

LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS SOCIALES

Por Taluana Wenceslau Rocha

RESUMEN

El derecho a una vida digna es proclamado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esta condición debe ser proporcionada por los Estados y por la cooperación internacional. Las constituciones de la mayoría de los países occidentales reafirman los derechos sociales incluidos en esos tratados internacionales, tales derechos son promovidos por el gobierno principalmente a través de las políticas públicas. La posibilidad de control judicial de las políticas públicas es mecanismo de garantía de los derechos humanos. El tema se desarrollará con énfasis en la doctrina y la legislación brasileña.

PALABRAS CLAVE

Derechos Humanos. Derechos Sociales. Poder Judicial. Políticas Públicas.

THE JUDICIAL REVIEW OF THE SOCIAL HUMAN RIGHTS

By Taluana Wenceslau Rocha

ABSTRACT

The right to a dignified life is proclaimed by the Universal Declaration of Human Rights and by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. This condition must be assured by the States and by the international cooperation. The most of the western countries constitutions restate the social rights included in these international treaties. These rights are promoted by the Government especially with the public policies. The public policies judicial review is a mechanism of human rights protection. The issue will be developed stressing the Brazilian law and doctrine.

KEYWORDS

Human Rights. Social Rights. Judicial Review. Public Policies.

LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS SOCIALES (THE JUDICIAL REVIEW OF THE SOCIAL HUMAN RIGHTS)

Por Taluana Wenceslau Rocha*

I) Los derechos sociales como derechos humanos

La busca por la armonía de las naciones, internamente y en sus relaciones internacionales, tuvo su marco con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, después de un mundo traumatizado por los resultados nefastos de la intolerancia, de la ganancia desenfrenada y de la crueldad, vividos durante la segunda gran guerra mundial ocurrida en menos de medio siglo.

La creación de las Naciones Unidas en 1945 y la proclamación de la Declaración en 1948 representan el deseo y la necesidad de establecerse una convivencia pacífica y fraterna entre las naciones. El Documento Internacional ofrece fundamentos para consolidar la condición de dignidad de la persona humana, siendo el hito inicial de la afirmación y positivación de los derechos humanos, los incluyendo en la agenda internacional como un tema global (LAFER, 2005, 82).

Esta Declaración introduce la concepción contemporánea de derechos humanos, caracterizada por la universalidad y la indivisibilidad de estos derechos (PIOVESAN, 2004, 21). Su universalidad se refiere a la extensión universal de los derechos humanos, significa que la condición de persona es el requisito único para la titularidad de derechos. La indivisibilidad dice respecto a la relación entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, económicos y culturales, que son interdependientes entre sí. Los derechos humanos componen una unidad indivisible, interdependiente e interrelacionada.

Los artículos 1º a 3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ofrecen el fundamento de los demás, los artículos 4º al 21 engloban los llamados derechos civiles y políticos. En su artículo 22 la Declaración consagra el derecho a la realización de los denominados derechos económicos, sociales y culturales indispensables a la dignidad de toda persona y al libre desarrollo de su personalidad. El esfuerzo de los Estados para materializarla abarca el direccionamiento y la organización de los recursos materiales necesarios, lo que demanda la actividad planeadora de la Administración Pública con la finalidad de interés público orientada por el principio de la eficiencia.

* Alumna de la Maestría de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (2009-cursando)/Facultad de Derecho-UBA. Licenciada en Derecho por la Universidade Federal de Goiás/Brasil.

Correo electrónico: taluanawenceslau@yahoo.com

El grupo de estos derechos son detallados al largo de los artículos siguientes, del 23 al 28. Con el artículo 25 proclamando el derecho a un patrón de vida capaz de asegurar salud, bien estar, inclusive alimentación, vestuario, vivienda, cuidados médicos y servicios sociales indispensables

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social

El artículo 26 es de extrema importancia por tratar del derecho a la educación, un de los más elementares, por ser presupuesto de la posibilidad de ejercicio pleno de la ciudadanía. Este artículo enuncia directrices (párrafo 1) para la universalización del derecho a la educación: gratuidad de la instrucción al menos en los grados elementares y fundamentales, obligatoriedad de la instrucción elemental, igualdad formal (en función de los méritos respectivos) de acceso a los estudios superiores. La participación libre en la vida cultural y artística y en el proceso científico, protegida su producción, es el contenido del artículo 27 de la Declaración, como un prolongamiento de la libertad de pensamiento y del derecho de educación.

La Comisión de los Derechos Humanos optó por concentrarse inicialmente en la elaboración de la Declaración, pero ya había decidido que su segunda tarea sería la preparación de un instrumento jurídico de contenido legal y fuerza obligatoria. Con todo, las discordancias fueron muchas sobre varios aspectos de la cuestión, y en particular sobre las distinciones y similitudes del que fue denominado de dos categorías diferentes de derechos, los civiles y políticos de un lado, y los económicos, sociales y culturales de otro. Por esto, en 1952, la Asamblea General de las Naciones Unidas resolvió que los instrumentos jurídicos deberían ser dos, con tantas provisiones semejantes cuanto posibles, para ser aprobados y abiertos a firma simultáneamente, de modo a señalar la unidad de objetivos.

De cualquier modo, en vez de un único documento, fueron creados dos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos adoptados en 1966 y considerados en vigor a partir de 1976, cuando obtuvieran el número de ratificaciones mínimas necesarias.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales abarca de manera amplia y genérica el escopo de promoción y protección de esos derechos humanos. Este Pacto describe, profunda y amplia los derechos de la persona humana como ser social, establecidos en los artículos 23 a 27 de la Declaración de 1948 (ALVES, 1997, 44). Mientras que el entendimiento cuanto a los derechos civiles y políticos ya era lo de que su implementación se torna obligación inmediata, sin condicionantes, para los Estados-partes, en favor de todos los individuos sobre su jurisdicción, lo texto del artículo 2º del Pacto de Derechos Sociales fue usado para argumentar diferentemente cuanto a esos derechos.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que los Estados que lo ratifican asumen el compromiso de "adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas

legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos" (artículo 2°, 1 – subrayado nuestro).

Sin embargo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales elaboró la Observación General nº 3, a respecto de la índole de las obligaciones de los Estados Partes. Se concluye que el texto del Pacto objetiva reconocer que la efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo, lo que no implica en que no ha sido impuesta una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo.

Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendientes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.

(...) conviene que los Estados Partes indiquen en sus informes no sólo las medidas que han adoptado sino también en qué se basan para considerar tales medidas como las más "apropiadas" a la vista de las circunstancias. No obstante, corresponde al Comité determinar en definitiva si se han adoptado o no todas las medidas apropiada (NACIONES UNIDAS, 1990, 16).

El Brasil, como miembro de la Organización de las Naciones Unidas, aprobó la Declaración, además de ser signatario del Pacto de Derechos Económicos, Culturales y Sociales. Su vigente Constitución Federal coaduna-se con los objetivos universales. La elevación de la cualidad de vida de la población brasileña demanda un programa adecuado de medidas gubernamentales de carácter social, bien como, se discute la posibilidad y los límites del control judicial de las políticas públicas como medio de asegurar la persecución de los derechos previstos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

II) La construcción del Estado Democrático de Derecho

Se el Estado Liberal estableció la garantía de los derechos civiles y políticos, el Estado Social, y más adelante, el Estado Democrático de Derecho se fundaron en la necesidad de garantizarse la condición de dignidad y la cualidad de vida de un ciudadano libre, igual en derechos, y con poder de escoger sus representantes en Estados con la tripartición del poder (BONAVIDES, 2004, 57-62).

Con lo todo, a de se considerar que la distinción entre las dos categorías de derechos humanos parte del modelo del Estado Liberal, reflejando matrices políticas-ideológicas diferentes (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, 47/48). La idea de la función no interventiva del Estado compone la concepción política dominante de cierto período histórico y no debe ser mirada como un modelo definitivo y adecuado. A decir, la verdad es que especialmente los países de la América Latina han adoptado, desde final de los años 80, modelos explícitos de constitucionalismo social.

Distingue Bobbio la democracia formal, que dice respecto precisamente a la forma de gobierno, de la democracia substancial, que se refiere al contenido de esta forma. Ya la democracia política es la esfera en que el individuo es considerado como ciudadano, del que se diferencia de la democracia en la esfera social, donde el individuo es considerado en la multiplicidad de su *status* (BOBBIO, 1992, 157-158).

Cuarenta años después de la aprobación de la Declaración, cupo a la Constitución Federal brasileña, promulgada en 1988, buscar conciliar efectivamente la democracia formal y política con la democracia substancial y

social. Al cualificar el Estado como Democrático y en el como de Derecho, el texto constitucional (art. 1º, *caput*) promovió la irradiación de los valores de la democracia sobre todos los elementos constitutivos del Estado, incluyendo la orden jurídica (SILVA, 2003, 119).

El modelo brasileiro establecido por la Constitución de 1988 es lo de una democracia social, participativa y pluralista. Los derechos sociales y los económicos son de naturaleza igualitaria, sin ellos los demás no se efectúan realmente y los tradicionales valores democráticos, la libertad y la igualdad, quedan perjudicados. El principio participativo caracteriza-se por la participación directa y personal de la ciudadanía en la formación de los actos de gobierno. El Estado Democrático de Derecho consagra el principio pluralista con un de sus principios fundamentales, erigido en el respecto a la persona humana y la diversidad de ideáis, culturas y etnias, promoviendo la integración social (SILVA, 2003, 141).

Además de establecer la dignidad de persona humana como un de los fundamentos de la República Federativa del Brasil (artículo 1º, inciso III), la Carta Magna brasileña prevé en su artículo 6º los derechos sociales, cuales sean: la educación, la salud, el trabajo, la vivienda, al descanso, la seguridad, la previsión social, la protección a la maternidad y a la niñez y la asistencia a los desamparados. Estando también presentes en varios otros dispositivos, como los derechos del trabajador en el artículo 7º, el capítulo referente a la Orden Social (artículos 193 la 204), y dispositivos encontrados entre los artículos 205 la 232.

Actualmente, con 20 años de existencia de la Constitución brasileña y 60 años de la Declaración Universal, se observa que muchas conquistas fueron obtenidas en el área social, pero una efectiva democracia social todavía precisa ser concretizada.

III) El papel constitucional del Ministerio Público

Inserido en la nova hermenéutica constitucional, instaurada con la Constitución Federal de 1988, el Ministerio Público obtuvo nuevo papel, con un posicionamiento peculiar y específico. Institucionalmente, no constituye ninguno de los tradicionales tres poderes del Estado, sin embargo detenga regímenes jurídicos equivalentes al de esos, con estructura idéntica al que se refiere a la autonomía, garantías y prerrogativas (RITT, Eduardo, 2002, 149).

Las garantías constitucionales conferidas al Ministerio Público objetivan permitirle el pleno e independiente ejercicio de sus funciones. La práctica de actos atentatorios al su libre ejercicio es crimen de responsabilidad del Presidente de la República, según el artículo 85, inciso II, de la Constitución. Son garantías de la institución: la autonomía funcional, administrativa y financiera (art. 127, §2º, CF y art. 3º de la Ley Orgánica Nacional); destitución del Procurador-Geral de la República y de los Procuradores-Generales de Justicia dependientes de autorización de la mayoría absoluta de los miembros del Poder Legislativo (art. 128, §§ 2º y 4º, CF). Por otro lado, las garantías de los miembros son: la vitalicididad, la inamovibilidad y la irreductibilidad de subsidio.

Según el artículo 127, *caput*, de la Constitución Federal, el Ministerio Público desempeña función esencial a la actividad jurisdiccional (lo que lo inserta en el contexto del acceso a la justicia), siendo designado como defensor del régimen democrático y de la orden jurídica. Su regulación está vinculada a las normas constitucionales (reglas y principios), lo que importa en la promoción de todos los derechos y condiciones que correspondan a la defensa del Estado Democrático de Derecho y de los derechos fundamentales (BELLO, 2007, 301).

En su papel de función esencial a la Justicia, el miembro del Ministerio Público actúa normalmente junto al Poder Judicial, sea en el área preventiva o en fase posterior a la violación de la ley. El Ministerio Público contemporáneo está encargado de asegurar el acceso del ciudadano a la prestación jurisdiccional y a la Justicia, bien como por la defensa constante del interés público primario.

La Constitución Federal enumera, en el artículo 129, algunas de las funciones del Ministerio Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Esto rol es meramente ejemplificativo, porque el Ministerio Público brasileño puede y debe ejercer otras funciones compatibles con sus finalidades constitucionales, vedada la representación judicial y la consultoría jurídica de entidades públicas (MORAES, 2005, 541). La Ley Orgánica Nacional del Ministerio Público (Ley nº 8.625/93) acrecienta otras funciones ministeriales, y las constitucionales estatales y las leyes orgánicas de cada Ministerio Público también pueden hacerlo.

El *parquet* brasileño asume el papel de guardián de la supremacía constitucional y de la integridad del ordenamiento jurídico como un todo para que no sea agredido por las autoridades públicas y por los propios ciudadanos, disponiendo de diversos instrumentos para tanto, sean mecanismos judiciales (acción penal, *habeas corpus*, 'mandado de segurança', acción civil pública, acción directa de inconstitucionalidad, representación para fines de intervención de la Unión y de los Estados) o extrajudiciales (instauración de 'inquérito civil público' y de procedimiento administrativo, realización de audiencias públicas, prepositura de recomendaciones y celebración de Termos de Ajustamiento de Conducta).

El Ministerio Público recibió la tarea constitucional de dar efectividad a los derechos fundamentales, por lo tanto, es uno de los instrumentos de efectución de la ciudadanía (RITT, 2002, 162). Su mayor desafío contemporáneo es la tutela de los intereses sociales e individuales indisponibles, promoviendo las medidas necesarias a su garantía junto al Poder Público.

Los operadores del Derecho necesitan adoptar una nueva postura y superar ciertas antiguas concepciones dogmáticas y formales del Derecho, que todavía persisten pero que no conciben con los paradigmas del Estado Democrático de Derecho. Mientras componente del amplio principio del acceso a la Justicia, la legitimidad del Ministerio Público debe ser ampliada y estructurada para que encuentre y consolide su espacio en la protección de la orden jurídica constitucional, de la democracia y de los derechos fundamentales del ser humano.

IV) La defensa de los intereses colectivos en el juicio brasileño

1. Para comprender los intereses colectivos

La expresión intereses colectivos, en sentido lato, se refiere a intereses transindividuales, de grupos, clases o categorías de personas, y esta es la acepción adoptada por la Constitución Federal al emplear los términos derechos colectivos en el Título II, e intereses colectivos en el inciso II del artículo 129 (MAZZILLI, 2006, 52).

La Ley de Acción Civil Pública (Ley nº 7.347/85) sufrió alteración en su artículo 1º, inciso IV ("la cualquier otro interés difuso o colectivo"), y en el artículo 21 ("defensa de los derechos y intereses difusos, colectivos y individuales") por medio del Código de Defensa del Consumidor (Ley nº 8.078/90). Este Código también se refiere a los intereses colectivos en sentido lato al disciplinar la acción colectiva (arts. 81, párrafo único, y 87) que visa la defensa de los derechos colectivos en sentido estricto y la de los derechos y intereses difusos y individuales homogéneos.

En el escopo de mejor comprender la defensa de los intereses colectivos en juicio, se presentan los conceptos elaborados por Mazzilli (2006, 48-58) teniendo como parámetro la redacción de la legislación consumiera.

Los intereses colectivos en sentido amplio serían los intereses transindividuales, situados en posición intermediaria entre el interés público y el privado, porque son compartidos por diversos titulares individuales reunidos por la misma relación jurídica o fáctica y hay el reconocimiento de la necesidad de que el acceso individual de los interesados a Justicia sea substituido por un proceso colectivo.

El Código de Defensa del Consumidor distinguió los intereses transindividuales de acuerdo con su origen. Los intereses difusos son intereses de objeto indivisible, compartidos por personas indeterminables, vinculadas por circunstancias de hecho conexas. Pueden coincidir con el interés de la sociedad como un todo, mas con él no se confunde, porque también pueden decir respecto a grupos más específicos, como el de consumidores de un cierto producto. Lo que los caracteriza es la indivisibilidad de su objeto, que no puede ser dividido entre los interesados, sino percibidos por todos sin individualización (como ejemplo, el medio ambiente). Por su vez, los colectivos en sentido estricto son los intereses transindividuales indisponibles de un grupo, categoría o clase de personas determinadas o determinables, reunidas por una misma relación jurídica básica.

Con la finalidad de diferenciar los dos intereses, Mazzilli ofrece el ejemplo de acción civil pública ofrecida por el Ministerio Público del Trabajo para la declaración de nulidad de cláusula de contrato, acuerdo colectivo o convención colectiva que viole las libertades individuales o colectivas o los derechos individuales indisponibles. En el que concierne a los actuales trabajadores el interés será colectivo (grupo determinado), y en relación a los trabajadores futuros, el interés será difuso (grupo indeterminable). Ya cuanto a los intereses individuales

homogéneos, las personas determinadas o determinables comparten perjuicios divisibles, de origen común, normalmente provenientes de las mismas circunstancias de hecho.

Lo que nos interesa en el presente artículo son los intereses transindividuales de carácter social que fueron reconocidos por el ordenamiento jurídico y así, establecidos como derechos sociales.

2. La defensa de los derechos colectivos en juicio

La acción civil pública es una acción colectiva, como también lo son el mandado de seguridad colectivo y la acción popular, disciplinada en la Ley n° 7.347/85. Ese instrumento judicial visa a la defensa de intereses transindividuales, propuesto por diversos co-legitimados activos: el Ministerio Público; la Defensoría Pública; la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios; la autarquía, empresa pública, fundación o sociedad de economía mixta; y la asociación que esté constituida hace por el menos 1 (un) año nos términos de la ley civil y incluya, entre sus finalidades institucionales, la protección al medio ambiente, al consumidor, a la orden económica, a la libre competencia o al patrimonio artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico.

Son tres las causas que determinan la actuación del Ministerio Público en el proceso civil: a) la existencia de un interés indisponible ligado a un individuo; b) la existencia de un interés indisponible ligado a una relación jurídica; c) la existencia de un interés, mismo que no propiamente indisponible, contenido de suficiente alcance o repercusión social, que aproveche en mayor o menor medida a toda la colectividad.

Mazzilli, al hacer un estudio genérico sobre la acción civil pública, resalta la su aplicación para cuestionar políticas públicas, cuando del ejercicio de sus funciones en el cuidado para que los Poderes Públicos y los servicios de relevancia pública observen los derechos asegurados en la Constitución, conforme su artículo 129, II (2006, 119). La su acción en este caso tendría carácter político en el sentido técnico de la expresión, lo que significa que el Ministerio Público puede legítimamente cuestionar actos de gobierno que, entre otras hipótesis, lesionen el principio de la legalidad, configuren desvío o abuso de poder, o divergían de los principios de la administración pública.

En el cumplimiento de las decisiones proferidas, la acción civil pública sigue el reglamento de las acciones colectivas y observa el proceso civil común compatible.

V) Los derechos sociales y el implemento de Políticas Públicas

La clasificación de los derechos humanos en dos clases de derechos es relativa, existiendo niveles de obligaciones estatales que son comunes a ambas categorías de derechos (COURTIS, 2001, 198). Sin embargo que cuanto a los derechos sociales efectivamente predomine la necesidad de acciones positivas (de hacer) del Estado, también hay conductas que son de solamente respetar los derechos o de no impedir su ejecución. Por otro lado, los derechos civiles y políticos necesitan de acciones del Estado en muchos casos para su implementación y no solamente de la abstención del gobierno. Las diferencias son de grado, más que diferencias substanciales.

Sin embargo que hayan varios otros medios, no comprometedores de las reservas presupuestarias (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, 33-36), por los cuales el Estado puede asegurar su goce, los derechos sociales demandan una actuación más activa para que esos derechos sean garantizados. Con lo tanto, la consecución de prestaciones positivas que están enunciadas en normas constitucionales es de observancia obligatoria.

Los derechos sociales previstos en la Constitución Federal brasileña son agrupados, por José Afonso da Silva (2003, 286), con base en los artículos 6º a 11, en seis clases: i) derechos sociales relativos al trabajador; ii) derechos sociales relativos a la seguridad, comprendiendo los derechos a la salud, a la provisión y a la asistencia social; iii) derechos sociales relativos a educación y a cultura; iv) derechos sociales referentes a vivienda; v) derechos sociales referentes a la familia, niñez, adolescencia y vejez; vi) derechos sociales relativos al medio ambiente.

La justiciabilidad de los derechos sociales, o el activismo judicial, asume papel relevante en el proceso de consolidación de la democracia y avance de la ciudadanía. Ora, la prestación de los derechos sociales previstos en la Constitución, en la Declaración Universal, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, allá de otros documentos internacionales, debe ser realizada por los gobiernos por medio de políticas públicas, preponderantemente, sean sociales, referentes a los servicios esenciales y públicos, o compensatorias (LOPES, 1994, 259).

La posibilidad de demandar los derechos sociales en caso de su incumplimiento es la principal característica a calificar su existencia como derecho pleno (COURTIS, 2001, 210). Los derechos sociales componen los derechos humanos bien como los derechos civiles y políticos, de acuerdo con su carácter de indivisibilidad. Algunas características predominan más en unos de que en los otros, lo que no resulta en que los derechos sociales no tengan valor jurídico.

Esos derechos dependen, en regla, para su eficacia, de actuación del Legislativo y del Ejecutivo. La acción concreta del Estado ocurre con la política pública, que, jurídicamente, es un complejo de normas y decisiones (COURTIS, 2001, 257/258).

Políticas públicas son actividades gubernamentales compuestas de decisiones y normas que pretenden a realización de ciertos objetivos con fines colectivos y sociales. Son instrumentos esenciales para que el Estado cumpla su deber de gestión del bien público y provea el pueblo que el constituye de condiciones materiales mínimas para la garantía de la dignidad.

Las políticas públicas son acciones administrativas para el cumplimiento de las normas constitucionales y legales, de esta manera, el legislador y la administración están vinculados a su implementación, ya que se encuentran explicitadas en leyes integradoras, para ser cumplidas para la realización de los derechos sociales establecidos constitucionalmente (FRISCHEISEN, 2000, 93).

El poder es uno y indivisible, a pesar de ejercido separadamente de acuerdo con las tres funciones esenciales del Estado: Legislativo, Ejecutivo y Judicial (art. 2º, CF). Las funciones típicas del Poder Legislativo son legislar y fiscalizar. De este modo, cabe a las casas legislativas elaborar normas, observada las reglas del proceso legislativo; además de fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operacional y patrimonial del Poder Ejecutivo (art. 70, CF).

La función precípua del Poder Ejecutivo es la práctica de los actos de jefatura de estado, de gobierno y de administración del bien público. Sus actos atenden a los principios de la Administración Pública (art. 37, caput, CF) y son vinculados a incumbencia, a forma y a finalidad, que es el interés público.

Con el escopo de efectuar los derechos humanos, se atribuye al Poder Judicial la función de realizar la justicia social en cada caso concreto que le es sometido, ya que el su poder es el jurisdiccional (decir el derecho), lo que le permite actuar como verdadero alzador social. Su actuación ha sufrido recientes alteraciones, pues crece la

cuantidad de demandas exigiendo mayor compromiso con los derechos difusos y colectivos, delante de una sociedad plural y que se transforma culturalmente. La profundización del ejercicio de la ciudadanía y de la democracia, contexto al cual el mayor acceso a la justicia se integra, presupone modificaciones en el modelo clásico de la división de los poderes.

Al Ministerio Público y a las organizaciones de la sociedad civil cabe relevante papel en el control judicial das políticas públicas mientras partes legitimadas para accionar el Judicial en causas que involucran los intereses sociales (notadamente para proponer la acción civil pública, conforme la Ley nº 7.347/85).

VI) El control judicial das políticas públicas

En consonancia con los mencionados documentos internacionales, se verifica que el ordenamiento jurídico brasileiro pudo ir allá del trazado en el artículo 21 de la Declaración de 1948, que previa tímidamente la participación directa de la sociedad en el gobierno. Actualmente, además de la vía judicial, otros mecanismos están a disposición de los ciudadanos, tais como: consejos de gestión, presupuesto participativo, audiencias públicas, y iniciativa popular de proyecto de ley. No obstante el pueblo muchas veces no el reciba las estructuras adecuadas para hacer uso de esos sus instrumentos.

Las cuestiones relacionadas al deber estatal y a la elaboración de metas y medidas por el Estado, para cumplir las sus funciones, son cuestiones políticas (JORGE NETO, 2007, 133/134). La política como un conjunto organizado de normas y actos tendentes à realización de un objetivo determinado se distingue de las normas y de los actos que la compone, bien como en relación al juicio de validez.

Dos son los niveles de actuación gubernamental cuanto a las políticas públicas: las elecciones y la implementación. La colectividad posee el derecho de exigir del Poder Público, incluso por intermedio del Estado-juez, que formule una política pública para que sea implementado un derecho social. Y cuando concebida, posee el derecho de que la política sea ejecutada en plazo razonable.

De este modo, el Judicial puede determinar al Poder Público una obligación de hacer consistente en la elaboración de una política pública razonable para la realización de los derechos sociales, bien como, posteriormente, una obligación de hacer en relación al implemento de la política pública formulada (JORGE NETO, 2007, 135/136).

Como cuestiones políticas, cabe al administrador el análisis de la oportunidad y conveniencia de determinada actividad de la política pública. Una de las resistencias encontradas por el control judicial de las políticas públicas es se habría solamente el control de legalidad o "el análisis del propio mérito del acto, el que sería inadmisibles, para parte de la doctrina" (FRISCHEISEN, 2000, 87) debido al principio de separación de poderes.

Para Frischeisen (2000, 95), el administrador no puede deliberar sobre la oportunidad y la conveniencia de implementación das políticas públicas, porque estas se encuentran claramente establecidas en la Constitución Federal y fueron reguladas por leyes infraconstitucionales que deben ser cumplidas para la concretización de los derechos sociales. Ella aún considera que muchas de las normas consideradas como meramente programáticas obtuvieran eficacia al ser debidamente integradas, en su mayor parte, por legislación infraconstitucional (2000, 83).

Al Poder Judicial cabe el control jurisdiccional das políticas públicas, de acuerdo con una hermenéutica que privilegia la fiscalización das acciones gubernamentales en el intento del Estado cumplir su papel fundamental de

ejercicio del poder que emana del pueblo. En esto contexto, el Ministerio Público posee legitimidad para proponer la acción civil pública en el caso de políticas públicas sociales.

El argumento de que habría interferencia de un Poder en el otro no procede, ya que el Judicial no va a ejecutar las políticas, sino averiguar la omisión estatal o la eficiencia de sus acciones. El control judicial está en conformidad con la teoría de los frenos y contrapesos para garantizar la armonía entre los tres poderes/funciones y representa un mecanismo para la concretización de los derechos sociales. El denominado activismo judicial es además un deber, porque que del contrario hay restricción del acceso a la justicia, y las violaciones y amenazas al derecho no pueden ser excluidas de la apreciación del Poder Judicial.

Para Boaventura dos Santos, se "*destituidos de mecanismos que hicieran imponer su respecto, los nuevos derechos sociales y económicos pasarían a meras declaraciones políticas, de contenido y función mistificadores*"ⁱ (1996, 167).

En el proceso de construcción del espacio de la judiciabilidad de los derechos sociales, con el control de las políticas públicas, además de los aspectos de fundamentación de los derechos humanos, es indispensable discutir los siguientes tópicos:

- La extensión de la obligación impuesta, de modo que un Poder no saque el lugar del otro en el ejercicio de sus funciones, pero sin que el Judicial se omita en la búsqueda por la finalidad de todos los actos estatales: la justicia social y el bien-estar de los individuos.
- El posicionamiento de la reserva del posible, lo que significa que la prestación del Estado se condicionaría a la disponibilidad material y jurídica de recursos financieros necesarios al su adimplemento, en el cumplimiento de las obligaciones. Se señala que grande parcela de la doctrina y de la jurisprudencia brasileña entiende que en las situaciones de salud e integridad física el Estado no podrá omitirse alegando la reserva del posible.
- Al agir activamente en el control judicial de políticas públicas, el Poder Judicial acaba por determinar gastos que alteran la previsión de leyes presupuestarias y provocan la reubicación de sumas. Así, sugestión presentada por la doctrinaⁱⁱ es que se escuche el Poder Público previamente para evitar que ciertas políticas sean implantadas en perjuicio de otras de carácter más emergencial, pero que no fueron objeto de demanda junto al Ministerio Público o por los demás legitimados para impetrar la acción civil pública.
- Optimizar la judiciabilidad. Creación de nuevos instrumentos e institutos a partir de los nuevos paradigmasⁱⁱⁱ.

Otra preocupación se refiere al papel del Ministerio Público, institución reconocidamente esencial para el Estado Democrático de Derecho, pero que no debe reemplazar el activismo cívico. La postura ministerial debe ser en sentido de dotar los ciudadanos de condiciones para el ejercicio de sus derechos sociales, pero también para la exigencia de sus derechos, porque la colectividad no debe estar siempre dependiente de la actuación del Ministerio Público.

VII) Consideraciones finales

Los derechos sociales componen los derechos humanos bien como los derechos civiles y políticos, de acuerdo con su carácter de indivisibilidad. Algunas características predominan más en unos de que en los otros, lo que no resulta en que los derechos sociales no tengan valor jurídico, no sujetos a la exigibilidad judicial.

Sin embargo de las dificultades que se enfrenta en la teoría y práctica de la exigibilidad judicial de los derechos sociales, estos deben contar con mecanismos adecuados que garanticen su consecución.

Además de los límites inherentes a la incumbencia de cada uno de los denominados Tres Poderes, hay también la limitación técnica del Poder Judicial. Con todo, esto no va a elaborar las políticas públicas que deben ser efectuadas, porque no tiene como promover los mismos debates realizados en el Legislativo ni desarrollar estudios técnicos tan amplios como el Ejecutivo, además de no manejar todos los datos de que el administrador público dispone. Además del papel político, de que sea el propio Poder Judicial lo que comunique a los demás poderes el incumplimiento de sus obligaciones, hay diversas maneras de actuación de los jueces en la materia.

El juez puede y debe verificar se de hecho el Gobierno no hay se movilizad para el cumplimiento de su obligación, bien como si la prestación está produciendo resultados que materializan los derechos sociales asumidos por el Estado. La propuesta es que, detectada la insuficiencia de las prestaciones, el Gobierno y el Poder Judicial discutan juntos, para que una decisión viable y eficaz sea pronunciada.

Los derechos sociales deben estar protegidos de forma que sus titulares dispongan de instrumentos, inclusive judiciales, para que garanticen el cumplimiento de las obligaciones generadas por sus derechos.

Referencias Bibliográficas

- ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. (2002) *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Editorial Trotta, 2002.
- ALVES, José Augusto Lindgren. (1997) *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo, FTD, 1997.
- APPIO, Eduardo. "Justiciabilidade dos direitos sociais no país: populismo judiciário no Brasil". Disponible en: << <http://www.eduardoappio.com.br/canais/artigos.htm>>> Acceso en: 08/04/2008.
- BELLO, Enzo. (2007) *Perspectivas para o Direito Penal e para um Ministério Público Republicano*. Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. (1953) *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo, Malheiros, 2004.
- COURTIS, Christian. (2001) *Los derechos sociales como derechos*. Del Puerto, 2001.
- FRISCHEINSEN, Luiza Cristina Fonseca. (2000) *Políticas Públicas – A responsabilidade do administrador e o ministério público*. São Paulo: Max Limondes, 2000.
- JORGE NETO, Nagibe de Melo. (2007) "Das questões políticas e da possibilidade do controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário". En *Revista ESMAFE*, Recife, TRF 5ª Região, março-2007, nº 12, p. 127-141.
- LAFER, Celso. (2005) "Bobbio y el Holocausto. Un capítulo de su reflexión sobre los derechos humanos: el texto Quindici anni dopo y sus desdoblamientos". En *28 Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2005, p. 81-89.

- LOPES, José Reinaldo de Lima. (1994) "Judiciário, democracia, políticas públicas". En *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, abril-junho-1994, ano 31, n. 122, p. 259.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. (19 ed.) *A defesa dos interesses difusos em juízo*. meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo, Saraiva, 2006.
- MORAES, Alexandre de. (1997) *Direito constitucional*. São Paulo, Atlas, 2005.
- NACIONES UNIDAS. (1990) Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General nº 3. 1990. Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por Órganos Creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/index.htm>
- PIOVESAN, Flavia. (2004) "Derechos sociales, económicos y culturales y Derechos civiles y políticos". En *1 Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2004, p. 21-47
- RITT, Eduardo. (2002) *O ministério público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. (1996) *Pela mão de Alice*. O social e o político a pós-modernidade. São Paulo, Cortez, 1996.
- SILVA, José Afonso da. (22 ed.) *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Malheiros Editores, 2003.

ⁱ Libre traducción de "se destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores".

ⁱⁱ Cf APPIO, 2008, p. 5

ⁱⁱⁱ Cf. estratégias apuntadas por ABRAMOVICH; COURTIS, p. 132-178 (Cap. 3)