Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

¿EN QUÉ ESTADO DEL DEBATE SE ENCUENTRA LA JURISPRUDENCIA LATINOAMÉRICANA EN CUANTO AL DESARROLLO DEL DERECHO AL MÍNIMO VITAL? ENTRE LA VANGUARDIA Y LA RETAGUARDIA.

WHICH IS THE DEBATE OF LATIN AMERICAN JURISPRUDENCE WITH REGARD TO THE DEVELOPMENT OF THE RIGHT TO THE LIVING MINIMUM? BETWEEN THE AVANTGARDE AND THE RETAGUARD

*Luis Alberto Petit Guerra**

Presentado: 05 de septiembre de 2018 Aceptado: 09 de abril de 2019

SUMARIO.
Este ensayo introduce algunas ideas generales en cuanto a aproximaciones iniciales sobre la noción mínimo vital/existencial en los contextos americano y europeo, para especialmente resaltar el contraste entre los impulsos y direcciones jurisprudenciales en nuestro continente. Desde amplios y novedosos desarrollos jurisprudenciales, hasta los escasos y a veces confusos -e incluso inexistentes en algunos países- se analiza parte de las razones entre la vanguardia y retaguardia en tales orientaciones de una noción así compleja, problemática y esquiva.

PALABRAS CLAVES: Mínimo vital, mínimo existencial, diálogo de sistemas, justiciabilidad de los derechos sociales.

ABSTRACT This essay introduces some general ideas regarding initial approaches on the minimum vital/existential notion in American and European contexts, especially to highlight the contrast between impulses and jurisprudential directions in our continent. From broad and novel jurisprudential developments, to the few and sometimes confused ones -and even non-existent in some countries- part of the reasons between the vanguard and rearguard in such orientations of a complex, problematic and elusive notion are analyzed.

KEYWORDS
Vital minimum, existential minimum, systems dialogue, justiciability of social rights.

* (i) Doctor en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla (España), (ii) Máster en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla (España), (iii) Becario del programa de Doctorado en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional, Universidad de Pisa (Italia); (v) Profesor de postgrado Universidad Central de Venezuela y Monteávila (Venezuela), (vi) conferencista internacional con ponencias y/o investigaciones en Argentina, Bélgica, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, España, Italia, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, (ciudad del) Vaticano, Venezuela, correo electrónico: luispetitguerra@hotmail.com. El presente artículo se constituye dentro de la investigación en derecho Comparado.

ISSN 2413 – 2810, Volumen 8. Nro. 10 Enero – Junio, 2019 • Pág. 56-67

1. A suerte de introito: El contexto (dogmático) para el desarrollo o no del derecho al mínimo vital. Estados formales de derecho en tránsito a Estados constitucionales de derecho.

Este ensayo no se propone analizar la distinta jurisprudencia regional Latinoamericana, solo advertir los pocos países en donde existen ciertos desarrollos de la noción mínimo vital/mínimo existencial, a pesar de contar con tantos elementos históricos en torno a la noción. Por tanto, solo se citan algunas de las primeras intervenciones de algunas Cortes en varias materias. Son algunas reflexiones de cara a elevar este debate en la región.

En muchos de nuestros países es desconocida la temática relativa al «derecho al mínimo vital»; si conviene o no aceptar su existencia, sus predicamentos, exigencias y mecanismos de validación como un derecho fundamental propio. Esto, muy a pesar, de que ya había importantes contribuciones doctrinarias latinoamericanas (1929[1]) en la construcción de dicha categoría; incluso antes de que en Europa se reconociera propiamente el homologo «derecho mínimo existencial» (1950[2]); así como tampoco sea casual, que primero se reconociera en suelo americano el Estado social de derecho (Querétaro, 1917); antes que el Estado social de derecho europeo (República de Weimar, 1919). Estas circunstancias, parecen evidenciar lo que el profesor italiano L. PEGORARO llama falsificación histórica (que atribuye a la lenidad de Latinoamérica en su falta de defensa de sus propias categorías); y en cambio, su afán de "exportar" elementos de otros sistemas, cuando más bien le consta a este investigador, la originalidad en muchos casos que Latinoamérica debería potenciar. En resumen, sin desconocer la experiencia y por ende, los enormes aportes (dada la tradición y la experiencia) del viejo continente en general a temas tan básicos como sistemas constitucionales, democracia y de derechos humanos; en este tema en particular, puede observarse que, por el nivel de las contribuciones por parte de nuestra región, existe con Europa un verdadero diálogo y no un simple monólogo.

Respecto a las causas que motivan tal falta de interés (involuntario o no)

1 CASAÚS ARZÚ, Marta Elena (2013). El pensamiento de Alberto Masferrer en el siglo xxi, en: Cuadernos Americanos, 146, México, n.4, p.72. Disponible: http://www.cialc.unam.mx/cuadamer/textos/ca146-67.pdf

2 La primera doctrina se debe al derecho público alemán: (i) BACHOF, Otto (1954). "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates", in: VVDStRL, nº 12, p. 42-43, (ii) BACHOF, Otto (1954). Der soziale Rechtsstaat in verwaltungsrechtlicher Sicht. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 12: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates; Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik. Berlin: Walter de Gruyter & Co.

para el debate acerca del derecho al mínimo vital se observan algunos elementos de tipo dogmáticos según los cuales, en la mayoría de los sistemas nacionales parece existir una corriente "dominante" en cuanto a la forma en que se debe comprender la estructuración del Estado (formal) de derecho, al postular que según los principios de legalidad y de separación de poderes, solo el poder político (basada en la clásica tesis de la legitimación de origen electoral), es capaz de desarrollar los contenidos de los derechos sociales prestacionales previstos en las distintas constituciones. Esa orientación parece seguir cierta dogmática del derecho con clara orientación liberal de buena parte de las Constituciones; además del influjo que en ese mismo orden de ideas se proyectase (en el pasado) desde la división surgida por los distintos textos universales en derechos humanos (que promovieron la distinción entre derechos de primera generación derechos civiles y políticos frente a los derechos de segunda generación derechos sociales, culturales y económicos). En el mismo sentido, privan elementos de razones de tipo económico, en la inconveniencia de permitir que los jueces puedan dictar sentencias de contenido patrimonial con impactos directos al Fisco.

A partir de tales líneas del pensamiento, se diseñaron sistemas basados en el centralismo de la ley, radicando en el Parlamento la máxima representación soberana. Ahora bien, en esa perspectiva se dejaron fuera varios elementos: No todas las personas tenían derecho a participar en esos parlamentos; porque por un buen tiempo esos sistemas estaban razonados para dejar "fuera" (paradójicamente) a la mayoría; en cuanto a que no todos tenían derecho al voto (por razones de raza, de género o de condición social). Pero más allá de este sesgo, las distintas acciones legislativas, en sí mismas, comenzaron a verse incompletas, imprecisas y muchas veces con lagunas junto a demás omisiones/imprecisiones; ello sin obviar las más de las veces que el poder legislativo, por razones de oportunidad y conveniencia política, decidía (casi siempre en sintonía con el partido de gobierno en el poder ejecutivo) no dictar ninguna ley (omisiones legislativas). En esa línea, el poder legislativo primero (mediante leyes de desarrollo) sería el "único" con competencia para discutir y diseñar las mejores formas de materializar los derechos de sus "electores" (¿ciudadanos?), con ello, aprobar los presupuestos de Estado que presente cada gobierno de turno y velar por el mejor ejercicio de la hacienda pública mediante su control parlamentario. Por su parte, se debía al gobierno con su capacidad de dirección política de los destinos temporales de cada país, la facultad de presentar (para la aprobación del parlamento), los presupuestos que proyecte ejecutar a tales fines; así como en cumplimiento y control de todos los servicios calificados de "públicos" mediante los órganos que componen la Administración. Es decir, los poderes legislativo y ejecutivo serían (principalmente) los encargados de

hacer valer los derechos fundamentales que estaban en las Constituciones. Los derechos ciudadanos seguirían dependiendo de aquel binomio.

Sin embargo, los cambios de los sistemas constitucionales, el desgaste del Estado (formal) liberal de derecho; la llegada del Estado social de derecho (pero no socialista) y la aceptación de la Constitución normativa, permiten sino la superación, al menos la actualización de los principios de legalidad y separación de poderes[3]. En este sentido, se acepta la tesis que ya los derechos fundamentales no valen en la medida de la "política" (circuito Parlamento-gobierno). Los derechos fundamentales son autónomos en el sentido de que valen conforme a cada Constitución, superando la tesis legalista de los derechos fundamentales según la cual, aquellos solo valen si están desarrollados o previstos en la ley.

Pasamos de la Constitución (de principios) propios del Estado formal de derecho a la Constitución (normativa) en ciertos evolucionados Estados sociales de derecho y en algunos Estados constitucionales de derecho; ergo, sistemas en donde se conciben los textos políticos más allá de solo controlar al poder (en cuanto régimen y distribución de competencias), también entendidos como auto aplicativos (normativos) en cuanto contentivos en sí mismos de derechos fundamentales "exigibles", aún sin mediación política (primero del parlamento, luego de la Administración pública que ejerce el gobierno). No podemos olvidar que para llegar acá, fue en Europa después del penoso resultado de las guerras mundiales y de los gobiernos totalitarios (fascistas y comunistas), en donde empezaron a hacer valer derechos fundamentales para que ya no dependieran de las mayorías políticas "de turno", estableciendo un sistema donde los jueces aplicaban directamente las constituciones para darle vigencia a los derechos fundamentales más básicos si se quiere, vitales; sin esperar por la política.

Dicho escenario trajo sin embargo consigo nuevos problemas, (i) desde la clásica "objeción" de que los jueces no pueden hacer "política" en sentido de que no pueden invadir esferas del legislador y del gobierno en cuanto a la realización, modo y forma de los derechos fundamentales; (ii) que los jueces no tienen legitimación (de origen electoral), por tanto, no representan la soberanía del pueblo, en tanto no son legítimos representantes de aquel; (iii) que los jueces no tiene capacidad técnica para ordenar sentencias que impacten costos de la hacienda pública; (iv) que los recursos del Estado son siempre limitados, y que deben formar parte (únicamente) de la agenda política de los órganos legislativo y gubernativo; (iv) que los verdaderos

3 Para mayor ampliación: BONAVIDES, Paulo (2014). Del estado liberal al estado social, Ed. Astrea, Buenos Aires-Bogotá, 11ª ed.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

derechos fundamentales serían los de carácter civiles y políticos (ej. Derecho al voto; derecho al matrimonio; derecho a la propiedad, etc.); y que los derechos sociales, por sus "costos" no son fundamentales, en cuanto a que no pueden ser exigidos ante los tribunales sin una mediación legislativa previa. Dichas objeciones (por importantes que parezcan) han sido superadas con la práctica.

Veamos que en contestación a aquellas objeciones, rápidamente se responde la cada vez más acentuada crisis de (legitimación) de la política (parlamento-legislativo), en cuanto al bajo nivel de participación "electoral", su conocida corrupción, ineficiencia, fanatismo ideológico e irrespeto a las reglas democráticas, así como se niega que los derechos sociales sean más "costosos" que el resto de los derechos civiles y políticos, como se entiende al analizar los casos de los elevados costos asociados para ejercer el derecho al voto, al debido proceso y todo el aparato estatal necesario para ello, el ejercicio del derecho de propiedad con la existencia de registros y costosos funcionarios policiales en su resguardo, etc.[4]. Asimismo, hay otra circunstancia surgida de la cada vez más necesaria intervención ciudadana a través de otros mecanismos de participación más allá del solo derecho de elegir cada cierto tiempo (como las acciones populares o class action, el apoyo en muchos casos de las defensorías del pueblo y en general, en la complementación del poder judicial en este acompañamiento como agentes de cambio social[5]; pero sobre todo de la justicia constitucional[6] cuando se predica autónoma e independiente, para forzar la agenda política ordinaria al denunciar omisiones y anular acciones políticas lesivas a los derechos más fundamentales).

2. De la enseñanza latinoamericana a Europa y de la contestación del viejo continente en ese diálogo de los derechos sociales para la creación posterior del derecho al mínimo vital.

La compleja construcción alrededor de las categorías de los derechos sociales y la posterior concepción del Estado social de derecho, permite encontrar distintas vertientes en su consecución, desde pensamientos conservadores,

4 Cfr., HOLMES, Stephen; CASS R. Sunstein (2015). El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos, Trad. Stella Mastrangelo, Siglo XXI editores, colección derecho y política, 2ª reimpresión, Buenos Aires.

5 SAGÜES, Néstor Pedro (2012). "Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales", en: Direitos Fundamentais Da Pessoa Humana. Um Diálogo Latino-Americano, Editora Alteridade, Curitiba, Brasil.

6 Cfr., TORRES ÁVILA, Jheison (2012). El mandato del Estado social de derecho en la Constitución colombiana: los derechos sociales y el mínimo vital, Ed. Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia, p.107.

¿EN QUÉ ESTADO DEL DEBATE SE ENCUENTRA LA JURISPRUDENCIA LATINOAMÉRICANA EN CUANTO AL DESARROLLO DEL DERECHO AL MÍNIMO VITAL? ENTRE LA VANGUARDIA Y LA RETA - REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 8. Nro. 10 Enero – Junio, 2019 • Pág. 56-67

liberales, progresistas y comunistas, incluso religiosos, que demuestran que no es posible distinguirse un "solo" hecho en cuanto a carta de nacimiento de los derechos sociales y del Estado social mismo[7]. Este tema demuestra que las relaciones de Latinoamérica y Europa en materia de constitucionalismo social van más allá del nacimiento coincidente del Estado social con los textos (primero) de Querétaro 1917 y Weimar 1919. Si Europa aprendió a lo largo de su historia a ser democrática desarrollando la solidaridad después de luchas sociales y políticas en pos de la libertad contra de regímenes totalitarios; en cambio, Latinoamérica ha venido construyendo sus democracias con un enfoque diferente de la falta de libertad; ya que "la pobreza y la desigualdad hacen que millones de personas vivan en condiciones indignas"[8] (ARANGO). De allí que se justifiquen las distintas intensidades (visiones propias) en el desarrollo derecho al mínimo vital.

Entonces, como resultado de la pobreza, el atraso, los distintos movimientos militares de toma del poder (de derechas y de izquierdas), la politiquería (antes que la verdadera política), se ha colocado la Región en la retaguardia en muchas ocasiones en temas relacionados con calidad de democracia y los derechos ciudadanos. Como resultado, la frecuente inestabilidad "política" (social y económica), la falta de confianza en los actores y de la falta de fortaleza en sus instituciones ligadas a la política, incluyendo también al poder judicial cuando es cooptado por la política y minado su confianza por la misma corrupción. Sin embargo, a pesar de tales problemas de los desvíos, en algunos países, la ciudadanía empieza a ganar espacios para plantear nuevas vías de reclamo en pro del respeto de los derechos más fundamentales, aquellos que entendemos ajenos a los colores, preferencias e ideologías de turno.

3. La relación (homogénea) entre el mínimo vital y el mínimo existencial. Aproximaciones doctrinarias más allá de la semántica.

Conscientes de la pluralidad de criterios, acá solo vamos a citar algunas de las opiniones más destacadas. Aunque buena parte de la doctrina consultada aplica en forma asociativa las expresiones «mínimo vital» con «mínimo

7 Cfr., PETIT GUERRA, Luis (2015). El Estado social y los contenidos mínimos constitucionales de los derechos sociales, Ed. Jurídica Venezolana, Caracas.

8 ARANGO Rodolfo (2011). Justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia. Aporte a la construcción de un Ius Commune en Latinoamérica, en: AA.VV. Von Bogdandy, A., Fix-Fierro, H., Morales Antoniazzi M., Ferrer Mac-Gregor, E. (Coords.), Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitucionale Commune en América Latina, , Instituto de Investigaciones Jurídicas Max-Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm.615, México, UNAM, 2011, págs.18, 24, 32.

existencial» (ARANGO[9] , VALLE LAWALL[10], COURTIS[11]) en forma idéntica con «mínimo de subsistencia» o «mínimos sociales» (SÁNCHEZ BLAZQUEZ[12]), e incluso «mínimo de subsistencia» o «mínimo vital» (PACHECHO[13]), otros prefieren usar la expresión «mínimo social» (SANTOS ROCHA[14]) o «estándar elemental» por ser supuestamente más inclusivos (TAMER[15]). Por su parte, y al contrario, para otro importante sector doctrinal existen sendas diferencias en cuanto a sus contenidos y predicamentos (SARLET[16]), al punto de que existiría cierta preeminencia del derecho al mínimo existencial *sobre* el mínimo vital (DONISIETE, MARTIN[17]) basado en la supuesta importancia del derecho al mínimo existencial más que solo mínimo vital (WUNDER[18]).

9 ARANGO, Rodolfo (2005). El concepto de derechos sociales fundamentales, Editorial Legis, Bogotá, 2005, p.234.

10 VALLE LAWALL, Joao Paulo (2015). Síntese do caminho para a realização dos objetivos do Estado Social, Escola Brasileira de Ensino Jurídico na Internet (EBEJI), Ebeji, Brasil. Disponible: https://blog.ebeji.com.br/minimo-existencial-x-maximo-existencial/ (julio, 2017).

11 COURTIS, Christian (2009). "El derecho a la alimentación como derecho justiciable: desafíos y estrategias" (II Cap. Derechos específicos), en: AA.VV., La protección judicial de los derechos sociales, Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría (Coords.), Serie justicia y Derechos humanos, neoconstitucionalismo y sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1ª ed., Ecuador, p.106 (1-700) Disponible: http://www.derechoecuador.com/images/documentos/minjproteccion_judicial_derechos.pdf#page=106

12 SÁNCHEZ BLÁZQUEZ, Víctor (2008). Nuevo sistema de mínimo personal y familiar en la Ley española del Impuesto sobre la Renta de las personas físicas y los principios constitucionales tributarios, en: AA.VV., Memorias de las XXIV Jornadas Latinoamericanas de derecho tributario. Asociación Venezolana de derecho tributario, Isla de Margarita, Venezuela, p.935.

13 PACHECHO RODRÍGUEZ, Miguel (2017), El estado del Estado social. Una culminación pendiente (Prólogo: Derechos sociales en cofres vacíos), colección Teoría y filosofía del derecho, Atelier libros, Barcelona, España, p.70.

14 Cfr., SANTOS ROCHA, Thiago (2017). O papel do mínimo social ante a cláusula da reserva do possível no controle de constitucionalidade brasilero, en: Giustizia Costituzionale e costituzione agli albori del XXI secolo (Capitolo: 6. Nuove tecnologie e sistema di giustizia), A cura di Luca Mezzetti e Elena Ferioli, eBook, Bonomo Editore, Bologna, Italia, pp.1375-1382. Recurso: libro electrónico (1-1400).

15 Cfr., TAMER, Sergio Victor (2005). Atos políticos e direitos sociais nas democracias: um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais. Sergio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, p.219.

16 SARLET, Ingo Wolfang (2015). Dignidad (de la persona) humana, mínimo existencial y justicia constitucional. Algunas aproximaciones y algunos desafíos, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, p.615. Disponible: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3977/29.pdf (febrero, 2015).

17 DONISETE MACHADO, Edinilson; MARTIM HERRERA, Luiz Henrique (2010), O mínimo existêncial e a reserva do possível: ponderação hermenéutica reveladora de um substancialismo mitigado, nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza, CE, Brasil, 2010, p.3293. Disponible: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3480.pdf (julio 2017).

18 Por ej., WUNDER HACHEM, Daniel (2014). Mínimo existencial y derechos económicos y sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas, en Revista

ISSN 2413 – 2810, Volumen 8. Nro. 10 Enero – Junio, 2019 • Pág. 56-67

Todas estas posiciones siempre necesarias e importantes en el debate, en nuestro criterio, parece más cuestiones de preferencias semánticas que de contenidos. En todo caso que entendemos algunas diferencias entre dichas categorías, las mismas son tan sutiles, que lejos de coadyuvar a su desarrollo, producen una "división", cuando más bien, al unísono, ambas (si es que fueren diferentes) plantean la misma finalidad. En definitiva, seguimos el sector que promueve la homologación de ambos términos/categorías[19].

Por consiguiente, pese a que no exista una única definición de este derecho[20], en general parece reconocerse con ARANGO que: "Una persona tiene un derecho fundamental a un mínimo social para satisfacer sus necesidades básicas, si pese a su situación de urgencia el Estado omite actuar, de forma que lesiona sin justificación constitucional a la persona[21]". Su antecedente como práctica real más remota, tuvo lugar en la República Federal Alemana, donde a pesar de no contar con un listado expreso de derechos sociales en la Ley Fundamental (1949), la doctrina propulsó la idea de que el Estado debería garantizar a los ciudadanos un «mínimo social», atribuyéndose por un lado a Otto Bachof la tesis sobre la existencia de un derecho subjetivo que impone recursos mínimos para una existencia digna[22], aunque otros estudios encuentran en Forsthoff ciertas ideas centrales sobre el comportamiento de la Administración con respecto a la prestación de ciertos servicios (derechos) muy relacionados con el tema que nos ocupa[23]. De cualquier

eurolatinoamericana de Derecho administrativo, vol. 1, n. 1, enero/junio, Santa Fe, Argentina, p.102.

19 Entre otros, (i) ARANGO, Rodolfo (2005). El concepto de derechos sociales fundamentales, Editorial Legis, Bogotá, p.234; (ii) LEMAITRE, Julieta (2005). El Coronel sí tiene quien le escriba: la tutela por mínimo vital en Colombia, Yale Law School SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política), Paper n.43, p.3. (en nota de pie de página). Disponible: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/43

20 CARMONA CUENCA, Encarnación (2012). El derecho a un mínimo vital con especial referencia a la constitución española de 1978, Estudios Internacionales, (nro. 172), (Chile, Universidad de Chile, Instituto de Estudios Internacionales). Disponible: file:///C:/Users/VISTA/Downloads/23587-92112-1-PB.pdf. (Fecha de la consulta: marzo, 2015).

21 ARANGO, Rodolfo (2002). Promoción de los derecho sociales constitucionales por vía de protección judicial, en: El Otro Derecho, núm. 28, Ed. Ilsa, Bogotá D.C., Colombia, p.114..

22 WUNDER HACHEM, Daniel (2014). "Mínimo existencial y derechos económicos y sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas", Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, nro.1, vol.1, Universidad Nacional del Litoral Santa Fe, Argentina. Disponible: http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/ojs/index.php/Redoeda/article/view/4609/7036 (Fecha de la consulta: enero, 2016), p.100.

23 Es la tesis que leemos con MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1962). La configuración jurídica de la administración pública y el concepto de "Daseinsvorsorge", Madrid, España, pp.35-65 (Disponible: file:///C:/Users/Michelle/Downloads/1962_038_035.PDF

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

modo, el impacto de esta doctrina se verifica al ser desarrollada por vía jurisprudencial, consistente en establecer la existencia de **unos servicios básicos deben ser otorgados por el Estado**, a partir de una interpretación sistémica del texto constitucional o Ley Fundamental (LF) desde el "principio" del «Estado social» (Art.20 LF) conjuntamente con el valor «dignidad» (Art.1º LF). Toda una novedad en el campo de las fuentes del "derecho" para lo cual se conjugaron varios órganos (Tribunal Contencioso Administrativo 1953 y Tribunal Constitucional Federal 1954); resaltando más el último (BVerfGE), (i) al precisar la aplicación de esta categoría frente a las «acciones» pero también frente a las «omisiones» del legislador; y, (ii) llegar mucho después a considerarlo en sí mismo como un «derecho fundamental innominado» (TCF -1990-).

Pues bien, la circunstancia que haya sido a través de un tribunal la incorporación de un derecho subjetivo al mínimo vital luce polémico, en virtud que pudiera contrariar los principios de democracia y separación de poderes; constituyendo desde nuestro punto de vista una "invasión" (pero solo aparente) de competencias de la justicia constitucional en la esfera del legislador. En aquel antecedente, una vez que fue creado este derecho (jurisprudencial), aquel Poder judicial *defiere al poder legislativo entonces, a la política para que diseñe su forma de materialización*, que en el caso alemán, inicialmente conllevó a la expedición de la Ley Federal sobre Asistencia Social. Por esto, se habla de la especial deferencia al legislador para que precise el alcance y forma de materializar ese derecho. El derecho al mínimo vital considerado como un derecho "propio" del Estado social, aparece para *maximizar* los derechos sociales fundamentales (*tan* subestimados desde la llegada del Estado liberal), ante la falta de respuestas "inmediatas" (con motivo de la lentitud de los largos y complejos procesos legislativos y sobre todo, como consecuencia de la normatividad de las Constituciones).

Hoy día, en Latinoamérica, como veremos se ha venido proyectando cada vez más y superar en buena medida- a su propuesta original europea mediante un amplio activismo por varias Cortes, allí donde la distancia geográfica, idiomática, cultural, política e ideológica, no ha podido frustrar tales "encuentros" en defensa del mínimo vital. Con la interacción de operadores, la categoría del derecho al mínimo vital/existencial puede encontrarse en diversa jurisprudencia en países tan "disímiles":

A los solos fines ilustrativos podemos mencionar las distintas "iniciativas"

acerca de la creación del mínimo vital en las distintas Cortes. En **Europa**, desde su promotor *Alemania* (con el Tribunal Contencioso Administrativo, al interpretar la obligación estatal a partir de Ley Fundamental de Bonn, BVerGE (78), 1953, hasta que el Tribunal Constitucional Federal un año después, declaró a existencia del derecho al mínimo vital, BVerGE, 40, 121 (133), 1954, sigue con *Portugal* (Tribunal Constitucional, Acórdão **Nº509/2012,** Processo nº 615/12, 1ª Secção), junto a *España* (Tribunal Constitucional, Nro. 3534, Pleno, Sentencia 19/2012, de 15 de febrero de 2012, Recurso de inconstitucionalidad 1046-1999) hasta llegar a *Suiza* (Corte Suprema, Schweizerisches Bundesgericht (Bger) Lausanne, II. Öffentliche Abteilung, 29, September 1995, EuGZ 1996).

En **Latinoamérica**, empieza *Brasil* (Supremo Tribunal Federal, Fallo Suspensión de Tutela Anticipada (STA) 174/1988), seguido por *Colombia* (Corte Constitucional, C-479/1992) y en menor medida *Perú* (Tribunal Constitucional, Exp. **N°1417-2005-AA)** y después, México (Suprema Corte de Justicia de la Nación en tesis 1a. CCL/2007) lideran el grupo, en donde quizá por "defecto" del sistema político ordinario; por ejemplo, en respuesta de las tantas omisiones legislativas), se consigue un amplio (y positivo) activismo judicial para la defensa de los derechos fundamentales. En virtud de ello, se viene afirmando que para "los comparativistas europeos América Latina representa uno de los más estimulantes laboratorios de investigación[24]".

Es con tales premisas, el derecho fundamental al mínimo vital/existencial surge tan contradictorio como desde sus propios orígenes porque se trata no de una creación del poder legislativo, sino de una creación pretoriana. Esta noción, podría muy bien encuadrar en lo que se conoce como *diritto giurisprudenziale*[25] y como hemos visto, dichas Cortes a través de sus complejas y muchas veces criticadas decisiones (*políticamente hablando*) "toman" partida de la concepción normativa de la Constitución, ordenando al poder político ejecutar una serie de medidas/acciones en un conjunto de "derechos" especiales (*en plural: a la salud, a las pensiones, a la educación, etc.*) compartiendo en común la existencia de un derecho al mínimo vital (*en singular*) en cada una de las situaciones decididas.

24 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (2014). La búsqueda de una nueva tipología explicativa de los sistemas de justicia constitucional, en: AA.VV., Justicia constitucional comparada, Silvia Bagni (Coord.), Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, n.106, Editorial Porrúa, México, p.162.

25 Como se afirma en: SALAZAR, Carmen (2000). Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientanenti e tecniche decisorie della Corte Costituzionale a confronto, Quaderni del Dipartamento di Scienza e Storia del Diritto, Facoltà di Giurisprudenza, Università Degli Studi Di Catanzaro 'Magna Graecia", G. Giappichelli Editore, Torino, Italia, p.181,

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

Por último, a este liderazgo de la región se suma otro elemento, al plantearse el derecho a una existencia digna como derecho humano por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que estableció en Opinión Consultiva (y por ende dentro del sistema convencional de derecho), el **reconocimiento de un derecho al mínimo vital**, "cuyo concepto está atado al principio de la dignidad (artículo 11 de la Convención Americana), correspondiente a las necesidades más básicas y esenciales de la persona y de su familia" (CIDH, Opinión Consultiva OC-22, 26 de febrero 2016). Con ello, la CIDH "pudiera" generar cierta influencia en las *otras* Cortes internas de los países de la región.

4. Breves conclusiones (jamás definitivas).

Todas estas cuestiones revelan que la "política" y la "justicia constitucional" deberían emplearse (más a fondo) en pro del ciudadano y preparar una (futura) agenda conjunta. Es ahora cuando luce más que vigente la sugestiva frase de Dworkin (*de tomarse los derechos en serio*) que se ha sido empleada por otros para extenderse a *todos los derechos sociales* (PRIETO SANCHÍS; CASAL; GOMES CANOTILHO), y que con el mismo sentido decimos ahora **deberíamos tomarnos en serio el derecho al mínimo vital**. Mientras sigan existiendo (y cada vez son más) ciudadanos "invisibilizados" por los sistemas que no pueden seguir esperando por más discursos desde cierta racionalidad política (que requieren de sus derechos sociales fundamentales en forma urgente: vivienda, alimentación, educación, salud) más allá de un largo debate de creación de la ley; de la aprobación de los recursos, queda a la justicia constitucional (sin sustituir a la política) el ir llenando esos espacios.

Pero atención con los desarrollos de la política. **No podemos confundir el derecho mínimo vital con dádivas y demás subvenciones políticas con fines ideológicos para los más débiles del sistema**, porque más que derechos, puede ser empleado como un verdadero ejercicio de servidumbre ideológica. Solo un poder judicial (independiente y autónomo) comprometido con los valores constitucionales y los derechos humanos, sin parcialidad política, es capaz de asumir una actitud progresiva en el sentido "noble" de la expresión para desarrollar los contenidos de la Constitución material ante las evidentes faltas de la política ordinaria. Es decir, jueces que puedan permitir que la política pueda desarrollar el derecho al mínimo vital y al mismo tiempo, que controlen a ese mismo poder por sus omisiones (dejar de actualizar la Constitución); o por sus acciones (al limitar y afectar otros derechos vitales). Jueces que sean capaces de ser actores "no políticos", que no representan ninguna ideología sino verdaderos garantes de los derechos en la pluralidad.

ISSN 2413 – 2810, Volumen 8. Nro. 10 Enero – Junio, 2019 • Pág. 56-67

Todavía es hora que los juristas latinoamericanos (comprometidos con la pluralidad y los valores democráticos de ayuda a los más débiles) no sigamos *clichés* ni las cómodas zonas de confort de aplaudir de pie a cada gobierno de turno. Defendamos (sin soberbia) la originalidad de nuestras ideas valorando el legado que dejó MASFERRER (en el Salvador, 1929) en la construcción doctrinal del «derecho al **mínimo existencial**»; la originalidad en la creación del Estado social como categoría constitucional (en México, 1917) y el liderazgo de la jurisprudencia de algunos países junto al papel rector de nuestra Corte Interamericana de DDHH en cuanto al reconocimiento regional del derecho al mínimo vital. La reciente incorporación de la noción a nivel constitucional del Estado de la Ciudad de México[26] puede ser buen indicio. Con todos estos elementos, salvo algunas excepciones en aquellos países que se colocan en *retaguardia*[27], podemos afirmar que nuestra región va a la *vanguardia* en el desarrollo del **derecho al mínimo vital** como se evidencia del papel activista de las altas Cortes de Colombia y Brasil, seguidos en menor grado por Perú y México, pero sobre todo los dos primeros, superando con creces a la propia jurisprudencia europea en estos temas por su innovación y extensión.

Es momento de propiciar más diálogo y más debate. Después sabremos hasta donde llega la cultura democrática de nuestros Estados de ponerse al lado de sus ciudadanos en la construcción sugerida en la agenda social que ha venido presentando la CIDH.

26 "(…) el 31 de enero de 2017, la Asamblea Constituyente aprobó y expidió la Constitución Política de la Ciudad de México, fecha emblemática que coincidió con la promulgación del Acta Constitutiva de la República Mexicana de 1824, así como con la sesión solemne que suscribió la Constitución de 1917". ENCINAS RODRÍGUEZ, Alejandro. La Constitución de la Ciudad de México. El rescate de lo público y de lo social, en: El Cotidiano, núm. 203, mayo-junio, 2017, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco, Distrito Federal, México, pp. 33-35 [mayo, 2018]

27 Por ejemplo, en el caso de Venezuela, destaca la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, cuando en sentencia 1369/2001 del 03 de agosto, evitó entrar al fondo respecto al alegato de los demandantes sobre la existencia del derecho al mínimo vital sobre una demanda colectiva de un sindicato que pedía la anulación de un decreto presidencial por violatorio al salario mínimo vital.