

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN Y REFLEXIÓN

**¿LA RESERVA DE LO POSIBLE SE CONSTITUYE EN UN LÍMITE A LA INTERVENCIÓN
JURISDICCIONAL EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIALES?**

Ricardo Perlingeiro

PODER DISCIPLINARIO Y DERECHO EN MICHEL FOUCAULT. NOTAS CRÍTICAS

Mauro Benente

**LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS EN LOS CASOS DE
ACTUACIÓN PLURAL EN EL DERECHO ARGENTINO**

Martín E. Abdala

**PREVENCIÓN DEL DELITO Y TEORÍAS CRIMINOLÓGICAS: TRES
PROBLEMATIZACIONES SOBRE EL PRESENTE**

Emilio Ayos

¿La reserva de lo posible se constituye en un límite a la intervención jurisdiccional en las políticas públicas sociales?*

Does the Proviso of the Possible (Vorbehalt des Möglichen) Limit Judicial Intervention in Social Public Policies?

A reserva do possível constitui-se em um limite à intervenção jurisdiccional nas políticas públicas sociais?

RICARDO PERLINGEIRO**
Universidad Federal Fluminense

FECHA DE RECEPCIÓN: 5 DE FEBRERO DE 2014 • FECHA DE ACEPTACIÓN: 14 DE ABRIL DE 2014

Doi: [dx.doi.org/10.12804/esj16.02.2014.06](https://doi.org/10.12804/esj16.02.2014.06)

Para citar este artículo: Perlingeiro, R. (2014). ¿La reserva de lo posible se constituye en un límite a la intervención jurisdiccional en las políticas públicas sociales? *Estudios Socio-Jurídicos*, 16(2), 181-212. Doi: [dx.doi.org/10.12804/esj16.02.2014.06](https://doi.org/10.12804/esj16.02.2014.06)

RESUMEN

Frente a la escasez de recursos que soportan los derechos sociales, el texto analiza los precedentes del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la reserva de lo posible (*Vorbehalt des Möglichen*), y concluye que ella no se aplica al mínimo existencial (*Existenzminimum*) y que, naturalmente, en cuanto a la exigibilidad (justiciabilidad) de cualquier derecho social con fundamento en la ley, no le queda discrecionalidad política al legislador presupuestal.

* Adaptación de la palestra “La reserva de lo posible: ¿límite a la intervención del poder judicial en políticas públicas?”, en el panel “Control jurisdiccional de políticas públicas”, IX Jornada Brasileña de Derecho Procesal, en Río de Janeiro, realizada los días 29 y 31 de agosto de 2012; y de la palestra “La judicialización de la salud, la reserva de lo posible y la Ley 12.401/2011”, en la 18.ª Sexta Jurídica “Los litigios relacionados con la salud y la garantía de los derechos fundamentales”, organizada por la Sección Judicial del Piauí, en Teresina, el día 26 de abril de 2013.

** Profesor catedrático (*professor titular*) de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal Fluminense; juez federal del Tribunal Regional Federal de la 2ª Región; miembro del Instituto Brasileño de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Agradecimientos por la revisión de este artículo a los profesores Dr. Hermann Josef Blanke, de la Universität Erfurt; al Dr. Karl-Peter Sommermann, de la Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer; y por el auxilio a la investigación, a Carlos Grover, de la American University-Washington College of Law; a Eluisa María Lazo Marchena, de la Universität Humboldt zu Berlin; y a Ivonne Nohemi Díaz Madrigal, de la Universidad Nacional Autónoma de México, a quien el autor agradece por la revisión de la traducción. Correo electrónico: r.perlingeiro@hotmail.com

En otro aparte, el texto demuestra que la reserva de lo posible, por el contrario a lo que se pueda imaginar, no mantiene ninguna relación con las políticas públicas sociales, que, contextualizadas en el ámbito de los derechos fundamentales procedimentales, se justifican solo en cuanto medio de realización de prestaciones sociales exigibles.

Palabras clave: reserva de lo posible, mínimo existencial, derechos sociales, derechos fundamentales, políticas públicas.

ABSTRACT

In light of the shortage of funding to support positive rights to social welfare, the text analyses the main precedents of the Federal Constitutional Court concerning the proviso of the possible (*Vorbehalt des Möglichen*), and concludes that is not applicable to the existential minimum (*Existenzminimum*) and that, in terms of the enforceability (potential for judicial review) of any other positive rights to social welfare guaranteed by law, the margin of discretion granted to law-makers in budgetary policymaking should be reduced to zero. In addition, the text demonstrates that the proviso of the possible, contrary to what might be imagined, has nothing to do with social public policies which, in the context of fundamental procedural rights, are justified only as a means of realisation of the social benefits that may be claimed.

Key words: proviso of the possible (*Vorbehalt des Möglichen*), existential minimum (*Existenzminimum*), positive rights to social welfare, fundamental rights, public policies.

RESUMO

Frente à escassez de recursos que suportam os direitos sociais, o texto analisa os precedentes do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre a reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), e conclui que ela não se aplica ao mínimo existencial (*Existenzminimum*) e que, naturalmente, em quanto à exigibilidade (justiciabilidade) de qualquer direito social com fundamento na lei, não tem discricionariedade política ao legislador presupostal. Em outro aparte, o texto demonstra que a reserva do possível, pelo contrário ao que possa se imaginar, não mantém nenhuma relação com as políticas públicas sociais, que, contextualizadas no âmbito dos direitos fundamentais procedimentais, justificam-se só em quanto meio de realização de prestações sociais exigíveis.

Palavras-chave: Reserva do possível, mínimo existencial, direitos sociais, direitos fundamentais, políticas públicas.

Introducción

Bruce Ackerman (2013) advierte que la previsión constitucional de los derechos sociales corre el riesgo de convertirse en un ejercicio de futilidades. En primer lugar, porque los más carentes, es decir, los principales destinatarios de los derechos sociales no están en condiciones de expresar sus intenciones políticas y que, estas, produzcan efectos. En segundo lugar, porque, en consecuencia, el legislativo y el ejecutivo, aun cuando sean elegidos, se hacen los sordos al llamado constitucional y se atienen al poder judicial para que sea él quien implemente los derechos sociales. En tercer lugar, porque los jueces carecen de capacidad técnica para ordenar asignaciones presupuestales, de manera que puedan transformar, en la realidad, los derechos sociales. Lo peor: el fracaso de los jueces, en el cumplimiento de los derechos sociales fundamentales, puede amilanar sus esfuerzos en la protección de los derechos fundamentales más tradicionales (libertades negativas) (Ackerman, 2007, pp. 121-122).

Este escenario, que podría presentarse en cualquier sistema, incluso en el de países desarrollados (Sommermann, 2013; Pérez, 2013), se agrava en aquellos donde es sabido que los recursos financieros públicos son insuficientes. Virgilio Alfonso nos recuerda que, a pesar de que Brasil detenta una economía fuerte, es al mismo tiempo un país que, en el campo social, padece de todos los problemas característicos de los países subdesarrollados (Silva, 2008, p. 587).

Según Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2008):

(...) esta crisis sobre la efectividad de los derechos sociales se encuentra en el incremento de la prostitución, de la criminalidad, en el surgimiento de órdenes normativas paralelas (como en las favelas)... El problema más candente ha sido el abandono chocante a que están sometidos quienes más necesitan de solidaridad: los niños, los ancianos, y personas con necesidades especiales. El desespero en la atención de emergencias en los hospitales públicos y las largas filas para obtener algún beneficio social (Cruz, 2008, p. 87).

A propósito, la idea de que los derechos sociales deben implementarse en la medida de lo posible ha llevado, en Brasil, a la doctrina y la jurisprudencia,

incluso al Supremo Tribunal Federal, a que diverjan sobre las consecuencias de esta reserva de lo posible (*Vorbehalt des Möglichen*) en el fenómeno que se denominó ‘judicialización de las políticas públicas’ sociales (Costa, 2011, p. 466).

¿Será la reserva de lo posible realmente un límite a la intervención jurisdiccional en las políticas públicas? ¿Oponible a políticas públicas o a los derechos fundamentales? ¿La reserva de lo posible tendría relación con prestaciones sociales originadas directamente en la Constitución (*Leistungsansprüche kraft Verfassung*)? ¿Sería ella admisible tratándose de implantación judicial de derechos sociales por omisión legislativa e igualmente por omisión administrativa? ¿Cuál es la relación de la reserva de lo posible con el presupuesto público y los recursos financieros de la administración? ¿Aplicable a los derechos fundamentales denominados procedimentales o solamente a los derechos fundamentales sustantivos? ¿Sería posible suscitar la reserva de lo posible tanto en la fase cognitiva como en la fase ejecutiva de un proceso judicial? Y, finalmente, ¿cuál es el alcance de la expresión reserva de lo posible?

Innumerables son las cuestiones, y todas merecen un examen bajo perspectivas interdisciplinarias, a la luz de los derechos fundamentales, del derecho financiero y del derecho administrativo, así como de la jurisdicción administrativa y de la jurisdicción constitucional.

1. La reserva de lo posible en Brasil

La ‘cláusula de lo posible’ ha sido reiteradamente afirmada por la doctrina y la jurisprudencia brasileña (Torres, 2009, pp. 106-110; Grinover y Watanabe, 2013, p. 125; Canela Júnior, 2013, p. 225; Medauar, 2012, p. 221; Cunha Júnior, 2004, p. 307; Sarlet, Marinoni y Mitidiero, 2012, p. 558; Sarlet y Figueiredo, 2010). Introducida por constitucionalistas y también bajo la ya confesada influencia del derecho alemán, la reserva de lo posible en Brasil acabó junto a la idea de que los recursos presupuestales e igualmente los recursos financieros son condiciones para que la Administración pueda satisfacer derechos subjetivos (*subjektive Rechte*) de índole social, indistintamente (Torres, 2009, p. 110; Arenhart, 2005; Appio, 2008, pp. 174-178, 184; Sarlet et al., 2010, pp. 7, 29; Sarlet et al., 2012, pp. 561-

562; Sarmiento y Souza Neto, 2008, pp. 553-586).¹ Esta vinculación, la mayoría de las veces, ha llevado a una afirmación generalizada de que el ejercicio de un derecho social depende de la edición o de la adecuación de una norma presupuestal, aun cuando para esto se valga de una jurisdicción constitucional (Grinover et al., 2013, pp. 148-149).

Como consecuencia, también es frecuente que las partes litigantes inicien un proceso con el fin de probar la existencia tanto de los recursos financieros como presupuestales (que muchas veces se confunden), con el objetivo de equilibrar el derecho *sub judice*.² Mírese a propósito la siguiente afirmación:

(...) sin embargo, antes de reconocer sencillamente la escasez de recursos, se hace necesario investigar, en el caso concreto, esa escasez y los motivos que llevaron a ella. (...) ¿Será que es posible hablar de la falta de recursos para la salud cuando existen, en el mismo presupuesto, recursos utilizados en propaganda para el gobierno? Antes de que los limitados recursos del Estado se agoten para el cumplimiento de los derechos fundamentales, es necesario que se agoten en áreas no prioritarias desde el punto de vista constitucional y no desde el detentor del poder (Freire Júnior, 2005, p. 73).

Asociar la reserva de lo posible a la necesidad de recursos financieros no es una peculiaridad del derecho brasileño. Jesús María Casal, citando el derecho a la salud, entiende que el derecho social que debe atenderse depende de recursos económicos disponibles y que, solamente dentro de lo posible, puede ser judicialmente invocado directamente desde la Constitución (Casal Hernández, 2010, p. 24). Gomes Canotilho dice que “la construcción dogmática de la reserva de lo posible se adhirió rápidamente a la idea de que los derechos sociales sólo existen cuando y en cuanto exista dinero en las arcas públicas” (Canotilho, 1998, p. 439).

La excepción se da en razón del mínimo existencial (*Existenzminimum*) (Torres, 2009; ARE 639.377/SP; Watanabe, 2013, pp. 217-218; Sarlet et al.,

¹ Dirley Cunha Júnior (2004), a pesar de criticar, oponiéndose a condicionar la eficacia de los derechos fundamentales a límites fácticos, parece, por otro lado, que sigue la misma premisa de que la reserva de lo posible, en sí, se confunde con los recursos financieros (pp. 290, 307-309).

² Mencionando la necesidad de prueba de la insuficiencia presupuestaria y financiera: ver Grinover, et al., 2013, p. 138; Zaneti Júnior, 2013, p. 59; Cambi, 2009, p. 409; Almeida, s. f.; Mancuso, 2001, pp. 706-751; Watanabe, 2013, p. 223; Sarmiento et al.

2010, pp. 18-27),³ sin embargo, y aun así, de conformidad con algunos, escasamente para autorizar al juez la implementación indirecta del derecho social, esto es, mediante previa intervención jurisdiccional en la gestión presupuestal y financiera del poder público (poder legislativo y poder ejecutivo) (Lopes, 2010, pp. 191-192; Freire Júnior, 2005, p. 78; Canela Júnior, 2011, p. 234).⁴

De acuerdo con Ada Pellegrini (2013):

El poder judicial, frente a la insuficiencia de recursos y a falta de previsión presupuestal, debidamente comprobada, exigirá al poder público que haga constar en la próxima propuesta presupuestal la asignación necesaria para la implementación de las políticas públicas (...) De esta manera, frecuentemente la reserva de lo posible puede llevar al poder judicial a la condena de la Administración a dos obligaciones de hacer, a incluir en el presupuesto la asignación necesaria para el implemento de la obligación; y a la obligación de aplicar la asignación para el implemento de la obligación (Grinover et al., 2013, p. 138).

En el mismo sentido, Marcelo Pereira de Almeida expresa: “(...) Sin embargo, la readecuación de los gastos públicos, así como la adquisición de créditos suplementarios es tarea del ejecutivo y legislativo y no del poder judicial que simplemente reconoce la protección del mínimo existencial y determina que los demás poderes ejecuten los actos presupuestales previstos (...)” (Almeida, s. f.).

2. Precedentes del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la reserva de lo posible

La reserva de lo posible es una construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal alemán, la cual fue invocada, representativamente,

³ Barcellos (2008a) busca un concepto de mínimo existencial en materia de salud.

⁴ Salert (2012), sin adentrarse en la coherencia y uniformidad del Supremo Tribunal Federal, se sabe que esta Suprema Corte tiene precedentes asegurando el derecho a la salud como deber originario, no necesitando de políticas públicas previas o de previsión en la ley (p. 575). Ver igualmente Sarlet et al., 2010, p. 37.

en seis oportunidades (Gaier, 2011), siendo una posición predominante hasta la actualidad (Dietrich, 2011, p. 570).⁵

Por primera vez, en 1972, en la decisión denominada *numerus clausus*, que trataba sobre el derecho a las vacantes en universidades públicas, esta Corte entendió que los derechos fundamentales a las prestaciones positivas que resultan directamente de la Constitución (*Leistungsansprüche kraft Verfassung*) deben limitarse a los casos en que el individuo pueda racionalmente exigirlos de la sociedad.⁶ El argumento principal fue que el legislador, en ejercicio de sus atribuciones, también debe observar otros intereses de la comunidad. Y, de acuerdo con la propia Constitución, sería imprescindible preservar el equilibrio económico global, es decir, no se deberían instituir gastos y gravar exageradamente a la sociedad. En otra parte de la decisión, quedó dicho que sería “una incomprensión del significado de libertad, si se diera una continua primacía de la libertad personal en detrimento de la capacidad funcional y del equilibrio de la sociedad como un todo” (Capitant, 2001, p. 308). El fallo se concluyó bajo la tesis de que “una pretensión subjetiva e ilimitada a cargo de la comunidad es incompatible con los principios del Estado social” (Gaier, 2011).

Además, es en la decisión *numerus clausus* donde se funda la distinción entre los derechos sociales derivados en la ley (*derivate Ansprüche*) y los derechos fundamentales sociales originados directamente de la Constitución. Comentando este punto, Reinhard Gaier (2011) indica:

Los derechos derivados no presentarían problemas, pues confieren derecho de acceso a bienes y servicios que se ofrecen por parte del Estado. Sin embargo, en ciertos casos, se reconocen, igualmente, derecho a prestaciones originarias y provenientes de la Constitución, por las cuales el Estado debe imprescindiblemente mover los recursos necesarios para su implementación. Por esto, la idea de que, en estos casos, los derechos fundamentales a una prestación deben limitarse a aquellos que el individuo pueda razonablemente exigir de la sociedad. Las razones serían evidentes. Claramente en un Estado cuyo ordenamiento jurídico se basa

⁵ En sentido contrario, con críticas a la teoría de la reserva de lo posible, considerándola demasiado vaga, ver Plander, 1972, p. 1941.

⁶ Alemania, Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). (1972). 1 BvL 32/70 e 25/71. j. BVerfGE 33, 303. NJW 1972, 1561.

en las libertades, la disponibilidad financiera es limitada, tanto es así que en la asignación de esos recursos surgen siempre conflictos sobre su destino que deben dirimirse con respecto a otras prioridades. La solución de estos conflictos, es decir, la decisión sobre la asignación de los recursos financieros destinados a determinadas prioridades, es en un Estado democrático y bajo el principio de separación de poderes tarea primordial y de competencia del legislador (Gaier, 2011).⁷

En 1990, el Tribunal Constitucional alemán nuevamente invocó la reserva de lo posible, con el fin de justificar la constitucionalidad en la reducción del auxilio-crianza para padres con nivel de renta elevado. Fue con esta decisión que se introdujo el criterio de ‘clara inadecuación de una prestación debida constitucionalmente’ o de la ‘línea de lo tolerable’ como condición que pudiera incidir en la reserva de lo posible, en otras palabras, si la limitación por parte del legislador ocurriera de tal manera que tornara inviable el ejercicio del propio derecho social en cuestión.⁸

En 1992, el Tribunal decidió sobre la posibilidad de considerar el tiempo que se gasta en la educación de los hijos en el cálculo para la jubilación, llevando, consecuentemente, a un beneficio previsible de mayor valor, a pesar de que no se haya contribuido con la seguridad social por falta de actividad profesional durante este mismo período. Sobre esta decisión se miró la reserva de lo posible como un límite en las prestaciones que acarrean costos financieros en el ámbito de los incentivos públicos a la familia, excepto si la regla constitucional sobre incentivos, en la práctica, estuviera siendo violada por prestaciones ‘evidentemente inadecuadas’ y por fuera del límite de lo tolerable, que no era el caso.⁹

En la decisión de 1998, la discusión se dio sobre si el reembolso de los gastos por los cuidados de los hijos en jardines infantiles podría escalonarse

⁷ Sobre los derechos de prestaciones originarias y derivadas: Capitant, 2001, pp. 306-312; Alexy, 2008, pp. 436-439; Wolf, Bachof y Stober, 2006, pp. 488-489. Bodo Pieroth y Bernhard Schlink (2012) señalan que son materialmente decisivas, en los derechos fundamentales a la prestación, saber si ellas se refieren a medidas ya existentes o a la creación de esas medidas (pp. 63, 74). El Supremo Tribunal Federal brasileño destacó que la mayoría de los conflictos sobre la judicialización de las políticas de salud dicen respecto a la implementación de políticas ya existentes (STA 175). Ver también Sarlet et al., 2012, p. 564.

⁸ Alemania, Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). (1990). 1 BvL 20/84. j. BVerfGE 82, 60. NJW 1990, 2869.

⁹ Alemania, Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). (1992). 1 BvL 51/86 e 50/87; 1 BvR 873/90, 761/91. j. BVerfGE 87, 1. NJW 1992, 2213.

de acuerdo con la renta familiar. En última instancia, lo que estaba en juego era saber si el Estado podía negar la subvención de gastos de jardines infantiles a padres con posibilidades y garantizarlo a las familias más pobres.¹⁰ En la decisión se destacó, inicialmente, el principio de igualdad de tratamiento, no obstante, también se examinó si se cumplió con el deber constitucional de incentivos en favor de las familias. En síntesis, indicó que el deber de protección no impide que el Estado establezca diferencia en el valor de la subvención a las familias conforme a las capacidades financieras de estas y sin considerar otros intereses públicos (Gaier, 2011).

La decisión de 2001 trató sobre una contribución obligatoria para la asistencia social proveniente de prestaciones que financian a los ancianos necesitados de cuidados especiales.¹¹ Los demandantes alegaron que ya contribuían suficientemente para la asistencia de ancianos, por medio del cuidado y la educación de sus hijos, ya que estos, en el futuro, tendrían condiciones para proveer los recursos para generaciones posteriores. La exención total de la contribución pretendida por los demandantes se negó igualmente por el Tribunal con base en la reserva de lo posible. De nuevo, se presentó el argumento de que el legislador tendría que considerar, en razón del bien común, además del incentivo a la familia, otros intereses de la comunidad (Gaier, 2011).

Finalmente, la reserva de lo posible se mencionó en una decisión del año 2004,¹² al que se refiere la Ley de Indemnización de Víctimas que reglamenta el apoyo del Estado a víctimas de crímenes violentos (Alemania, Ley de Indemnización Federal, 1953). Según esta ley, tanto las viudas como los viudos de estos crímenes obtienen beneficios estatales en caso de que el cuidado de los hijos hubiera sido responsabilidad común. Sin embargo, el padre o la madre de un hijo ilegítimo no recibirían ningún beneficio. Se consideró inconstitucional la ley, solamente por violación al principio de igualdad de tratamiento, quedándole al legislativo diferentes posibilidades para una nueva regulación del beneficio, pues, verdaderamente, el

¹⁰ Alemania, Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). (1998, marzo 10). 1 BvR 178-97. j. BVerfGE 97, 332. NJW 1998, 2128.

¹¹ Alemania, Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). (2001, abril 3). 1 BvR 1629/94. j. BVerfGE 103, 242. NJW 2001, 1712.

¹² Alemania, Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). (2004, noviembre 9). 1 BvR 684/98. j. BVerfGE 112, 50. NJW 2005, 1413.

legislador podría corregir el tratamiento desigual, como, por ejemplo, no confiriendo a los padres de hijos ilegítimos y a nadie más otros beneficio, esto es, extinguiéndolo. Entonces, una vez más, se afirmó la reserva de lo posible. En aquella oportunidad, la idea del *judicial self-restraint* (Ashwander v. Tennessee Valley Authority, 1936, pp. 288, 346-349), vinculada a la reserva de lo posible, fue descrita por el Tribunal Constitucional Federal de la siguiente manera: “No se trata de la reducción o debilitamiento de su propia competencia como Corte Constitucional. Lo que verdaderamente está en juego es el abstenerse de hacer política” (Gaier, 2011).

3. La reserva de lo posible como manifestación de una restricción o limitación de los derechos fundamentales sociales originarios (*originäre Leistungsnsprüche*) a un mínimo existencial (*Existenzminimum*)

Los derechos fundamentales tienen un ámbito de protección amplio, a pesar de estar sujetos a restricciones proporcionales y constitucionalmente justificables (Silva, 2008, pp. 74-75, 154). Las restricciones a los derechos fundamentales sociales ocurren ante una omisión o una actuación tímida del poder público que, al mismo tiempo, deben ser proporcionales y estar apoyadas en fundamentos constitucionales (Silva, 2008, pp. 77-78).

El contenido esencial de un derecho fundamental social, unido al principio de la dignidad de la persona humana, se confunde con el mínimo existencial,¹³ cuyo ámbito de protección es el corolario lógico de la aplicación de la regla de proporcionalidad en el caso concreto (esta no se limita necesariamente a situaciones individuales, sino colectivas también).¹⁴

Conforme con Alexy (2008, pp. 297, 513), “restricciones que respeten la máxima de la proporcionalidad no violan la garantía del contenido

¹³ Según Celine Fercot (2010), el derecho al mínimo puede tener fundamentos diferentes: en la dignidad de la persona humana, de forma autónoma, como en Israel, y vinculada al Estado social, como, por ejemplo, en Alemania y Colombia. Menciona, también, el derecho al mínimo proviniendo directamente del derecho a la vida, como en la India, o proviniendo del derecho a la vida y a la dignidad, estos dos asociados, como en el derecho sudafricano (pp. 239-243).

¹⁴ En la reserva de lo posible, se manifiesta el principio de la proporcionalidad en el ámbito del Estado presupuestal (Kirchhof, 2007). Sobre el principio de la proporcionalidad, ver Blanke, 2011, p. 35. También Silva, 2008, pp. 197, 204; y Alexy, 2008, pp. 297-298.

esencial aun cuando, en el caso concreto, no reste nada del derecho fundamental” y, en el caso específico al mínimo existencial, en derechos sociales, “el sopesamiento puede conducir, en circunstancias distintas, a distintos derechos definitivos”.

Partiendo de una premisa diferente, aquella que afirma que los derechos fundamentales contienen un soporte fáctico reducido, y con esto, el *mínimo* tendría un carácter absoluto,¹⁵ anota Reinhard Gaier que, frente a la dignidad humana, poca o ninguna discrecionalidad puede concederse al legislador, no aplicándose la reserva de lo posible o, como él prefiere denominar, la autolimitación judicial (Gaier, 2011):¹⁶

(...) la Constitución alemana declara, en el artículo 1º, inciso 1, la dignidad humana como principio inviolable, confiriendo, por lo tanto, a la dignidad humana una importancia absoluta, prohibiendo cualquier daño a esa dignidad. Desde que la garantía de la dignidad humana sea directamente alcanzada, no puede haber cualquier discrecionalidad del legislador. La dignidad humana debe observarse sin relativizarse. Una ponderación con otros bienes constitucionales, aunque importantes, no sería imaginable.

Es tarea del legislador adecuar las prestaciones positivas para que sean implementadas al respectivo nivel de desarrollo de la sociedad y de las condiciones de vida (dignidad humana) en vigor. Esta es una discrecionalidad limitada del legislador y no tiene relación con el poder de conformación política que estaría sostenido por medio de la reserva de lo posible. No se trata de decidir conflictos de acuerdo con criterios políticos. De este modo no se podría, por ejemplo, para exonerar al ciudadano del pago de impuestos, retirar el apoyo a los que no tienen renta de los medios que les aseguren la simple sobrevivencia.

Según Gaier (2011), esta perspectiva nos permite las siguientes divisiones:

¹⁵ Anota Alexy (2008, pp. 298-301) que el Tribunal Constitucional Federal alemán tiene precedentes en el sentido de la naturaleza absoluta del núcleo esencial.

¹⁶ Ante el mínimo existencial, el derecho social es un deber del poder público vinculado originariamente a la Constitución y desde luego judicialmente exigible (Alexy, 2008, pp. 502, 512-513). En el mismo sentido: Mendes, Coelho y Branco, 2007, p. 253. Para la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, el núcleo mínimo es ‘ineliminable’ del derecho a la prestación (Cilione, 2005, p. 21).

La discrecionalidad del legislador tampoco puede sostenerse en los casos donde resultan deberes estatales provenientes de derechos infra constitucionales instituidos por él mismo.

Los derechos subjetivos previstos en la ley o los créditos derivados de la responsabilidad civil del Estado se deben cumplir sin mayores cuestionamientos y no pueden rechazarse a favor del presupuesto asignado con precedencia por el legislador.

Los principios del Estado de derecho exigen igualmente un deber general de responsabilidad civil del Estado por actos ilícitos. Los conflictos entre los principios de responsabilidad civil fundamentados en la Constitución, por un lado, y la prerrogativa presupuestal del legislativo, por otro lado, no deben resolverse de tal manera que permita al legislador, por cuenta de su prerrogativa presupuestal, la salvaguarda del Estado a través de la retención de recursos financieros en el cumplimiento de prestaciones indemnizatorias o compensatorias en relación a los ciudadanos.

En este contexto, la prerrogativa presupuestal del legislativo debe, de esta manera, pasar a un segundo plano, siempre que se le impida al ciudadano el goce de sus derechos frente a prestaciones contra el Estado fundamentadas en la Constitución.

Finalmente, concluye Gaier:

La reserva de lo posible es, por lo tanto, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, el medio efectivo en que el legislador mantiene un margen de maniobra de conformación política, a pesar de la existencia de deberes de prestación positiva constitucionalmente originarios. Esto como consecuencia de la autolimitación judicial (*judicial self-restraint*) fundamentada en el principio de la división tripartita de poderes. Su aplicación no debe ocurrir, por lo tanto, donde no se exige la protección del margen de discrecionalidad inherente a otros poderes del Estado. La reserva de lo posible no puede ser instrumento para contornar pretensiones de los ciudadanos contra el Estado instituidas por el derecho infra constitucional aun si provienen, directa e inexorablemente de la misma Constitución (Gaier, 2011).¹⁷

¹⁷ Ver también Capitant, 2001, p. 312. Por esto mismo, se rechaza la tesis de que el presupuesto, y, por lo tanto, la cláusula de la reserva de lo posible, sea un óbice al cumplimiento de órdenes judiciales. Sería un raciocinio tan absurdo como negar abiertamente, a un mismo tiempo, el principio de la tutela judicial efectiva y el principio del Estado de derecho. Ver Perlingeiro, 1999, pp. 208-217.

En otras palabras, la reserva de lo posible se puede comprender como una restricción o límite a un mínimo existencial (hasta un *mínimo*) de derechos fundamentales sociales originarios (*originären Leistungsansprüche*). Es por lo tanto, y solo fuera del ámbito de protección de ese *mínimo* –‘innegociable’ en el debate político–,¹⁸ que los límites o restricciones se justifican constitucionalmente cuando y en cuanto no haya presupuesto, o políticas públicas que lo incluyan, indicando democráticamente qué prestaciones sociales deben soportarse por parte de la sociedad (Alexy, 2008, p. 508; Mendes, Coelho y Branco, 2007, p. 251). En este específico punto, los comportamientos omisivos, restrictivos o limitativos del legislador deben considerarse previamente a cualquier pretensión judicial de un derecho social (Alexy, 2008, p. 508; Bachof y Stober, 2006, pp. 488-489), siendo reprobables y judicializables solo si implican una ponderación desproporcional respecto a los derechos fundamentales o principios constitucionales en colisión.¹⁹

4. ¿Qué comprende *un mínimo existencial*?

Comprender el *mínimo* no es tarea fácil, ante una concepción absoluta y así mismo relativa que se le pretende atribuir. A propósito, Pieroth y Schlink (2012) nos recuerdan que “la cuestión de saber hasta dónde va la responsabilidad del Estado social bajo el aspecto de la dignidad de la persona humana se encuentra especialmente vinculada a los patrones e igualmente a la riqueza de una sociedad; si la jurisprudencia habla de la manutención del mínimo existencial, este criterio depende del tiempo y de la situación” (Pieroth y Schlink, 2012, p. 172).

De acuerdo con un reciente precedente del Tribunal Constitucional alemán, de 2010,²⁰ los ciudadanos tienen derecho a los presupuestos materiales

¹⁸ Verdaderamente, el control de la discrecionalidad política del legislador, por regla de la proporcionalidad, ocurre solamente frente a cuestiones que ultrapasan el mínimo existencial porque, ante el mínimo, se obtiene un juicio político distanciado (Boucobza y Robitaille, 2012, p. 319).

¹⁹ Conforme a Alexy, 2008, p. 508; y Wolf, Bachof y Stober, 2006, pp. 488-489. En sentido contrario, anota Mark Tushnet (2004) una tendencia a no considerar justiciables los derechos sociales y económicos (*welfare rights*) apartados del núcleo de las necesidades básicas, de los intereses fundamentales o de los derechos sustantivos fuertes (pp. 1985-1919; Torres, 2009, p. 133).

²⁰ Alemania, Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). (2010). 1 BvL 1/09 - 1 BvL 3/09 - 1 BvL 4/09. j. Sommermann (2013) indica que, anterior a la decisión del Tribunal Constitucional Federal (BVerfG 9 fev. 2010), los demandantes obtenían en innumerables casos la extensión de las

indispensables a su existencia física (alimentación, vestuario, artículos domésticos, habitación, calefacción, saneamiento y salud) y a un mínimo de participación en la vida social, cultural y política, porque el ser humano, como persona, está necesariamente inmerso en las relaciones sociales.

Sin embargo, según esta misma decisión, el *mínimo* debe corresponder al nivel de desarrollo de la comunidad y de las condiciones de vida existentes, sujetos a la actualización continua, y es aquí donde reside la única margen de maniobra de ley, lo que, aun así, no aparta del poder público el deber de indicar de manera transparente y comprensible los demás gastos públicos, y también si estos se encuentran fundados en un método de cálculo confiable y consistente.

Estas consideraciones son pertinentes sobre todo frente a pretensiones judiciales y prestaciones sociales *mínimas* que no puedan ser claramente deducidas de normas constitucionales y legales, y, en la práctica, dependen de una jurisdicción constitucional previa,²¹ más allá de una compleja prueba técnica.²²

5. Reserva de lo posible, presupuesto público y flujo de caja

Como se desprende, la reserva de lo posible está íntimamente relacionada con el presupuesto público, abarcándolo pero sin que se confunda. Entre los recursos financieros y la reserva de lo posible, no se encuentra, sin embargo, ninguna vinculación.

pretensiones con fundamento en la violación del principio de la igualdad, alegando que el grupo al cual pertenecían obtenía prestaciones inferiores a otro grupo, sin que hubiera una justificación a este tratamiento desigual. Sin embargo, ahora se extrae directamente de la Constitución el derecho al mínimo existencial.

²¹ Me refiero a una jurisdicción constitucional previa y concreta (no abstracta), que, en el sistema constitucional brasileño, se puede ejercer incidentalmente por cualquier juez o tribunal, aun cuando se trate de inconstitucionalidad por omisión (ver Sarlet et al., 2012, pp. 787, 796-801, 890-892). Para Sommermann (2013), el control concreto de constitucionalidad por omisión, en el Tribunal Constitucional alemán, es una solución que va al encuentro de una mayor accesibilidad de la jurisdicción constitucional por omisión, que anteriormente dependían de procedimientos especiales no siempre efectivos. Sobre el control de constitucionalidad por omisión, ver Casal Hernández, 2006, p. 227. Sobre los procedimientos procesales del control de constitucionalidad por omisión en Europa y en el derecho comunitario, ver Rolla, 2010, pp. 185-186.

²² Según Sommermann (2013), “un mayor rigor en la instrucción probatoria puede considerarse un eficaz control de admisibilidad, especialmente en sistemas en que la jurisdicción constitucional está siempre concentrada en el tribunal constitucional, sea abstracto o concreto el control de constitucionalidad”.

Frente a los derechos sociales cuyas prestaciones se extraen automáticamente de la Constitución, y en cuanto no haya ley que los cree (*originäre Leistungsansprüche kraft Verfassung*), el presupuesto público es determinante como garantía de un sistema jurídico democrático en la distribución de beneficios sociales; a propósito, es el papel que una ley (no presupuestaria) ejercería plenamente y por sí sola.

Efectivamente, la naturaleza política del presupuesto conduce al planeamiento de gastos públicos que estén en la esfera de la disponibilidad del administrador; frente a un deber constitucional o legal, no obstante, no le quedaría nada más que pagar, pasando a ocupar el presupuesto un papel *interna corporis* y secundario frente a un acreedor del poder público (Perlingeiro, 2005, pp. 68-74).²³ Por lo tanto, el legislador presupuestal no tiene margen de discrecionalidad frente a derechos existentes y exigibles provenientes de la ley o de un *mínimo* existencial ligado a la dignidad humana (Gaier, 2011; Torres, 2009, pp. 27, 54).

La ausencia de presupuesto es un indicativo de que la ‘cláusula de lo posible’ dejó, de considerarse de manera indebida, en la implementación de beneficios sociales periféricos a un mínimo existencial, las pretensiones sociales cuya exigibilidad (*justiciabilidad*) no se extrae directamente del texto constitucional. No obstante, y aun así, para que se evidencie la ofensa a la reserva de lo posible, más allá de la falta de presupuesto, sería necesario que no haya ley que impida el beneficio social deseado. Esto porque es a través de la ley que se instituyen derechos, y no de presupuestos, que la sociedad democráticamente organizada debate mejor sus opciones.²⁴

²³ Según el artículo 334 de la Constitución de Colombia, con la redacción del artículo 1° del Acto Legislativo 3, la *sostenibilidad fiscal*, como instrumento para alcanzar de forma progresiva los objetivos del Estado social de derecho, en ningún caso afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales, y tampoco podrá invocarse por autoridades administrativas, legislativas o judiciales para aliviar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva. Para Marcos Abraham (2013), “hoy en día se configura un escenario jurídico en Brasil, desarrollado a partir de la promulgación de la Constitución de 1988, que nos permite decir que cada vez más los gastos públicos son priorizados y determinados por mandatos jurídicos y cada vez menos por deliberaciones de naturaleza política. Es decir, los gastos públicos no se originan, exclusivamente, a partir de deliberaciones políticas pautadas en las convicciones y aspiraciones del gobernante, pero sí provienen, la mayoría de las veces, de las imposiciones existentes en los diferentes mandatos normativos de nuestro ordenamiento jurídico, especialmente aquellos de orden constitucional” (p. 167).

²⁴ “[...] el legislador no puede, por vía presupuestal, producir resultados que el orden jurídico no le permite producir por la legislación en general” (Mendonça, 2008, pp. 231-278).

Además, el presupuesto en sí nunca más será una condición para el ejercicio de derechos constituidos en el pasado, lo que significaría violación a la seguridad jurídica, siendo suficiente que la ley, en el momento de creación del beneficio, indique la fuente del ingreso (Constituição da República Federativa do Brasil).²⁵

De esta manera, no es usual o así mismo necesario que el poder judicial interfiera en el contenido de una ley presupuestal, definiendo prioridades en los gastos públicos (Lopes, 2010, p. 184). Por otro lado, no se encuentra el presupuesto frente a una inmunidad judicial; se sujeta a un control jurisdiccional de igual calidad del que incide sobre el contenido político de la discrecionalidad legislativa y administrativa siempre que haya desvío, abuso u ofensa a determinados valores fundamentales, situaciones en que se caracterizarían vicios de contenido (inconstitucionalidad o ilegalidad material) (Abraham, 2013, p. 172).²⁶

En cuanto a los recursos financieros (flujo de caja), recursos materiales o humanos, no constituyen condiciones de existencia de un derecho subjetivo frente al poder público,²⁷ a pesar de la ausencia de *caja*, incluso por

²⁵ Artículo 195, § 5°. Ningún beneficio o servicio de la seguridad social podrá ser creado, mejorado o extendido sin la correspondiente fuente de costo total.

²⁶ "... no hay una discrecionalidad ilimitada en esta deliberación, ya que el gasto público debe atender a las necesidades colectivas, estando jurídicamente condicionado a las prioridades que la Constitución establece. Por lo tanto, son siempre realizadas de acuerdo con el interés público". Alexy (2008) afirma que "la fuerza del principio de la competencia presupuestal del legislador no es ilimitada. Este no es un principio absoluto. Los derechos individuales pueden tener un peso mayor que las razones político-financieras" (pp. 512-513). A propósito, Ana Paula Barcellos (2008a) admite el control jurisdiccional en cuanto a la "cantidad de recursos que se invierten en políticas públicas vinculadas a la realización de derechos fundamentales, en términos absolutos o relativos" (p. 146). La jurisprudencia en los Estados Unidos es controvertida acerca del cambio del control jurisdiccional del presupuesto público. La Corte de Apelación de Nueva York dejó claro que el proceso presupuestal no está "más allá del dominio jurídico", y que "los tribunales siempre estarán disponibles para resolver los conflictos inherentes a la función jurisdiccional otorgada por la Constitución frente a los otros dos poderes del Estado" (Saxton v. Carey, pp. 545, 551). En sentido opuesto, en el precedente *Morton v. Ruiz*, la Corte Suprema registró que, si el Congreso no alcanza recursos suficientes para proveer los beneficios debidos a todos, debe la Agencia permitir que el parámetro utilizado sea ampliamente conocido, de modo que se pueda demostrar que esté siendo aplicado de forma consistente y no arbitrariamente (Morton v. Ruiz, 1974, pp. 199-231).

²⁷ Para Alexy (2008), "así mismo los derechos fundamentales sociales mínimos tienen, especialmente cuando son muchos los que de ellos necesitan, enormes efectos financieros. Pero esto, aisladamente considerado, no justifica una conclusión contraria a su existencia" (p. 512). El Tribunal Constitucional Federal alemán decidió que aspectos económicos no pueden considerarse con el fin de negar a los asegurados el reembolso de gastos con nuevos tratamientos médicos necesarios para la curación de enfermedades poniendo en riesgo la vida (Tribunal Constitucional Federal [BVerfG], 2005, 1 BvR 347/98).

falta de presupuesto, que puedan afectar su realización. No tener recursos financieros o materiales para pagar un crédito es una imposibilidad fáctica, contra la que se debe buscar respuesta en el campo del derecho procesal (Perlingeiro, 2005, pp. 68-74; 1999, pp. 208-217).²⁸ De cualquier forma, la ausencia de recursos financieros nunca más debe confundirse con la ausencia de los recursos presupuestales que tendrían relevancia solamente en cuanto intrínsecamente estén ligados a la idea de la reserva de lo posible, tal como ya se expuso.

Es evidente que el aspecto económico es un elemento determinante en la constitución e implementación de los derechos fundamentales sociales, incluso del propio concepto de mínimo existencial (Pieroth et al., 2012, p. 172; Asensi, 2012, p. 24); es, por lo tanto, en cuanto a las pretensiones fuera del alcance de un *mínimo*, una cosecha esencialmente política, donde, de hecho, se confiere al legislador un margen de discrecionalidad, ejercido con prudencia, mediante la distribución racional de los recursos financieros disponibles (Capitant, 2001, p. 309; Lise, 2006, p. 794; Gründler, 2012, p. 215).

Se critica la “reserva fáctica de lo posible que, en Brasil, condicionó la adjudicación de derechos prestacionales a que haya disponibilidad financiera” (Torres, 2009, p. 110).²⁹ En verdad, la reserva de lo posible podría alcanzar los derechos derivados a prestaciones (*derivative Rechte*) solamente en cuanto el legislador esté en poder de revocar, con efecto *ex nunc*, los derechos existentes. Según Herm.-J. Blanke (2000), a falta de recursos financieros que soporten las prestaciones sociales que se adquieren en el

²⁸ Está en juicio en la Plenaria del Supremo Tribunal Federal el Recurso extraordinario con agravio (ARE) 665707, donde será firmado el entendimiento en cuanto a la posibilidad de aprehensión forzada de reservas públicas para el pago de un crédito alimenticio al portador de enfermedad grave (119 de noviembre de 2012). Secuestro de fondos públicos en favor de enfermos graves es un tema que tiene repercusión general. *Noticias STF*. Recuperado de <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=224106>. A falta de recursos en especie, la firma apropiada para el cumplimiento de un deber o de una decisión judicial autoriza a las autoridades administrativas o judiciales a valerse de otras fuentes financieras (firmas), aunque dejen de aplicar en el caso concreto una posible norma presupuestal restrictiva, o, de manera subsidiaria, se utilicen otros bienes no afectados al servicio público esencial (Perlingeiro, 1999, pp. 208-217). Vanice Regina Lírio do Valle (2009) considera una postura eficaz, sin embargo, peligrosa “en su línea de fuerte inspiración individualista” (p. 110).

²⁹ Sarlet (2012) entiende que “la reserva de lo posible también podrá impactar en la esfera de los derechos derivados a prestaciones” aunque la prestación esté prevista en la ley y no haya recursos financieros, por ello denominado de escasez de recursos en su dimensión fáctica (p. 561).

tiempo y no se ajusten a la garantía de un mínimo existencial con base en la dignidad humana, el legislador (ino el legislador presupuesta!) tiene un margen de discrecionalidad para revocar el beneficio social, en consonancia con su poder en la dirección política del Estado y de la sociedad; la revocación, sin embargo, tiene solo efectos *ex nunc* y posteriormente considerados los principios de la prohibición del retroceso y el de la confianza legítima (Blanke, 2000, pp. 2, 66, 120).³⁰

6. Las políticas públicas como garantías (*procedural rights*) y su relación con la reserva de lo posible

Torres (2009) afirma: “La pretensión del ciudadano es a la política pública y no a la adjudicación individual de bienes públicos...” y “La insistencia del poder judicial brasileño en el adjudicar bienes públicos individualizados (ex. remedios), al contrario de determinar la implementación de la política pública adecuada, ha llevado a la depredación de la renta pública por las élites, de la manera como suceded en otros países” (Torres, 2009, pp. 106, 129).

Esta no es una visión aislada.

Virgílio Afonso da Silva (2008) incluye el tema en el capítulo relacionado con la eficacia de las normas constitucionales, de modo que consideren los recursos financieros, los recursos materiales y las políticas de salud como condiciones al derecho a la salud: “(...) son condiciones necesarias para que la norma surta los efectos deseados que haya, entre otras providencias, la construcción de hospitales y la contratación de médicos para el servicio público a la salud, la elaboración de una legislación que regule la forma de financiamiento y de utilización de estos servicios públicos y la definición de prioridades en el combate a las enfermedades” (Silva, 2008, p. 233).³¹

Como se sabe, el derecho subjetivo (*subjektive Rechte*) puede entenderse bajo aspectos sustantivos y adjetivos, en la medida en que este último se

³⁰ Sobre la necesidad de la ley para garantizar el mínimo existencial y el poder discrecional del legislador, ver Alemania, Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). (2010). 1 BvL 1/09, §§ 136 e 138 - 1 BvL 3/09 - 1 BvL 4/09. j. (nota 79).

³¹ Para Salert y Figueredo (2010), la falta de disponibilidad de camas y de médicos sería un caso típico de ‘reserva de lo posible’ (pp. 37, 46).

destina como garantía a la realización práctica de aquellos (Falzea, 2008, p. 455). Actualmente, es indiscutible que los medios necesarios que concretan un derecho sustantivo integran de forma autónoma la estructura de un derecho subjetivo propio.

En el plano de los derechos fundamentales, también conocemos este planteamiento, donde la conexión entre derechos fundamentales, organización y procedimiento se conoce como el *due process* de los derechos fundamentales y frecuentemente considerada un, o mejor, el único, medio para la producción de resultados de conformidad con los derechos fundamentales (Häberle, 1972, p. 49; Alexy, 2008, p. 470; Hesse, 1978, pp. 427-438).³² Desde el punto de vista del derecho administrativo, la tutela judicial efectiva y el procedimiento administrativo son las principales garantías del interesado frente a las autoridades administrativas.

En el mismo contexto, se insertan las políticas públicas que Ana Paula Barcellos designa en su clase, y de forma general, la “coordinación de los medios a disposición del Estado, armonizando las actividades estatales y privadas para la realización de objetivos socialmente relevantes y políticamente determinados” (Barcellos, 2008a, p. 112), que, según Javier Barnes, comprenden la tercera generación de los procedimientos administrativos, al lado de actos y normas elaborados alrededor de las nuevas formas de gobierno (Barnes, 2012, pp. 119-164).

En cuanto al papel condicionante del ejercicio previo de un derecho adjetivo para satisfacer un derecho sustantivo frente a la Administración, Wolf, Bachof y Stober (2006, pp. 255, 490) señalan que “los derechos materiales tienen que incluirse en el procedimiento, y que los derechos fundamentales deben realizarse a través del procedimiento”.³³

Además, es bajo esta orientación que el Código Modelo de Jurisdicción Administrativa para Euroamérica, en su artículo 33, dispone que “sin perjuicio de la obtención de medidas cautelares, no se puede requerir una condena de hacer, dar o pagar una cuantía sin haberse previamente solicitado a la Administración Pública competente” (Código Modelo de Jurisdição

³² Alexy (2008) se refiere a “derechos fundamentales como garantías procedimentales”, asociándolos a la reproducción y conceptualización de un desarrollo presente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (p. 472).

³³ También ver Maurer, 2012, p. 479.

Administrativa para Euroamérica, 2010),³⁴ lo que no se puede confundir con el recurso administrativo previo a la intervención jurisdiccional –una facultad del interesado, el cual, entre tanto, también después de haberse iniciado, no desafía medidas jurisdiccionales de urgencia–.³⁵

El imperativo que se espera de un derecho (*deber*) de procedimiento previo, incluso asociado a políticas públicas legislativas, se encuadra especialmente a derechos sociales sujetos a la discrecionalidad política del legislador, pretensiones que superan un mínimo existencial, en los cuales el derecho a una prestación estatal depende de la previa oportunidad de que todos los interesados en esta tengan oportunidad de participar.³⁶

No obstante, a pesar de la evidente importancia en la estructuración de procedimiento previo de la Administración, como, entre otros,³⁷ la necesidad de igualdad entre todos los interesados, demandantes judicialmente o no (Wolf et al., 2006, p. 352; Perlingeiro, 2012b; 2012c, pp. 217-227; Lopes, 2010, p. 191) el hecho es que esa organización es un deber *interna corporis* del poder público y no debe, *per se*, llevar a agotar el propio derecho

³⁴ Texto elaborado durante los tres seminarios de investigación euroamericanos “Código Modelo de Jurisdicción Administrativa”, organizados por el Grupo de Investigación “Efectividad de la Jurisdicción” en la Universidad Federal Fluminense, Niterói, y en la Universidad Alemana de Ciencias de la Administración Pública, Speyer, entre los años 2008 y 2010, y aprobado en el III Seminario que se realizó en septiembre de 2010, en Niterói. Participaron en la elaboración: Pedro Aberastury, Hermann-Josef Blanke, Gabriele Bottino, David Capitant, Jesús María Casal, Diana-Urania Galleta, Ricardo García Macho, Leonardo Greco, Lorena Ossio, Gilles Pellissier, Ricardo Perlingeiro y Karl-Peter Sommermann. Con la misma orientación, la Sección Segunda del Tribunal Superior de Justicia (*No cabe el habeas data si no se negó información por parte de la autoridad administrativa*). Con respecto del procedimiento administrativo previo como condición para la tutela judicial en materia de beneficio social, hay controversias en los tribunales brasileños, encontrándose el tema actualmente pendiente para su uniformidad frente al Supremo Tribunal Federal (RGRE 631.240/MG).

³⁵ Sobre la diferencia entre procedimiento administrativo previo y recurso administrativo previo, ver Gordillo, 2004, pp. 106-107, 116; Brewer-Carías, 2003, pp. 287-294. Sobre el carácter facultativo del recurso administrativo, ver el artículo 53 del Código Modelo de Procesos Administrativos –Judicial y Extrajudicial– para Iberoamérica y el artículo 32 del Código Modelo de Jurisdicción Administrativa para Euroamérica. En sentido contrario, en cuanto al recurso administrativo previo, dispone el artículo 217 § 1º de la Constitución brasileña que los tribunales solo admitirán demandas judiciales relativas a la disciplina y a las competiciones deportivas después de agotar las instancias frente a la autoridad administrativa correspondiente. También parece ser esto lo que se entiende de Greco, 2009, p. 233.

³⁶ Sobre los derechos de participación, ver Pieroth et al., 2012, p. 73; Wolf et al., 2006, pp. 488-489. Ver en general Sommermann, 2013.

³⁷ “(...) justificándose por la limitación de acciones judiciales que interfieren sin necesidad en la administración pública, toda vez que un acto o comportamiento administrativo, aun no definitivo, puede ser por ella revisto en favor del administrado, por medio del ejercicio de su poder de autotutela” (Perlingeiro et al., 2008, pp. 253-263).

sustantivo o a la tutela judicial efectiva,³⁸ especialmente cuando se trata de un derecho al mínimo existencial.

Por lo tanto, siempre que sea necesario, el derecho procedimental (procedimiento administrativo y políticas públicas) debe ser simultáneamente judicializado con el derecho sustantivo. Además, la subordinación absoluta de la realización de un derecho sustantivo a la previa actuación administrativa es un factor que fragmenta la jurisdicción, reiterando su necesaria plenitud, y reviviendo el debate entre intereses legítimos (*intérêts légitimes*) y derechos subjetivos (*subjektive Rechte*), así como el modelo de control jurisdiccional que se persigue en la Administración, el objetivo francés o el subjetivo alemán (Ziller, 2009, pp. 293-320).

De hecho, las dimensiones colectiva y subyacentes a las pretensiones individuales de un derecho social no pueden ser ignoradas por el juez. Sin embargo, excepto si el propio derecho procedimental hubiera sido judicializado, no siempre está al alcance del mismo juez que examina una demanda individual decidir con efecto *erga omnes* las cuestiones de fondo que sean de interés general y que graviten en torno a las actuaciones administrativas, limitándose, entonces, a interpretar, aplicar o dejar de aplicarlas solamente al caso concreto (Ferrara, 2010, p. 28), lo que no impide que, indirectamente, resulten beneficiarios indeterminados (Champeil-Desplats, 2010, p. 135).³⁹

A propósito de un derecho a un *mínimo* existencial, extraído directamente de la Constitución, a pesar de su igual subordinación a derechos procedimentales, estos, en lo particular, podrán corresponder adicionalmente a políticas públicas con *estatus* de ley, atribuyendo estatus de jurisdicción constitucional a eventuales conflictos. En efecto, la base de la prestación a un mínimo existencial continúa siendo una ley, que, si no estuviera, implicaría omisión constitucional.⁴⁰

³⁸ “(...) este procedimiento previo no puede servir de obstáculo al derecho a la tutela judicial efectiva. Por este motivo, la Administración deberá analizar el requerimiento de manera expedita, entregando la respuesta en un plazo reducido. La ausencia de decisión en el plazo referido genera la presunción de no diferimiento, autorizando el acceso al órgano judicial. A criterio de la Administración Pública se podrá atribuir efecto suspensivo al previo requerimiento administrativo, inclusive en caso de riesgo de daño irreparable. La tutela judicial de urgencia independiente del requerimiento administrativo previo (...)” (Perlingeiro et al., 2008, pp. 253-263).

³⁹ Con ejemplos en Argentina y México, donde, a partir de demandas individuales, una colectividad acabó beneficiándose con la medida jurisdiccional.

⁴⁰ Respecto de la obligación del legislador de concretar mediante leyes ordinarias la garantía del mínimo existencial derivado de la protección de la dignidad humana (artículo 1.1. de la Ley

Finalmente, respecto a la noción procedimental y formal de que los derechos puedan ser reflejo de una tradición liberal típica de las libertades negativas (Altwegg-Boussac, Eudes y Fercot, 2010, p. 179; Hershkoff, 1999, pp. 1131-1196), es también incoherente vincular genéricamente la *reserva do possível* al ejercicio de derechos procedimentales, vale decir, las políticas públicas. Esto, porque ellas son esencialmente instrumentos de los derechos (sustantivos). Cuando opera la reserva de lo posible, se reconoce que la eficacia de un derecho fundamental (sustantivo) está condicionada a la previa manifestación del legislador, no teniendo en estos casos, por lo tanto, que garantizarse por políticas públicas.

Consideraciones finales

La reserva de lo posible (*Vorbehalt des Möglichen*) está intrínsecamente relacionada con la prerrogativa del legislador de escoger qué beneficios sociales considera prioritarios para financiar, sin que esto implique limitaciones o restricciones a derechos subjetivos existentes y exigibles (*durchsetzbare subjektive Rechte*). Por lo tanto, no se ve la reserva de lo posible frente a un *mínimo* existencial y tampoco de la *justiciabilidad* de derechos sociales derivados e instituidos por ley (*derivative Leistungsrechte*). En estos casos, es nulo el margen de discrecionalidad del legislador, incluso el presupuestario, bajo pena de ofensa al principio del Estado de derecho.

Efectivamente, la reserva de lo posible restringe a un mínimo existencial los derechos fundamentales sociales originarios (de la Constitución *loriginäre Ansprüche*) mientras que el legislador no los implante, o que el presupuesto

Fundamental) (ver Alemania, Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). (2010). 1 BvL 1/09, §§ 136 e 138 - 1 BvL 3/09 - 1 BvL 4/09. j.), entendiendo que el mínimo existencial siempre depende de políticas públicas previas (ver Torres, 2009, p. 128). Sommermann admite que en casos extremos sería posible invocar el derecho a un mínimo existencial, directamente de la Constitución, sin valerse de una jurisdicción constitucional. Según este autor, en la Alemania de los años 50 existían lagunas en la legislación social alemana y pocos eran los recursos financieros. En alguna ocasión, con muchos refugiados desplazados hacia Alemania occidental, donde ciudades aún sufrían las destrucciones de la guerra, las autoridades públicas y los tribunales 'civiles' (en jurisdicción administrativa) aplicaban la cláusula general del poder de policía para asegurar un mínimo existencial. Así, por ejemplo, imponían a las familias la acomodación de personas sin morada. Conforme Sommermann (2013), a falta de una legislación social suficiente, cabe la protección directa por medio de reglas generales interpretadas a la luz de la exigencia constitucional de garantía del mínimo existencial.

no lo soporte, o mientras que ese comportamiento omisivo o restrictivo no corresponda a una inconstitucionalidad; la reserva de lo posible, por lo tanto, no es un límite a la intervención jurisdiccional en políticas públicas, porque, además de no ser necesarias, ya que su naturaleza es esencialmente procedimental, no posee relación alguna.

Referencias

- Abraham, M. (2013). *Curso de direito financeiro brasileiro* (2ª ed.). Rio de Janeiro: Elsevier.
- Ação civil pública (ACP) 0283688-82.2011.8.19.0001. (2011, agosto 12). Juíza: Maria Teresa Pontes Gazineu, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Recuperado de <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consulta-Proc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2011.001.248817-8>
- Acherman, B. (2007). *La nueva división de poderes*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Agravo interno (AI) 0009188-75.2012.4.03.0000. (2012, agosto 31). *Fornecimento gratuito de medicamentos*. Relator Des. Fed. Carlos Muta, Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Recuperado de <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/2338389>
- Agravo interno (AI) 2010.02.01.012481-1. (2012, mayo 7). *Fornecimento de fraldas geriátricas*. Relator Juiz Federal Conv. Marcelo Pereira da Silva, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Recuperado de <http://www.trf2.gov.br/iteor/RJ0108510/1/130/400442.rtf>
- Agravo interno (AI) 2012.02.01.003569-0. (2012, septiembre 3). *Decisão sobre o princípio da precaução e a suspensão judicial do enchimento do reservatório do Aproveitamento Hidrelétrico de Simplicio/AHE de Simplicio*. Relator Juiz Federal Conv. Ricardo Perlingeiro, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Recuperado de <http://www.trf2.gov.br/decisao/RJ0108510/1/77/1288326.rtf>
- Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo (ARE) 639337/SP. (2011, agosto 23). *Educação infantil. Direito fundamental. Proteção jurisdiccional. Poder público. Município. A questão da reserva do possível*. Relator min. Celso Mello, Supremo Tribunal Federal, Brasil, Brasília, D.F. Recuperado de <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE639337ementa.pdf>

- Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo (ARE) 665707. (s. f.). *Sequestro de verbas públicas em favor de doente grave*. Relator Min. Luiz Fux. Recuperado de <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=224106>
- Alemania, Ley de Indemnización Federal (*Bundesentschädigungsgesetz, BEG*) (1953). *Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung*. Gesetz 18.09.1953. BGBl. I S. 1387; zuletzt geändert durch Artikel 15 Abs. 63 G. v. 5 feb. 2009 BGBl. I S. 160; aplicable desde el día 1º de enero De 1964. Dispone sobre la compensación para las víctimas de la persecución nazi.
- Alemania, Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). (1972). 1 BvL 32/70 e 25/71. j. BVerfGE 33, 303. NJW 1972, 1561.
- Alemania, Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). (1990). 1 BvL 20/84. j. BVerfGE 82, 60. NJW 1990, 2869.
- Alemania, Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). (1992). 1 BvL 51/86 e 50/87; 1 BvR 873/90, 761/91. j. BVerfGE 87, 1. NJW 1992, 2213.
- Alemania, Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). (1998, marzo 10). 1 BvR 178–97. j. BVerfGE 97, 332. NJW 1998, 2128. Recuperado de http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs19980310_1bvr017897.html
- Alemania, Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). (2001, abril 3). 1 BvR 1629/94. j. BVerfGE 103, 242. NJW 2001, 1712. Recuperado de http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20010403_1bvr162994.html
- Alemania, Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). (2004, noviembre 9). 1 BvR 684/98. j. BVerfGE 112, 50. NJW 2005, 1413. Recuperado de http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041109_1bvr068498.html
- Alemania, Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). (2005, diciembre 6). 1 BvR 347/98. j. Recuperado de http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20051206_1bvr034798.html
- Alemania, Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). (2010). 1 BvL 1/09 - 1 BvL 3/09 - 1 BvL 4/09. j. Recuperado de http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20100209_1bvl000109.html
- Alemania, Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). (2010). 1 BvL 1/09, §§ 136 e 138 - 1 BvL 3/09 - 1 BvL 4/09. j. Recuperado de http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20100209_1bvl000109.html
- Alexy, R. (2008). *Teoria dos direitos fundamentais*. San Paulo: Malheiros.
- Almeida, M. P. (s. f.) *Notas sobre el principio de la reserva de lo posible presupuestal*. [s. l.: s. n.], [inaudito].
- Altwegg-Boussac, M., Eudes, M., & Fercot, C. (2010). La justiciabilité des droits sociaux aux États-Unis. In Roman, D. (Org.), *Droits des pauvres, pauvres droits?*

Paris: Centre de Recherches sur les droits fondamentaux (Credof), Université Paris Ouest Nanterre la Défense.

Amparo en revisión: 2231/97. (1997). Ministro ponente Mariano Azuela Guitron, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México. Recuperado de http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Epocas/Pleno/Novena%20%C3%A9poca/1997/2231_97.pdf

Apelação civil (AC) 0003154-80.2011.4.02.5001. (2012, octubre 22). *Fornecimento de medicamentos*. Relatora Des. Fed. Vera Lucia Lima, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Recuperado de <http://www.trf2.gov.br/iteor/RJ0108810/1/180/427889.rtf>

Apelação civil (AC) 0008940-20.2004.4.03.6102. (2010, septiembre 8). *Fornecimento de próteses a crianças e adolescentes*. Relator Des. Fed. Carlos Muta, Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Recuperado de <http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumentosProcesso?numerosProcesso=200461020089400&data=2010-08-09>

Apelação civil (AC) 0012763-49.2009.4.02.5101. (2012, julio 4). *Exames para tratamento de fertilidade*. Relator Des. Fed. José Antônio Lisboa Nêiva, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Recuperado de <http://www.trf2.gov.br/iteor/RJ0108710/1/155/411858.rtf>

Apelação civil (AC) 0013564-96.2008.4.02.5101. (2011, diciembre 9). *Fornecimento gratuito de prótese*. Relator Des. Fed. José Antônio Lisboa Nêiva, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Recuperado de <http://www.trf2.gov.br/iteor/RJ0108710/1/141/382331.rtf>

Apelação civil (AC) 2004.81.00.022066-9. (2012, febrero 3). *Ampliação de UTI neonatal de hospital público*. Relator Des. Fed. Paulo Gadelha, Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recuperado de http://www.trf5.jus.br/data/2012/02/200481000220669_20120202_2764471.pdf

Apelação civil (AC) 2005.51.01.002776-9. (2010, mayo 31). *Realização de cirurgia bariátrica*. Relator Des. Fed. Frederico Gueiros, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Recuperado de <http://www.trf2.gov.br/iteor/RJ0108610/1/103/299651.rtf>

Apelação civil (AC) 2005.82.00.010000-2. (2012, junio 15). Relator Des. Fed. Manoel de Oliveira Erhardt, Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recuperado de http://www.trf5.jus.br/data/2012/06/200582000100002_20120614_3288432.pdf

Apelação civil (AC) 2007.51.01.005838-6. (2012, junio 18). *Fornecimento de medicamentos para tratamento de saúde*. Relator Des. Fed. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Recuperado de <http://www.trf2.gov.br/iteor/RJ0108610/1/168/408662.rtf>

- Apelação civil (AC) 2008.51.01.022536-2. (2012, octubre 16). *Fornecimento de leite e fraldas*. Relator Des. Fed. Guilherme Couto, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Recuperado de <http://www.trf2.gov.br/iteor/RJ0108610/1/176/426558.rtf>
- Apelação/reexame necessário (Apelreex) 2008.51.01.015023-4. (2012, julio 3). *Fornecimento de medicamentos para tratamento de saúde*. Relatora Des. Fed. Vera Lucia Lima, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Recuperado de <http://www.trf2.gov.br/iteor/RJ0108810/1/174/409858.rtf>
- Appio, E. (2008). *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá.
- Arenhart, S. C. (2005). As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário. *Jus navigandi. Teresina*, 10(777). Recuperado de <http://jus.com.br/revista/texto/7177>
- Asensi, F. D., & Pinheiro, R. (Org.). (2012). *Derecho sanitario*. Rio de Janeiro: Elsevier.
- Ashwander v. Tennessee Valley Authority. (1936, febrero 17). Nº 403. j. Supreme Court of the United States, Washington D.C., U.S. Government Printing Office, United States Reports. Recuperado de http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0297_0288_ZS.html
- Barcellos, A. P. (2008a) O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In Sarmento, D., & Souza Neto, C. P. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Barcellos, A. P. (2008b). Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In Sarlet, I. W., & Timm, L. B. (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Barnes, J. (2012). Tres generaciones de procedimiento administrativo. In Aberastury, P., & Blanke, H.-J. (Org.). *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa* (pp. 119-164). Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer.
- Blanke, H.-J. (2000). *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Blanke, H.-J. (2011). El principio de proporcionalidad en el derecho alemán, europeo y latinoamericano. In Bogdandy, Piovesan & Morales Antoniazzi (Org.). *Derechos humanos, democracia e integración jurídica* (p. 35). Río de Janeiro: Lumen Juris.
- Blanke, H.-J. (2012). Márgenes de discrecionalidad y de apreciación. En Aberastury, P., & Blanke, H.-J. (Org.). *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*. Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer.

- Boucobza, I., & Robitaille, D. (2012). Standards jurisprudentiels et contrôle de l'obligation étatique en droit comparé : une géométrie variable. *La Revue des Droits de l'Homme*. Recuperado de http://revdh.files.wordpress.com/2012/06/standards-jurisprudentiels-et-contrc3b4le-de-l_obligation-c3a9tatique-en-droit-comparc3a9-une-gc3a9omc3a9trie-variable.pdf
- Brazil. Constituição da República Federativa do Brasil (5 octubre 1988).
- Brazil. Lei 9.868 (10 novembro 1999), *dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*.
- Brazil. Lei 9.882 (3 dezembro 1999), *dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal*.
- Brewer-Carías, A. R. (2003). *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*. Bogotá: Legis.
- Cambi, E. (2009). *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. San Paulo: RT.
- Canela Júnior, O. (2011). *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Saraiva.
- Canela Júnior, O. (2013). O orçamento e a reserva do possível: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In Grinover, A. P., & Watabe, K. (Coords), *O controle jurisdiccional de políticas públicas* (2ª ed.) (p. 225). Rio de Janeiro: Forense.
- Canotilho, J. J. (1998). *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina.
- Capitant, D. (2001). *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*. Paris: LGDJ.
- Casal Hernández, J. M. (2006). *Constitución y justicia constitucional* (2ª ed.). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Casal Hernández, J. M. (2010). *Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Caracas: Legis.
- Champeil-Desplats, V. (2010). La justiciabilité des droits sociaux en Amérique du Sud. In Roman, D. (Org.). *Droits des pauvres, pauvres droits?* (p. 135). Paris: Université Paris Ouest Nanterre la Défense, Centre de Recherches sur les droits fondamentaux (Credof).
- Cilione, G. (2005). *Diritto sanitario*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore.
- Clérico, L. (2008). Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad. *Justicia constitucional. Revista de Jurisprudência y Doctrina*, V(8).

- Código Modelo de Jurisdição Administrativa para Euroamérica. (2010). III Seminário de pesquisa euro-americano Código Modelo de Jurisdição Administrativa, Universidade Federal Fluminense, Niterói, Rio de Janeiro.
- Colombia. Acto Legislativo 3 (10 julio 2011).
- Costa, S. H. (2011). O poder judiciário no controle de políticas públicas: um breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal. In Grinover, A. P., & Watabe, K. (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas* (p. 466). Rio de Janeiro: Forense.
- Cruz, Á. R. (2008). Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no Estado democrático de direito. In Souza Neto, C. P., & Sarmento, D. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Cunha Júnior, D. (2004). *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva.
- Dietrich, M. (2011). Grundrechte als Teilhaberechte. In Isensee, K. (Org.). *Handbuch des Staatsrechts IX: Allgemeine Grundrechtslehren* (p. 570). Heidelberg: C. F. Muller.
- Falzea, A. (2008). *Introduzione alle scienze giuriche: il concetto del diritto* (6ª ed.). Milano: Giuffrè.
- Fercot, C. (2010). Le juge et le droit au minimum. Les ambiguïtes du droit a des conditions minimales d'existence en droit comparé. In Roman, D. (Org.). *Droits des pauvres, pauvres droits?* (pp. 239-243). Paris: Université Paris Ouest Nanterre la Défense, Centre de Recherches sur les droits fondamentaux (Credof). Recuperado de <http://revdh.files.wordpress.com/2012/04/le-juge-et-le-droit-au-minimum.pdf>
- Ferrara, R. (2010). Il diritto alla salute: I principi costituzionali. In Stefano, R., & Paolo, Z. (Org.). *Trattato di biodiritto. Salute e sanità* (p. 28). Milano: Giuffrè.
- Freire Júnior, A. B. (2005). *O controle judicial de políticas públicas*. San Paulo: RT.
- Gaier, R. (2011). *Prestações positivas contra o Estado e a cláusula da reserva do possível*. II Seminário Internacional Brasil-Alemania (Florianópolis/SC). Centro de Estudios Judiciales (CEJ) del Consejo de la Justicia Federal (CJF), Brasília: Serie Cuadernos CEJ, 27. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=E3zeSegl83c>, http://www.youtube.com/watch?v=_Dm5xNsvinI&feature=relmfu y <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/gd/documentos/seriecuadernoscej27brasil-alemanha.pdf>
- Gordillo, A. (2004). El procedimiento administrativo. En *Tratado de derecho administrativo. Tomo IV* (7ª ed.). México: Porrúa.
- Greco, L. (2009). *Instituições de processo civil. V. 1*. Rio de Janeiro: Forense.

- Grinover, A. P., & Watanabe, K. (Coords.). (2013). *O controle jurisdicional de políticas públicas* (2ª ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- Gründler, T. (2012). Le droit à la protection de la santé. *La Revue des Droits de l'Homme*, 215. Recuperado de <http://revdh.files.wordpress.com/2012/06/le-droit-c3a0-la-protection-de-la-santc3a9.pdf>
- Häberle, P. (1972). Grundrechte im Leistungsstaat. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, (30), 49.
- Hershkoff, H. (1999). Positive rights and State constitutions. *The Limits of Federal Rationality Review*, 112(6), 1131-1196. Recuperado de <https://www.mdjustice.org/files/Hershkoff%20-%20Positive%20Rights%20and%20State%20Constitutions.pdf>
- Hesse, K. (1978). Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland. *Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ)*, (5), 427-438.
- Huerta Lara, M. R. (2009). Expansión y justiciabilidad de los derechos sociales en México. *Revista Letras Jurídicas*, (20), 1-15.
- Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. (2012). Código Modelo de Procesos Administrativos –Judicial y Extrajudicial– para Iberoamérica. XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Buenos Aires. Recuperado de <http://www.nupej.uff.br/12062012-aprovado-pelo-instituto-ibero-americano-de-direito-processual-em-buenos-aires-código-modelo>
- Kirchhof, F. (2007). Umfassende Staatsgewalt mit begrenzten Mitteln. In: Isensee, J., & Kirchhof, P., *Handbuch des Staatsrecht*, § 99 Vol. V. Heidelberg: C. F. Müller. Recuperado de <http://www.cfmuller-campus.de/data/resources/e6d3c440447.pdf>
- Lander, H. (1972). 'Anmerkung' zum Urteil des BVerfG vom 18.7.1972 (numerus clausus). *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1941.
- Lise, C.-L. (2006). Le droit à la santé. In Cabriallac, Frison-Roche, M.-A., & Revet, T. (Org.). *Libertés et droits fondamentaux* (12ª ed.) (p. 794). Paris: Dalloz.
- Lopes, J. R. de L. (2010). Em torno da reserva do possível. In Sarlet, I. W. (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Editorial del Abogado.
- Mancuso, R. de C. (2001). A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In Milaré, E. (Coord.). *Ação civil pública*. San Paulo: RT.
- Maurer, H. (2012). *Derecho administrativo alemán*. Ciudad de México: UNAM.
- Medauar, O. (2012). *Controle da administração pública* (2ª ed.). San Paulo: RT.
- Mendes, G. F., Coelho, I. M., & Branco, P. G. (2007). *Curso de direito constitucional*. San Paulo: Saraiva.

- Mendonça, E. (2008). O sentido da vinculação orçamentária e seus limites. In Sarmiento, D., & Souza Neto, C. P. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Morton v. Ruiz. (1974, febrero 20). Nº 72-1052, j. (415). Supreme Court, Washington D.C., U.S. Government Printing Office, United States Reports. Recuperado de <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/415/199/case.html>
- Pascal, E. (s. f.) Welfare rights in State constitutions. *39 Rutgers L. J.*, 863, 869-870. Recuperado de http://org.law.rutgers.edu/publications/lawjournal/issues/39_4/04PascalVol.39.4.r_1.pdf
- Pérez, J. B. (2013). Dret internacional dels drets humans en períodes de crisi: criteris d'aplicació de les obligacions jurídiques internacionals en matèria de drets econòmics, socials i culturals. *Revista Catalana de Dret Públic*, (46). Recuperado de <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/10.2436-20.8030.01.2>
- Perlingeiro, R. (1999). *Execução contra a Fazenda Pública*. San Paulo: Malheiros.
- Perlingeiro, R. (2005). Redefinição de papéis da execução de quantia certa contra a Fazenda Pública. *Revista CEJ*, (31), 68-74. Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=2250524>
- Perlingeiro, R. (2012a). A justiça administrativa brasileira comparada. *Revista CEJ*, XVI(57), 6-18. Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=2196803>
- Perlingeiro, R. (2012b). A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*, (41). Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=2250121>
- Perlingeiro, R. (2012c). O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva, e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde. *Revista de la Procuraduría-General del Municipio de Bello Horizonte (RPGMBH)*, 5(10), 217-227. Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=2241142>
- Perlingeiro, R. et al. (2008). Ier colloque Brésil Espagne France Principes fondamentaux et règles générales de la juridiction administrative. *Revista de Processo*, (33), 253-263. Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=2252882>
- Pieroth, B., & Schlink, B. (2012). *Direitos fundamentais*. San Paulo: Saraiva.
- Plander, H. (1972). 'Anmerkung' zum Urteil des BVerfG vom 18.7.1972 (numerus clausus). *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1941.
- Repercussão geral no recurso extraordinário (RGRE) 631.240/MG. (2011, abril 15). *Prévia postulação administrativa como condição de postulação judicial relativa a benefício previdenciário*. Relator Min. Joaquim Barbosa, Supremo Tribunal Federal (STF) Plenário. Recuperado de <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622055>
- Rolla, G. (2010). *Elementi di diritto costituzionale comparato*. Milano: Giuffrè.

- Sarlet, I. W., & Figueiredo, M. (Org.). (2010). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Editorial del Abogado.
- Sarlet, I. W., & Figueiredo, M. F. (2010). Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In Sarlet, I. W. (Org.), *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Editorial del Abogado.
- Sarlet, I. W., Marinoni, L. G., & Mitidiero, D. (2012). *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT.
- Sarmiento, D., & Souza Neto, C. P. (2008). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Saxton v. Carey. (1978, junio 8). (44), Court of Appeals of New York, Albany, New York State Law Reporting Bureau. Recuperado de <http://judgewidth.org/judicial-compensation/cja-v-governor/legislature/override-budget-hearing/cases/saxton-v-carey.pdf>
- Silva, V. A. (2008). O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In Sarmiento, D., & Souza Neto, C. P. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Silva, V. A. (2011). *Direitos fundamentais* (2ª ed.). São Paulo: Malheiros.
- Sommermann, K.-P. (2013). Soziale Rechte in Stufen: Überwindung einer alten Debatte? In Calliess, C., Kahl, W., & Schmalenbach, K. (Org.), *Rechtsstaatlichkeit, Freiheit und soziale Rechte in der Europäischen Union*.
- Suspensão de liminar ou antecipação de tutela (SLAT) 0047693-29.2011.4.01.0000. (2012, abril 30). *Internação em UTI e tratamento de alta complexidade*. Relator Des. Fed. Olindo Menezes, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Recuperado de www.agu.gov.br/page/download/index/id/9139856
- Suspensão de tutela antecipada (STA) 175. (2010, abril 29). *Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência pública. Sistema Único de Saúde (SUS). Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde*. Relator Min. Gilmar Mendes, Supremo Tribunal Federal, Brasil. Recuperado de <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/noticiario/anexo/sta175.pdf>
- Tesis aislada (constitucional). (2000). 9ª época; Pleno; S. J. F. y su Gaceta; tomo XI. P. XIX/2000. Registro 192 160, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México. Recuperado de http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1008000000000000&Apendice=1000000000000000&Expresion=&Dominio=Rubro&TA_TJ=2&Orden=4&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=3556&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=121&ID=192160&Hit=2424&IDs=192157,192158,192159,192160,192162,192164,192165,192166

- 6,192167, 192168,192169,192183,192191,192192,192195,192196,192197,192286,192288, 192289&tipoTesis=&Semana=0&tabla=
- Torres, R. L. (2009). *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Tushnet, M. (2004). Social welfare rights and the forms of judicial review. *Texas Law Review*, 82(7), 1985-1919.
- Valle, V. L. (2009). *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum.
- Watanabe, K. (2013). Controle jurisdicional das políticas públicas: mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In Grinover, A. P., & Watanabe, K. (Coords.), *O controle jurisdicional de políticas públicas* (2ª ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- Wolf, H. J., Bachof, O., & Stober, R. (2006). *Direito administrativo*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Zaneti Júnior, H. (2013). A teoria da separação dos poderes e o Estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. In Grinover, A. P., & Watanabe, K. (Coords.), *O controle jurisdicional de políticas públicas* (2ª ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- Ziller, J. (2009). Modelli di responsabilità dell'amministrazione in alcuni ordinamenti europei. *Diritto e Società*, (2).