

**MÍNIMO EXISTENCIAL Y RESERVA DE LO POSIBLE: REFLEXIONES  
SOBRE EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS  
DESPUÉS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1988, BRASIL**  
**EXISTENTIAL MINIMUM AND RESERVE OF THE POSSIBLE: CONSIDERATIONS ON  
JURISDICTIONAL CONTROL OF PUBLIC POLICIES IN POST-1988 CONSTITUTION,  
BRAZIL**

**Adilson de Paulo de Almeida Júnior**

Universidade Federal Fluminense, Brasil

([adilson\\_almeida@id.uff.br](mailto:adilson_almeida@id.uff.br)) (<https://orcid.org/0000-0003-1089-7395>)

**Marco Wagner de Seixas**

Universidade Federal Fluminense, Brasil

([marcus\\_seixas@id.uff.br](mailto:marcus_seixas@id.uff.br)) (<https://orcid.org/0000-0003-4392-9349>)

---

**Información sobre el manuscrito:**

**Recibido/Received:** 04/06/2024

**Revisado/Reviewed:** 14/11/2024

**Aceptado/Accepted:** 17/11/2024

---

**RESUMEN**

**Palabras clave:**

activismo judicial; derechos  
fundamentales; mínimo  
existencial; políticas públicas;  
reserva como sea posible.

El presente artículo tiene como objetivo analizar, desde un enfoque doctrinal y jurisprudencial, aspectos relacionados con la manifestación del activismo judicial en el ámbito del control judicial de las políticas públicas en Brasil. La investigación es de tipo bibliográfico y documental, con un enfoque cualitativo. Ante las omisiones que involucran la plena realización de los derechos prestacionales, que consisten en la falta de observancia del "mínimo existencial" por parte del Estado, el Poder Judicial ha protagonizado una actuación cada vez más proactiva, observable desde la post-Constitución de 1988, a partir de la Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional (ADPF) 45/DF, en la que se reconoció la posibilidad de que la formulación e implementación de políticas públicas se lleven a cabo, con bases excepcionales, por determinación del Poder Judicial. Los resultados evidencian la existencia de visiones dispares respecto al protagonismo del Tribunal, teniendo en cuenta el principio democrático y de separación de poderes, así como la urgencia en la concreción de los derechos prestacionales.

**ABSTRACT**

**Keywords:**

judicial activism; fundamental  
rights; existential minimum; public  
policies; reserve of the possible.

In the face of omissions involving the thorough fulfillment of positive rights, consistent with the State's failure to comply with the 'existential minimum', the Brazilian Judiciary has taken an increasingly proactive role. This paper aims to analyze, within the scope of the legal doctrine and jurisprudence, aspects related to the manifestation of judicial activism in the context of judicial control of public policies in Brazil. The relevance of this study rests on the fact that such proactive stance has been a notable feature in the post-1988 Constitutional period by means of the 'Claim of Non-Compliance with a Fundamental Precept' (ADPF, in portuguese)

number 45/Federal District (DF), which recognized the possibility of formulating and implementing public policies through the Judiciary's determination on exceptional grounds. The research was bibliographical and documental in nature, with a qualitative approach. The results show the existence of disparate views on the prominence of the Court, frequently based on the democratic and separation of power principles and on the urgency in the fulfillment of positive rights.

---

## **Introducción**

Las políticas públicas traducen estrategias o programas de acción gubernamental destinados a alcanzar objetivos política y constitucionalmente determinados. En otras palabras, se refieren al "Estado en acción" para abordar cuestiones económicas, políticas y sociales, cuya eficacia es necesaria a la luz de los preceptos constitucionales. En concreto, el principio normativo de la dignidad humana implica que las condiciones mínimas de existencia [mínimo existencial] no pueden garantizarse sin asegurar antes su dimensión positiva de obligaciones estatales, que son una dimensión positiva de los llamados "niveles de vida mínimos" y, por tanto, están vinculados al principio de la dignidad humana.

En este sentido, para comprender las implicaciones del incumplimiento del deber estatal de prestación de servicios, es decir, del déficit en la implementación de políticas públicas, es necesario señalar la conexión entre la crisis tanto de representación como de funcionalidad de los poderes políticos en Brasil. Esta conexión será utilizada posteriormente para analizar el protagonismo del Poder Judicial en el control de las políticas públicas, enfoque observado como una hábil respuesta al cumplimiento de los derechos constitucionalmente garantizados. En este contexto, examinamos las transformaciones de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal (STF) tras el advenimiento de la Constitución de 1988. Se observa un cambio en la postura autónoma del Tribunal hacia un enfoque manifiestamente proactivo, bajo el ámbito de tutela del "mínimo existencial".

En efecto, una vez instigado, el Poder Judicial no puede abstenerse de pronunciarse, so pena de incurrir en una denegación de auxilio judicial. Es precisamente en la forma en que lo hace donde se puede verificar, o no, la existencia de activismo judicial. Aunque el activismo judicial puede lograr avances, especialmente en lo que se refiere a la efectividad de los derechos fundamentales, ha sido -desde hace tiempo- objeto de investigaciones y posicionamientos doctrinales, la mayoría de los cuales abordan las "contraindicaciones" de su actual *modus operandi*. La discusión sobre el activismo judicial gira en torno a la usurpación de funciones de los poderes Legislativo y Ejecutivo, considerando la superposición institucional del Poder Judicial, en contraposición al principio de independencia y armonía de los tres poderes.

El activismo judicial es objeto de múltiples definiciones que, en su mayoría, emiten juicios de valor: a veces con una connotación positiva, como medio eficaz para hacer efectivos los derechos (por ejemplo, en caso de inercia legislativa); a veces con una connotación negativa, visto como un fenómeno "bien ligado a un desahogo judicial marcado por la arbitrariedad, bien a una usurpación de competencias por parte del juez" (Ramos, 2021). A grandes rasgos, puede decirse que este activismo se refiere a una actuación judicial que excede sus límites clásicos. En otras palabras, trasciende los límites de la función jurisdiccional.

Históricamente, el término "activismo judicial" tiene sus inicios en el artículo "El Tribunal Supremo", del historiador estadounidense Arthur M. Schlesinger, publicado en la revista *Fortune*, vol. XXXV, n° 1, enero de 1947. A pesar de su origen terminológico, el activismo judicial - como fenómeno relacionado con la expansión del espacio institucional ocupado por el Poder Judicial - tiene una causalidad diferente, muy anterior a la creación del término. Y es que, remontándonos al siglo XIX, especialmente en la doctrina norteamericana, podemos encontrar discusiones relacionadas con lo que hoy se conoce como "judicial review". Como recuerda Clarissa Tassinari (2012), la revisión judicial fue

inaugurada en los EE.UU. por el caso *Marbury v. Madison* (1803), que afirmó el poder del Tribunal Supremo para declarar inconstitucional y dejar de aplicar una ley federal por ser incompatible con la Constitución.

Cabe señalar que, en el período mencionado, la Constitución de los Estados Unidos de América no otorgaba expresamente el ejercicio de la revisión judicial a los tribunales estadounidenses - la revisión no era una atribución del Poder Judicial. Desde entonces, se han habilitado discusiones sobre el tema que han dado lugar a debates de mayor calado y profundidad, especialmente con la multiforme actividad judicial posterior en su postura activista.

De hecho, como afirma Luís Roberto Barroso (2009): "en diferentes partes del mundo, en diferentes épocas, los tribunales constitucionales o supremos destacaron en determinados segmentos históricos como protagonistas de decisiones que implicaban cuestiones de gran alcance". Sin embargo, hay que subrayar que la progresión gradual del activismo judicial le ha conferido una cierta complejidad diagnóstica, a la vista de las innumerables transformaciones políticas, sociales e institucionales -incluida la propia cultura jurídica- que han tenido lugar a lo largo de los años. Por ello, actualmente se habla mucho de la distinción entre este fenómeno y la judicialización de la política.

En Brasil, la causalidad del activismo judicial está ligada, de forma más expresiva, al proceso de redemocratización - promulgado por la Constitución de 1988. La razón es que, después del Régimen Militar brasileño (1964-1985), "se creó un ambiente favorable democrático, por lo tanto al desarrollo de la idea del cumplimiento de los derechos ciudadanos", como observó Tassinari (2012). Según el autor, esto equivale a decir que "sólo con la noción de constitucionalismo democrático, y precisamente gracias a él, el poder judicial empezó a pensar desde una perspectiva activista". En esta línea, cabe mencionar también la evolución del control jurisdiccional, teniendo en cuenta la ampliación del ejercicio de la jurisdicción constitucional y, en particular, la competencia primordial del Supremo Tribunal Federal como guardián de la Constitución.

Tal significado es apropiado, por lo que numerosas decisiones del STF podrían ser mencionadas en la era posterior a la Constitución de 1988, a lo que algunos llaman la "segunda fase" del activismo judicial, destacando el papel proactivo del Tribunal Supremo:

Así, el activismo judicial en Brasil tiene manifestaciones que pueden ser identificadas concretamente a la luz de los conceptos doctrinarios arriba mencionados dentro del sistema jurídico inaugurado por la Constitución de 1988. A continuación, es importante entender que en el contexto brasileño, a diferencia de los Estados Unidos, "ha habido una difusión casi irreflexiva en el imaginario de los agentes institucionales de que un Poder Judicial activista no sólo sería ventajoso, sino también necesario para lograr el cumplimiento de los derechos fundamentales" (Pessoa; Neves, 2021). Esta afirmación puede verificarse en el contexto de la judicialización de las políticas públicas, de modo que la intervención judicial es vista, en determinadas circunstancias, como un medio indispensable para la efectividad de las obligaciones positivas del Estado.

No se puede pretender deliberar sobre el activismo judicial sin antes observar su significado en el contexto de una democracia basada en normas. Ello se debe a que el ideal democrático establece límites al ejercicio del poder (ámbito de no concentración), visto a través de la división de atribuciones y funciones estatales. De hecho, el ordenamiento jurídico del país, a la vista del sistema de compensación, exige que cada uno de los "engranajes" del Estado cumpla su finalidad, so pena de compromiso sistémico. José Afonso da Silva explica las funciones del Estado en estos términos:

La función legislativa consiste en dictar normas generales, abstractas, impersonales e innovadoras del ordenamiento jurídico, denominadas leyes. El ejecutivo resuelve problemas concretos e individualizados de acuerdo con las leyes. Su función no se limita a la simple ejecución de las leyes, como a veces se dice; incluye las prerrogativas y todos los actos jurídicos, y los hechos que no tienen un carácter general e impersonal también entran dentro de la función ejecutiva. Por ello, conviene decir que el ejecutivo se divide en una función de gobierno, con atribuciones políticas, colegislativas y decisorias, y una función administrativa, con sus tres misiones básicas: intervención, promoción y servicio público. La función jurisdiccional tiene como objetivo aplicar la ley a casos concretos para resolver conflictos de intereses (Silva, 2009).

Cabe señalar que la teoría de la separación de poderes fue incorporada al constitucionalismo por la obra de Montesquieu, concebida precisamente para garantizar la libertad de los individuos. En efecto, es exacto que, en el contexto de la evolución de los derechos fundamentales, se produjo el advenimiento de las libertades positivas, vinculadas al principio de igualdad e, *ipso-facto*, al deber provisional del Estado. Posteriormente, surgieron también mecanismos de tutela de intereses difusos y colectivos, teniendo en cuenta los ideales de fraternidad y solidaridad. En cualquier caso, al considerar el principio de separación de poderes, es esencial hacer referencia a las dimensiones (o generaciones) de los derechos fundamentales, sin descuidar las que no se mencionan (dimensiones 4ª, 5ª y quizás 6ª).

Cabe preguntarse, sin embargo, cómo se mantendría este significado si se dejara de lado el principio de separación de poderes, precisamente para garantizar -en determinadas situaciones- la efectividad de los derechos fundamentales. Es una provocación justa, y la respuesta evoca el riesgo de dominación institucional de una rama sobre las demás. Es importante destacar que -al adquirir una especie de protagonismo institucional- el Poder que ha sido facultado en el ámbito del cumplimiento de los derechos puede, en un momento dado, cambiar su *modus operandi* y no estar vinculado a la observancia de ese ámbito inicial. Esta es la razón de la advertencia: no se pueden descartar los riesgos de actuar de forma tangencial a la competencia constitucional fijándose únicamente en los efectos inmediatos del fenómeno. Más bien, debemos visualizar las posibilidades infundidas en esta postura en vista de lo mucho que está fundamentalmente regulada por la convención constitucional.

En este contexto, es importante señalar que el artículo 2 de la Constitución Federal (CF) proclama el Principio de Independencia y Armonía entre los Poderes; cuya separación es una cláusula permanente, en los términos del artículo 60, § 4, III.

Sin embargo, el Poder Judicial, desde hace bastante tiempo, ha entendido que cuando se trata de políticas públicas, "sería una distorsión considerar que el principio de separación de poderes, concebido inicialmente para garantizar derechos fundamentales, pudiera efectivamente ser utilizado como obstáculo para el cumplimiento de derechos sociales igualmente fundamentales" (REsp 1.041.197/MS, Juez Ponente: Juez Humberto Martins, Sala Segunda, DJe 16/9/2009). Esto se debe a que "[...] en el ámbito de los derechos individuales y sociales de prioridad absoluta, el juez no debe dejarse impresionar ni influenciar por las alegaciones de conveniencia y oportunidad esgrimidas por el administrador negligente." (REsp 440.502/SP, Juez Ponente: Juez Hermam Benjamin, Segunda Sala, DJe: 24/09/2010). Este entendimiento se consolida en los precedentes del Tribunal Superior de Justicia y del Tribunal Supremo, como expondremos más adelante.

El debate se centra en el "precio que hay que pagar" para mantener el Estado del Bienestar. Se trata de un debate con numerosos sesgos, como ya se ha dicho. Desde una perspectiva de efectividad de los derechos constitucionales, como respuesta a la inercia legislativa o a las actuaciones omisivas y comisivas del Ejecutivo que lesionan derechos, el Poder Judicial puede adoptar medidas proactivas para hacer efectivos esos derechos. Por ejemplo, en casos relacionados con la salud y el medio ambiente, el Poder Judicial puede actuar para proteger los derechos de las personas. Esto se puede afirmar con gran cautela, presumiendo la excepcionalidad de esta acción, debido a la no-obviedad de la jurisdicción (Art. 5, XXXV, CF), y debido a la competencia primaria del Tribunal Supremo brasileño para garantizar los derechos fundamentales, como guardián de la Constitución. El mayor reto reside precisamente en la imprevisibilidad del alcance de la injerencia del Poder Judicial en otro poder del Estado, sobre todo teniendo en cuenta la falta de apoyo en la Constitución.

En este sentido, Luís Roberto Barroso (2008) reflexiona que "el activismo judicial ha sido hasta ahora parte de la solución, no del problema. Sin embargo, es un antibiótico potente, y su uso debe ser ocasional y controlado". De hecho, los efectos de la acción judicial proactiva se han alineado a menudo con las intenciones del legislador original, ya que a menudo implican la superación de un estado de cosas ajeno a los mandatos constitucionales. Sin embargo, no es posible analizar plenamente el fenómeno basándose en sus efectos, cuya previsibilidad es controvertida, y es aquí donde el activismo judicial presenta retos más significativos. Existe un debate permanente entre los académicos sobre los medios empleados para garantizar los derechos de forma que se sigan los principios de la democracia basada en normas. Aunque no puede decirse que la garantía de los derechos sea contraria a la Constitución, existe un desacuerdo sobre si los métodos utilizados, como el activismo o el decisionismo, se ajustan a estos principios.

El activismo judicial, que permite la discrecionalidad en la toma de decisiones, puede ir a veces en contra del ideal democrático. Esto se debe a que va en contra de los principios de independencia y armonía que rigen la relación entre los poderes del Estado. Sin embargo, es crucial enfatizar la imposibilidad de desvirtuar el vínculo entre las manifestaciones del protagonismo judicial y el cumplimiento de los derechos, que es igualmente estimado al ideal democrático. Por ello, los debates deberían basarse -más necesariamente- en la viabilidad del activismo judicial en hipótesis concretas. Puede haber situaciones en las que la única manera de abordar un problema que las autoridades deben tratar de forma adecuada y urgente sea utilizar un remedio con riesgos conocidos.

## **Método**

El objetivo fue investigar, a través de una investigación cualitativa, bibliográfica y explicativa, cómo la violación de los derechos positivos motiva una postura excepcionalmente proactiva del Poder Judicial, en vista de salvaguardar estos derechos y superar las fallas estatales que involucran la formulación e implementación de políticas públicas. Para ello, destacamos elementos de esta respuesta asertiva, como la utilización del "mínimo existencial" en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal en coexistencia con la "reserva del presupuesto posible". A ello precede un análisis doctrinal del control jurisdiccional relativo al mérito de los actos administrativos. El análisis de la jurisprudencia, a su vez, también denota un carácter documental de la investigación.

El método elegido fue inductivo, ya que pretendía obtener respuestas a partir del análisis de un conjunto de decisiones judiciales emanadas del Tribunal Supremo. La recolección de datos se realizó a través de fuentes que permitieron una comprensión

integral del activismo judicial y, simultáneamente, facilitaron el establecimiento de un paralelo entre la ocurrencia de este fenómeno y las conductas omisivas y/o comisivas asumidas por los Poderes Legislativo y Ejecutivo en materia de políticas públicas; algo que presupone una comprensión centralizada en los ámbitos de la representación democrática, la separación de poderes y los derechos fundamentales, intrínsecos al Derecho Constitucional. En este sentido, fueron objeto de análisis leyes, doctrinas, artículos científicos y, principalmente, sentencias del Tribunal Supremo.

## **Debates**

El fracaso del Estado en la prestación de servicios es objeto de numerosas investigaciones académicas y un tema recurrente en los estudios sobre el activismo judicial. Barroso (2008) sostiene que el protagonismo del Poder Judicial se deriva de disfunciones que socavan el Estado democrático, entre ellas la crisis de representación y de funcionalidad legislativa. En este contexto, es esencial prestar atención a la complejidad del sistema, como afirma el autor: "La expansión del poder judicial no debe desviar la atención de la verdadera disfunción que aqueja a la democracia brasileña: la crisis de representación, legitimidad y funcionalidad del Poder Legislativo". Por ello, es importante observar una de las manifestaciones más concretas de este protagonismo como consecuencia, entre otros, del mencionado déficit funcional y representativo: el control judicial de las políticas públicas.

Por lo tanto, reconociendo el papel central del Poder Legislativo en la promulgación de nuevos derechos, "el ejercicio parlamentario brasileño no ha reflejado las aspiraciones de la sociedad y la práctica de la democracia representativa" (García; Zacharias, 2013). Por esta razón, es esencial considerar la conexión entre los retos de representación y funcionalidad dentro de esta rama del gobierno y el manejo de las políticas públicas.

Peres y Silva (2020, p. 570) destacan la relación entre este escenario y el protagonismo judicial. Enfatizan que "el Poder Legislativo, específicamente el Congreso, debe asumir la responsabilidad de sus acciones, cumplir con sus deberes constitucionales y hacer frente a cualquier omisión". Al no crear leyes, el Poder Legislativo contribuye significativamente a ampliar el Poder Judicial". Es esencial señalar que los retos experimentados en el proceso legislativo no se deben únicamente a la inercia del legislador y a la inadecuada representación del electorado. El Poder Ejecutivo también desempeña un papel importante en la aplicación de las políticas públicas, lo que puede provocar las dificultades a las que nos enfrentamos.

Cabe señalar que, inicialmente, la posición del Supremo Tribunal Federal fue ortodoxa y, en cierto modo, conservadora a la hora de evaluar la constitucionalidad de las normas. En otras palabras, en el contexto del control constitucional, era difícil hablar de "protagonismos" que pudieran analizarse en términos de activismo judicial.

De hecho, hasta mediados de la década de 1990, el Supremo Tribunal Federal no actuaba como un "legislador positivo", es decir, "no proporcionaba soluciones para los casos en que declara la inconstitucionalidad de las leyes, ya sea por acción u omisión" (Vieira Júnior, 2015). A partir de este período, debido a las razones expuestas anteriormente en este trabajo, comenzaron a surgir variaciones en la jurisprudencia, lo que demuestra un cambio en el modo de actuación autónomo del Tribunal Supremo. En cuanto a las políticas públicas, esta autocontención significaba defender la autonomía de

los demás poderes del Estado en su formulación y aplicación. Esto, a su vez, hizo casi imposible que el Poder Judicial interfiriera en la toma de decisiones administrativas:

Al principio, la autocontención del STF fue la norma. El Tribunal aplicó rigurosamente el principio de separación y armonía de poderes, establecido en el artículo 2º de la Constitución e inmodificable por el artículo 60, § 4, III, de la Constitución. La autocontención respetó la prerrogativa de autonomía del Poder Ejecutivo en la formulación, implementación y evaluación de políticas públicas, en la definición de prioridades en la asignación de recursos presupuestarios limitados y en el apego a la cláusula de financiabilidad. En este contexto, el poder judicial no podía revisar las políticas públicas en cuanto a su mérito, oportunidad y conveniencia (*Ibidem*, p. 6-7).

Cabe señalar que el mérito administrativo "no es más que el poder concedido por la ley para que el administrador pueda decidir sobre la oportunidad, y la conveniencia, de un determinado acto discrecional en práctica" (Oliveira, 2019). Mientras tanto, es competencia del Poder Judicial evaluar la legalidad de dicho acto. Mientras que, de ordinario y dentro de los límites de la ley, el administrador público es el encargado de dictaminar la idoneidad y oportunidad (mérito) de la misma. Sencillamente, el Poder Judicial no está autorizado a sustituir la discrecionalidad del administrador por la del juez. También debe aceptar las decisiones administrativas sustituyéndolas por otras opciones consideradas más adecuadas u oportunas. Esta es la conclusión a la que llega Hely Lopes Meirelles (2021, p. 122), quien afirma que esta "evaluación es responsabilidad exclusiva del Gobierno".

A pesar de lo reiterado desde principios de los años 2000, la jurisprudencia del Tribunal Supremo -desde la perspectiva de la no-obviedad de la jurisdicción- ha enfatizado el carácter no discrecional de la arbitrariedad judicial en el cumplimiento de los derechos. Por lo tanto, se reconoce que el poder judicial puede controlar e intervenir en la formulación e implementación de políticas públicas, aunque, como afirma el juez Celso de Mello, tal atribución corresponde a otros poderes del Estado. Sobre este cambio en el *modus operandi* del Tribunal, nos referimos a la alegación de incumplimiento de precepto fundamental (ADPF) número 45 - MC/DF (2004), en la que la teoría del "mínimo existencial" fue introducida por primera vez en la jurisprudencia del STF en una decisión monocrática.

Según la sinopsis de la decisión:

Reclamación por incumplimiento de un precepto fundamental. La cuestión de la legitimidad constitucional del control y la intervención judicial en la aplicación de las políticas públicas cuando se constatan abusos gubernamentales. [...] Decisión: (...) Debo reconocer que la acción constitucional en cuestión es una herramienta idónea y eficaz para hacer cumplir las políticas públicas estipuladas en la Carta Política, como en el caso de la *Enmienda Constitucional* (EC) 29/2000, que han sido violadas total o parcialmente por las instancias gubernamentales mencionadas en la propia Constitución. El Tribunal Supremo Federal se ha dotado de una autoridad eminente, que pone de relieve la dimensión política de la jurisdicción constitucional confiada al Tribunal. El Tribunal no puede eludir la grave responsabilidad de hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales, que, como derechos de segunda generación, están relacionados con libertades positivas, reales o concretas. (Relator del Tribunal Trimestral, RTJ 164/158-161, Juez Ponente CELSO DE MELLO) - bajo el riesgo de que el Gobierno, a través de la violación positiva o negativa de la Constitución, socave de forma inaceptable la integridad del propio orden constitucional:



"DESPRECIO DE LA CONSTITUCIÓN" - FORMAS DE COMPORTAMIENTO INCONSTITUCIONAL DEL PODER PÚBLICO. La inobservancia de la Constitución puede producirse tanto por acción estatal como por inacción gubernamental. [...] Ciertamente, no entra dentro de las funciones institucionales del Poder Judicial -en particular del Tribunal Supremo- formular y aplicar políticas públicas. (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Los Derechos Fundamentales en la Constitución Portuguesa de 1976", página 207, ítem no. 05, 1987, Almedina, Coimbra). En este ámbito, la responsabilidad principal recae en los poderes Legislativo y Ejecutivo. En circunstancias excepcionales, el Poder Judicial puede asumir la responsabilidad de salvaguardar derechos individuales y/o colectivos con rango constitucional. Esto puede ocurrir cuando los órganos estatales competentes incumplen sus deberes políticos y jurídicos, lo que compromete la efectividad e integridad de tales derechos, aunque se deriven de cláusulas con contenido programático. (ADPF 45/2004, énfasis añadido).

Del encabezamiento de la citada sentencia se desprende otro elemento importante en relación con el activismo judicial en el ámbito de las políticas públicas: la "necesidad de preservar, en favor de los particulares, la integridad e inviolabilidad del núcleo del 'mínimo existencial'".

El derecho al "mínimo existencial" forma parte de "las nociones de derechos fundamentales individuales y colectivos, que el Estado debe actuar positivamente para cumplir", y puede incluir, por ejemplo, "el derecho a la salud, el saneamiento y la vivienda, la educación, la asistencia social y la seguridad social, así como el acceso a la justicia" (Hess, 2010). Es el mínimo que el Estado debe proporcionar a los individuos y a la comunidad, a la luz del principio de la dignidad humana.

No obstante, si bien el "mínimo existencial" se refiere a un conjunto de derechos básicos relacionados con la dignidad humana, hay que señalar su coexistencia con el principio de la reserva de lo posible. Según Ana Paula de Barcellos (2002, p. 236), esta relación "pretende delinear el fenómeno económico caracterizado por la restricción de los recursos disponibles en el contexto de las necesidades casi siempre infinitas que deben ser atendidas por tales bienes", afirmando posteriormente que esta reserva "significa que, más allá de los debates jurídicos en torno a lo que se puede exigir judicialmente al Estado -y en última instancia a la sociedad, ya que es ésta la que lo sustenta-, es importante reconocer que existe una restricción dentro de las posibilidades materiales de realización de este derecho".

Los entendimientos de los tribunales sobre la absoluta prescindencia de la reserva de lo posible, ante el "mínimo existencial", merecen preocupación, tal es la gravedad que entraña el tratamiento de lo dicho. En este contexto, Júnior y Shimamura (*apud* Herrera, 2009, p. 84) señalan que: 'la coacción del Poder Judicial sobre el Gobierno para que libere fondos para patrocinar tratamientos no previstos en el presupuesto del sistema de salud podría suprimir el derecho a la salud de otras personas o el tratamiento de un número mayor con la misma asignación de recursos'.

Así, el derecho al mínimo existencial implica la necesidad de obligaciones estatales positivas, pero, según la doctrina mayoritaria, no exime del cumplimiento de la reserva presupuestaria de lo posible -dada su conciliabilidad-. Esto es necesario -sobre todo- en el contexto del control judicial, en el que el equilibrio tanto del mínimo existencial como de la reserva de lo posible es esencial en términos de armonía entre el Derecho y la realidad. Esta constatación recuerda una antigua máxima, atribuida al jurista francés Georges Ripert: cuando la Ley ignora la realidad, la realidad se venga ignorando la Ley".

## Resultados

Cabe señalar que el control judicial de las políticas públicas, desde la citada ADPF 45/DF (2004), suele utilizar la perspectiva del "mínimo existencial", concibiendo que su protección prevalece sobre la "reserva de lo posible". En este contexto, cabe mencionar que la primera decisión de la sala del Supremo Tribunal Federal que utilizó el principio del "mínimo existencial" fue en la sentencia del Recurso Interlocutorio Interno en el Recurso Extraordinario nº 410.175/SP, en 2005. También en la sentencia de la Acción Directa para la Declaración de Inconstitucionalidad 3.768-4/DF (2007), se recoge este principio en el voto de la Magistrada Carmen Lúcia (Magistrada Ponente), cuyo extracto se muestra a continuación:

La gratuidad del transporte público representa una condición mínima para la movilidad, favoreciendo la participación de las personas mayores en la comunidad y fomentando su dignidad y bienestar; sin embargo, no es compatible con las limitaciones impuestas por el principio de la reserva de lo posible. Por el contrario, debería alinearse e con la garantía del mínimo existencial, sobre el que ya he afirmado anteriormente que es "el conjunto de condiciones sociopolíticas, materiales y psicológicas primarias sin las cuales los derechos constitucionalmente garantizados carecen de contenido, en particular los relativos a los fundamentos individuales y sociales... que garantizan que el principio de dignidad humana posea un contenido determinable (aunque no explícitamente determinado en la norma constitucional abstracta que lo expresa), que sea vinculante para los poderes públicos, que no pueden negar su existencia ni dejar de asegurar su realización, en el sentido de que este principio tiene un peso que le confiere un contenido específico del que el Estado no puede sustraerse".

Cabe aludir también a la sentencia de Suspensión de Amparo 228/CE, de 2008, en la que el juez Gilmar Mendes, basándose en el "mínimo existencial" del derecho a la salud (mencionando la ADPF 45/DF), accedió parcialmente a la petición - imponiendo, *in casu*, obligaciones de hacer para el Gobierno Federal, como analiza Giovanna Malavolta da Silva (2016, p. 30). Estos ejemplos permiten visualizar el progresivo arraigo de este principio en la jurisprudencia de la Corte Suprema brasileña, especialmente en el siglo XXI, en el entendido de que -si existe un ámbito de protección de este derecho (el mínimo existencial)- una postura proactiva de la Corte en la revisión judicial de las políticas públicas no estaría violando el principio de Separación de Poderes. Esto puede verse en el Recurso Interlocutorio Interno sobre el Recurso Interlocutorio No. 734.487 (2010), de la siguiente manera.

1. El derecho a la salud es una prerrogativa constitucional irrevocable, garantizada a través de la implementación de políticas públicas, que impone al Estado la obligación de crear condiciones objetivas que permitan el acceso efectivo a dicho servicio. 2. Es posible que el Poder Judicial determine la implementación por parte del Estado, cuando está en mora, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sin crear injerencia en una materia que involucra el poder discrecional del Ejecutivo. Precedentes. 3. Recurso de casación interno desestimado. (Énfasis añadido).

En el mismo sentido se produjo la sentencia del Recurso Interlocutorio en Apelación Extraordinaria con Recurso Interlocutorio 761.127/AP, de 2014. En este caso, el Estado de Amapá, entonces recurrente, enfatizó que "dentro de su poder discrecional y

teniendo en cuenta las limitaciones presupuestarias, sólo el Poder Ejecutivo [...] puede elegir dónde deben gastarse sus fondos y en qué proyecto, compra o servicio debe invertir, entre las respectivas prioridades". A pesar de ello, una vez más se estableció la tesis de que la reserva de lo posible encuentra limitación en la oferta de condiciones mínimas a través de obligaciones estatales; justificando así la intervención judicial proactiva, como se puede extraer del voto emitido por el Juez Luís Roberto Barroso (Juez Ponente):

La intervención del Poder Judicial, relativa a la implementación de las políticas gubernamentales delineadas y ordenadas en el texto constitucional, particularmente en el área de la educación infantil (Relatoría Trimestral de la Corte, RTJ 199/1219-1220), tiene como objetivo contrarrestar los efectos perjudiciales y nocivos causados por la omisión estatal [...] La reserva de la cláusula posible - que el Gobierno no puede invocar con la intención de subvertir, frustrar o tornar impracticable la implementación de políticas públicas definidas en la propia Constitución - encuentra una limitación insuperable en la garantía constitucional de el mínimo existencial, que representa, en el contexto de nuestro sistema positivo, una emanación directa del principio de la dignidad humana. (Énfasis añadido).

Además, en ADPF 347 MC/DF (2015), el Tribunal Supremo reconoció el llamado 'estado de cosas inconstitucional' (USoA) en Brasil, en vista de la situación que involucra al sistema penitenciario. De hecho, al considerar la "violación masiva y persistente de derechos fundamentales derivada de fallas estructurales y del fracaso de las políticas públicas", el reconocimiento de tal estado de cosas permite, en palabras del Juez Marco Aurélio (Juez Relator), justificar una mayor intervención del Poder Judicial - ante la omisión del Estado - sin que ello constituya una violación del principio de separación de Poderes. En los términos exactos de la Justicia:

Las controversias teóricas no bastan para socavar la convicción de que, cuando se cumplen las condiciones previas de un estado de cosas inconstitucional, el Tribunal de Justicia puede participar, en la medida adecuada, en decisiones primordialmente políticas sin que ello suscite preocupación alguna en cuanto a una vulneración del principio democrático y de la separación de poderes. La profunda vulneración de los derechos fundamentales, que se extiende a la transgresión de la dignidad humana y del propio mínimo existencial, justifica una actuación más enérgica del Tribunal. [...] la intervención judicial se considera legítima en estos altos niveles de omisión estatal en medio de una situación de violación generalizada de los derechos fundamentales. Al confirmar la parálisis de los poderes políticos, los argumentos idealizados sobre el principio democrático tienen poco sentido práctico. (Brasil, 2016, p. 31-32, énfasis añadido).

Es fundamental destacar que cuando el Poder Judicial interviene en la esfera de las políticas públicas, ello conlleva la imposición de obligaciones de realizar determinadas acciones (y/o de no abstenerse de ellas). El protagonismo del Poder Judicial en el ámbito de los derechos positivos, teniendo en cuenta la necesidad de proteger el "mínimo existencial", supone - como se viene observando desde hace tiempo (ADPF 45/DF) - la posibilidad de implementar políticas públicas, en una usurpación de las atribuciones que ostenta el Gobierno inerte. En otras palabras, el Tribunal Supremo de Brasil 'ya ha establecido la posibilidad, en casos de emergencia, para la implementación de políticas públicas por parte del Poder Judicial, frente a la inercia o lentitud del Gobierno, como

medida para garantizar los derechos fundamentales', como se puede ver en la sentencia del Recurso Interlocutorio Interno en el Recurso Extraordinario 877.607/MG, de 2017.

Como ejemplo, esta vez en el campo ambiental, donde también se reclama el reconocimiento de la USoA, tomemos el ADPF 708/DF, cuyo fallo determinó que la Unión debía "abstenerse de dejar de operacionalizar el Programa del Fondo Climático o de asignar sus recursos" (Brasil, 2020, p.4). Del mismo modo, en el voto emitido por el Juez Relator del ADPF 760/DF, se ordenó al Gobierno Federal formular y presentar un plan para la implementación efectiva del Plan de Acción para la Prevención y el Control de la Deforestación en la Amazonia Legal (PPCDAm), así como un "plan específico para el fortalecimiento institucional del Ibama, ICMBio y Funai", con la Justicia Carmen Lúcia arrojando luz sobre cómo una acción de competencia no detentada por la Corte (la elección de políticas públicas) puede ser llevada a cabo por el mismo órgano:

No corresponde a este Tribunal Supremo elegir la política pública más adecuada para luchar contra los incendios ilegales, la deforestación y la degradación del medio ambiente. Sin embargo, en el papel primordial de este Tribunal como guardián de la Constitución (STF) y de la regla de derecho ambiental, está en la responsabilidad de este Tribunal Supremo garantizar el cumplimiento del orden constitucional mediante la observancia del principio constitucional de prevención para la preservación de un medio ambiente equilibrado y la prohibición de retroceso. (Brasil, 2022, p. 107- 108)

Se observa un entendimiento consolidado entre los tribunales de que el protagonismo del Poder Judicial, ejercido en circunstancias excepcionales y como respuesta a la parálisis de los poderes políticos, no vulnera el principio democrático. Sin embargo, la crítica doctrinal en esta materia puede resumirse en la idea de que una mera declaración judicial de respeto a la separación de poderes es insuficiente para prevenir el riesgo de activismo judicial. Esto se debe al hecho de que, en la acción proactiva, "los juicios se conforman evaluando, por ejemplo, las consideraciones de costo-beneficio sobre lo que es mejor para la sociedad, sustituyendo así la dimensión deontológica del derecho por la lógica gradual de los "valores"" (Bahia, 2012, p. 118).

De hecho, sin perjuicio de los beneficios concretos derivados de la nueva tendencia propagada por este fenómeno - aquí enfatizado como un papel protagónico en la implementación de políticas públicas, desde el punto de vista del mínimo existencial - se debe prestar atención al hecho de que, como se ha visto, la intervención judicial ya no se adhiere al control constitucional en su forma autónoma, ya que comienza a asumir un papel (casi) sustitutivo en relación con el Gobierno.

Se sabe que, ante el mínimo existencial, el Poder Judicial puede incluso imponer al Estado la obligación de cambiar su política fiscal para obtener nuevos recursos (Torres, 1992). Sin embargo, esto no siempre es posible, y la adopción de otras medidas -de impacto macroeconómico, como las decisiones relativas a los salarios mínimos, la seguridad social, etc.- puede dar lugar a la violación de otros derechos: "un exceso de activismo en este ámbito, aunque sea muy bienintencionado, podría acabar destruyendo la economía nacional y, en estas crisis, las mayores víctimas suelen ser precisamente los segmentos sociales más vulnerables" (Sarmiento, 2016).

## **Conclusiones**

En conclusión, la jurisprudencia de la Corte Suprema brasileña bajo el prisma de la no-observancia de la jurisdicción y con base en la aducción del núcleo constitutivo del 'mínimo existencial' viene adhiriendo a una conducta proactiva en lo que se refiere al

cumplimiento de los derechos. En este ámbito, la discrecionalidad judicial se consolida en la posibilidad de control e intervención del Poder Judicial en la formulación e implementación de políticas públicas, aunque no se discute el potencial que este escenario tiene para una usurpación implícita de los poderes que detentan las otras ramas del Gobierno - razón por la cual este artículo discute cómo encaja en el concepto de "activismo judicial".

El papel destacado respecto a la extrema expansión de la discrecionalidad en la toma de decisiones en Brasil puede significar un movimiento antagónico al ideal democrático. Esto es factible, teniendo en cuenta la relación intrínseca entre esta expansión y el principio de independencia y armonía que implica la interacción entre los Poderes del Estado. Sin embargo, es esencial no pasar por alto la conexión establecida entre las manifestaciones del activismo judicial y el cumplimiento de los derechos, que también es fundamental para el ideal democrático. Por ello, se refuerza la necesidad de debates similares en la materia para profundizar -y con mayor certeza- en la viabilidad del activismo judicial en casos concretos. En particular, cuando dicho recurso, aunque cargado de contraindicaciones, puede representar la única vía para lograr soluciones urgentes a cuestiones no tratadas adecuadamente por quienes tienen competencia ordinaria, instando a que tales consideraciones se irradian a todo el escenario que implica el cumplimiento de los derechos a los servicios.

En este sentido, si bien se reconocen los beneficios de dicha excepcionalidad, existe un riesgo latente de dominio institucional de una Rama sobre las demás. Así, el quid de la cuestión radica en el examen lógico-conyuntural de que el facultado bajo el ámbito de cumplimiento de derechos puede, en un momento dado, cambiar su *modus operandi*, dejando de estar condicionado a la observancia de ese ámbito inicial. Por ello, no parece razonable restar importancia a los riesgos de una acción tangencial a la de competencia constitucional, centrándose únicamente en los efectos inmediatos del fenómeno. Más bien, es necesario vislumbrar las posibilidades inherentes a esta postura, considerando lo que ha sido fundamentalmente regulado por la Constitución.

Como este trabajo no pretende agotar las discusiones sobre el tema, ni producir una crítica sistemática, es evidente que el perfeccionamiento de los debates académicos en este contexto es extremadamente necesario para una elucidación jurídico-conjuntual más precisa. Una que haga hincapié en el ideal democrático, en el mencionado principio de independencia y armonía entre los Poderes y, al mismo tiempo, en la necesidad de aplicar los derechos positivos, exigiendo, de principio a fin, la primacía de la Constitución.

## Referencias

- Bahia, A. G. (2012). Fundamentos de teoria da constituição: A dinâmica constitucional no Estado democrático de Direito brasileiro. In E. H. Figueiredo et al. (Coords.), *Constitucionalismo e democracia* (p. 118). Elsevier.
- Barcellos, A. P. (2002). *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Renovar.
- Barroso, L. R. (2008). Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Consultor Jurídico. [https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)
- Garcia, L. R. D. & Zacharias, R. A. (2013). Crise de legitimidade do poder legislativo e ativismo judicial: Uma análise crítica do fenômeno como fator de risco para o Estado democrático de Direito. Acesso à Justiça II (pp. 406-425). FUNJAB. <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=173>

- Hess, H. M. C. (2010). O ativismo judicial no controle de políticas públicas no Estado democrático de Direito. In *Anais do 34º Encontro Anual da ANPOCS*. <http://anpocs.org/index.php/papers-34-encontro/st-8/st17-7/1510-hhess-o-ativismo/file>
- Meirelles, H. L. (2021). *Direito administrativo brasileiro* (35ª ed.). Malheiros Editores.
- Oliveira, M. B. A. de. (2019). *A possibilidade de controle do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário*. Empório do Direito. <https://emporiododireito.com.br/leitura/a-possibilidade-de-controle-do-merito-do-ato-administrativo-pelo-poder-judiciario#:~:text=O%20m%C3%A9rito%20administrativo%20nada%20mais,e%20da%20oportunidade%20relativas%20%C3%A0>
- Peres, E. V. & Silva, J. B. (2020). Mora do legislativo x ativismo judicial na implantação das políticas públicas relativas a direitos humanos. *Periódicos Eletrônicos - UFMA*, 10(28). <https://periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/13451/7822>
- Pessoa, F. & Neves, I. F. (2021). Ativismo judicial e judicialização da política: Conceitos e contextos. *Consultor Jurídico*. <https://www.conjur.com.br/2021-jan-02/diario-classe-ativismo-judicial-judicializacao-politica-conceitos-contextos>
- Ramos, L. F. (2021). *Análise histórico-evolutiva do ativismo judicial no Brasil e no mundo com enfoque na atuação do STF*. PUC - Campinas. [https://repositorio.sis.puc-campinas.edu.br/bitstream/handle/123456789/14673/cchsa\\_direito\\_tcc\\_ramos\\_l\\_f.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.sis.puc-campinas.edu.br/bitstream/handle/123456789/14673/cchsa_direito_tcc_ramos_l_f.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Sarmiento, D. (2016). O mínimo existencial. *Revista de Direito da Cidade*, 8(4), 1644-1689. <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26034/19156>
- Silva, G. M. da. (2016). *O mínimo existencial na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Orientadora: Milena Ginjo)*. Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/GiovannaMalavolta.pdf>
- Silva, J. A. da. (2009). *Curso de direito constitucional positivo* (33ª ed.). Malheiros.
- Tassinari, C. (2012). *Ativismo judicial: Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana* (Orientador: Lênio Luiz Streck). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. [https://repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3522/ativismo\\_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3522/ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Torres, R. L. (1992). O mandado de injunção e a legalidade financeira. *Revista de Direito Administrativo*, 94-110.
- Vieira Júnior, R. J. A. (2015). Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo: Novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. *Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa, Brasília*, 5-38. <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/516692/TD186-RonaldoJorgeAJr.pdf?sequence=1&isAllowed=y>