

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Víctor Bazán\* (Argentina)

## Los derechos sociales en épocas de emergencias y crisis económicas

### RESUMEN

En este texto se plantea la necesidad de que exista una sólida defensa de los contenidos esenciales de los derechos sociales, bajo el argumento de que las obligaciones internacionalmente asumidas por los Estados en ese campo no son derogables e incluso su cumplimiento deviene más relevante en períodos de emergencias o crisis, para amortiguar el rigor del nocivo impacto que estos procesos pueden provocar en los segmentos poblacionales más vulnerables y excluidos.

**Palabras clave:** derechos sociales, contenidos esenciales, crisis y/o emergencias económicas.

### ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag legt die Notwendigkeit einer soliden Verteidigung der sozialen Rechte in ihren wesentlichen Inhalten dar und vertritt die Ansicht, dass die von den Staaten auf diesem Gebiet eingegangenen internationalen Verpflichtungen unwiderruflich sind. Die Umsetzung der sozialen Rechte wird insbesondere in Notsituationen oder Krisen sehr relevant, um den negativen Auswirkungen, die solche Ereignisse auf die am stärksten gefährdeten und benachteiligten Bevölkerungsgruppen haben können, entgegenzuwirken.

**Schlagwörter:** Soziale Rechte, wesentliche Inhalte, Krisen und/oder Notsituationen.

---

\* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Catedrático de las asignaturas de Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Derecho Internacional Público y Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina); profesor invitado de posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y de otras universidades argentinas y extranjeras. [vba\\_mart9@yahoo.com.ar](mailto:vba_mart9@yahoo.com.ar).

## ABSTRACT

This text discusses the need for a strong defense of the essential elements of social rights, under the argument that the international obligations assumed by States in this area non-derogable, and that the fulfillment of these rights is even more important in periods of emergency or crisis, in order to cushion the rigor of the harmful impact that these processes may cause in the most vulnerable and excluded population segments.

**Keywords:** social rights, essential elements, economic crises and/or emergencies.

## Introducción

En el tramo inicial de este ensayo se abordará la posición del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (en adelante, Comité de DESC) en torno a las medidas deliberadamente retrocesivas de los Estados en el ámbito de los derechos sociales y la incumbencia de la carga de la prueba en tales situaciones. Seguidamente, 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, insistiendo en el imprescindible resguardo de los contenidos mínimos de tales derechos. Una vez transitado el camino descrito, arribaremos al epílogo, que contendrá un puñado de reflexiones conclusivas que vendrán a acoplarse a otras ya contempladas en el cuerpo de esta contribución.

## 1. Los derechos sociales y los límites a sus restricciones en tiempos de crisis

### 1.1. 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”<sup>1</sup> (énfasis agregado).

De hecho, el Comité de DESC, particularmente en la Observación General (OG) 3 (1990),<sup>2</sup> ha puntualizado con claridad 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 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que el Estado disponga (parte *in fine* del ap. 9).

Posteriormente, dicho Comité ha insistido en este punto. Así, ejemplificativamente, ha mantenido tal criterio en las observaciones generales 13 (1999), párr. 45;<sup>3</sup> 14 (2000), párr. 32;<sup>4</sup> 15 (2002), párr. 19;<sup>5</sup> 17 (2005), párr. 27;<sup>6</sup> 18 (2005), párr. 21;<sup>7</sup> 19 (2007), párr. 42;<sup>8</sup> y 21 (2009), párr. 46.<sup>9</sup>

En ese sentido, si tomáramos como muestra el párrafo 42 de la OG 19, ha afirmado: “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*

---

<sup>1</sup> Jaume Saura Estapà, “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales”, *El tiempo de los derechos*, núm. 2, 2011, p. 14. Disponible en: [http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/saura\\_exigibilidad\\_DESC.pdf](http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/saura_exigibilidad_DESC.pdf).

<sup>2</sup> Comité de DESC, OG 3, ‘La índole de las obligaciones de los Estados partes (PIDESC, párr. 1, art. 2)’, 5° período de sesiones (1990), U.N. Doc. E/1991/23.

<sup>3</sup> Comité de DESC, OG 13, ‘El derecho a la educación (PIDESC, art. 13)’, 21° período de sesiones (1999), E/C.12/1999/10.

<sup>4</sup> Comité de DESC, OG 14, ‘El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (PIDESC, art. 12)’, 22° período de sesiones (2000), E/C.12/2000/4.

<sup>5</sup> Comité de DESC, OG 15, ‘El derecho al agua (PIDESC, arts. 11 y 12)’, 29° período de sesiones (2002), E/C.12/2002/11.

<sup>6</sup> Comité de DESC, OG 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) (PIDESC, ap. c, párr. 1, art. 15)’, 35° período de sesiones (2005), E/C.12/GC/17.

<sup>7</sup> Comité de DESC, OG 18, ‘Derecho al trabajo (PIDESC, art. 6)’, 35° período de sesiones (2005), E/C.12/GC/18.

<sup>8</sup> Comité de DESC, OG 19, ‘El derecho a la seguridad social (PIDESC, art. 9)’, 39° período de sesiones (2007), E/C.12/GC/19.

<sup>9</sup> Comité de DESC, OG 21, ‘Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (PIDESC, art. 15, párr. 1. a)’, 43° período de sesiones (2009), E/C.12/GC/21/Rev.1.

los derechos previstos en el Pacto, en el contexto del pleno aprovechamiento del máximo de los recursos de que dispone el Estado parte”<sup>10</sup> (énfasis agregado).

Convergentemente, en referencia a la crisis económica y financiera mundial de los últimos años y su impacto en España, se ha afirmado que dicho contexto “es susceptible de ser sesgadoamente 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 agregado), ya que “los derechos sociales no son más difíciles de articular jurídicamente que los demás derechos, ni tampoco resultan necesariamente más onerosos”.<sup>11</sup>

Al analizar el quinto informe periódico de España sobre la aplicación del PIDESC, entre otras cuestiones, el Comité de DESC<sup>12</sup> 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 justiciabilidad y aplicabilidad de todas las disposiciones del Pacto por los tribunales nacionales. Paralelamente, le encomendó *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 PIDESC,<sup>13</sup> donde planteó los criterios

---

<sup>10</sup> 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”.

<sup>11</sup> Manuel Terol Becerra y Luis Jimena Quesada (dirs.), *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 19-20.

<sup>12</sup> 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”.

<sup>13</sup> 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.

que las políticas de austeridad y otras asumidas por los Estados en tiempos de crisis económica debían respetar para cumplir con las obligaciones derivadas de dicho Pacto. 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.

## 1.2. 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 estos pueden provocar en las comunidades más postergadas.

Al respecto, de los apartes 10 a 12 de la citada OG 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 (idem)*.
- 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 *demostrar 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 (idem)*.
- 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 (idem)*.
- *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 Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)<sup>14</sup> ha sostenido que *toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial*, en razón de los deberes cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos.<sup>15</sup> Añade el tribunal que no basta con 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*.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Sobre este y otros aspectos de la temática, ver Víctor Bazán, por ejemplo, “Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en Víctor Bazán y Luis Jimena Quesada, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, Astrea, 2014, pp. 1-167; “La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Víctor Bazán (dir.), *La judicialización de los derechos humanos*, Lima, Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección Derechos Humanos) - Ediciones Legales, 2009, pp. 257-300; y *Vías de maximización protectiva de los derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, La Ley, 2007, pp. 1135-1149.

<sup>15</sup> Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, Sentencia de 4 de julio de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 149, párr. 103.

<sup>16</sup> *Idem*. 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

## 2. Un caso testigo sobre la vinculación entre la sostenibilidad fiscal y la protección de los derechos sociales

### 2.1. 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 fiscal.<sup>17</sup>

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 3 de 2011), las normas referidas al tema se habían instrumentado por medio de leyes.<sup>18</sup>

---

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 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* (énfasis agregado) (Corte IDH, *Caso Baldeón García vs. Perú*, Sentencia de 6 de abril de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 147, párr. 81).

<sup>17</sup> Se observan antecedentes al respecto, por ejemplo, en Alemania y Brasil.

<sup>18</sup> En efecto, de acuerdo con lo reseñado por la Sala Plena de la Corte Constitucional (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 Corte Constitucional, 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

## 2.2. Modificación constitucional

Como anticipáramos, en el contexto jurídico colombiano y por medio del Acto Legislativo 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 inter- vendrá, 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, interviene 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.*

---

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 cuasi-fiscales 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 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 Corte Constitucional) 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 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 mencionada 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 en el momento de elaborar el presupuesto nacional; iii) racionalizar el gasto público, y, en definitiva, iv) lograr niveles de sostenibilidad fiscal.

*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.*

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, énfasis agregado).

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 2013<sup>19</sup> 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 o de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, de la que haga parte el magistrado de la alta corporación que haya presentado 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.

## **2.3. Jurisprudencia relevante de la Corte Constitucional sobre los institutos en cuestión**

### **2.3.1. Antecedentes**

Cabe resaltar que ya antes del dictado de tal ley, la Corte Constitucional se había pronunciado sobre el mentado incidente –también respecto de la SF– en dos

---

<sup>19</sup> Publicada en el *Diario Oficial de Colombia*, 17 de diciembre de 2013.

importantes decisorios: las sentencias C-288 de 2012<sup>20</sup> y C-1.052 de 2012,<sup>21</sup> 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 Corte Constitucional 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 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 3 de 2011, como 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*, en 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 Corte Constitucional– 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.

---

<sup>20</sup> Sala Plena de la Corte Constitucional, 18 de abril de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>21</sup> Sala Plena de la Corte Constitucional, 5 de diciembre de 2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

- 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 2012<sup>22</sup> 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 corresponde establecer un procedimiento judicial *sui generis*,<sup>23</sup> 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

---

<sup>22</sup> 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 contabiliza, *inter alia*, la Sentencia C-332/12 de 9 de mayo de 2012, Sala Plena de la Corte Constitucional, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, por la que se declaró la exequibilidad [constitucionalidad] del Acto Legislativo 3 de 2011 por inexistencia de vicios de forma durante el trámite de la iniciativa.

<sup>23</sup> Pese a aludir a un proceso *sui generis*, la Corte Constitucional 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.

- 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 les 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 constitucional. Es en virtud de ello que el Acto Legislativo 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.
  - 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.

### 2.3.2. Acerca de la Sentencia C-870 de 2014

Otro pronunciamiento que ofrece interés en relación con el tema que abordamos es la Sentencia C-870 de 2014,<sup>24</sup> 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 Corte Constitucional analizó las *etapas procesales del IIF*: artículos 5 a 12 de la nombrada Ley 1.695 de 2013:

---

<sup>24</sup> Sala Plena de la Corte Constitucional, 13 de noviembre de 2014, M. P. Luis Guillermo Guerrero.

- 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 este se presenta de forma extemporánea, se procederá 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 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.
- 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:

- La intención del Constituyente en cuanto a 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.
- 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.
- 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, entre los que se destacan: 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.
- 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 (CP, art. 334), 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.
- En definitiva, la Corte Constitucional 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.

## 2.4. 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 tales derechos, ya que, nominal y normativamente, dicho incidente *sí es una figura potencialmente restrictiva de ellos*, en tanto impide el cumplimiento directo y efectivo de las sentencias judiciales (dado 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) diferirlo.<sup>25</sup>

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 infraaplicación judicial de la Constitución o al aumento de los conflictos entre los tribunales y el Ejecutivo.<sup>26</sup>

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 Corte Constitucional y tiene aspectos negativos sobre el sistema de protección de los derechos fundamentales.<sup>27</sup>

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.

---

<sup>25</sup> Cfr. Manuel Quinche Ramírez, en una opinión que tuvo la gentileza de enviarnos a propósito del presente trabajo.

<sup>26</sup> Jorge E. Roa Roa, “El incidente de impacto fiscal y la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales”, *Serie Documentos de Trabajo*, núm. 46, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Constitucional, 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](http://www.academia.edu/12250117/El_Incidente_de_Impacto_Fiscal_y_la_legitimidad_democr%C3%A1tica_de_los_tribunales_constitucionales).

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 12.

Es también un enigma predecir si el IIF 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 fría-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 Corte Constitucional 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 estos, 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.

### **3. En torno a la dignidad humana, los contenidos esenciales de los derechos económicos, sociales y culturales, y otros temas**

#### **3.1. Mínimo vital y dignidad humana**

##### **3.1.1. Consideraciones preliminares**

Es por medio de hechos y no de fraseología vana como debe garantizarse un *mínimo vital* intangible (“derecho a la supervivencia”,<sup>28</sup> 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

---

<sup>28</sup> Luigi Ferrajoli, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, trad. de Alí Lozada, 2006, p. 19.

también con diferencias,<sup>29</sup> 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 este– 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 este– en garantía de los derechos sociales.<sup>30</sup>

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*.<sup>31</sup> (Énfasis agregado)

Según interpreta Bovero, entre otros derechos que integrarían ese “territorio –o frontera– inviolable” deben incluirse 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*.<sup>32</sup>

En su matriz de análisis, Garzón Valdés se refiere al ‘coto vedado’<sup>33</sup> o conjunto de valores últimos. En el fondo, este 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 hu-

<sup>29</sup> El propio Ferrajoli se encarga de marcar dichas diferencias en “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, *Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 1, trad. de Miguel Carbonell, 2008, pp. 337-343.

<sup>30</sup> Ver Perfecto Andrés Ibáñez, “Valores de la democracia constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, 2008, p. 209.

<sup>31</sup> Norberto Bobbio, *Teoría general de la política*, trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2005, pp. 478-479.

<sup>32</sup> Michelangelo Bovero, “Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, trad. de Álvaro Núñez Vaquero, 2008, p. 222.

<sup>33</sup> Como se sabe, Garzón Valdés toma la expresión ‘coto vedado’ del título de un libro autobiográfico del escritor Juan Goytisolo: *Coto vedado* (Barcelona, Seix Barral, Biblioteca Breve, 1985); publicado en inglés como *Forbidden Territory* y en francés como *Chasse gardée*.

manos, 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”<sup>34</sup> (énfasis del original).

### 3.1.2. *Ciertos antecedentes jurisprudenciales en torno de la vinculación entre el mínimo vital y la dignidad humana*

Sin duda, existe un ligamen sumamente estrecho entre el *mínimo vital*<sup>35</sup> 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 1992,<sup>36</sup> la Corte Constitucional 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” (énfasis agregado).

El *mínimo vital* es, en puridad, un *derecho fundamental* diseñado pretorianamente por la Corte Constitucional, 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 evaluar las circunstancias de cada caso concreto, *haciendo una valoración que se encamine más hacia lo cualitativo que a lo cuantitativo* (v. gr., Sentencia T-338 de 2001<sup>37</sup>), 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 2011).<sup>38</sup>

<sup>34</sup> Juan A. Cruz Parceró, “Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)”, *Discusiones. Derechos Sociales*, núm. 4, 2004, p. 87.

<sup>35</sup> 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*, Navarra, Thomson Reuters - Aranzadi, 2012, pp. 1577-1616.

<sup>36</sup> Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, 24 de junio de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>37</sup> Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, 29 de marzo de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>38</sup> Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, 25 de julio de 2011, M. P. Mauricio González Cuervo.

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 Corte Constitucional 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 un ser que sucumbe ante la imposibilidad de asegurar autónomamente su propia subsistencia (Sentencia T-458 de 1997).<sup>39</sup>

Por su lado, en un pronunciamiento no muy lejano en el tiempo (9 de febrero de 2010), el BVerfGE resolvió el caso llamado *Hartz IV*.<sup>40</sup> 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, donde 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 su art. 20.1, 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 parte de un tribunal constitucional de un derecho fundamental socioeconómico a obtener beneficios legales estatales.<sup>41</sup>

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

---

<sup>39</sup> Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, 24 de septiembre de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>40</sup> 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*. Disponible en: [http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/02/l20100209\\_1bvlo00109en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/02/l20100209_1bvlo00109en.html).

<sup>41</sup> 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", *German Law Journal*, vol. 12, núm. 11, pp. 1941-1942. Disponible en: [https://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF\\_Vol\\_12\\_No\\_11\\_1941-1960\\_Bittner%20FINAL.pdf](https://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF_Vol_12_No_11_1941-1960_Bittner%20FINAL.pdf).

hace posible el proceso de integración social que el Estado y la sociedad requieren para subsistir.<sup>42</sup>

## 3.2. Contenidos mínimos de los derechos económicos, sociales y culturales, principio de proporcionalidad y otras cuestiones

### 3.2.1. *A propósito de los contenidos mínimos de los DESC*

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 este 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 acertada.<sup>43</sup> 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 histórica. Así, lo que en un ordenamiento o en un contexto dados podría considerarse el

---

<sup>42</sup> 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*, núm. 14, 2003, p. 95.

<sup>43</sup> 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 sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales presenta varios inconvenientes, entre los que se cuenta el siguiente: considerar que un derecho fundamental está compuesto por 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*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 327-328).

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 omisión.<sup>44</sup> (Énfasis 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”.<sup>45</sup>

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 proporcionalidad.<sup>46</sup>

Salvando las distancias, en cierto sentido dicha cuestión se asemeja a lo normatizado en el artículo 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*” (énfasis agregado). 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 aquellos 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)<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para su reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 85-86.

<sup>45</sup> Gavara de Cara, *op. cit.*, p. 142.

<sup>46</sup> Específicamente sobre este principio, ver Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2005, *passim*.

<sup>47</sup> 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

para evitar la excesiva restricción de esos derechos y que las limitaciones que se les impongan vacíen (*ausshöhlen*) su contenido normativo.<sup>48</sup>

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 a la sección circunferencial exterior como lo accesorio o contingente. Tal núcleo sería la parte intocable de estos 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 justificadas.<sup>49</sup>

La segunda (relativa) entiende que el contenido esencial de los derechos fundamentales no es preestablecido ni 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 limitación.<sup>50</sup>

El principio de proporcionalidad o razonabilidad se adscribe a esta última (teoría relativa), al establecer el “límite de los límites” de los derechos fundamentales

---

adecuada a la finalidad perseguida), de *necesidad* (constatar que el 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) [*Ibid.*, 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” (énfasis agregado).

<sup>48</sup> Rubén Sánchez Gil, *El principio de proporcionalidad*, México, D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007, p. 111.

<sup>49</sup> *Ibid.*, pp. 111-112.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 112.

en cada caso concreto y de acuerdo con las circunstancias en que se relacionen los bienes jurídicos “colidentes” en ellos, oponiéndose a la teoría absoluta, que distingue un núcleo intangible e inmutable en toda situación.<sup>51</sup>

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 aquel. Por lo demás, la literatura jurídica –no sin matices– sostiene que *el contenido esencial de los derechos fundamentales es definido por el principio de proporcionalidad* como una relación de la concordancia práctica entre bienes jurídicos diversos que debe orientar a la interpretación constitucional.<sup>52</sup>

En esa línea se pronuncian, por ejemplo, autores de la talla de Alexy<sup>53</sup> o Hesse.<sup>54</sup>

### **3.2.2. Sobre ciertas pautas sentadas por órganos internacionales de supervisión del cumplimiento de los DESC y algunas referencias a instrumentos de soft law**

Aunque en relación con otro aspecto, particularmente el del artículo 21.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (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:

[L]a 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 u 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.<sup>55</sup> (Énfasis añadido)

---

<sup>51</sup> *Idem*.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>53</sup> Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, CEPC, 2001, p. 288.

<sup>54</sup> Konrad Hesse, “Significado de los derechos fundamentales”, en E. Benda, W. Maihofer, H. J. Vogel, K. Hesse y W. Heyde (eds.), *Manual de derecho constitucional*, trad. al castellano de Antonio López Pina, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública - Marcial Pons, 1996, p. 110.

<sup>55</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sentencia de 17 de junio de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 125, párr. 145. También, *mutatis mutandis*, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 111, párr. 96.

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*.<sup>56</sup>

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 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*”<sup>57</sup> (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, principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos.<sup>58</sup> 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 párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 del PIDESC.<sup>59</sup>

En la misma línea se inscriben, por ejemplo, el Protocolo Adicional a la CADH en materia de DESC (Protocolo de San Salvador), cuyo artículo 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 artículo 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*” (Énfasis añadidos en todos los casos).

<sup>56</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, cit., párr. 144.

<sup>57</sup> Comité de DESC, OG 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.

<sup>58</sup> Comité de DESC, OG 4, ‘El derecho a una vivienda adecuada (PIDESC, párr. 1, art. 11)’, 6º período de sesiones (1991), párr. 7, E/1991/23.

<sup>59</sup> Comité de DESC, OG 15, ‘El derecho al agua (PIDESC, arts. 11 y 12)’, 29º período de sesiones (2002), párr. 11, E/C.12/2002/11.

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 Pacto,<sup>60</sup> que indican:

- En relación con *limitaciones* a los DESC, aquella disposición (PIDESC, art. 4) tenía como objetivo inicial la protección de los derechos de los individuos y, en cambio, no 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 en el 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 frase “*en una sociedad democrática*”, deberá interpretarse como una restricción adicional al establecimiento de limitaciones (Principio 53); el Estado que impone limitaciones debe demostrar que estas 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 esta-

---

<sup>60</sup> 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 hechas aquí fueron tomadas de *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*, Serie de Capacitación Profesional, núm. 12, Nueva York y Ginebra, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ONU, 2004, anexo 6, pp. 131-141, en particular, pp. 135-136.

blecidos en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Principio 55).

- 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 de los derechos económicos, sociales y culturales<sup>61</sup> también aportan consideraciones de utilidad respecto del tópico que examinamos. En tal sentido, la parte introductoria del Principio 14 establece: “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.
- g) La *reducción o el mal uso de inversiones públicas concretas*, cuando tengan como consecuencia la anulación de los derechos y no vayan acompañados

<sup>61</sup> 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).

Las referencias efectuadas en el texto se extrajeron de la obra citada en la última parte de la nota anterior, anexo 5, pp. 123-130, en particular, p. 126.

por medidas adecuadas para garantizar derechos mínimos de subsistencia para todos.

Para finalizar este tramo del trabajo que focaliza 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 sociedad.<sup>62</sup> 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 deberes.<sup>63</sup>

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*”<sup>64</sup> (énfasis agregado).

#### 4. Epílogo

Recreados los aspectos liminares de la cuestión (los derechos sociales en épocas de emergencias y crisis económicas, y otras facetas circundantes) y transitado el camino argumental propuesto para este trabajo, aunque sin pretensión alguna de agotar una temática tan compleja como multifacética, ofreceremos algunas observaciones finales que se asociarán a otras formuladas en el nudo del ensayo.

En punto al alcance y 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”.<sup>65</sup>

1. 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*.

---

<sup>62</sup> Ernesto Garzón Valdés, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, *Propuestas*, Madrid, Trotta, 2011, p. 100.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 101.

<sup>64</sup> *Ibid.*, pp. 101-102.

<sup>65</sup> Respecto de esta última afirmación en torno al ingrediente de “equidad social” que debe caracterizar a esa progresividad, ver el apartado 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 28 de febrero de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 98.

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

Sea como sea, 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, aquellas 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.

2. 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.

3. 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*.

En esa línea, las medidas que se adopten para paliar aquella situación crítica deberán tener siempre como límites infranqueables el *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.

4. 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 que 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”.

## Bibliografía

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, CEPC, 2001.

- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, “Valores de la democracia constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, 2008, pp. 207-213.
- BAZÁN, Víctor, *Vías de maximización protectiva de los derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, La Ley, 2007.
- \_\_\_\_\_, “La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Víctor BAZÁN (dir.), *La judicialización de los derechos humanos*, Lima, Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección Derechos Humanos) - Ediciones Legales, 2009.
- \_\_\_\_\_, “Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en Víctor BAZÁN y Luis JIMENA QUESADA, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, Astrea, 2014.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2005.
- BITTNER, Claudia, “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”, *German Law Journal*, vol. 12, núm. 11, pp. 1941-1942. Disponible en: [https://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF\\_Vol\\_12\\_No\\_11\\_1941-1960\\_Bittner%20FINAL.pdf](https://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF_Vol_12_No_11_1941-1960_Bittner%20FINAL.pdf).
- BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2005.
- BOVERO, Michelangelo, “Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, trad. de Álvaro Núñez Vaquero, 2008, pp. 217-225.
- CARMONA CUENCA, Encarna, “El derecho a un mínimo vital”, en Guillermo ESCOBAR ROCA (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Navarra, Thomson Reuters - Aranzadi, 2012.
- CRAVEN, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, Clarendon Paperbacks, 1998.
- CRUZ PARCERO, Juan A., “Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)”, *Discusiones. Derechos Sociales*, núm. 4, 2004, pp. 71-98.
- FERRAJOLI, Luigi, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, trad. de Alí Lozada, 2006, pp. 15-31.
- \_\_\_\_\_, “La esfera de lo indecidible y la división de poderes”, *Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 1, trad. de Miguel Carbonell, 2008, pp. 337-343.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, *Propuestas*, Madrid, Trotta, 2011.

- GAVARA DE CARA, Juan C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*, Madrid, CEC, 1994.
- HESSE, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales”, en E. Benda, W. MAIHOFFER, H. J. VOGEL, K. HESSE y W. HEYDE (eds.), *Manual de derecho constitucional*, trad. al castellano de Antonio López Pina, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública - Marcial Pons, 1996.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*, Serie de Capacitación Profesional, núm. 12, Nueva York y Ginebra, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004.
- OSUNA PATIÑO, Néstor, “El derecho fundamental a la vivienda digna, seña del Estado social de derecho. Controversias sobre su aplicación judicial”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 14, junio de 2003, pp. 95-110.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para su reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- ROA ROA, Jorge E., “El incidente de impacto fiscal y la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales”, *Serie Documentos de Trabajo*, núm. 46, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Constitucional, 2015. Disponible en: [http://www.academia.edu/12250117/El\\_Incidente\\_de\\_Impacto\\_Fiscal\\_y\\_la\\_legitimidad\\_democr%C3%A1tica\\_de\\_los\\_tribunales\\_constitucionales](http://www.academia.edu/12250117/El_Incidente_de_Impacto_Fiscal_y_la_legitimidad_democr%C3%A1tica_de_los_tribunales_constitucionales).
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, D. F., IIJ de la UNAM, 2007.
- SAURA ESTAPÀ, Jaume, “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales”, *El tiempo de los derechos*, núm. 2, 2011. Disponible en: [http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/saura\\_exigibilidad\\_DESC.pdf](http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/saura_exigibilidad_DESC.pdf).
- TEROL BECERRA, Manuel y Luis JIMENA QUESADA (dirs.), *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

### **III. Lecturas de la función judicial en América Latina**

- Eliana de Rosa, Argentina  
Crisis de la función judicial y alternativas de superación: dos visiones contrapuestas
- Enrique Navarro Beltrán, Chile  
45 Años del Tribunal Constitucional de Chile (1971-2016)
- Farit Limbert Rojas Tudela, Bolivia  
Por una genealogía del saber jurídico
- Pol Willan Roman Andrade, Bolivia  
Pluralismo jurídico y deslinde jurisdiccional