

¿HAY LÍMITES A LA REGRESIVIDAD DE DERECHOS SOCIALES?

ARE THERE LIMITS TO THE DEGRESSIVITY OF SOCIAL RIGHTS?

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG
Universidad de Valencia

Fecha de recepción: 31-8-15

Fecha de aceptación: 22-9-15

Resumen: *La constatación de modificaciones legislativas que afectan negativamente al objeto y alcance de derechos sociales y que dan lugar a retrocesos de los mismos plantea importantes cuestiones sobre sus condiciones de posibilidad. En este artículo se sostiene la tesis de acuerdo con la cual los retrocesos o la reversibilidad de los derechos sociales son decisiones normativas limitadas fundamentalmente por dos expedientes, garantías o salvaguardas. El primero es la posibilidad de determinar un contenido esencial para los derechos sociales. El segundo radica en situar el peso de la justificación de la decisión en la identificación de la legitimidad del fin de la norma. Ambos conducen, en el ámbito de la argumentación, a la consideración del principio de proporcionalidad como un razonamiento complementario y subsidiario, pero no alternativo a la determinación del contenido esencial en la argumentación sobre la obligación de no regresividad.*

Abstract: *The consideration that legislative changes adversely affect the purpose and scope of social rights, also leading to various setbacks, raises important questions about the underlying enabling conditions. This paper argues that those regressions or the reversibility of social rights are normative decisions fundamentally limited in two ways. The first is the possibility to determine an essential content of social rights. The second lies with placing the weight of the justification of the decision in relation to the legitimacy of the norm. Both arguments lead to the consideration that the principle of proportionality can be seen as a complementary and alternative reasoning, but not as an alternative to the determination of the essential content in relation to the principle of non-regression.*

Palabras clave: derechos sociales, obligación de no regresividad, contenido esencial, proporcionalidad, fin legítimo.

Keywords: social rights, principle of non-regression, essential content, proportionality, legitimate purpose.

1. INTRODUCCIÓN: CUESTIONES NORMATIVAS Y CONCEPTUALES

Determinadas modificaciones legislativas en ámbitos tan básicos como el trabajo y sus condiciones, las pensiones, la protección de la salud, el acceso a los medicamentos o el régimen jurídico de la dependencia¹, así como las consecuencias sociales ya constatables derivadas directa o indirectamente de las reformas –entre otras, el aumento del desempleo, el incremento de las tasas de pobreza y de exclusión, la reducción del gasto social, la limitación de prestaciones de bienestar social o las restricciones subjetivas en la titularidad de los derechos–, invitan a reflexionar sobre la reversibilidad de los derechos humanos y sus vías de justificación, y a introducir, como sugiere Calvo, “el lenguaje de los derechos en la lucha frente al retroceso de los derechos sociales y a los recortes del gasto social”².

El principio de no regresividad constituye un parámetro adecuado para el análisis argumentativo de la vulneración de los derechos humanos³, 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, desa-

¹ * Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto DER2013-48284-R del programa estatal de I+D+I y el proyecto GVPrometeoII2014-078, programa de investigación de la Generalitat Valenciana. Agradezco a Pablo Miravet la atenta lectura y la revisión que ha realizado del texto.

Center for Economic and Social Rights, *Visualizing Rights: a Snapshot of Relevant Statistics on Spain*, Fact Sheet num. 14, Enero 2015.

² M. CALVO, “Crisis económica y efectividad de los derechos sociales”, en M. J. BERNUZ y M. CALVO (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 120 y ss.

³ 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 *rtorc* 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 *rtorc* 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*, Fontamara, México, 2009, pp. 60-63.).

rollos 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 constitucional⁴. 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.

La prohibición de regresividad en materia de derechos fundamentales está ligada al principio de constitucionalidad y, más ampliamente, al valor de la constitución como límite normativo al poder. La cláusula del Estado social, que se inserta en este complejo de valores, es seriamente puesta en cuestión en el caso de la regresión de derechos sociales, de modo que la supresión de los derechos y/o el retroceso de su tutela no solo podría suponer una arbitrariedad, sino también una auténtica vulneración del contenido del modelo de Estado social y democrático de derecho⁵. La prohibición de regresividad tiene igualmente anclaje en las normas de derechos humanos y en el principio de convencionalidad entendido en un sentido amplio⁶, pero ha encontrado su acomodo normativo y doctrinal más sólido en los tratados de derechos humanos y en su interpretación –concretamente, en la exégesis doctrinal del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), órgano encargado de supervisar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, en adelante “el Pacto”)–. El Comité DESC fija como una de las obligaciones de los poderes públicos respecto a los derechos sociales la obligación negativa de no regre-

⁴ 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.

⁵ P. SALA, *La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica*, Universitat de València, Valencia, 2014, p. 83.

⁶ L. JIMENA QUESADA, “La protección internacional de los derechos sociales y laborales: la Carta Social Europea y el Comité de Europeo de Derechos Sociales”, *Revista de Derecho Social*, núm. 65, pp. 24-25, y C. SALCEDO BELTRÁN, “Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores: la aplicación del control de convencionalidad en España”, *Lex-Social, Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 4 núm. 2, 2014, pp. 41-42.

sividad⁷, esto es, la prescripción de no adoptar medidas, no aprobar normas jurídicas o no implementar políticas públicas que empeoren sin justificación la situación de los derechos sociales, y también establece pautas y salvaguardas en garantía de su justificación. Como subraya Pisarello, esta tesis no es ajena a la teoría de la irreversibilidad de las conquistas sociales –es decir, la prohibición de supresiones definitivas en materia de derechos sociales– desarrollada por la doctrina alemana como corolario de la idea misma de la fuerza normativa de la constitución y del contenido mínimo o esencial de los derechos en ella reconocidos⁸.

La aceptación del principio de no regresividad, sin embargo, no es pacífica, y la crítica a su vigencia está estrechamente conectada a la concepción de los derechos sociales como derechos en una permanente minoría de edad⁹, una doctrina que resulta funcional a los retrocesos derivados de las transformaciones legislativas de orden regresivo en la medida en que asume como argumento insuperable el carácter progresivo de las obligaciones derivadas de los derechos sociales, la indeterminación de los enunciados de las normas que los reconocen, su consideración como construcción anómala de la dogmática del derecho subjetivo y, en fin, su identificación con principios meramente políticos, posiciones jurídicamente no estructuradas o, en todo caso, normas de efecto indirecto dependientes de un desarrollo legislativo ulterior caracterizado por la libertad ilimitada al legislador para configurarlos, imponerles restricciones injustificadas e in-

⁷ Sobre la obligación de progresividad, véase M. SEPÚLVEDA, "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*, CEDAL-CELS, Buenos Aires, 2006, pp. 117-152; S. FREMAN, *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*, Oxford University Press, 2008, p. 80; y Ch. COURTIS, *El mando prometido*, cit., pp. 55-99.

⁸ G. PISARELLO *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Trotta, 2007, p. 62; 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*, Instituto Nacional de Administración Pública, Barcelona, 2013.

⁹ Una posición crítica y bien argumentada frente a esta teoría sobre los derechos sociales en V. ABRAMOVICH y Ch. COURTIS *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, cap. 1; G. PISARELLO *Los derechos sociales y sus garantías*, cit., cap. 4, y, del mismo autor, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 35-42; J. L. CASCAJO CASTRO, "Derechos sociales", *Derechos sociales y principios rectores*, Tirant Lo Blanch, Valencia, P. MIRAVET, *Estado Social, Empleo y Derechos. Una revisión crítica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, cap. 4; M. J. ANÓN, "Derechos sociales: cuestiones de legalidad y de legalidad", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, pp. 15-41.

cluso anularlos¹⁰. De todo ello se siguen dos reflexiones. Por un lado, esta consideración de los derechos de contenido socio-económico descansa en un planteamiento insustancial y pobre sobre la normatividad de la constitución y la relevancia del bloque de constitucionalidad, así como en el desconocimiento deliberado de que en él se halla incorporado un amplio conjunto de garantías institucionales de los derechos, es verdad que obviadas en numerosas ocasiones¹¹—entre ellas destacan los tratados de derechos humanos, de los que en muchas ocasiones se hace un uso meramente retórico o programático¹²—. Por otro, y como señala Pisarello, no es casual que, desde el punto de vista jurídico, la tesis de la naturaleza programática de los derechos sociales y su caracterización como criterios interpretativos que imponen al legislador su desarrollo y concreción fuera la respuesta dominante frente al desafío que suponía la articulación normativa del Estado social y sus técnicas de intervención¹³. De ahí la necesidad de enriquecer la calidad democrática del sistema jurídico y consolidar, para ello, la construcción teórica de la unidad y la interdependencia de todos los derechos —una perspectiva más compleja, pero más plausible, fértil y, en aparente paradoja, más realista que la que acabamos de ver arriba—, y de ahí también la necesidad de atribuir la nota de la fundamentalidad a los derechos sociales y de reconocer sin ambages que forman parte de las

¹⁰ No está de más recordar aquí que los derechos de cualquier tipo precisan de la acción del legislador. Al respecto, véase L. PRIETO, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 225.; y L. HIERRO, "Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de R. Alexy", *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 197.

¹¹ Revenga afirma: "no podemos acercarnos con la claudicante impresión de que es un ámbito ajeno a la fuerza normativa de la Constitución y al sistema de valores y fórmulas políticas que le dan fundamento" (M. REVENGA, "Sobre los derechos sociales y su inconsistente estatuto constitucional", en M. J. BERNUZ y M. CALVO (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 81-82).

¹² Sin duda, en este aspecto, las variaciones son evidentes y muy relevantes respecto de los sistemas constitucionales que acogen, en diversos grados, los tratados de derechos humanos como criterios de validez constitucional. Sobre ello, L. JIMENA QUESADA *Jurisprudencia nacional y control de convencionalidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013. Sobre la obligación de los tribunales a nivel estatal de tomar como guía la interpretación del *novus* desarrolladas por el Comité desc. V. ABRAMOVICH y Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, pp. 70-76.

¹³ P. MIRAVET, *Estado Social, Empleo y Derechos. Una revisión crítica*, cit. cap. 4; R. SUSÍN BETRÁN, "Derechos sociales-trabajo-ciudadanía-democracia. Una relación necesaria (y conveniente)", en M. J. BERNUZ y M. CALVO (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 163-194.

bases de la asociación política y que son un componente central de la democracia constitucional entendida como ideal complejo¹⁴.

Como ya he anticipado, conceptualmente la regresividad o reversibilidad consiste en la adopción de medidas que empeoren la situación de los derechos sociales en términos de titularidad y 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 tutela¹⁵. 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 un parámetro como el del contenido esencial, sobre el que ahora me detendré¹⁶.

Desde la perspectiva de los tratados de derechos humanos, la obligación de no regresividad comporta para el Estado la prohibición de empeorar el nivel de goce y ejercicio de un derecho desde la adopción del *notisc* –o, como ya se ha dicho, respecto a cada mejora progresiva¹⁷–. Tal prohibición es una obligación de respeto, de contenido negativo o de no hacer, según la clasificación aceptada con carácter general que distingue las obligaciones de respeto, de protección y de realización¹⁸. Como obligación negativa, la obligación de

¹⁴ E. DÍAZ, "Estado de Derecho y derechos humanos", en *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, CBC, 2004, pp. 17-40. Díaz afirma que el modelo constitucional se asienta sobre un Estado social y democrático que proveen su legitimidad y su legitimación. En un sentido coincidente, Ferrajoli habla del constitucionalismo social como una de las tres vías de desarrollo legítimo del Estado constitucional (L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, cap. 1). Véase también L. MORALES, *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 301.; y J. ANSUÁTEGUI, "Los derechos sociales en tiempos de crisis. Algunas cuestiones sobre su fundamentación", en M. J. BERNUZ y M. CALVO (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, cit., pp. 23-42.

¹⁵ 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.

¹⁶ Ch. COURTES, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Apuntes introductorios", cit., p. 6; *Id.*, *El mandato prometido*, cit., pp. 55 y ss.

¹⁷ J. ROSSI, "La obligación de no regresividad...", cit., p. 85.

¹⁸ OG N° 3 Comité desc. §10 y, § 9. La obligación de progresividad y prohibición de regresividad de acuerdo con el Comité del *notisc* encuentran su sentido en el principio de efectividad de todos los derechos reconocidos en él. Cfr. J. ROSSI, "La obligación de no regre-

no regresividad constituye, por tanto, uno de los deberes típicamente sujeto a revisión tanto por los tribunales de justicia internos como por los órganos y tribunales internacionales¹⁹. Abramovich y Curtis señalan que este tipo de obligación no es extraña a la tradición jurídica iberoamericana y que guarda relaciones de semejanza con el principio de razonabilidad de la reglamentación de los derechos, ya que ambos tienen como objeto el aseguramiento del debido proceso sustantivo²⁰. La regresividad normativa²¹ se determina a través de un análisis comparativo de la nueva regulación y la norma que esta ha modificado a fin de evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios reconocidos por la anterior. Ahora bien, este análisis no puede circunscribirse a contrastar las dos normas: la comparación ha de llevarse a cabo tomando como parámetro la garantía del contenido esencial, vinculada a los principios de constitucionalidad y convencionalidad. En este contexto adquieren relevancia los criterios orientados a la determinación de los derechos, entre los que destacan sus características o atributos²² y los indicadores de derechos humanos que se han elaborado hasta el momento, así como la teoría sobre los indicadores que los justifica²³, herramientas que permiten evaluar tanto la progresividad o regresividad normativa y los indicadores de proceso y de resultado/evolución como la progresividad o regresividad de una política pública²⁴.

sividad...", p. 84. MSEPÚLVEDA, "El Comité DESC y la expresión 'progresivamente'", cit., p. 143.

¹⁹ V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 96-116.

²⁰ *Ibid.*, pp. 96-97.

²¹ Ch. COURTIS distingue regresividad de resultados que evalúa el retroceso en políticas públicas, y regresividad normativa. Ch. COURTIS, "Prohibición de regresividad", cit., *Ibid.*, pp. 3-5.

²² Naciones Unidas, *Indicadores de Derechos Humanos. Guía para la medición y la aplicación*, HR/HQ/12/5, 2012, pp. 35-36.

²³ Sobre indicadores de derechos humanos véase J. GARCÍA CÍVICO, "¿Qué es un indicador de derechos humanos y cómo se utiliza?", *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bertolomé de las Casas*, núm. 24, 2011, pp. 179-219; *Id.*, "Indicadores y eficacia de los derechos", en M^a J. BERNUZ y M. CALVO (eds), *La eficacia de los derechos sociales*, cit., pp. 133-162; *Indicadores específicos sobre derechos sociales. Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser/L/V/II.129, 5 de octubre de 2007. *Informes del Observatorio de política social y derechos humanos*.

²⁴ P. HUNT, *Informe del relator especial del derecho a la salud*, 2003, véase §§ 5-37.

La vulneración de la prohibición de regresividad normativa –sea la norma modificadora de rango legal o reglamentario– puede consistir en una reversibilidad de los derechos sociales que los elimine o que simplemente rebaje la calidad o la cantidad de prestaciones asociadas a los mismos²⁵. Algunas medidas son *prima facie* regresivas y resulta más sencillo determinar que lo son; ello depende, sobre todo, del grado en que un derecho ya se encuentra reconocido y con qué alcance²⁶. Es abiertamente regresiva, por ejemplo, una norma que deje sin efecto el reconocimiento de una prestación social a personas imposibilitadas de procurarse un sustento de forma autónoma o que reduzca su cuantía sin adoptar simultáneamente medidas alternativas que compensen el recorte. Lo es igualmente una norma que introduzca requisitos y barreras adicionales que obstaculizan el ejercicio de un derecho; tal es, claramente, el caso del Real-decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y la seguridad de sus prestaciones –apenas atenuado por su reforma parcial–, norma que, entre otras medidas, excluyó del derecho a la atención sanitaria pública a determinados colectivos, entre ellos los nacionales de terceros países en situación de irregularidad administrativa (art 1). Un examen atento de este Real Decreto a partir del contenido esencial del derecho permite dilucidar si la reforma ha redefinido en profundidad el derecho a la protección de la salud, en la medida en que ha supuesto un cambio en la universalización de la asistencia sanitaria –fundada en el valor de la dignidad de las personas– que subyace al artículo 43 de la Constitución y que subyacía a la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y al Real-Decreto Ley 1088/1989, de 8 de septiembre, normas que sentaron las bases de la universalización. La vinculación del ejercicio efectivo del derecho a la condición de asegurado que introdujo la modificación operada por el RD 16/2012 en el artículo 3 de la Ley 16/2003 de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud ha comportado la “desuniversalización” del derecho, concretada en la exclusión de determinadas clases de sujetos

²⁵ Un buen ejemplo de ello en el Real Decreto-Ley 20/2011 de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público –que ha derogado la renta básica de emancipación de los jóvenes–, o la reforma del plan estatal de vivienda y rehabilitación 2009-2012 (Real Decreto 1713/2010, que suprime diversas medidas de fomento en este ámbito).

²⁶ J. ROSSI “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*, cit., p. 89.

del acceso a las prestaciones que constituyen el objeto del derecho²⁷. Con excepciones muy puntuales, la reforma exige a los «no asegurados» que cumplan determinadas condiciones, entre ellas un requisito de ingresos que no se exige a otros colectivos y cuya determinación depende de una disposición reglamentaria totalmente abierta.

En este contexto, el contenido esencial se presenta como un punto de referencia clave en nuestro tema, dicho esto en el sentido de que la posibilidad de articularlo y especificarlo en el caso de los derechos sociales puede sin duda reforzar la solidez de los mismos. De acuerdo con la doctrina del Comité DESC, una medida regresiva que afecte al contenido esencial de los derechos no comporta una mera presunción de incumplimiento, sino que constituye directamente una violación del Pacto no susceptible de justificación. Existiría, así, un umbral mínimo conformado por el conjunto de obligaciones que integran cada derecho social que los Estados no pueden transgredir ni siquiera en el caso de que se vean enfrentados a circunstancias externas que obstaculicen el cumplimiento pleno de obligaciones impuestas por el Pacto²⁸.

El objetivo de este trabajo es reflexionar sobre la aplicación del principio de prohibición de regresividad de los derechos sociales. Se trata de analizar cómo y en qué medida las decisiones normativas limitativas de derechos están constreñidas por las dos garantías o salvaguardas que me propongo examinar. La primera es la posibilidad de determinar un contenido esencial para los derechos sociales, es decir, un conjunto mínimo de obligaciones y garantías necesarias para tutelarlos desligadas de presupuestos y metáforas ontológicas y esencialistas. La segunda es la justificación de la decisión en la identificación de la legitimidad del fin de la norma. Entiendo que el análisis conjunto de ambas salvaguardas permite concluir que el principio de proporcionalidad es un razonamiento complementario y subsidiario –pero no

²⁷ A. SOLANES, "La salud como derecho en España: reformas en un contexto de crisis económica", *Derechos y libertades*, núm. 31, pp. 127-162; C. LEMA, "La erosión del derecho a la salud en el Reino de España: el ataque a la universalidad", en M^a J. BERNUZ y M. CALVO (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, cit., pp. 234-246. Véase, asimismo, *Informe Defensor del Pueblo, Informe Anual 2012*, p. 210; M. DALLI "Universalidad del derecho a la salud e igualdad material: desigualdades económicas y sociales y desigualdades en salud", *Universitas*, julio 2015, pp. 3-31.

²⁸ M. SEPÚLVEDA, "La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión 'progresivamente'", cit., p. 143. Véase también cc: N^o 3 del Comité desc §10.

alternativo- a la garantía del contenido esencial en el ámbito de la argumentación sobre la prohibición de regresividad. Obligación negativa que da contenido al principio de efectividad de los derechos humanos, principio que, a su vez, fundamenta la existencia de un derecho subjetivo "a la vigencia de normas de derecho público y/o de derecho privado que son necesarias para que sea posible aquello que garantiza el derecho fundamental"²⁹. Este planteamiento permite distinguir las garantías institucionales y los derechos, distinción adecuada para superar la hermenéutica superficial del principio de efectividad de los derechos sociales como la que parecen suscribir muchos intérpretes de la literalidad del texto constitucional que no comprenden que la prohibición de regresividad es la expresión más clara del carácter normativo y, por tanto, vinculante del principio de progresividad³⁰.

2. PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD Y CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS: POR UNA VINCULACIÓN POSIBLE

En relación con las dimensiones objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales, en el Derecho continental europeo ha arraigado hace décadas la tesis de que existe un contenido que actúa como barrera frente a posibles intervenciones arbitrarias de los poderes públicos. Generalmente, la doctrina ha vinculado la irreversibilidad de las conquistas sociales al núcleo esencial de los derechos, que vetaría la posibilidad de que, en la tarea de configuración del derecho, el legislador pudiera suprimirlo sin más o desconocer prestaciones sociales acordadas legislativamente bajo la cobertura de derechos sociales reconocidos en la constitución sin un fundamento suficiente -o legislara de manera arbitraria, irrazonable y desproporcionada o violara la prohibición de discriminación³¹-. Desde perspectivas constitucionales y convencionales hay referencias al contenido esencial como parámetro adecuado para interpretar las obligaciones de progresividad y no regresividad de los derechos humanos, deberes que tienen por objeto el aseguramiento del

²⁹ L. HIERRO, "Los derechos económico-sociales...", cit., pp. 211-212.

³⁰ R. ARANGO, "La prohibición de retroceso en Colombia", cit., p. 155.

³¹ J. L. CARRO, "Derechos fundamentales socioeconómicos y prestaciones esenciales" en *Derechos fundamentales y otros estudios*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, p. 377 y ss.; y M. VAQUER "Derecho sociales, crisis económica y principio de igualdad", en *Informe Comunidades Autónomas*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2012, p. 85; y D. LOPENERA ROTA, "La irreversibilidad de los derechos sociales", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2012.

debido proceso sustantivo, es decir, la posibilidad de control sustancial del desarrollo legislativo de un derecho³².

La prescripción de no regresividad ha sido objeto de dos interpretaciones básicas. Pisarello señala que la primera concibe la prohibición como un principio débil cuyo fundamento es una comprensión de la constitución como marco abierto y plural, realizable de acuerdo con distintos modelos sociales, políticas públicas muy diversas y un amplio margen de configuración legislativa. Según esta primera perspectiva, se reputa inconstitucional una reducción global o una supresión absoluta de derechos de contenido social, pero no modificaciones restrictivas de los derechos que el legislador instrumentalmente apelando a criterios tales como la estabilidad económica o la reserva de lo financieramente posible. Hay escribe Pisarello, una segunda lectura del principio de no regresividad; se trata de una interpretación más enérgica que, por una parte, trata de conjugar la tesis de la apertura constitucional y la deferencia hacia el legislador y, por otra, aboga por robustecer el principio a través de dos vías indirectas: la determinación de un "contenido mínimo" infranqueable para los derechos sociales y el control de proporcionalidad de las políticas públicas *prima facie* regresivas³³.

Argumentativamente, la tesis de la indisponibilidad negativa de los derechos encuentra su anclaje justificativo en todo un conjunto de principios: el valor normativo de la constitución y la vinculación de todos los poderes a la misma, incluido el legislador (art. 9.1 CE), la efectividad del texto constitucional en una materia que forma parte del contenido de la cláusula del Estado social y democrático de derecho, el respeto a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (10.1 CE)³⁴ y la apertura al Derecho inter-

³² V. ABRAMOVICH y Ch. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 96; y G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías*, cit., p. 68. También se propone la posibilidad de delimitar el contenido esencial en relación con el papel que podría jugar en la exigibilidad de los derechos sociales. Cfr. O. PARRA, "El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad", *Ni un paso atrás...*, cit., p. 56. Sobre los avances en la exigibilidad de derechos humanos, puede verse M. DÍAZ, "El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales", *Lex-social. Revista de los Derechos Sociales*, núm. 1, enero-junio 2012, pp. 5-30.

³³ G. PISARELLO, "Derechos sociales y principio de no regresividad en España", cit., p. 310.

³⁴ La indisponibilidad de un derecho social se ha vinculado a la dignidad de la persona de la que el Tribunal Constitucional ha deducido, entre otras, la exigencia de suficiencia económica a efectos de limitar las posibilidades de embargo de bienes para no sacrificar el mínimo vital del deudor (vrc 113/1989, FJ 3); la existencia de "un mínimo vital de subsistencia" al

nacional de los derechos humanos (10.2 CE). En la medida en que el contenido esencial es el conjunto de niveles básicos de cada derecho social, constituye el canon al que debe someterse toda intervención de los poderes públicos sobre el derecho. Como sugiere Parra, el contenido esencial puede derivarse de un acervo normativo amplio integrado por las normas constitucionales, el bloque de constitucionalidad, los precedentes judiciales, los estándares de Derecho internacional de derechos humanos y el desarrollo doctrinal de los derechos fundamentales³⁵. Como han señalado algunos autores –entre otros, Fredman³⁶– semejante complejo normativo contribuye a contrarrestar y aun a superar la posible indeterminación de las normas de derechos sociales.

Las teorías sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales son bien conocidas, de modo aquí me limitaré a hacer una referencia mínima a la cuestión³⁷. La doctrina ha construido una doble clasificación: por un lado, la que distingue las teorías absolutas y relativas; por otro, la que diferencia las teorías espaciales y temporales³⁸. Prieto³⁹ sostiene que, en general, pueden conjugarse dos interpretaciones que dan lugar a la teoría de la doble barrera protectora; de acuerdo con esta aproximación, toda limitación de un derecho fundamental debe estar justificada y además respetar su contenido esencial. Dicho de otro modo: si una disposición limitadora de un derecho está justificada pero llega a dañar su contenido mínimo o esencial se tendrá por ilegítima, es decir, la intervención regresiva sobre el contenido esencial se considerará inadmisibles, pero la dimensión no esencial no queda desprotegida o desconstitucionalizada. No se trata de dejar al legislador libre en lo no esencial y vinculado en el núcleo indisponible porque no cabe hablar de “partes” del contenido de un derecho, como sostienen las teorías absolu-

tratar los derechos derivados del deber de contribución al sostenimiento de los gastos públicos (src 19/2012, FJ 4) o la obligación del estado de garantizar mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad (art. 50 CE).

³⁵ O. PARRA, “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad”, cit., p. 54.

³⁶ S. FREDMAN, *Human Rights transformed. Positive Rights and Positive Duties*, Oxford, 2008, cap. 3.

³⁷ Remito al examen de L. PRIETO en su análisis de los límites a los derechos fundamentales: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., pp. 217-248.

³⁸ Sobre estas teorías véase C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, prólogo de José Luis Cascajo Castro, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007 (3ª), pp. 406 y ss.

³⁹ L. PRIETO, *Justicia constitucional...*, cit., p. 233.

tas. Por otro lado, incorpora la exigencia de justificación e incide en la idea de que el contenido esencial es el resultado del proceso de argumentación⁴⁰. Esta concepción de doble barrera evita tanto la caracterización del contenido esencial como una suerte de espacio geográfico al interior del derecho como la visión escindida del derecho –que, como señala Prieto, “puede ser expresiva, pero es contradictoria y confusa”⁴¹–. Existiría, así, un núcleo inderogable de obligaciones básicas que no pueden ser desconocidas, no tanto en sentido esencialista u ontológico cuanto pragmático⁴². En principio, como apunta Courtis, quedan excluidas de la posibilidad de ser justificadas las medidas regresivas que afecten el contenido mínimo esencial del derecho en juego. Con respecto a las demás medidas regresivas, las razones a las que pueden acudir los poderes públicos son taxativas y limitadas⁴³. Los derechos, de este modo, se incardinan en una concepción que les asigna prioridad frente a otros fines y son el contrapunto de los argumentos económicos y/o consecuencialistas que apelan a la estabilidad presupuestaria o a la prohibición de déficit público, argumentos que, como vamos a ver ahora, están presentes en el razonamiento característico de la proporcionalidad.

Todo lo dicho hasta aquí no elimina los contornos difusos del concepto de contenido esencial. Delimitar el contenido esencial de un derecho en abstracto sigue siendo una tarea ardua que reclama el diálogo permanente entre las formas jurídicas y las realidades sociales, pues los niveles básicos de los derechos deben ser reinterpretados y reconstruidos en contextos concretos. Esta posibilidad es factible si se apoya en criterios orientativos: se trata de comprobar si al final de la regulación legislativa el derecho sigue siendo reconocible como un derecho constitucional que, en equilibrio y en tensión nunca resuelta con otros derechos o principios, sea tutelado por la constitución. Existen propuestas sobre la determinación del contenido esencial a partir del bloque de constitucionalidad y los precedentes judiciales argu-

⁴⁰ Tesis característica de las teorías relativas. R. ALEXI, *Teoría derechos fundamentales*, Madrid, CBC, p. 288; R. ARANGO, “La prohibición de retroceso en Colombia”, cit., p. 170.

⁴¹ L. PRIETO, *Justicia constitucional...* cit., p. 70.

⁴² O. PARRA, “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad”, cit., pp. 62-63.

⁴³ De acuerdo con la doctrina del Comité *issc*, la obligación de adoptar medidas inmediatas para la realización de los derechos utilizando todos los recursos disponibles forma parte del mínimo esencial. Por tanto, la definición de un contenido mínimo esencial no puede significar un techo, sino un suelo a partir del cual se vaya desarrollando progresivamente el más alto nivel de satisfacción del mismo.

mentativamente correctos como un referente intersubjetivo para la delimitación de aquellos componentes que permiten medir la progresividad y la no regresividad⁴⁴.

Los enunciados de derechos constitucionales y de derechos humanos son inteligibles, pero adolecen de cierto grado de indeterminación, lo que comporta la necesidad de una intervención que, como ya se ha dicho, abreva en otras referencias normativas y bienes constitucionales para su concreción, desarrollo y efectividad. Una vía más fecunda en la determinación del contenido esencial es partir del principio de integridad e indivisibilidad de los derechos tomando como referencia tres parámetros: el principio de constitucionalidad y el bloque de constitucionalidad, el principio de convencionalidad en sentido amplio y la interpretación sistemática de la interrelación entre los derechos sociales y otros derechos⁴⁵ a través de las garantías institucionales existentes y los sistemas de protección⁴⁶. De estos tres parámetros se pueden extraer pautas interpretativas sobre el contenido esencial y sobre la prohibición de regresividad. Pensemos en la aportación realizada por la dogmática, que en cada país ha delimitado la jerarquía constitucional de los tratados internacionales. La doctrina sobre los tratados internacionales de derechos humanos y las resoluciones del Comité DESC ha evolucionado; su recepción y progresiva aceptación en el ámbito doméstico ha restringido, como subraya Rossi⁴⁷, el espectro de posibles justificaciones para la adopción estatal de medidas regresivas a través del establecimiento de requisitos rigurosos y sistematizados que, en última instancia, se orientan a reconocer que el contenido mínimo es inderogable y las medidas regresivas no son aceptables. El Pacto carece de razón de ser si se puede interpretar en el sentido de que no establece una obligación mínima⁴⁸, obligación que ha sido matizada en su ámbito de aplicación a través de diversos criterios: (a) la inderogabilidad del contenido mínimo y las obligaciones mínimas cuyo incumplimiento no es excusa-

⁴⁴ O. PARRA, "El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad", cit., pp. 62.

⁴⁵ M. DÍAZ CREGO, "El tribunal constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales", *Lex Social-Revista de los Derechos Sociales* núm. 1, 2012, pp. 5-30. VVAA, *Equal Rights Trust, Economic and Social Rights in the Courtroom*. London, 2014.

⁴⁶ Sobre los límites derivados de la invulnerabilidad del contenido esencial de los derechos sociales véase P. SALA, *La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica*, cit., pp. 77-83.

⁴⁷ J. ROSSI, "La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité...", cit., pp. 98-99 y 114.

⁴⁸ *oc*: N° 3 §10.

ble⁴⁹. Se habla, así de un contenido inderogable como estándar que debe ser garantizado con independencia de la situación económica o las condiciones desfavorables a las que han de hacer frente los Estado, así como de las obligaciones con efecto inmediato (de respeto y protección); la prohibición de regresividad es, en este sentido, una obligación de respeto; (b) la demostración de que la medida regresiva adoptada es deliberada y se sigue de un examen exhaustivo de todas las medidas alternativas posibles; y (c) la consideración de que las medidas regresivas están prohibidas y la afirmación expresa de que constituyen una violación del derecho⁵⁰.

La constitución y el bloque de constitucionalidad del que deriven derechos expresos, las garantías institucionales, las obligaciones para los poderes públicos y los límites para su actuación son parámetros idóneos para analizar la constitucionalidad de una disposición e instrumentos jurídicos relevantes para decidir un caso constitucional particular. Precisamente, como he señalado, quienes defienden la posibilidad de hablar de un núcleo esencial de todos los derechos lo hacen a partir del valor normativo de la constitución y de la vinculación a todos los poderes, incluido el legislador, a la misma, así como su efectividad en una materia –que, como ya se ha dicho, es el contenido de la cláusula del Estado social–. Ilustraré la reflexión sobre la delimitación del contenido esencial desde la perspectiva de la irreversibilidad de los derechos sociales a través de la evolución reciente de su desarrollo normativo. Tomaré en consideración el bloque de constitucionalidad y la interrelación ente derechos constitucionales a fin de contrastar cómo de ahí surgen parámetros concretos y criterios bien perfilados para orientar adecuadamente la efectividad de los derechos mediante la realización y el respeto a su contenido esencial.

Existe una previsión constitucional clara que hace referencia a los servicios públicos fundamentales (art. 158 CE). Sin embargo, en España se ha registrado un proceso claro de regresión cuantitativa y cualitativa en la prestación de los mismos, así como la imposición de prestaciones coactivas –más elevadas o por nuevos conceptos– a sus usuarios⁵¹. Junto a esta previsión

⁴⁹ OC N°14 sobre derecho a la salud §43. Un Estado parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43 supra que menciona el contenido mínimo. Las medidas regresivas están prohibidas y expresamente se afirma que son una violación del derecho (vid §48 OC 14 derecho a la salud).

⁵⁰ OC N° 14 sobre el derecho a la salud § 32, §48.

⁵¹ Modificaciones normativas mediante decretos-leyes, normas reglamentarias o meras resoluciones vulneradoras de la exigencia de reserva de ley. Entre ellos mencionaremos el Real Decreto-Ley 14/2012, que aumentó el importe de las matrículas universitarias hasta el

constitucional, existen criterios supralegales, constitucionales y convencionales, que acotan tanto la libertad del legislador como la interpretación del contenido de estos derechos. Como subraya Lozano⁵², el primero de ellos es la atribución *ex constitutione* a los poderes públicos de la garantía específica de ciertos derechos y prestaciones como la educación, la seguridad social, la salud pública, la atención y tratamiento de la discapacidad, las pensiones y los servicios sociales a la tercera edad (arts. 27, 41, 43, 49 y 50 CE, entre otros), todos ellos definidos como servicios esenciales de la comunidad en los artículos 28.2, 37.2 y como «servicios públicos fundamentales» en el artículo 158.1. Cabe, en segundo término, mencionar la identificación del carácter esencial de un servicio como límite: jurisprudencialmente se ha definido «esencial» como la aptitud del servicio para ser condición material del ejercicio y disfrute de bienes constitucionales (STC 51/1986). Lo decisivo para esta calificación es, pues, que el servicio sea necesario para la satisfacción de derechos fundamentales y de bienes o intereses constitucionalmente protegidos (STS 14/4/2009). En tercer lugar, la determinación de la financiación de los servicios públicos considerados esenciales, básicos, fundamentales o de interés general, según las distintas denominaciones plasmadas en las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad delimita igualmente la acción del legislador. El art. 158.1 CE prevé asignaciones presupuestarias del Estado para «los servicios públicos fundamentales» que garanticen un nivel mínimo de prestación en todo el territorio español. La LOFCA, legislación sobre la financiación de las comunidades autónomas, desarrolla normativamente el precepto. En su art. 15.1 califica como servicios públicos fundamentales la educación, la sanidad y los servicios sociales esenciales, y establece que no se satisface el nivel mínimo garantizado por la CE cuando su cobertura no alcanza «el nivel medio de los mismos en el territorio nacional», mientras

100 por 100 del coste en algunos casos, el Preámbulo del Real Decreto-Ley 16/2012 que elevó las aportaciones de los enfermos por los medicamentos y otras prestaciones o el Preámbulo de la Ley 10/2012 que crea y eleva las tasas judiciales coinciden en el término «racionalización» (también en materia de dependencia Resolución 13 de julio de 2012 Acuerdo del Consejo Territorial del SAAD) y en que aplicarla a la educación universitaria, a la atención sanitaria y a la potestad jurisdiccional conlleva, en todos los casos, el aumento considerable de tasas y aportaciones por parte de los usuarios.

⁵² C. LOZANO, «Art. 158.1 CE: Límites al recorte y copago de servicios fundamentales», en L. A. MALVÁREZ y S. RAMÍREZ (dirs.), *Fiscalidad en tiempos de crisis*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 171-197.

que el art. 15.2 prevé para un fondo de garantía para su implementación³³. Lozano sostiene que el mandato no es meramente financiero, sino más amplio y complejo. Por un lado, Lozano afirma que el mandato refuerza ciertos derechos reconocidos por otros preceptos constitucionales, asegurando que los servicios a través de los que se prestan alcancen una cobertura mínima que es responsabilidad del Estado; se garantiza así la efectividad de la CE y el respeto al contenido esencial. De otro lado, el autor apunta que el propio bloque de constitucionalidad, a través de la LOFCA, que sustrae esa determinación al legislador ordinario, es "el que cierra el diseño constitucional fijando como servicios fundamentales los de sanidad, educación, y servicios sociales esenciales, reconocidos como derechos prestacionales individuales en la constitución" (arts. 27, 41, 43, 49 y 50 CE). Así, la garantía constitucional se configura a través de dos barreras. Un primer límite mínimo infranqueable es el nivel de prestación ya existente en cada territorio en un momento dado, que no admite medidas regresivas. El segundo límite infranqueable establecido por la LOFCA lo constituye el nivel medio de prestación en todo el territorio español. Finalmente, y como consecuencia de esta nueva normativa, es preciso mencionar las modificaciones al alza en las aportaciones que deben hacer los usuarios³⁴. Justificadas a través de la apelación al déficit público, la sostenibilidad y la racionalización, obstaculizan en los hechos el acceso al servicio, pudiendo, como remarca Lozano, imposibilitarlo en algún caso por razones económicas, es decir, puramente discriminatorias y causantes de desigualdades injustificadas y arbitrarias. No puede ser acorde con la CE el impedimento y hasta el bloqueo del acceso a servicios que ella misma califica como fundamentales. Con respecto a estas aportaciones de los usuarios, la Sentencia 3429/2014 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana declara lo siguiente: "Siguiendo el hilo argumental, convendrá sentar que el copago regulado en el Decreto 113/2013 como precio público es, en la realidad jurídica, una tasa, que afecta a un servicio público esencial e imprescindible como es la asistencia social a ancianos y personas con discapacidad, lo que nos lleva a la necesaria regulación tributaria, comenzando por reseñar las previsiones constitucionales. En efecto, el artículo 31.3 de la Constitución Española dispone que "solo podrán establecerse prestaciones

³³ Sobre la importancia de la igualdad como título competencial por la vía del artículo 149.1.1ª CE en la regulación de las condiciones básicas para el ejercicio de derechos, véase, M. VAQUER CABALLERÍA "Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad", cit., pp. 92-93.

³⁴ J. PONCE, *El Derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales...*, cit., p. 25.

personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley”, pudiendo las comunidades autónomas establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes” (art. 133.2 CE)”. Además de ello para hablar de precios públicos son necesarios dos requisitos –el acceso a un servicio voluntariamente y la existencia de una prestación privada alternativa-. En este caso no se da el requisito de la voluntariedad. Esta no se da cuando “la voluntariedad en la solicitud o recepción de un servicio público por parte del interesado, es decir, cuando esta solicitud no sea libre, por resultar la actividad o el servicio requerido objetivamente indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de su vida personal o social, de acuerdo con las circunstancias sociales de cada momento y lugar, priva al precio público de unos de sus dos requisitos inherentes, y nos acerca al hecho imponible de la tasa” (FJ 5).

De lo expuesto hasta aquí cabe concluir que existen en el sistema jurídico criterios de ámbito constitucional –constitución y bloque de constitucionalidad- que tienen carácter claramente supralegal y que pueden establecer una barrera infranqueable –un nivel mínimo de prestación- para el legislador en materia de servicios fundamentales aplicables en todo el territorio.

En este punto procede dar un paso más y prestar atención a las razones que eventualmente justifican una medida regresiva en materia de derechos sociales teniendo en cuenta que una decisión de tal naturaleza –que afecta al contenido mínimo de los derechos previstos en el PIDESC- es inválida en cualquier circunstancia y que una medida regresiva que no afecta al contenido mínimo es en principio ilegítima. Los poderes públicos tienen la responsabilidad de argumentar de forma suficientemente sólida para desvirtuar esta presunción y no cualquier justificación es válida³⁵. La exigencia de justificación es una garantía central en los sistemas constitucionales y obliga a dar cuenta de las motivaciones de cualquier medida o disposición restrictiva. El legislador no está, en fin, exonerado de aducir razones para justificar sus leyes. Como sostiene Prieto³⁶, desde la perspectiva del Estado constitucional la defensa del contenido esencial y la exigencia de justificación no suspenden las prerrogativas del legislador, pero la exigencia de la que hemos hablado es un mínimo exigible.

³⁵ Así se desprende de la interpretación del artículo 4 desarrollada por el Comité OMS y por parte de los Principios de Limburgo sobre las medidas regresivas o limitativas de derechos §§ 48 y 50. Véase J. ROSSI, “La obligación de no regresividad...”, cit., pp.102-103.

³⁶ L. PRIETO, *Justicia constitucional...*, cit., p. 204.

3. PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD Y ARGUMENTACIÓN: LEGITIMIDAD Y PROPORCIONALIDAD

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 Rossi²⁷, 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.

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 que no se produce en el vacío. De un lado, se ha beneficiado de los desarrollos argumentativos relativos a la prohibición de discriminación²⁸. 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

²⁷ J. ROSSI, "La obligación de no regresividad...", cit., pp. 87 y ss.

²⁸ 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.

argumentación en materia de derechos sociales, especialmente aquellos que se orientan a que el Estado asuma la carga de prueba³⁹.

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 razonabilidad⁴⁰. En coherencia con este criterio, el estándar para considerar justificada y por ende permisible la medida regresiva debería ser elevado, estricto o agravado⁴¹. 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 reemplazado⁴². 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 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 adoptadas⁴³. Este segundo paso obliga al Estado a demostrar⁴⁴; el res-

³⁹ 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.

⁴⁰ 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.

⁴¹ J. ROSSI, "La obligación de no regresividad...", cit., p. 114.

⁴² Ch. COURTIS, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", cit., pp. 39-40.

⁴³ 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.

⁴⁴ 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.

peto al contenido mínimo esencial del derecho⁶⁵, 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 cuestión⁶⁶, la utilización del máximo de recursos disponibles⁶⁷, la obligación de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto⁶⁸ y la preservación o avance teniendo en cuenta la totalidad de derechos contenidos en el Pacto⁶⁹. 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 PIDESC⁷⁰.

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 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

⁶⁵ 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.

⁶⁶ 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.

⁶⁷ 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.

⁶⁸ Criterio establecido ya en la cc: N° 3 sobre obligaciones de los estados y desarrollado en la cc: N° 14 sobre el derecho a la salud § 43. Ch. COURTIS, *El mundo prometido...*, *cit.*, pp. 60-63.

⁶⁹ 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 cc: N° 3 § 99, cc: N° 13 § 45 sobre el derecho a la educación; la cc: N° 14 § 32 sobre el derecho a la salud, la cc: N° 15 § 19 sobre derecho al agua y la cc: N° 18 § 21 sobre derecho a trabajar.

⁷⁰ *Principios de Limburgo* § 48 y 50.

derechos contenidos en la Carta⁷¹. 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 proporcionalidad⁷². El problema de la extensión del canon de proporcionalidad es, tal como denuncian Klatt y Meister⁷³, 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.

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

⁷¹ Comité Europeo de Derechos Sociales. *Conclusiones XX-3*, 2014, enero 2015.

⁷² 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.

⁷³ 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 núm. 3, 2012, pp. 687.

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 aquel⁷⁸–.

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 necesidad⁷⁹. 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.

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 proporcio-

⁷⁸ 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).

⁷⁹ J. GERARDS, “How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights”, *International Journal Constitutional Law* ICON, vol 11 num. 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.

nalidad 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»⁷⁶. 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 legal⁷⁷–. Se ha observado 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 pública⁷⁸–. El primer subprincipio es el de legitimidad (o del fin constitucionalmente legítimo); el segundo, el de idoneidad en sentido estricto.

⁷⁶ L. B. TREMBLAY, "An egalitarian defense of proportionality-based balancing", *International Journal of Constitutional Law*, ICON, vol. 12 num. 4, 2014.

⁷⁷ 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 (eds) *Proportionality and The Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014, pp. 173-185.

⁷⁸ I. COVARRUBIAS, "La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 num. 2, 2012, pp. 447-480.

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 invocado⁷⁹. 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”⁸⁰. 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 anteriores⁸¹. 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 judicial⁸². La ponderación, sin abordar sistemáticamente los otros argumentos, comporta riesgos de subjetividad y opacidad en la toma de decisiones⁸³. Es más interesante, a 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 lesivo⁸⁴. Aunque estos argumentos aparecen en el razonamiento del tribunal,

⁷⁹ 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.

⁸⁰ 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 las regulaciones establecidas 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. ARAL, “The Systems of Restrictions”, en P. VAN DIJK et al. (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Oxford, Intersentia, 2006 (4ª), p. 343.

⁸¹ J. GERARDS, “How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights”, cit., pp. 467 y 468.

⁸² 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).

⁸³ Lo ejemplifica con el asunto *Sobtyak 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.

⁸⁴ J. GERARDS, “How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights”, cit., p. 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

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 dicho⁸⁵. En dos sentidos, según Gerards⁸⁶: 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 razonable⁸⁷.

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 ponderación⁸⁸.

La tesis que sostengo es que los derechos tienen prioridad normativa sobre otros objetivos sociales, intereses, criterios basados en la utilidad, creen-

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.

⁸⁵ 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.

⁸⁶ 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.

⁸⁷ 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.

⁸⁸ 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 ponderación y sus partes: Una crítica», *Derecho sociales y ponderación*, R. Alexy y otros, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009 (2ª), pp. 249-332.

cias religiosas o cuestiones ligadas al perfeccionamiento de los individuos⁸⁹. 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 perseguido⁹⁰, lo que ciertamente exige definir qué cuenta como "legítimo"⁹¹.

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 obligaciones⁹².

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.

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

⁸⁹ 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).

⁹⁰ 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.

⁹¹ 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 num. 3, 2012, pp. 691).

⁹² E. BEA, "Derechos y deberes. el horizonte de la responsabilidad", *Derechos y Libertades*, núm. 29, 2013, pp. 53-92.

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 valores⁹⁰. 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 Covarrubias⁹¹, 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 orden⁹². 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”⁹³.

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

⁹⁰ L. B. TREMBLAY, “An egalitarian defense of proportionality-based balancing”, cit., p. 867.

⁹¹ I. COVARRUBIAS, «La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación», cit., pp. 447-480.

⁹² M. KLATT y M. MEESTER, «Proportionality –a Benefit to human Rights?..», cit., p. 691.

⁹³ 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.

o convencional, y no desde la propia legalidad que se debe enjuiciar⁸⁷. 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 público⁸⁸– 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”⁸⁹. 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 CI⁹⁰. 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 presentado, una opción exclusivamente política propia de la concepción

⁸⁷ D. JIMÉNEZ GLÜCK, *Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004, pp. 101 y 282-284.

⁸⁸ 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 entre 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.

⁸⁹ 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.

⁹⁰ 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, “Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad”, cit., p. 82 y ss.

del poder financiero ilimitado en materia tributaria y presupuestaria³⁰¹. 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 reivindicar el contenido esencial del derecho afectado y la determinación de la finalidad legítima del derechos³⁰². 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 constitucionalidad por una valoración de mera razonabilidad o no arbitrariedad.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH V. y Ch. COURTIS (2002), *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Prólogo de L. Ferrajoli, Trotta, Madrid.
- ALEXI, R. (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid.

³⁰¹ 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.

³⁰² 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 considerada *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.

- (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
- ANSUATEGUI, J. (2013), "Los derechos sociales en tiempos de crisis. Algunas cuestiones sobre su fundamentación", en Mª J BERNUZ y M. CALVO (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 23-42.
- AÑÓN, Mª J. (2010), "Derechos sociales cuestiones de legalidad y de legitimidad", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, pp. 15-41.
- (2013): "Derechos sociales y obligaciones positivas", en M. J. BERNUZ y M. CALVO (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 43-72.
- 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*, CEDAL-CELS, Buenos Aires, pp. 153-173.
- ARAI, Y. (2006) "The Systems of Restrictions", en P. 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, pp. 53-92.
- BERNAL, C. (2003), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- 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, pp. 176-200
- CALVO, M. (2013), "Crisis económica y efectividad de los derechos sociales", en Mª J BERNUZ y M. CALVO (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 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.
- CASCAJO CASTRO, J. L. (2012), "Derechos sociales", *Derechos sociales y principios rectores*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- CENTER FOR ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS (2015), *Visualizing Rights: a Snapshot 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*, CEDAL-CELS, Buenos Aires, pp. 3-52.
- (2009), *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, Fontamara México DF.
- COVARRUBIAS, I. (2012). "La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación", *Revista Chilena de Derecho*, vol 39 num. 2, pp. 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 University Press, Oxford.
- GARCIA CIVICO, J. (2013). "Indicadores y eficacia de los derechos", en M^a J. BERNUZ y M. CALVO (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 133-162.
- GERARDS, J. (2013). "How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights", *International Journal Constitutional Law* ICON, vol 11 num. 2, pp. 466-490.
- HUNT, P. (2007): *Informe sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, 8 de agosto.
- JIMENA QUESADA, L. (2013), *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo global y de la tutela multinivel de derechos*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi.
- (2014), "La protección internacional de los derechos sociales y laborales: la Carta Social Europea y el Comité de Europeo de Derechos Sociales", *Revista de Derecho Social*, núm. 65.
- KLATT, M y M. MORITZ (2012). "Proportionality –A Benefit to Human Rights? Remarks on the ICON Controversy", *International Journal Constitutional Law*, vol 10 num. 3, pp. 687-708.
- LEMA, C. (2013). "La erosión del derecho a la salud en el Reino de España: e ataque a la universalidad", en M^a J. BERNUZ y M. CALVO (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 221-258.
- LOZANO, C. (2014). "Art. 158.1 CE: Límites al recorte y copago de servicios fundamentales" en L. A. Malvárez y S. Ramirez (dirs.), *Fiscalidad en tiempos de crisis*, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 171-197.
- MIRAVET, P. (2014). *Estado Social, Empleo y Derechos. Una revisión crítica*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- MORALES, L. (2015). *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Prólogo de R. Gargarella, Marcial Pons, Madrid.

- 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*, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 53-78.
- VAN DIJK, P. *et al.* (eds.) (2006), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Oxford, Intersentia.
- 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*, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 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*, Trotta, Madrid.
- 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*, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 79-115.
- SALA SÁNCHEZ, P. (2014), *La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica*, Universitat de València, Valencia.
- SALCEDO BELTRÁN, C. (2014), "Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y periodo de prueba del contrato de apoyo a emprendedores: la aplicación del control de convencionalidad en España", *Lex-Social, Revista Jurídica de los derechos sociales*, vol. 4 num. 2, pp. 29-56
- 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 University Press, Cambridge, 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*, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 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*.

- SOLANES, A., (2014), "La salud como derecho en España: reformas en un contexto de crisis económica", *Derechos y Libertades*, núm. 31, pp. 127-162.
- STONE A y J. MATHEWS (2009), "Proportionality balancing and global constitutionalism", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol 47, pp. 73-163.
- SULLIVAN, P. y T. FRASE (2009), *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions*, Oxford University Press, Oxford.
- TREMBLAY L. B. (2014), "An Egalitarian defense of proportionality-based balancing", *International Constitutional I.CON*, vol. 12 num. 4, pp. 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.
- YUTAKA, A. (2006), "The Systems of Restrictions", en P. VAN DIJK *et al* (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen-Oxford, Intersentia.

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG
Instituto de derechos humanos
Universidad de Valencia
Edificio de institutos de investigación
C/ Serpis nº 29
46022 Valencia (España)
e-mail: mariaj@uv.es