

LA DIGNIDAD HUMANA ENTRE LOS DERECHOS SOCIALES Y LAS CRISIS ECONÓMICAS

Por VÍCTOR BAZÁN¹

RESUMEN: Se estudia la juridicidad y la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. A partir de su condición de “fundamentalidad” al menos en el ámbito latinoamericano, aunque también reclamada –verbigracia– por un sector doctrinario en España, se examinará el tópico de la potencialidad que los DESC receptan como precondiciones para el ejercicio de significativos derechos civiles y políticos. Por lo que nos referiremos a la justiciabilidad del quebrantamiento de la progresividad exigida o de la prohibición del dictado infundado de medidas regresivas en el campo de las políticas públicas, añadiendo algunos sucintos comentarios sobre el control social y democrático de éstas.

PALABRAS CLAVE: Derechos económicos, Derechos sociales, Derechos culturales, Derechos civiles, Derechos políticos.

ABSTRACT: The juridicity and justiciability of economic, social and cultural rights are studied on this essay. Based on their condition of “fundamentality” at least in the Latin American sphere, although also claimed by a doctrinal sector in Spain, the topic of the potential that ESCRs receive as preconditions for the exercise of significant civil rights and politicians. With regard to the justiciability of the breach of the required progressivity or the prohibition of the unfounded dictation of regressive measures in the field of public policies, adding some succinct comments on their social and democratic control.

KEYWORDS: Economic rights, Social rights, Cultural rights, Civil rights, Political rights.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SOBRE CIERTOS PREJUICIOS Y SUPUESTAS DIFICULTADES EN TORNO A LOS FUNDAMENTOS Y LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS SOCIALES. 3. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES COMO DERECHOS VERDADEROS Y GENUINOS. 4. LOS DERECHOS SOCIALES COMO PRECONDICIONES PARA EL GOCE DE NO POCOS NI INTRASCENDENTES DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. 5. ACERCA DE LA OBLIGACIÓN ESTATAL DE PROGRESIVIDAD Y LA PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD INJUSTIFICADA. 6. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y LOS LÍMITES A SUS RESTRIC-

1 Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Mendoza, Argentina (Arg.). Posdoctorando en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Posgraduado en “Justicia Constitucional y protección de los derechos fundamentales”, Universidad de Pisa, Italia. Posgraduado en “Constitucionalismo y Democracia”, Universidad de Castilla-La Mancha, campus Toledo, España. Profesor Invitado de Posgrado y Doctorado, Facultad de Derecho, UBA y en otras universidades argentinas y extranjeras. Catedrático Titular de las siguientes asignaturas: Derecho Constitucional y Derechos Humanos; Derecho Procesal Constitucional; y Derecho Internacional Público, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Arg.). Ha publicado, dirigido y participado –según corresponda– en más de 130 libros y es autor de alrededor de 260 artículos y ensayos jurídicos publicados en Arg. y el extranjero. Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Arg.) y, entre muchas otras instituciones académicas, Miembro del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (Arg.).

CIONES EN TIEMPOS DE CRISIS. 7. UN CASO TESTIGO SOBRE LA VINCULACIÓN ENTRE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES. 8. EN TORNO A LA DIGNIDAD HUMANA, LOS CONTENIDOS ESENCIALES DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y OTROS TEMAS. 9. CONSIDERACIONES FINALES. 10. FUENTES DE CONSULTA.

1. INTRODUCCIÓN

En el tramo inicial de este ensayo afrontaremos la aparentemente interminable discusión doctrinaria alimentada por ciertos prejuicios y supuestas dificultades en torno a los fundamentos y la estructura de los derechos sociales.

Luego nos referiremos a la juridicidad y la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC o simplemente derechos sociales).

En ese momento, y a partir de su condición de “fundamentalidad” al menos en el ámbito latinoamericano, aunque también reclamada –verbigracia– por un sector doctrinario en España², se examinará el tópico de la potencialidad que los DESC receptan como precondiciones para el ejercicio de significativos derechos civiles y políticos (en lo sucesivo, también DCP).

Seguidamente, se aportarán unas notas sobre la obligación estatal de garantizar la progresividad a los derechos sociales, deber que es preciso articular sincrónicamente con la prohibición de retrogradarlos injustificadamente. Asimismo, nos referiremos a la justiciabilidad del quebrantamiento de la progresividad exigida o de la prohibición

2 Es así como en España, Terol Becerra y Jimena Quesada en la ‘Presentación’ del libro sobre protección de derechos sociales que *infra* identificaremos con más detalle, y para explicar el porqué del mismo, expresivamente afirman: “Ante todo, para demostrar sin ambages que *tales derechos no están aquejados de alergia jurídica alguna para su defensa efectiva como derechos fundamentales en el plano constitucional y en el terreno internacional sino que, por el contrario, se encuentran en pie de igualdad y en situación de interdependencia e indivisibilidad con los demás derechos*, con los que comparten análoga problemática en materia de desarrollo, de interpretación, de aplicación y, en última instancia, de *justiciabilidad*” –énfasis agregado– (Manuel Terol Becerra y Luis Jimena Quesada [dirs.], *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 19). Entre otros aportes, en esta obra puede compulsarse el trabajo de Guillermo Escobar Roca, “Indivisibilidad y derechos sociales: de la Declaración Universal a la Constitución”, pp. 75-87. Por nuestra parte, nos permitimos aclarar que la estructuración de los derechos sociales en la Constitución española muestra que ellos no figuran en el catálogo de derechos fundamentales (a excepción del derecho a la educación que sí está incluido en éste), sino entre los *principios rectores de la política social y económica* (arts. 39 a 52). Semejante distinción supone que los derechos sociales no son exigibles en tanto no sean objeto de *desarrollo legislativo* en los términos del art. 53.3, *ibid.*, sin olvidar por su parte la imposibilidad jurídica de recurrir directamente su violación en amparo ante el Tribunal Constitucional. En realidad, un recurso de tal tenor sólo corresponde a los “derechos fundamentales y libertades públicas” que se enumeran en los arts. 14 a 29, *ibid.*, siendo solamente viables los recursos que exuden una *especial trascendencia constitucional*, lo que se ponderará en función de su importancia para la interpretación de la Constitución, su aplicación o su general eficacia, aunque también para la determinación y contenido de los derechos fundamentales.

del dictado infundado de medidas regresivas en el campo de las políticas públicas, añadiendo algunos sucintos comentarios sobre el control social y democrático de éstas.

De inmediato, se planteará la necesidad de que exista una férrea defensa de los contenidos esenciales de cada DESC en épocas críticas o tormentosas que pudieran ponerlos en jaque.

A continuación, y a efectos ilustrativos, tomaremos un caso testigo en el escenario colombiano acerca del marco de sostenibilidad fiscal y el incidente de impacto fiscal incorporados en fecha relativamente reciente a la Constitución Política de ese país y su vinculación con la protección de los derechos sociales.

Será entonces hora de ofrecer ciertas consideraciones sobre la inescindible conexión de los DESC con la dignidad humana y el imprescindible resguardo de los contenidos mínimos de tales derechos.

Una vez transitado el camino descripto, arribaremos al epílogo, que contendrá un puñado de reflexiones conclusivas que vendrán a acoplarse a otras ya contenidas en el cuerpo de esta contribución.

2. SOBRE CIERTOS PREJUICIOS Y SUPUESTAS DIFICULTADES EN TORNO A LOS FUNDAMENTOS Y LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS SOCIALES

A) Preliminar

Inicialmente debemos reiterar que carecen de sustento y asidero las pretendidas diferencias estructurales que, según se ha postulado desde algunos sectores doctrinarios, mediarían entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, que exigirían visualizarlos como categorías de derechos necesariamente diversas.

Desde nuestro punto de mira, no existen diferencias categoriales ni cualitativas entre sí.

B) Descartando preconceptos

Para recrear mediante formulaciones antinómicas algunas de tales supuestas disimilitudes orgánicas (que negamos) y otros preconceptos en torno a los derechos sociales (todos aquéllos con una pátina de anacronismo), mencionaremos las siguientes tres a simple modo de muestra³, advirtiendo que en cada uno de los primeros

3 Por supuesto, hay muchos más prejuicios, objeciones y minimizaciones respecto de los derechos sociales. Por ejemplo, Rossetti identifica los siguientes “doce mitos” en torno a estos derechos, explicando por qué resultan incorrectos: *i*) No son derechos humanos (o no son “verdaderos” derechos humanos); *ii*) son menos importantes (respecto de los derechos civiles y políticos); *iii*) son “solamente” derechos

enunciados hacemos referencia a los derechos civiles y políticos y en los segundos a los DESC: *i*) derechos perfectos vs. derechos imperfectos; *ii*) derechos que sólo demandan del Estado una conducta de abstención vs. derechos que reclaman acciones positivas; y *iii*) derechos que no requieren erogaciones del Estado vs. derechos prestacionales.

Como puede suponerse, las categorizaciones diferenciales que se han empleado son muy numerosas y aquí nos hemos limitado a enunciar ilustrativamente algunas de ellas⁴. Ninguna es consistente ni decisiva.

En cuanto a la primera, si la presunta imperfección o debilidad intrínseca se conecta con inconsistencias estructurales de los DESC que los tornan insusceptibles de ser reclamados judicialmente, siempre existe al menos una faceta de exigibilidad judicial del derecho en cuestión para evitar que se diluya su núcleo elemental.

Desde luego, con ser importante la vía procesal para procurar la tutela de los DESC ella no es la única opción tuitiva.

Por último, ontológicamente los derechos sociales son tan derechos como los civiles y políticos, reconducibles ambos en última instancia a la dignidad humana que es sólo una también.

Del mismo modo, carece de fundamento predicar que solamente los DESC requerirían acciones positivas de parte del Estado, pues los civiles y políticos también las demandan ya que, de lo contrario, bastaría una mera inacción estatal (abstención) para que éstos quedaran abastecidos, lo que lejos está de ser razonable y suficiente *vis-à-vis* las crecientes exigencias del Estado Constitucional y Convencional y los propios compromisos internacionalmente asumidos por los países.

En punto a la tercera cuestión, ligada a la segunda, comenzaremos con un ejemplo asociado por antonomasia a los *derechos civiles*: la efectividad del *derecho a la vida*.

de prestación; *iv*) son mucho más costosos que aquéllos; *v*) no son universales; *vi*) son programáticos; *vii*) no pueden ser asegurados por la legislación; *viii*) no son exigibles; *ix*) comportan “mandatos” para políticas públicas y los jueces no pueden hacer política; *x*) en ellos la “conducta debida” no es claramente determinable; *xi*) son incompatibles con el libre mercado; y *xii*) no deben ser constitucionalizados (Andrés Rossetti, “Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales”, en Silvina Ribotta y Andrés Rossetti [eds.], *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, Colección Debates del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, N° 13, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 112 y ss.).

- 4 Sólo por citar algún autor que trata ciertos elementos diferenciales, y bajo el título de “Taking Economic Rights Seriously” (capítulo 6), Wellman se refiere a determinadas dificultades interrelacionadas en la teoría de los derechos económicos, aludiendo a: la de escasez de recursos (“scarce resources”), la de especificación de su contenido (“specifying content”), la de identificación de los segundos obligados (“identifying second parties”) y la de localización del título que confiere el derecho (“locating the title”) [Carl Wellman, *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1997, pp. 105 y ss.].

Como ha puesto en evidencia Ansuátegui Roig, la eficacia protectora de tal derecho no sólo exige la ausencia de agresiones, sino que requiere “la puesta en marcha de dimensiones prestacionales que tiene[n] que ver con la articulación de un sistema de seguridad pública y con la articulación de cuerpos y fuerzas de seguridad”⁵.

De su lado, por lo que toca a los *derechos sociales*, no todos ellos demandan prestaciones positivas. Piénsese, por ejemplo, en los casos de la libertad sindical o el derecho de huelga.

Resumiendo, los tipos de derechos civiles y políticos, de una parte, y de DESC por la otra, no son respectivamente intercambiables por los de derechos de abstención y derechos de prestación. La cuestión es mucho menos lineal y ciertamente más compleja.

A esta altura de la indagación, cabría preguntarnos: ¿existen verdaderamente derechos gratuitos o de costo cero para el Estado? La respuesta no puede ser sino negativa.

Es claro que los derechos civiles y políticos también demandan prestaciones. Imaginemos por ejemplo, respecto de los civiles, la necesidad de implementar (y mantener) una estructura policial para la seguridad ciudadana o un sistema de administración de justicia; o, ya acerca de los políticos, en la muy onerosa infraestructura electoral necesaria para canalizar el derecho al sufragio⁶.

Como han afirmado Sunstein y Holmes, “[e]l costo de los derechos no sólo plantea cuestiones de transparencia y responsabilidad democrática en el proceso de asignación de recursos: también nos lleva inesperadamente al corazón de la teoría moral, a problemas de ética distributiva y de justicia distributiva”⁷.

En síntesis, siguiendo a Hierro, *la protección de los derechos siempre es, en todo caso, costosa*⁸. El sostenimiento y el desiderátum de fortalecimiento cualitativo de la democracia y la institucionalidad del Estado Constitucional, también lo son.

5 Francisco J. Ansuátegui Roig, “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, en Silvina Ribotta y Andrés Rossetti (eds.), cit., p. 56.

6 Al referirse a lo que denomina “derechos a prestaciones (en sentido amplio)”, Alexy identifica tres grupos: *i*) derechos a protección; *ii*) derechos a organización y procedimiento; y *iii*) derechos a prestaciones en sentido estricto (Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 1ª ed., 2ª reimpr., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales [CEPC], trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, 2001, pp. 430 y ss.).

Respecto de los “derechos a prestaciones en sentido estricto”, a los que llama derechos sociales fundamentales, los distingue entre “derechos a prestaciones explícitamente estatuidos” y “derechos a prestaciones adscriptos interpretativamente” (*ibid.*, pp. 482 y ss.).

7 Stephen Holmes y Cass R. Sunstein, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI Editores, trad. de Stella Mastrangelo, Buenos Aires, 2011, p. 246.

8 Liborio L. Hierro, “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 30, 2007, Universidad de Alicante, Alicante, p. 252, nota 5.

Y en esta dinámica de costos y prestaciones participan –en mayores o menores medidas y tenor de exigencia– todos los derechos, con independencia de si son civiles y políticos o económicos, sociales y culturales.

A propósito de tal cuadro relacional entre democracia y derechos humanos básicos, y para cerrar este breve apartado, traemos a colación a Comanducci quien explica que en la versión de democracia de Bobbio (la democracia no sólo como método, sino también como ideal igualitario), de Ferrajoli y otros autores, “la democracia más allá de ser un procedimiento de toma de decisiones colectivas, es *isonomía*, es decir, igualdad en la distribución a todos de los derechos fundamentales (...): lo que no se puede decidir son violaciones a los derechos fundamentales; lo que se debe decidir es la implementación de los derechos fundamentales. La igualdad de todos en los derechos es (...) también un presupuesto de esta versión de la democracia”⁹ –cursivas del original–.

3. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES COMO DERECHOS VERDADEROS Y GENUINOS

A) Universalidad de los derechos e integralidad de su protección

Aunque pueda resultar obvio, debe recalcar que *los derechos económicos, sociales y culturales no son derechos “de segunda calidad” en comparación con los civiles y políticos.*

Evidentemente, y como anticipábamos en el apartado anterior, no han faltado voces que califican a los primeros como derechos incompletos. A la luz del grado de evolución que hoy presenta el derecho internacional de los derechos humanos, una minusvaloración de ese talante resulta absolutamente injustificable.

Ya la Proclamación de Teherán, documento final de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos (Teherán, 13 de mayo de 1968), en su párrafo 13 determinaba: “Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son *indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible.* La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social” –énfasis agregado–.

En su hora, la Resolución 32/130 aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas (ONU) el 16 de diciembre de 1977¹⁰ (luego de la entrada en vigor de los Pactos de DCP y de DESC de 1966¹¹), relativa a los “Distintos criterios y medios posibles dentro del

9 Paolo Comanducci, “Democracia y derechos fundamentales”, en su obra *Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos*, CEPC, Madrid, 2010, p. 40.

10 A/RES/32/130, 105ª sesión plenaria.

11 Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fueron adoptados y abiertos a la firma, ratificación y adhesión por la

sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, decidió que el enfoque respecto de las cuestiones de derechos humanos debería tener en cuenta, entre otros conceptos, que “*todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes*” debiendo “*prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los económicos, sociales y culturales*”, estableciendo como prioridad la promoción de “*la dignidad plena de la persona humana y el desarrollo y el bienestar de la sociedad*” –remarcados añadidos–.

Por su parte, la Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la IIª Conferencia Mundial de Derechos Humanos¹² (Viena, 25 de junio de 1993), que potenciara los caracteres de *universalidad, interdependencia, indivisibilidad e interrelación de los derechos humanos*, establece que “debe hacerse un esfuerzo concertado para garantizar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel social, regional e internacional”¹³. Coincidentemente, el párrafo 5 de dichas Declaración y Programa expresa: “*Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales*” –énfasis nuestro–.

Así entonces y a partir del *carácter integral de los derechos*, es necesario asumir y garantizar el *carácter integral de su protección*, con independencia de si se trata de derechos civiles y políticos o de derechos económicos, sociales y culturales. En otras palabras, la repetida prédica acerca de la *indivisibilidad de los derechos humanos* se desustancializa si no se toma también en serio la *indivisibilidad de sus medios de amparo y realización*.

Lejos de existir diferencias categoriales o de fondo entre los DCP y los DESC, ambos se vigorizan recíprocamente. Sobre el punto, por ejemplo, la Declaración sobre el sexa-

Asamblea General de la ONU en su Resolución 2200-A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. El primero de ellos entró en vigor el 23 de marzo de 1976; mientras que el segundo adquirió vigencia el 3 de enero de 1976, de conformidad con su art. 27, o sea, transcurridos tres meses a partir de la fecha en que fue depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de la ONU.

12 A/CONF.157/24 (Part I), cap. III.

13 Parte II, párr. 98, de la Declaración y el Programa de Acción de Viena.

Además, vale mencionar lo que embrionariamente se plantea en la Resolución 421 (V), de 4 de diciembre de 1950, aprobada por la Asamblea General de la ONU como aproximación a lo que hoy se conoce como indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. La citada Resolución se refería al por entonces “Proyecto de Pacto Internacional de Derechos del Hombre y medidas de aplicación: labor futura de la Comisión de Derechos del Hombre”.

gésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución A/RES/63/116, de 10 de diciembre de 2008, determina: “Nosotros, los Estados Miembros de las Naciones Unidas,... [r]eafirmamos nuestro compromiso con la realización plena de cada uno de los derechos humanos de todos, que son universales e indivisibles, están relacionados entre sí, son interdependientes y *se refuerzan mutuamente*” –subrayado adicionado–.

B) La juridicidad y la justiciabilidad de los DESC

Es igualmente preciso tener en cuenta que la canalización jurisdiccional de los DESC es consecuencia de que éstos sean derechos genuinos y por tanto cuenten con materialidad jurídica, y no que sean visualizados como meras expectativas, esperanzas o promesas desprovistas de anclaje real.

Como hipótesis de mínima, cabe admitir que los derechos sociales *presentan alguna dimensión de justiciabilidad*, que debe ser resguardada para evitar que se diluya el contenido esencial del derecho en cuestión, punto éste que se perfila como un peculiar reto para el Estado Constitucional y Convencional y un bien entendido activismo judicial, es decir, una labor dinámica de la magistratura jurisdiccional comprometida con los principios y valores constitucionales, la lucha por la cabal protección de los derechos humanos tanto de fuente interna como de cuño internacional, la preservación de la institucionalidad democrática y la realización de la justicia social.

En línea con lo anticipado, se ubica la Observación General (O.G.) N° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU –en adelante, también, Comité de DESC–, referida a ‘La aplicación interna del Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales]’, de 3 de diciembre de 1998. En ella se ha subrayado que la adopción de una clasificación rígida de los DESC que los sitúe, por definición, fuera del contexto de los tribunales sería arbitraria e incompatible con el principio de que los dos “grupos” de derechos [refiriéndose a los DESC y a los DCP] son indivisibles e interdependientes, al tiempo que “reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”¹⁴.

Para ponderar la importancia de los criterios sentados por tal Comité, debe tenerse presente que éste es el *órgano de supervisión del cumplimiento de las obligaciones estatales asumidas a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)*, instrumento internacional que no instituyó *per se* un nuevo ente específico de control, sino que asignó al Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU el examen de los informes periódicos de los Estados Partes y que, frente a las dificultades para aplicar los mecanismos de vigilancia del cumplimiento de los com-

14 Nos referimos a lo sostenido en el párr. 10 *in fine* de tal O.G. (sobre *justiciabilidad*).

promisos emergentes del Pacto por los Estados Partes, el ECOSOC procedió a crear el Comité mediante la Resolución N° 1.985/17, de 28 de mayo de 1985.

Sobre el papel que ha jugado tal Comité, que es un órgano subsidiario del ECOSOC, Craven advierte que el desarrollo del PIDESC como un efectivo tratado sobre derechos humanos se inició esencialmente con la creación de aquél¹⁵, que se reunió por primera vez en 1987.

Acerca de la protección de los DESC en el ámbito universal, debe resaltarse que uno de sus puntos débiles ha radicado tradicionalmente en la imposibilidad de presentar *comunicaciones individuales* ante el Comité de DESC. Sin embargo, ello ha tenido comienzo de solución (al menos desde su prefiguración normativa) con la adopción del Protocolo Facultativo al PIDESC, aprobado por unanimidad el 10 de diciembre de 2008, mediante Resolución A/RES/63/117 de la Asamblea General de la ONU.

Dicho Protocolo adquirió vigencia tres meses después de la fecha de depósito del décimo instrumento de ratificación o adhesión en la Secretaría General de la ONU, en los términos del art. 18¹⁶ del Protocolo. Ello ocurrió el 5 de mayo de 2013, con la ratificación correspondiente a Uruguay que la plasmó el 3 de febrero de ese año.

4. LOS DERECHOS SOCIALES COMO PRECONDICIONES PARA EL GOCE DE NO POCOS NI INTRASCENDENTES DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

A) La “precondicionalidad” de ciertos derechos sociales

La importancia y la fundamentalidad de los derechos sociales deberían estar fuera de discusión, al menos en Latinoamérica.

De hecho, muchos de ellos son *prerrequisitos* para el ejercicio de no pocos derechos civiles y políticos. Pensemos por ejemplo en derechos esenciales como la alimentación, la salud, la vivienda digna, la educación, sin los cuales los derechos civiles y políticos serían poco más que simples palabras o sólo “derechos de papel”, tema al que regresaremos en el punto siguiente.

15 Matthew Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1998, p. 352.

16 Tal cláusula establece:

“1. El presente Protocolo entrará en vigor tres meses después de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el décimo instrumento de ratificación o de adhesión.

2. Para cada Estado que ratifique el presente Protocolo o se adhiera a él después del depósito del décimo instrumento de ratificación o adhesión, el Protocolo entrará en vigor tres meses después de la fecha en que tal Estado haya depositado su propio instrumento de ratificación o de adhesión”.

Como *mutatis mutandis* puntualiza Ferrajoli, “los derechos de libertad (...) son efectivos en la medida en que son sostenidos por la garantía de los derechos sociales a prestaciones positivas: del derecho a la subsistencia y a la salud y, más obviamente aún, del derecho a la educación y a la información. *Sin la satisfacción de estos derechos, no solamente los derechos políticos sino también los derechos de libertad están destinados a quedarse en el papel: por cuanto no hay participación en la vida pública sin garantía del mínimo vital, es decir, del derecho a la supervivencia, ni hay formación de voluntad consciente sin instrucción ni información*”¹⁷ –remarcado agregado–.

Desde otro ángulo (aunque con convergencias respecto de lo dicho en el párrafo anterior), Nino explica que todos los llamados *derechos sociales* “deberían verse como derechos *a priori*, dado que su no satisfacción dañaría el funcionamiento apropiado del proceso democrático y su calidad epistémica”¹⁸.

Por lo demás, coincidimos con Prieto Sanchís cuando se opone a la consistencia de la llamada *teoría de los “dos mundos”* con que a veces se ha querido describir al modelo de derechos fundamentales, sobre la base de la cual, de un lado se encontraría el mundo de los derechos civiles y políticos, de las libertades, donde la mejor ley es la que no existe; y, de otro, el mundo casi retórico de los derechos sociales de naturaleza prestacional, esfera en la que se desarrollarían libremente las disputas legislativas sin que el juez tuviera casi nada que decir¹⁹.

Añade que no es precisamente ésta la mejor interpretación de los derechos en el constitucionalismo moderno, pues una concepción más atenta al significado político y cultural de la Constitución como marco de integración de una sociedad pluralista debería propiciar una imagen más compleja y flexible, dado que *la justicia y, sobre todo, la justicia constitucional, no puede abdicar de su competencia (naturalmente compartida con el legislador) de configuración sobre los derechos sociales*, y cuyos límites son imposibles de trazar con precisión más allá del criterio que proporciona una genérica invocación al núcleo intangible definido por la movediza conciencia social²⁰.

B) Los derechos económicos, sociales y culturales no son, ni pueden ser, “derechos de papel”

En relación con los “derechos de papel”, y más allá de las referencias a la postura de Ferrajoli²¹ efectuadas *supra* –cuya perspectiva compartimos–, mencionaremos a con-

17 Luigi Ferrajoli, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 29, Universidad de Alicante, trad. de Alí Lozada, Alicante, 2006, p. 19.

18 Carlos S. Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 301.

19 Luis Prieto Sanchís, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Miguel Carbonell, Juan A. Cruz Parceroy y Rodolfo Vázquez (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2ª ed., Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, D.F., 2001, pp. 66-67.

20 *Ibid.*, p. 67.

21 Luigi Ferrajoli, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *op. cit.* en nota 16, pp. 15-31.

tinuación otras muestras autorales meramente ejemplificativas, de las que en ciertos aspectos discrepamos, pero que igualmente traemos a colación aquí para que la presentación de este tópico sea lo más abarcativa posible.

En ese sentido, Wellman distingue entre “derechos reales” y “derechos de papel”: “*real rights*” y “*paper rights*”. Sostiene, según nuestra traducción del inglés: “Acepté la distinción entre derechos reales, derechos que son realmente reconocidos y garantizados por las instituciones jurídicas de una sociedad, y simplemente ‘*derechos de papel*’, derechos proclamados en instrumentos jurídicos pero ignorados en el funcionamiento del sistema legal”²² –cursivas agregadas–.

A su tiempo, Guastini se refiere a «‘verdaderos’ derechos y derechos ‘sobre el papel’». Los primeros son aquellos que satisfacen tres condiciones: *i*) son susceptibles de tutela jurisdiccional; *ii*) pueden ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado; y *iii*) su contenido consiste en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto que era su titular. Los derechos “sobre el papel”, o derechos ficticios, son los que no satisfacen alguna de esas condiciones. Tal autor mantiene que *los derechos sociales (como los derechos morales) son derechos “sobre el papel” porque las disposiciones constitucionales que los confieren expresan normas programáticas o teleológicas dirigidas al legislador*, aunque éste –si bien tiene la obligación de promover unos fines determinados– no tiene ninguna obligación precisa en lo que respecta a los medios (un medio determinado, entre los muchos que podrían ser utilizados para obtener dichos fines), lo que es como decir que los derechos sociales poseen un contenido altamente indeterminado. Añade que aunque estos derechos tuvieran un contenido preciso, tampoco estarían asegurados mediante garantías jurisdiccionales por la razón obvia de que *el legislador no puede estar obligado a dictar leyes, o sea que la omisión por parte del legislador carece de cualquier clase de sanción*²³ –énfasis añadidos–.

Nos distanciamos de éstas y otras lecturas doctrinarias que ven a los DESC como “derechos de papel” o “derechos sobre el papel” sin ninguna posibilidad de ser justiciables, aunque desde luego entendemos las diferencias que en la materia median entre algunos marcos constitucionales europeos y los espacios normativos y jurisprudenciales latinoamericanos.

Adicionalmente, y en particular acerca de la posición del autor italiano aludido en último término en punto a la imposibilidad de superar una omisión inconstitucio-

22 Carl Wellman, *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, cit., por ejemplo, en p. 42, correspondiente al capítulo 1: “Seeking a Theory of Rights”, específicamente en el punto 14: “A realistic description of rights”.

Allí dice: “... I accepted the distinction between real rights, rights that are actually recognised and secured by the legal institutions of a society, and merely ‘*paper rights*’, rights proclaimed in legal documents that are ignored in the operations of the legal system” –énfasis añadido–.

23 Riccardo Guastini, “Derechos: una contribución analítica”, trad. de Andrea Greppi, en *Estudios de teoría constitucional*, 1ª ed., 1ª reimpres., Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara, México, D.F., 2003, pp. 220-221 y 223-224.

nal legislativa en la materia, y siempre teniendo en cuenta las disonancias jurídicas contextuales, por nuestra parte pensamos que al menos en el arco latinoamericano el órgano de justicia constitucional competente *sí tiene a su alcance ciertas herramientas para salvar las pretericiones inconstitucionales e incluso inconvencionales*²⁴.

Es que, por una parte, la Constitución puede recibir agresiones activas u *omisivas*. En otras palabras, es susceptible de ser vulnerada por acción o *por omisión*, con lo cual quedan bloqueadas su supremacía y su fuerza normativa, fundamentos esenciales del control de constitucionalidad. Precisamente un modelo de control constitucional que sólo pudiera fiscalizar la constitucionalidad de *productos normativos* (leyes, decretos, ordenanzas, etc.) sería fragmentario e insuficiente.

De su lado, el deber que pesa sobre la justicia constitucional en punto a materializar el *efecto útil* de los tratados internacionales (sobre todo en materia de derechos humanos) y no contrariar su *objeto y fin*; la *especial naturaleza* que este tipo de instrumentos internacionales ostenta; el obligatorio cumplimiento de principios iusinternacionales sustanciales: *pacta sunt servanda*, *bona fide* e improcedencia de alegar disposiciones (u *omisiones*) de derecho interno para justificar el incumplimiento de los pactos internacionales (arts. 26, 31.1, 27 y ceds. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²⁵); la concreta posibilidad de que un Estado pueda incurrir en responsabilidad internacional por acción u *omisión*; y fundamentalmente en el plano de América Latina, la obligación de los jueces y demás autoridades en cuanto a realizar *control de convencionalidad*²⁶ por mandato jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); da cuerpo a un conglomerado de reglas, principios y valores de tal magnitud que a nuestro juicio habilita a los correspondientes órganos competentes de la justicia constitucional a ejercer control no sólo sobre las normas y prácticas contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) sino también en torno a *omisiones o inercias*²⁷ que impidan o mediaten la

24 Ver al respecto, Víctor Bazán, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, diciembre de 2014, *passim*.

25 U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, suscripta el 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980.

26 Sobre el tema del control de convencionalidad ver, entre otros trabajos de Víctor Bazán, “El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 19, 2015, CEPC, Madrid, pp. 25-70.

27 El Tribunal Interamericano ha sentado el criterio relativo a que “todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u *omisión* de cualquier poder u órgano de éstos, independientemente de su jerarquía, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional” –cursivas añadidas– (Corte IDH, entre muchos otros pronunciamientos: “Caso Baldeón García vs. Perú”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 6 de abril de 2006, Serie C, N° 147, párr. 81; “Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de enero de 2006, Serie C, N° 140, párrs. 111 y 112; “Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 15 de septiembre de 2005, Serie C, N° 134, párrs. 108 y 110; y “Caso de los Hermanos

efectivización de dicho tratado internacional y, por extensión, del (de los) derecho(s) involucrado(s) en la cuestión.

Por lo demás y pese al riesgo de caer en repeticiones, no cabría por un lado predicar ampulosamente la *universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad de [todos] los derechos humanos*, y por el otro consentir que sólo los civiles y políticos sean exigibles y justiciables. Si los derechos humanos son *integrales y universales*, su protección también debe ser *holística*, con independencia de que se trate de DCP o de DESC.

5. ACERCA DE LA OBLIGACIÓN ESTATAL DE PROGRESIVIDAD Y LA PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD INJUSTIFICADA

A) Anotaciones generales

En tanto útil para enlazarlo argumentalmente con el asunto que anuncia el título de este apartado, vale insistir en que los caracteres esenciales de los derechos humanos llevan a dudar de la sustentabilidad jurídica de su división en “generaciones”.

No debería soslayarse que, bajo el pretexto de una escisión generacional de los derechos humanos, se han justificado y tolerado graves incumplimientos estatales en el espacio de los DESC, escudándose en la mentada *progresividad* de los mismos y la falta de disponibilidad de medios tangibles para operativizarlos, cuando sabido es que el cumplimiento o la observancia de ciertos derechos –DCP– no legitima la denegación de otros –DESC– (ver, v. gr., la Declaración sobre el derecho al desarrollo, adoptada por la Asamblea General de la ONU en la Resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986²⁸), *pues la pauta de indivisibilidad justamente proscrib[e] de manera taxativa que el logro de mejoras en uno de los derechos humanos sea a expensas de otro u otros.*

El Preámbulo de tal Declaración dice en su parte pertinente: “[...] considerando que *todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes y que, a fin de fomentar el desarrollo, debería examinarse con la misma atención y urgencia la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales*, y que, en consecuencia, la promoción, el respeto y el disfrute de ciertos derechos humanos y libertades fundamentales no pueden justificar la denegación de otros derechos humanos y libertades fundamentales...” –remarcado nuestro–.

Gómez Paquiyauri vs. Perú”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 8 de julio de 2004, Serie C, N° 110, párr. 71).

28 De hecho, un tramo de su Preámbulo expresa que: “...*todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes* y que, a fin de fomentar el desarrollo, *debería examinarse con la misma atención y urgencia la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales*, y que, en consecuencia, *la promoción, el respeto y el disfrute de ciertos derechos humanos y libertades fundamentales no pueden justificar la denegación de otros derechos humanos y libertades fundamentales*” –remarcados agregados–.

Tomando éstos y otros insumos como matriz de despegue y pensando a la democracia como un modelo de inclusiones y no de exclusiones, además de que indudablemente los derechos económicos, sociales y culturales hacen parte primordial del cuerpo básico internacional de los derechos humanos, debe superarse la idea (aún reinante en algunos sitios, aunque no siempre verbalizada) en cuanto a que tal *progresividad es sólo simbólica*, debiendo darse paso a una *progresividad efectiva y real*.

Semejante premisa debe conjugarse con la obligación de *no regresividad injustificada* por los Estados en este campo, la que desde el punto de vista conceptual –como se ha precisado– constituye una limitación que los instrumentos de derechos humanos y eventualmente la Constitución imponen sobre los poderes legislativo y ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los DESC, vedándoles la posibilidad de adoptar regulaciones que deroguen o reduzcan el nivel de tales derechos que goza la población²⁹.

Vale recordar por ejemplo que en la O.G. N° 3 (‘La índole de las obligaciones de los Estados Partes [párr. 1, art. 2, PIDESC]’), de 14 de diciembre de 1990, el Comité de DESC ha puntualizado claramente que las *medidas de carácter deliberadamente retroactivo requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente* por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que el Estado disponga (parte *in fine* del ap. 9).

Conviene acotar aquí que tanto el deber de progresividad como la proscripción de retroceso están basados en idéntica matriz normativa: el art. 2.1 del PIDESC y el art. 26 de la CADH.

De todas maneras, Courtis sostiene –creemos que atinadamente– que además de referirse a los DESC, la *prohibición de regresividad* también constituye, en principio, una obligación general de la CADH y es aplicable a todos los derechos consagrados en ésta, sustentando su aserto en los arts. 2 y 29, *ibid.*³⁰

La primera de tales normas determina que los Estados que no hayan garantizado legislativamente o a través de medidas de otro carácter el ejercicio de los derechos establecidos en la CADH tienen el deber de hacerlo, lo que implica a su vez la *prohibición de medidas que deroguen o eliminen la legislación u otras disposiciones necesarias para el ejercicio de los derechos reconocidos en dicho Pacto*. Para el autor citado, ello significa la *consagración de la prohibición de regresividad normativa* [tema que retomaremos], al menos en la medida en que esa regresión afecte las normas y disposiciones necesarias para el ejercicio de los derechos de la CADH³¹.

29 Christian Courtis, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en la obra compilada por el mismo autor, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CEDAL - CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 17.

30 *Ibid.*, pp. 13-14.

31 *Ibid.*, p. 15.

Asimismo, con relación a las cláusulas interpretativas del art. 29, que recogen en gran medida el principio *pro homine*, el doctrinario aludido asevera que de ellas puede decirse genéricamente que *prohíben un empleo regresivo de la CADH*; puntualizando también –entre otras consideraciones– que esta Convención no puede ser excusa para *empeorar las condiciones de goce de los derechos establecidos por el ordenamiento jurídico interno o por otros tratados internacionales de los que el país en cuestión sea parte*³².

B) Progresividad y “reserva de lo financieramente posible”

En el plano de las *omisiones legislativas* y frente al argumento que doctrinariamente se ofrece en punto a que los derechos sociales dependen de la “reserva de lo financieramente posible”, por lo que cualquier intento de control jurisdiccional en ese ámbito [sobre aquellas pretericiones] comportaría una inadmisibles intromisión en las competencias presupuestarias del legislador y un “vano intento de gestionar lo imposible”³³, Pisarello y De Cabo –a nuestro juicio, atinadamente– discrepan de semejante visión.

Al respecto, y en sintonía con el criterio que dejáramos expuesto *supra*, plantean que ni la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos sociales es tan tajante como parece, ni la “reserva de lo financieramente posible” puede tomarse como una realidad dada de antemano y como un argumento definitivo para la completa desvinculación jurídica del legislador. Es que –agregan– cuando una *omisión legislativa absoluta vulnera el contenido esencial de los derechos sociales constitucionales*, el derecho de libre configuración de las políticas públicas cede frente al deber de probar que se están usando todos los medios disponibles y hasta el máximo de los recursos existentes para satisfacer los derechos en cuestión³⁴ (ver art. 2 del PIDESC). Por fin, puntualizan que en una situación de explícita vulneración, los “límites financieros” no tienen por qué presumirse y la jurisdicción puede obligar al legislador a justificar su incumplimiento y, sin imponerle un único medio de reparación, exigirle que ponga en marcha *alguno* de los que se encuentran a su alcance³⁵.

Los puntos abordados conectan, como anticipábamos, con la aludida tesis del *contenido esencial de los derechos fundamentales (Wesensgehalt)* según la terminología alemana) y con el principio de razonabilidad, cuya forma de ser percibido ha variado,

32 Ídem.

33 Gerardo Pisarello y Antonio De Cabo, “¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales? Legisladores, jueces, ciudadanos”, en Raúl Morodo y Pedro De Vega (dirs.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Tº III, UNAM y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2000, p. 1823.

34 Ídem.

35 *Ibid.*, p. 1824.

pasando –en palabras de Zagrebelsky– de *requisito subjetivo del jurista a requisito objetivo del Derecho*³⁶.

Y es precisamente con el telón de fondo descripto que los jueces ordinarios y/o constitucionales en el contexto interno deberán asumir un rol *equilibradamente activista* para no invadir de modo imprudente esferas de atribuciones propias de otros poderes del Estado, pero tampoco consentir que aquella progresividad sea leída por las autoridades gubernamentales –mediante un prisma de inacción deferente– como *latencia o inocuidad ‘sine die’ de las normas consagradorias de los DESC*.

En relación con tal asunto, es evidente que el principio de progresividad y la “reserva de lo financieramente posible” *en modo alguno pueden afectar la juridicidad ni la justiciabilidad de los DESC*, que son auténticos derechos. En otras palabras, aquellas pautas no podrían [válidamente] dejarlos sin sustento materialmente jurídico ni despojarlos de su viabilidad jurisdiccional.

C) Justiciabilidad del incumplimiento de la progresividad exigida y/o de la inobservancia de la proscripción de dictado injustificado de medidas retrocesivas en materia de políticas públicas

Conviene recordar inicialmente que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la CADH, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”³⁷.

Asimismo, en la importante sentencia recaída en el “Caso Acevedo Buendía y otros (‘Cesantes y Jubilados de la Contraloría’) vs. Perú”, la Corte IDH ha concluido que *la regresividad resulta justiciable*³⁸ cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate.

Sobre este tópico, tal como anticipáramos y tanto si no se cumpliera la mentada progresividad sustentable como si se incurriera en el dictado de regulaciones involutivas en el campo de los DESC, pesaría sobre el Estado *la carga de la prueba* para demostrar, respectivamente, la idoneidad dinamizadora y evolutiva de sus políticas públicas o la razonable justificación de las medidas de corte retrocesivo que hubiese adoptado. Más adelante retornaremos a este tema.

De manera coincidente, el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa ha sostenido que *son los Estados quienes principalmente tienen que probar que*

36 Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ª ed., Trotta, trad. de Marina Gascón, Madrid, 1999, p. 147.

37 Comisión IDH, Informe de Admisibilidad y Fondo N° 38/09, Caso 12.670, “Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú”, 27 de marzo de 2009, párrs. 140 a 147.

38 Corte IDH, “Caso Acevedo Buendía y otros (‘Cesantes y Jubilados de la Contraloría’) vs. Perú”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de julio de 2009, Serie C, N° 198, párr. 103.

las medidas de austeridad propuestas están en consonancia con sus obligaciones de derechos humanos. Para llegar a tal conclusión se asienta en³⁹:

§ el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, órgano que en su período extraordinario de sesiones de 2009 afirmó que “*las crisis económicas y financieras mundiales no disminuyen la responsabilidad de las autoridades nacionales y de la comunidad internacional en la realización de los derechos humanos*”⁴⁰;

§ también en 2009, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) declaró que “*la crisis económica no debe tener como consecuencia la reducción de la protección de los derechos reconocidos por la Carta [Social Europea]. Por lo tanto, los gobiernos están obligados a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que los derechos de la Carta estén garantizados de manera efectiva en aquellos períodos en que los beneficiarios necesitan mayor protección*”⁴¹; y

§ el citado Consejo de Derechos Humanos de la ONU, ya en 2012, acogió con beneplácito una nueva serie de principios rectores sobre la deuda externa y los derechos humanos, que estipula que *los gobiernos tienen la obligación de garantizar la primacía de los derechos humanos cuando toman decisiones sobre obtención y concesión de préstamos*⁴² –en todos los casos los remarcados han sido añadidos–.

Se han distinguido dos nociones posibles de regresividad o bien dos campos de aplicación posible de la noción general de aquella⁴³:

- i) *regresividad de resultados*: cuando la *noción de regresividad se aplica a los resultados de una política pública*. En ese sentido, la política pública desarrollada por el Estado *es regresiva cuando sus resultados hayan empeorado en relación con los de un punto de partida temporalmente anterior elegido como parámetro*. Esta aplicación de la noción de regresividad requiere indicadores o referencias empíricas; y
- ii) *regresividad normativa*: cuando la *noción de regresividad se aplica a normas jurídicas*, es decir, se refiere a la extensión de los derechos concedidos por una norma. En este sentido –no empírico sino normativo– *para determinar que una*

39 Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, “La protección de los derechos humanos en tiempos de crisis económica”, CommDH/IssuePaper(2013)2, p. 22; Fuente: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2430934&SecMode=1&DocId=2088902&Usage=2>.

40 Resolución del Consejo de Derechos Humanos S-10/1, “The impact of the global economic and financial crises on the universal realization and effective enjoyment of human rights”, párr. 5 (ídem nota anterior).

41 CEDS, Conclusions 2009, Vol. I, párr. 17 (*loc. cit.* en nota 38).

42 Informe del experto independiente de la ONU, Cephias Lumina, sobre la deuda externa, 10 de abril de 2011, A/HRC/20/23 (*loc. cit.* en nota 38).

43 Christian Courtis, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, *op. cit.*, pp. 3-4.

norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior.

Adicionalmente vale traer a colación el aporte de Jimena Quesada, para quien la implementación de políticas públicas debe ir de la mano de la efectividad jurídica de los derechos correspondientes, para evitar la impresión ciudadana según la cual debemos resignarnos a asumir despilfarro económico, irresponsabilidad jurídica e inexigibilidad jurídica⁴⁴.

D) Control social y democrático

Íntimamente relacionado con lo anterior, se observa que una genuina *rendición de cuentas* por parte de las autoridades públicas cumpliría en el particular un rol muy importante para que la sociedad civil estuviera en condiciones de controlar democráticamente el curso de la gestión pública y la razonabilidad del esquema de prioridades que el Estado maneja en materia de políticas públicas para la protección y la realización de los DESC.

Es que, como con contundencia y claridad ha asegurado la Corte IDH, “el actuar del Estado debe encontrarse regido por los *principios de publicidad y transparencia en la gestión pública*, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el *control democrático de las gestiones estatales*, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El *acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social* que se puede ejercer con dicho acceso”⁴⁵. El Tribunal ha añadido que “[e]l *control democrático*, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, *fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública...*”⁴⁶ –en ambos casos el énfasis ha sido agregado–.

Entendemos que *Estado Constitucional y Convencional* –por una parte– y *responsabilidad* –por la otra– son conceptos correlativos, lo que supone procurar una racionalización del poder que evite abusos y excesos, y obliga a que las autoridades públicas respondan por sus actos y omisiones en cumplimiento del compromiso ético, institucional y jurídico que asumen al ser electos. Justamente un axioma del Estado de

44 Luis Jimena Quesada, “La inclusión y la cohesión sociales: una visión en clave de efectividad de derechos humanos”, *Los derechos sociales en tiempos de crisis*, II Jornadas del Ararteko sobre Políticas Públicas, Ararteko, Vitoria - Gasteiz, 2012, p. 149; disponible en http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/o_2879_3.pdf.

45 Corte IDH, “Caso Claude Reyes y otros vs. Chile”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 19 de septiembre de 2006, Serie C, N° 151, párr. 86.

46 *Ibid.*, párr. 87.

Derecho es el sometimiento de todo el poder al Derecho, surgido de la Constitución y legitimado democráticamente⁴⁷.

En otras palabras, es sustancial la existencia de mecanismos de control vertical y horizontal, reconducibles –ejercicio de simplificación mediante– a una suerte de *accountability*, término semánticamente próximo (aunque no totalmente intercambiable) a la expresión “rendición de cuentas”. No aludimos entonces a meras fiscalizaciones formales que sólo sirvan para adornar y aumentar la ya sobrepoblada estructura burocrática, sino a controles que funcionen en la realidad, que sean serios, transparentes e independientes de los órganos controlados; entramado en el que cada día se hace más evidente que el aporte suplementario que pueda brindar *el control social o ciudadano* de los asuntos públicos resulta provechoso para estimular la transparencia y aportar al fortalecimiento de la credibilidad de las instituciones públicas⁴⁸ en un ámbito tan sensible como el de los DESC, intrínsecamente consustanciado con la dignidad de la persona humana.

En ese terreno, entes como las defensorías del pueblo (o la denominación que se le asigne al instituto en cada Estado) y las ONG de derechos humanos pueden y deben jugar un papel relevante en la supervisión de las políticas públicas y de las pautas de ajuste que hubiere adoptado el gobierno en cuestión durante tales épocas críticas, coadyuvando a evaluar sistemáticamente su repercusión real en el plano de los derechos esenciales de la población comprometida.

Por lo demás, y si las aludidas instituciones contasen con suficiente legitimación procesal podrían, *inter alia*, plantear ante los tribunales las pertinentes demandas por violaciones a los derechos humanos provocadas por las medidas de austeridad, o efectuar presentaciones en calidad de *amici curiae* acercando argumentos de hecho y derecho a los magistrados encargados de revisar jurisdiccionalmente las políticas fiscales, en orden a enriquecer cualitativamente el arsenal de elementos analíticos con que ellos cuentan a la hora de interpretar y aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos y los estándares forjados por los órganos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales de supervisión de tales cuerpos normativos iusinternacionales⁴⁹.

47 Ver la obra de Víctor Bazán, *Estado de Derecho: Perfiles y exigencias actuales*, Colección Cuadernos democráticos, N° 1, Fundación Konrad Adenauer, Oficina Nacional Ecuador, Quito, 2009, p. 38.

48 Ídem.

49 Sobre el tema, y entre otros trabajos de Víctor Bazán, pueden revisarse: “*Amicus curiae*, justicia constitucional y derecho internacional de los derechos humanos”, *Federalismi.it, Rivista de Diritto Pubblico italiano, comunitario e comparato, Focus - América Latina*, N° 2, Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed europeo, Italia, 19 de diciembre de 2014, Fuente: http://federalismi.it/focus/index_focus.cfm?FOCUS_ID=41&focus=sudamerica; o con algunas modificaciones, “*Amicus curiae*, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, enero-junio de 2014, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, México D.F., 2014, pp. 31-57.

6. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y LOS LÍMITES A SUS RESTRICCIONES EN TIEMPOS DE CRISIS

A) El Comité de DESC, las medidas deliberadamente retrocesivas y la carga de la prueba

Con acierto se ha puntualizado que en momentos de crisis, los Estados no poseen un derecho irrestricto a deshacer los logros alcanzados en el área social, sino que por el contrario tienen “el deber de seguir progresando o al menos de mantener lo alcanzado, salvo que les sea materialmente imposible. *La carga de la prueba de esa imposibilidad recae en el Estado que realiza o permite regresiones deliberadas en la satisfacción de los derechos sociales; y en ningún caso justifica recortes sobre los contenidos esenciales de estos derechos*”⁵⁰ –énfasis agregado–.

De hecho, el Comité de DESC ha insistido en este punto, más allá de la nombrada O.G. N° 3. Así, ejemplificativamente, ha mantenido tal criterio en las OO.GG. N° 13 (1999), párr. 45⁵¹; N° 14 (2000), párr. 32⁵²; N° 15 (2002), párr. 19⁵³; N° 17 (2005), párr. 27⁵⁴; N° 18 (2005), párr. 21⁵⁵; N° 19 (2007), párr. 42⁵⁶; y N° 21 (2009), párr. 46⁵⁷.

En ese sentido, si tomáramos como muestra el párr. 42 de la O.G. N° 19, ha afirmado (las cursivas son agregadas): “Existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto a la seguridad social está prohibida de conformidad con el Pacto. *Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte la carga de la prueba de que estas medidas se han adoptado tras un examen minucioso de todas las alternativas posibles y de que están debidamente justificadas habida cuenta de todos los derechos previstos en el Pacto, en*

50 Jaume Saura Estapà, “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales”, *El tiempo de los derechos*, N° 2, 2011, Huri-Age, Consolider-Ingenio 2010, p. 14; Fuente: http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/saura_exigibilidad_DESC.pdf.

51 Comité de DESC, O.G. N° 13, ‘El derecho a la educación (art. 13, PIDESC)’, 21º período de sesiones (1999), E/C.12/1999/10.

52 Comité de DESC, O.G. N° 14, ‘El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12, PIDESC)’, 22º período de sesiones (2000), E/C.12/2000/4.

53 Comité de DESC, O.G. N° 15, ‘El derecho al agua (arts. 11 y 12, PIDESC)’, 29º período de sesiones (2002), E/C.12/2002/11.

54 Comité de DESC, O.G. N° 17, “Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) [ap. ‘c’, párr. 1, art. 15, PIDESC]”, 35º período de sesiones (2005), E/C.12/GC/17.

55 Comité de DESC, O.G. N° 18, ‘Derecho al trabajo (art. 6, PIDESC)’, 35º período de sesiones (2005), E/C.12/GC/18.

56 Comité de DESC, O.G. N° 19, ‘El derecho a la seguridad social (art. 9, PIDESC)’, 39º período de sesiones (2007), E/C.12/GC/19.

57 Comité de DESC, O.G. N° 21, “Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (art. 15, párr. 1.º, PIDESC)”, 43º período de sesiones (2009), E/C.12/GC/21/Rev.1.

*el contexto del pleno aprovechamiento del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte*⁵⁸.

Convergentemente, en referencia a la crisis económica y financiera mundial de los últimos años y su impacto en España, se ha dicho que dicho contexto “es susceptible de ser sesgadamente utilizado por algunos para reducir un irreversible e insoslayable acervo jurídico nacional e internacional en materia de protección de los derechos sociales. *La crisis no debe constituir en absoluto un vano pretexto para la regresión, sino una gran oportunidad para afirmar progresivamente las conquistas sociales conseguidas*” –énfasis añadido–, ya que “los derechos sociales no son más difíciles de articular jurídicamente que los demás derechos, ni tampoco resultan necesariamente más onerosos”⁵⁹.

Al analizar el quinto informe periódico de España sobre la aplicación del PIDESC, entre otras cuestiones, el Comité de DESC⁶⁰ instó a dicho país a que, en virtud del *principio de indivisibilidad, universalidad e interdependencia de los derechos humanos, adoptase las medidas legislativas pertinentes para garantizar a los DESC un nivel de protección análogo al que se aplica a los derechos civiles y políticos*. Asimismo, le recomendó que tomara las medidas adecuadas para asegurar la plena justicia-bilidad y aplicabilidad de todas las disposiciones del Pacto por los tribunales nacionales. Paralelamente, le recomendó *garantizar que todas las medidas de austeridad adoptadas identificasen el contenido mínimo esencial de todos los derechos del Pacto, y tomar todas las medidas apropiadas para proteger este contenido esencial en cualquier circunstancia, especialmente para las personas y los grupos desfavorecidos y marginados*.

Es importante subrayar que al establecer las recomendaciones sobre España en relación con el citado informe periódico de ese país, el Comité de DESC dirigió una carta abierta a todos los Estados Partes del PIDESC⁶¹, donde planteó los criterios que las políticas de austeridad y otras políticas asumidas por los Estados en tiempos de crisis económica debían respetar para cumplir con las obligaciones derivadas de dicho Pac-

58 Dicho párrafo se complementa con el siguiente texto: “El Comité examinará detenidamente: *a*) si hubo una justificación razonable de las medidas; *b*) si se estudiaron exhaustivamente las posibles alternativas; *c*) si hubo una verdadera participación de los grupos afectados en el examen de las medidas y alternativas propuestas; *d*) si las medidas eran directa o indirectamente discriminatorias; *e*) si las medidas tendrán una repercusión sostenida en el ejercicio del derecho a la seguridad social o un efecto injustificado en los derechos adquiridos en materia de seguridad social, o si se priva a alguna persona o grupo del acceso al nivel mínimo indispensable de seguridad social; y *f*) si se hizo un examen independiente de las medidas a nivel nacional”.

59 Manuel Terol Becerra y Luis Jimena Quesada [dirs.], *Tratado sobre protección de derechos sociales*, op. cit., pp. 19-20.

60 ONU, Consejo Económico y Social, E/C.12/ESP/CO/5, Distr. General 6 de junio de 2012, Original: español, Comité de DESC, 48º período de sesiones, 30 de abril a 18 de mayo de 2012, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud de los artículos 16 y 17 del PIDESC, “Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - España”.

61 Comité de DESC, ‘Carta abierta a los Estados Partes’ [del PIDESC], 48º período de sesiones, 16 de mayo de 2012, CESCR/48th/SP/MAB/SW.

to. En síntesis, expuso que cualquier cambio o ajuste de política propuesto tiene que cumplir los siguientes requisitos:

1. debe ser una medida temporal que abarque sólo el período de la crisis;
2. debe ser necesaria y proporcionada, en el sentido de que la adopción de cualquier otra política, o la omisión de actuar, sería más perjudicial para los DESC;
3. no debe ser discriminatoria y comprende todas las medidas posibles, incluidas las medidas fiscales, para apoyar las transferencias sociales y mitigar las desigualdades que pueden crecer en tiempos de crisis y para garantizar que los derechos de las personas y grupos desfavorecidos y marginados no sean afectados de manera desproporcionada; y
4. debe identificar el contenido mínimo esencial de los derechos, o un piso de protección social, según lo desarrollado por la Organización Internacional del Trabajo, y asegurar la protección de este contenido básico en todo momento.

B) En torno a los grupos y personas en situación de vulnerabilidad

Justamente en épocas de dificultades y desequilibrios financieros y/o económicos es cuando se torna más ostensible la necesidad de acrecentar la *protección de los derechos de los grupos y personas más frágiles e hiposuficientes*, entre los que se cuentan (ejemplificativamente y en lo pertinente teniendo en cuenta la realidad de cada país) niños y niñas, mujeres, trabajadores migrantes, ancianos, personas con discapacidad, pobres e indigentes, desplazados forzosos, minorías, pueblos indígenas, poblaciones afrodescendientes, etcétera.

Los gobiernos deben evaluar prudente y sistemáticamente las derivaciones que las políticas presupuestarias, económicas y sociales que implementan en tiempos de austeridad y ajustes producen en sensibles materias como la igualdad, la no discriminación y los derechos fundamentales.

Es preciso tener en cuenta que las obligaciones internacionalmente asumidas por los Estados en la esfera de los DESC *no son derogables* e incluso su cumplimiento deviene más relevante precisamente en períodos críticos, para atemperar el rigor del nocivo impacto que éstos pueden provocar en las comunidades más postergadas.

Al respecto, de los aps. 10 a 12 de la citada O.G. N° 3 del Comité de DESC se desprenden ciertas circunstancias dignas de ser enunciadas. Así, se verifica que:

- § corresponde a cada Estado Parte una *obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos* (ap. 10);
- § si el PIDESC se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, *carecería en gran medida de su razón de ser* (id. ap.);

- § toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata, y que las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe *demonstrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas* (id. ap.);
- § aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, *sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes* (ap. 11);
- § de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, *las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción* (id. ap.); y
- § *aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo* (ap. 12).

Mutatis mutandis, la Corte IDH⁶² ha sostenido que *toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial*, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos⁶³; añadiendo que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que *es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre*⁶⁴.

62 Sobre éste y otros aspectos de la temática, ver Víctor Bazán por ejemplo en: “Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en el libro de Víctor Bazán y Luis Jimena Quesada, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Astrea, Buenos Aires, 2014, pp. 1-167; “La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Víctor Bazán (dir.), *La judicialización de los derechos humanos*, Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección Derechos Humanos) - Ediciones Legales, Lima, 2009, pp. 257-300; y “Vías de maximización protectiva de los derechos económicos, sociales y culturales”, *La Ley*, T° 2007-D, Buenos Aires, pp. 1135-1149.

63 Corte IDH, “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 4 de julio de 2006, Serie C, N° 149, párr. 103.

64 Ídem.

En línea convergente a las últimas consideraciones volcadas en el aludido “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil”, la Corte IDH había señalado anteriormente que de las obligaciones generales de los arts. 1.1 y 2 de la CADH “derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto del derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. En este sentido, el artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida en todo su alcance a un Estado

7. UN CASO TESTIGO SOBRE LA VINCULACIÓN ENTRE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

A) Introducción

Desde luego que Colombia no es la única muestra que ofrece el derecho comparado en punto a la introducción por vía constitucional o legal del principio o criterio de la sostenibilidad fiscal⁶⁵.

Sólo lo tomamos aquí como caso testigo ante la relativamente reciente inclusión en su Constitución Política (CP) del llamado marco de sostenibilidad fiscal (SF) y la creación de un incidente de impacto fiscal (IIF), cuestiones respecto de las cuales nos detendremos para examinar cómo han funcionado hasta ahora y qué efectos producen o pueden producir en relación con la protección de los DESC.

Debe advertirse que la SF no es un tema nuevo en Colombia. Lo novedoso es su inclusión expresa en la CP, ya que hasta el momento en que ello ocurrió (Acto Legislativo N° 3 de 2011) las normas referidas al tema se habían instrumentado por medio de leyes⁶⁶.

Parte. En efecto, dicho artículo impone a los referidos Estados los deberes fundamentales de respeto y garantía de los derechos, de tal modo que *todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier poder u órgano de éstos, independientemente de su jerarquía, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional* –cursivas añadidas– (Corte IDH, “Caso Baldeón García vs. Perú”, cit., párr. 81).

65 Se observan antecedentes al respecto, por ejemplo, en Alemania y Brasil.

66 En efecto, de acuerdo con lo reseñado por la Sala Plena de la C.C., en la Sentencia C-132/12, de 29 de febrero de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, la inclusión de la *sostenibilidad* en la Constitución configura un paso más en la evolución normativa del tema en Colombia, por lo que no se trataría en realidad de un aspecto novedoso.

Siguiendo el *racconto* secuencial de la C.C., el primer antecedente normativo de la sostenibilidad fiscal se encuentra en la *Ley 358 de 1997*, “Por la cual se reglamenta el artículo 364 de la Constitución y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento”, conocida también como “ley de los semáforos”, texto normativo que establece límites al endeudamiento de las entidades territoriales, a efectos de que no excedan su capacidad de pago.

Un segundo antecedente es la *Ley 617 de 2000*, conocida como “Ley de responsabilidad fiscal territorial”, la cual se profirió con miras a la racionalización de los fiscos departamentales, municipales y distritales, mediante la clasificación de las entidades territoriales en categorías presupuestales y el establecimiento de topes máximos para sus gastos de funcionamiento.

Posteriormente, se expidió la *Ley 819 de 2003*, “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”, la cual obliga al Gobierno Nacional a presentar ante el Congreso de la República un Marco Fiscal de Mediano Plazo el cual contendría, como mínimo: *i*) un Plan Financiero; *ii*) un programa macroeconómico plurianual; *iii*) las metas de superávit primario, así como el nivel de deuda pública y un análisis de su sostenibilidad; *iv*) un informe de resultados macroeconómicos y fiscales de la vigencia fiscal anterior; *v*) una evaluación de las principales actividades cuasifiscales realizadas por el sector público; *vi*) una estimación del costo fiscal de las exenciones, deducciones o descuentos tributarios existentes; *vii*) el costo fiscal de las leyes sancionadas en la vigencia fiscal anterior; y

B) Modificación constitucional

Como anticipáramos, en el contexto jurídico colombiano y por medio del Acto Legislativo N° 3 de 2011, se modificó el art. 334 de la CP. La nueva redacción de esta cláusula quedó configurada de la siguiente manera:

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Éste intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir *en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal*, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. *Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.*

“El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, *de manera progresiva*, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

“*La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.*

El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales”.

viii) una relación de los pasivos contingentes que pudieran afectar la situación financiera de la Nación.

En cuanto a normativa más reciente, pueden incluirse (siempre según la C.C.) a la “*Ley de víctimas*” (Ley 1.448 de 2011), en la que establece la sostenibilidad en su art. 19; la *Ley 1.454 de 2011*, “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones”, se establece a la sostenibilidad fiscal en términos de “principio rector del ordenamiento territorial”; y la *Ley 1.473 de 2011*, que específicamente consagra y desarrolla una regla fiscal en su art. 1, que dice: “La presente ley tiene por objeto expedir normas que garanticen la sostenibilidad de largo plazo de las finanzas públicas y contribuyan a la estabilidad macroeconómica del país”.

Entre otros puntos, la sentencia aquí colacionada señala que, como puede apreciarse en el ámbito legal colombiano existen numerosas leyes, sean ordinarias u orgánicas, que estipulan reglas fiscales encaminadas a: *i)* sanear las finanzas públicas, en especial, aquellas de las entidades territoriales; *ii)* imponer obligaciones al Gobierno Nacional al momento de elaborar el presupuesto nacional; *iii)* racionalizar el gasto público; y, en definitiva, *iv)* lograr niveles de sostenibilidad fiscal.

A continuación la norma presenta el siguiente “Parágrafo”:

“Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva” –en todos los casos las cursivas han sido agregadas–.

Asimismo, se reformaron los respectivos incisos primero del art. 339 y del art. 346 introduciendo sendas alusiones al marco de sostenibilidad fiscal.

En consecuencia, dicha innovación constitucional dio vida a dos institutos: *i)* El *marco de sostenibilidad fiscal*; y *ii)* el *incidente de impacto fiscal*.

La Ley 1.695 de 2013⁶⁷ desarrolló el procedimiento y los efectos de la resolución del IIF, determinando en su art. 3 –en relación con la competencia– que conocerá del incidente la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional [C.C.] o la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, de la que haga parte el magistrado de la Alta Corporación que presentó la ponencia de la sentencia o de los autos que se profieran con posterioridad a la misma, sobre el cual se solicita el incidente.

A modo de aclaración, la expresión “Altas Cortes” hace referencia a los órganos aludidos en tal cláusula legal: Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura.

C) Jurisprudencia relevante de la Corte Constitucional sobre los institutos en cuestión

I) Cabe resaltar que ya antes del dictado de tal ley la C.C. se había pronunciado sobre el mentado incidente –también respecto de la SF– en dos importantes decisorios: las Sentencias C-288 de 2012⁶⁸ y C-1.052 de 2012⁶⁹, en las cuales identificó varios elementos que permiten evidenciar su contenido y alcances, a partir del análisis sistemático del art. 334 del Texto Superior con las demás normas constitucionales.

En la Sentencia C-288 de 2012, la C.C. sostuvo respecto de la SF que:

§ es una herramienta necesaria para que los Estados mantengan una disciplina económica que evite la configuración o extensión en el tiempo de hipótesis de déficit fiscal, que pongan en riesgo la estabilidad de las finanzas públicas. Se trata de un instrumento que busca regularizar la brecha existente entre ingresos y gastos, cuando la misma pueda afectar la salud financiera de un Estado y los

67 Publicada en el *Diario Oficial de Colombia* el 17 de diciembre de 2013.

68 Sala Plena de la C.C., 18 de abril de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

69 Sala Plena de la C.C., 5 de diciembre de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

compromisos que le asisten con miras a garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Constitución;

- § es uno de los condicionamientos que rigen la intervención del Estado en la economía, en tanto que su objetivo (mantener un equilibrio en la relación ingreso y gasto público), se adicionó a otros propósitos existentes y no reformados por el Acto Legislativo N° 3 de 2011, como son, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y la preservación de un ambiente sano;
- § su objetivo constitucional es fungir como *instrumento* para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. No tiene el alcance de un derecho colectivo y menos aún de un principio constitucional, que deba ponderarse y optimizarse en relación con los demás principios previstos en la Carta;
- § se le otorgó la calidad de *criterio orientador*, por virtud del cual su exigibilidad debe guiar a todas las ramas y órganos del poder público, en el ejercicio de sus competencias, dentro de un marco de colaboración armónica, lo cual –según el criterio de la C.C.– descarta la existencia de un carácter *coactivo* en la aplicación de la SF;
- § se somete a una cláusula prohibitiva, conforme a la cual: “en cualquier caso el gasto público social será prioritario”, lo que implica la existencia de una relación de dependencia jerárquica entre la consecución de los fines propios del citado componente del presupuesto nacional, el cual se concreta en la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable, y la aplicación de la SF en la intervención del Estado en la economía; y
- § la SF también opera en el ámbito presupuestal y de planeación, con miras a exigir que en la elaboración de los citados documentos que delimitan el quehacer de la hacienda pública, se preserven los objetivos que lo identifican y se guarde coherencia en el manejo de la política fiscal del Estado.

Por su parte, de la conjugación de las citadas Sentencias C-288 de 2012 y C-1.052 de 2012⁷⁰ pueden entresacarse algunos perfiles y aspectos del IIF, a saber:

- § que la regulación sobre el IIF le corresponde al Congreso de la República, en ejercicio de su amplia potestad de configuración normativa. No obstante, como consecuencia de las pautas previstas en la Constitución, a dicha Corporación le

70 Por supuesto, no son los únicos pronunciamientos en la materia. Así, y más allá del otro decisorio que analizaremos aquí (Sentencia C-870 de 2014), se contabilizan *inter alia* la Sentencia C-332/12, de 9 de mayo de 2012, Sala Plena de la C.C., M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, por la que se declaró la exequibilidad [constitucionalidad] del Acto Legislativo N° 3 de 2011 por inexistencia de vicios de forma durante el trámite de la iniciativa.

corresponde establecer un procedimiento judicial *sui generis*⁷¹, que no puede ser subsumido por otro trámite judicial preexistente, lo que conduce a la posibilidad de que se prevean reglas particulares, específicas y concretas que determinen el alcance de sus diferentes etapas procesales;

- § que la legitimación para promover el incidente corresponde exclusivamente a los Ministros del Gobierno y al Procurador General de la Nación, sin que se encuentren previstas cláusulas de delegación a otros servidores públicos;
- § que en cuanto a su naturaleza jurídica, el IIF es consagrado como un *espacio de interlocución* entre los servidores públicos antes referidos y las Altas Cortes, en el que se les concede a los primeros la facultad de expresar las razones por las cuales consideran que los efectos de una sentencia omiten tener en cuenta el criterio de SF, carga argumentativa que en ningún caso puede trasladarse a los funcionarios judiciales. En otras palabras, se otorga al IIF un carácter netamente instrumental, por medio del cual se pretende que las Altas Corporaciones de Justicia, dentro de la órbita de sus competencias, puedan considerar, luego de adoptar su decisión, los efectos fiscales que pueda tener el cumplimiento de la misma y las invita a reflexionar sobre cómo lograr su observancia, en un contexto acorde con el criterio de SF;
- § que en la medida en que el incidente corresponde a un trámite instrumental de contenido procesal, se encuentra sometido a los deberes que son exigibles para este tipo de actuaciones judiciales, en particular, la obligación de motivar las decisiones que se adopten, máxime si se opta por hacer uso de las opciones de modular, diferir o modificar los efectos del fallo correspondiente;
- § que bajo la regla de que la SF es un criterio orientador, las autoridades judiciales no están obligadas a realizar un estudio detallado sobre el impacto fiscal de sus decisiones ya que este análisis le corresponde a los Ministros del Gobierno o al Procurador General de la Nación cuando decidan promover el IIF;
- § que el alcance del incidente se encuentra restringido a los efectos de la sentencia y no al contenido de la providencia en sí misma considerada, lo que implica que la decisión adoptada está protegida por la garantía de la cosa juzgada consti-

71 Pese a aludir a un proceso *sui generis*, la C.C. explicó que en la propia Constitución se definieron los siguientes elementos esenciales: *i*) la legitimación exclusiva y sin previsión de delegación a otros servidores públicos no determinados en el art. 334 de la Constitución; *ii*) el espacio de interlocución entre funcionarios legitimados y las Altas Cortes; *iii*) la carga argumentativa sobre las implicaciones fiscales de los fallos radica en los funcionarios legitimados y no puede trasladarse a las Altas Cortes; *iv*) el campo de acción del IIF está restringido exclusivamente a los efectos de la sentencia que son diferentes de la sentencia en sí misma considerada; *v*) la decisión de modular, modificar o diferir los efectos de los fallos es potestativa de la Alta Corte; *vi*) el IIF es compatible con el principio de separación de poderes y la autonomía judicial; y *vii*) toda decisión que se deriva del IIF está subordinada al logro y goce efectivo de los derechos fundamentales.

tucional. Es en virtud de ello que el Acto Legislativo N° 3 de 2011 realiza una diferenciación entre la *decisión* adoptada en una sentencia y sus *efectos*;

§ que la posibilidad de modular, modificar o diferir en el tiempo los efectos de la sentencia tiene un carácter potestativo, por cuanto: *i*) la obligatoriedad está circunscripta al trámite del incidente; *ii*) la Alta Corporación puede decidir autónomamente si selecciona cualquiera de las opciones establecidas en la norma constitucional, lo cual no implica adoptar una decisión particular en algún sentido; y *iii*) se pueden mantener las órdenes emitidas desde el principio, en cuyo caso su decisión es de obligatorio cumplimiento; y

§ que el IIF no puede despojar a las Altas Cortes de su labor de adoptar las decisiones a que haya lugar a la luz de la protección de los derechos de las personas.

II) Otro pronunciamiento que ofrece interés en relación con el tema que abordamos es la Sentencia C-870 de 2014⁷², obviamente posterior a la nombrada Ley 1.695 de 2013 que desarrolló los aspectos procedimentales del IIF.

Entre otros tópicos, algunos de los cuales serán referenciados *infra*, la C.C. analizó las *etapas procesales del IIF*: arts. 5 a 12 de la nombrada Ley 1.695 de 2013:

§ *etapa de presentación*: el incidente deberá formularse ante el magistrado de la Alta Corporación que actuó como ponente, dentro del término de ejecutoria del fallo. Una vez verificada su presentación en el plazo señalado, se concederá la apertura del IIF dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, mandato que pretende optimizar la regla constitucional, conforme a la cual es obligatorio el trámite del IIF. Por ello, si el mismo se presenta de forma extemporánea se concederá a su rechazo, decisión que es susceptible del recurso de reposición;

§ *etapa de sustentación*: para ella se prevé un plazo de treinta (30) días. Si no se cumple con esta obligación, se declarará desierto. La sustentación del incidente debe dar cuenta de: *i*) las “posibles” consecuencias de la providencia en la sostenibilidad de las finanzas públicas; *ii*) las condiciones específicas que explican dichas consecuencias; y *iii*) los planes concretos para el cumplimiento de la sentencia o de los autos que se profieran con posterioridad a la misma, que aseguren los derechos reconocidos en ella, en un marco de SF. Asimismo, se exige que el incidente se acompañe con un concepto del Ministro de Hacienda y Crédito Público;

§ *etapa de admisibilidad*: se expresa en la posibilidad de adoptar las siguientes decisiones: admitir, inadmitir o rechazar el IIF. La *admisión* se decretará siempre que una vez presentado y sustentado el citado instrumento, se reúnan los requisitos señalados, mediante auto que no tendrá recursos; la *inadmisión* se

72 Sala Plena de la C.C., 13 de noviembre de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero.

dispondrá cuando no se cumplan las exigencias previstas en la ley, caso en el cual, en el auto respectivo, se incluirá una relación de los elementos que requieren mayor detalle, los que la Corporación correspondiente considere ausentes o la información que estime relevante, para que se aporten en el término de cinco (5) días siguientes a la notificación; y el *rechazo* se ordenará cuando, habiendo sido inadmitido el incidente, se omitiere cumplir con la obligación de corregirlo en la oportunidad señalada;

- § *etapa de la audiencia de impacto fiscal*: es obligatoria la asistencia de todas las partes, aunque sólo se exige: *i*) la explicación del solicitante sobre “las consecuencias de la sentencia o del auto que se profiera con posterioridad a la misma, en las finanzas públicas y el plan concreto para su cumplimiento”; y *ii*) la conceptualización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la materia; y
- § *etapa de decisión*: dentro de los diez (10) días siguientes a la celebración de la audiencia, se adoptará la *decisión* sobre el incidente, en la que, con plena autonomía, las Altas Cortes deberán decidir si procede o no la pretensión de modular, modificar o diferir los efectos del fallo, sin que puedan cambiar su sentido, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal.

Asimismo pueden rescatarse otros elementos significativos del fallo que tratamos. Por ejemplo:

- § que la intención del Constituyente de que la SF y, por ende, el IIF, debe ser siempre compatible con la protección de los derechos fundamentales, no sólo a partir de la vigencia de su núcleo esencial, sino desde una perspectiva integral referente a todo su contenido normativo, por lo que existe un expreso y manifiesto mandato de intangibilidad de las garantías constitucionales frente al alcance en general de la SF;
- § que el IIF es un procedimiento establecido para abrir un espacio de diálogo y deliberación entre el Gobierno Nacional, el Procurador General de la Nación y las Altas Cortes, con miras a determinar el impacto de los efectos de sus sentencias en la SF;
- § que por su propia naturaleza, el IIF debe someterse a un proceso *sui generis*, en el que el legislador puede establecer reglas particulares y concretas que determinen el alcance de sus diferentes etapas procesales. Con todo, en el desarrollo de dicha atribución, se deben respetar los aspectos procedimentales expresamente definidos por el Constituyente, destacándose entre ellos: *i*) la distinción existente entre decisión y efectos de una sentencia, con miras a preservar la garantía de la cosa juzgada; *ii*) la carga de motivar toda decisión judicial, en especial cuando se hace uso de las alternativas de modular, modificar o diferir los efectos de un fallo; y *iii*) la imposibilidad de que el trámite del IIF menoscabe los derechos fundamentales, restrinja su alcance o niegue su protección efectiva, lo que en el fondo es una proyección de la cláusula prohibitiva referente a la garantía de los citados derechos frente a la SF.

§ que las disposiciones acusadas de inconstitucionalidad que se refieren a la *acción de tutela están sometidas a reserva de ley estatutaria*, en los términos previstos en el literal ‘a’ del art. 152 de la CP, ya que a pesar de que el IIF responde a una naturaleza instrumental sometido a la cláusula prohibitiva de no poder menoscabar los derechos o negar su protección efectiva (art. 334 de la C.P.), su alcance tiene la potencialidad de incidir en los efectos de las decisiones adoptadas, lo cual puede afectar la operatividad de las órdenes de amparo, en perjuicio de la realización pronta y expedita de los derechos constitucionales fundamentales; y

§ en definitiva, la C.C. decidió excluir la aplicación del procedimiento del IIF respecto de los juicios de amparo, motivo por el cual declaró su exequibilidad, en el entendido de que la regla de procedencia allí dispuesta respecto de dicho incidente *no aplica en relación con las providencias proferidas en el marco de la acción de tutela*.

El punto traído a colación en último término (*no aplicabilidad del procedimiento del IIF a las acciones de tutela*) aparece como uno de los más relevantes aspectos del decisorio en cuestión.

D) Algunas opiniones críticas. Prospectiva

Con respecto al funcionamiento del marco de SF y en particular del IIF y su relación con la protección de derechos sociales –tópico que es el que aquí interesa particularmente–, se ha dicho que efectivamente se corre el riesgo de erosión de los derechos sociales ya que nominal y normativamente, dicho incidente *sí es una figura potencialmente restrictiva de tales derechos*, en tanto impide el cumplimiento directo y efectivo de las sentencias judiciales (siendo que la observancia de los fallos es un componente del derecho al debido proceso), y paralelamente permite: *i*) modular el fallo atacado; *ii*) modificarlo; o *iii*) diferirlo⁷³.

Para Roa Roa, el IIF constituye una respuesta inadecuada para introducir la perspectiva económica en el razonamiento judicial porque implica un costo muy alto para la independencia y eficacia del sistema interno de protección de los derechos, causa una pérdida de oportunidad en el aporte del juez constitucional a la construcción de políticas públicas sostenibles y no representa ninguna ventaja para la construcción del Estado Social de Derecho. Además, su regulación en la Ley 1.695 de 2013, lo convierte en una herramienta idónea para la asunción de un modelo de dictadura fiscal que conducirá a la infra-aplicación judicial de la Constitución o al aumento de los conflictos entre los tribunales y el ejecutivo⁷⁴.

73 Cfr. Manuel Quinche Ramírez, en una opinión que tuvo la gentileza de enviarnos a propósito del presente trabajo.

74 Jorge E. Roa Roa, “El incidente de impacto fiscal y la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales”, *Serie Documentos de Trabajo*, N° 46, Universidad Externado de Colombia, Departamento

El autor citado en último término añade que el IIF es una herramienta que carece de carácter deliberativo, no se trata del único mecanismo para alcanzar la SF, fue aprobado sobre la base del mito del supuesto activismo judicial de la C.C. y tiene aspectos negativos sobre el sistema de protección de los derechos fundamentales⁷⁵.

En definitiva, el IIF en cuestión (dentro del marco de la SF) ofrece algunas dudas y aparece prospectivamente como una incógnita si el propósito de racionalizar el impacto fiscal de las decisiones judiciales terminará o no afectando negativamente a las magnitudes protectivas de los derechos sociales, muchos de los cuales se encuentran estrechamente ligados a la dignidad de los componentes de los grupos más excluidos de la sociedad.

Asimismo, quedan abiertos algunos interrogantes no menores en torno a si la SF en general y el IIF en particular podrían menoscabar relevantes principios tuitivos de los DESC como el de progresividad y el de no regresividad injustificada.

Es también un enigma predecir si el IIF no engendrará fricciones institucionales entre la rama judicial y la rama ejecutiva, ya que para algunos autores el incidente deteriora la autonomía del poder judicial.

Ojalá que prime la prudencia y la racionalidad para evitar que el IIF se convierta en un severo obstáculo que impida o mediatice la efectividad de las sentencias en materia de derechos humanos. Ello implicaría entronizar una visión pura y fríamente fiscal y económica que, con la excusa de asegurar la sanidad de las finanzas o de paliar las insuficiencias presupuestarias, a modo de censor tendría la última palabra para disponer a voluntad la apertura o el cierre de la válvula que conduzca, respectivamente, a la protección o la desprotección de los DESC.

Un elemento indudablemente positivo perfilado por la C.C. en la Sentencia C-870 de 2014 consiste en la *inaplicabilidad del IIF a las acciones de tutela*, sometidas a reserva de ley estatutaria.

Asimismo, nos parece que en toda solución que hubiera de adoptarse en relación con los incidentes de impacto fiscal las Altas Cortes intervinientes en ellos deberían hacer gala de una prudente compenetración con las premisas fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos, como por ejemplo el crucial principio *pro persona*.

No debe olvidarse que los derechos fundamentales y la dignidad humana, consustancial a éstos, así como también la sana pervivencia del Estado Social de Derecho (principio fundamental que se dispara desde el propio artículo inaugural de la CP), *están en juego y en serio riesgo*. Este punto nos abre el camino hacia la cuestión que abordaremos a continuación.

de Derecho Constitucional, Bogotá, 2015, p. 2; disponible en http://www.academia.edu/12250117/El_Incidente_de_Impacto_Fiscal_y_la_legitimidad_democr%C3%A1tica_de_los_tribunales_constitucionales.

75 *Ibid.*, p. 12.

8. EN TORNO A LA DIGNIDAD HUMANA, LOS CONTENIDOS ESENCIALES DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y OTROS TEMAS

A) Mínimo vital y dignidad humana

I) Es por medio de hechos y no de fraseología vana que debe garantizarse un *mínimo vital* intangible (“derecho a la supervivencia”⁷⁶, en la visión de Ferrajoli) en tanto umbral básico de reaseguro de la dignidad humana.

Con miradas en cierta medida convergentes desde que apuntan a los límites a los poderes públicos –incluidos los de la mayoría– respecto de los derechos, aunque también con diferencias⁷⁷, Ferrajoli acuña el concepto de “esfera de lo no decidible”, Bobbio el de “territorio inviolable” y Garzón Valdés el de “coto vedado”.

Entre otras características de esa construcción teórica de Ferrajoli, la “esfera de lo no decidible” demarca un terreno blindado frente a ciertas intervenciones invasivas, pero también un marco de deberes positivos. O sea, se trata de un territorio defendido por prohibiciones: límites de carácter negativo impuestos al legislador –*lo que no puede ser decidido por éste*– en garantía de los derechos de libertad; pero también un espacio de obligaciones: vínculos positivos, igualmente impuestos al legislador –*lo que debe ser decidido por éste*– en garantía de los derechos sociales⁷⁸.

A su tiempo, Bobbio precisa: “Todas las constituciones liberales se caracterizan por la afirmación de los derechos del hombre y del ciudadano, calificados de ‘inviolables’. Ahora bien, *lo inviolable reside precisamente en que esos derechos no pueden limitarse, y mucho menos suprimirse, por medio de una decisión colectiva, aunque ésta sea mayoritaria*. Por su carácter de inalienables frente a cualquier decisión mayoritaria, estos derechos fueron llamados derechos contra la mayoría (...). La amplia esfera de los derechos de libertad puede interpretarse como una *especie de territorio fronterizo ante el cual se detiene la fuerza del principio mayoritario*”⁷⁹ –énfasis agregado–. Según interpreta Bovero, entre otros derechos que integrarían ese “territorio –o frontera– inviolable”, deben incluirse a ciertos derechos sociales como *precondiciones de la democracia*: el derecho a la instrucción (entendido como la educación del ciudadano) y *el derecho a la subsistencia*⁸⁰.

76 Luigi Ferrajoli, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 19, tal como anticipáramos en nota 16 a pie de página.

77 El propio Ferrajoli se encarga de marcar dichas diferencias en: “La esfera de lo indecidible y la división de poderes”, trad. de Miguel Carbonell, *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2008, pp. 337-343.

78 Ver Perfecto Andrés Ibáñez, “Valores de la democracia constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 31, Universidad de Alicante, Alicante, 2008, p. 209.

79 Norberto Bobbio, *Teoría general de la política*, ed. de Antonio De Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2005, pp. 478-479.

80 Michelangelo Bovero, “Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 31, Universidad de Alicante, trad. de Álvaro Núñez Vaquero, Alicante, 2008, p. 222.

En su matriz de análisis Garzón Valdés se refiere al “coto vedado”⁸¹ o conjunto de valores últimos. En el fondo, éste exige cierto grado de homogeneidad social, esto es que, conjuntamente con derechos y libertades debe concurrir un determinado nivel de igualdad de bienes, recursos y servicios.

Al respecto, Cruz Parceró apunta que “ese *mínimo* de condiciones no es poco y lo que se consigue es una concepción de los derechos sociales como derechos humanos, es decir, como un tipo especial de derechos de la más alta jerarquía que deben de garantizarse para *todos* sin importar el estatus de ciudadanía que se tenga”⁸² –cursivas del original–.

II) Sin duda, existe un ligamen sumamente estrecho entre el *mínimo vital*⁸³ o *mínimo existencial* y la *dignidad humana*.

Sobre el punto y al solo efecto ilustrativo, vale citar algunas manifestaciones jurisprudenciales de ciertos órganos máximos de justicia constitucional (la Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional Federal alemán o *Bundesverfassungsgericht –BVerfGE–*) en torno a aquel intenso vínculo al que referíamos.

En ese sentido, ya en un lejano pronunciamiento, concretamente la Sentencia T-426 de 1992⁸⁴, la C.C. señaló: “Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El *derecho a un mínimo vital* –derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario– *es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho* que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución” –remarcado agregado–.

El *mínimo vital* es, en puridad, un *derecho fundamental* diseñado pretorianamente por la C.C., que en el particular exhibe una línea jurisprudencial evolutiva muy reveladora.

Para dicho Tribunal, el concepto de mínimo vital debe ser evaluado desde un punto de vista de la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, por lo cual es necesario realizar una evaluación de las circunstancias de cada caso concreto, *haciendo una valoración que se encamine más hacia lo cualitativo que a lo cuantitativo* (v. gr.,

81 Como se sabe, Garzón Valdés toma la expresión “coto vedado” del título de un libro autobiográfico del escritor Juan Goytisolo, *Coto vedado*, 1ª ed., Seix Barral, Biblioteca Breve, Barcelona, 1985; publicado en inglés como *Forbidden Territory* y en francés como *Chasse gardée*.

82 Juan A. Cruz Parceró, “Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)”, *Discusiones. Derechos Sociales*, N° 4, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca [Argentina], 2004, pp. 71-98, concretamente en p. 87.

83 Un acercamiento a la cuestión, puede verse en Encarna Carmona Cuenca, “El derecho a un mínimo vital”, en Guillermo Escobar Roca (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 1577-1616.

84 Sala Segunda de Revisión de la C.C., 24 de junio de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia T-338 de 2001⁸⁵), verificándose que quien alega su vulneración tenga las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como *la alimentación, el vestuario, la salud, la educación, la vivienda y la recreación*, como mecanismos para hacer realidad su *derecho a la dignidad humana* (por ejemplo, Sentencia T-581A de 2011⁸⁶).

En esa línea, el derecho al mínimo vital ha sido desarrollado jurisprudencialmente como un aspecto de naturaleza fundamental *relacionado con la dignidad humana*.

Así, la C.C. ha mantenido que justamente *el principio constitucional de dignidad humana*, sobre el que se establece el Estado Social de Derecho, *sirve de fundamento al derecho al mínimo vital*, cuyo objeto no es otro que garantizar las condiciones materiales más elementales, sin las cuales la persona arriesga perecer y quedar convertida en ser que sucumbe ante la imposibilidad de asegurar autónomamente su propia subsistencia (Sentencia T-458 de 1997⁸⁷).

De su lado, en un pronunciamiento no muy lejano en el tiempo (9 de febrero de 2010), el *BVerfGE* resolvió el caso llamado “Hartz IV”⁸⁸. Esta denominación (que en menor medida es también conocida como *Arbeitslosengeld II*, asignación para desempleados) responde al nombre de su autor, el economista Peter Hartz, y hace referencia a una discutible normativa en materia de subsidios sociales materializada en 2005, que el *BVerfGE* entendió que no resultaba transparente ni garantizaba el derecho a un *mínimo de subsistencia digna*, vulnerando de tal modo el art. 1.1 de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) en relación con el art. 20.1, *ibid.*, o sea, respectivamente, la intangibilidad de la dignidad humana y el Estado social. El Tribunal sostuvo que el derecho fundamental a la garantía de un *mínimo vital* que esté en consonancia con la *dignidad humana* en conexión con el principio del *Estado social*, garantiza a cada persona en necesidad de asistencia las condiciones materiales indispensables para su existencia física y un mínimo de participación en la vida social, cultural y política. Se ha dicho que la sentencia puede ser leída como (posiblemente) la primera conceptualización por un Tribunal Constitucional de un derecho fundamental socioeconómico a obtener beneficios legales estatales⁸⁹.

85 Sala Sexta de Revisión de la C.C., 29 de marzo de 2001, Marco Gerardo Monroy Cabra.

86 Sala Segunda de Revisión de la C.C., 25 de julio de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

87 Sala Tercera de Revisión de la C.C., 24 de septiembre de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

88 *BVerfGE* 125, (175), 1 BvL 1/09; 1 BvL 3/09 y 1 BvL 4/09.

El texto de la sentencia en alemán e inglés puede verse en el sitio oficial del *Bundesverfassungsgericht*: http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/02/ls20100209_1bvl000109en.html.

89 Ver Claudia Bittner, “Casenote. Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court’s Judgment of 9 February 2010”, en *German Law Journal*, vol. 12, N° 11, pp. 1941-1942; Fuente: https://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF_Vol_12_No_11_1941-1960_Bittner%20FINAL.pdf.

Por último, debe subrayarse que los derechos sociales buscan garantizar unas *condiciones materiales de vida digna para todos los ciudadanos*, bajo el entendimiento de que dichas condiciones, además de su valor intrínseco, constituyen el presupuesto fáctico indispensable para el ejercicio efectivo de los restantes derechos por todos sus titulares, paralelamente a que la *elevación del mínimo existencial* que suponen, hace posible el proceso de integración social que el Estado y la sociedad requieren para subsistir⁹⁰.

B) Contenidos mínimos de los derechos económicos, sociales y culturales; principio de proporcionalidad y otras cuestiones

I) En líneas generales, con los matices que indicaremos y en mayor o menor medida, cada DESC cuenta con un *contenido mínimo* que actúa *positivamente*, pues debe ser aplicado inmediata y directamente; pero también opera *negativamente* como límite al legislador, en tanto éste no podría dictar medidas normativas que transgredan irrazonablemente dicho umbral esencial.

Cabe preguntarse si ese contenido mínimo es siempre fijo e inmutable. Pensamos que una visión que lo perciba como absolutamente rígido e inalterable no sería, precisamente, la más acertada⁹¹. Al respecto, consideramos que el punto debe ser analizado según las particularidades de cada caso y de cada derecho, las circunstancias de tiempo y lugar y las características contextuales; y luego, a partir de la aplicación de instrumentos como el principio de proporcionalidad, procurar en la medida de lo posible robustecerlo cualitativamente de manera progresiva o al menos intentar que no se diluya con retrogradaciones injustificadas.

Según el análisis que efectúa Pisarello, “los elementos que configuran el contenido mínimo o esencial de un derecho no son rígidos ni pueden plantearse en términos abstractos o simplemente teóricos: varían de derecho a derecho, están condicionados por el contexto en el que se aplican, y admiten una permanente actualización histó-

90 Néstor Osuna Patiño, “El derecho fundamental a la vivienda digna, seña del Estado Social de Derecho. Controversias sobre su aplicación judicial”, *Revista Derecho del Estado*, N° 14, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 95.

91 Se ha sostenido que la determinación del contenido esencial como expresión de un *núcleo sustancial, absoluto, estable e inalterable* de los derechos fundamentales tiene su origen en la teoría de la garantía institucional desarrollada en la República de Weimar. Paralelamente, se advirtió que la aplicación actual de los efectos de la garantía institucional al contenido esencial de los derechos fundamentales presenta varios inconvenientes, entre los que se cuenta el siguiente: considerar que un derecho fundamental está compuesto de un núcleo y una periferia, de tal modo que la infracción del núcleo produce la inconstitucionalidad de la medida legislativa, tiene como consecuencia excluir del control de constitucionalidad la parte periférica o accidental del derecho, con lo que el parámetro del control no es el precepto constitucional completo sino sólo una parte del mismo (*vid.* Juan C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 327-328).

rica. Así, lo que en un ordenamiento o en un contexto dados podría considerarse el núcleo mínimo o esencial de un derecho, en otros representaría su contenido máximo o simplemente adicional. La frontera, en consecuencia, entre lo que desde un punto de vista material pueda considerarse *básico o esencial* y lo que, por el contrario, pueda reputarse *adicional o accidental*, será siempre una frontera móvil, histórica y abierta. Pero será también una barrera insoslayable y en ningún caso inexistente que obliga a un permanente trazado de límites entre justicia y política, entre jueces y legisladores. Esa tarea de delimitación supone una división de tareas conflictiva y nunca resuelta de antemano, en la que los primeros deben preservar el contenido mínimo de los diferentes derechos y los segundos mantenerlos o desarrollarlos, pero nunca aniquilarlos o desvirtuarlos, por acción u omisión⁹² –cursivas del original–.

Gavara de Cara ha puntualizado que, desde un punto de vista estrictamente conceptual, “la garantía del contenido esencial de los derechos, con independencia del sentido que se le atribuya, debe ser entendida como una regla de rechazo, es decir como un enunciado jurídico que califica como inválidos otros enunciados jurídicos”⁹³.

La tesis alemana del “límite a los límites” (“*Schranken-Schranke*”) se refiere por ejemplo (y valga la tautología) a las restricciones que debe observar una ley limitativa de un derecho fundamental, por ejemplo, la preservación del contenido esencial y el principio de proporcionalidad⁹⁴.

Salvando las distancias, en cierto sentido dicha cuestión se asemeja a lo normatizado en el art. 28 de la Constitución argentina, que estatuye: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, *no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*” –remarcado nuestro–. En otras palabras, los principios, garantías y derechos pueden ser reglamentados (he aquí un límite que marca que *no son absolutos*: su reglamentación), pero a su vez tal regulación del ejercicio de aquéllos no puede alterarlos o desnaturalizarlos, con lo cual se entroniza allí *un límite a los límites*.

Sánchez Gil, a quien seguiremos en esta parte de la exposición, manifiesta que la idea del contenido esencial de los derechos fundamentales se incluyó en el art. 19.2 de la Ley Fundamental alemana (y en el art. 53.1 de la Constitución española)⁹⁵, para evitar

92 Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para su reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 85-86.

93 Juan C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, op. cit., p. 142.

94 Específicamente sobre este principio, ver Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed., CEPC, Madrid, 2005, *passim*.

95 Sin perjuicio del reenvío a tal obra, nos permitimos mencionar que al referirse al método de ponderación de bienes, Gavara de Cara distingue entre *ponderación abstracta* y *ponderación concreta*. Esta última se conecta a la aplicación del principio de proporcionalidad, principio que en sentido *amplio* “consiste en la utilización de diversos controles con el fin de determinar si una medida de desarrollo o de aplicación de un derecho fundamental es contraria a la Constitución”. Tales controles son: de *idoneidad* (comprobar si la medida es adecuada a la finalidad perseguida); de *necesidad* (constatar que el

la excesiva restricción de esos derechos y que las limitaciones que se les impongan vacíen (*aushöhlen*) su contenido normativo⁹⁶.

En una simplificación máxima del problema, *dos distintas teorías* tratan de explicar el contenido esencial de los derechos fundamentales: *absoluta y relativa*.

La primera (absoluta) imagina el ámbito normativo de los derechos fundamentales como el área de dos círculos concéntricos. Considera a la parte formada por el círculo interior como un núcleo fijo e inmutable de esos derechos, y la sección circunferencial exterior como la parte accesoria o contingente de los mismos. Tal núcleo sería la parte intocable de éstos y cualquier afectación a su respecto sería ilícita; mientras que en la parte contingente se pueden establecer las restricciones y limitaciones que se consideren necesarias y justificadas⁹⁷.

La segunda (relativa) entiende que el contenido esencial de los derechos fundamentales no es preestablecido y fijo sino determinable sólo casuísticamente en atención a las circunstancias del caso y luego de ponderarse los beneficios y perjuicios que se produzcan en él, tanto para el derecho intervenido como para el bien protegido a través de su limitación⁹⁸.

El principio de proporcionalidad o razonabilidad se adscribe a esta última (teoría relativa) al establecer el “límite de los límites” de los derechos fundamentales en cada caso concreto y de acuerdo con las circunstancias en que se relacionen los bienes jurídicos

perjuicio ocasionado en el derecho fundamental es el menor posible); y de *racionalidad* (justificar que el perjuicio que ocasiona la medida no guarda relación con la finalidad perseguida). Estos tres controles dan lugar a la formación de tres *subprincipios*: de *adecuación* (determinar si una medida estatal que interviene en los derechos fundamentales reúne las condiciones necesarias para alcanzar la finalidad que pretende); de *necesidad* (determinar, respecto de la medida legislativa de limitación, que no existe otra igualmente efectiva que suponga una menor restricción para el derecho fundamental afectado); y de *proporcionalidad en sentido estricto* (presupone que la aplicación de una determinada medida legislativa para alcanzar una necesidad no debe ser irrazonable, o sea, que debe haber una conexión razonablemente proporcionada entre la medida adoptada y la finalidad que se pretende) [Juan C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, op. cit., pp. 332-334].

Como puede suponerse, no son los únicos casos en Europa. Así, por ejemplo, el art. 18.3 de la Constitución de Portugal establece: “Las leyes restrictivas de derechos, libertades y garantías deben revestir carácter general y abstracto *y no pueden tener efecto retroactivo ni disminuir la extensión y el alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales*”, y el art. 36.4 de la Constitución suiza dispone: “El contenido esencial de los derechos fundamentales es inviolable” –énfasis agregado en ambos casos-. Por su parte, en el marco comunitario europeo, el art. 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dispone: “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás” –remarcado añadido-.

96 Rubén Sánchez Gil, *El principio de proporcionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, D.F., 2007, p. 111.

97 *Ibid.*, pp. 111-112.

98 *Ibid.*, p. 112.

“colidentes” en ellos, oponiéndose a la teoría absoluta que distingue en ellos un núcleo intangible e inmutable en toda situación⁹⁹.

Para que una medida legislativa que intervenga un derecho fundamental sea lícita, el fin que se propone debe satisfacerse de manera equivalente o mayor al perjuicio que ocasiona a aquél. Por lo demás, la literatura jurídica –no sin matices– sostiene que *el contenido esencial de los derechos fundamentales se define por el principio de proporcionalidad*, como una relación de la concordancia práctica entre bienes jurídicos diversos que debe orientar a la interpretación constitucional¹⁰⁰.

En esa línea se pronuncian, por ejemplo, autores de la talla de Alexy¹⁰¹ o Hesse¹⁰².

II) Aunque en relación con otro aspecto, particularmente el del art. 21.1 de la CADH, que dispone que *la ley puede subordinar el uso y goce de los bienes al interés social*, pero en conexión con la dimensión comunal (o colectiva) indígena del derecho de propiedad, la Corte IDH ha especificado que “la necesidad de las restricciones legalmente contempladas dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil o oportuno. *La proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido*. Finalmente, para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido”¹⁰³ –remarcado añadido –.

De hecho, el Tribunal Interamericano ha sostenido que, cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia CADH y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos: **a)** deben estar *establecidas por ley*; **b)** deben ser *necesarias*; **c)** deben ser *proporcionales*, y **d)** deben hacerse con el fin de *lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática*¹⁰⁴.

Es también útil evocar que el Comité de DESC ha expresado: “...Así como la comunidad internacional insiste en que todo Estado objeto de sanciones debe respetar los

99 Ídem.

100 *Ibid.*, p. 115.

101 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 288.

102 Konrad Hesse, “Significado de los derechos fundamentales”, en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde (eds.), *Manual de Derecho Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública - Marcial Pons, trad. al castellano de Antonio López Pina, Madrid, 1996, p. 110.

103 Corte IDH, “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 17 de junio de 2005, Serie C, N° 125, párr. 145. También, *mutatis mutandis*, “Caso Ricardo Canese vs. Paraguay”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2004, Serie C, N° 111, párr. 96.

104 Corte IDH, “Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, cit. en nota anterior, párr. 144.

derechos civiles y políticos de sus ciudadanos, así también ese *Estado y la propia comunidad internacional deben hacer todo lo posible por proteger como mínimo el contenido esencial de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas afectadas de dicho Estado*¹⁰⁵ –énfasis agregado–.

El aludido Comité ha expresado también que *la dignidad inherente a la persona humana, de la que se dice derivan los derechos del PIDESC*, exige que el término “vivienda” se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos¹⁰⁶.

Asimismo, ha manifestado que los elementos del derecho al agua deben ser “*adecuados*” a la *dignidad*, la vida y la salud humanas, de conformidad con el párr. 1 del art. 11 y el art. 12 del PIDESC¹⁰⁷.

En la misma línea se inscriben, por ejemplo, el Protocolo Adicional a la CADH en materia de DESC (Protocolo de San Salvador), cuyo art. 5 titulado “Alcance de las restricciones y limitaciones”, reza: “Los Estados Partes *sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos*”; y el art. 4 del PIDESC, que establece: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, *éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática*”.

Específicamente en torno a tal cláusula del PIDESC, y aunque se trate de manifestaciones de *soft law*, es significativo traer a colación los Principios de Limburgo relativos a la aplicación de tal Pacto¹⁰⁸, que indican:

105 Comité de DESC, O.G. N° 8, ‘Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales’, 17º período de sesiones (1997), párr. 7, E/C.12/1997/8.

106 Comité de DESC, O.G. N° 4, ‘El derecho a una vivienda adecuada (párr. 1, art. 11, PIDESC)’, 6º período de sesiones (1991), párr. 7, E/1991/23.

107 Comité de DESC, O.G. N° 15, ‘El derecho al agua (arts. 11 y 12, PIDESC)’, 29º período de sesiones (2002), párr. 11, E/C.12/2002/11.

108 Los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del PIDESC fueron aprobados por un grupo de expertos en derecho internacional, reunidos del 2 al 6 de junio de 1986 en Maastricht, convocados al efecto por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburg (Maastricht) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Universidad de Cincinnati (Ohio). El propósito de la reunión fue analizar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes conforme al PIDESC; la consideración por parte del –por entonces– recientemente constituido Comité de DESC, de los informes presentados por los Estados Partes, y la cooperación internacional bajo la Parte IV del Pacto.

Las alusiones que se realizan en el texto de nuestro trabajo fueron tomadas de *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*, Serie de Capa-

- § en relación con *limitaciones* a los DESC, aquella disposición (art. 4, PIDESC) tenía como objetivo inicial la protección de los derechos de los individuos y no, en cambio, el de permitir la imposición de limitaciones por parte del Estado (Principio 46); además de que el propósito de dicha norma no era introducir limitaciones a los derechos relativos a la supervivencia del individuo ni a la integridad de la persona (Principio 47);
- § con respecto a la expresión *determinadas por ley*, no se deberá limitar el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales a menos que así lo disponga la legislación nacional de aplicación general, consistente con los principios del Pacto y en vigor al momento de la aplicación de la limitación (Principio 48); las leyes que impongan limitaciones al ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales no deberán ser arbitrarias, insensatas, ni discriminatorias (Principio 49); todos los actos legales que limiten el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales deberán ser claros y accesibles para todos (Principio 50); y se deberá proporcionar todo tipo de salvaguardias adecuadas y recursos eficaces contra la imposición ilegal o abusiva de limitaciones a los DESC (Principio 51);
- § en cuanto a *promover el bienestar general*, esta expresión supone que deberá reflejarse un incremento del bienestar del pueblo en su conjunto (Principio 52);
- § en punto a la expresión “*en una sociedad democrática*”, la misma deberá interpretarse como una restricción adicional al establecimiento de limitaciones (Principio 53); el Estado que impone limitaciones debe demostrar que éstas no perjudican el funcionamiento democrático de la sociedad (Principio 54); y al no existir un modelo único de sociedad democrática, se considerará como tal a la sociedad que reconoce y respeta los derechos humanos establecidos en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Principio 55); y
- § acerca de que la restricción debe ser *compatible con la naturaleza de esos derechos*, el Principio 56 estipula que ello no deberá interpretarse o aplicarse si, por este proceder, se amenaza la esencia misma del derecho en cuestión, es decir – agregamos por nuestra parte– que no puede vulnerar el *contenido esencial de tal derecho*.

Por su parte, las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰⁹ también aportan consideraciones de utilidad respecto del tópico que examinamos. En tal sentido, la parte introductoria del Principio 14 estable-

citación Profesional N° 12, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ONU, Nueva York y Ginebra, 2004, Anexo 6, pp. 131-141, en particular, pp. 135-136.

109 Adoptadas por un grupo de expertos cuyas discusiones se desarrollaron entre el 22 y el 26 de enero de 1997. Se trata de un documento interpretativo al que recurren frecuentemente los órganos de supervisión de tratados internacionales en el campo de los DESC (UN Document E/C.12/2000/13).

ce: “Pueden producirse violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales por una acción directa del Estado o de otras entidades insuficientemente administradas por el Estado. Como ejemplos de tales violaciones cabe citar las siguientes”:

- a) la *derogación o suspensión* oficiales de las disposiciones legislativas necesarias para el goce permanente de un derecho económico, social y cultural ya reconocido;
- b) la *denegación activa* de estos derechos a individuos o grupos concretos por una discriminación de carácter legislativo o por la fuerza;
- c) el *apoyo activo* a medidas adoptadas por terceros que son incompatibles con los DESC;
- d) la *adopción de disposiciones legislativas o de políticas que son manifiestamente incompatibles con obligaciones jurídicas preexistentes relacionadas con estos derechos*, salvo si ello se hace con el firme objetivo de acrecentar la igualdad y aumentar la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales para los grupos más desvalidos;
- e) la adopción de cualquier *medida deliberadamente regresiva* que reduzca el alcance de la garantía de este derecho;
- f) la *obstrucción deliberada o la interrupción del logro progresivo* de un derecho garantizado por el Pacto, salvo en el caso de que el Estado actúe dentro de los límites autorizados por el Pacto o de que su acción se deba a la falta de recursos disponibles u obedezca a fuerza mayor; y
- g) la *reducción o el mal uso de inversiones públicas concretas*, cuando la reducción o el mal uso tengan como consecuencia la anulación de los derechos y no vayan acompañados por medidas adecuadas para garantizar derechos mínimos de subsistencia para todos.

Para finalizar este tramo del trabajo focalizando el concepto de *dignidad humana*, es útil mencionar –con Garzón Valdés– que puede ser considerado como aquel que fija el umbral mínimo a partir del cual pueden diseñarse diversas regulaciones para la adjudicación y/o distribución de bienes en una sociedad¹¹⁰. Semejante concepto, para tal autor, tiene un carácter adscriptivo, al atribuir a todo ser humano viviente una característica moralmente relevante cual es la de ser siempre portador de derechos y, cuando sus condiciones físicas y/o psíquicas se lo permitan, agente de deberes¹¹¹.

Las referencias efectuadas en el texto se extrajeron de *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos, op. cit.* en la parte final de la nota anterior, Anexo 5, pp. 123-130, en particular, p. 126.

110 Ernesto Garzón Valdés, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, *Propuestas*, Trotta, Madrid, 2011, p. 100.

111 *Ibid.*, p. 101.

Pero además, siempre en verba *garzoniana* y para dar paso a las consideraciones de cierre de este trabajo, “el concepto de dignidad humana cumple una especie de función ‘trascendental’ en el sentido kantiano de la palabra: recurrimos a él para precisar *el contenido y alcance no sólo de los derechos humanos sino de una regulación jurídico-política moralmente justificable*”¹¹² –remarcado agregado–.

9. CONSIDERACIONES FINALES

I. Partiendo del carácter unitario de la dignidad humana, puede afirmarse que entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales existe unidad conceptual, equivalencia de entidad jurídica e interrelación y complementación. Nunca disociación antinómica.

Lo anterior deriva por ejemplo de la lectura de uno de los logros principales surgentes de la IIª Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993): la promoción y movilización de la doctrina de la *universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos y su interrelación*. Es igualmente digno de destacar que dicha Conferencia Mundial fungió como instrumento axial para que se conociera y divulgara la legítima preocupación de toda la comunidad internacional por las condiciones de vida de la población y, en particular, de sus *segmentos más vulnerables*¹¹³.

II. Los DESC *no padecen una minusvalía jurídica, tampoco axiológica, respecto de los derechos civiles y políticos, ni son meros “derechos de papel”*.

Por el contrario, las características de interdependencia y de mutuo refuerzo de los derechos humanos llevan a que no exista jerarquía entre ellos y a que todos sean exigibles, según sus peculiaridades, ante las correspondientes autoridades estatales que resulten competentes.

Es que a partir del *carácter integral de los derechos*, corresponde asumir y garantizar el *carácter integral de su protección*, con independencia de si se trata de DCP o de DESC.

De esa manera, la garantía de los derechos fundamentales legitimaría y justificaría sin ambages tanto al Estado Constitucional y Convencional cuanto al sistema protectorio interamericano e incluso a otros esquemas tuitivos en el plano universal.

III. Al menos en el ámbito latinoamericano, no podría válidamente ponerse en duda la fundamentalidad de los derechos sociales. Es que varios de éstos operan como *precondiciones* para el ejercicio de no pocos ni intrascendentes derechos civiles y políticos.

¹¹² *Ibid.*, pp. 101-102.

¹¹³ Ver, en ese sentido, Antônio Augusto Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, 2ª ed., S.A. Fabris Ed., Porto Alegre, 2003, *inter alia*, p. 39; cit. en voto separado de dicho autor, actuando como juez de la Corte IDH en el aludido caso “Ximenes Lopes vs. Brasil” (párr. 42).

IV. En punto al alcance y el grado de operatividad de los DESC, la búsqueda debe orientarse hacia un *concepto sustentable de progresividad* que no disuelva esta gradualidad en una latencia *sine die*, sino que refleje positivamente su ingrediente de “equidad social”¹¹⁴.

La *progresividad* debe ser *concreta y real*. En otras palabras, una *progresiva efectividad* de aquellos derechos como producto de una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, coherente con el eminente principio *pro persona*.

Ese mandato de *desarrollo progresivo* se debe combinar con la *prohibición de retrogradación injustificada o de retroceso deliberado*.

Sea como fuera, si igualmente se adoptaran medidas *a priori* incausadamente regresivas o si *prima facie* no se cumpliera con el deber de llevar adelante un nivel razonable de progresividad, aquéllas serían *revisables judicialmente*, posándose la *carga de la prueba* sobre el Estado, el que como hipótesis de mínima debería acreditar que ha logrado alcanzar magnitudes tuitivas sustentables.

Otra vía fiscalizatoria del tenor de cumplimiento de los DESC se localiza en el *control social y democrático* sobre la base de los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, que permitiría mensurar el ritmo, el alcance y la matriz de prioridades que el Estado maneja en el marco de las políticas públicas encaminadas (al menos discursivamente) hacia la protección y la realización de tales derechos.

V. Existe un nexo muy intenso entre los DESC, sus contenidos esenciales y la dignidad inherente a la persona humana. Los elementos que integran los contenidos mínimos de cada derecho económico, social o cultural no son fijos, rígidos ni inmutables, sino que en el supuesto de existir leyes u otras medidas que busquen limitarlos, el asunto debe ser abordado tomando en consideración las especificidades de cada caso y de cada derecho, las circunstancias de tiempo y lugar y las singularidades contextuales.

Y en tal escenario la labor jurisdiccional deberá, en particular, orientarse hacia el empleo de mecanismos útiles como –sólo por citar un ejemplo– el principio de proporcionalidad para examinar cada asunto específico; y, en general, trazar una línea hermenéutica que lleve a fortalecerlos cualitativamente de modo progresivo o, como hipótesis básica e irreducible, cuidar que no se diluyan al calor de retracciones injustificadas.

VI. Es precisamente en épocas de crisis financieras y/o económicas cuando se torna más nítida e imperiosa la necesidad de acrecentar la *protección de los derechos de los grupos y personas más débiles y vulnerables*.

114 Respecto de esta última afirmación en torno al ingrediente de “equidad social” que debe caracterizar a esa progresividad, ver el ap. 3 del voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez en la sentencia de fondo pronunciada por la Corte IDH en el “Caso Cinco Pensionistas vs. Perú”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de febrero de 2003, Serie C, N° 98.

En esa línea, las medidas que se adopten para paliar aquella situación crítica deberán tener siempre como límites infranqueables al *contenido esencial* de cada uno de los derechos sociales en juego (y en riesgo) y, por supuesto, la *dignidad de la persona*, eje alrededor del cual gira todo modelo tuitivo de derechos y garantías.

VII. Como mensaje final, creemos indispensable insistir en que las obligaciones internacionales asumidas por los Estados en el área de los DESC *no son derogables*. De hecho, su cumplimiento deviene aún más inexcusable y cardinal en tiempos de crisis y ajustes, escenarios que suelen testimoniar cómo los efectos de tales procesos usualmente golpean con fuerza a las comunidades más marginadas y desposeídas, agravando las de por sí marcadas desigualdades que soportan incluso en momentos de supuesta “normalidad”.

10. FUENTES DE CONSULTA

Robert Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 1ª ed., 2ª reimpr., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales [CEPC], trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, 2001.

Stephen Holmes y Cass R. Sunstein, El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos, Siglo XXI Editores, trad. de Stella Mastrangelo, Buenos Aires, 2011.

Liborio L. Hierro, “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 30, 2007, Universidad de Alicante, Alicante.

Paolo Comanducci, “Democracia y derechos fundamentales”, en su obra Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos, CEPC, Madrid, 2010.

Matthew Craven, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1998.

