

DIGNIDAD (DE LA PERSONA) HUMANA, MÍNIMO EXISTENCIAL Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL. ALGUNAS APROXIMACIONES Y ALGUNOS DESAFÍOS

Ingo WOLFGANG SARLET*

SUMARIO: I. *Notas introductorias.* II. *La dignidad de la persona humana y el así llamado mínimo existencial en la condición de derecho fundamental.* III. *Algunos problemas y desafíos para el adecuado tratamiento del mínimo existencial por la justicia constitucional.*

I. NOTAS INTRODUCTORIAS

Si la dignidad de la persona humana y el así llamado mínimo existencial son nociones tenidas como indisolubles, al mismo tiempo y ya por la conexión apuntada, se trata de figuras prácticamente omnipresentes en el actual debate (por lo menos es lo que se observa en el caso brasileño) sobre los fundamentos y objetivos del Estado constitucional, sobre el contenido de los derechos fundamentales (con énfasis en los derechos socioambientales) e igualmente en lo atinente al papel de la jurisdicción constitucional en la esfera de la efectivación de los derechos fundamentales y del control de los actos de los demás órganos estatales, sin olvidar los actos de la propia jurisdicción ordinaria. De modo particular, llama la atención que a lo largo de los últimos años, especialmente por la fuerte conexión con el derecho a la vida y con la dignidad de la persona humana, el así llamado derecho (humano y fundamental) al mínimo existencial acabó siendo no solamente asociado y mismamente identificado con el núcleo esencial de los derechos fundamentales sociales, como ha servido de criterio material para la solución, en la esfera de una ponderación de derechos y/o valores, de una serie de demandas judiciales que implican la imposición al poder público, de prestaciones en la esfera socioambiental

* Profesor titular en la Faculdade de Direito e dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito e em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUCRS.

o la protección de derechos fundamentales contra intervenciones restrictivas por parte del Estado, aspectos que más adelante volverán a ser considerados.

Así, considerando nuestro objetivo de identificar algunos de los principales aspectos que dicen respecto de la conexión entre dignidad de la persona humana, mínimo existencial y derechos fundamentales, centrado en la verificación de algunos de los problemas y desafíos que tal relación ha presentado, especialmente cuando ha sido objeto de consideración y aplicación por la jurisdicción constitucional, comenzaremos por una parte de cuño más conceptual, centrada en la comprensión de la noción de mínimo existencial y su articulación con los derechos fundamentales para, seguidamente, identificar y evaluar en perspectiva también crítica el modo por el cual el mínimo existencial ha sido manejado en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal brasileiro (doravante citado como STF), aunque siempre con la mirada puesta en el derecho comparado, destacándose las experiencias de Alemania y Portugal, en virtud de su influencia sobre la tradición brasileña, en especial tras la promulgación de la Constitución Federal de 1988.

II. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA Y EL ASÍ LLAMADO MÍNIMO EXISTENCIAL EN LA CONDICIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL

Sin pretender profundizar en el tema, visto que la identificación del origen lo precisa y el rastreamiento, aun sumario, de la evolución de la noción de un mínimo existencial por sí solo demandaría un artículo específico, es posible afirmar que la actual noción de un derecho fundamental al mínimo existencial, o sea, de un derecho a un conjunto de prestaciones estatales¹ que asegure a cada persona una vida decente, arranca de la idea de que cualquier persona necesitada que no tenga condiciones de, por sí mismo o con auxilio de su familia (dependiendo del caso) proveer su sustento, tiene el derecho de auxilio por parte del Estado y de la sociedad, de modo que el mínimo existencial, en esa perspectiva, guarda relación (pero no se confunde integralmente) con la noción de caridad y del combate a la pobreza, central para la doctrina social (o cuestión social) que pasó a afirmarse a lo largo del siglo XIX,² aun cuando la asistencia a los desamparados haya constado en

¹ Carpizo, Jorge, “Una clasificación de los derechos de la justicia social”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (www.juridicas.unam.mx).

² Cfr., por todos, Arnauld, Andreas von, “Das Existenzminimum”, en Arnauld, Andreas von y Musil, Andreas (ed.), *Strukturfragen des Sozialverfassungsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, pp. 253 y ss., señalando el hecho de que en la legislación de Prusia, en 1794, ya existía

la agenda de la Iglesia y de algunas políticas oficiales mucho tiempo atrás.³ Conviene recordar, además, que ya en la fase inaugural del constitucionalismo moderno, con especial énfasis en la experiencia revolucionaria francesa, asumió cierta relevancia la discusión en torno al reconocimiento de un derecho a la subsistencia, llegando asimismo a hablarse de “derechos del hombre pobre” en la busca de la ruptura con una tradición marcada por la idea de caridad, que todavía caracterizaba los modos de intervención social en materia de pobreza, debate que acabó resultando en la inserción, en el texto de la Constitución de 1793, de un derecho de los necesitados a los socorros públicos aun cuando tal previsión haya tenido un carácter eminentemente simbólico.⁴

De cualquier suerte, independientemente de cómo la noción de un derecho a subsistencia y/o de un correspondiente deber del Estado (ya que no siempre se reconocía un derecho subjetivo en la condición de derecho exigible por el ciudadano frente al Estado) haya evolucionado a lo largo del tiempo, habiendo siendo diversas las experiencias en diferentes lugares, el hecho es que cada vez más se afirmó el entendimiento —inclusive en Estados constitucionales de fuerte impronta liberal— de que la pobreza y la exclusión social son asuntos que afectan en algún modo al Estado, aunque por razones no siempre compartidas por todos y en todos los lugares, visto que en el mismo plano de la fundamentación filosófica, o sea, de su sinergia con alguna teoría de la justicia, son diversas las alternativas que se presentan.⁵

Asimismo, en la esfera terminológica no se verifica en todos los casos coincidencia, pues al tiempo que algunos (como también prevalece en Brasil) prefieren utilizar la expresión “mínimo existencial”, otros hablan de “mínimos sociales”, o de un “mínimo de subsistencia” o de un “mínimo vital”, aunque no siempre tales expresiones sean utilizadas como sinónimas,

la previsión de obligación del Estado de cuidar de la alimentación y atención de aquellos ciudadanos que no conseguían proveer su propio sustento o mismo por medio de otros particulares, con base en disposiciones legales.

³ Lobo Torres, Ricardo, *O direito ao mínimo existencial*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, pp. 3 y ss., y, por último, en el ámbito de la literatura brasileña dedicada especialmente al tema, Bitencourt Neto, Eurico, *O direito ao mínimo para uma existência condigna*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, pp. 23 y ss.

⁴ Sobre este debate, véase por todos, Herrera, Carlos Miguel, *Les droits sociaux*, París, PUF, 2009, pp. 39 y ss.

⁵ *Cfr.*, por ejemplo, las teorizaciones de John Rawls y Michael Walzer relacionadas y comentadas por Barcellos, Ana Paula de, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, pp. 123 y ss. Respecto de las diversas fundamentaciones de un derecho al mínimo existencial, véase por último, en la doctrina brasileña, Lobo Torres, Ricardo, *O direito ao mínimo existencial*, *cit.*, pp. 13-34 y 54-81.

visto que pueden estar asociadas a contenidos más o menos distintos entre sí, a despecho de algunos elementos en común, o que todavía aquí no podrá ser explorado.

Sin perjuicio de su previsión (aun con otro rótulo) en el plano del derecho internacional de los derechos humanos, como es el caso del artículo XXV de la Declaración de la ONU, de 1948, que atribuye a todas las personas un derecho a un nivel de vida suficiente para asegurar su salud, su bienestar y el de su familia, la asociación directa y explícita del así llamado mínimo existencial, con la dignidad humana, encontró su primera afirmación textual en el plano constitucional en la Constitución de la República de Weimar en 1919, cuyo artículo 151 disponía que la vida económica debe corresponder a los dictámenes de justicia y tiene como objetivo asegurar a todos una existencia con dignidad, noción que fue incorporada a la tradición constitucional brasileña desde 1934; igualmente, en el ámbito del orden económico y/o social, de tal suerte que el artículo 170 de la CF dispone que “la orden económica, fundamentada en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos la existencia digna, conforme a los dictados de la justicia social...”. Es preciso recordar, con todo, que en la condición de finalidad o tarea encargada al Estado en el ámbito de los principios objetivos del orden social y económico, el mínimo existencial, o sea, el deber de asegurar a todos una vida con dignidad, no implicaba necesariamente (además, como no implica aún hoy a depender del caso), salvo en la medida de la legislación infraconstitucional (especialmente en el campo de la asistencia social y de la garantía a un salario mínimo, entre otras formas de manifestación), una posición subjetiva inmediatamente exigible por el individuo. La elevación del mínimo existencial a la condición de derecho fundamental y su articulación, más intensa, con la propia dignidad de la persona humana y otros derechos fundamentales, tuvo su primera elaboración destacable en Alemania, donde, de paso, obtuvo también un relativamente precoz reconocimiento jurisprudencial, del cual se dará cuenta seguidamente.

En efecto, a despecho de no existir en regla derechos sociales típicos, especialmente de cuño prestacional expresamente positivados en la Ley Fundamental de Alemania (1949), excepción hecha de la previsión de la protección de la maternidad y de los hijos, bien como la imposición de una actuación positiva del Estado en el campo de la compensación de desigualdades fácticas en lo atinente a la discriminación de las mujeres y de los portadores de necesidades especiales (derechos y deberes que para muchos no son considerados propiamente derechos sociales) la discusión en torno de la garantía del mínimo indispensable para una existencia digna ocupó una

posición destacada no apenas en los trabajos preparatorios en el ámbito del proceso constituyente, sino también tras la entrada en vigor de la Ley Fundamental de 1949, donde fue desarrollada por la doctrina al tiempo que en el ámbito de la praxis legislativa, administrativa y jurisprudencial.

En la doctrina de la segunda posguerra, uno de los primeros en 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 1950, consideró que el principio de la dignidad de la persona humana (artículo 1o., inciso I, de la Ley Fundamental de Alemania, en adelante referida como LF) no exige apenas la garantía de libertad, sino también un mínimo de seguridad social, ya que sin los recursos materiales para una existencia digna la propia dignidad de la persona humana sería sacrificada. Por esta razón, el derecho a la vida y la integridad corporal (artículo 2o., inciso II, de la LF) no puede ser concebido meramente como prohibición de la destrucción de la existencia; esto es, como derecho de defensa, imponiendo, al contrario y por extensión, una postura activa en el sentido de garantizar la vida.⁶ Cerca de un año después de la paradigmática formulación de Bachof, el Tribunal Federal Administrativo de Alemania (*Bundesverwaltungsgericht*), en el primer año de vida, reconoció un derecho subjetivo del individuo carente al auxilio material por parte del Estado, argumentando, igualmente con base en el postulado de la dignidad de la persona humana, el derecho general de libertad y el derecho a la vida que el individuo, en la cualidad de persona autónoma y responsable, debe ser reconocido como titular de derechos y obligaciones, lo que conlleva principalmente la manutención de sus condiciones de existencia.⁷ Destáquese que apenas algunos años después el legislador acabó reglamentando —en nivel infraconstitucional— un derecho a prestaciones en el ámbito de la asistencia social (artículo 4o., inciso I, de la Ley Federal sobre Assistência Social [*Bundessozialhilfegesetz*]).

Finalmente, transcurridas cerca de dos décadas desde la referida decisión del Tribunal Administrativo Federal, también el Tribunal Constitucional Federal acabó por consagrar el reconocimiento de un derecho fundamental a la garantía de las condiciones mínimas para una existencia digna. De la argumentación desarrollada en esta primera decisión se extrae el siguiente criterio:

⁶ Bachof, Otto, “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”, *VVDStRL*, núm. 12 (1954), pp. 42 y 43.

⁷ *BVerwGE* (Coletânea oficial das decisões do Tribunal Administrativo Federal), núm. 1, pp. 159 (161 y ss.), decisión proferida el 24-06-1954.

ciertamente la asistencia a los necesitados forma parte de las obligaciones esenciales de un Estado social [...]. Esto incluye, necesariamente, la asistencia social a los conciudadanos que, en virtud de su precaria condición física y mental, se encuentran limitados en su vida social no presentando condiciones de proveer su propia subsistencia. La comunidad estatal debe asegurarles por lo menos las condiciones mínimas para una existencia digna y realizar los esfuerzos necesarios para integrar a estas personas en la comunidad fomentando su acogida y apoyo en la familia o por terceros al tiempo que creando las instituciones asistenciales indispensables.⁸

Aunque pesen algunas modificaciones en lo atinente bien a la fundamentación o bien cuanto al objeto de demanda, tal decisión vino a ser sellada, en esencia, en otras consideraciones de la Corte Constitucional alemana, resultando en el reconocimiento definitivo del estatus constitucional de la garantía estatal del mínimo existencial.⁹ Además de eso, 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.¹⁰ En esa perspectiva, lo que se afirma es que el individuo debe poder llevar una vida que corresponda a las exigencias del principio de dignidad de la persona humana, razón por la cual el derecho a la asistencia social —considerado, por lo menos en Alemania y, de modo general, en los países que integran la Unión Europea, la principal manifestación de la garantía del

⁸ Cfr. traducción libre de texto extraído de la decisión publicada en *BVerfGE* (recopilación oficial de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal), núm. 40, p. 121 (133).

⁹ Para tanto, véase *BVerfGE*, núm. 78, p. 104, reiterada en *BVerfGE*, núm. 82, p. 60 y núm. 87, 1, p. 53. Resáltese que en las dos últimas decisiones se trató de la problemática de la justicia tributaria, reconociéndose para el individuo y su familia la garantía de que la tributación no podría incidir sobre los valores mínimos indispensables a una existencia digna. Se trató, con todo, no propiamente de un derecho a prestaciones, sino de limitar la injerencia estatal en la esfera existencial, resaltándose aquí también una dimensión defensiva del derecho fundamental al mínimo para una existencia digna. Nótese que el principio de la dignidad humana pasa, sobre este aspecto, a constituir límite material al poder de tributar del Estado (sobre tal perspectiva, véase, por todos, Ávila, Humberto, *Sistema constitucional tributario*, 3a. ed., São Paulo, Saraiva, 2008, pp. 498 y ss.). Recientemente, más precisamente en 09.02.2010, sobrevino una decisión del Tribunal Constitucional alemán (que tuvo por objeto el examen de la constitucionalidad de alentada reforma de la legislación social, la polémica Reforma Hartz-IV, con destaque para los valores pagados a título de seguro de desempleo) igualmente afirmando el deber del Estado con la garantía del mínimo existencial y reconociendo un derecho subjetivo individual e indisponible correspondiente. Para mayores detalles, véase entre otros, las anotaciones al juicio de Rixen, Stephan, *Sozialgerichtsbarkeit* 04/2010, pp. 240 y ss.

¹⁰ En este sentido, véase por todos, Zacher, Hans-Friedrich, “Das soziale Staatsziel”, *Isensee-Kirchhof (Org.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HBStR)*, vol. I, Heidelberg, CF Müller, 1987, pp. 1062 y ss.

mínimo existencial— alcanza el carácter de una ayuda para la autoayuda (*Hilfe zur Selbsthilfe*), no teniendo por objeto el establecimiento de la dignidad en sí misma sino su protección y promoción.¹¹

Desarrollando los aspectos ya referidos, la doctrina (y también la jurisprudencia) constitucional de Alemania pasó a sustentar que —y en principio las opiniones convergen en ese sentido— la dignidad propiamente dicha no es pasible de cuantificación, siéndolo sin embargo las necesidades individuales que le son inherentes y que deben ser satisfechas mediante prestaciones que son cuantificables.¹² Por otro lado, la necesaria fijación, por tanto, del valor de la prestación asistencial destinada a la garantía de las condiciones existenciales mínimas, que tenga en cuenta su viabilidad y, además de condicionada espacial y temporalmente, dependiente también del padrón socioeconómico vigente.¹³ No se puede, además, descuidar la circunstancia de que el valor necesario para la garantía de las condiciones mínimas de existencia evidentemente estará sujeto a cambios, no apenas en lo que dice a la esfera económica y financiera, sino también en lo concerniente a las expectativas y necesidades del momento.¹⁴

De cualquier modo, se tiene como cierto que de la vinculación con la dignidad de la persona humana resulta que la garantía efectiva de una existencia digna (vida con dignidad) abarca más de lo que la garantía de la mera supervivencia física (que cubre el así llamado mínimo vital y guarda relación directa con el derecho a la vida), situándose, ciertamente, más allá del límite de la pobreza absoluta. Se sustenta, en ese sentido, que si una vida sin alternativas no corresponde a las exigencias de la dignidad humana, la vida humana no puede ser reducida a la mera existencia.¹⁵ Regístrase, en este

¹¹ Esta es la oportuna formulación de Neumann, Volker, “Menschenwürde und Existenzminimum”, *NVwZ*, 1995, p. 425. Entre nosotros, abordando una perspectiva similar, excluyendo la idea de caridad y destacando que “el derecho a un mínimo existencial corresponde al derecho a subsistencia de que nos habla Pontes de Miranda”, véase Ledur, José Felipe, *Direitos fundamentais sociais. Ejetivação no âmbito da democracia participativa*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009, pp. 109 y ss.

¹² *Cfr.* nuevamente y por todos, Neumann, Volker, “Menschenwürde und Existenzminimum”, *cit.*, pp. 428 y 429.

¹³ Starck, Christian, “Staatliche Organisation und Staatliche Finanzierung als Hilfen zur Grundrechtsverwirklichungen?”, en Starck, Christian (Org), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anla des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, vol. II (*BVerfG und GG II*), Tübingen, J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1976, p. 522, bien como, de entre otros, Neumann, Volker, “Menschenwürde und Existenzminimum”, *cit.*, p. 428.

¹⁴ En este sentido, Breuer, Rüdiger, “Grundrechte als Anspruchsnormen”, *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts (FS für das BVerwG)*, München, CH Beck, 1978, p. 97.

¹⁵ *Cfr.*, por todos, Neumann, Volker, “Menschenwürde und Existenzminimum”, *cit.*, pp. 428 y ss.

contexto, la lección de Heinrich Scholler, para quien la dignidad de la persona humana apenas estará asegurada “cuando fuese posible una existencia que permita el pleno disfrute de los derechos fundamentales, de modo especial, cuando sea posible el pleno desenvolvimiento de la personalidad”.¹⁶ Tal línea de fundamentación, en términos generales, ha sido privilegiada también en el derecho constitucional brasileño, señalando especialmente alguna controversia en términos de una fundamentación liberal o social del mínimo existencial y con relación a problemas que envuelven la determinación de su contenido, ya que, no ha de olvidarse, de la fundamentación diversa del mínimo existencial pueden resultar consecuencias jurídicas distintas, a pesar de una posible convergencia en lo referido a una serie de aspectos.¹⁷

Todavía en el contexto del debate jurídico-constitucional alemán es posible constatar la existencia (aun cuando no unívoca en la esfera doctrinal) de una distinción importante en lo concerniente al contenido y alcance del propio mínimo existencial, desdoblado en un así designado mínimo fisiológico, que busca cubrir las necesidades de carácter existencial básico, y que de cierto modo representa el contenido esencial de la garantía del mínimo existencial y un así llamado mínimo existencial sociocultural, que, más allá de la protección básica referida, objetiva asegurar al individuo un mínimo de inserción —en términos de tendencial igualdad— en la vida social, política y cultural.¹⁸ Es en esa perspectiva que, en el ámbito de su justificación jurídico-constitucional, hay quien diga que mientras el contenido esencial del mínimo existencial se encuentra directamente fundamentado en el derecho

¹⁶ Scholler, Heinrich, “Die Störung des Urlaubsgenusses eines ‘empfindsamen Menschen’ durch einen Behinderten”, *JZ* 1980, p. 676 (“wo ein Dasein möglich ist, welches sich grundrechtlich entfalten kann, insbesondere wo die Möglichkeit der Persönlichkeitsentfaltung besteht”).

¹⁷ Más allá de las referidas contribuciones de Ricardo Lobo Torres, Ana Paula de Barcellos y Eurico Bitencourt Neto (véanse notas a pie de página 3 y 5, *supra*), es útil leer igualmente el ensayo de Scaff, Fernando F., “Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos”, *Revista Interesse Público*, vol. 32, 2005, pp. 213 y ss. adhiriéndose al concepto y fundamento propuesto por Ricardo Lobo Torres, así como más recientemente las consideraciones sobre el tema realizadas por Gesta Leal, Rogério, *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009, pp. 72 y ss. asociando el concepto y el contenido del derecho al mínimo existencial a una teoría de las necesidades básicas, en mayor sintonía —adhesión a la tradición alemana referida— con una noción más amplia y compatible con un mínimo existencial que, más allá de la existencia física, abarca una dimensión sociocultural. Véase en el derecho brasileño, Cogo Leivas, Paulo Gilberto, *Teoria dos direitos fundamentais sociais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, especialmente pp. 123 y ss.

¹⁸ En este sentido, véase con carácter ilustrativo, Martínez Soria, José, “Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums”, *JZ* 13/2005, especialmente pp. 647 y 648.

a la vida y en la dignidad de la persona humana (alcanzando, por ejemplo, prestaciones básicas en términos de alimentación, vestuario, abrigo, salud o los medios indispensables para su satisfacción) el así designado mínimo sociocultural se encuentra fundamentado en el principio del Estado social y en el principio de igualdad en lo que dice respecto a su contenido material.¹⁹

De lo expuesto, en especial con base en la síntesis de la experiencia alemana, es evidente que, en términos de repercusión sobre el derecho comparado, ciertamente es aquella la más relevante en la perspectiva de la dogmática jurídico-constitucional de un derecho al mínimo existencial, resultando visibles al menos dos constataciones relevantes, y que acabaron por influenciar significativamente los desarrollos subsiguientes.

La primera dice con el propio contenido del así designado mínimo existencial que, como ya se ha verificado a partir de la experiencia alemana, no puede ser confundido con lo que se ha llamado de mínimo vital o mínimo de sobrevivencia, dado que este último alude a la garantía de la vida humana sin necesariamente alcanzar las condiciones para la supervivencia física en condiciones dignas, y por tanto de una vida con cierta calidad. No dejar sucumbir a alguien por falta de alimentación, abrigo o prestaciones básicas de salud ciertamente es el primer paso en términos de un mínimo existencial, si bien no es —y muchas veces no es siquiera de lejos— suficiente. Tal interpretación del contenido del mínimo existencial (conjunto de garantías materiales para una vida con dignidad) es la que ha prevalecido no solamente en Alemania, sino también en la doctrina y la jurisprudencia constitucional comparada, destacadamente en el plano europeo, como da cuenta, con carácter ilustrativo, la reciente contribución del Tribunal Constitucional de Portugal en la materia, al reconocer tanto un derecho negativo cuanto un derecho positivo a un mínimo de supervivencia con dignidad como algo que el Estado no puede apenas sustraer al individuo, sino también como algo que el Estado debe positivamente asegurar mediante prestaciones de naturaleza material.²⁰

Aun cuando haya cierta convergencia en lo que dice a una fundamentación jurídico-constitucional a partir del derecho a la vida y del principio

¹⁹ Cfr., también, Martínez Soria, José, “Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums”, *cit.*, pp. 647 y 648.

²⁰ Cfr. la decisión proferida en el Acuerdo núm. 509 de 2002 (que versó sobre el rendimiento social de inserción), así como los comentarios realizados por Vieira de Andrade, José Carlos, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 3a. ed., Coimbra, Almedina, 2004, pp. 403 y ss., Medeiros, Rui, “Anotações ao art. 63 da Constituição da República portuguesa”, en Miranda, Jorge y Medeiros, Rui, *Constituição portuguesa anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, t. I, pp. 639 y 640.

de la dignidad de la persona humana y tomando como ejemplo el problema del contenido de las prestaciones vinculadas al mínimo existencial, se verifica que la doctrina y la jurisprudencia alemanas parten —de un modo más cauteloso— de la premisa de que existen diversas maneras de realizar esta obligación, incumbiendo al legislador la función de disponer sobre la forma de prestación, su montante, las condiciones para su disfrute, etcétera, pudiendo los tribunales decidir sobre este padrón existencial mínimo, en los casos de omisión o desvío de finalidad por parte de los órganos *legiferantes*.²¹ Relevante es igualmente la constatación de que la libertad de conformación del legislador encuentra su límite en el momento en que el padrón mínimo para asegurar las condiciones materiales indispensables a una existencia digna no fuera respetado, es decir, cuando el legislador se mantuviera por debajo de esta frontera.²² Tal orientación, por cierto, de algún modo, parece haber sido asumida como sustancialmente correcta también por relevante doctrina y jurisprudencia sudamericana, como dan cuenta importantes contribuciones oriundas de Argentina²³ y de Colombia.²⁴ En Brasil basta por ahora recordar el creciente número de publicaciones y de decisiones jurisdiccionales, inclusive proferidas por Tribunales Superiores, en este último caso sobresaliendo el STF y con destaque para la área de la salud, sin prejuicio de manifestaciones en otras áreas.²⁵

²¹ Esta es la posición de Breuer, Rüdiger, *op. cit.*, p. 97, así como, más recientemente, Moreira, Isabel, *A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos econômicos, sociais e culturais*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 143 y ss. También el Tribunal Federal Constitucional atribuye al legislador la competencia principal de disponer sobre el contenido de la prestación. En este sentido, véase *BVerfGE* 40, 121 (133) e 87, 153 (170-1). Por último, véase en el mismo sentido, la decisión de 09.02.2010.

²² *Cfr.* el ya referido *leading case* del Tribunal Constitucional Federal (*BVerfGE* 40, 121 [133]).

²³ Véase especialmente Courtis, Christian y Abramovich, Victor, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2003, presentando y comentando un expresivo elenco de casos envolviendo los derechos sociales y el mínimo existencial no limitado a la experiencia de Argentina.

²⁴ Inventariando y comentando la jurisprudencia constitucional de Colombia, véase Arango, Rodolfo y Lemaitre, Julieta (dir.), “Jurisprudência constitucional sobre el derecho al mínimo vital”, *Estudios Ocasionales CIJUS*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2002.

²⁵ Véase aquí, entre otros y por todos, la decisión emblemática proferida por el Supremo Tribunal Federal, relatada por el ministro Celso de Mello (Agravo Regimental no RE núm. 271.286-8/RS, publicada no *DJF*U en 24.11.2000), donde restó consignado —igualmente en hipótesis que versaba sobre la provisión de medicamentos por el Estado (en el caso en cuestión, paciente portador de HIV)— que la salud es un derecho público subjetivo, no pudiendo ser reducido a “promesa constitucional inconsecuente”. Más recientemente, entre muchos otros juicios que podrían ser traídos a colación, *vid.* la paradigmática decisión monocrática del STF vertida en la *ADPF*, núm. 45, igualmente de autoría del ministro Celso de Mello,

Es preciso puntualizar, por otro lado, que también en lo referente al contenido del así designado mínimo existencial, así como en lo atinente a su protección y promoción, existe una gama variada de posicionamientos con relación a las posibilidades y límites de la actuación del Poder Judicial en esta área, de tal suerte que tal temática aquí no será específicamente examinada. Por otra parte, aun cuando no pueda entrarse en detalles, se afirma posición en el sentido de que el objeto y contenido del mínimo existencial, comprendido también como derecho y garantía fundamental, tendrá que guardar sintonía con una comprensión constitucionalmente adecuada del derecho a la vida y de la dignidad humana como principio constitucional fundamental. En ese sentido, se remite a la noción de que la dignidad humana solamente estará asegurada —en términos de condiciones básicas a ser garantizadas por el Estado y la sociedad— donde a todos y a cualquiera estuviera garantizada ni más ni menos que una vida saludable.²⁶ Así, a despecho de endosarse una fundamentación del mínimo existencial en el derecho a la vida y en la dignidad de la persona humana, hay que encarar con cierta reserva (por lo menos en los términos en que fue formulada) la distinción arriba realizada entre un mínimo existencial fisiológico y un mínimo sociocultural, destacadamente por el hecho de que una eventual limitación del núcleo esencial del derecho al mínimo existencial a un mínimo fisiológico, en el sentido de una garantía apenas de las condiciones materiales mínimas que impiden que sea colocada en riesgo la propia sobrevivencia del individuo pueda servir de pretexto para la reducción del mínimo existencial precisamente a un mínimo meramente “vital” (de garantía de la mera sobrevivencia física) aunque no se pueda negar la posible relevancia de la distinción cuando se trata de asegurar —con alguna racionalidad y capacidad de universalización— esferas de protección del mínimo existencial, tal y como ocurre con otros derechos fundamentales.

Por otra parte, la diferencia entre el contenido del derecho a la vida y de la dignidad de la persona humana, que, a despecho de los relevantes puntos de contactos no se confunden,²⁷ podrá resultar descuidada. Conviene destacar, todavía en este sentido, que la dignidad implica una dimensión sociocul-

afirmando —aunque no haya habido enjuiciamiento del mérito— la dimensión política de la jurisdicción constitucional y la posibilidad de control judicial de políticas públicas cuando se cuide especialmente de la implementación de la garantía del mínimo existencial. Más recientemente, véase a STA 241/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, enjuiciada el 10.10.08 (derecho a educación) y STA 175/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, enjuiciada el 17.03.10 (derecho a salud).

²⁶ Wolfgang Sarlet, Ingo, “Dignidade da pessoa humana,...”, *cit.*, pp. 59 y 60.

²⁷ Sobre esta temática, remitimos igualmente a nuestro libro “Dignidade...”, pp. 88 y 89, así como de modo especial, al ensayo de Kloepfer, Michael, “Vida e dignidade da pessoa

tural, y que es igualmente considerada como carente de respeto y promoción por los órganos estatales,²⁸ razón por la cual prestaciones básicas en materia de derechos y deberes culturales (destacadamente en el caso de la educación fundamental y destinada a asegurar una efectiva posibilidad de integración social, económica, cultural y política al individuo) así como el acceso a alguna forma de ocio estarían siempre incluidas en el mínimo existencial, lo que también corresponde, en términos generales, al entendimiento consolidado en la esfera de la doctrina brasileña sobre el tema.²⁹

Dicho eso, lo que importa en este sentido es la percepción —consagrada en la evolución jurídico-constitucional alemana y en otros tantos lugares— de que el derecho a un mínimo existencial es independiente de expresa previsión en el texto constitucional para poder ser reconocido, visto que es deducido de la protección de la vida y de la dignidad de la persona humana. En el caso de Brasil, donde tampoco hubo una previsión constitucional expresa consagrando un derecho general a la garantía del mínimo existencial, los propios derechos sociales específicos (como asistencia social, salud, morada, seguridad social, el salario mínimo de los trabajadores, entre otros), acabarán por abarcar algunas de las dimensiones del mínimo existencial, aun cuando no puedan y no deban ser (los derechos sociales) reducidos pura y simplemente a concretizaciones y garantías del mínimo existencial, como, de paso, ya se ha dicho. Pero es precisamente el caso de países como Brasil (lo mismo se verifica en otros Estados constitucionales que aseguran un conjunto de derechos fundamentales, sociales en el plano constitucional) que revelan la complejidad de la relación entre el mínimo existencial y los derechos fundamentales, así como las cuestiones que carecen de una reflexión profunda, comenzando por la propia necesidad de recurrir a la noción de

humana”, Wolfgang Sarlet, Ingo (org.), *Dimensões da dignidade. ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, pp. 153 y ss.

²⁸ Véase por todos Häberle, Peter, “A Dignidade humana como fundamento da comunidade estatal”, en Wolfgang Sarlet, Ingo (org.), *Dimensões da dignidade. ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, especialmente pp. 116 y ss.

²⁹ Aquí se remite nuevamente a los aportes ya referidos de Lobo Torres, Ricardo. Adoptando línea argumentativa próxima, véase Barcellos, Ana Paula, “O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy”, en Lobo Torres, Ricardo (org.), *Legitimação dos direitos humanos*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, pp. 11 y ss., y, más recientemente, de la misma autora, *A eficácia dos princípios constitucionais. dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003. En sentido diverso, privilegiando una fundamentación a partir de la teoría de las necesidades, véase Leivas, Paulo G. C., *Teoria dos direitos fundamentais sociais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, pp. 129 y ss. Por último, véase también Bitencourt Neto, Eurico, *O direito ao mínimo para uma existência digna*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, en especial la parte sobre la fundamentación del derecho, pp. 99 y ss.

mínimo existencial cuando el abanico de derechos sociales cubre todas sus posibles manifestaciones.

A ejemplo de lo que ocurre con la dignidad de la persona humana, que no puede ser pura y simplemente manejada como categoría sustitutiva de los derechos fundamentales en especie, también el mínimo existencial, lo mismo cuando se trata de una orden constitucional que consagra un conjunto de derechos sociales, no puede (o, por lo menos, no debe) ser considerado como enteramente fungible en lo referente a su relación con los derechos sociales, de forma a proteger una autonomía siempre parcial y relativa que le es asegurada precisamente por su conexión con la dignidad humana. Cual puede ser el grado posible de autonomía (en el sentido de un objeto y ámbito de protección propio) de un derecho al mínimo existencial en la CF de 1988, que contempla todos los derechos sociales que usualmente están de algún modo relacionados con el mínimo existencial (hay que considerar que no todas las Constituciones que consagran derechos sociales lo hacen con tanta amplitud como la nuestra) es cuestión que podría merecer mayor atención, aunque no sea este el momento adecuado.

Tanto desde el punto de vista teórico cuanto desde una perspectiva práctica, la relación entre el mínimo existencial y los diversos derechos fundamentales sociales ha sido puesta de manifiesto por una doctrina y la jurisprudencia, que en buena medida dan soporte a la tesis de que el mínimo existencial —comprendido como el conjunto de las prestaciones materiales indispensables para asegurar a cada persona una vida con dignidad— representa el núcleo esencial de los derechos fundamentales sociales, núcleo este blindado contra toda y cualquier intervención por parte del Estado y la sociedad.³⁰ Tal entendimiento, aun cuando pueda tener la (aparente) virtud de auxiliar en la definición del contenido esencial de los derechos sociales, destacadamente en el recorte de los aspectos sustraídos a intervenciones restrictivas de los órganos estatales e igualmente vinculantes de los particulares, no evita la pérdida de autonomía de los derechos fundamentales sociales, pues si el núcleo esencial de los derechos y el mínimo existencial se confunden en toda su extensión, entonces la propia *fundamentalidad* de los derechos sociales estaría reducida a su contenido en mínimo existencial, lo que, además, encuentra adhesión por parte de relevante doctrina, que,

³⁰ *Cfr.*, por ejemplo, siguiendo esta línea argumentativa, Couto V. A. Martins, Patrícia do, “A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico”, en García, Emerson (coord.), *A efetividade dos direitos sociais*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2004, pp. 412 y ss., refiriéndose, todavía, a la noción de necesidades básicas como núcleo esencial de los derechos sociales (noción esta similar a la de un mínimo existencial), núcleo este blindado contra medidas de cuño regresivo.

inclusive, llega en algunos casos a adoptar tal criterio como factor de distinción entre los derechos fundamentales y los demás derechos sociales que, en aquellos que va más allá del mínimo existencial no serían siquiera derechos fundamentales, posición esta que continuamos refutando, sin que, con todo, aquí pueda avanzarse en la cuestión. Apenas para dejar constancia de nuestro punto de vista, derechos fundamentales (lo que se aplica también a los derechos sociales) son todos aquellos consagrados como tales en la CF, dotados de régimen jurídico especial y reforzado atribuidos por el orden constitucional.

Es en esa perspectiva que —para disipar cualquier duda al respecto— concordamos con el entendimiento de que todos los derechos fundamentales poseen un núcleo esencial, núcleo este que, por otro lado, no se confunde con su contenido en dignidad de la persona humana (o, en el caso de los derechos sociales, con el mínimo existencial), aunque en mayor o menor medida, dependiendo del derecho en cuestión, un contenido en dignidad humana y una conexión con el mínimo existencial se haga presente, circunstancia de la cual no pueden como deben ser extraídas consecuencias para la protección y promoción de los derechos fundamentales.

En el caso de la CF, que consagró los derechos sociales como derechos fundamentales al tiempo que contempla un amplio abanico de derechos sociales (salud, educación, morada, alimentación, seguridad social, asistencia social, trabajo, protección del benjamín y del adolescente, del anciano, de la maternidad), el carácter subsidiario de la garantía del mínimo existencial (en la condición de derecho autónomo) ha de ser destacado. Por otro lado, desde que no se incurra en la tentación (ya que los argumentos en este sentido son seductores) de sellar la identificación total entre el núcleo esencial de los derechos sociales y el mínimo existencial, la noción de un mínimo existencial, tal como ya demuestra la evolución doctrinal y jurisprudencial brasileña, opera como relevante criterio material (aunque no exclusivo) para la interpretación del contenido de los derechos sociales, así como para la decisión (que en muchos casos envuelve un juicio de ponderación) respecto de cuánto debe ser asegurado en prestaciones sociales lo mismo que contra las opciones del legislador y del administrador al tiempo que en el ámbito de la revisión de decisiones judiciales en esa área.

Por otro lado, precisamente en el ámbito de tal proceso decisorio, que envuelve el control de las opciones legislativas y administrativas, no se puede perder de vista la circunstancia de que, *cuando fuera el caso*, lo que se podría designar como un “contenido existencial” no es lo mismo en cada derecho social (educación, morada, asistencia social, ocio, etcétera) no dispensando, por tanto, la necesaria contextualización en cada oportunidad que se pre-

tenda extraer alguna consecuencia jurídica concreta en términos de protección negativa o positiva de los derechos sociales y de su contenido esencial, sea él, o no, directamente vinculado a alguna exigencia concreta de la dignidad de la persona humana.

Esta línea de entendimiento, como se desprende de una serie de enjuiciamientos, parece estar siendo privilegiada por el STF aun cuando ni siempre este se haya posicionado con claridad sobre la relación entre el núcleo esencial de los derechos sociales y el mínimo existencial, especialmente en cuanto al hecho de tratarse, o no, de categorías fungibles. De cualquier modo, cabe señalar que en lo atinente a la orientación adoptada en general por el STF, los derechos sociales y el mínimo existencial exigen que sean consideradas las peculiaridades del caso de cada persona, visto que se trata de derechos que asumen una dimensión individual y colectiva que no se excluyen recíprocamente, cabiendo al poder público asegurar bajo pena de violación de la prohibición de protección insuficiente por lo menos las protecciones sociales que dicen respecto del mínimo existencial.³¹

Aun sobre la relación entre el mínimo existencial y los derechos sociales conviene recordar que lo mismo habiendo sido previstos expresamente en el texto constitucional, los derechos sociales, a despecho de su directa aplicabilidad en la condición de normas de derechos fundamentales (en el sentido de que los órganos judiciales pueden aplicar tales normas aun cuando no hayan sido objeto de reglamentación legislativa) dependen en gran medida de una concretización por el legislador y por la administración pública; es decir, de una tela compleja y dinámica de actos legislativos, actos normativos del Poder Ejecutivo, de políticas públicas, etcétera. La determinación del núcleo esencial de los derechos sociales implica la consideración de tal normativa, que en la esfera infraconstitucional da contenido y vida a los derechos sociales, pero también a los demás derechos fundamentales, aún más cuando el texto constitucional nada o poco tiene que decir sobre el contenido del derecho, como se verifica en el caso de los derechos a morada, a la alimentación y al ocio, pues en el caso de los derechos a la salud, a la educación, a la seguridad y a la asistencia social, así como en el caso de la protección al trabajador, la propia CF presenta algunas directrices que vinculan positiva y negativamente a los actores estatales.

En el ámbito de una prohibición de retroceso, por ejemplo, lo que en general está en causa no es la supresión del derecho del texto constitucional, sino la reducción o supresión (de alguna manera) de prestaciones sociales ya disponibilizadas en la esfera de las políticas públicas, que, por tanto, no

³¹ *Cfr.*, por último y paradigmáticamente, la decisión proferida en la STA 175, Rel. Min. Gilmar Mendes, enjuiciada el 17.03.2010.

pueden ser artificialmente excluidas del proceso de decisión judicial y de las consideraciones sobre cuanto integran, o no, el contenido esencial del derecho. No es por casualidad que autores de la talla de Gomes Canotilho hace mucho que sustentan que el núcleo esencial legislativamente concretizado de un derecho social constitucionalmente consagrado opera como verdadero derecho de defensa contra su supresión o restricción arbitraria y desproporcional, en mayor medida cuando no existen otros medios para asegurar tal contenido esencial.³²

Por extensión, situándonos todavía en la esfera de la comprensión de la fundamentación jurídico-constitucional y del contenido de un derecho al mínimo existencial, importa señalar la imposibilidad de establecerse de forma apriorística y por encima de todo taxativa un elenco de los elementos nucleares del mínimo existencial en el sentido de un rol cerrado de posiciones subjetivas negativas y positivas correspondientes al mínimo existencial, lo que evidentemente no aleja la posibilidad de inventariar todo un conjunto de conquistas ya consolidadas, y que, en principio y sin excluir otras posibilidades, sirven como una especie de brújula para guiar al intérprete y de modo general a los órganos vinculados a la concretización de esa garantía del mínimo existencial,³³ recordando que en el caso brasileño los derechos sociales, todavía más considerando la inserción de los derechos a la morada y a la alimentación cubren en términos generales los aspectos usualmente reconducidos a un mínimo existencial, lo que, una vez más, comprueba que la noción de mínimo existencial exige un tratamiento diferenciado de lugar para lugar, especialmente cuando se trata de órdenes constitucionales con o sin derechos fundamentales sociales.

III. ALGUNOS PROBLEMAS Y DESAFÍOS PARA EL ADECUADO TRATAMIENTO DEL MÍNIMO EXISTENCIAL POR LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

A la vista de lo expuesto y buscando identificar algunas conexiones entre los diversos segmentos de la presente contribución, destacadamente para

³² Cfr., por todos, Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7a. ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 340.

³³ Es precisamente en este sentido que entendemos la propuesta de Barcellos, Ana Paula, *op. cit.*, pp. 247 y ss., al incluir en el mínimo existencial la garantía de la educación fundamental, de la salud básica, de la asistencia a los desamparados y del acceso a la justicia, bajo pena de cerrar de modo constitucionalmente ilegítimo (o, por lo menos, problemático) el acceso a la satisfacción de necesidades esenciales, pero que no estén propiamente vinculadas (por lo menos, no de forma directa) a las demandas traídas a colación por la autora.

el efecto de enfatizar el vínculo entre los derechos fundamentales, mínimo existencial y justicia constitucional, resulta evidente que el reconocimiento de un derecho al mínimo existencial sea en una perspectiva más restricta (más próxima o equivalente a un mínimo vital o mínimo fisiológico), sea en la dimensión más amplia, de un mínimo existencial que también cubre la inserción social y la participación en la vida política y cultural (precisamente el entendimiento aquí adoptado y que corresponde a la concepción consagrada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania y, a lo que todo indica, en la doctrina y jurisprudencia brasileña) constituye al mismo tiempo condición para la democracia (todavía más en la esfera de un Estado social de derecho) y límite de esta misma democracia. Al operar, especialmente en el ámbito de actuación de la así llamada jurisdicción constitucional como límite al legislador, implicando inclusive la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad material de acto legislativo (como, de paso, de cualquier acto del poder público), la garantía del mínimo existencial se integra, en el contexto del Estado constitucional, al conjunto de posiciones jurídicas lo que se designó como “triumfos” contra la mayoría,³⁴ pues se trata de algo sustraído —en alguna medida— a la libre disposición de los poderes constituidos, inclusive al legislador democráticamente legitimado.

Por otro lado, también en lo que dice al mínimo existencial, es perceptible que procedimentalismo y sustantivismo no son necesariamente irreconciliables, muy antes al contrario, pueden operar de modo a reforzarse recíprocamente, asegurando así una especie de concordancia práctica (Hesse) entre las exigencias del principio democrático y la garantía de promoción de los derechos fundamentales sociales, especialmente cuando se encuentran en juego las condiciones materiales mínimas para una vida con dignidad.

Un ejemplo digno de atención, extraído de la experiencia dinámica de la jurisdicción constitucional, es el de la referida y reciente decisión del Tribunal Constitucional Federal de Alemania (09.02.2010), donde, a despecho de retomada la noción de que toda y cualquier persona es titular de un derecho (subjeto) las condiciones materiales mínimas para que se pueda disfrutar de una vida con dignidad, merece ser destacada la manifestación del Tribunal, en el sentido de que al legislador es deferido un margen considerable de acción en la definición de la naturaleza de las prestaciones estatales que sirven al mínimo existencial, pero también de los criterios para tal definición. Por otro lado, tal libertad de conformación encuentra sus límites pre-

³⁴ En ese sentido, las ya consideradas clásicas observaciones de Dworkin, Ronald (véase en la obra *Los derechos en serio*, publicadas en inglés con el título *Taking Rights Seriously*).

cisamente en la propia garantía del mínimo existencial, de tal suerte que en esta misma decisión el Tribunal Constitucional vino a declarar la inconstitucionalidad parcial de la legislación sometida a su criba. Entre las directrices establecidas por el Tribunal está la de que para la definición del contenido de las prestaciones exigibles por parte del ciudadano el legislador está obligado a evaluar de modo responsable y transparente, mediante un procedimiento controlable y basado en datos confiables y criterios de cálculo claros, la extensión concreta de las prestaciones vinculadas al mínimo existencial.

La deferencia para con el legislador (y, por tanto, para con el órgano legitimado por la vía de la representación popular), todavía no acaba por ahí. En efecto, reiterando decisiones anteriores, el Tribunal —mediante ejercicio del así llamado *judicial self restraint*—³⁵ acabó no pronunciando la nulidad de los dispositivos legales tenidos por ofensivos al mínimo existencial constitucionalmente garantizado y exigido, pero dio plazo al legislador para que el mismo, en el ámbito del proceso político y democrático, venga a providenciar los ajustes necesarios, corrigiendo su propia obra y adecuándola a los parámetros constitucionales. Es claro que también la tradición alemana, aun cuando sean pocos los casos concretos donde se utilizó del expediente del apelo al legislador, igualmente demuestra la seriedad con la cual la decisión del Tribunal Constitucional es recibida por los órganos legislativos (sin perjuicio de fuertes críticas), de tal suerte que en todos los casos el legislador —aunque abriendo mano de su libertad de conformación— correspondió a los avisos y revisó sus opciones anteriores, o asimismo, en los casos de omisión, editó la reglamentación exigida por el Tribunal Constitucional. Además, también aquí la trayectoria inicial (encima descrita, inclusive con la mención a las decisiones judiciales superiores) del reconocimiento de la garantía del mínimo existencial ya se manifestara fecunda, visto que fue precisamente la falta de previsión legislativa de una prestación estatal destinada a asegurar una vida con dignidad a quien no dispone de recursos propios, que motivó que fuera activada la jurisdicción constitucional, concretamente para impulsar al legislador a insertar tales prestaciones en la codificación social alemana.

Cuanto tal camino adoptado por la Corte alemana se revela productivo para el caso brasileño, sea en lo que dice con la definición del mínimo existencial (abarcando la definición de su contenido y de las respectivas consecuencias jurídicas), sea cuanto al modo de actuación de la jurisdicción constitucional en esta área, todavía está lejos de ser satisfactoriamente es-

³⁵ Sobre el tema, véase la literatura brasileña, especialmente Ari Mello, Cláudio, *Democracia constitucional e direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.

tablecido. La práctica decisoria de los tribunales brasileños, especialmente para lo que nos interesa de cerca en este texto, en el ámbito del STF, revela que se trata de tema en vías de expansión cualitativa y cuantitativa, pero que exige una especial consideración del modelo constitucional brasileño y del respectivo contexto social, económico y político, más allá de la construcción de una dogmática constitucionalmente adecuada y que esté en armonía con los demás derechos fundamentales. Además, es precisamente en esta área donde los desafíos son particularmente apremiantes, pues, como ya se ha referido, sin perjuicio de su relevante papel para la comprensión y efectivación de los derechos fundamentales sociales, el mínimo existencial no debería pura y simplemente asumir el lugar de tales derechos, más bien, ser utilizado de forma cautelosa y bien fundamentada, como importante (mas no único) criterio para la aplicación de los derechos sociales.

Por otro lado, una rápida perspectiva de derecho comparado, y los casos de Alemania y Portugal son paradigmáticos, revela que ni, siempre (lo que por sí solo no es necesariamente negativo ni positivo) los órganos de la jurisdicción constitucional brasileña son sensibles a los límites de la propia noción de mínimo existencial en nuestro propio orden constitucional. Por un lado, cuando se invocó (y hay muchos ejemplos que podrían ser citados) la noción de mínimo existencial con el objetivo de fundamentar la tesis de la prohibición de retroceso aplicada a la contribución de los servidores públicos inactivos muy bien remunerados, es posible criticar un uso a veces inflacionario y retórico de la noción de mínimo existencial.

Igualmente no especialmente bien digerida y manejada entre nosotros, por lo menos en diversos casos, es la idea de que el mínimo existencial se encuentra siempre sustraído a la disposición de los poderes constituidos y que la definición de su contenido en definitiva es tarea atribuida a la jurisdicción constitucional. Aunque la situación en Brasil sea diferente, nunca está de más recordar que tanto en Alemania cuanto en Portugal (apenas para mencionar dos órdenes constitucionales muy influyentes en el caso brasileño) la propia definición del contenido del mínimo existencial es deferida en regla y en primerísima línea al legislador que, además de todo, debe establecer criterios claros, universales e isonómicos, aunque simultáneamente deba (como quedó bien claro en la relativamente reciente decisión del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, arriba referida) la legislación preservar las circunstancias personales de cada individuo titular del derecho, dado que son diferentes las necesidades de cada uno. Salvo en casos excepcionales, también es verdad que los tribunales constitucionales de Alemania y Portugal no sustituyeran las opciones del legislador en esa área por la suya propia. Si el camino utilizado por la justicia constitucional brasileña, espe-

cialmente por el STF, es más o menos correcto, no es objeto aquí de análisis (inclusive consideradas las diferentes realidades y diversas tradiciones jurídico-políticas), pero sí que la mayor corrección (o no) del modo por el cual se intervienen en las decisiones legislativas y administrativas con base en la noción del mínimo existencial debería ser objeto, cada vez más, de detenida reflexión y perfeccionamiento.