

## **Derechos sociales y principio de no regresividad.**

María José Añón

*Universitat de València*

El principio de no regresividad constituye un parámetro adecuado para el análisis argumentativo de la vulneración de los derechos humanos<sup>1</sup>, especialmente si existe algún reconocimiento de instrumentos jurídicos e institucionales orientados a asegurar, a distintos niveles, la protección de los derechos –o la equiparación y la interdependencia de todas las categorías de derechos–. Aquellos dispositivos son heterogéneos: garantías explícitas o implícitas del principio de estabilidad o de conservación de los derechos, prohibiciones constitucionales de actos retroactivos lesivos para aquellos, desarrollos constitucionales y doctrinales sobre su limitación o ciertos principios como el de seguridad o el de confianza legítima. El campo de aplicación de la prohibición de regresividad es distinto al de otros principios con los que, sin embargo, guarda relación y cuyo reconocimiento se revela necesario para identificar las medidas que provocan la erosión o la directa supresión de los derechos sociales sin que se altere el texto constitucional<sup>2</sup>. En la valoración de las normas que comportan el deterioro, la degradación o la derogación implícita de los derechos sociales –y que pueden, por tanto, interpretarse como una violación de los mismos– intervienen argumentos centrados en la dignidad de la persona, la autonomía, el límite del mínimo existencial, la finalidad de derechos individualmente considerados o la seguridad jurídica.

Conceptualmente la regresividad o reversibilidad consiste en la adopción de medidas que empeoren la situación de los derechos sociales en términos de titularidad y

---

<sup>1</sup> Sobre la apreciación de regresividad en derechos comprendidos en el *Pacto de Derechos Civiles y Políticos* puede verse: *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España*, Comité de Derechos Humanos, 20 de julio de 2015. Respecto a los derechos integrados en el PIDESC existe una obligación de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto. Como señala Courtis, la sanción de medidas normativas que empeoren la situación del goce de los derechos del PIDESC hasta el punto de excluir a personas del acceso al contenido mínimo esencial de esos derechos siempre constituye una violación del Pacto, sin que pueda quedar justificada por el Estado (Ch. COURTIS, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009, pp. 60-63.).

<sup>2</sup> I. W. SARLET, «Posibilidades y desafíos de un derecho constitucional común latinoamericano. Un planteamiento a la luz del ejemplo de la llamada prohibición de retroceso social», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11, enero-junio 2009, p. 14.

contenido tomando en consideración ya el grado de goce y ejercicio de un derecho desde que es instituido –es decir, el nivel inicial de reconocimiento institucional y protector–, ya cada mejora progresiva del ámbito de su tutela<sup>3</sup>. De algún modo, aquel grado (o nivel) constituye un estándar que permite verificar la ocurrencia de una dinámica regresiva y, en definitiva, vulneradora del ajuste del desarrollo de un (o los) derecho(s) a determinados parámetros argumentativos<sup>4</sup>.

Los estándares internacionales de derechos humanos, así como aquellos que los desarrollan e interpretan, pautan la forma y el contenido de los argumentos que inciden en la justificación de la regresividad en materia de derechos humanos y, más específicamente, de los derechos sociales. La prohibición de regresividad como uno de los criterios para establecer la validez de las normas y evaluar la legitimidad de medidas restrictivas de derechos es un esquema argumentativo que no resulta extraño a algunas jurisdicciones constitucionales o a la dogmática desarrollada por los órganos de los sistemas americano y europeo de derechos humanos. Como subraya Rossi<sup>5</sup>, estos han aplicado alternativamente los test de razonabilidad, proporcionalidad o de escrutinio estricto en el control de legitimidad sustantivo sobre medidas estatales que afectan a derechos fundamentales.

Tales parámetros también se nutren de un conjunto de principios cuya sedimentación proviene de diferentes fuentes de orden constitucional, legislativo y/o jurisprudencial. Se trata de cánones que descansan sobre unos mínimos vinculados a las exigencias de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad y que excluyen toda medida desprovista de justificación objetiva y razonable. Principios como seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales o valores ligados a la dignidad humana tienen indudable repercusión a la hora de valorar la viabilidad constitucional y/o convencional de las regresiones de derechos aprobadas por el legislador.

---

<sup>3</sup> J. PONCE, *El Derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, cit., pp. 23-24; J L. CARRO, L. MÍGUEZ, M. ALMEIDA, «Constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria, racionalización del gasto público y cláusula del estado social», *Estructuras administrativas y racionalización del gasto público*, Instituto Nacional de la Administración Pública, 2012.

<sup>4</sup> Ch. COURTIS, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Apuntes introductorios”, cit., p. 6; *Id. El mundo prometido*, cit. pp. 55 y ss

<sup>5</sup> J. ROSSI, «La obligación de no regresividad...», cit., pp. 87 y ss.

La determinación del carácter regresivo de una norma o del grado de limitación de un derecho dependen fundamentalmente de la solidez del razonamiento o la motivación suficiente para su establecimiento, pero esta argumentación no se produce en el vacío. De un lado, se ha beneficiado de los desarrollos argumentativos relativos a la prohibición de discriminación<sup>6</sup>. De otro, se puede hablar, a partir de la doctrina elaborada por el Comité DESC, de un conjunto de criterios y pautas concebidos para orientar y mejorar la argumentación en materia de derechos sociales, especialmente aquellos que se orientan a que el Estado asuma la carga de prueba<sup>7</sup>.

Sintéticamente, el esquema argumentativo encaminado a demostrar la regresividad de una medida está integrado por los siguientes pasos. En primer lugar, la acreditación indiciaria de la regresividad que afecta a un derecho o a una dimensión del mismo genera una presunción de invalidez cuya consecuencia es la atribución al edictor de la norma de la carga de la demostración de su razonabilidad<sup>8</sup>. En coherencia con este criterio, el estándar para considerar justificada y por ende permisible la medida regresiva debería ser elevado, estricto o agravado<sup>9</sup>. En este punto se ha señalado que es necesario evidenciar de modo concreto y categórico que la norma impugnada es *menos favorable* para el titular del derecho que aquella a la que ha reemplazado<sup>10</sup>. Aunque en este contexto la justificación indiciaria debería centrarse en el contenido esencial del derecho, este no parece tener cabida en esta argumentación.

En segundo lugar, la mencionada presunción invierte la carga de la prueba, de modo que corresponde al Estado demostrar que la configuración del derecho que ha

---

<sup>6</sup> Ch. COURTIS traza un paralelismo con este juicio y relaciona este razonamiento con el juicio de razonabilidad y proporcionalidad, «La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios», *cit.*, p. 40

<sup>7</sup> Pisarello hace referencia a dispositivos entre los que destacan el control de razonabilidad y proporcionalidad de los derechos y de las políticas públicas, la tutela del contenido mínimo y de las garantías institucionales de los derechos sociales y a las instituciones públicas que los hacen posible (G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, *cit.*, pp. 64-66.); e *Id.*, «Derechos sociales y principio de no regresividad en España», *cit.*, pp. 323 y ss.

<sup>8</sup> En algunos sistemas se presume la inconstitucionalidad de la medida y de ahí la exigencia de un control judicial estricto. El sistema jurídico colombiano es un ejemplo de este modelo. Véase R. ARANGO, «La prohibición de retroceso...», *cit.*, p. 158.

<sup>9</sup> J. ROSSI, «La obligación de no regresividad...», *cit.*, p. 114.

<sup>10</sup> Ch. COURTIS, «La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios», *cit.*, pp. 39-40

llevado a cabo está justificada. Como apunta Arango, tal justificación se inserta en un proceso decisorio racional que enhebra la responsabilidad argumentativa del Estado y la interpretación constitucional del control estricto de las medidas adoptadas<sup>11</sup>. Este segundo paso obliga al Estado a demostrar<sup>12</sup>: el respeto al contenido mínimo esencial del derecho<sup>13</sup>, la existencia de un interés estatal legítimo y cualificado, el carácter necesario de la medida, la inexistencia de cursos de acción alternativos menos restrictivos del derecho en cuestión<sup>14</sup>, la utilización del máximo de recursos disponibles<sup>15</sup>, la obligación de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto<sup>16</sup> y la preservación o avance teniendo en cuenta la totalidad de derechos contenidos en el Pacto<sup>17</sup>. Asimismo, la medida restrictiva ha de ser instrumentada a través de una ley formal, entendiendo por tal una norma estatal de aplicación general, clara, accesible a todos y coherente con los principios del PIDESC<sup>18</sup>.

En relación con los fines a considerar, así como el orden y tipo de los argumentos, el Comité DESC señala que el Estado no puede recurrir a argumentos generales de políticas públicas, disciplina fiscal o referirse a otros objetivos financieros o económicos, sino que debe ceñirse a aquellos derechos previstos en el Pacto que se han visto favorecidos por la medida enjuiciada. Al elaborar las conclusiones sobre el cumplimiento de la legislación española relativo a la Carta Social Europea, el Comité Europeo de Derechos Sociales se ha expresado de modo diáfano: «las medidas que

---

<sup>11</sup> Arango se refiere a la subregla que afirma que si las autoridades no toman las medidas efectivas que aseguren avances en la realización de derechos, gradualmente va incurriendo en incumplimiento cuya gravedad aumenta. R. ARANGO “La prohibición de retroceso en Colombia”, *cit.*, p. 160.

<sup>12</sup> Las Observaciones Generales 3 §9 y 45, 13, 14 §32, 15§19, 17 §27 y 18 §21 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fijan los términos del posible marco argumentativo del estado.

<sup>13</sup> El Pacto fija una limitación absoluta -el cumplimiento del contenido mínimo esencial del derecho, similar a la prohibición de afectar al contenido esencial del derecho.

<sup>14</sup> Si bien el comité no lo refiere textualmente, como afirma Rossi, resulta lógico inferir que la medida debe ser la menos lesiva. J. ROSSI, «La obligación de no regresividad...», *cit.*, p. 92

<sup>15</sup> Para llevar a cabo esta argumentación, el Estado ha de tener en cuenta tres pautas: las prioridades establecidas en el Pacto, el uso eficiente y equitativo de los recursos, y finalmente la demostración de que ha evaluado adecuada y racionalmente la existencia de los recursos disponibles para satisfacer las obligaciones contenidas en el tratado y que aun así necesita acudir a esta regresión para proteger los demás derechos.

<sup>16</sup> Criterio establecido ya en la OG N° 3 sobre obligaciones de los estados y desarrollado en la OG N° 14 sobre el derecho a la salud § 43. Ch. COURTIS, *El mundo prometido...*, *cit.*, pp. 60-63.

<sup>17</sup> La nueva regulación «deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de recursos de que se dispone». Como señalan las OG N° 3 §9, OG N° 13 § 45 sobre el derecho a la educación; la OG N° 14 §32 sobre el derecho a la salud, la OG N° 15 § 19 sobre derecho al agua y la OG N° 18§21 sobre derecho a trabajar.

<sup>18</sup> *Principios de Limburgo* § 48 y 50.

pretenden consolidar la finanzas públicas, asegurar la viabilidad de los regímenes de pensiones de jubilación o incentivar el empleo podrían estimarse legítimas en tiempos de crisis económica, pero no deben traducirse mediante una reducción de los derechos contenidos en la Carta»<sup>19</sup>. Los gobiernos deben, por tanto, adoptar las medidas necesarias para lograr que estos derechos sean efectivamente garantizados.

En síntesis, de acuerdo con el criterio aquí propuesto, la verificación del carácter regresivo de una norma tiene efectos similares a la existencia de un factor de discriminación de los expresamente prohibidos: conlleva, de antemano, una presunción de ilegitimidad de la medida que hace necesaria la realización de un escrutinio estricto o un severo control de la razonabilidad y la legitimidad de la medida, así como del propósito de la norma. Es responsabilidad del Estado la prueba de su justificación y, en caso de duda, habría que determinar la invalidez de la norma regresiva. Cuando se trata de acreditar la vulneración de la prohibición de regresividad, se somete a escrutinio estricto la norma posterior que pretende limitar la extensión del derecho y entra en juego el principio de proporcionalidad.

El juicio estricto o agravado es más exigente que el juicio denominado de razonabilidad o no arbitrariedad. La norma ha de ser considerada algo más que no arbitraria. En este segundo nivel se considera un lugar común apelar al principio de proporcionalidad, en virtud del cual toda omisión absoluta o relativa que constituye una intervención en un derecho social es inconstitucional a menos que esté justificada por las exigencias de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad,<sup>20</sup>. El problema de la extensión del canon de proporcionalidad es, tal como denuncian Klatt y Meister<sup>21</sup>, que de manera progresiva ha pasado a ser considerado el patrón central en la adjudicación de derechos en las democracias liberales, el criterio de constitucionalidad más universal y el principal parámetro de validez de las leyes limitativas de derechos.

---

<sup>19</sup> Comité Europeo de Derechos Sociales. *Conclusiones XX-3*, 2014, enero 2015.

<sup>20</sup> R. ALEXY «Sobre los derechos constitucionales a protección», en *Derechos sociales y ponderación*, R. Alexy y otros, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009 (2ª), pp. 45-84; y C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., Cap. VI.

<sup>21</sup> M. KLATT y M. MEISTER, «Proportionality –a Benefit to human Rights? Remarks on the I.CON controversy», *International Journal of Constitutional Law I-CON*, vol. 10 (3), 2012, pp. 687.

No examinaré aquí en profundidad el canon de proporcionalidad ni las críticas de que ha sido objeto. Pretendo, antes bien, controvertir los aspectos de este razonamiento que afectan a la valoración de la regresividad de los derechos sociales. Examinaré, pues, la aplicación del canon de proporcionalidad desde la perspectiva de la defensa del contenido esencial de los derechos sociales y de la atribución de prioridad a la determinación del fin legítimo. Abogo, en este punto, por una argumentación basada en el principio de legitimidad frente al de proporcionalidad –que, como he avanzado al inicio de este trabajo, entiendo como un canon complementario, pero no sustitutivo de aquel<sup>22</sup>–.

Esta reflexión no pretende cuestionar el principio de proporcionalidad ni impugnar su suficiencia como parámetro argumentativo. Más bien se trata de analizar lo que podría denominarse «el desbordamiento del razonamiento basado en la proporcionalidad», es decir, la tendencia a que, en el contexto del razonamiento judicial, la proporcionalidad derive inmediatamente hacia la ponderación (*balancing*), que es, como se ha señalado, el más opaco y subjetivo de los procedimientos argumentativos, al menos si no se ha seguido estrictamente el razonamiento exigido por los subprincipios de idoneidad y necesidad<sup>23</sup>. En muchas ocasiones, estos se resuelven en tautologías o se presentan y aceptan sin suficiente argumentación. El propósito es, por lo tanto, profundizar en la idea de que lo que da sentido al principio de proporcionalidad es la fijación del fin legítimo, finalidad y criterio de legitimidad que solo puede ser constitucional o convencional, así como la valoración de los medios y la consideración de los que son menos lesivos para los derechos. En este caso, el parámetro no puede ser la legislación sin más, como a menudo se asume, sino la legislación en tanto que desarrollo constitucional.

---

<sup>22</sup> Según una reiterada doctrina constitucional, el uso del canon de proporcionalidad tiene un carácter complementario y no alternativo al canon sobre el respeto de la limitación establecida al contenido esencial que es el criterio de juicio de constitucionalidad en primer grado en nuestro sistema. El ejercicio de los derechos fundamentales puede ceder ante otros intereses o derechos «constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquel haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo perseguido, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho», doctrina vigente desde la STC 57/1994 (FJ 6).

<sup>23</sup> J. GERARDS, «How to impute the necessity test of the European Court of Human Rights», *International Journal Constitutional Law* I.CON, vol 11 (2), 2013, pp. 467 y 468; L. CLERICO «Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación», *Anuario de Filosofía del Derecho* vol. 31, Nueva Época, 2015, pp. 73-99.

El principio de proporcionalidad es un canon que sirve fundamentalmente para resolver conflictos de derechos y, en algunos supuestos, para determinar la validez de las normas que limitan derechos constitucionales. En el caso de las normas regresivas, no se trata solo de poner en evidencia las limitaciones a los derechos, sino también, en algún caso, la neutralización de su alcance e incluso su supresión. En ese sentido, la apelación a la proporcionalidad y a la ponderación como recursos argumentativos no parece apropiada. Si la cuestión principal es la justificación de la limitación, la erosión, la restricción o la supresión de un derecho, una vez determinado el contenido esencial del mismo el centro de imputación argumentativo es la legitimidad del fin de la norma: cuando una reforma comporta la anulación de un derecho, no parece sensato examinarla a la luz de unos principios llamados a determinar si una limitación es proporcional o no.

El criterio de legitimidad apela a la vinculación de la medida con fines admitidos por el ordenamiento constitucional o convencional y, sobre todo, excluye los fines prohibidos por el ordenamiento de referencia. El objetivo del acto legislativo debe ser legítimo, adecuado o suficientemente importante; es lo que se denomina «prueba de la legitimidad»<sup>24</sup>. Es precisamente el criterio del fin legítimo el que da sentido al procedimiento en el que se valora la proporcionalidad –la relación entre medios y fines– de una medida o un derecho de acuerdo con los subprincipios que integran este test, cada uno de los cuales expresa una exigencia que toda injerencia de la autoridad estatal en los derechos fundamentales debe satisfacer.

El canon de la *idoneidad* trata de dilucidar si la medida es adecuada y congruente, aunque no sea óptima para proteger o alcanzar aquellos fines. La idoneidad o adecuación tiene, pues, por objeto verificar que el (o los) medios adoptado(s) por la autoridad sea(n) apto(s) para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo –un fin vital para el sistema jurídico político, y no meramente una finalidad legal<sup>25</sup>–. Se ha observado

---

<sup>24</sup> L. B. TREMBLAY, «An egalitarian defense of proportionality-based balancing», *International Journal of Constitutional Law*, I.CON., vol. 12 (4), 2014.

<sup>25</sup> F. Schauer aboga por el juicio estricto frente al de mera razonabilidad y al de proporcionalidad por ser más exigente, pero liberado de sus rigideces al argumentar a partir de la finalidad de promover un interés vital (no un simple fin legítimo) y que la medida en cuestión es la menos lesiva para el derecho en juego. (F. SCHAUER, «Proportionality and the Question of Weight», en G. Huscroft, B. Miller, G. Webber

que en este parámetro anidan dos vertientes: la idoneidad del medio –a saber, que la decisión adoptada persiga un fin constitucionalmente legítimo o un objetivo suficientemente importante– y la legitimidad del fin –es decir, que la medida sea idónea para satisfacer la finalidad pública<sup>26</sup>–. El primer subprincipio es el de legitimidad (o del fin constitucionalmente legítimo); el segundo, el de idoneidad en sentido estricto.

Por su parte, el argumento de la *necesidad* –el carácter indispensable o imprescindible de la medida, o su consideración como la alternativa menos gravosa– ha de ser interpretado en el sentido de que aquella no limite el derecho más allá de lo estrictamente necesario para la satisfacción del fin invocado<sup>27</sup>. En esta dimensión, el razonamiento estándar del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre los límites a los derechos hace depender la legitimidad de la medida limitativa de «si [los límites] son necesarios en una sociedad democrática» y de si se trata de una «necesidad social apremiante» que responda a razones «relevantes y suficientes»<sup>28</sup>. Gerards destaca que, ante la vaguedad y la falta de precisión en la aplicación de estos subprincipios –o su uso fundamentalmente retórico–, el TEDH tiende a recurrir al tercero, el de *ponderación*, omitiendo los anteriores<sup>29</sup>. Un examen atento de la aplicación de los principios de proporcionalidad y de necesidad revela un uso poco transparente de la terminología y una tendencia a confundir y mezclar distintos elementos de la revisión judicial<sup>30</sup>. La ponderación, sin abordar sistemáticamente los otros argumentos, comporta riesgos de subjetividad y opacidad en la toma de decisiones<sup>31</sup>. Es más interesante, a

---

(eds) *Proportionality and The Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014, pp. 173-185

<sup>26</sup> I. COVARRUBIAS, «La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 (2), 2012, pp. 447-480

<sup>27</sup> La necesidad consiste en la aplicación del medio menos lesivo. A. STONE y J. MATHEWS, «Proportionality balancing and global constitutionalism», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47, 2009, pp. 73-163.

<sup>28</sup> Criterios derivados de los artículos 8 a 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sometidos a diversas críticas en su uso. El TEDH parte de la regulación establecida en los artículos 8 a 11, que contienen la cláusula de justificación de la limitación de derechos si tal limitación es «necesaria en una sociedad democrática» para la protección de uno de los intereses públicos enumerados y el tribunal ha extendido esta cláusula a otros derechos al considerarla implícita. Véase asimismo, Y. ARAI, «The Systems of Restrictions», en Pier van Dijk et al (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Oxford, Intersentia, 2006 (4ª), p. 343.

<sup>29</sup> J. GERARDS, «How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights», *cit.*, pp. 467 y 468.

<sup>30</sup> El caso emblemático en el que el TEDH se refiere al criterio de ser «necesario en una sociedad democrática» es el asunto *Sunday Times contra el Reino Unido*, 26 April 1979 (§ 62).

<sup>31</sup> Lo ejemplifica con el asunto *Soltsyak contra Rusia* (2011). Aquí el test medios-fines permite al TEDH examinar la justificación de un elemento específico de la razonabilidad, como es la idoneidad.



juicio de Gerards, mejorar el razonamiento del test de necesidad a través de la aplicación de un canon de efectividad, de medios-fines o del medio menos restrictivo o lesivo<sup>32</sup>. Aunque estos argumentos aparecen en el razonamiento del tribunal, a menudo no forman parte de la justificación de la decisión, y su utilización de un modo más sistematizado puede ser un complemento valioso en la claridad del uso de la proporcionalidad propiamente dicho<sup>33</sup>. En dos sentidos, según Gerards<sup>34</sup>: en primer lugar, porque permitiría al tribunal examinar la justificación de la razonabilidad de la elección de medios, que constituye un elemento distinto e importante de la razonabilidad de una limitación de un derecho fundamental; en segundo lugar, porque podría ayudar al tribunal a evitar algunas de las dificultades relacionadas con la ponderación. Si la conclusión es que los medios elegidos son inadecuados o innecesarios, no habría necesidad ulterior de investigar si, al final, el legislador o la administración ha establecido un equilibrio razonable<sup>35</sup>.

Cabe, por último, referirse al subprincipio de *proporcionalidad en sentido estricto*, cuyo núcleo radica en la determinación de si la medida limitativa es equilibrada porque de ella se derivan más beneficios para el fin legítimo que para otros bienes, valores o derechos en conflicto. Este paso argumentativo se resuelve en el razonamiento de la ponderación, que en puridad solo debería aplicarse, en su caso, en los conflictos de derechos. Existen, como es bien sabido, desacuerdos importantes sobre la función específica, el contenido, la deseabilidad y el fundamento de los diversos test de justificación y sobre lo que se denomina la prueba de equilibrio o ponderación<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> J. GERARDS, «How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights», *cit.*, 469. Brems y Lavrysen coinciden con este diagnóstico y consideran necesario que el TEDH depure o sea más refinado en la apelación al criterio del medio menos lesivo o restrictivo. E. BREMS y L. LAVRYSEN, «Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut: Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, vol. 0, 2015, pp. 1-30.

<sup>33</sup> J. CHRISTOFFERSEN «Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights», *Human Rights and Humanitarian Law*, E-Books Online, 2009, pp. 164-165.

<sup>34</sup> J. GERARDS, «How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights», *cit.*, pp. 488-489. Evidentemente, el alcance del razonamiento depende de la intensidad del juicio y del margen de apreciación que tienen los Estados.

<sup>35</sup> En esta propuesta se considera más plausible el test de efectividad medios-fines, incluso frente al test de necesidad, aunque no se obvian las dificultades que plantea la prueba del medio menos lesivo. Sobre las dificultades de prueba, véase J. GERARDS, «How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights», *cit.*, p. 489.

<sup>36</sup> Son bien conocidos los argumentos críticos sobre la ponderación, fundamentalmente por su carga de subjetividad y ser susceptibles de un control limitado. Véase J. A. GARCÍA AMADO, «El juicio de

La tesis que sostengo es que los derechos tienen prioridad normativa sobre otros objetivos sociales, intereses, criterios basados en la utilidad, creencias religiosas o cuestiones ligadas al perfeccionamiento de los individuos<sup>37</sup>. Tal prevalencia descansa en la consideración de que los derechos están destinados a proteger y promover intereses humanos vitales, perentorios o de importancia fundamental y en que son condición de posibilidad del propio sistema democrático. La prioridad asignada a los derechos está vinculada a la definición previa de la legitimidad del objetivo perseguido<sup>38</sup>, lo que ciertamente exige definir qué cuenta como «legítimo»<sup>39</sup>.

En caso de conflicto entre un derecho y un valor, en principio el derecho debería prevalecer, a menos que se pueda mostrar que el valor en conflicto es suficientemente fuerte como para «derrotar» o limitar al derecho. Esta posición explicita una teoría coherente de los derechos que expresa los criterios de la legitimidad de las normas y del sistema jurídico-político en su conjunto y que considera una tarea posible la determinación del alcance de cada derecho en términos de los valores, los intereses protegidos, las obligaciones y las finalidades que constituyen su contenido y que fundamentan tales obligaciones<sup>40</sup>.

Como he señalado, no cabe plantear los argumentos propios del juicio de proporcionalidad como un razonamiento alternativo que permita alejarse del ámbito constitucional, sino como un mero razonamiento complementario al juicio de legitimidad constitucional y/o convencional.

---

ponderación y sus partes: Una crítica», *Derecho sociales y ponderación*, R. Alexy y otros, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009 (2ª), pp. 249-332.

<sup>37</sup> Frente a la concepción que atribuye una prioridad a derechos, Temblay propone lo que denomina el modelo la optimización de valores en conjunto (L. B. TEMBLAY, «An egalitarian defense of proportionality-based balancing», *International Journal of Constitutional Law*, I.CON, vol. 12 (4), 2014, pp. 868 y 887.).

<sup>38</sup> F. SCHAUER «Balancing, Subsumption and the Constraining», Disponible en Social Science Research Network, 2009. F. SCHAUER, «Proportionality and the Question of Weight», en G. Huscroft, B. Miller, G. Webber (eds.), *Proportionality and The Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 173-185.

<sup>39</sup> Klatt y Meister concluyen que el test de proporcionalidad y el derivado de los derechos como triunfos son compatibles al menos con dos condiciones: que el fin u objetivo legítimo tenga estatus constitucional y se asigne un peso más elevado en abstracto a los derechos que a otras consideraciones. (M. KLATT y M. MEISTER, «Proportionality –a benefit to human rights? Remarks on the I.CON controversy», I-CON, vol. 10 (3), 2012, pp. 691).

<sup>40</sup> E. BEA, «Derechos y deberes. el horizonte de la responsabilidad», *Derechos y Libertades*, núm. 29, 2013, pp. 53-92.

De acuerdo con este modelo, la clave de una buena justificación de la regresión de los derechos se encuentra en el razonamiento basado en la legitimidad. Dado que ninguna afectación de un derecho puede estar justificada si no hay una razón suficientemente fuerte para ello, la cuestión principal es el peso normativo de los objetivos legislativos que constituyen la razón del derecho de acuerdo con los parámetros constitucionales. El test de proporcionalidad no tiene un significado normativo independiente, como sí lo tiene en el modelo de optimización de valores<sup>41</sup>. Su importancia estriba en que es un complemento del test de legitimidad, una pauta complementaria y no sustitutiva en los supuestos en que una norma patentemente lesiva de derechos pone en riesgo el contenido del mismo –o cuando el objetivo legislativo es en principio ilegítimo o expresa una razón excluyente. Esta es la razón por la que, como advierte Covarrubias<sup>42</sup>, al operar el principio de proporcionalidad sobre los derechos fundamentales conviene introducir ciertas cautelas. En opinión del autor citado, considerando una serie de factores –estructura, finalidad y contexto histórico– del canon de proporcionalidad, los derechos fundamentales quedan expuestos en buena medida a un cálculo utilitarista que contribuye a que terminen prevaleciendo los objetivos invocados por el Estado a costa de los derechos fundamentales. Así, el razonamiento a favor de los derechos fundamentales acepta que solo los intereses legítimos de estatus constitucional pueden ser capaces de competir con un derecho en la ponderación y que, en todo caso, en el razonamiento en abstracto ha de tener mayor peso que consideraciones de otro orden<sup>43</sup>. Por ello, el criterio en el control de constitucionalidad ha de tomar en consideración antes el respecto al contenido esencial y la identificación del fin legítimo que el test de proporcionalidad, que encuentra su sentido en la colisión de derechos y que culmina, en su caso, con un examen de ponderación. La elusión u omisión del contenido esencial del derecho es habitual y como afirma Valdés Dal Ré, «equivale a una negación del propio derecho»<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> L. B. TREMBLAY, «An egalitarian defense of proportionality-based balancing», *cit.*, p. 867.

<sup>42</sup> I. COVARRUBIAS, «La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación», *cit.*, pp. 447-480

<sup>43</sup> M. KLATT y M. MEISTER, «Proportionality –a Benefit to human Rights?...», *cit.*, p. 691.

<sup>44</sup> Véase el voto particular discrepante a la STC 119/2014, que examina la constitucionalidad de varios artículos de la reforma laboral (Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral) del magistrado F. VALDÉS DAL RÉ, voto suscrito por los magistrados Adela Asúa y Luis Ignacio Ortega.

Por consiguiente, en este razonamiento es determinante identificar los fines legítimos de estatus constitucional de la norma que se reputa regresiva. El canon de constitucionalidad se basa en la determinación de unas finalidades de la norma que deben plantearse desde la legitimidad constitucional o convencional, y no desde la propia legalidad que se debe enjuiciar<sup>45</sup>. De hecho, las indicaciones de los tribunales y órganos internacionales de derechos humanos se orientan a exigir razones cuidadas y precisas vinculadas a normas superiores – y a derechos–, y no apelaciones genéricas a las políticas públicas, la disciplina fiscal, ciertos objetivos financieros o económicos, la propia crisis económica y la recesión. La argumentación debe, por el contrario, ceñirse a aquellos derechos previstos en el pacto que se han visto favorecidos por la medida enjuiciada; a mi entender, resulta palmario el abuso de la apelación parámetros constitucionales que no integran los derechos fundamentales o a argumentos de diverso calado –entre ellos, la situación económica de crisis, la estabilidad presupuestaria o la prohibición déficit público<sup>46</sup>– en momentos de recesión económica. Como escribe Valdés Dal Ré, elevar a categoría de canon de constitucionalidad la crisis económica es «un argumento devastador para los ciudadanos, los derechos sociales y el Estado social»<sup>47</sup>. Una reducción de los derechos sociales o, peor todavía, una supresión de los mismos a través de su configuración legislativa sin que se realice un cumplido razonamiento previo haría de la ley limitativa una norma violatoria de la arbitrariedad vetada por la CE<sup>48</sup>. Antes al contrario, en la determinación del fin legítimo de las obligaciones constitutivas de los derechos sociales adquiere su sentido una finalidad básica: la equidad del gasto como principio de justicia, es decir, la equitativa asignación de los recursos públicos y la eficiencia y la economía como criterios constitucionales en la programación y ejecución del gasto público –que no es, como tradicionalmente se ha

---

<sup>45</sup> D. JIMÉNEZ GLÜCK, *Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004, pp. 101 y 282-284.

<sup>46</sup> Así, no cabe desconocer las apelaciones a las exigencias de estabilidad presupuestaria o también a la constitucionalización en el ordenamiento jurídico español de la prohibición de déficit público estructural, a través de la reforma del artículo 135 CE. Cabe pensar que puedan darse contradicciones ente este «nuevo principio» constitucional y los contenidos de derechos sociales igualmente constitucionales y que sería grave si llegara a poner en cuestión el núcleo indisponible de prestaciones esenciales que se entienden garantizadas constitucionalmente por hallarse fundadas en la dignidad de la persona y en el modelo mismo de Estado de Derecho social y democrático.

<sup>47</sup> La crisis económica es utilizada como parámetro de valoración constitucional de las medidas limitativas de los derechos constitucionales. Véase, de nuevo, F. VALDÉS DAL RÉ, voto particular discrepante a la STC 119/2014.

<sup>48</sup> P. SALA, *La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales*, cit., pp. 70-71. J. PONCE SOLÉ, *El derecho y la (ir)reversibilidad ...*, cit., p. 135, y M. VAQUER, «Derecho sociales, crisis económica y principio de igualdad», cit., p. 82 y ss.

presentado, una opción exclusivamente política propia de la concepción del poder financiero ilimitado en materia tributaria y presupuestaria<sup>49</sup>. La importancia de respetar las finalidades y mandatos explícitamente reseñados en la Constitución supone lógicamente su traducción en prioridades del gasto público y, consecuentemente, su reserva a la hora de limitar los medios a arbitrar para su cumplimiento. El desconocimiento de estas prioridades o su asimilación a otras no directamente prescritas por la Constitución no significaría otra cosa que negar la normatividad de la misma.

La regresión de las reformas en materia de derechos de contenido socioeconómico no suele comportar solo una limitación desproporcionada del derecho constitucional en cuestión; en muchas ocasiones, lo anula o lo suprime. De ahí la urgencia de centrar los esfuerzos interpretativos y justificatorios en la determinación de un contenido mínimo esencial y en la finalidad legítima del derecho<sup>50</sup>. Eludir la toma en consideración del contenido esencial comporta el riesgo de negar el propio derecho. Desatender el análisis de la legitimidad constitucional de la norma regresiva conduce en ocasiones a alejarse de los parámetros constitucionales y a limitar los fines a los proclamados en la misma legalidad ordinaria que se enjuicia. Un planteamiento anclado en la apelación al contenido esencial evita la paradoja a la que podría abocar la evolución del principio de proporcionalidad: hacer prevalecer la finalidad de la norma regresiva sobre las garantías constitucionales del derecho y reemplazar el canon de constitucionalidad por una valoración de mera razonabilidad o no arbitrariedad.

---

<sup>49</sup> P. SALA *La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales*, cit., pp. 84-87.; C. LOZANO, «Art. 158.1 CE: Límites al recorte y copago de servicios fundamentales», cit., pp. 171-197.

<sup>50</sup> En este sentido, la prohibición de regresividad puede integrar el razonamiento de un juicio o control estricto del debido proceso sustantivo, de forma que una medida considerara *prima facie* razonable y proporcionada, de acuerdo con el canon de proporcionalidad, no podría empeorar la regulación vigente de los derechos sociales desde el punto de vista de su amplitud y goce porque existe la barrera del contenido esencial. V. ABRAMOVICH y Ch. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 96 y ss.

## Bibliografía

- ABRAMOVICH V. y Ch. COURTIS (2002): *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Prólogo de L. Ferrajoli, Madrid, Trotta.
- ALEXY, R. (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC.
- (2009), «Sobre los derechos constitucionales a protección», en *Derechos sociales y ponderación*, R. Alexy y otros, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009 (2ª), pp. 45-84
- AÑÓN, Mª J. (2013): «Derechos sociales y obligaciones positivas», en M. J. Bernuz y M. Calvo (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 43-72.
- ATIENZA, M. (2010): “A vueltas con la ponderación”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 44, pp. 43-59
- ARANGO, R. (2006): «La prohibición de retroceso en Colombia», en Ch. Courtis (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, CEDAL-CELS, 153-173.
- ARAI, Y. (2006) «The Systems of Restrictions», en Pier van Dijk et al (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Oxford, Intersentia, (4ª).
- BEA, E. (2013): «Derechos y deberes. el horizonte de la responsabilidad», *Derechos y Libertades*, núm.. 29, Año 17, 53-92.
- BERNAL, C. (2003): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- BREMS E. y L. LAVRYSEN. (2015): «Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut: Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights», *Human Rights Quarterly*, v. 35,176-200
- CALVO, M. (2013): «Crisis económica y efectividad de los derechos sociales», en Mº J Bernuz y M. Calvo (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 89-132.
- CARRO, J. L. L. MÍGUEZ y M. ALMEIDA, (2012): «Constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria, racionalización del gasto público y cláusula del estado social», *Estructuras administrativas y racionalización del gasto público*, Instituto Nacional de la Administración Pública.
- CENTER FOR ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS (2015): *Visualizing Rights: a Shapshot of Relevant Statistics on Spain*, *Fact Sheet* núm. 14, enero.
- CHRISTOFFERSEN, J. (2009): «Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights», *Human Rights and Humanitarian Law*, E-Books Online.
- CLERICO, L. (2015): «Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación», *Anuario de Filosofía del Derecho* vol. 31, Nueva Época, pp. 73-99.
- COURTIS, Ch. (2006): «La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios», en Ch. Courtis (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, CEDAL-CELS, 3-52
- (2009): *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México DF, Fontamara.
- COVARRUBIAS, I. (2012): «La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación», *Revista Chilena de Derecho*, vol 39 (2), 447-480.
- DIAZ CREGO, M. (2012): «El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales», *Lex-social. Revista de los derechos sociales*, núm. 1, 5-30.
- FREDMAN, S. (2008): *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*, Oxford, Oxford University Press.
- GARCIA AMADO, J.A. (2009): “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, *Derechos sociales y ponderación*, R. García Manrique (coord.), Madrid, Fundación Coloquio Jurídico, pp. 249-233.
- GERARDS, J. (2013): «How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights», *International Journal Constitutional Law* I.CON, vol 11 (2), pp. 466-490.
- KLATT, M y M. MORITZ (2012): «Proportionality –A Benedict to Human Rights? Remarks on the I.CON Controversy», *International Journal Constitutional Law* vol 10 (3), 687-708.
- MORALES, L. (2015): *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Prólogo de R. Gargarella, Madrid, Marcial Pons.
- PARRA, O. (2006): «El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad», en Ch. Courtis (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 53-78
- PISARELLO G. (2006): «Derechos sociales y principio de no-regresividad: algunas notas a propósito del caso español», en Ch. Courtis (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 307-329

- (2009) *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Bomarzo 2009, pp. 35-42.
- PONCE SOLÉ, J. (2013): *El Derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Instituto nacional de Administración Pública.
- PRIETO, L. (2003): *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta.
- ROSSI, J. (2006): «La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales» en , Ch. Courtis (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, , Buenos Aires, Editores del Puerto, 79-115.
- SALA SÁNCHEZ, P. (2014): *La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica*, Valencia, Universitat de València
- SARLET, I. Wolfgang (2009): «Posibilidades y desafíos de un derecho constitucional común latinoamericano. Un planteamiento a la luz del ejemplo de la llamada prohibición de retroceso social» *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11, enero-junio.
- SCHAUER, F (2014): «Proportionality and the Question of Weight», en, G. Huscroft, B. Miller, G. Webber (eds.) *Proportionality and The Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 173-185.
- SEPÚLVEDA, M. (2006): «La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión “progresivamente”», en Ch. Courtis (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, , Buenos Aires, Editores del Puerto, 117-151.
- SHEININ, M. (1991): «Direct Applicability of Economic, Social and Cultural Rights: A Critique of the Doctrine of Self-Executing Treaties», en *Economic, Social and Cultural Rights, Textbook*.
- STONE A y J. MATHEWS (2009): «Proportionality balancing and global constitutionalism» *Columbia Journal of Transnational Law*, vol 47, 73-163.
- SULLIVAN, P. y T. FRASE (2009): *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions*, Oxford, Oxford University Press.
- TREMBLAY L. B. (2014): «An Egalitarian defense of proportionality-based balancing», *International Constitutionnal I.CON*, vol. 12, (4), 864-890
- VAQUER, M. (2012): «Derecho sociales, crisis económica y principio de igualdad», en *Informe Comunidades Autónomas*, Barcelona, Instituto de Derecho Público,
- WALDRON, J. (2010): «Socioeconomic Rights and Theories of Justice», *NYU School of Law, Public Law Research*, paper 10-79.