas relativos al control de políticas públicas. Esto, porque varios condiciones tratados establecen derechos, como el derecho de trabajar, derecho a determinado nivel de vida adecuado; derechos

---

13. La composición del Poder Judicial brasileño está fundada en un sistema meritocrático que, por un lado, se inicia con el ingreso en la carera por el cargo inicial de juez sustituto, por medio de concurso de exámenes y títulos, y con el proceso de promoción de entrada para entrada y acceso a los tribunales, alternadamente, por antigüedad y por merecimiento (ver artículo 93 de la CF). Por otro lado, está basado en un sistema de garantías: de independencia que le asegura al juez el cargo vitalicio, la inamovilidad y la irreductibilidad de sueldos; y de imparcialidad: prohibición del ejercicio de otro cargo, excepto el magisterio; prohibición de recibir, a cualquier título, ventaja en razón de su función; y prohibición de dedicarse a la actividad político-partidaria.

14. El Supremo Tribunal Federal en Brasil ha afirmado en jurisprudencia más reciente, que los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Brasil poseen status normativo supra-legal, lo que torna inaplicable la legislación infra-constitucional con ellos conflictantes, sea ella anterior o posterior al acto de ratificación y que, desde la ratificación por Brasil, sin cualquier reserva, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 11) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica (art. 7º, 7), no hay más base legal para la prisión civil del depositario infiel. HC 90172/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 5.6.2007. (HC-90172). En Costa Rica, país de fuerte desarrollo en el área de los derechos humanos, por ejemplo, las reformas constitucionales de 1989 colocaron las normas de derechos humanos en la misma jerarquía de la constitución y la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia (voto 3435/92) estableció que los convenios internacionales son instrumentos válidos para interpretar las normas constitucionales, reconociéndose con eso un status SUPRA constitucional cuando aquellos otorgan mayores derechos o garantías a las personas, en comparación con la constitución de aquel país. Cf. Giselle Molina Subirós, “El sistema axiológico de la CEDAW como parámetro de control constitucional en la formulación e implementación de leyes y políticas públicas. Revista IIDH, volumen 34/35, página 417 a 482, Costa Rica, 2001/2002.

estos, que se diferencian de los tradicionales “derechos” ante el Estado<sup>15</sup>.

Esos “nuevos” derechos, que aquí simplificamos denominándolos “derechos a la prestaciones sociales”, no podrían, tampoco, ser otorgados ni reconocidos por los Tribunales ni por el Poder Judicial (en varias hipótesis), sin la participación o intervención activa de los demás poderes u órganos del Estado.

Para la realización y satisfacción de tales derechos, no bastaría la tradicional remoción de actos llamados ilegales o inconstitucionales, sino la creación concreta de *actos promocionales, prestacionales y efectivos*.

Recuérdese por todos la lección de Ingo Wolfgang Sarlet<sup>16</sup> que trata de distinguir resumidamente las características de los derechos de defensa y los derechos sociales prestacionales, del siguiente modo:

A- Derechos de Defensa: se identifican por su naturaleza preponderantemente negativa, teniendo por objeto abstenciones del Estado, en el sentido de proteger al individuo contra ingerencias en su autonomía personal. Es, segundo pensamos, la clásica lección francesa;

B- Derechos Sociales Prestacionales: tienen por objeto conducta positiva del Estado (o particulares destinatarios de la norma), consistente en una prestación de naturaleza fáctica.

*Afirma: “Mientras la función precípua de los derechos de defensa es la de limitar el poder estatal, los derechos sociales (como derechos a las prestaciones) reclaman una creciente posición activa del Estado en la esfera económica y social. Diversamente de los derechos de defensa, mediante los cuales se cuida preservar y proteger determinada posición (conservación de una situación existente), los derechos sociales de naturaleza positiva (prestacional) presuponen que sea creada o colocada a la disposición la prestación que constituye su objeto, ya que tienen por objetivo la realización de la igualdad material, en el sentido de garantizar la participación del pueblo en la distribución pública de bienes materiales e inmateriales”.*

15. Brasil ratificó los más importantes tratados internacionales de protección a los derechos humanos, destacándose, en el ámbito de los derechos sociales y económicos, la ratificación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1992 y del Protocolo de San Salvador en materia de derechos económicos, sociales y culturales, en 1996. Para mayores detalles desde esta perspectiva, véase el artículo de Flávia Piovesan: “Justiciabilidad de los Derechos Sociales y Económicos en Brasil: Desafíos y Perspectivas”, en la Revista de Derecho del Estado, Año 1, número 2, Ed. Renovar, 2006, página 55 y siguientes.

16. En el magnífico trabajo “La Eficacia de los Derechos Fundamentales”, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1998, página 257 y siguientes.

En fin, son tantas y tan complejas tales cuestiones, que tal vez debamos recortarlas para nos perdernos en el la selva de las dudas suscitadas.

Así, comenzamos haciendo una breve radiografía de los problemas del Estado Constitucional brasileño, con el objetivo de situar al lector extranjero y contextualizar el tema, para en seguida cuidar de la problemática relativa a las “políticas públicas”.

Flávio Dino de Castro y Costa<sup>17</sup> nos auxilia a comprender ese escenario, al afirmar:

*“En Brasil, la teoría del desarrollo desigual y combinado demuestra toda la su pertinencia. Trotski, citado por Raymundo Faoro en Los Dueños del Poder, afirma: “indios tiraron los arcos y flechas y agarraron inmediatamente los fusiles, sin recorrer el camino que había entre esas dos armas del pasado...(..). De esta ley universal de la desigualdad del ritmo resulta otra ley que, por falta de mejor nombre, puede denominarse ley del desarrollo combinado, en el sentido de la aproximación de las etapas diversas, de la combinación de fases discordantes, de la amalgama de formas arcaicas y modernas.*

*Esta amalgama se revela, por ejemplo, en la inadecuación de la transposición mecánica a nuestro país de la clásica enseñanza acerca de la evolución histórica de los derechos fundamentales: derechos individuales (1ª generación), derechos políticos (2ª generación), derechos sociales (3ª generación). El desplazamiento de ese esquema conceptual de la práctica brasileña es manifiesto. En el plano de la efectividad, los derechos políticos están más universalizados que los derechos individuales clásicos. En nuestro país, el alistamiento electoral casi universal y las urnas electrónicas (derechos de 2ª generación en la “era de la post-modernidad”) convive con la difusión de formas de trabajo esclavo y con asesinatos de quienes viven en la calle, privados no solo del derecho a la habitación, sino también del derecho a la integridad y a la libertad de ir y venir (de 1ª generación).*

*Tal amalgama jurídico resulta de varios factores, mereciendo destaque la brutal concentración de renta. Esta “es medida por el índice de*

---

17. “La Función Realizadora del Poder Judicial y las Políticas Públicas en Brasil”, Revista Interés Público, 2004, Volumen 28, página 64 y siguientes. Véase también, de José Afonso de la Silva, “Poder Constituyente y Poder Popular”, Malheiros Editores, São Paulo, 2000, página 17, como también “Curso de Derecho Constitucional Positivo”, 22ª Edición, Malheiros, São Paulo, 2003, página 120, ambas obras de José Afonso de la Silva. Es él quien afirma todavía :“Es cierto, sin embargo, que la Constitución de 1988 no promete la transición al socialismo con el Estado Democrático de Derecho, apenas abre las perspectivas de realización social profunda por la práctica de los derechos sociales, que ella inscribe, y por el ejercicio de los instrumentos que ofrece a la ciudadanía y que posibilita concretizar las exigencias de un Estado de justicia social, fundado en la dignidad de la persona humana”. (destacamos).

*Gini, que va de 0 a 1. Cero significaría que cada uno de los habitantes de un país tendría renta idéntica, situación ideal, pero obviamente utópica. Índice 1, al contrario, sería el número de un país en que la renta estuviera toda en las manos de una sola persona, otra situación imposible. El Gini de Brasil, en el informe 2001, pero con base en datos de 1997, era de 0,591. En el informe 2002, con base en datos de 1998, aumentó a 0,607. Renta más concentrada que la del Brasil solamente en Sierra Leona, República Centro-Africana y en Suazilandia, pobrísimos países africanos". Celso Furtado recuerda que: "En los países de renta per-cápita semejante a la del Brasil (4500 dólares) el porcentaje de pobres es de cerca de 10% de la población total, por lo tanto, menos de una tercera parte del porcentaje brasileño (34%).*

*Todo eso es todavía agravado por las inmensas asimetrías regionales que refuerzan el citado modelo de desarrollo desigual. En la última pesquisa sobre el Índice de Desarrollo Humano (IDH) de los Municipios brasileños, de los 20 peores, ocho están en Maranhão, cinco en Piauí y tres en Amazonas".*

Podemos traer todavía la lección de Luís Roberto Barroso<sup>18</sup>, que nos ayuda a comprender el momento y el constitucionalismo brasileño, al afirmar:

*"El nuevo derecho constitucional brasileño, cuyo desarrollo coincide con el proceso de redemocratización y reconstitucionalización del país, fue fruto de dos cambios de paradigma: la) la búsqueda de la efectividad de las normas constitucionales, fundada en la premisa de la fuerza normativa de la constitución; b) el desarrollo de una dogmática de la interpretación constitucional, basada en nuevos métodos hermenéuticos y en la sistematización de principios específicos de interpretación constitucional. La ascensión política y científica del derecho constitucional brasileño condujeron al centro del sistema jurídico, donde desempeña una función de filtrado constitucional de todo el derecho infra-constitucional, significando la interpretación y lectura de sus institutos, a la luz de la constitución". (destacamos).*

18. "La Nueva Interpretación Constitucional", obra coordinada por Luís Roberto Barroso, Editora Renovar, RJ, 2003, en ella encontramos el título: "Fundamentos teóricos y filosóficos del nuevo derecho constitucional brasileño (post-modernidad, teoría crítica y post-positivismo), página 43 y siguientes.

Por otra parte, importante registrar que el movimiento conocido por “neoliberalismo”<sup>19</sup> que marcó el final del siglo XX, tuvo por efecto no solo disminuir la presencia del Estado como productor y empresario, sino también relativizar la presencia e importancia de los llamados “derechos sociales”<sup>20</sup>.

Mientras tanto, ese movimiento, a nuestro juicio, no tuvo la fuerza suficiente para desobligar al Estado de cumplir los objetivos solidarios de la justicia social y el mejoramiento de las condiciones de su vida. Por lo menos todo el esqueleto constitucional brasileño, toda la estructura constitucional señala en gran medida esos objetivos más solidarios. Es evidente que en la contemporaneidad hay que pensar conectándose a un sistema regional o mundial para la concreción solidaria de esos objetivos, construidos en conjunto o participativamente, pero es forzoso considerar que no todas las regiones del planeta se encuentran en las mismas condiciones. Hay asimetrías importantes y barreras a ser superadas. El esfuerzo debe ser de todos, para un mundo mejor<sup>21</sup>.

Se reafirma: Brasil, no obstante las reformas liberalizantes por las que pasó en la década pasada, siguiendo el movimiento universal en ese sentido, todavía permanece un Estado Social y Democrático de Derecho, siendo obligación

---

19. Sobre el tema del “neoliberalismo y derechos humanos”, consúltese la obra con ese título de Antônio José Avelãs Nunes, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003.

20. De cierto modo, incorporamos la lección de Canotilho, condimentada a la moda brasileña, cuando afirma: “la Constitución dirigente es un producto acabado de un proyecto de la modernidad, ya sea en términos de sujeto histórico, o en términos de hombre triunfante en su capacidad de transformación. Así entendida, la Constitución dirigente enfrentó grandes dificultades, resultantes del ataque de las corrientes más conservadoras, pero también de las críticas de algunos normativistas sociológicos... Pero esto no puede significar que no sobrevivan algunas dimensiones importantes de la programaticidad constitucional y del dirigismo constitucional... En primer lugar, en términos jurídicos-programáticos, una Constitución dirigente – ya expliqué eso varias veces- representa un proyecto histórico pragmático de limitación de los poderes de cuestionar del legislador, de la libertad de conformación del legislador, de vinculación de este a los fines que integran el programa constitucional. En esta medida, pienso que continuamos teniendo algunas dimensiones de programaticidad: el legislador no tiene absoluta libertad de conformación, sino que más bien, tiene que moverse dentro del encuadramiento constitucional. Es la primera supervivencia de la Constitución dirigente en términos jurídicos- programáticos. ...” Canotilho y la Constitución Dirigente, Jacinto Coutinho (organizador), Rio de Janeiro, Renovar, 2002, páginas 13 y siguientes.

21. Recuérdese una vez más J.J. Canotilho, cuando afirma: “.. En el dibujo de las constituciones civiles globales, queda por explicar su acoplamiento con las políticas nacionales, ya sea que estén, o no, plasmadas en la Constitución. Si la literatura constitucionalista enfatiza hasta el cansancio la reserva del posible económico y social cuando se trata de incrementar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, tendrá de cuestionarse cómo se puede estructurar una constitución civil global que desprecie la partida los presupuestos fácticos y normativos nacionales (y supranacionales, regionales) indispensables a esa misma realización. Si las constituciones civiles globales, no obstante sean constituciones jurídicamente autónomas, forman parte de un sistema de redes aglutinador de varios subsistemas nacionales vinculados a reglas-cuadro o hasta mismo directrices políticamente programáticas de las constituciones nacionales”. “Brancosos” y Interconstitucionalidad – Itinerarios de los Discursos sobre la historicidad constitucional, Almedina, Coimbra, 2006, Página 300.

constitucional la realización de los objetivos constantes de su artículo 3º, a partir de sus políticas públicas, teniendo el Poder Judicial, en ese contexto, importante *parcela* de responsabilidad social.

### **Pasamos ahora a conceptualizar política pública.**

Las políticas públicas son un conjunto heterogéneo de medidas y decisiones tomadas por todos aquellos obligados por el Derecho, a atender o realizar un fin o una meta consonante con el interés público<sup>22</sup>.

O todavía, un programa de acción que tiene por objetivo realizar un fin constitucionalmente determinado. Las políticas públicas son mecanismos imprescindibles para la fruición de los derechos fundamentales, inclusive los sociales y culturales.

Evidentemente, como la Constitución brasileña es indudablemente programática (o dirigente<sup>23</sup>) – traza planes, directrices y metas – a sus destinatarios. En gran medida, el fundamento de la propia política pública está trazado en el texto constitucional, el que genera, en muchos casos, la justiciabilidad de esos derechos y toda la polémica que el tema contiene.

Es decir, la Constitución es un importante elemento de referencia y validez para el desarrollo de innumerables políticas públicas en los diversos segmentos y actividades por ella reglamentados, trazando en mayor o menor grado, los propios elementos de la política pública que deben ser desarrollados y concretados.

22. Rodolfo de Camargo Mancusso afirma: “En este paso, vale considerar que, si la política pública, por definición, en principio busca alcanzar un fin consonante con el interés público, no por eso, sin embargo, esos dos términos se presuponen necesariamente : cuando el constituyente estableció que constituye objetivo fundamental “erradicar la pobreza y la marginalización y reducir las desigualdades sociales y regionales”, el mueble por cierto, es la consecución de un objetivo de justicia social; no obstante, de ello surge, por ejemplo, que el programa gubernamental direccionado a implementar la función social de la propiedad rural (art.186) y la política agrícola (art.187) vaya efectivamente hacia aquel desiderato, de modo a fijar el hombre en el campo, así aliviando la superdensidad populacional en los centros urbanos”. En “Control judicial de las llamadas políticas públicas”, en la obra: “Acción Civil Pública”, Coordinador Édis Milaré, Ed.RT, São Paulo, 2001, p.728.

23. No estamos en este paso asumiendo el compromiso o entrando en la discusión de las virtudes o fallas de la llamada “constitución dirigente”. Apenas subrayamos una evidencia: el carácter compromisorio y analítico de la constitución brasileña, como también de tantas otras constituciones contemporáneas en todo el mundo. Pese a la revisión de posición del Professor J.J. Gomes Canotilho, en el prefacio de la segunda edición de su conocida obra, “Constitución Dirigente y Vinculación del Legislador”, sobre la naturaleza y el carácter de vinculatividad operativa de las constituciones compromisorias, entendemos que en los Estados periféricos, como es el caso del Brasil, donde no hubo la realización lineal de los derechos fundamentales a partir de la noción de dimensiones, creemos todavía ser el concepto de constitución dirigente válido y útil a nuestra realidad.

En este contexto, es evidente que el tema del *judicial review* aparece mucho más como una actividad de rutina, ordinaria del Poder Judicial, del que sería en un sistema como el norteamericano donde hay, como sabemos, una Constitución sintética y principiológica.

Se puede afirmar, en compañía del jurista brasileño Fábio Konder Comparato<sup>24</sup>:

*“Que la política aparece antes de todo, como una actividad, o sea, es un conjunto organizado de normas y actos tendientes a la realización de un objetivo determinado.*

*Siendo cierto todavía que la política, como conjunto de normas y actos, es unificada por su finalidad. Los actos, decisiones o normas que la componen, tomados aisladamente, son de naturaleza heterogénea y se someten a un régimen jurídico que les es propio.*

*De donde se concluye que el juicio de validez de una política- sea ella empresarial o gubernamental- no se confunde nunca con el juicio de validez de las normas de los actos que la componen. Una ley, editada en el marco de determinada política pública, por ejemplo, puede ser inconstitucional, sin que esta última lo sea. Inversamente, determinada política gubernamental, en razón de su finalidad, puede ser juzgada incompatible con los objetivos constitucionales que vinculan la acción del Estado, sin que ninguno de los actos administrativos practicados, o ninguna de las normas que la rigen, sean, en sí mismos, inconstitucionales”.*

Puede sonar un poco exótico para algunos, que el Poder Judicial se ocupe de hacer valer directamente, no propiamente los derechos violados de la parte, en su sentido más estricto, pero se preordene a ejecutar, desde que

---

24. “Ensayo sobre el juicio de constitucionalidad de políticas públicas”, Revista de Información Legislativa, número 138, 1998, p. 45.

provocado, concretamente acciones y políticas públicas<sup>25</sup> a partir de aquella violación.

Y en este punto, es preciso comprender no solo el esqueleto teórico que tiene la materia, sino, sobre todo, y tal vez más importante que el primero, la realidad brasileña.

Como uno de los temas de este seminario es exactamente el desarrollo, parece oportuno recordar que es él un proceso de largo plazo, inducido, exactamente por políticas públicas o programas de acción gubernamental en tres grandes campos interligados: económico, social y político.

Es la lección de Gilberto Bercovici,<sup>26</sup> para quien el *“elemento social del proceso de desarrollo es la adquisición de la progresiva igualdad de condiciones básicas de vida, o sea, la realización para todo el pueblo, de los derechos humanos de carácter económico, social y cultural, como el derecho al trabajo, el derecho a la educación, en todos los niveles, el derecho a la seguridad social (salud, previsión y asistencia social), el derecho a la habitación y el derecho de fruición de los bienes culturales. En fin, el desarrollo integral comporta, necesariamente, un elemento político, que es la llave de bóveda de todo el proceso: la realización de la vida democrática, quiere decir, la efectiva asunción, por el pueblo, del su papel de sujeto político, fuente legitimadora de todo poder y destinatario de su ejercicio”*.

No resta duda que el Poder Judicial durante largo período fue la garantía de los derechos civiles y de la libertad individual.

Es él, en el modelo liberal, el fiador de la legalidad, de la igualdad ante

25. El foco en los EUA es un poco diferente. La intromisión (ese el término utilizado por el autor abajo referido, el que ya demuestra su estado de espíritu en la materia) judicial de las cortes es admitida en general en nombre de la protección de los derechos fundamentales del individuo, violados por organizaciones gubernamentales o públicas que deberían custodiarlos. Esta forma de activismo judicial es llamada remedial law y procede “when violations by public agencies of the rights of children, prisoners, patients, and tenants are found to exist”(cuando se verifica que existen violaciones por órganos públicos de los derechos del niño, de los prisioneros, de los pacientes y de los inquilinos). Su objetivo es, no pocas veces, tratar de alterar el estándar de comportamiento de las organizaciones acusadas, oyendo a la comunidad jurídica y a los experts involucrados en la demanda. “Remedial law may go beyond the award of damages and cease and desist orders to mandate programs and administer changes, but it does not intend to “take over” public executive agencies permanently or manage them forever”(el activismo judicial puede ir más allá de la adjudicación de daños, y cesar y desistir órdenes para delegar programas y administrar cambios, pero no está destinado a “asumir” órganos ejecutivos públicos permanentemente, ni a administrarlos para siempre). En la obra: “Remedial Law- When Courts Become Administrators”(Activismo Judicial – Cuando los Tribunales se vuelven Administradores), Editada por Robert C. Wood, University of Massachusetts Press, Amherst, 1990. En Brasil, ver también el artículo de José Reinaldo Lima Lopes, titulado “Derechos Sociales y Justicia – La experiencia norteamericana”, Revista de la Facultad de Derecho de la USP, Volumen 92, 1997, página 201 y siguientes. El autor hace una comparación entre el poder judicial norteamericano y brasileño, trayendo a la discusión tres casos del derecho norteamericano, el Golden Clause Cases (1935), Wyatt Cases (1970) y California V.US (1995).

26. “Constitución Económica y Desarrollo”, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, Página108

la ley, pero esa realidad se desdobra en otras. Sabemos que independientemente de discusión del modelo de Estado o de sus características, es cierto que el Poder Judicial pasa a intervenir más directamente en la sociedad de masa.

El derecho del consumidor, el derecho urbanístico, el derecho ambiental son ejemplos de como la controversia judicial asume un *papel social destacado* y amplio que trasciende a las partes para adecuar y ajustar las relaciones sociales y comunitarias.

No es sin razón, por consiguiente, que la democracia y su ejercicio sean asociadas v.g. a la implementación y el goce de los llamados *derechos sociales*<sup>27</sup>.

### **En cada país el tema es tratado de una manera<sup>28</sup>.**

Por otra parte, es importante registrar que Brasil se denomina a sí mismo un Estado Democrático de Derecho que tiene como fundamento : la) la soberanía; b) la ciudadanía; c) la dignidad de la persona humana; d) los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa; y) el pluralismo político.<sup>29</sup>

Como dice José Reinaldo de Lima Lopes<sup>30</sup>: “Por eso, conviene subdividir tal cuestión en dos puntos: en un primer momento, establecer las relaciones entre democracia, derechos sociales y políticas públicas; en un segundo momento, establecer las relaciones entre un modelo de Estado emergente de los años 80’

---

27. La alusión a los derechos sociales (*status positivus socialis*) debe ser entendida en sentido amplio. Queremos referirnos a derechos que demandan prestaciones, sobre todo en una dimensión positiva del Estado, o hasta de particulares destinatarios de las normas constitucionales. En Brasil ver Ingo Wolfgang Sarlet, “La eficacia de los derechos fundamentales”, *Livraria do Advogado*, Porto Alegre, 1998, para profundizaciones. En Brasil hay una gama inmensa de derechos considerados sociales, como educación, salud, previsión, asistencia social, etc. No hay una única tabla de derechos sociales, sino una serie de ellos, desparramados por la Constitución.

28. Para una visión de lo que procede con los derechos sociales en Europa, es imprescindible la lectura de la obra coordinada por Julia Iliopoulos-Strangas, titulada: “La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de L’Union européenne”(La protección de los derechos sociales fundamentales en los Estados miembro de la Unión Europea)- Étude de droit comparé, Editions Ant. N. Sakkouas, Athènes, Bruylant y Nomos Verlagsgesellschaft Baden Baden, Volumen 3, colección, 2000, Human Rights, dirigida por la citada autora.

29. El artículo 3º de la Constitución brasileña dispone: “ Constituyen objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil: I- construir una sociedad libre, justa y solidaria; II- garantizar el desarrollo nacional; III- erradicar la pobreza y la marginalización y reducir las desigualdades sociales y regionales; IV- promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad y cualesquiera otras formas de discriminación”. No hay duda de que Brasil busca en su marco normativo e institucional un Estado Social de Derecho donde haya una mayor participación de la sociedad civil en el Estado y una mayor democratización con la finalidad de efectivizar derechos sociales.

30. “Poder Judicial, democracia, políticas públicas”, *Revista de Información Legislativa*, Brasília, número 122, 1994, página 256 y siguientes.

y el papel del Poder Judicial en ese contexto”.

La tesis del profesor José Reinaldo de Lima Lopes puede ser sumulada del siguiente modo:

- 1) Las reglas del juego democrático son apenas el mínimo, sin las cuales no puede haber democracia, pero que por sí solas no aseguran la existencia de la democracia. En otras palabras, son condición necesaria, pero no suficiente, de la vida democrática (Bobbio).
- 2) La democracia está en un proceso de expansión, o sea ella es hoy un proceso en sí mismo, que aspira a más libertad, en más lugares. O sea, de un Estado democrático, se pasa a buscar una sociedad democrática.
- 3) Los nuevos derechos sociales son representativos de esa realidad y por ello son derechos constitucionales. Estos mismos derechos constituyen elemento esencial de la democracia, en la medida en que es inherente a esta la concesión de condiciones reales de posibilidad de vida digna.
- 4) Si la democracia es el opuesto del poder autocrático y si su realización depende de la eliminación progresiva de oligarquías, de restricción al acceso al Estado (cargos de decisión o de ejecución), transparencia creciente del ejercicio del poder y participación consciente de los ciudadanos, *la negativa de los derechos sociales, o sea, la negativa de las condiciones de posibilidad de vida digna garantida bajo el nombre de derechos sociales, es negativa de la democracia*<sup>31</sup>.
- 5) Los derechos sociales, por vía de regla, dependen, para su eficacia, de actuación del Ejecutivo y del Legislativo por tener el carácter de generalidad y publicidad. Así es el caso de la educación pública, de la salud pública, de los servicios de seguridad y justicia, del derecho a un medio ambiente sano, el recreo, la asistencia a los desamparados, la previsión social, y otros previstos en el art. 6º, en el art.7º, sin contar las disposiciones de los incisos del art.170, del art.182, del art.193, del art. 225, y muchas otras desparramadas a lo largo del cuerpo de toda la Constitución de 1988.
- 6) Cuestiona todavía el profesor si: la) los ciudadanos en general tienen o no el derecho de exigir, *judicialmente*, la ejecución concreta de políticas públicas y la prestación de servicios públicos; y b) si, y cómo,

31. No obstante el silogismo en el particular sea un poco simplista, es preciso concordar que los derechos sociales en Brasil están encorralados, bajo el impacto del avance del liberalismo en las relaciones capital-trabajo y del predominio de la idea de que el Estado debe abdicar de sus responsabilidades en el campo social, transfiriéndolas al mercado. No hay duda en la aseveración según la cual el desarrollo del Brasil solo podrá ocurrir con la transformación de las estructuras sociales, lo que hace que el Estado deba estar cada vez más capacitado y estructurado para promover el desarrollo y atender al artículo 3º de la Constitución Brasileña, arriba ya transcrita.

el Poder Judicial puede provocar la ejecución de tales políticas<sup>32</sup>.

Y al responder tales cuestiones, recuerda la tentativa del constituyente en tratar de encontrar mecanismos constitucionales (y judiciales) de exigir concretamente algunos derechos (iniciativa popular, requerimiento judicial), para reconocer, sin embargo, que parece difícil superar algunas dificultades tales como: 1) la responsabilización del Estado por omisión de servicios esenciales no siempre es posible. Es tarea compleja y difícil, visto que la mayoría de los servicios públicos omitidos son *uti universi* y *uti singuli*, no remunerados directamente por los usuarios, sino mantenidos por medio de impuestos generales; 2) más allá de esto, la prestación de servicios depende de la real existencia de los medios: no existiendo escuelas, hospitales y empleados públicos capaces y en número suficiente para prestar el servicio, qué hacer? Prestárselos a quien tuvo la oportunidad y la suerte de obtener una decisión judicial y abandonar la inmensa mayoría a la fila de espera?<sup>33</sup>

También parece simple afirmar que por intermedio de políticas públicas puede (y debe) el Estado de forma adecuada realizar los fines y objetivos trazados en la Constitución. La cuestión perdura.

¿Qué papel le cabe al Poder Judicial en esta temática? Hasta dónde es posible avanzar en el camino del Estado Social y Democrático de Derecho?

Un buen ejercicio será alinear de un lado a los defensores de un activismo más agresivo en esa temática, y del otro, a sus adversarios. Quién sabe, si un balance puede ofrecernos algunas luces y posiciones intermedias adecuadas..

Se puede afirmar que, en líneas generales, existen tres grandes corrientes al respecto de la exigencia de los derechos sociales, a saber: la) la de los que entienden que deban ser exigibles todos los derechos clasificados por la Constitución como fundamentales; b) la de los que entienden que deban ser exigibles apenas los derechos negativos, ya que los positivos, por demandar recursos, serían exigibles bajo la cláusula de la “reserva de lo posible”, dependiendo además del legislador y c) la de los que entienden haber un núcleo de derechos positivos ligados al mínimo existencial que sería siempre exigible. Los demás derechos quedarían también en la reserva de lo posible.

32. Todo de acuerdo con José Reinaldo Lima Lopes en el citado artículo, especialmente página 257.

33. Este solo un recorte del tema. El mismo autor amplía la discusión trayendo no solo la realidad presupuestal y fiscal del Estado como un límite objetivo a la temática- el régimen de las finanzas públicas, así como la diversidad de las políticas públicas. Trae a Claus Offe, Jean Overstake e indaga: ¿Cuál es la responsabilidad del Estado en la implementación de la política pública? ¿Se responsabiliza por perjuicios causados a individuos singulares, o no? ¿Se responsabiliza por la falta de éxito, o sea, por el resultado de la política, o apenas por los medios? Los miembros de los poderes públicos pueden ser políticamente responsabilizados por la no implementación de políticas públicas? ¿Pueden ser responsabilizados políticamente o civilmente por la distorsión o el desvío de políticas públicas? . Ob.Cit. página 259.

Desde luego, es importante circunscribir el objeto de la temática. Cuando hablamos en *judiciabilidad de las políticas públicas*, podríamos hasta incluir la defensa de acciones de finalidad colectiva, no obstante no sea esa nuestra preocupación central.

Es decir, si insetáramos en nuestra supuesta clasificación (no anunciada) entre los temas indicables por el poder judicial, la defensa de acciones de finalidad colectiva, no parece haber – por lo menos en el contexto brasileño – novedad alguna.

Esto, porque se trataría del ejercicio regular de una competencia por así decir, *ordinaria*, común del Poder Judicial brasileño<sup>34</sup>.

En la medida en que vivimos bajo el signo de un Estado Democrático de Derecho en una sociedad pluralista con instrumentos de democracia participativa, encontramos en la Constitución brasileña, innumerables instrumentos para forzar un diálogo normativo entre los poderes y funciones del Estado y la sociedad en ella insertada.

Así siendo, tomemos como ejemplo más allá de los clásicos instrumentos de la democracia semi-directa, como la iniciativa popular (CF, art. 14, II y 49, XV), el plebiscito (art. 14, I, 18, §§3º y 4º), la acción popular (art.5º, LXXIII), y especialmente, el artículo 10, 11, **31§ 3º**, **37,§ 3º**, **74,§2º**, 194, VII,206, VI, 216,§ 1, todos de la Constitución Federal brasileña<sup>35</sup>.

Las aludidas normas constitucionales como que tienen por objetivo una integración Estado- sociedad , fomentando una participación de la población y de los usuarios de servicios en la gestión y administración de los poderes públicos. Se atribuye información, se incrementa la participación y se confiere legitimidad para actuar en los varios sectores regulados por la Constitución. Con eso, se amplía también por intermedio del Poder Judicial el control de legalidad de los actos públicos, la eficiencia de los programas gubernamentales en las varias esferas de la federación brasileña, disminuyendo consecuentemente en muchos casos, el margen de discricionalidad del administrador público brasileño.

Nótese: no se trata apenas de conferir legitimidad (en juicio), a determinadas personas, entidades o asociaciones, sino de incentivar la participación de esas mismas personas, destinatarias de las normas constitucionales para que participen como ciudadanos de las decisiones administrativas, formulando alternativas en su calidad de usuarias de determinadas actividades o servicios.

34. Esencialmente dinamizada a partir de la Constitución de 1988, muy a pesar de que acciones colectivas con perfil de defensa del interés social ya existieran anteriormente a esa fecha, como es el caso de la acción civil pública cuya ley data de 1985 (ley 7347/85).

35. El texto integral de la constitución brasileña puede ser accesado electrónicamente en la dirección: [www.presidencia.gov.br](http://www.presidencia.gov.br) en el ítem legislación brasileña.

Al final de cuentas, evidentemente, si hubiera discordancia grave y fundamentada, irregularidad, ilegalidad (en sentido amplio), o inconstitucionalidad, se le proporciona al interesado o a la entidad competente, medios para impugnar determinada opción, determinada política pública o programa gubernamental, como estamos pretendiendo demostrar<sup>36</sup>.

Hay quien, como Rodolfo de Camargo Mancuso, incluya la *judiciabilidad de las políticas públicas en las acciones de finalidad colectiva*. Además, según el mismo autor, de reconocer en el poder judicial un papel de co-gestor de los intereses generales. El proceso no queda más limitado a una relación jurídica entre los propios y directos contradictores, pasando la operar como un vehículo idóneo para conducir *conflictos colectivos de amplio espectro*, como se verifica, por ejemplo, en las demandas que contraponen la clase de los ex-fumantes y la industria fumígena :

*“Resáltese todavía que el fenómeno de la llamada judiciabilidad de las políticas públicas puede ser detectado, esencialmente en la defensa de acciones de finalidad colectiva, cuando presentes al menos los siguientes requisitos o elementos: 1) donde se pretenda la defensa o concretización de ciertos derechos relativos a sujetos indeterminados ; 2) tengamos presentes acciones con objeto indivisible y; 3) haya la posibilidad de la cosa juzgada con eficacia erga omnes o también*

---

36. En ese sentido, en Brasil, tanto la doctrina como el Supremo Tribunal Federal han utilizado ampliamente el principio de la razonabilidad y de la proporcionalidad (de vertiente doctrinaria germánica), para explotar las varias facetas del control judicial de los actos administrativos, legislativos y de gobierno. También hay que acordarse del principio del debido proceso legal (en su confección procesual y substantiva), de matriz norte-americana, contemplado en nuestra constitución en su artículo 5º, inciso LIV.)

*ultra parte*<sup>37</sup>.

Otro dato que no puede ser olvidado en Brasil alusivo a la judicialización de los derechos sociales concierne el hecho de que la Constitución brasileña – al contrario de otras- vinculó muchas de las prestaciones estatales a los derechos fundamentales, de aplicación inmediata.

Y no hay duda que el tema “políticas públicas” está íntimamente ligado a la realización de condiciones y derechos considerados imprescindibles para una vida libre y digna.

---

37. “Donde y cuando la Constitución Federal establece un hacer, o una abstención, automáticamente queda asegurada la posibilidad de esa conducta comisiva o omisiva, ante la autoridad y/o el órgano competente, como, por ejemplo, se da en caso de incumplimiento de las normas tuteladoras del medio ambiente, donde el infractor se sujeta “las sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar los daños causados (art.225, § 3º); o en la política de atención a las cartas rogatorias judiciales, donde el incumplimiento de las normas de regencia fundamenta el “secuestro del importe necesario para la satisfacción del débito” (CF, § 2º del art.100), a la par de eventual intervención en el ente político faltoso (CF, art.35, I)”. “... Hay que reconocer como acciones de finalidad colectiva, las que se pueden manejar por el control directo de constitucionalidad (acción directa de inconstitucionalidad y acción directa de constitucionalidad, requerimiento de seguridad colectivo, requerimiento judicial, las acciones para defensa colectiva de consumidores; la acción popular, las acciones colectivas propuestas por asociaciones en la defensa del grupo que representan; y también, de cierto modo, la acción fundada en acto de improbidad administrativa, porque, no obstante se destine a la recomposición del tesoro público de una Hacienda lesionada, no se puede negar que el tesoro público es un componente del patrimonio público- su aspecto pecuniario- donde hoy se reconoce la legitimación activa del Ministerio Público para su tutela judicial: el art. 129, III, de la CF contiene cláusula de extensión, abriendo la acción civil pública para defensa de “otros intereses difusos y colectivos”, que debe ser compatibilizado con lo dispuesto en el inciso IX del art. 129 de la CF, autorizando el Parquet a “ejercer otras funciones que le hayan sido conferidas, desde que sean compatibles con su finalidad”. Visto que entre las finalidades del Ministerio Público figura la defensa del interés social (CF. art. 127), también por ahí se alcanza su legitimidad, dado ser innegable que la defensa del dinero público, indisponible por definición, consulta en última análisis el interés social (art. 127). ....El credenciamiento otorgado a varios colegitimados activos para las acciones de finalidad colectiva representa una proyección, en el plan judicial, de la directriz constitucional de la democracia participativa: a semejanza del llamado a la integración de la colectividad en la buena gestión de la cosa pública (plebiscito, referéndum, audiencias públicas, iniciativa popular de proyectos de ley, participación en órganos públicos colegiados de formación paritaria), también esa participación es proclamada en el plano judicial: la OAB, partido político, órgano sindical, en el control directo de constitucionalidad; el ciudadano –elector, en la acción popular; la entidad de clase, en el requerimiento de seguridad colectivo; la asociación, en la acción en defensa de sus adherentes; el Ministerio Público, los entes políticos, las asociaciones, los sindicatos, los órganos públicos, en las diversas acciones civiles públicas; cualquier persona, física o jurídica, en el requerimiento judicial” Rodolfo de Camargo Mancuso: “La proyectada participación ecuaníme de los co-legitimados a la propositura de la acción civil pública: de la previsión normativa a la realidad forense”, en la obra colectiva: “ Tutela Colectiva- 20 años de la Ley de Acción Civil Pública y del Fondo de Defensa de Derechos Difusos 15 años del Código de Defensa del Consumidor”, coordinado por Paulo Lucon, Editora Atas, São Paulo, 2006, p. 226 y siguientes.

Así, v.g. el artículo 5º, § 1º de la CF<sup>38</sup>, que genera, *en muchos casos*, atribución subjetiva de los derechos sociales directamente.

Evidentemente, como ya subrayamos, el mayor obstáculo es siempre el económico.

Se afirma, no sin razón, que no hay derechos sin costos.

Y más que eso, a nivel de las políticas públicas de carácter social habrían limitaciones materiales a la atención concomitante de *todos los programas sociales*, cabiéndole al Poder Ejecutivo y también al Legislativo, en último análisis, elegir cuáles son las prioridades presupuestales y políticas, haciendo la

---

38. El artículo 5º, § 1º de la Constitución Federal brasileña, situado después de la muy completa lista de los derechos fundamentales del artículo 5º, dispone: “ Las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata”, lo que nos remite al tema de la eficacia y aplicabilidad de los derechos fundamentales y toda la problemática de la diferente textura de esos mismos derechos. Se puede afirmar que el esfuerzo de la doctrina y de la jurisprudencia brasileña ha sido en el sentido de dar al dispositivo, aplicación posible y generosa, atenta a las dificultades naturales de implementación de los diferentes tipos de derechos y garantías.

distribución de los recursos presupuestales conforme previsión legal<sup>39</sup>.

Invoca-si la llamada “*reserva económica del posible*”, como argumento objetivo y límite aplicable a la problemática analizada<sup>40</sup>. La ese tema volveremos más adelante.

39. Julia Iliopoulos-Strangas, en la obra arriba citada, sobre la cuestión presupuestal las prestaciones y derechos sociales en la Unión Europea, enseña: “En la totalidad de los Estados miembros, las prestaciones sociales deben, en principio, estar previstas en una ley, en virtud del principio de legalidad concebido como reserva de la ley. Esto está explícitamente previsto en la legislación social de ciertos ordenamientos jurídicos. (El alemán) Sin embargo, esta regla no es aplicada con rigor, como lo demuestran, por ejemplo, ciertos casos en el área de las subvenciones... En ciertos Estados miembros, como expondremos a continuación existen, además de la reserva de la ley, limitaciones presupuestales previstas en la propia Constitución. En Alemania, la doctrina enfatiza que, a pesar del ciudadano tener un derecho subjetivo, la Administración no puede invocar límites presupuestales, y que ésto no es posible si la prestación no depende del poder discrecional de la Administración (“Ermessensleistungen”). Si una regla no respeta el principio de la igualdad, ella puede, en ciertos casos, como ya se vio, ser extendida al grupo ilegalmente excluído de los destinatarios ; el hecho de que haya que disponer de medios financieros suplementares no cuenta, en este caso. En Italia, a pesar que la doctrina reconoció la importancia de los límites presupuestales, el Tribunal Constitucional, por sus decretos en materia de seguridad social, obligó al Parlamento a adoptar medidas directas, y a atribuir prestaciones que no habían sido previstas. En Irlanda, aunque existan, como en los otros países, limitaciones presupuestales para las prestaciones sociales, el establecimiento del presupuesto no es, sin embargo, sometido a ninguna restricción constitucional ni legal, como la que prohibía que hubiera un déficit presupuestal. En relación a la sanción del Estado que no cumple o determina el cumplimiento de un derecho social garantido en la Constitución, la misma autora afirma: “si existe un medio de sancionar la carencia del Estado de no emprender una acción positiva para llevar a la práctica, se plantea de modo diferente, según se trate del legislador, o de la Administración... Entre las excepciones, debe citarse el ordenamiento jurídico de Portugal, donde una apelación en inconstitucionalidad por omisión del legislador está expresamente prevista, con la inclusión de las normas legislativas necesarias para la ejecución de los derechos sociales consagrados en la Constitución. Al contrario, en Bélgica, el Tribunal de Arbitraje no puede sancionar la falla del legislador de garantizar uno de los derechos sociales fundamentales garantizados en el art. 23 de la Constitución. En Francia, tampoco, salvo en el ámbito del derecho comunitario, medio indirecto, no existe ningún medio específico para obligar al Estado a emprender una acción positiva, para practicar un derecho social. En Austria, según la concepción tradicional de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional puede únicamente abolir las leyes y los decretos que violan un derecho fundamental, sin estar autorizada a reemplazarla por su decisión, con una ley contraria a la Constitución). No obstante, el Tribunal Constitucional respondió a esta problemática – que resulta del hecho que la carencia del legislador no se presta de modo alguno, parece, a ser cuestionada jurídicamente – definiendo de modo muy suave las disposiciones para anularla. Además, se declaró pronta, por lo menos en parte, para seguir la jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo, que concluyeron, de la CEDH, obligaciones de protección (“Schutzpflicht”) de los derechos fundamentales por parte del legislador y de la Administración. Por consiguiente, la doctrina sostiene que los derechos fundamentales existentes no se limitan a identificar límites que el Estado debe respetar, pero que comprometen igualmente, en un grado mínimo, a actuar de forma positiva... Por fin, en ciertos Estados miembros, la doctrina ha considerado la posibilidad de comprometer la responsabilidad del Estado como un medio indirecto de sanción de la carencia del legislador; así, la puesta en juego de la responsabilidad del legislador para cumplir la misión prevista en la Constitución fue defendida por una parte de la doctrina helénica). Ob. Cit. Ant. página 935.

40. El argumento en sí en el es nuevo. Los romanos ya diziam: “ad impossibilia nemo tenetur”. Nadie es obligado a cosas imposible.

Antes mismo de tratar de la “reserva económica del posible”, creo que sea importante fijar algunas premisas para que la cuestión económica funcione como un dique al pensamiento y embrutezca la posibilidad de nuevas creaciones.

Al final de cuentas, si siempre el argumento económico es límite objetivo a la obtención y fruición de cualesquiera derechos, todo estaría resuelto con la invocación de este argumento.

Hay recurso, hay derecho, no hay recurso, no hay derecho. Parece evidente que la cuestión se empobrece, y no puede ser planteada exclusivamente en esos términos.

En este particular, quien iluminó el camino para el entendimiento de la cuestión, a nuestro juicio, fueron los juristas Stephen Holmes y Cass R. Sunstein<sup>41</sup>.

En la obra, “The Cost of Rights- Why Liberty Depends on Taxes” (El Costo de los Derechos – Por Que a Libertad Depende de los Impuestos”, ambos dejan bien claras todas las implicaciones de los costos de los derechos. Entre otros aspectos, colectamos los siguientes textos, que en los parecen aclaratorios:

- 1. Los ciudadanos vigilantes deben saber cómo los recursos públicos son atribuidos. La Nación tiene el derecho de saber dónde coloca cada centavo.*
- 2. Los americanos parecen olvidarse fácilmente que los derechos individuales y las libertades dependen fundamentalmente de una acción vigorosa del Estado;*
- 3. Derechos cuestan, dependen de recursos económicos. Todos los derechos golpean las puertas de las arcas públicas.*
- 4. Recursos son finitos.*
- 5. De un modo general, lamentablemente, individuos que no viven bajo un gobierno capaz de tributar y conceder órdenes y medidas judiciales, no tienen en la práctica derechos garantizados. Un Estado ausente, no pocas veces, implica en un Estado donde no se le garantizan derechos a nadie.*
- 6. El costo de los derechos tiene diferentes pesos, “valen” de forma diferente. La libertad de prensa es más valiosa para alguien ya bien posicionado en la sociedad, que para alguien que vive debajo del puente.*
- 7. Los derechos tienen un costo social, como también presupuestal.*
- 8. La atención a los costos de los derechos no radica en saber apenas*

---

41. “The Cost of Rights- Why Liberty depends on taxes” (O Custo dos Direitos – Por Qué a Liberdade Depende dos Impostos), de Stephen Holmes and Cass R. Sunstein, W.W. Norton & Company, New York, London, 1999.

su valor, sino “quién” decide atribuirlos, en la protección de “qué tipos” de derechos y “para quién”.

9. Todos los derechos son dotados de un costo, sean los llamados negativos o los llamados positivos, puesto que todos implican y presuponen el pago de tributos para financiarlos, para implementarlos y para ejecutarlos.

10. Las deliberaciones y decisiones públicas sobre los gastos de recursos públicos deberían enfocar las siguientes cuestiones: a) ¿cuánto queremos y cuánto podemos gastar con cada derecho? b) ¿cuál es la mejor manera de gastarlos? c) ¿cuál es la mejor manera de gastar los recursos con máxima protección y con un mínimo costo? d) ¿todo el proceso fue motivado y justificado ampliamente?<sup>42</sup>

Pues bien, pero como decíamos, en Brasil pueden ser identificadas tres grandes líneas al respecto de la exigencia de los derechos sociales con diversos matices.

Algunos entienden que todos los derechos sociales previstos como fundamentales en la Constitución son exigibles de pronto.

Otros entienden que exigibles serían apenas los derechos negativos, puesto que los positivos solamente estarían disponibles bajo la reserva de lo posible, y todavía condicionados a la mediación legislativa.

Por fin, están los que entienden existir un núcleo de derechos positivos ligados al *mínimo existencial* que sería siempre exigible, restando los demás derechos positivos bajo la reserva de lo posible.

A nuestro juicio, la cuestión debe ser delimitada, en un primer momento, según parámetros del propio régimen constitucional<sup>43</sup>.

Y en el caso brasileño es preciso recordar, en primer plano: la) la vigencia del principio de la no posibilidad de alejar el amplio control jurisdiccional previsto en el artículo 5º, inciso XXXV, “la ley no excluirá de la apreciación del poder judicial lesión o amenaza a derecho”; b) el hecho de Brasil ser un Estado Democrático de Derecho, concepto amplio y sustantivo que merece ser descodificado también por el Poder Judicial para aplicar los valores y derechos constitucionales, generosamente; c) tener presente la idea de que los derechos y garantías fundamentales deben embeber la interpretación de la constitución y de sus destinatarios, inclusive el Estado; d) comprender el esfuerzo para conferir aplicabilidad y eficacia máxima a los derechos que atiendan al principio de la dignidad humana en su dimensión más amplia y pluralista posible; y) considerar que los derechos constitucionales fundamentales considerados indispensables

42. Traducción e interpretación libre del autor.

43. Con sus aberturas del constitucionalismo contemporáneo, naturalmente.

a una vida digna (salud, educación, habitación, etc.) son de variada eficacia y aplicabilidad y frecuentemente demandan la integración de los varios poderes para su total fruición por los particulares.

Presentes tales premisas de comprensión, es preciso todavía aceptar que el principio de la separación de poderes, con su dimensión contemporánea renovada, es vigente y debe ser aplicada, no por amor a la mecánica del constitucionalismo clásico, sino, sobre todo, por reverencia a los espacios democráticos de cada función y poder estatal.

Es decir, las políticas públicas no pueden ser *formuladas originariamente* por el Poder Judicial respecto a la propia ciudadanía.

Si de un lado es posible concordar con Andrés J. Krell<sup>44</sup> cuando afirma:

*“Al mismo tiempo, la justificada cobranza de un control más efectivo de los actos administrativos, a ser ejercido por los tribunales en defensa de los derechos y garantías fundamentales, no debe llegar al punto de querer atribuir “todo el poder a los jueces”, siendo ingenuo pensar que las relaciones de poder económico y político, estratificadas en una sociedad (todavía) periférica y la falta de calificación profesional no se reproducirían también en el ámbito del Tercer Poder”.*  
*“La condenación del Ejecutivo, en sede de acción civil pública, a realizar obras de saneamiento y prestar servicios públicos sociales con efectividad, no puede ser obstruida mediante invocación del principio de la separación de los Poderes, de la falta de recursos financieros o de la pretendida invasión del “mérito” de esas decisiones. En esos casos, la discrecionalidad de los órganos gubernamentales fue reducida a cero, visto que las propias normas legales constitucionales establecen, de forma expresa, los deberes de implementación de las respectivas políticas públicas, cabiéndole al Poder Judicial corregir las omisiones de los otros Poderes estatales.”*

No es posible, por otra parte, extender, dilatar el *control judicial* a tal punto que tendríamos inexistente el campo propio, el núcleo esencial de competencias atribuidas a cada poder y función estatal.

Es la constitución y en la constitución que la respuesta a esa cuestión (de la extensión y límite del control) debe ser encontrada.

Será a partir de las normas y principios constitucionales, sobre todo aquéllos que vehiculan protección a la dignidad de la persona humana en el núcleo de los derechos fundamentales, que encontraremos los deberes del Estado,

---

44. “Discrecionalidad Administrativa y Protección Ambiental - El control de los conceptos jurídicos indeterminados y la competencia de los órganos ambientales”, Un Estudio Comparativo - Editora Livraria del Advogado, Porto Alegre, 2004, página 135 y 136).

positivos o negativos, y su regular compostura.

No cabría al poder judicial, es cierto, substituirse al administrador público en el ejercicio de función administrativa, pero es preciso considerar que esa es apenas una parte del problema.

Concordamos totalmente con Ana Paula de Barcellos<sup>45</sup>, que en magnífico artículo sobre el control judicial en materia de derechos fundamentales, identifica cinco objetos que pueden sufrir control jurídico y jurisdiccional (sin perjuicio de otros).

Son ellos: i) la fijación de metas y prioridades por parte del Poder Público en materia de derechos fundamentales; ii) el resultado final esperado de las políticas públicas; iii) la cantidad de recursos a ser invertida en políticas públicas, vinculada a la realización de derechos fundamentales, en términos absolutos o relativos; iv) el alcance o no de las metas fijadas por el propio Poder Público; y v) la eficiencia mínima (entendida como economicidad) en la aplicación de los recursos públicos destinados a determinada finalidad.

No sería posible traer todo el razonamiento desarrollado por el largo artículo de la Profesora Ana Paula de Barcellos. Extraigamos, entonces, apenas uno de ellos. El relativo a la *eficiencia mínima* en la aplicación de los recursos públicos destinados a determinada finalidad. La citación, a pesar de larga, merece ser hecha.

Afirma la profesora: “Imagínese que un Municipio hipotético X declara, en su informe de ejecución presupuestal, haber invertido R\$1.000.000,00 (un millón de reales) en salud en el año de 2005. Las cuestiones que surgen aquí son dos. En primer lugar: ¿qué se hizo específicamente con los R\$ 1.000.000.00? ¿Qué resultado se obtuvo con tales recursos? En segundo lugar, y teniendo en cuenta esa información, será el momento de verificar si existe una relación de eficiencia mínima entre los recursos invertidos y el resultado producido (sea cual sea). ¿Habrá habido desperdicio, ineficiencia o desvío? ¿El resultado producido concretamente por la inversión de tales recursos cuesta razonablemente 1 millón de reales ?

Hay que repetir que ese control no se ocupa del *cuánto* debería o de haber sido invertido en determinada área, o aun de cuáles deberían haber sido las prioridades de inversión en ese particular. Dejando, por ahora, a cargo de los Poderes Públicos mayoritarios la definición de esos elementos, lo que se busca verificar es la existencia- o no- de una relación de eficiencia mínima entre lo que se invirtió y el resultado específico de esta inversión. Hay dos observaciones a hacer sobre la cuestión.

45. “Constitucionalización de las Políticas Públicas en materia de derechos fundamentales: el control político social y el control jurídico en el espacio democrático”, Revista de Derecho del Estado, Año 1, número 3, Ed. Renovar, Rio, 2006, Página 35 y siguientes.

El control de la eficiencia eventualmente podrá exigir el recurso la parámetros externos, obtenidos en el mercado, para que sea posible calcular cuál es el costo real, aunque sea aproximado, de los bienes y servicios producidos, al final, por el Poder Público. Suponga-se que, con los R\$ 1.000.000,00, el Municipio X afirme haber construido la escuela Y, y incrementado la calidad de la merienda escolar de las cinco escuelas ya existentes en la región, atendiendo a un total de 800 niños. Pues bien: ¿cuánto debería costar, en general, una edificación del porte de la escuela y, cuánto cuesta, también en promedio, el mejoramiento introducido en la merienda escolar?

La segunda observación tiene que ver con la noción de eficiencia, no obstante no se trate aquí de examinar el tema con mayor profundidad. La doctrina especializada visualiza en la eficiencia un deber general de la Administración, optimizar el empleo de los medios disponibles para, con ellos, obtener los mejores resultados posibles relevantes para el interés público. Nada obstante, la economicidad – o sea: la relación costo-beneficio bajo una perspectiva financiera- será siempre un aspecto importantísimo a ser examinado en el contexto de la eficiencia.

Todavía sobre la noción de eficiencia, también es cierto que la evaluación acerca del que es – o, más precisamente, del lo que fue eficiente o no, muchas veces producirá zonas de certidumbre negativa, zonas de certidumbre positiva y también las llamadas “zonas de penumbra”. Dicho de otro modo, algunas opciones de los Poderes Públicos podrán fácilmente ser descritas como ineficientes (zona de certidumbre negativa), otras como eficientes (zonas de certidumbre positiva), mientras que en relación a la otras, habrá duda fundada sobre su status, sobre todo teniendo en cuenta, y ése es también un aspecto importante, las circunstancias que cercaban y presionaban al administrador (y eventualmente también al Legislador) en el momento en que tomó la decisión que ahora el Poder Judicial examina.

La posibilidad de control de la eficiencia mínima de las políticas públicas, antes de otros desarrollos mayores y más profundizados, tendrá que ver sobre todo con el aspecto de la economicidad, de modo la verificar el empleo adecuado de los recursos en el contexto de las políticas públicas direccionadas(o supuestamente direccionadas) a la realización de los derechos fundamentales. Este control, es claro, tiene por objetivo principal eliminar las zonas de certidumbre negativa en la materia. O sea: impedir o, en la mayoría de las veces, apenas penalizar, ya que impedir en carácter preventivo no siempre será viable, conductas claramente ineficientes o hasta la malversación criminal del dinero público.

Por otra parte, aceptamos que sea plenamente posible el control judicial de las políticas públicas en Brasil, en lo tocante a la su adecuación al contenido

y a los fines establecidos en la Constitución.

Al interpretar la Constitución, tratando de ella sacar todas sus potencialidades, verificamos que el control de las políticas públicas no es un ejercicio retórico o demagógico, sino un verdadero deber del Estado-juez. Todo evidentemente con *prudencia y razonabilidad*.

Así, opinamos que al juez le es plenamente posible ejercer el principio de la amplia tutela jurisdiccional con los ojos mirando la máxima eficacia de los derechos y garantías fundamentales, para constatar si la política pública presenta ineficiencia u omisión en su cumplimiento, inspeccionar ampliamente las causas y motivos que llevaron a aquella situación, verificar si derechos están siendo amenazados o lesionados.

Por otra parte, nos parece que la teoría de la “*reserva de lo posible*” debe ser acogida con reservas. Siempre existirá alguna suerte de límite para la atención a derechos, considerando que todos ellos tienen determinado costo, y los recursos son limitados. (Susskind).

Es como mínimo discutible la tesis de que, en nombre de la reserva de lo posible, se puede obstaculizar el reconocimiento de derechos a prestaciones estatales. Es intuitivo que ese obstáculo no pueda ser invocado como razón absoluta para el desarrollo y atención de los derechos sociales.

Pero tampoco podemos fijarnos en las(meras) alegaciones – oportunistas - de ausencia de recursos, discurso monocórdico del Poder Público. Las preguntas que pueden y deben ser hechas son las siguientes:

¿Cuál es el motivo que llevó a la alegada escasez? ¿Es real? ¿Hay espacio jurídico para cuestionar las prioridades adoptadas por el Gobierno? La Constitución (o la ley) estableció algún tipo de prioridad material en aquella determinada materia o asunto en litigio ?

Como bien resalta Américo Bedê Freire Júnior:

*¿ “Será que es posible hablar de falta de recursos para la salud cuando existen, en el mismo presupuesto, recursos con propaganda del gobierno? Antes que los finitos recursos del Estado se agoten para los derechos fundamentales, precisan agotarse en áreas no prioritarias desde el punto de vista constitucional y en el del detentor del poder. Por otro lado, es preciso observar que, si los recursos no son suficientes para cumplir integralmente la política pública, esto no significa de*

*per se que sean insuficientes para iniciar la política pública”<sup>46</sup>.*

Y como el Supremo Tribunal Federal analiza esa temática? Aprovechando responder esa cuestión, ya será posible tocar dos puntos, íntimamente conectados, a saber, la *reserva de lo posible* y (versus) la *teoría del mínimo existencial*.

No se puede decir que el Supremo Tribunal Federal en Brasil haya enfrentado la materia de forma exhaustiva o que tenga una posición firme al respecto. Fueron pocas las veces que la materia ascendió a aquel Tribunal, y hay pocos pronunciamientos al respecto. Entretanto, los casos son interesantes y merecen ser traídos a colación.

El primer caso importante decidido en el Supremo Tribunal Federal en Brasil relativamente a ese asunto fue la **ADPF 345**, Relator el Ministro Celso de Mello (el 29 de abril de 2004). No importan los detalles procesuales del caso para nuestro análisis.

Basta señalar que el autor de la acción cuestionaba, originariamente, el veto presidencial en el presupuesto de determinado año, que implicaba desrespeto al precepto fundamental de acuerdo a la Enmienda Constitucional número 29/2000, que fue promulgada para garantizar *recursos financieros mínimos a ser aplicados en las acciones y los servicios públicos de salud*.

En primer lugar, el Relator Ministro Celso de Mello destacó que la ADPF (acción de incumplimiento de precepto fundamental) es un instrumento idóneo y apto *a viabilizar y concretar políticas públicas*, cuando previstas en el texto de la Constitución y sean incumplidas, total o parcialmente, por las instancias gubernamentales destinatarias del comando constitucional.

Afirmó: “Esa eminente atribución conferida al Supremo Tribunal Federal pone en evidencia, de modo particularmente expresivo, la dimensión política de la jurisdicción constitucional conferida a esta Corte, *que no puede eximirse del gravísimo deber de tornar efectivos los derechos económicos, sociales y culturales*, que se identifican como derechos de segunda generación, con las libertades positivas, reales o concretas, bajo pena de que el Poder Público, por violación positiva o negativa de la Constitución, comprometa, de modo inacep-

---

46. Ob.Cit. página 74. Silvio Rocha, magistrado federal y profesor de derecho administrativo de la PUC-SP, también acepta un control substancial al afirmar: “ El magistrado debe investigar en el caso concreto: la) si la política pública social contemplada recibió recursos mínimamente consonantes con las necesidades de atención, en cotejo con otras necesidades de menor importancia contempladas en el presupuesto, v.g, comparar recursos destinados a aquella política pública con recursos destinados a la publicidad; b) si los recursos destinados a aquella política fueron agotados o simplemente contingenciados; c) establecer una política pública mínima para permanecer vigente mientras no sea implantada otra por el poder público, que atienda de modo satisfactorio la demanda; d) determinar la abertura de crédito suplementario para proveer los gastos de la política pública mínimamente eficaz determinada por él”. Resumen ofrecido por el autor, de la intervención en el II Congreso Brasileño de Derecho Público realizado en Maceió, Brasil, en 2006.

table, la integridad del propio orden constitucional.

Sobre el papel del Supremo Tribunal Federal y el control de las políticas públicas afirmó el Relator: “Es cierto que no se incluye, ordinariamente, en el ámbito de las funciones institucionales del Poder Judicial- y en las de esta Suprema Corte, en especial – la atribución de formular y de implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade), puesto que, en ese dominio, el deber reside, primariamente, en los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Tal incumbencia, mientras tanto, no obstante en bases excepcionales, podrá atribuirse al Poder Judicial, si y cuando los órganos estatales competentes, por descumplir los deberes políticos-jurídicos que sobre ellos inciden, llegaran a comprometer, con tal comportamiento, la eficacia y la integridad de derechos individuales y/o colectivos impregnados de estatura constitucional, aunque derivados de cláusulas revestidas de contenido programático.

Sobre la reserva de lo posible, afirmó el Relator: “...que el carácter programático de las reglas inscriptas en el texto de la Carta Política, no puede convertirse en promesa constitucional inconsecuente, bajo pena de que el Poder Público, fraudando justas expectativas en él depositadas por la colectividad, substituya, de manera ilegítima, el cumplimiento de su impostergable deber, por un gesto irresponsable de infidelidad gubernamental que determina la propia Ley Fundamental del Estado. No dejo de verificar, sin embargo. Asentadas tales premisas, significativo relieve al tema pertinente a la “reserva de lo posible” (Stephen Holmes/Cass.R.Sustein), especialmente en sede de efectivación e implementación (siempre onerosas) de los derechos de segunda generación (derechos económicos, sociales y culturales), cuyo cumplimiento, por el Poder Público, impone y exige, de éste, prestaciones estatales positivas concretizadas de tales prerrogativas individuales y/o colectivas. Es que la realización de los derechos económicos, sociales y culturales - más allá de caracterizarse por la gradualidad de su proceso de concretización - depende, en gran medida, de un inescapable vínculo financiero subordinado a las posibilidades presupuestarias del Estado, de tal 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 efectivación del comando fundado en el texto de la Carta Política. No se mostrará lícito, mientras tanto, al Poder Público, en tal hipótesis - mediante indebida manipulación de su actividad financiera y/o político-administrativa - crear obstáculo artificial que revele el ilegítimo, arbitrario y censurable propósito de lesionar, de frustrar y de inviabilizar el establecimiento y la preservación en favor de la persona y de los ciudadanos, de condiciones materiales mínimas de existencia. Cumple advertir, de este modo, que la cláusula de la “reserva de lo posible”- exceptuada la ocurrencia de justo motivo objetivamente verificable - no puede ser invocada,

por el Estado, con la finalidad de exonerarse del cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, sobre todo cuando esta conducta gubernamental negativa, pueda resultar en anulación o, hasta aniquilación de derechos constitucionales impregnados de un sentido de esencial fundamentalidad”.

Sobre la convivencia de la “reserva de lo posible” con el “mínimo existencial”, afirmó el Relator: “La meta central de las Constituciones modernas, y la de la Carta de 1988 en particular, puede ser resumida, como ya expuesto, en la promoción del bienestar del hombre, cuyo punto de partida está en asegurar las condiciones de su propia dignidad, que incluye, más allá de la protección de los derechos individuales, condiciones materiales mínimas de existencia. Al comprobar los elementos fundamentales de esa dignidad (el mínimo existencial), se estarían estableciendo exactamente los blancos prioritarios de los gastos públicos. Apenas después de alcanzarlos, es que se podrá discutir, relativamente a los recursos restantes, en cuáles otros proyectos se deberá invertir. El mínimo existencial, como se ve, asociado al establecimiento de prioridades presupuestales, es capaz de convivir productivamente con la reserva de lo posible.

Se ve, puesto que, que los condicionamientos impuestos, por la cláusula de la “reserva de lo posible”, el proceso de concretización de los derechos de segunda generación- de implantación siempre onerosa- , se traducen en un binomio que comprende, de un lado, (1) la razonabilidad de la pretensión individual/social deducida frente al Poder Público y, del otro, (2) la existencia de disponibilidad financiera del Estado para tornar efectivas las prestaciones positivas de él reclamadas”

Sobre la libertad del legislador y del ejecutivo para conformar dichos “derechos sociales”, afirmó: “No obstante la formulación y la ejecución de políticas públicas dependan de opciones políticas, a cargo de aquéllos que, por delegación popular, recibieron investidura en mandato electivo, cumple reconocer que no se revela absoluta, en ese dominio, la libertad de conformación del legislador, ni la de actuación del Poder Ejecutivo. Es que, si tales Poderes del Estado actúan de modo irrazonable o proceden con la clara intención de neutralizar, comprometiéndola, la eficacia de los derechos sociales, económicos y culturales, afectando, como resultado causal de una injustificable inercia estatal o de un abusivo comportamiento gubernamental, aquel núcleo intangible consubstanciador de un conjunto irreducible de condiciones mínimas necesarias para una existencia digna y esencial a la propia supervivencia del individuo, ahí, entonces, se justificará, como precedentemente ya enfatizado - y hasta por razones fundadas en un imperativo ético-jurídico -, la posibilidad de intervención del Poder Judicial, en orden para viabilizar, para todos, el acceso a los bienes cuya fruición les haya sido injustamente rechazada por el Estado”.

El 22/11/2005 en el R.Y. AgR 410715/SP, también Relator el Ministro Celso de Mello, el Segundo Grupo del Supremo Tribunal Federal decidió en la forma abajo expuesta. La condensación es aclaratoria.

“Niño de hasta seis años de edad. Atención en Guardería Infantil y en Jardín de Infantes. Educación Infantil. Derecho Asegurado por el propio texto constitucional (CF, Art. 208, IV). Comprensión Global del Derecho Constitucional a la Educación. Deber Jurídico cuya ejecución se impone al poder público, especialmente al Municipio (CF, Art. 211, § 2º). Recurso No Provisto. Apelante: Municipio de Santo André. Recorrido: Ministerio Público del Estado de São Paulo.

La educación infantil representa prerrogativa constitucional indisponible, que deferida a los niños, les asegura, para efecto de su desarrollo integral, y como primera etapa del proceso de educación básica, la atención en guardería infantil y el acceso al jardín de infantes (CF, art.208, IV). Esa prerrogativa jurídica, en consecuencia, le impone, al Estado, por efecto de la alta significación social de la que se reviste la educación infantil, la obligación constitucional de crear condiciones objetivas que posibiliten, de manera concreta, en favor de los “niños de cero a seis años de edad” (CF, art.208, IV), el efectivo acceso y atención en guarderías infantiles y unidades de jardín de infantes, bajo pena de configurarse inaceptable omisión gubernamental, apta a frustrar, injustamente, por inercia, el integral cumplimiento, por el Poder Público, de prestación estatal que le impuso el propio texto de la Constitución Federal. La educación infantil, por calificarse como derecho fundamental de todo niño, no se expone, en su proceso de concretización, a evaluaciones meramente discrecionales de la Administración Pública, ni se subordina a razones de puro pragmatismo gubernamental. Los Municipios - que actuarán, prioritariamente, en la enseñanza fundamental y en la educación infantil (CF, art.211, § 2º)- no podrán eximirse del mandato constitucional, jurídicamente vinculante, que les fue otorgado por el art. 208, IV, de la Ley Fundamental de la República, y que representa factor de limitación de la discrecionalidad político-administrativa de los entes municipales, cuyas opciones, ejercidas de modo a comprometer, con apoyo en juicio de simple conveniencia o de mera oportunidad, la eficacia de este derecho básico de índole social. *No obstante resida, primariamente, en los Poderes Legislativo y Ejecutivo, la prerrogativa de formular y ejecutar políticas públicas, se revela posible, mientras tanto, al Poder Judicial, determinar, aunque que en bases excepcionales, especialmente en las hipótesis de políticas públicas definidas por la propia Constitución, ya sean estas implementadas por los órganos estatales inadimplentes, cuya omisión - por importar en incumplimiento de los deberes políticos - jurídicos que sobre ellos inciden en carácter mandatorio - se muestra apta a comprometer la eficacia y la integridad de derechos sociales y culturales imprevistos de estatura constitucional”.*

El 8 de junio de 2007, la Presidente del Supremo Tribunal Federal, Ministra Ellen Gracie, en la SS 3205, también enfrentó el tema, negando pedido del Estado del Amazonas, que requería la suspensión de la ejecución de una medida requerimiento provisional concedida en un requerimiento judicial en trámite en el Tribunal de Justicia de aquel Estado, la cual determinó a la Secretaría de Estado de la Salud, la “inmediata adquisición del medicamento Diazóxido, en el respectivo laboratorio fabricante de la droga, y manutención de su suministro de forma ininterrumpida, mientras perdure la necesidad médica de su ingestión”.

Se trataba de acción impetrada por menor representada por su madre, en la cual afirma que su hija es portadora de hiperinsulinismo congénito, una rara patología que cursa con la liberación exacerbada de insulina por las células beta del páncreas, cuyo tratamiento necesita la utilización del medicamento fabricado en Canadá. El gobierno del Estado se manifestó afirmando que no disponía de este medicamento, puesto que el mismo no formaba parte del programa gubernamental de medicamentos excepcionales. Además, alegó que al ser compelido a adquirir ese medicamento, estaría sacrificando a toda la colectividad, puesto que, valiéndose del ejemplo del caso concreto, se estaría atendiendo una necesidad individual, en detrimento del equilibrio financiero del sistema en relación a la colectividad y todavía, que el artículo 196 de la Constitución brasileña, al asegurar el derecho a la salud, se refiere, en principio, a la efectivación de políticas públicas que alcancen a la población como un todo, no garantizando situaciones individualizadas, como el suministro de remedios excepcionales y de alto costo que están fuera de la lista oficial del Sistema Único de Salud (SUS).

Sim profundizar en la discusión teórica de la justiciabilidad de las políticas públicas, simplemente, la Relatora, atenta a las condiciones de salud de la menor y a los informes (laudos) médicos constantes del proceso que indicaban que el referido medicamento era el único a posibilitar una condición posible de vida a la paciente, y todavía, atendiendo a la condición de hiposuficiencia económica de la misma, determinó la importación del medicamento, hasta que la menor completara 2 años de edad, cuando teóricamente podría el medicamento ser gradualmente suspendido o substituido.

Vista la posición del Supremo Tribunal Federal en Brasil, podemos avanzar explorando un poco más la teoría del mínimo existencial.

Sobre la teoría del *mínimo existencial* acogida en los juzgados del Supremo Tribunal Federal, recordamos una vez más a Ingo W. Sarlet,<sup>47</sup> que enfrentó el tema del “mínimo indispensable para una existencia digna” trayendo al derecho brasileño la doctrina alemana.

Afirma : ... la discusión en torno de la garantía del mínimo indispensa

---

47. Ob.Cit. “ La eficacia de los Derechos Fundamentales”, página 292 y siguientes.

ble para una existencia digna ocupó posición destacada no apenas en los trabajos constituyentes (el autor se refiere a la realidad alemana), sino también luego de la entrada en vigencia de la Ley Fundamental. En la doctrina, el primer nombre ilustre a sustentar la posibilidad del reconocimiento de un derecho subjetivo a la garantía positiva de los recursos mínimos para una existencia digna fue el publicista Otto Bachof, que, ya en el inicio de la década de cincuenta, consideró que el principio de la dignidad de la persona humana (art. 1º, inciso I, de la LF) no reclama apenas la garantía de la libertad, como también un mínimo de seguridad social, ya que, sin los recursos materiales para una existencia digna, la propia dignidad de la persona quedaría sacrificada. Por esta razón, el derecho a la vida y a la integridad corporal (art. 2º, inciso II, de la LF) no puede ser concebido meramente como prohibición de destrucción de la existencia, o sea, como derecho de defensa, imponiendo, al revés, también una postura activa en el sentido de garantizar la vida.

... en otros asuntos, la Corte Constitucional Alemana, resultando en el reconocimiento definitivo del status constitucional de la garantía estatal del mínimo existencial. Para más allá de esto, la doctrina alemana entiende que la garantía de las condiciones mínimas para una existencia digna integra el contenido esencial del principio del Estado Social de Derecho, constituyendo una de sus principales tareas y obligaciones”.

En Brasil, la doctrina alemana ha sido regularmente invocada por el Supremo Tribunal Federal y explotada por diversos autores brasileños<sup>48</sup>.

---

48. Ampliar en Cláudio Pereira de Souza Neto, “Fundamentación y Normatividad de los Derechos Fundamentales : Una Reconstrucción Teórica a la Luz del Principio Democrático”, en la obra : “La Nueva Interpretación Constitucional”, organizada por Luis Roberto Barroso, Renovar, Rio de Janeiro, página 285 y siguientes. Afirma el autor: “Obsérvese que, a despecho de su inspiración eminentemente liberal, no hay en esta teoría la pretensión de que las políticas públicas estatales se restrinjan al mínimo existencial, dejando al mercado la realización del que esté más allá de esto. También el estado, para ese punto de vista, puede realizar la justicia social (...). Por ahora, buscaremos apenas fijar algunos presupuestos, también compartidos por la teoría del mínimo existencial, que compondrán la tela de fondo de las reflexiones siguientes: 1) el estado tiene legitimidad para concretizar derechos sociales, sobre todo para aquellos que, por una infinidad de motivos, no consiguieron concretizarlos por cuenta propia; 2) de la totalidad de los derechos sociales, algunos pueden ser considerados derechos fundamentales; 3) cualquier sociedad donde tales derechos no sean respetados- o donde no haya iniciativas consistentes para implementarlos - es una sociedad injusta; 4) el campo de la fundamentalidad de los derechos sociales puede ser definido a través de criterios materiales; 5) el poder judicial tiene la prerrogativa de concretizar, independientemente de las políticas gubernamentales y de la acción legislativa, los derechos sociales en la medida de la fundamentalidad material, mientras que el que está más allá de esto debe ser concretizado por el ejecutivo y por el legislativo en sus esferas de competencia; 6) los ramos electivos del estado poseen legitimidad democrática- cuando electos democráticamente- para implementar políticas públicas, no concordándose con la tesis de que el poder judicial sea una verdadera panacea para la solución de todos los problemas de la vida social”. Concordamos con el desarrollo de sus ideas.

Examinado el panorama del derecho brasileño, sería interesante que cerráramos el presente artículo trayendo un ejemplo de cómo la materia recibió tratamiento en el sistema regional interamericano (“*Rumbo a la exigibilidad internacional de los derechos económicos, sociales y culturales en las Américas: el desarrollo de la jurisprudencia del sistema interamericano*”).

Para tanto, traemos a colación el trabajo y las ideas desarrolladas por James Louis Cavallaro y Thamy Pogrebinski<sup>49</sup>, exactamente con el título arriba citado.

En este trabajo, los autores pretenden demostrar – trayendo la jurisprudencia de la *Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* – la importancia de la consolidación y las posibilidades existentes para el desarrollo de precedentes que aumenten la exigibilidad de esos derechos (sociales, económicos y culturales) en el sistema interamericano.

Trataremos de hacer un resumen del trabajo de esos autores<sup>50</sup>, o sus puntos esenciales, puesto que a nuestro juicio, él agrega y complementa el escenario nacional, presentando un panorama de la realidad regional o interamericana, demostrado, del mismo modo, que el movimiento y la necesidad de protección y promoción de esos derechos parece ser mismo universal.

El trabajo está dividido en los siguientes aspectos:

1) Contexto histórico: el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Recuerdan que la Organización de los Estados Americanos (OEA), por medio de su Asamblea General, en mayo de 1948, aprobó la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Este documento positivó diversos derechos humanos fundamentales- tanto derechos civiles y políticos, como también derechos económicos, sociales y culturales. La Declaración Americana prevé el derecho a la salud (art.11), a la educación (art. 12), a la cultura (art. 13), al trabajo (art. 14) y a la previsión social (art. 16). En 1969 surge la Convención Americana de Derechos Humanos y, después de nueve años, y once ratificaciones, el tratado finalmente entró en vigor.

La Convención, al contrario de la Declaración, falló al no especificar los DESC de la misma forma que la Declaración de 1948. Todo el tema de los derechos económicos, sociales y culturales en la Convención Americana se resume a un único artículo - el artículo 26, titulado “desarrollo progresivo”, que

---

49. En la obra “Derechos Humanos, Globalización Económica e Integración Regional- Desafíos del Derecho Constitucional Internacional”, publicación de la Ford Foundation, Max Limonad y Justicia Global, obra coordinada por Flávia Cristina Piovesan, 2001, páginas 669 la 684.

50. Utilizaremos exclusiva e íntegramente, en esta parte, el trabajo ya citado de James Louis Cavallaro y Thamy Pogrebinski, transcribiendo casi íntegramente sus ideas y conceptos. Donde sea posible, resumiremos sus ideas.

establece:

*“Los Estados – partes se comprometen a adoptar las medidas, tanto en el ámbito interno, como mediante cooperación internacional, especialmente económica y técnica, a fin de conseguir progresivamente la plena efectividad de los derechos que resultan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, constantes de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa o por otros medios apropiados”.*

Criticando los autores la ausencia de un deber concreto a los Estados-partes. Dicen que ellos están por “tomar medidas para conseguir progresivamente (primera limitación) la plena efectividad (segunda limitación) de los derechos que se originan en las normas económicas, sociales (...) (tercera limitación)”. Y una vez que los Estados – partes no son obligadas a tomar ninguna medida inmediata y ningún derecho es fijado por el art. 26 (tales como derecho a la educación, habitación, condiciones adecuadas de trabajo, etc), casos individuales de violación del art.26 no pueden ser apreciados por los órganos de derechos humanos del sistema interamericano.

Por otra parte, la Comisión y el Tribunal ya estaban activamente defendiendo los derechos civiles y políticos, hasta porque durante largo período, esa era la mayor necesidad en América Latina, debido a cíclicos movimientos revolucionarios o dictaduras militares, dejando de lado los derechos económicos, sociales y culturales.

Posteriormente, esa laguna fue llenada- al menos en parte- por el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como el “Protocolo de San Salvador”.

En él, se prevé el derecho al trabajo (art.6º); derecho a condiciones de trabajo justas y equitativas(art. 7º); derechos laborales(art.8º); derecho a la seguridad social (art. 9º); derecho a la salud (art. 10); derecho al ambiente saludable (art. 11); derecho a la alimentación (art. 12); derecho a la educación (art.13); derecho a los beneficios de la cultura (art. 14); derecho a la protección de las familias(art. 15); derecho del niño (art. 16), más allá de la protección de los ancianos (art. 17) y de los portadores de deficiencias físicas(art. 18). El artículo 19, por otro lado, autoriza que los derechos establecidos en los artículos 8 (trabajo) y 13 (educación) por una acción imputable directamente al Estado, puede dar lugar al derecho de petición individual a la Comisión y al Tribunal.

Informan los autores que hay amplia base para defender la exigibilidad en el sistema interamericano, de todos los derechos protegidos en el Protocolo de San Salvador.

2) Acompañamiento judicial y quase-judicial en el sistema interamericano.

Explican los autores que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, criada en 1959, es un organismo casi judicial que promueve los derechos humanos, a través de una serie de funciones que van más allá de la adjudicación de casos individuales.

La Corte, establecida por la Convención Americana de Derechos Humanos (elaborada en 1969 y puesta en vigencia en 1978), es un órgano únicamente judicial que tiene por atribución resolver disputas individuales enviadas por la Comisión (jurisdicción contenciosa), bien como tiene el poder de emitir Opiniones Consultivas, a partir de la requisición de los Estados-miembros de la OEA, de la Comisión y de otros órganos de la OEA.

La Comisión Interamericana recibe y procesa peticiones individuales de alegaciones de violaciones de los derechos humanos garantizados en el sistema interamericano. Para enviar una petición a la Comisión, es preciso que hayan sido agotados los recursos internos, o que se presente una excepción válida para esa regla. El litigio naturalmente puede llegar a la Corte Interamericana. Si eso ocurre, la Comisión puede dejar de ser árbitro y pasa a ser parte: ella se torna la peticionaria ante la Corte, contra el Estado acusado en la petición inicial de haber violado derechos.

3) Antecedentes de protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

Recuerdan los autores que a pesar de la falla de los DESC, tanto la Comisión cuanto la Corte asentaron precedentes que pavimentan un camino para la defensa de esos derechos.

Recuerdan decisión de 1985 de la Comisión, del caso de los indios yanomamis en la Amazonia brasileña. En ese caso, un plan gubernamental de desarrollo destinado a explotar recursos en la Amazonia llevó a la construcción de una carretera que atravesaba el territorio yanomami. La entrada maciza de civiles en las tradicionales tierras indígenas provocó una serie de cambios radicales en el modo de vida de aquella población, como prostitución, enfermedades, pérdida de tierras, etc. Se determinó que el gobierno brasileño violó los derechos a la vida, a la seguridad, al domicilio, a la locomoción, a la preservación de la salud y al bienestar, todos garantizados en la Declaración Americana.

En otro caso, también de pueblos indígenas, la Comisión Interamericana acompañó un acuerdo negociado entre el gobierno de Venezuela y peticionarios. El caso era la muerte de indios y conflictos con mineros. Hubo posterior-

mente un acuerdo con el gobierno venezolano, promovido por la Comisión, en 1999. El gobierno venezolano concordó en tomar diversas medidas referentes a las violaciones de derechos económicos, sociales y culturales.

#### 4) Jurisprudencia de la Corte Interamericana.

En seguida, los autores traen los casos que entienden más relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la defensa de derechos económicos, sociales y culturales.

Subrayan que, a pesar de pocos los casos, la Corte ya se manifestó sobre la exigibilidad judicial de algunos de los derechos contemplados en el protocolo de San Salvador, inclusive en un caso en el que tuvo que decidir si la indigencia del peticionario podría ser considerada fundamento suficiente para una excepción a la regla de agotamiento de los recursos internos, habiendo decidido afirmativamente en los siguientes términos:

*“ Si una persona busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención le garantiza, y encuentra que su posición económica se lo impide (en este caso, su indigencia) porque no puede pagar la asistencia legal necesaria para cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley. La protección de la ley constituye, básicamente, los recursos que esta dispone para la protección de los derechos garantizados por la Convención”.*

#### 5) El Caso Baena Ricardo.

En 1990, la Confederación de los Sindicatos de Empresas Estatales presentó al gobierno panameño una lista de trece reivindicaciones, entre las cuales constaban la no privatización de las instituciones del Estado, manutención de programas de seguro social, pago de sueldos atrasados, etc. Hubo rechazo de las demandas por parte del gobierno, seguido de manifestación nacional y huelga pacífica.

Después de algunos incidentes políticos, el Presidente envió a la Asamblea Legislativa Nacional un proyecto de ley para demitir a todos los funcionarios públicos que participaron en la organización, promoción o ejecución de la huelga citada, dicha la determinación del gobierno de que la huelga había tratado de subvertir el orden constitucional y democrático del país y sustituirlo por un gobierno militar (alegaciones).

Antes de que esta ley fuera aprobada, dicen los autores, la administración de varias empresas estatales dispuso sumariamente a un total de 270 empleados, cuyos nombres fueron elegidos por la administración de las empresas. La ley número 25, autorizó la demisión de todos los funcionarios públicos que

habían participado en actividades que violaron el orden constitucional, también restringiendo severamente las garantías procesuales a empleados públicos demitidos, permitiendo inclusive la aplicación retroactiva de esas restricciones.

La decisión de la Corte

La Corte divulgó su análisis, fundamentada en las violaciones cometidas por el Estado panameño. En lo tocante a la violación del artículo 8° de la Convención, que prohíbe la aplicación de sanciones criminales sin previa conminación legal, la Corte citó precedentemente a la Corte Europea de Derechos Humanos, en el sentido de que sean aplicadas las mismas garantías de debido proceso de la esfera criminal a los procesos disciplinarios de naturaleza civil.

6. Casos en trámite en la Corte

Por fin, los autores traen tres casos que están en curso en el Tribunal, a saber:

A) Caso Benvenuto Torres (derecho a la seguridad social). La petición fue llevada a la Comisión en nombre de cinco pensionistas del gobierno peruano, todos ancianos y enfermos, que tuvieron su derecho de percibir una pensión del Estado, desconsiderada, inviable. Después de años de clara obstrucción de la justicia por parte del Estado peruano, las víctimas recurrieron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Alegaban violación del derecho a la protección judicial y al debido proceso legal, bien como del derecho de disponer de garantías judiciales y de contar con un recurso sincero, rápido y efectivo (art. 8° y 25 de la Convención Americana). Discuten todavía la violación de los derechos a la seguridad social, a la vida, a la integridad de la persona y a la salud. Afirman todavía que el Estado peruano violó el derecho a la seguridad social, al privar a los peticionarios de los medios de subsistencia que, en su condición de pensionistas, les son indispensables para una vida digna y con decoro.

B) Caso Menéndez Caride y otros. En 1988, un grupo de jubilados propuso una acción judicial en la Argentina, para obtener el reajuste de sus jubilaciones, de acuerdo con la ley vigente. En 1992, los jubilados obtuvieron una decisión judicial favorable: las autoridades argentinas, sin embargo, se abstuvieron de cumplir la determinación.

Un grupo de jubilados presentó una petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, alegando: la violación de los artículos 4° (derecho a la vida), 8° combinado con el art.25 (garantías judiciales) y 21.2 (derecho de propiedad), derecho a la salud y al bienestar del art. XI de la Declaración Americana.

Afirman que la abstención del pago de las jubilaciones a los ancianos viola el derecho de éstos a una existencia digna, contrariando el artículo 4°. Al mismo tiempo, consideran que el derecho de propiedad incluye el derecho a recibir una jubilación satisfactoria, o sea, que los años trabajados por ellos generan una riqueza que no puede ser indebidamente apropiada por el Estado.

C) Caso Odir Miranda.

En él, a través de la discusión de violación del derecho a la vida, los peticionarios insertaron en su fundamentación legal el derecho a la salud. Miranda es un portador del virus HIV. Con el auxilio de amigos y de un médico particular, hizo uso de la llamada “terapia triple” de combate a la enfermedad, que mejoró mucho su estado clínico. Internado en hospital público, fundó una asociación para difundir el uso de esa terapia, entrando con petición ante el servicio de salud de su país para la adquisición y administración de este tratamiento. Indeferida la petición sin ningún fundamento aparente. A partir de ahí, Odir movió acción contra el servicio de salud, acusándolo de violaciones arbitrarias relativas al derecho a la vida, a la salud y de igualdad (no discriminación arbitraria).

El argumento central de la petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en tramitación, alegaba violación conjunta del derecho a la vida y derecho a la salud. Además, que su gobierno no había hecho esfuerzos para el goce de una “calidad de vida adecuada” a sus ciudadanos. Con base en el art. 11 de la Declaración Americana y en el art. 10 del Protocolo de San Salvador, y todavía en el art. 26 de la Convención, los peticionarios alegan que el Estado de San Salvador tiene la obligación jurídica de realizar todos los actos que sean necesarios para mejorar la salud y alcanzar un más alto nivel de bienestar físico, mental y social<sup>51</sup>.

D) Caso de los Menores de la Comunidad Paynemil

Por fin, los autores traen el caso de los menores de la provincia de Neuquén, en Argentina. En marzo de 1997, una defensora de menores local, impetró acción de amparo para garantizar la salud de los niños y jóvenes de la comunidad indígena local, afectados por el consumo de agua contaminada con mercurio y plomo. En su requisición, solicitó que el Estado proporcionara agua potable necesaria para la supervivencia de la comunidad.

El juez de primero grado acató la solicitud, ordenando a la provincia que tomara medidas, entre ellas el suministro de 250 litros diarios de agua potable para cada habitante de la comunidad, así como la realización de medidas necesarias para tratar el problema y garantizar que no se repitiera en el futuro.

51. No estamos afirmando que haya derecho subjetivo en los casos en examen. Apenas traemos a colación la discusión, para demostrar como ha sido utilizada esa importante instancia de discusión de esos derechos ante tribunales y cortes internacionales y cómo esos mecanismos pueden ser invocados y recorridos.

Confirmada la decisión, la Provincia entregó solamente 14 litros de agua diaria por persona, sin realizar ninguna de las otras medidas ordenadas judicialmente.

Frente a este incumplimiento, la defensora presentó denuncia a CIDH, en la cual expuso los hechos descritos. Además de denunciar el incumplimiento estatal, la petición también hizo mención a la discriminación sufrida por los miembros de la Comunidad en su derecho al acceso al agua potable, en relación a los demás habitantes. Resaltó las violaciones de los derechos de los niños (art. 19 de la Convención), los derechos a la salud, a la vida en un ambiente sano, todos protegidos por la Convención.

La Comisión abrió el caso, y el Estado argentino respondió a la primera comunicación en diciembre de 1998. En setiembre de 1999, se inició un proceso de solución amistosa entre las partes, mediado por la CIDH. Se espera que la solución amistosa incluya medidas concretas para responder a las reivindicaciones de derechos económicos, sociales y culturales.<sup>52</sup>

Se ve que el movimiento por la justiciabilidad y responsabilidad por el cumplimiento de derechos sociales, económicos y culturales es una constante en el mundo contemporáneo.

A título de finalización del presente artículo, tratamos de resumir las ideas principales desarrollados con objetivo eminentemente didáctico.

1) En Brasil, la Constitución de 1988, que coronó el proceso de redemocratización, y que del punto de vista simbólico, superó el modelo anterior, adoptó un modelo programático y dirigente, siendo pródiga en la formulación de derechos fundamentales de defensa y de prestación de deberes al Estado y a los particulares.

2) En el orden constitucional brasileño, los derechos fundamentales no son concebidos como simple derechos de defensa frente al Estado. Al contrario, tales derechos exigen comportamientos activos (protección y promoción) de los varios poderes públicos de la federación brasileña (federal, estatal, distrital y municipal). Además, tales derechos son, en gran medida, aplicables directamente a las relaciones jurídico-privadas, con algunos temperamentos.

3) El Poder Judicial ha sido provocado, sobre todo por el Ministerio Público brasileño, a cuestionar y evaluar políticas públicas, especialmente derechos sociales, económicos y culturales, ya sea en función de las obligaciones y derechos constitucionales directamente sacados de la Constitución, o en razón de omisión, ilegalidad, desvío de poder o irrazonabilidad (género) de los poderes públicos en el cumplimiento de las metas constitucionales e infra-constitucionales.

---

52. Todo de acuerdo con los citados autores Cavallaro y Pogrebni.

4) Tales acciones, individuales o colectivas (conflictos de masa) pretenden, no en pocos casos, obligar al Poder Público o al Administrador Público a alterar un estándar de comportamiento y, así, también ajustar políticas públicas. Este modelo es incentivado y promovido por el dibujo de las normas constitucionales que pretenden infundir mayor participación política y pública a las decisiones en el Estado Democrático de Derecho.

5) Brasil, a pesar de las reformas liberalizantes por que pasó en la década pasada, siguiendo la tendencia universal de reducción del aparato del Estado, permanece con el alma y con la columna vertebral de un Estado Democrático de Derecho, comprometido con los valores substantivos de promoción de justicia social, igualdad y libertad. Tales reformas no tuvieron el poder de obscurecer el carácter compromisorio de la Constitución de 1988.

6) El fenómeno de la justiciabilidad de las políticas públicas se manifiesta de varias maneras, ya sea en el control de la constitucionalidad, o en la defensa de acciones de finalidad colectiva.

7) Es posible, en determinados casos, de acuerdo con el dibujo constitucional y con el esqueleto legal, a veces solamente con el primero, exigir judicialmente que los administradores públicos implementen medidas o políticas que permitan vida más digna y justa a los brasileños.

8) Al conceder esa amplia tutela, el poder judicial no debe “invadir” el área de actuación del poder ejecutivo, pero sí puede y debe corregir inconstitucionalidades, ilegalidades, abusos o desvíos de poder, decisiones desproporcionadas o insensatas, como también corregir o promover acciones afirmativas, compatibilizando las políticas públicas con las directrices y metas constitucionales.

9) En Brasil, a partir de la década de 80, se abrió la posibilidad al juez, para el cumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer en materia de interés difuso y colectivo, ordenar la ejecución específica o la conminación de multa, independientemente del pedido del autor en ese sentido. El Código de Defensa del Consumidor y el Estatuto del Niño y del Adolescente son ejemplos elocuentes de una verdadera revolución procesual en la búsqueda de la mejor atención posible al derecho de la parte.

10) La teoría de la “reserva económica de lo posible” como argumento y límite objetivo a la atención de los derechos sociales ha sido regularmente invocada por la doctrina y por la jurisprudencia brasileña. De un lado, tenemos partidarios fieles de su integral aplicabilidad,

de otro, hay respetables oposiciones a su integral adopción frente a la realidad constitucional brasileña. Parece prudente aceptar la teoría con temperamentos.

11) Todos los derechos tienen costos y dependen de la sociedad (Sustein).

12) Las deliberaciones y decisiones públicas acerca de los gastos públicos deben ser hechas y conducidas por el poder político y democrático en los espacios libres de conformación, para que el embate y la creación normativa broten voluntariamente del espacio social.

13) La constitución no debe ser un instrumento autoritario de modelado de todos los espacios sociales. Ni siquiera le cabe al Poder Judicial o a la jurisdicción constitucional sofocar el espacio de la política, de los individuos y la autonomía privada de la persona humana.

14) Es a partir de las normas y principios constitucionales, sobre todo aquellos que vehiculan la protección a la dignidad humana, en el núcleo de los derechos fundamentales, que encontraremos los deberes del Estado, positivos y negativos a su regular compostura.

15) Frente a la realidad brasileña, al Poder Judicial se le atribuye una importantísima misión de co-responsable para la corrección de las desigualdades sociales, en los límites de su actuación creativa y promocional de los derechos fundamentales.

16) No obstante la formulación y ejecución de políticas públicas dependan de opciones políticas a cargo de los poderes populares, no hay libertad absoluta en ese dominio, ni del legislador, ni del ejecutivo. Si tales poderes actuaran de modo irrazonable o trataran de neutralizar derechos sociales, con inercia o abusivamente, afectando la existencia digna, le cumple al Poder Judicial corregir tales conductas (STF).

17) La justiciabilidad de los derechos fundamentales alcanzó el sistema interamericano y constituye importante remedio para la promoción y corrección de rutas en busca de la plena eficacia de los principios cardenales de la civilización democrática y pluralista en el Estado de Derecho.