

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, REALIZACIÓN Y FINANCIACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*

Julio Pinheiro FARO HOMEM DE SIQUEIRA**

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Financiación de los derechos fundamentales.* III. *Observación de las necesidades humanas básicas.* IV. *Protección de los derechos mínimos.* V. *Realización efectiva de los derechos fundamentales.* VI. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

La realización efectiva de los derechos fundamentales cuesta dinero;¹ por ello, la sociedad debe financiar su realización a través del pago de tributos, desde las arcas públicas,² gestionadas por el Estado, a través de la adminis-

* Agradezco al profesor J. Alberto del Real Alcalá por la invitación a participar en esta obra colectiva y por la oportunidad de exponer mis ideas. Agradezco, también, por toda la ayuda a los amigos y profesores Bruno Costa Teixeira, Giuseppe Martinico, José Emilio Medaur Ommati, Flávio Quinaud Pedron, Adriano Pedra, Leonardo Martins, Ingo Wolfgang Sarlet, António José Avelãs Nunes, Antonio-Enrique Pérez Luño y Ana Maria D. Ávila Lopes. Dedico este artículo a mis queridos padres, Junio y Martha, y a mi hermano, Víctor, por la buena música. E-mail: julio.pfhs@gmail.com.

** Profesor de instituciones de derecho y derecho tributario en la Universidad Federal de Espírito Santo, Brasil; profesor de derecho procesal constitucional y derecho tributario en la Facultad Estácio de Sá en Vitoria, Brasil; secretario general de la Academia Brasileña de Derechos Humanos y Abogado, Brasil.

¹ Este entendimiento parece ser generalizado y pacífico, son ejemplos de literatura al respecto: Immordino, G. y Pagano, M., “The Cost of Rights: an Economic Analysis”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, núm. 4, 2004; Posner, R., “The Cost of Rights: Implications for Central and Eastern Europe – and for the United States”, *Tulsa Law Journal*, vol. 32, núm. 1, 1996; Holmes, S. y Susstein, C., *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York, W. W. Norton, 1999; Amaral, G., *Direito, Escassez & escolha*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2010; Galidino, F., *Introdução à teoria do custo dos direitos: direitos não nascem em árvores*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

² En este mismo sentido, por ejemplo: Scaff, F. F., “Como a sociedade financia o estado para a implementação dos direitos humanos?”, en Miranda Coutinho, J. N. *et al.* (org.), *Es-*

tración pública, que irá a determinar y a recaudar ese dinero en la propia sociedad. En este sentido, el Estado actúa como una empresa gestora de todo el presupuesto, de carácter público, y debe reservar una pequeña parte para mantener el aparato estatal y aplicar el resto a la realización efectiva de los derechos fundamentales por medio de acciones de carácter prestacional, que realicen los derechos sociales, económicos y culturales (a partir de aquí llamados *derechos sociales*), cuyo ejercicio permite el mejor disfrute de los derechos de libertad (en lo sucesivo llamados *libertades*).³

Al observar los aspectos anteriores, surgen una gran variedad de cuestiones controvertidas, especialmente en la praxis, como las tres siguientes: el mínimo existencial, la reserva del posible y la prohibición de reversibilidad de la realización efectiva de los derechos fundamentales (o prohibición del retroceso social). Sin pretender agotar el tema, este trabajo aborda de forma breve las anteriores cuestiones, con intención de posicionarse y hacer una contribución a la reflexión sobre la concretización de los derechos fundamentales. Al mismo tiempo, examinaré el papel de la administración pública contemporánea con relación al uso de los fondos recaudados para la realización y efectividad de los derechos fundamentales.

II. FINANCIACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La relación establecida entre el deber de pagar tributos⁴ y la concretización de los derechos fundamentales parece simple. Los derechos representan lo que el Estado debe proporcionar a los individuos, del mismo modo que los deberes⁵ de los individuos encarnan lo que éstos han de proporcionar al Estado y a la sociedad.⁶ La función básica del pago de tributos, a pesar de poder significar algún tipo de limitación al ejercicio de determinados derechos⁷ a

tudos constitucionais, Río de Janeiro, Renovar, 2007; Ataliba, G., *Hipótese de incidência tributária*, 6a. ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

³ Gomes Canotilho, J. J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7a. ed., Coimbra, Edições Almedina, 2003, p. 473.

⁴ También denominado por algunos “deber tributario”. Véase Altoé, M. M., *Direito versus dever tributário: colisão de direitos fundamentais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

⁵ Acerca de los deberes fundamentales, por ejemplo: Peces-Barba Martínez, G., “Los deberes fundamentales”, *Doxa*, núm. 4, 1987; Rubio Llorente, F., “Los deberes constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62, 2001.

⁶ Casalta Nabais, J., *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 65.

⁷ Tavares, A. R., *Curso de direito constitucional*, 6a. ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 488; Torres R. L. (*Curso de direito financeiro e tributário*, 10a. ed., Río de Janeiro, Renovar, 2003, p. 55)

causa de la reducción de los presupuestos personales,⁸ consiste en que la sociedad financie al Estado. De este modo, el Estado podrá tanto funcionar cuanto establecer y mantener prestaciones realizadoras de derechos sociales, cuya efectividad permite el mejor ejercicio de las libertades, o a lo menos de los derechos considerados mínimos a una existencia humana digna.

Por lo tanto, la realización efectiva de derechos depende de prestaciones estatales. Y éstas dependen, en parte, del cumplimiento del deber de pagar tributos. Así, es posible decir que los individuos, conforme a sus posibilidades, actúan en cooperación para dar al Estado los medios para alcanzar uno de sus fines, lo que posibilitará el disfrute de derechos por la sociedad. De ahí la afirmación de que el pago de tributos se debe a la necesaria cooperación de los individuos que componen una sociedad, para que el Estado, al gestionar el dinero recaudado, remunere a sus empleados y asista de forma sustancial a la propia sociedad, realizando los derechos fundamentales de sus miembros.

Esta prestación estatal a la sociedad tiene como foco principal la realización de los derechos sociales. Esto se explica por el hecho de que estos derechos sean los que poseen básicamente la función de garantizar las libertades y el trato igualitario entre los miembros de la sociedad.⁹ De aquí se deriva el que la realización efectiva de los derechos tenga necesariamente un coste para el erario,¹⁰ sin duda que el coste de los derechos sociales es de mayor cuantía, porque el ejercicio de las libertades está posibilitado en buena medida —aunque no sólo— si existe a ese respecto inactividad estatal. Dicho con otras palabras, una vez realizados los derechos sociales es cuando los individuos tienen autonomía para poder ejercer sus libertades. Y es aquí donde cobra sentido el discurso de la reserva del posible.

y Reissinger, S. (*Aspectos controvertidos do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988* (Dissertação de Mestrado-Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais), Belo Horizonte, 2008, p. 56), observan que hay derechos que cuando son ejercidos proporcionan la posibilidad de ser tributados por el Estado, promoviendo, entonces, su autolimitación y la limitación del poder tributario estatal.

⁸ Es el caso, por ejemplo, del impuesto sobre la renta, donde parte de la renta bruta del individuo es tributada para fines de financiación del Estado, conllevando una disminución en el presupuesto individual disponible para el ejercicio de alguna libertad, lo que disminuye la economía del individuo.

⁹ En el mismo sentido, Neuner, J., “Os direitos humanos sociais”, en Sarlet, I. W. (org.), *Jurisdição e direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, vol. 1, t. 1, pp. 150-153.

¹⁰ En este sentido, Afonso da Silva, “O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais”, en Souza Neto, C. P. de y Saremto, D., *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 591.

El sentido del término “reserva del posible”,¹¹ acuñado por el Tribunal Constitucional Federal alemán y adoptado por la doctrina alemana, consiste en que la sociedad debe definir la razonabilidad de la exigencia de determinadas prestaciones sociales, para impedir el uso de los recursos públicos disponibles a favor de quienes no lo necesitan.¹² En otras palabras, la doctrina de la reserva del posible preconiza que el Estado debe realizar la igualdad a través de políticas públicas volcadas en aquellos sectores sociales que verdaderamente necesitan de ellas y, por extensión, que los fondos públicos destinados a financiar estas prestaciones se encuentren limitados a garantizar y mantener las necesidades básicas de los individuos.

Opuestamente a la teoría original, puede constatarse una vinculación de la reserva del posible con la cuestión de que la realización de derechos depende de la condición de que el erario tenga los suficientes fondos para ello,¹³ vinculación que se deriva del hecho de que, en general, estos derechos consisten en bienes o están relacionados con la prestación de servicios de valor económico.¹⁴ Sin embargo, es necesario prestar atención al hecho de que los derechos están sometidos a la reserva del posible únicamente con relación a lo que va más allá de las necesidades humanas básicas. Pero, de un mal uso de este argumento puede resultar un retroceso en la efectividad de los derechos fundamentales, produciéndose una lesión a tales derechos por la falta de realización y por la mala gestión de los fondos públicos,¹⁵ y, también, de las malas opciones políticas y de presupuestos.¹⁶

En resumen, como la realización y efectividad de los derechos sociales tiene un coste económico y, por tanto, no son posibles sin la financiación

¹¹ En alemán: *Vorbehalt des Möglichen*.

¹² Martins, L. (org.), *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2005, pp. 663 y 664.

¹³ Gomes Canotilho, J. J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., nota 3, p. 481; *idem*, “Metodología «fuzzy» y «camaleones normativos» en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales”, trad. de F. J., Astudillo Pólo, *Derechos y Libertades*, núm. 6, 1998, p. 46.

¹⁴ Prieto Sanchís, L., “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, 1995, p. 15.

¹⁵ Vaz, A. R., “A cláusula da reserva do possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, núm. 66, 2009, p. 35.

¹⁶ Esto es tanto más visible en tiempos de crisis, cuando los gobiernos nacionales optan, en general, por una reducción en la recaudación fiscal, promoviendo un menor crecimiento del erario y, segundo, se argumenta legitimando un menor desarrollo de los derechos sociales con la justificación de que de otro modo el ejercicio de las libertades sufriría una gran limitación. En el mismo sentido: Pérez Luño, A. E., “Los derechos sociales y su significación actual”, próxima.

pública, el mecanismo de la reserva del posible sólo puede ser invocado adecuadamente para situaciones que estén dentro del ámbito de las necesidades vitales básicas, desplazando al argumento clásico de que hay una infinidad de necesidades humanas y una escasez de recursos financieros con las que atenderlas.¹⁷ De este modo, el verdadero sentido del discurso de la reserva del posible es que los recursos financieros estatales deben ser empleados para atender lo que es básico, y sólo después lo que *no lo es*; sin embargo, lamentablemente, ésta no es la posición que adopta el Estado.¹⁸

III. OBSERVACIÓN DE LAS NECESIDADES HUMANAS BÁSICAS

La inobservancia por el Estado de que la financiación proporcionada por la sociedad está dirigida a la realización del desarrollo humano y a la expansión de las libertades,¹⁹ a fin de que las necesidades humanas básicas puedan ser atendidas, puede dar lugar al agotamiento del erario, de manera que los recursos recaudados y antes disponibles estén agotados a la hora de hacer efectivo el mínimo existencial. Situación ésta que podría evitarse con el uso correcto del mecanismo de la reserva del posible,²⁰ pero no con el argumento de que no hay lugar a aquella realización porque las necesidades humanas son infinitas.

La cuestión de las necesidades humanas básicas es controvertida, especialmente con relación a qué necesidades serían parte del *mínimo existencial*. Hacer una relación de éstas no es seguramente el problema más difícil con el que nos enfrentamos. Es posible generar una relación cerrada e inmutable,²¹ a fin de que se pueda requerir al Estado la realización y efectividad de tales ítems. No obstante, una vez hecho esto surge otro problema:

¹⁷ Scaff, F. F., “Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos”, en Miranda Coutinho, J. N. y Barreto Lima, M. M. (org.), *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*, Río de Janeiro, Renovar, 2006, p. 148.

¹⁸ Homem de Squeira, J. P. F., “Os vinte anos da constituição brasileira: da reserva do possível à proibição do retrocesso social”, en *idem*, Teixeira, B. C. y Miguel, P. C., *Uma homenagem aos vinte anos da constituição brasileira*, Florianópolis, Boiteux/FDV, 2008; Krell A. J., “Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)”, *Revista de Informação Legislativa*, núm. 144, 1999, pp. 241 y 242; Freire Júnior, A. B., *O controle judicial de políticas públicas*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2005, p. 74.

¹⁹ Sen, A. K., *Desenvolvimento como liberdade*, trad. de L. Teixeira Motta, São Paulo, Companhia das Letras, 2007, p. 17.

²⁰ Zockun, C. Z., *Da intervenção do Estado no domínio social*, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 54.

²¹ Sen, A. K., “Human Rights and Capabilities”, *Journal of Human Development*, vol. 6, núm. 2, 2005, p. 158.

establecer cómo será respetada la prioridad entre sus elementos, de modo que pueda verificarse si el Estado desarrolla las políticas públicas correctas y que lo hace en la medida necesaria para su óptimo aprovechamiento por la sociedad.

Es preciso, por lo tanto, que el Estado no confunda las necesidades humanas y otros diversos conceptos que están próximos a ellas, tales como deseos, instintos, intereses, aspiraciones, etcétera.²² Además, es importante que se diga, desde luego, que el uso del término “necesidades”, que expresa lo que no puede faltar, puede ser engañoso, pues a veces las personas no saben expresar lo que le es necesario, o incluso lo que puede ser prioritario para sus vidas y en qué grado lo es.²³

El mecanismo de la reserva del posible, en su acepción original, está bien utilizado si con él conformamos una relación de prioridades cuidadosamente escogidas, después de una selección cuidadosa, a causa de la escasez de los recursos para su realización.²⁴ Lo más óptimo, por tanto, es entender las necesidades como lo que es prioritario, cuya realización no puede faltar dentro de una sociedad en tiempo y espacio determinados, tratándose, entonces, del contenido esencial o delimitador del mínimo existencial,²⁵ integrado por las condiciones materiales mínimas que deben ser concretizadas y protegidas porque constituyen el medio de garantizar a todos los miembros de aquella sociedad su desarrollo en cuanto seres humanos; esto es, con dignidad y pudiendo ejercer su propia autonomía.²⁶

Sin embargo, a la hora de seleccionar el conjunto de esas necesidades, aquel argumento sería impracticable si tenemos en cuenta las muchas diferencias interpersonales existentes en la sociedad, por lo que, para tornar real y posible la igualdad en las necesidades, no hay más remedio que presuponer

²² Lucas, J. de y Añon Roig, M. J., “Necesidades, razones, derechos”, *Doxa*, núm. 7, 1990, p. 60.

²³ Walzer, M., *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*, trad. de J. Simões, São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 88.

²⁴ *Ibidem*, p. 88.

²⁵ Conviene observar que *contenido esencial* y *mínimo existencial* no son sinónimos. El contenido esencial es una garantía limitadora de la actividad estatal excesiva o deficiente o de su inactividad. El mínimo existencial es una garantía ampliadora de los derechos fundamentales, que obliga al Estado a aplicar sus fondos para concretizar oportunidades que forman su contenido esencial. Véase Lopes, A. M. D., “A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais”, *Revista de Informação Legislativa*, núm. 164, 2004; Balboni, E., “Il concetto di ‘livelli essenziali e uniformi’ come garanzia in materia di diritti sociali”, *Le Istituzioni del Federalismo*, núm. 6, 2001.

²⁶ Véase por ejemplo: Sarlet, W. y Figueiredo, M. F., “Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988”, *Revista de Direito do Consumidor*, núm. 67, 2008, p. 150.

que —en ese sentido— todas las personas son iguales, a fin de poder operar mejor con el concepto en cuestión. Aquí es necesario, pues, adoptar una situación hipotética y pragmática que sea útil para formar por lo menos una relación de necesidades, o para proporcionar los criterios de cómo se establece tal rol, posibilitando una selección genérica y objetiva de qué necesidades son realmente prioritarias; esto es, imprescindibles para la consecución de un plan de vida basado en la atención a los niveles mínimos de dignidad.²⁷ Sin embargo, todavía no nos hemos ocupado de saber qué necesidades han de ocupar esa relación, o de indicar —sean cuales sean— qué peso o grado de prioridad posee cada una de ellas y que hay de observar el Estado cuando elabore las políticas públicas, a fin de hacer efectivas las oportunidades (derechos sociales) que permitieron la expansión del ejercicio de la autonomía (libertades) de los individuos.²⁸

IV. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS MÍNIMOS

La realización efectiva de las oportunidades para el mejor ejercicio de las libertades depende, pues, de la existencia de toda una maquinaria institucional que condense y guíe los recursos formados gracias a la recaudación de tributos junto a la sociedad,²⁹ economizándolos para utilizarlos en aquello que sea de utilidad inmediata, dígase prioritario. Esta maquinaria es el Estado, representado por la administración pública, que, además de recaudar de la sociedad el montante para la financiación de las políticas públicas, es “capaz de promover el uso de factores de producción a través de decisiones administrativas”, las cuales facilitan la “obtención de ciertas cosas por un costo menor del que supondría en las empresas privadas”.³⁰ Y de ahí que la administración pública deba, después de adoptar una relación de necesidades ordenadas de acuerdo con su grado de prioridad, gestionar con eficiencia los recursos recaudados disponibles para promover la realización efectiva de las oportunidades mínimas de las que todo individuo debe ser poseedor. Esto permite decir que la posibilidad de realización del mínimo existencial depende de que el Estado posea una reserva de recursos, siendo este factor,

²⁷ Zimmerling, R., “Necesidades básicas y relativismo moral”, *Doxa*, núm. 7, 1990, p. 41.

²⁸ Véase por ejemplo: Robeyns, I., “The Capability Approach: A Theoretical Survey”, *Journal of Human Development*, vol. 6, núm. 1, 2005, p. 94.

²⁹ Immordino, G. y Pagano, M., “The Cost of Rights: an Economic Analysis”, *cit.*, nota 1, p. 85.

³⁰ Coase, R. H., “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, p. 17.

por consiguiente, el verdadero sentido del término denominado “reserva del posible”.³¹

Disponer de recursos para la promoción del contenido esencial no significa que las oportunidades deban ser ofrecidas una única vez. Por el contrario, los gastos estatales deben ser planificados. Ora, si no hay recursos suficientes para concluir una política pública, al menos se debe iniciarla³² aplicándose los recursos disponibles. Y, cuando exista una nueva disponibilidad de recursos, inyectar más recursos a tales políticas, continuamente, para que las prestaciones sociales sean expandidas,³³ y así, las oportunidades y, por consiguiente, el ejercicio de las libertades.

Esa continuidad, que no debería ser interrumpida, trae a colación la cuestión de la prohibición de reversibilidad de la realización de los derechos fundamentales. Esta exigencia establece que lo que tuvo realización efectiva debe ser al menos mantenido, en virtud del necesario respecto al mínimo existencial, y en cuanto que sea posible debe ser maximizado. Por tanto, es imperioso para la administración pública el deber de no violar, a través de su actividad o inactividad, el mínimo existencial.³⁴ La irreversibilidad es entendida, pues, como una garantía cuyo objetivo es mantener la realización efectiva de derechos, especialmente aquellos cuya naturaleza es prestacional. Y, en este sentido, hay una estrecha relación entre el mecanismo de la reserva del posible en su acepción original y la exigencia de prohibición de reversibilidad de la realización efectiva de los derechos fundamentales, ya que una y otra se refieren a lo que el individuo puede razonable y racionalmente exigir de la sociedad.³⁵

La finalidad de esta figura es evitar que el Estado, a través de cualquiera de sus poderes, provoque una situación de posible retroceso social. De ahí la nomenclatura que se utiliza habitualmente: prohibición de retroceso

³¹ En el mismo sentido, por ejemplo: Sarlet, I. W., “Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988”, en Souza Neto, C. P. de et al. (coords.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, Río de Janeiro, Lúmen Juris, 2008. Véase también la idea de Schäfer, J., *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 67.

³² Freire Júnior, A. B., *O controle judicial de políticas públicas*, cit., nota 18, p. 74.

³³ Gomes Canotilho, J. J., “Metodología «fuzzy» y «camaleones normativos» en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales”, cit., nota 13, p. 47.

³⁴ En este sentido: Conto, M. de, *O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 100.

³⁵ En este sentido, Krell, A. J., *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 52; Queiroz, C. M. M., *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*, Coimbra, 2006, p. 68.

social. Así, una vez realizados determinados derechos, éstos asumen una naturaleza híbrida, vinculando el Estado con su necesaria manutención e impidiendo³⁶ que los entes estatales actúen con exceso o asimismo lo hagan para promover su reducción o anulación.

De este modo, la prohibición de reversibilidad tiene que ver con la prohibición de exceso y con la prohibición de protección deficiente. Por la prohibición de exceso, la administración pública no puede valerse de medios retrocesivos que, lo mismo que no abarcan derechos ya realizados, promueven una involución dentro del ámbito de realización y protección de los derechos a causa a una intervención ajena a lo necesario. Por la prohibición de protección deficiente, la administración pública tiene el deber de realizar prestaciones dirigidas a la realización efectiva del contenido esencial de las necesidades humanas básicas.³⁷ En breve síntesis, la administración pública tiene el papel de elaborar, de implantar y de mantener políticas públicas que realicen con eficiencia los derechos que se consideren prioritarios, maximizándolos y evitando la intervención estatal en la autonomía de las personas.

El objeto de las políticas públicas son especialmente los derechos fundamentales sociales que, por pertenecer al ámbito jurídico constitucional, y, por tanto, público, vinculan directamente a los órganos estatales, entre ellos la administración pública. Por eso, no se puede argumentar que la inexistencia de normas reglamentadoras o que la falta de dotación presupuestaria o de previsión de gasto obstaculicen la realización efectiva inmediata de un derecho social a través de la prestación estatal adecuada,³⁸ aún más cuando está en conexión con la realización de necesidades básicas.

El problema de la inexistencia de normas tiene solución con la integración de lagunas por el intérprete del derecho, que no es una tarea arbitraria,³⁹ y se debe acomodar a lo que sea prioritario. El problema de

³⁶ Véase Derbli, F., *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*, Río de Janeiro, Renovar, 2007, p. 176.

³⁷ Véase Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 807; Conto, M. de, *O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*, cit., nota 33, p. 100; Barnes Vázquez, J., “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, núm. 35, 1994, p. 510; Ávila, H. B., *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 7a. ed., São Paulo, Malheiros, 2007, pp. 145-149.

³⁸ En este sentido, Martins, L., “Do vínculo do Poder Judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas”, *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, núm. 2, 2004, pp. 96 y 98.

³⁹ Así, el Poder Judicial no puede actuar para resolver todas las carencias de derechos de las personas con base en una supuesta violación de la dignidad de la persona humana, siem-

la falta de previsión de recursos tiene solución en el control del poder discrecional de la administración pública,⁴⁰ o sea que en materia de contenido esencial de los derechos fundamentales, el Estado no puede valerse simplemente de criterios como conveniencia y oportunidad para realizar políticas públicas. Es decir, por estar vinculada la administración pública a las normas constitucionales, especialmente a las de derechos fundamentales, ésta no puede tomar decisiones libremente, debiéndose adecuar a la voluntad del constituyente.⁴¹

V. REALIZACIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Habrà que cuidar, entonces, del necesario control de los actos administrativos sobre las políticas públicas de realización efectiva de los derechos fundamentales, tanto respecto a las oportunidades cuanto para el ejercicio de la autonomía.

Los actos administrativos, en rápida síntesis conceptual, son declaraciones unilaterales de la administración pública para realizar, a través de servicios públicos,⁴² los mandatos de las normas jurídicas. Tales declaraciones unilaterales están *vinculadas*, principalmente, al interés público y al ordenamiento jurídico.

Es bastante común, cuando se trata sobre los actos administrativos, hablar de actos vinculados y actos discrecionales.⁴³ No obstante, propiamente

pre allegada y, en general, para forzar la obtención de tutela favorable a cualquier derecho que se diga tener. En esto sentido, Afonso da Silva, V., *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 78, nota 33.

⁴⁰ Sarlet, I. W. y Figueiredo M. F. "Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988", *cit.*, nota 26, p. 150.

⁴¹ Sarlet, I. W., *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10a. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009, p. 447.

⁴² Hay, entre los autores, dificultad en conceptuar *servicios públicos*. Un concepto útil al fin de este ensayo es el de que son prestaciones estatales con el objetivo de concretizar derechos fundamentales sociales, para que los individuos puedan mejor ejercer su autonomía (libertades). Esto es, se prestan utilidades económicas que, al igual que dirigidas al cuidado de necesidades colectivas, benefician directamente a los individuos, ya que éstos tienen también estas necesidades, contribuyendo para la reducción de las desigualdades sociales y económica, conforme a las opciones de los individuos en ejercer o no y de qué forma a su autonomía. Véase Santos de Aragão, A., "O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro", en Souza Neto, C. P. de y Sarmento, D. (coord.), *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, Río de Janeiro, Lúmen Juris, 2007, pp. 684 y 685.

⁴³ Tradicionalmente se dice que los actos vinculados no permiten a la administración preferir cualquier tipo de juicio en cuanto a la práctica del acto, con relación a los actos

no hay que considerar la clasificación, ya que todos los actos administrativos son vinculados. Esto es, la norma que establece que se haga un determinado acto administrativo tiene en su espíritu la finalidad de que se atienda, en la forma de la ley y con la debida eficiencia, al interés público. Luego, no se puede decir que la discreción se contraponga a la vinculación,⁴⁴ pues, de lo contrario, el acto discrecional sería el mismo que el acto desvinculado, o hasta arbitrario.

Por lo tanto, acto administrativo discrecional desvinculado no existe. Lo que hay es la posibilidad de escoger los medios para alcanzar una finalidad con eficiencia y dentro de las limitaciones legales, constitucionales y de presupuesto. O sea, la administración pública puede escoger cómo realizar una prestación pública siempre que ella alcance el fin que impone el sistema jurídico, justificando ciertamente sus opciones, con claridad y congruencia.

El problema puede ser abordado como una cuestión de intensidades. De modo abstracto, en los extremos, nos encontramos a los tipos puros de vinculación y de discreción, que, sin duda, no se verifican en la práctica.⁴⁵ En el punto de encuentro de estos vectores, ellos se confunden, o sea, es imposible identificar con claridad qué tipo de acto deba ser practicado, y ahí habrá algo con rara ocurrencia práctica. Entre los extremos y las cercanías a este punto se encuentran los diversos tipos de actos administrativos, separados en vinculados y discrecionales.

Para entendernos más fácilmente, hablaremos de *estandarización*. Por un lado, los actos que son parte del vector vinculación dan lugar a patrones y, por eso, independientemente de quienes los vayan a realizar, la finalidad se alcanzará si no es por los mismos medios pues por medios semejantes.

Por otro lado, los actos que son parte del vector discrecional tornan difíciles e impiden la formación de patrones, y, por eso, dependiendo de quienes los vayan a realizar, la finalidad se alcanzará desde diversos crite-

discrecionales le permiten proferir juicios en cuanto a la prestación que mejor cumplirá lo dispuesto en la Constitución y/o en la ley. Bandeira de Mello, C. A. (*Discrecionalidade e controle jurisdicional*, 2a. ed., São Paulo, Malheiros, 2008, pp. 9 y 18) destaca que la distinción no se refiere al acto en sí mismo, sino a la competencia para apreciar sus elementos, de modo que se puede concluir que todos los actos son vinculados, distinguiéndose la competencia en vinculada y discrecional. Para una crítica a la distinción y a la concepción de los actos, véase Medaur Ommati, J. E., “Do ato ao processo administrativo: a crise da idéia de discricionariedade no direito administrativo brasileiro”, *Revista da Faculdade de Direito da UFOP*, próxima.

⁴⁴ No se trata, pues, de una relación antitética. En este sentido, Bandeira de Mello, C. A., “«Relatividade» da competência discricionária”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 8, 2004, p. 18.

⁴⁵ Freitas, J., *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, 2a. ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 82.

rios.⁴⁶ A este respecto, a pesar de la vinculación de los vectores al interés público y de la ineludible necesidad en los dos casos de que las opciones sobre los *medios* que mejor alcanzarían una finalidad sean debidamente motivadas, a fin de evitar los excesos, las deficiencias o la inoperatividad, o de impedir la arbitrariedad, y, aun, de verificar el correcto empleo de los recursos públicos, podemos constatar que se confiere cierto margen de libertad a la administración pública, tanto en un tipo de acto como en el otro.

Esta libertad de opciones está proporcionada por las normas jurídicas ya establecidas. O sea:⁴⁷ hay casos en los que la propia orden jurídica delimita el juicio administrativo al mínimo posible acerca de cómo atender una finalidad, pero en otros, esa misma orden permite un juicio mayor de decisión sobre qué medios adoptar.⁴⁸ Se observa, pues, que tanto en la primera situación —de los actos vinculados— cuanto en la segunda —de los actos discrecionales— hay libertad de elección —fundamentada— de opciones. Y esto ocurre porque hay casos en los que existe más de una manera adecuada de atender al interés público, y también casos en los que la ley no ofrece los elementos necesarios —porque las situaciones fácticas son variadas, y al legislador no se le puede requerir que prevea todos los posibles casos— para llegarse a la mejor solución. Por lo tanto, sígase el patrón legal y constitucional, y dígase desde ahí que haya vinculación no sólo al interés público, sino también a la legalidad, y que hay discreción cuando se decide el cómo hacer algo; es decir, cómo actuar de la manera más apropiada para llegarse al mejor resultado posible.

Las políticas públicas resultan, tal como he expuesto, de actos administrativos que pueden ser vinculados o discrecionales, pudiendo, así, depender o no de una decisión entre variadas soluciones apropiadas y razonables de la administración pública para realizar con eficiencia los mandatos de las normas jurídicas, entre ellas las normas de derechos fundamentales, especialmente los sociales. En este sentido, las políticas públicas son vistas aquí como servicios públicos prestados por el Estado, a través de la administración pública o de sus delegatarios, para promover los derechos fundamentales. Pero, tal como aquí se entiende, el concepto de *políticas públicas* es más amplio

⁴⁶ Esto también parece ser el entendimiento de Peixoto, D. M., *Competência administrativa na aplicação do direito tributário*, São Paulo, Quartier Latin, 2006, p. 151.

⁴⁷ Freitas, J., *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, cit., nota 45, p. 36.

⁴⁸ Di Pietro, M. S. Z., *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 2a. ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 6.

que el de *servicios públicos*⁴⁹ en aquello que se refiere a la realización del objetivo de la política pública, por existir una armonización entre las actividades desarrolladas por la administración y sus delegatarios y por las entidades de naturaleza privada⁵⁰ hacia la realización de los derechos.

Las políticas públicas buscan el fundamento primordial en la Constitución y en las leyes que las reglamentan. Así, el Poder Legislativo puede crear una determinada ley, y al igual que si la iniciativa normativa proviene de otro poder, puede la administración pública efectuar prestaciones con eficiencia y también reglamentarlas —en caso de prestaciones por entes privados, delegatarios o prestadores de servicios compartidos— siguiendo siempre los límites y las directrices indicadas por el Legislativo y por los mandatos constitucionales, a fin de realizar los derechos fundamentales.

Esa actividad prestacional —y no podría ser diferente— está sujeta al control formal y material, sobre todo en relación con la contemplación de su finalidad —esto es, la viabilidad del ejercicio de las libertades a través de la realización por el Estado de los derechos fundamentales sociales—, y asimismo en aquello que tiene a ver con la motivación del acto. El denominado *control de la administración pública* o *control de las políticas públicas realizadoras de los derechos fundamentales* tiene como objetivo garantizar que la prestación de políticas públicas sea eficiente, respetándose los principios y finalidades que el ordenamiento jurídico impone a esa actuación,⁵¹ y evitándose, con esto, desvíos que puedan ocurrir, tales como desvíos sobre la finalidad y sobre los recursos públicos.

Este control debe partir, primero, del propio Estado, que, al producir un acto administrativo, debe prestar atención para que éste atienda al interés público, o en caso de ser servicio delegado o servicio compartido, debe

⁴⁹ Bucci, M. P. D., “Políticas públicas e direito administrativo”, *Revista de Informação Legislativa*, núm. 133, 1997, p. 90.

⁵⁰ Esto es, cuando no estuvieran actuando en la posición de delegatarias. Las empresas privadas poden actuar, así, para la concretización de derechos fundamentales, como delegatarias de servicios públicos reservados al Estado o como prestadoras de servicios no reservados al Estado, mas de relevancia pública (salud, ocio, educación etcétera) —los llamados “servicios compartidos”— pudiendo el Estado reglamentar, en ambos los casos, y también subsidiar y fomentar su prestación, con la intención de tornarla más eficiente. Véase, por ejemplo: Santos de Aragão, A., “O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro”, *cit.*, nota 42, p. 703; Barcellos, A. P. de, “Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”, en Souza Neto, C. P. de y Sarmento, D. (coords.), *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, Río de Janeiro, Lúmen Juris, 2007, p. 600.

⁵¹ Bacellar Filho, R. F., “O controle da administração pública”, en Cisneros Fariás, G. *et al.* (coords.), *Control de la administración pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, México, UNAM, 2007, p. 34.

actuar de manera regulada, obligando a los entes privados a observar el interés público. Se trata del autocontrol de la administración pública, por el que el Estado ofrece a los individuos al menos una certeza teórica de que sus intereses están siendo debidamente observados y que las políticas públicas están siendo prestadas con eficiencia.⁵² Además del autocontrol, deben existir también controles externos, porque hasta en la más optimista de las hipótesis es posible que el control interno falle. De este modo, es posible el control político por el Poder Legislativo, pudiendo actuar incluso junto a un tribunal de cuentas con relación a la fiscalización de los gastos e inversiones de recursos. Es también posible el control judicial,⁵³ el cual debe apreciar la legalidad de los actos dados y el cumplimiento de la Constitución.⁵⁴ El Ministerio Público también puede actuar valiéndose, sobremanera, de su condición de fiscal del derecho, para controlar la prestación de las políticas públicas, y utilizando los medios que el ordenamiento constitucional le confiere para defender el interés público. Por fin, los ciudadanos pueden, como propietarios de la cosa pública, individualmente o a través de la sociedad civil, efectuar el denominado control social como instrumento de lo que los autores califican de democracia participativa,⁵⁵ por medio, por ejemplo, de evaluaciones sobre la calidad de los servicios prestados y el acceso a informaciones sobre los actos del gobierno.

El control en la prestación de políticas públicas se produce, por tanto, en el marco interno del propio Estado a través —por ejemplo— de revisiones de oficio de sus actos o de la actividad reglamentaria de los órganos creados para tal fin, como también en el marco externo cuando las otras funciones del poder estatal y sus auxiliares, además de los ciudadanos, controlan no sólo, a pesar de principalmente, la actuación de la administración pública, sino también la acción de los particulares cuando prestan servicios de interés público. Actuándose así como una especie de “administrador negativo”.⁵⁶ Pues bien, es bajo ese control general de la administración pública donde es necesario observar si los recursos obtenidos por el Estado a

⁵² França, P. G., *O controle da administração pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 77.

⁵³ Seabra Fagundes, M., *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 3. ed., Río de Janeiro, Forense, 1957.

⁵⁴ Este tipo de control no sería necesario, en principio, si las actividades prestacionales observaran la legislación y la Constitución, ya que, de ser así, sería posible hablar hasta de reducción de los casos sometidos a su tamiz, y tal vez hasta de una mayor agilidad en el enjuiciamiento de ciertos tipos de demandas.

⁵⁵ Valadés, D., *El control del poder*, México, UNAM, 1998, p. 2.

⁵⁶ Freitas, J., *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, cit., nota 45, p. 45.

través de los tributos están siendo debidamente aplicados a la consecución de la finalidad principal y primordial de la maquinaria estatal, consistente en el cuidado y protección de las necesidades humanas básicas; esto es, la realización de los derechos fundamentales; sin apelar en este ámbito al discurso de la reserva del posible y la prohibición de retroceso social. En definitiva, dicho control busca evaluar la eficiencia del Estado en la realización de sus actividades.

VI. CONCLUSIONES

A modo de conclusión se puede decir que los individuos, en cuanto miembros de una sociedad y sujetos al poder estatal, tienen el deber de pagar tributos, cuyo montante está dirigido a la manutención de la maquinaria estatal y a la realización efectiva de los derechos fundamentales mínimos; esto es, pertenecientes a aquello que se ha denominado mínimo existencial. Dar efectividad a esos derechos depende de la actuación gerencial del Estado, que, a través de decisiones administrativas representadas especialmente por la planificación y realización de políticas públicas, gasta los recursos recaudados administrándolos con eficiencia. La realización del mínimo existencial depende, así, de actos administrativos que prevean una dotación de presupuesto propia, sin perjuicio de provisiones para la manutención del propio Estado, pero en detrimento de gastos que no se revelen necesarios o para esta manutención o para aquella realización. De ahí la necesidad de que exista un control de los actos realizados por la administración pública, para que se fiscalice esa dotación financiera y de presupuesto, evitándose que las malas opciones hechas por los agentes estatales vinculen el mínimo existencial al discurso de la reserva del posible, y de que los derechos fundamentales ya realizados no sean sometidos a una reversión de su realización.

En resumen, la administración pública contemporánea, como parte de la maquinaria estatal, tiene como papel la necesaria realización y manutención del contenido esencial de los derechos fundamentales, a través de la realización de políticas públicas, en asociación o no con entidades privadas, empleando correctamente los recursos públicos que le son conferidos por la sociedad en general, para que se pueda proporcionar a los individuos, especialmente a aquellos que no tienen condiciones o las tienen, pero no las suficientes, oportunidades de poder ejercer su autonomía y disfrutar de sus libertades básicas. En el mismo ámbito, los individuos tienen el papel de financiar conforme a su capacidad la construcción de una sólida base de recursos públicos y de exigir del poder público, especialmente de la admi-

nistración pública, el correcto empleo de ese montante para la realización efectiva de dichos derechos.

Establecida esta relación, la sociedad y los individuos deben exigir del Estado, o él tiene la obligación de hacerlo, la adopción de medidas de mantención de la realización de los derechos, a fin de prestarlos con el objetivo de cubrir un mínimo existencial a través de programas genéricos o específicos de acuerdo con la vulnerabilidad de los sectores sociales, proporcionando el ejercicio de una dignidad sin retrocesos para cualesquiera persona. Además, el Estado también tiene la obligación de prestar cuentas a la sociedad, demostrándole que los recursos recaudados fueran correctamente previstos en el presupuesto para su uso en la realización eficiente de los derechos fundamentales.