

La política fiscal en el derecho internacional de los derechos humanos: presupuestos públicos, tributos y los máximos recursos disponibles.

Horacio Corti

Doctor en Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Universidad de Buenos Aires). Defensor General de la CABA.

SUMARIO

I. Introducción.

1. Paralelismo entre las historias constitucionales nacionales y el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos en materia financiera. 2. La distinción conceptual entre independencia causal e independencia jurídica de los derechos respecto de los recursos. 3. La cuestión financiera en la génesis histórica del derecho internacional de los derechos humanos. 3.1. De la Declaración Universal a la separación en dos Pactos. 3.2. La práctica internacional posterior a la aprobación de los dos Pactos. 4. Esquema general de esta exposición.

II. Los recursos presupuestarios en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), por sus siglas en inglés.

1. La interpretación sobre las restricciones financieras por parte del Comité de Derechos Humanos. 2. La interpretación de las restricciones financieras por parte del Comité de la CEDAW.

III. Los máximos recursos disponibles en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

1. Introducción. La limitación de la discrecionalidad estatal respecto de la política fiscal. Clasificación de las obligaciones de los Estados: las obligaciones de carácter inmediato (que no dependen de los recursos financieros) y las obligaciones de carácter progresivo. 2. La obligación inmediata de tomar medidas financieras. El rediseño del ciclo presupuestario estatal a la luz del sistema internacional de los derechos humanos. Las condiciones institucionales de los derechos como obligaciones inmediatas. 2.1. El esquema general. La primera interpretación general del Comité DESC: la inclusión de la dimensión financiera dentro de las medidas que deben tomar los Estados. 2.2. La obligación inmediata de planificar y de confeccionar los presupuestos con enfoque de derechos humanos. 2.3. Síntesis de la historia interpretativa de la obligación de tomar medidas. 2.4. La obligación inmediata de asegurar un buen gobierno en materia financiera: la justiciabilidad, la participación y la transparencia. 2.4.1. La obligación inmediata de garantizar el acceso a la Justicia.

La justiciabilidad de las cuestiones que involucran recursos públicos. **2.4.2.** La obligación inmediata de asegurar mecanismos efectivos de participación en materia financiera. **2.4.3.** La obligación inmediata de asegurar la transparencia y el derecho de acceso a la información en materia financiera. **2.4.4.** Síntesis de la obligación de tomar medidas y su impacto en la materia financiera. **3.** El principio de igualdad y la obligación inmediata de no discriminar por medio de las técnicas financieras de los Estados. **3.1.** Enfoque general sobre la igualdad. **3.2.** La igualdad en el PIDESC: su carácter multidimensional. Igualdad formal y sustantiva. Discriminación indirecta. Desigualdades estructurales. Interseccionalidad. **3.3.** Proyecciones respecto de la política fiscal. Del gasto público a la tributación. **4.** La obligación inmediata de asegurar los contenidos mínimos de los derechos con independencia de las restricciones financieras de los Estados. **4.1.** Evolución en la comprensión del contenido mínimo respecto de los recursos disponibles. **4.2.** Caracterización y alcance del contenido mínimo. Visión minimalista y visión basada en la dignidad de la persona. **5.** La obligación de actuar progresivamente para efectivizar los derechos contenidos en el Pacto. **5.1.** La obligación de avanzar hacia la plena efectividad de los derechos. **5.2.** La obligación de utilizar el máximo de los recursos disponibles como tal. **5.2.1.** La asignación suficiente de recursos. Tres enfoques sobre la suficiencia. La obligación de aumentar los gastos públicos. **5.2.2.** La evaluación del cumplimiento de la obligación de asignar el máximo de los recursos disponibles. **5.2.2.1.** Estándares fijados por el Comité DESC. **5.2.2.2.** Criterios complementarios fijados por el Comité DESC: el uso de comparaciones. **5.2.3.** Dilucidación del concepto de recursos disponibles. Tres niveles de análisis. **5.2.4.** Los recursos socialmente disponibles. Del análisis presupuestario a la evaluación de la política fiscal: el tributo socialmente justo. **5.3.** La obligación de no retroceder. **5.3.1.** El enfoque general: la regla y la posibilidad de la excepción. La evaluación de las medidas regresivas. **5.3.2.** Las medidas regresivas en épocas de emergencia económica. **6.** La cláusula de la limitación y los máximos recursos disponibles.

IV. Conclusión: hacia unos Principios sobre la política fiscal de acuerdo con el sistema internacional de los derechos humanos.

I. Introducción

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos se viene desarrollando, ya desde sus orígenes, una extensa reflexión sobre la relación entre el gasto público, la ley de presupuesto y los derechos humanos, que, hoy en día, además, se extiende de forma profunda hacia toda la política fiscal.¹

En los últimos años, se ha producido un notorio incremento de pronunciamientos en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, por parte de diferentes actores del sistema universal, entre ellos: el Comité de Derechos Humanos, el Comité de la CEDAW, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de los Derechos del Niño y los Relatores Especiales y Expertos Independientes de la Organización de las Naciones Unidas, no solo sobre el gasto público y el presupuesto, sino también sobre los diferentes instrumentos jurídicos recaudatorios de los Estados (los tributos y la deuda pública).² En ese mismo camino, se encuentra hoy comprometida, dentro de los sistemas regionales, la Comisión Interamericana de Derechos

Humanos, ante la cual se han producido dos audiencias sobre el tema, y que ha reflexionado sobre la política fiscal en su *Informe sobre pobreza y derechos humanos* de 2017.³ Allí ha destacado que "los principios de derechos humanos constituyen un marco que apunala las funciones clave de la política fiscal y la tributación. En este sentido, desde el enfoque de derechos humanos, resultan particularmente relevantes para la política fiscal los siguientes principios y obligaciones: aseguramiento de los niveles mínimos esenciales; movilización del máximo de recursos disponibles para la realización progresiva de los DESC; realización progresiva y no regresividad de estos derechos; y el principio de igualdad y no discriminación".⁴

Es un hecho incontrovertido que para el cumplimiento de las obligaciones convencionales se hace necesario examinar una de las principales condiciones materiales para la puesta en práctica de los ordenamientos jurídicos estatales, es decir, las disposiciones financieras.⁵

En esta Introducción haré, en primer lugar, una reflexión histórico-comparativa entre el desarrollo de los derechos nacionales por un lado, y el derecho internacional por otro (**parágrafo 1**). Luego, considero pertinente realizar una distinción conceptual que será útil

1. Ver: NOLAN Aoife; O'CONNELL, Rory y HARVEY, Colin (editores), *Human rights and Public Finance. Budget & the promotion of economic and social rights*, Hart Publishing, 2013. Los editores inician su texto destacando que él se ocupa "de uno de los más importantes desafíos de la práctica y del derecho internacional de los derechos humanos: el link entre finanzas públicas, especialmente las decisiones presupuestarias, y la realización (o no) de los derechos económicos y sociales".

2. En este ensayo no nos dedicaremos a la deuda pública, que es objeto de crecientes reflexiones por parte del derecho internacional de los derechos humanos. Ver, entre otros documentos: a) resolución A/RES/69/319 de la Asamblea General de la ONU (2015) que aprueba los *Principios Básicos de los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana*; b) A/HRC/20/23, *Informe del Experto independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos*, sobre todo de los derechos económicos, sociales y culturales, Cephas Lumina; c) ONU, E/C.12/2016/1, Comité DESC. *Declaración sobre deuda pública, medidas de austeridad y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 2016. d) De acuerdo con la Declaración de Quito (Acerca de la exigibilidad y realización de los DESC en América Latina y el Caribe) de 1998, "un compromiso serio con las obligaciones de los Estados respecto de los DESC implica que las obligaciones de pago con los acreedores externos deben subordinarse al deber de promover el pleno acceso y disfrute por sus ciudadanos de estos derechos, de modo tal que los programas de ajuste estructural que se acuerden con los organismos financieros internacionales deben estar subordinados al desarrollo social, y en particular, la erradicación de la pobreza, la generación de empleo pleno y productivo y la promoción de la integración social con una perspectiva de género y de diversidad cultural", párr. 36.

3. Ver *Política fiscal y derechos humanos en las Américas. Movilizar los recursos para garantizar los derechos*. Informe preparado por diferentes organizaciones de la sociedad civil en ocasión de la audiencia temática sobre política fiscal y derechos humanos, 156° período de sesiones de la Comisión IDH, 2015. Ese mismo año se generó la *Declaración de Lima sobre justicia fiscal y derechos humanos*, documento surgido de la reunión "Avanzando la justicia fiscal a través de los derechos humanos", 2015, organizada también por diversas organizaciones de la sociedad civil. Y recientemente: *Políticas fiscales y garantías de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina: Argentina, Brasil, Colombia y Perú*, informe elaborado en ocasión de la Audiencia Temática "Control del gasto público, políticas fiscales y garantías de los DESC en América Latina", 168° período de sesiones de la Comisión IDH, 2018. Comisión IDH, OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147, 2017, *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*". En esa misma línea, ver: Center for Economic and Social Rights, *Revolución fiscal post 2015. Una aproximación desde los derechos humanos. Informe de análisis*, 2014.

4. Comisión IDH, OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147, *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, 2017, párr. 503.

5. Tomamos aquí como sinónimos los adjetivos "fiscal" y "financiero". Así, será indistinta la referencia a la política fiscal o financiera. El uso de estos términos no es homogéneo en las diferentes culturas jurídicas nacionales, donde, en muchas ocasiones, el término "fiscal" solo designa el fenómeno tributario (o, a veces, incluso, el referido a los impuestos). Lo financiero (o fiscal) es el género; lo presupuestario y lo tributario son las especies (y el impuesto a su vez es una categoría específica al interior del ámbito tributario).

para clarificar diferentes discusiones producidas en el derecho internacional sobre la relación entre los derechos y los recursos financieros (**parágrafo 2**). En tercer lugar, expondré una reseña del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y el lugar conceptual que ha tenido la cuestión financiera en dicha historia (**parágrafo 3**). Finalmente presento el esquema general de la exposición (**parágrafo 4**).

1. Paralelismo entre las historias constitucionales nacionales y el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos en materia financiera.

La práctica jurídica de los Estados nacionales ha constitucionalizado de forma progresiva la actividad financiera pública. Dicho proceso histórico de larguísima duración ha tenido dos características fundamentales, que son comunes a los ordenamientos jurídicos occidentales. Primero, ha avanzado en la constitucionalización de los aspectos formales (esencialmente: sujeción a la ley) de la hacienda pública, para luego adentrarse en regulaciones sustantivas, que plasman criterios materiales de justicia. Primer rasgo, entonces, antelación de lo formal sobre lo sustancial. La segunda característica es que la constitucionalización de los tributos ha precedido a la de los gastos públicos. De forma estilizada, la constitucionalización de la hacienda pública ha seguido la siguiente cronología: 1) constitucionalización formal de los tributos; 2) constitucionalización formal de los gastos; 3) constitucionalización sustantiva de los tributos; 4) constitucionalización sustantiva de los gastos públicos. En otros términos: de la legalidad tributaria a la legalidad presupuestaria (historia de los aspectos formales); y del tributo justo al gasto público justo (historia de los aspectos sustanciales). En el horizonte actual de los derechos estatales, late la idea de una Hacienda Pública justa, comprensiva de la totalidad de la actividad financiera pública.⁶

En esa historia, el derecho constitucional tributario (centrado en la figura del contribuyente y sus derechos, en

particular sus derechos de propiedad) se ha conformado con antelación al derecho constitucional presupuestario y de los gastos públicos, que ha desarrollado una regulación jurídica sustantiva con posterioridad, siendo uno de los hitos históricos el dictado de la Constitución española de 1978, con la incorporación de una cláusula que constitucionaliza la equidad en el gasto público (artículo 31.2 CE).⁷ A partir de ese momento, las cláusulas materiales de justicia sobre el gasto público figuran en diferentes constituciones, principalmente latinoamericanas, siendo quizás la más reciente la Constitución de la Ciudad de México (dictada en 2017) que, de forma expresa, postula que "el ejercicio de la hacienda pública se orientará al cumplimiento efectivo de los derechos", sin hacer distinción entre las diferentes técnicas financieras.⁸

Los diferentes aspectos de la historia del derecho constitucional financiero están en el corazón mismo de la historia de los Estados de Derecho. No hay documento jurídico-político central de esa última historia en el que no estén en juego las técnicas financieras, desde la Carta Magna (1215) hasta la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), para señalar dos momentos simbólicos de trascendencia histórica global del constitucionalismo occidental.⁹

En cambio, en el derecho internacional de los derechos humanos (con una historia más reciente y aún de corta duración), el camino recorrido ha sido inverso, pues la reflexión de los órganos de protección recayó en primer lugar en el aspecto presupuestario de la política

7. El referido artículo 31.2. CE dispone que "el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía".

8. Constitución de la Ciudad de México, artículo 5.A.3. dedicado a la Ciudad Garantista.

9. Con respecto en particular al presupuesto público ver: GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio, *Introducción al Derecho Presupuestario. Concepto, evolución histórica y naturaleza jurídica*, Editorial de Derecho Financiero, 1973. Como señalan BOUVIER, Michel; ESCLASSAN, Christine y Lassale, Jean-Pierre, *Finances Publiques*, 4e édition, LGDJ, 1998, "Los parlamentos, principalmente en Gran Bretaña y Francia conquistaron su estatus político a través de la reivindicación y afirmación de prerrogativas financieras". En igual sentido, la doctrina italiana. Ver: RIVOCCHI, Guido, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione Italiana e Vincoli Europei*, Cedam, 2007, quien señala: "[L]a historia de la asamblea electiva se caracteriza esencialmente desde su origen por la reivindicación del control parlamentario sobre el indirizzo político-financiero y, fundamentalmente, sobre el ejercicio del poder de imposición fiscal y sobre la gestión del gasto público", p. 9.

6. Un mayor desarrollo sobre el proceso de constitucionalización de la hacienda pública lo efectué en: CORTI, Horacio, "Los principios comunes del derecho constitucional presupuestario, el gasto público justo y la Teoría General de la Constitución Financiera.", en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, Nº 78, mayo de 2018, pp. 393-421.

financiera y solo de manera reciente se ha comenzado a avanzar hacia el resto de la política fiscal (los tributos y la deuda pública).

En ambos planos (doméstico-constitucional e internacional), se ha llegado también a la conclusión de que la política fiscal debe enfocarse de forma unificada, no solo en sus aspectos políticos y económicos, sino también en el jurídico.

Estos aspectos fueron destacados con claridad por Magdalena Sepúlveda Carmona, en un informe como relatora especial sobre pobreza extrema al señalar que "los ingresos y los gastos son los dos principales instrumentos de la política fiscal. En la política y en la práctica, son complementarios y están interconectados. Ambas funciones son fundamentales para hacer realidad los derechos humanos, y las normas en materia de derechos humanos son aplicables a todos los aspectos de la política fiscal. Puesto que el gasto público ha sido objeto de numerosos análisis desde la perspectiva de los derechos humanos, la Relatora Especial se centrará en el aspecto recaudatorio de la política fiscal, en particular la tributación. Aunque los ingresos no tributarios también son importantes para la mayoría de los Estados, la tributación es la principal fuente generación de recursos públicos, además de ser también la fuente más sostenible y previsible de financiación para la provisión de bienes y servicios públicos".¹⁰

Esta opinión es concordante en la doctrina internacional. Así, podemos ver lo expuesto por Saul, Kinley y Mowbray en su comentario del artículo 2.1. PIDESC, cuando resaltan que "la política fiscal de un gobierno—esto es, cómo recauda y gasta los ingresos—es crítica. La pregunta sobre los recursos disponibles involucra necesariamente ambos lados de la ecuación fiscal. Considerando que se ha prestado una especial atención al área de los gastos—en dirección a cuánto se gasta y en qué se gasta—también ha habido, en los últimos tiempos, un incremento de atención al área del aumento de los ingresos. Sin perjuicio del endeudamiento y de la obtención de fondos a través de la asistencia internacional y la cooperación, la tributación constituye una fuente vital de ingresos. En este sentido, el diseño y la estructura del marco tributario de un Estado, así como su capacidad

para implementar y hacer cumplir el sistema regulatorio que emana de él, son cuestiones de fundamental importancia".¹¹

Ahora bien, la reflexión financiera realizada desde el derecho internacional se ha profundizado a tal punto que hoy en día se encuentra en desarrollo un enfoque del presupuesto público (y la política fiscal en general) basado en los derechos humanos (*human rights budgeting*).¹²

Aquí confluye, de forma estratégica, el proceso de constitucionalización sustantiva de la hacienda pública característico de los ámbitos nacionales con la práctica del derecho internacional de los derechos humanos

11. Y continúan: "Por lo tanto... los obstáculos y problemas tributarios de los Estados para aumentar los máximos recursos disponibles incluyen: el grado de imposición regresiva, la forma y la naturaleza de los incentivos fiscales; la debilidad de las autoridades fiscales; el grado de evasión fiscal; y el tamaño del sector informal (es decir, sin impuestos)". SAUL, Ben; KINLEY, David y MOWBRAY, Jacqueline, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford University Press, 2016, pp. 143-144.

12. Ver: O'CONNELL, Rory; NOLAN, Aoife; HARVEY, Colin; DUTSCHKE, Mira y ROONEY, Eoin, *Applying an International Human Rights Framework to State Budget Allocations: Rights and Resources*, Routledge, 2014. Allí los autores hacen un relevamiento de los principales proyectos que desarrollan este enfoque, entre ellos, DIOKNO, Maria, *A Rights-Based Approach towards Budgets Analysis*, trabajo comisionado por International Human Rights Internship Program, 1999; New York City, Welfare Reform and Human Rights Documentation Project, *Hunger is no accident. New York and Federal Welfare Policies Violate the Human Right to Food*, 2000; SCHULTZ, Jim, *Promises to Keep: using public budgets as a tool to advance economic, social and cultural rights*. (Reflections and strategies based on a three-day dialogue between international human rights and budget activists, convened by the Mexico City office of the Ford Foundation and FUNDAR-Center for Analysis and Research, en Cuernavaca, México), 2002; CASSIEM, Shaamela y STREAK, Judith, *Budgeting for Child Socio-economic Rights: Government Obligations and the Child's Right to Social Security and Education*, Idasa, 2002; STREAK, Judith, *Monitoring Government Budgets to Advance Child Rights: a Guide for NGOs*, IDASA, 2003; HOFBAUER, Helena; BLYBERG, Ann y KRAFCHIK, Warren, *Dignity Counts. A guide to using budget analysis to advance human rights*, Fundar, International Budget Project e International Human Rights Internship Program, 2004; ELSON, Diane, *Budgeting for Women's Rights: Monitoring Government Budgets for Compliance with Cedaw*, Unifem, 2006; BLYBERG, Ann y CASSIEM, Shaamela, *Reading the books: Governments' budgets and the right to education*, Institute of International Education e International Budget Partnership, 2010; BLYBERG, Ann y MISCHLER, Frank, *Presupuestar para promover el derecho a la alimentación. "Del plato a la boca..."*, FAO 2014. Ver también: QUB Budget Analysis Project. *Budgeting for Economic and Social Rights: A Human Rights Framework*, 2010 QUB School of Law, Belfast. Unicef, *Investing in children and adolescents: arguments and approaches for advocacy*, 2005. BLYBERG, Ann y HOFBAUER, Helena, *Article 2 & Governments' Budgets*, 2014. BLYBERG, Ann, "El caso de la asignación incorrecta: derechos económicos y sociales y el trabajo presupuestario", en *Revista Sur*, Vol. 6, Nº. 11, 2009, p. 135. RAMKUMAR, Vivek, *Our money, our responsibility. A Citizens' Guide to Monitoring Government Expenditures*, International Budget Project, 2008.

10. Ver: SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena, "Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos", ONU, A/ HRC/26/28, 22 de mayo de 2014, párr. 2.

proyectada sobre la policía fiscal. La confluencia y el diálogo entre ambos procesos están en el corazón del reconocimiento de la importancia actual de la Constitución Financiera, sobre la base de una Teoría General de la Constitución Financiera, estadio actual de desarrollo intelectual de la doctrina financiera y tributaria.¹³

2. La distinción conceptual entre independencia causal e independencia jurídica de los derechos respecto de los recursos.

Considero que es preciso hacer una distinción conceptual, que nos será útil para toda la reconstrucción doctrinaria que emprenderemos aquí. Se trata de la distinción entre lo que llamaré la *independencia causal* y la *independencia jurídica* de los derechos respecto de los recursos. Esta distinción permitirá exponer de mejor manera una serie de discusiones producidas en el derecho internacional de los derechos humanos que, como veremos, tienen a la cuestión presupuestaria en su centro, así la diferenciación de los derechos en diferentes categorías. El objetivo es echar luz a cuestiones que distan de ser claras.

13. El desarrollo progresivo de esta visión (la Teoría General de la Constitución Financiera) está plasmado en dos libros. Primero y de forma exploratoria en *Derecho Financiero*, 1997. Luego, con mayor sistematicidad, en *Derecho Constitucional Presupuestario*, 2007. Con posterioridad, la profundización de estas investigaciones la plasmé en una serie de ensayos. Entre ellos: a) "Ley de Presupuesto y Derechos Fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico-financiero", en CORTI, Horacio (dirección), *El Derecho Constitucional Presupuestario en el Derecho Comparado*, 2010; b) "Nuevos horizontes constitucionales del derecho presupuestario en el mundo global", en ALBÁN ZAMBONINO, Marco; DE LA GUERRA ZÚÑIGA, Eddy y GALÁN MELO, Gabriel (editores), *Derecho Financiero y Derecho Tributario: ensayos en honor del profesor José Vicente Troya Jaramillo*, Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario, 2017; c) "Plurales procesos históricos y un problema global: ley de presupuesto y derechos humanos", en *Derechos humanos y restricciones financieras*, en *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Año 7, Nº 11, 2017, disponible en: <https://www.mpdefensa.gob.ar/sites/default/files/revistanro.11.pdf>; d) "Fundamental Rights and Financial Constraints: Four aspects of the budgetary issue", en *Revista Ragion Pratica*, Nº 49, pp. 351-374, Ed. Il Mulino, 2017; e) voz "Constitución Financiera", incluida en el *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*, nueva edición coordinada por ÁLVAREZ LEDESMA, Mario y CIPPITANI, Roberto (en prensa); y g) en el ya citado "Los principios comunes del derecho constitucional presupuestario, el gasto público justo y la Teoría General de la Constitución Financiera", en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, Nº 78, mayo de 2018, pp. 393-421.

La distinción es sencilla (pero no siempre advertida). Un derecho tiene *independencia causal* respecto de los recursos si él puede ejercerse sin necesidad de que el Estado asigne recursos para asegurar su ejercicio. Complementariamente, un derecho tiene *dependencia causal* si resulta necesario que el Estado asigne recursos para asegurar su ejercicio.

La dependencia causal, a su vez, puede verse desde una perspectiva ideal o efectiva. La perspectiva ideal incluye un aspecto conceptual, es decir, determinar la definición del contenido (el alcance normativo) del derecho: la especificación de qué conductas y situaciones idealmente se protegen. Hecho esto, puede indagarse cuántos recursos serían por hipótesis necesarios para garantizar ese contenido ideal del derecho. La perspectiva efectiva, en cambio, implica indagar cuál es el contenido que en los hechos es protegido por el derecho positivo. Es el alcance normativo efectivo del derecho, más allá de cuál consideremos que sea su contenido ideal. Y dado ese contenido efectivamente protegido, se puede determinar, también de forma empírica, cuántos recursos efectivamente se asignan a dicha tarea de protección.

Es decir, dada la dependencia causal puede indagarse a) cuáles son los contenidos ideales del derecho, así como los recursos que se requerirían, y b) cuáles son los contenidos efectivos del derecho, así como los recursos que, en los hechos, un Estado destina a ese fin.

Un derecho, por otra parte, tiene *independencia jurídica* respecto de los recursos si es inmune a las argumentaciones financieras del Estado. Y, paralelamente, un derecho tiene *dependencia jurídica* respecto de los recursos si su ejercicio está, de alguna forma, jurídicamente condicionado a la disponibilidad de recursos estatales.

Dadas estas distinciones, podemos preguntarnos si existen derechos causalmente independientes, pues da la impresión, *prima facie*, de que todo derecho requiere de alguna estructura estatal, aún mínima, y ella debe financiarse. Si fuera así, todo derecho tendría algún grado de costo.

Un candidato para ese rol (independencia causal) podría ser la libertad religiosa. Un sujeto puede practicar su religión por sí mismo. Sin embargo, requiere de la protección del Estado para que otros no impidan ese ejercicio. Y, además, de algún tipo de garantía para repeler o hacer cesar los impedimentos que pueda hacer el propio

Estado. Por ejemplo, garantías judiciales. Ambos requerimientos son costosos: un sistema de seguridad frente a la violencia de los otros, y un sistema judicial al que acudir frente a la violencia del propio Estado. Podemos añadir: cuantas más garantías procesales se otorguen, probablemente, más costoso será el sistema judicial.¹⁴

La misma situación se presenta con los demás derechos, sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales. La primera conclusión para sacar es que la categoría de derechos causalmente independientes parece ser un casillero vacío. La segunda, es que podríamos clasificar los derechos de acuerdo con su *grado* de dependencia causal. Y esta clasificación no parece tampoco coincidir con la diferenciación entre derechos civiles y políticos, por un lado, y sociales, por otro. En todo caso, es una cuestión empírica verificar, en cada Estado, cuántos recursos se asignan a cada derecho para garantizar su ejercicio, para luego ordenarlos en función de su costo.

Otra forma de expresar la misma situación consiste en reconocer que todos los derechos implican algún tipo de obligación estatal positiva correlativa (es decir, donde el contenido consiste en dar o hacer algo). Obligación positiva que supone, a su vez, algún nivel de asignación de recursos financieros.¹⁵

O de acuerdo con otra fórmula adicional: hay una conexión entre derechos, instituciones estatales y

financiamiento. Como señala Paul Hunt en un informe sobre el derecho a la salud, "cada vez se tiene una idea más clara de que un sistema de salud eficaz es una institución social básica, no menos importante que un sistema judicial o un sistema político. El derecho a un juicio imparcial sostiene un buen sistema judicial. El derecho de voto sostiene un sistema político democrático. Y el derecho a la salud sostiene el llamamiento por un sistema de salud eficaz accesible para todos".¹⁶

Si esto es así, no es la dependencia causal respecto de los recursos un parámetro racional para distinguir derechos en dos pactos. Por el contrario, dado que todos los derechos son causalmente dependientes de recursos financieros (y las diferencias son entonces de grado), todos los derechos podrían estar regulados jurídicamente en un mismo instrumento internacional (y ser objeto de los mismos estándares y garantías).

En otros términos: no hay derechos que de acuerdo con su naturaleza (esto es: su contenido normativo) sean causalmente independientes de los recursos.

Diferente es la cuestión de la referida existencia de grados, esto es, de la necesidad de una mayor o menor financiación, pero ¿resulta racional basarse en dicha distinción para construir una clasificación de los derechos? No lo creemos. Pero no puede suponerse de antemano que la clasificación a la que se arrije (midiendo el peso relativo de las cargas fiscales) coincida con la tradicional que se ha plasmado en los pactos.

Veamos ahora la independencia jurídica. Aquí, efectuar una distinción entre derechos dependientes e independientes es una decisión exclusiva del legislador, en el caso internacional. Que la protección de un derecho dependa jurídicamente de "los recursos de cada Estado" (según la letra de la Declaración Universal) es una decisión política de aquel que redacta el documento.

Dado que todos los derechos son causalmente dependientes de los recursos (conexión necesaria), es una decisión discrecional del legislador otorgarle algún tipo de efecto normativo a esa circunstancia fáctica (conexión contingente).

14. Este enfoque es también desarrollado por Craven en su relato crítico sobre la historia de la separación de ambas categorías de derechos, al sostener: "[P]odría ser errónea la sugerencia de que los derechos civiles y políticos son enteramente negativos o libres de costo (*free of cost*). El derecho a un juicio justo, por ejemplo, asume la existencia y el mantenimiento del sistema judicial. De forma similar, la protección de los derechos civiles y políticos al nivel interindividual necesita de la operación de las fuerzas policiales y del sistema penal". Según su léxico, la diferencia es una cuestión de énfasis. Ver: CRAVEN, Matthew, *The international covenant on Economic, Social, and Cultural rights*, Oxford, 1995, p. 15. En igual sentido, ALSTON, Philip y GODDMAN, Ryan, *International Human Rights, the successor to International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*, Oxford, 2013, p. 317, quienes también remiten, en la misma línea argumental, a ROTH, Kenneth, "Defending Economic, Social and Cultural Rights: Practical Issues Faced by an International Human Rights Organization", 26 *Human Rights Quarterly* 63, 2004, p. 65.

15. Para una reflexión doctrinaria general ver: Holmes, Stephen y SUNSTEIN, Cass, *The cost of rights*, 2000. Sobre las obligaciones positivas en el subsistema europeo, ver COLOMBINE, Madelaine, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, 2014. A este mismo resultado conducen las diferentes doctrinas elaboradas en el derecho internacional para clasificar las obligaciones correlativas a los derechos, así la estandarizada de respetar, proteger y cumplir.

16. HUNT, Paul, "Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", ONU, E/CN.4/2006/48, 2006, párr. 20.

Estas distinciones ponen de manifiesto la compleja interacción existente entre tres dimensiones de los ordenamientos jurídicos: los derechos, las instituciones estatales y la dimensión financiera. Aquí se revela la importancia de lo que hemos denominado la "tesis de la conexión", pues no se pueden estudiar los derechos (humanos, fundamentales o constitucionales) sin referirse simultáneamente a instituciones estatales (órganos públicos) y formas de financiamiento.

Paralelamente, también permiten deslindar con claridad los ámbitos de las causas y de las razones jurídicas.

3. La cuestión financiera en la génesis histórica del derecho internacional de los derechos humanos.

3.1. De la Declaración Universal a la separación en dos Pactos.

En este párrafo intentaré dilucidar qué aspectos concretos ha generado la reflexión financiera en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.

Consideremos algunos antecedentes históricos. Casi desde los primeros documentos que han conformado el derecho internacional de los derechos humanos ya hay alguna referencia a los aspectos financieros de las políticas estatales.

Digamos, ante todo, que en la Carta de las Naciones Unidas, si bien el vocabulario de los derechos humanos está presente, ellos tienen un lugar modesto.¹⁷ De hecho, la propuesta del representante panameño de incluir una declaración de derechos fue rechazada. La cuestión se difirió para el futuro. El documento será formulado en 1948, aunque con carácter jurídicamente no vinculante: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (de

ahí que esos derechos, al momento de su postulación, no sean, en rigor, derechos subjetivos).¹⁸

Para nuestros fines, cabe destacar que la Declaración contiene derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Ella recepta de forma amplia los diferentes derechos que fueron consagrados en los ámbitos constitucionales nacionales, tanto los contenidos en las declaraciones clásicas, como los característicos del constitucionalismo social. En aquella coyuntura política, existía un consenso sobre la legitimidad del Estado de Bienestar (en tanto presupuesto institucional de la pluralidad de los derechos reconocidos), acuerdo que entró en crisis en los años setenta del siglo pasado.¹⁹ Esta conjunción amplia de derechos se revela en el propio preámbulo cuando expresa que "*la aspiración más elevada del hombre*" es "*el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias*". Quizás el concepto que sintetice esa confluencia es el de dignidad humana, una idea que no figuraba, al menos de forma expresa, en las declaraciones de derechos clásicas, pero que devendrá un lugar común del derecho constitucional comparado de posguerra (así, por ejemplo, en la Constitución italiana de 1948, art. 3º, o en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, art. 1º) y del derecho internacional de los derechos humanos, ya desde la Carta de la ONU.²⁰ De acuerdo con el artículo 1º de la Declaración

17. Las referencias se encuentran en los artículos 1º, inciso 3º, 13 inciso b) y 55 inciso c) de la Carta. Sobre el efectivo lugar político que ocuparon los derechos humanos en el proceso de creación de las Naciones Unidas, ver el sugestivo y polémico texto de MOYN, Samuel, *La última utopía. Los derechos humanos en la historia*, 2015. Una visión crítica y complementaria puede verse también en el texto de CLAVERO, Bartolomé, *Europa y su diáspora: Debates sobre colonialismo y derecho*. Ediciones Olejnik, 2016.

18. Hoy en día se considera que forman parte del derecho internacional, ya como principios generales, ya como parte de la costumbre. Ver: Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South-West Africa) Notwithstanding Security Council, Resolution 276, 1970, ICJ Reports 1971, opinión separada del juez Ammoun, vicepresidente de la Corte Internacional de Justicia, en la p. 76.

19. Ver: MOYN, Samuel, *Not enough: Human Rights in an Unequal World*, Harvard, Cambridge, 2018, p. 13.

20. Ver: HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie y ROMAN, Diane, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, 2017, en particular p. 98, "Droits de l'Homme et dignité de la personne humaine: éléments d'une filiation conceptuelle". En el derecho francés, Consejo Constitucional, decisión 94-343-344 DC, *Lois Bioéthique*, de 1994. En el derecho europeo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, C. Goodwin c. RU, Nº 28957/95 de 2002. HABERMAS, Jürgen, "El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos", en *La constitución de Europa*, Trotta, 2012, (donde considera que se trata de un concepto implícito en el constitucionalismo clásico). CAROZZA, Paolo G., "Human Dignity", chapter 14, *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2013. La literatura sobre el concepto de dignidad es abundante y creciente, tanto en su faz filosófica-política como jurídica. Ver, entre otros textos recientes, MC CRUDEN,

Universal, "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". Aquí ya hay claros indicios de la doctrina que postula el carácter indivisible e interdependiente de todos los derechos, visión que será por un tiempo relegada, pero que luego (y hasta el día de hoy) tendrá una mejor fortuna en la práctica internacional (emergencia en la inmediata posguerra; eclipse, durante el período de elaboración de los pactos; renacimiento y auge a partir de los años setenta).

Sin embargo, el texto de la Declaración Universal incluye algunos matices, en los que justamente incide la cuestión financiera. Luego de enumerar derechos civiles y políticos (hasta el artículo 21), la Declaración pasa a referir derechos sociales. El matiz lo encontramos de entrada en el primer artículo que consagra estos derechos, según el cual "toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad" (artículo 22).²¹

Se ve el factor en juego: la vinculación de los derechos sociales con los recursos que dispone cada Estado. Son derechos indispensables para garantizar la dignidad; no obstante, esa dignidad parece estar en algún sentido condicionada a los recursos disponibles. Y el factor financiero jugó en el posterior proceso para concretizar en términos jurídicos la Declaración Universal. En vez de avanzarse hacia un texto único, las visiones políticas dominantes llevaron a elaborar dos pactos diferentes.²² Así, en 1952, mediante la Resolución de la

Separación, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas comenzó a elaborar dos convenciones internacionales que recién fueron adoptadas simultáneamente en 1966.²³ Finalmente, en 1976 entraron en vigor ambos tratados: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).²⁴

Uno de los aspectos que jugaron a favor de la distinción conceptual entre ambas categorías de derechos, lo que a su vez condujo a la separación en dos tratados, es, como ya sugerimos, la cuestión financiera. Según el relato de Olivier de Schutter, se identificaban en esos debates tres diferencias entre ambas categorías de derechos. En lo relativo a su implementación, los civiles y políticos se consideraban inmediatamente aplicables, mientras que los sociales requieren la intermediación de la legislación. Digamos que latía aquí la distinción entre normas operativas y programáticas. Distinción conceptual que, a su vez, tiene efectos en la justiciabilidad. En segundo lugar, se pensaba un mecanismo más exigente de monitoreo para los derechos civiles y políticos: un comité de expertos. Se aprecia que estas dos diferencias son contingentes, pues, en términos jurídicos, nada impide considerar que todos los derechos implican normas operativas y que, por ende, resultan de aplicación inmediata y plenamente justiciables. En

University Press, 2002, "The drafting of the Covenant": "Luego de un largo y fuerte debate, la Asamblea General declaró, entre otras cosas que el disfrute de las libertades civiles y políticas y de los derechos económicos, sociales y culturales están interconectados y son interdependientes", p. 18.

23. ONU, A/RES/543 (VI), Asamblea General, "Resolución sobre la preparación de dos proyectos de Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos", 5 de febrero de 1952.

24. Hay una serie de pactos complementarios, que conforman el corazón del derecho internacional de los derechos humanos. Por orden cronológico: i) la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial del 21 de diciembre de 1965; ii) la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer del 18 de diciembre de 1979; iii) la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes del 10 de diciembre de 1984; iv) la Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989; v) la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares del 18 de diciembre de 1990; vi) la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; vii) la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del 13 de diciembre de 2006. viii) Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, del 15 de junio de 2015.

Christopher (editor), *Understanding Human Dignity*, Oxford University Press, 2013. WALDRON, Jeremy, *Dignity, Rank, & Rights*. Oxford University Press, 2015. SANGIOVANNI, Andrea, *Humanity without dignity*, Harvard University Press, 2017.

21. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre paralelamente afirmaba, en su artículo XI, que "toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad".

22. En 1950 aún primaba en la Asamblea la idea de interdependencia. Ver las referencias en el relato de CRAVEN, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, New York, Oxford

todo caso, habrá que redactar los derechos de tal forma que esa aplicabilidad inmediata sea posible. Y, claro está, tampoco nada impedía establecer un único mecanismo de monitoreo. Esto indica que, al menos hasta aquí, lo que hay es una visión política subyacente, según la cual los derechos civiles y políticos tienen un mayor valor (y merecen una mayor protección) que los derechos sociales. Y que por esa razón merecen regulaciones jurídicas diferenciadas. Como si la faz de la dignidad humana protegida por los derechos sociales fuese menos valiosa que la protegida por los derechos civiles y políticos.

Pasemos ahora al tercer argumento en juego: la razón presupuestaria. Olivier de Schutter señala, al relatar la historia que condujo a la suscripción de dos pactos, que los derechos sociales "requieren compromisos presupuestarios y, por lo tanto, su implementación depende de los recursos disponibles por cada Estado y de la cooperación internacional".²⁵

¿Cómo reconstruir el proceso que condujo a la suscripción de dos pactos poniendo el foco en la perspectiva financiera? Dadas nuestras distinciones, podemos suponer dos situaciones verosímiles. Por un lado, como señala Matthew Craven, el juego de la creencia errónea de que derechos civiles y políticos son causalmente independientes (a diferencia de los sociales que serían los únicos causalmente dependientes de recursos). Por otro, la visión política que les otorga una mayor jerarquía valorativa a los derechos civiles y políticos por sobre los sociales. No juega una diferencia de naturaleza jurídica, sino de naturaleza política. De ahí, luego, la decisión legislativa de expresar a los derechos civiles y políticos en normas operativas, inmediatamente aplicables, con plena justiciabilidad; de establecer un sistema cuasi judicial de monitoreo, y, finalmente, de asumirlos como jurídicamente independientes de los recursos disponibles. Y, en cambio, de legislar con una menor protección a los derechos sociales, dado (en razón de) ese menor valor político que se le asigna.

Efectivamente esta diferencia se plasmó en los pactos. Solo en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos se estableció un mecanismo de monitoreo cuasi judicial y quedó en claro su aplicación inmediata y plena

justiciabilidad. Y la cuestión presupuestaria se plasmó con claridad en la diferente redacción de los respectivos artículos segundos de ambos pactos. Recordemos los textos. De acuerdo con el artículo 2.2 del PIDCP "cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter". No hay aquí ninguna referencia a los recursos disponibles. Comparemos con la cláusula homóloga del PIDESC, su artículo 2.1., según el cual "cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".²⁶

Aquí está presente la referencia al "máximo de los recursos disponibles", que ha sido uno de los acicates de la reflexión sobre la política fiscal. Veremos más adelante los debates a su respecto. Quisiera antes continuar

26. Y de forma concordante las cláusulas análogas de otras convenciones internacionales de derechos humanos. Ver, por ejemplo, el artículo 4º de la Convención de los Derechos del Niño: "[L]os Estados Parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas, y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional". El art. 26 de la Declaración americana, por su parte, dispone que "los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados", mientras que el Protocolo de San Salvador establece, en su art. 1º, que "los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo".

25. DE SCHUTTER, Olivier, *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary*, Cambridge University Press, 2010, p. 18.

aquí con esta brevísima reseña histórica-conceptual de los dos pactos, a fin de explicitar algunos aspectos del contexto en el que se generó la abundante reflexión financiera en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.

Queda clara la diferencia textual entre ambos pactos, que su núcleo pasa por la cuestión financiera y que revela, en definitiva, una visión política subyacente de menor valorización de los derechos sociales.

3.2. La práctica internacional posterior a la aprobación de los dos Pactos.

Pero la historia posterior del derecho internacional de los derechos humanos transcurrirá por carriles políticamente diferentes, al menos en su línea principal, con respecto a este enfoque que es el que dio lugar a la dualidad de pactos.

En primer lugar, por decisiones de la comunidad internacional. Ante todo se creó un órgano de monitoreo con expertos, el Comité DESC.²⁷ Luego, se aprobó un protocolo opcional sobre reclamaciones individuales y colectivas.²⁸ De esta forma, ambos pactos han concluido por tener mecanismos de monitoreo semejantes.

En segundo lugar, diversos documentos internacionales tendieron a diluir las diferencias entre los derechos. En ellos subyace una visión política menos restrictiva que la que jugó en el proceso que llevó a la separación, donde todos los derechos tienen una importancia semejante como garantizadores de la dignidad de la persona. Una vía para expresar este enfoque consiste en desarrollar la idea, que vimos ya estaba presente en la Declaración Universal, pero que luego se eclipsó, de que los derechos humanos son interdependientes e indivisibles, expresión que ha devenido corriente en diversos textos internacionales.²⁹ De acuerdo con estas

propiedades conceptuales, todos los derechos, en diferente grado, dependen de los restantes para su realización (interdependencia) y se encuentran en un mismo grado de jerarquía, sin divisiones rígidas entre ellos (indivisibilidad).

En tercer lugar, hay que mencionar la labor interpretativa de los Comités (del Comité DESC, pero también, por ejemplo, del Comité de los Derechos del Niño o del Comité CEDAW), en diálogo con otros órganos judiciales y cuasi judiciales del sistema internacional, pero también con expertos, que tiene un carácter dinámico y expansivo.

Es un lugar común de los diferentes órganos de protección afirmar que hacen una interpretación dinámica, extensiva, acorde con los fines o propósitos del pacto; que les corresponde hacer una interpretación evolutiva, de acuerdo con el desarrollo que va teniendo el sistema internacional, tanto en su faz universal como regional, de ahí la habitual apelación a decisiones de otros órganos; o que, en definitiva, y en una fórmula que resume lo anterior, los pactos son documentos vivientes.³⁰

1977; *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo*, Resolución 41/128 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 4 de diciembre de 1986; *Declaración y programa de acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena*, 14 a 25 de junio de 1993, párr. 5; A/Res/60/1 Resolución 60/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, octubre de 2005, párr. 13. Preámbulo del *Protocolo de San Salvador*. También estas propiedades serán destacadas por las reuniones de expertos y los documentos resultantes. Ver: Principio General 1.5 de los *Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*; principio A.3 de los *Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*; *Declaración de Quito*, párr.14. Ver también: UN Doc E/CN.4/Sub.2/1992/16. *Realización de los DESC. Informe definitivo* presentado por el Sr. Danilo Türk, Relator Especial. Y hoy son un lugar común de la doctrina dedicada a los derechos humanos. Ver, por ejemplo, entre muchos otros: HENNEBEL, Ludovic y TRIGOUJJA, Helene, *Traité de droit international des Droits de l'homme*, Pedone, 2016, parágrafo 39, p. 71, quienes se refieren a la existencia de una serie de principios de coherencia del sistema: la universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad. VAN BOVEN, Theo, "Categories of Rights", en MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta y SIVAKUMARAN, Sandesh, *International Human Rights Law*, Oxford, 2014, p. 140.

27. El Comité DESC fue creado por una decisión del Ecosoc (1985/17), en mayo de 1985 y comenzó a sesionar en 1987.

28. El Protocolo fue adoptado por la Asamblea General en diciembre de 2008, en el 60º aniversario de la Declaración Universal y entró en vigor, en 2013, luego de su décima ratificación.

29. ONU, *Proclamación de Teherán*, aprobada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Teherán, 13 de mayo de 1968, párr. 13; *Distintos criterios y medios posibles dentro del sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Resolución 32/130, Asamblea General,

30. Ver: RIEDL, Eibe; GIACCAY, Gilles y GOLAY, Christophe, *Economic, Social and Cultural Rights in International Law: Contemporary Issues and Challenges*, 2016, p. 17, donde destacan que los tratados de derechos humanos son "living instruments", sujetos a una interpretación dinámica. Ver, entre otros: Comité Europeo de Derechos Sociales, *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme c. Francia*, nº 14/2003, de 2004, en cuyo párr. 27 se afirma que la Carta Social Europea "es un instrumento viviente, consagrado a ciertos valores que la inspiran: la dignidad, la autonomía, la igualdad y la solidaridad".

La autonomía relativa del derecho internacional de los derechos humanos respecto del derecho internacional (basada, fundamentalmente, en tratados de nuevo tipo que les reconocen derechos a las personas sujetas a los Estados, no asimilables a los clásicos tratados que establecen obligaciones estatales recíprocas) conduce también a que se ejerza una singular forma de interpretación, expansiva y dinámica.³¹

Tal como señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos "ha avanzado mucho mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección", y agrega: "[L]os tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales".³²

Ahora bien, esa interpretación de los diferentes tratados se ha desarrollado con la pretensión de diluir al máximo posible la diferencia entre ambas categorías de derechos.³³ Con matices, sin duda, de acuerdo con cada

sistema de protección, pero la línea general es esa. Tal es el camino que han recorrido los diferentes órganos judiciales o cuasi judiciales (comités, cortes, comisiones). Y en esa historia, como veremos a continuación, ocupa un lugar notorio la interpretación sobre los recursos disponibles y, de forma más general, la política fiscal.

Cabe añadir, por último, que en el mismo sentido se ha desarrollado la opinión de los expertos, que tienen un lugar significativo en la práctica del derecho internacional, en diálogo con los órganos de aplicación.³⁴

Así, para dar un ejemplo, la clasificación doctrinaria, aplicable a todos los derechos, de las obligaciones de los Estados en términos de asegurar, proteger y cumplir, que viene a controvertir la distinción clásica entre obligaciones negativas (propias de los derechos civiles y políticos) y positivas (características de los derechos sociales), ha sido asumida por los órganos de aplicación y aplicada en sus diferentes documentos.³⁵

31. Sobre la singularidad de los tratados de derechos humanos, ver: Corte IDH, OC 1/1982, "Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte" y Corte IDH OC 2/1982 "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención", con remisión a lo dicho por la Comisión Europea de Derechos Humanos. Esta forma de interpretación, que se asemeja a la interpretación constitucional de los ámbitos domésticos, es también una de las razones que justifican decir que estamos ante un proceso de "constitucionalización" del derecho internacional. Claro, a ello hay que agregar que ambos niveles (constitucional e internacional) regulan una misma cuestión: los derechos que se les reconocen a las personas frente a los Estados. Ver: QAZBIR, Hanan, *L'internationalisation du droit constitutionnel*, Dalloz, 2015. Me referí sucintamente a esta cuestión al explicitar las transformaciones jurídicas contemporáneas que permiten pensar el derecho a la ciudad desde la óptica del derecho internacional de los derechos humanos, en "Del derecho a la vivienda al derecho a la ciudad: una perspectiva jurídica sobre el urbanismo en la Ciudad de Buenos Aires", en BORJA, Jordi y CORTI, Horacio, *Derecho a la ciudad: conquista política y renovación jurídica*, Editorial Jusbares, 2008, p. 97.

32. Ver: Corte IDH, "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", Opinión Consultiva OC-16/99 del 1º de octubre de 1999. En diversas decisiones, la Corte IDH ha efectuado reflexiones sobre cómo interpretar la Convención. Ver también, por ejemplo, OC 5/1985, "La colegiación obligatoria de periodistas", donde sostuvo que las normas de un tratado regional deben interpretarse a la luz de la doctrina y de las disposiciones a) de otros tratados que versen sobre la misma materia, y b) de los instrumentos de carácter universal.

33. Una síntesis elocuente de este desarrollo puede verse en la Declaración conjunta del Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, CCPR/C/2016/-/E/C.12/2016/3, *Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos: 50 años más tarde*, 2016, donde se destaca: "[L]a situación de los derechos económicos,

sociales y culturales se ha equiparado gradualmente a la de los derechos civiles y políticos, como se reafirmó con la aprobación el 10 de diciembre de 2008 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que estableció el procedimiento de comunicación, inexistente hasta entonces". Y luego se sacan las consecuencias, al afirmarse, de forma general, "que todos los derechos requieren recursos legales, de lo contrario no son más que papel mojado. Todos los derechos deben garantizarse, sin discriminación, formalmente o de facto. Todos los derechos imponen obligaciones inmediatas a los Estados, aunque la aplicación plena de algunos elementos puede llevar tiempo. Todos los derechos se sostienen mutuamente, los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales se fortalecen entre sí; por ejemplo, los derechos a la alimentación o la vivienda no pueden protegerse plenamente en ausencia de los derechos a la libertad de expresión o de asociación, o cuando no existe ningún recurso para reivindicar tales derechos". Ver párr. 6 y párr. 8.

34. Los expertos tienen un lugar destacado en el derecho internacional. Frente a la estricta separación, característica del derecho moderno, entre fuentes formales de creación del derecho (monopolizadas por los Estados) y la doctrina que se refiere a ese derecho puesto (diferencia que ha permitido la construcción de teorías generales basadas en la distinción entre lenguaje objeto y metalenguaje), el derecho internacional parece tender hacia una gradación entre ambos polos. Hay expertos internacionales que emiten documentos (muchas veces calificados de "Principios"), que luego son adoptados por las Naciones Unidas; pero también expertos en materias específicas designados por las propias Naciones Unidas, que emiten informes. En dicho escenario juega el concepto de *soft law*, que también tiende a replantear las visiones clásicas sobre las fuentes de creación jurídica.

35. SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena, *The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, intersentia, Utrecht, 2003 (donde se explicitan y analizan las diferentes teorías generadas al respecto por la doctrina).

Ciertamente, esta tendencia, que es la mayoritaria en el derecho internacional de los derechos humanos, no significa que haya desaparecido la visión política que sustentó, en su momento, la separación en dos pactos. Esa visión política no solo existe, sino que tiene una fuerte incidencia en el derecho contemporáneo. Digamos que sigue viva la idea de la separación y, por ende, la crítica (expresa o implícita) a la idea de indivisibilidad e interdependencia. El punto ha sido puesto de relieve con claridad por Jürgen Habermas, al señalar que *"una política como la que ha predominado en décadas recientes, no sólo en Estados Unidos y Gran Bretaña, sino también en el continente europeo, e incluso en todo el mundo —a saber, una política que pretende asegurar una vida autónoma a los ciudadanos primordialmente a través de la garantía de las libertades económicas— destruye el equilibrio entre las diferentes categorías de derechos fundamentales"*.³⁶

Como vemos, hay aquí un fuerte debate político que perdura bajo renovadas formas y que indudablemente transmite tensiones a los ordenamientos jurídicos.³⁷

36. HABERMAS, Jürgen, *La constitución de Europa*, texto ya citado, p. 20.

37. Esta tensión juega también en el derecho internacional, caracterizado por la fragmentación (ver el informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional elaborado por Martti Koskenniemi, "Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional", A/CN.4/L.682). Así lo muestra el desarrollo, paralelo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Económico. Los tratados de protección recíproca de inversiones, los tratados de libre comercio, la solución de controversias a través de órganos arbitrales como el Ciadi, la desregulación de los mercados financieros, el endeudamiento de los Estados periféricos y las políticas de reformas estructurales que son el eje de las condicionalidades de los planes del Fondo Monetario Internacional son algunos aspectos de esta área del derecho internacional. Ambos ordenamientos jurídicos, sin embargo, van teniendo diversos y polémicos puntos de contacto. Así, la tendencia a concretizar las obligaciones de las empresas transnacionales en términos de derechos humanos; la colisión entre los derechos de los pueblos indígenas y los derechos de los inversores transnacionales; las reglas internacionales sobre reestructuraciones de deudas soberanas; o la pretensión de sujetar las decisiones de los órganos arbitrales a un control de convencionalidad por parte de los tribunales nacionales, de lo contrario completamente desplazados de estas controversias (donde incluso es innecesario agotar los recursos internos para acudir a la instancia arbitral). Por ahora son intentos dispersos, y defensivos, frente a un derecho internacional económico que es la base jurídica de la globalización y que, a partir de los años 70 del siglo pasado, ha venido a reemplazar, con éxito y para cumplir análogas funciones, al sistema internacional imperial/colonial, que formalmente sucumbió ante el auge del derecho a la autodeterminación y los procesos políticos de descolonización.

4. Esquema general de esta exposición.

Hechas estas consideraciones preliminares, paso a exponer a continuación una visión sintética y sistemática de esa reflexión generada en el derecho internacional de los derechos humanos (en particular, en el sistema universal de protección) sobre el presupuesto y la política fiscal, suscitada, ante todo, por el texto del artículo 2.1 del PIDESC.

En primer lugar, consideraré la situación en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), para ver cómo han sido tematizadas las restricciones financieras por el Comité de Derechos Humanos y por el Comité CEDAW (**parte II**). Luego me referiré al PIDESC, sin perjuicio de hacer referencia a otros pactos de derechos humanos, en particular la Convención de los Derechos del Niño (dentro del sistema universal) y la Convención Americana (dentro de los sistemas regionales) (**parte III**). Aquí tomaré como hilos conductores la Observación General N° 3 del Comité DESC (emitida en 1990), que, si bien ha sido superada en muchos aspectos, sirve para estructurar el análisis del conjunto de las obligaciones de los Estados, entre ellas, la de utilizar los máximos recursos disponibles, así como la Observación General N° 19 del Comité de los Derechos del Niño, recientemente dictada (2016), que es una síntesis de varios de los aspectos desarrollados hasta el día de hoy. Además, claro, de los diferentes documentos generados en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos (otras observaciones generales; observaciones sobre los informes finales de los Estados; declaraciones; cartas abiertas; resoluciones que fijan procedimientos, etcétera), incluidos los emitidos por expertos (informes de relatores especiales de la ONU y declaraciones efectuadas por grupos de expertos, como los Principios de Limburg, Maastricht y Quito). Finalmente, como conclusión, propongo una serie de principios sobre la política fiscal a partir del derecho internacional de los derechos humanos, donde se sintetiza lo más saliente de la doctrina expuesta en este trabajo (**parte IV**).

II. Los recursos presupuestarios en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

En este segundo apartado, consideraré la interpretación efectuada sobre la cuestión financiera en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), (**parágrafo 1**) y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), (**parágrafo 2**).

1. La interpretación sobre las restricciones financieras por parte del Comité de Derechos Humanos.

Tal como ya mencionamos, el artículo 2° del PIDCP dispone que los Estados asumen el compromiso de adoptar todas las disposiciones internas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos allí reconocidos, sin hacer ninguna referencia a los recursos financieros disponibles.

Retomemos aquí la distinción entre la dependencia causal y la dependencia jurídica de los derechos respecto de los recursos financieros.

Si los derechos civiles y políticos fuesen causalmente independientes, no habría ninguna discusión ante el Comité de Derechos Humanos y este, a su vez, no tendría necesidad de efectuar ninguna consideración al respecto. Como puede suponerse y veremos a continuación, ese no ha sido el caso, lo que muestra que estamos ante derechos causalmente dependientes de recursos, tal como también sucede con los derechos sociales.

Ya desde un inicio, el Comité de Derechos Humanos entendió que el mencionado artículo 2° *"exige que los Estados Partes dicten las disposiciones legislativas o de otro carácter que sean necesarias y proporcionen los recursos requeridos para aplicar el Pacto"*.³⁸

Este enfoque, basado en el deber de asignar recursos financieros, fue sostenido a lo largo del tiempo.

38. ONU, CDH, Observación General N° 2, "Orientaciones para presentar informes", 1981, párr. 2.

Así, de acuerdo con la Observación General N° 31 sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, *"la obligación consignada en el párrafo 2 del artículo 2° de que se adopten medidas para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto no admite reservas y es inmediata. No se puede justificar el incumplimiento de esta obligación haciendo referencia a consideraciones de carácter político, social, cultural o económico dentro del Estado"*.³⁹

Estamos, como se ve, en un plano jurídico-normativo, ya que el Comité enuncia un deber (asignar recursos) y descalifica una eventual razón para justificar el incumplimiento de ese deber (consideraciones de carácter económico).

En textos referidos a derechos en particular, ya la Observación General N° 9 del Comité de los Derechos Humanos dedicada a los derechos de las personas privadas de la libertad (artículo 10° del PIDCP) establecía que los derechos civiles no pueden depender enteramente de los recursos materiales del Estado Parte.⁴⁰ Luego, en la Observación General N° 21, que sustituyó a la referida Observación General N° 9, en su párrafo 4, se considera que *"tratar a toda persona privada de libertad con humanidad y respeto de su dignidad es una norma fundamental de aplicación universal. Por ello, tal norma, como mínimo, no puede depender de los recursos materiales disponibles en el Estado Parte. Esta norma debe aplicarse sin distinción de ningún género, como, por ejemplo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro género, origen nacional o social; patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición"*.⁴¹

También se encuentran referencias sobre la imposibilidad de alegar problemas presupuestarios para no cumplir con las obligaciones del Pacto en casos individuales sometidos a consideración del Comité de Derechos Humanos. Por ejemplo, en el caso *"Womah Mukong v. Cameroon"*, el Comité sostuvo que los Estados deben cumplir con los estándares mínimos en materia de respeto a las condiciones de detención de las personas

39. ONU, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, CDH, Observación General N° 31 [80], "Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto", 26 de mayo de 2004, párr. 14.

40. ONU, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), CDH, Observación General N° 9, "Trato humano de las personas privadas de libertad", (artículo 10°), 1982, párr. 1.

41. ONU, CDH, Observación General N° 21, "Trato humano de las personas privadas de libertad (artículo 10°)", 1992, párr. 4.

privadas de la libertad en toda circunstancia, incluso si existen obstáculos presupuestarios que hicieran difícil alcanzar estas condiciones.⁴²

Es decir, de acuerdo con una doctrina que podemos considerar consolidada, y plasmada a través de diferentes documentos generales y particulares, no resulta legítimo, en ninguna circunstancia, alegar restricciones presupuestarias para justificar la lesión de los derechos civiles y políticos contenidos en el Pacto. Los Estados tienen la obligación de asignar los recursos suficientes para garantizar los derechos civiles y políticos. En otros términos, se encuentra prohibido limitar, reducir o cercenar el alcance de los derechos por causas presupuestarias. Y dicha prohibición es absoluta, pues no se encuentra sujeta a excepciones o a causales de justificación.

Las causas financieras (que, efectivamente, pueden existir al estar ante derechos causalmente dependientes de los recursos) no pueden convertirse en razones jurídicas legítimas justificantes. Y ello sin excepciones. Es decir, aquellas causas no pueden ser la base para hacer de estos derechos jurídicamente dependientes de los recursos financieros.

En fin, una referencia discordante se encuentra en la Observación General N° 32 con relación al derecho a un juicio imparcial, en la que la obligación del Estado de asignar recursos está limitada a *"la medida de lo posible"*, expresión problemática (e indeterminada) que, en

principio, no tiene mayores réplicas en la doctrina del Comité.⁴³

2. La interpretación de las restricciones financieras por parte del Comité de la CEDAW.

También resulta pertinente hacer referencia a otro pacto que tiene una redacción disímil, pero que ha sido interpretado de igual forma que el PIDCP. Me refiero a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Su artículo 2° dispone que *"los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a"* tomar una serie de decisiones, entre ellas la de adoptar medidas adecuadas.

El término clave de esta disposición es la fórmula *"sin dilaciones"*, que permite calificar a las obligaciones del pacto de carácter inmediato (de ahí que los derechos consagrados sean jurídicamente independientes de los recursos). Según el Comité CEDAW, *"la expresión "sin*

42. CDH, "Womah Mukong vs. Cameroon", Communication N° 458/1991, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/458/1991, 1994, párr. 9.3: "[E]n cuanto a las condiciones de detención en general, el Comité observa que deben observarse ciertas normas mínimas relativas a las condiciones de detención independientemente del nivel de desarrollo de un Estado Parte. Estos incluyen, de conformidad con las Reglas 10, 12, 17, 19 y 20 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos [Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobado por el Consejo Económico y Social en sus Resoluciones 663C (XXIV), de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII), de 13 de mayo de 1977.], espacio mínimo de suelo y contenido cúbico de aire para cada preso, instalaciones sanitarias adecuadas, degradación o humillación, provisión de una cama separada y provisión de alimentos de valor nutricional adecuados para la salud y la fuerza. Cabe señalar que se trata de requisitos mínimos que el Comité considera que deben respetarse siempre, aun cuando consideraciones económicas o presupuestarias puedan dificultar el cumplimiento de estas obligaciones. Del expediente se desprende que estos requisitos no se cumplieron durante la detención del autor en el verano de 1988 y en febrero / marzo de 1990".

43. ONU, CCPR/C/GC/32, CDH, Observación General N° 32, "El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia", 2007, párr. 27: "Un importante aspecto de la imparcialidad de un juicio es su carácter expeditivo. Si bien en el apartado c) del párrafo 3 del artículo 14 se aborda explícitamente la cuestión de las dilaciones indebidas en los procedimientos penales, las demoras en los procedimientos civiles que no pueden justificarse por la complejidad del caso o el comportamiento de las partes no son compatibles con el principio de una vista imparcial consagrado en el párrafo 1 de esta disposición [51]. Cuando dichas demoras son ocasionadas por la falta de recursos y la deficiencia crónica de financiación, deberán asignarse, en la medida de lo posible, recursos presupuestarios complementarios suficientes a la administración de justicia". Aquí parece haber un uso implícito de la categoría "reserva de lo posible", propia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, a la que nos hemos referido en varias ocasiones, ver, además del ya citado "Ley de presupuesto y derechos fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico-financiero", el ensayo "Modelos de control judicial de las restricciones financieras en el derecho comparado: la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina sobre el derecho a la vivienda" en *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, N° 16, año 8, 2018; disponible en: https://www.mpdefensa.gov.ar/sites/default/files/revista16_baja.pdf. HENNETTE-VACHEZ, Stéphanie y ROMAN, Diane, en texto ya citado, p. 18, refieren un caso del Consejo de Estado francés en el que se hace aplicación de la "cláusula de lo posible" a propósito de las condiciones de detención y al derecho de los detenidos a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (Consejo de Estado, ord., 30 de julio de 2015, Séction française de l'Observatoire des prisons et Ordre des avocats au barreau de Nîmes, N 392043).

dilaciones" deja en claro que la obligación de los Estados Partes de seguir sus políticas, por todos los medios adecuados, tiene carácter inmediato. Esta expresión es incondicional y no admite ninguna demora ni un enfoque gradual voluntario en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados al ratificar la Convención o adherirse a ella. De esto se desprende que las demoras no se pueden justificar por ningún motivo, ya sea político, social, cultural, religioso, económico o de recursos ni por otras consideraciones o carencias de un Estado. Cuando un Estado parte carezca de los recursos o necesite conocimientos técnicos o de otro tipo para facilitar el cumplimiento de sus obligaciones en virtud de la Convención, podrá solicitar la cooperación internacional para superar esas dificultades".⁴⁴

En la misma Recomendación, el Comité CEDAW va más allá, al señalar que la Convención requiere formular las políticas públicas de acuerdo con las obligaciones por ella establecida, incluyendo el aspecto presupuestario. Así, señala que "la política deberá estar orientada a la acción y los resultados, en el sentido de que debería establecer metas, indicadores y plazos, asegurar que todos los actores pertinentes cuenten con los recursos adecuados y puedan desempeñar el papel que les corresponde para alcanzar las metas y los objetivos convenidos. Para ello, la política debe estar vinculada a los procesos generales de presupuestación gubernamentales con el fin de garantizar que todos los aspectos de la política estén adecuadamente financiados".

A ello agrega que se deben "prever mecanismos para reunir datos pertinentes desglosados por sexo, permitir el seguimiento efectivo, facilitar la evaluación permanente y posibilitar la revisión o complementación de las medidas vigentes y la determinación de toda nueva medida que pueda ser apropiada".⁴⁵

En este punto, el Comité CEDAW recoge varias décadas de experiencias referidas a la perspectiva de género aplicada a la política presupuestaria. Esta perspectiva ha recibido diversas denominaciones, entre ellas: "gender-sensitive budgets", "gender budgets",

"woman's budgets", "woman's Budget statements".⁴⁶ Actualmente la expresión "presupuestos sensibles al género" es la más habitual.⁴⁷

Esta perspectiva ha sido introducida por primera vez por Australia a mediados de los años ochenta y se ha replicado y desarrollado en muchos otros países, y ha sido promovida tanto por la sociedad civil como por instituciones internacionales, como UNIFEM en el ámbito de las Naciones Unidas.

Diane Elson ha efectuado un trabajo detallado vinculando las diferentes experiencias de presupuestos sensibles al género con el texto de la CEDAW. Allí realiza una lectura de la CEDAW a su vez en línea con la interpretación que sobre la política fiscal realizan, de forma simultánea, tanto el Comité de los Derechos del Niño como el Comité DESC. Su trabajo considera cuatro dimensiones de análisis, que muestran la amplitud y envergadura del enfoque: los gastos públicos; los ingresos públicos (en particular, el sistema tributario); los aspectos macroeconómicos del presupuesto público, y el proceso de decisión presupuestaria.⁴⁸

En suma, además de señalarse que las obligaciones establecidas en la CEDAW no son jurídicamente dependientes de los recursos, se ha desarrollado, de forma pionera, un enfoque de derechos humanos para repensar el presupuesto público como un todo, en línea con la visión que veremos a continuación.

44. ONU, CEDAW/C/GC/28, Comité Cedaw, Recomendación General Nº 28 relativa al artículo 2º de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 16 de diciembre de 2010, párr. 29.

45. ONU, CEDAW/C/GC/28, Comité Cedaw, Recomendación General Nº 28 relativa al artículo 2º de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 16 de diciembre de 2010, párr. 28.

46. Enumeración contenida en BUDLENDER, Debbie; SHARP, Rhonda y ALLEN, Kerri, How to do a gender-sensitive Budget analysis: contemporary reserch and practice, Australian Agency for International Development, 1998, p. 5.

47. La bibliografía sobre el tema es abundante y creciente. Ver, entre muchos otros trabajos y documentos: Unifem, *Gender Budget Initiatives. Strategies, Concepts and Experiences*, 2002. SHARP, Rhonda, *Budgeting for equity. Gender Budget initiatives within a framework of performance oriented budgeting*, Unifem, 2003. BUDLENDER, Debbie y HEWITT, Guy, *Engendering Budgets. A practitioner's Guide to Understanding and Implementating Gender-responsive Budgets*, Commonwealth Secretariat, 2003. RÍOS GRANADOS, Gabriela, "Lineamientos para el presupuesto público con perspectiva de género en México", en CORTI, Horacio (dir.), *El Derecho Constitucional Presupuestario en el Derecho Comparado*, Abeledo Perrot, 2010, p. 691. BOTTO, Candelaria, "Presupuestos con perspectiva de género", en *Género y diversidad sexual. Iguales de derecho, desiguales de hecho*, Revista Institucional de la Defensa Pública, Nº. 14, 2018, p. 113.

48. ELSON, Diane, *Budgeting for Woman's Rights: Monitoring Government Budgets for Compliance with Cedaw*, Unifem, 2006.

III. Los máximos recursos disponibles en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

1. Introducción. La limitación de la discrecionalidad estatal respecto de la política fiscal. Clasificación de las obligaciones de los Estados: las obligaciones de carácter inmediato (que no dependen de los recursos financieros) y las obligaciones de carácter progresivo.

Tal como ya pudo advertirse en lo dicho hasta aquí, hay, en general, dos actitudes políticas posibles ante los derechos sociales, que actúan, luego, en cada punto conceptual en particular que se analice. Se trata, claro, de una visión restrictiva y otra amplia. Ellas generan dos líneas interpretativas muy diferentes sobre los recursos disponibles. Dado que la práctica internacional que aquí sistematizaremos se ha inclinado por una visión amplia (que es también la que en este ensayo se defiende), digamos dos palabras sobre la visión restrictiva sobre los recursos disponibles.

Según esta lectura, primero, estamos ante normas programáticas. En segundo lugar, los derechos consagrados por tales normas dependen de la discrecionalidad de cada Estado. Tercero, su implementación está subordinada a los recursos que el Estado asigne. Y, en cuarto lugar, evaluar la política sobre la asignación de recursos es un asunto reservado a la soberanía (fiscal) de los Estados. La cláusula sobre los recursos disponibles es interpretada como una razón jurídica válida para justificar el nulo, escaso o leve accionar del Estado respecto de los derechos establecidos en el Pacto.⁴⁹

Esta lectura es la realizada en un documento de los Estados Unidos, en el que se sostiene que "*dado que no hay una definición de los estándares en la Convención, los Estados*

49. RIEDEL, Eibe; GIACCA, Gilles y GOLAY, Christopher (editores), *Economic, social, and cultural rights in international Law*, Oxford University press, 2014. texto ya citado, p. 12, se refieren, por ejemplo, a una lectura estrecha (*a narrow reading*), según la cual el Pacto solo contiene "proposiciones programáticas cuya realización queda enteramente en manos de los Estados". El Pacto impondría solo "obligaciones indirectas", condicionadas a medidas de implementación nacionales para devenir plenamente operativas.

Unidos pueden en gran medida determinar por sí mismos la plena realización, la velocidad de esa realización, así como el uso del máximo de los recursos disponibles para ese propósito". Según el comentario de Alston y Quinn, de acuerdo con esta interpretación el Estado devendría el propio juez del cumplimiento del Pacto, que de esa forma perdería su razón de ser y se convertiría en una declaración.⁵⁰

Para el enfoque amplio, en cambio, estamos en primer lugar, y ahí la letra misma del artículo 2.1 del PIDESC lo justifica, ante una cláusula que establece *obligaciones* para los Estados. No se trata de una cláusula que establezca razones para justificar incumplimientos, sino de una obligación dirigida a los Estados que, en todo caso, especifica cuál es el alcance de los derechos. Será eventualmente un segundo momento conceptual indagar si se encuentran causales que justifiquen menores protecciones de los derechos en razón de comprobadas restricciones financieras.

De ahí que el Comité se haya dedicado a precisar cuáles son las características de la obligación de asignar los máximos recursos disponibles, que, como veremos, involucra a la actividad financiera de los Estados en todos sus aspectos.⁵¹

Por tanto, uno de los ejes de las evaluaciones del Comité consiste justamente en observar si efectivamente un Estado ha cumplido, o no, con la obligación de asignar los máximos recursos disponibles.

Es decir, "*un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 12*".⁵²

Para resumir con mucha brevedad el núcleo de la visión amplia desarrollada por el Comité, no se trata de derechos subordinados a la discrecional voluntad

50. ALSTON, Philip y QUINN, Gerard, "The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", *Human Rights Quarterly*, Vol. 9, Nº 2, mayo de 1987, p. 178. Según los autores, quienes refieren el *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States* 701 reporters' note 8, at 467 (Tent. Draft No. 6, 1985), los trabajos preparatorios del Pacto no avalan esta interpretación estrecha de sus obligaciones y de completa deferencia hacia los Estados.

51. Los recursos disponibles abarcan todo tipo de recursos: humanos, institucionales, técnicos, etc. Aquí nos referimos específicamente a los recursos financieros.

52. ONU, E/C.12/2000/4, Comité DESC, Observación General Nº 14, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud", 2000, párr. 47.

financiera de los Estados, sino de derechos respecto de los cuales los Estados tienen la obligación de asignarles los máximos recursos disponibles. Como ya destacamos, son dos maneras muy diferentes de enfocar el asunto, que expresan dos vertientes interpretativas posibles (y dos visiones políticas subyacentes disímiles).

Por tal razón, el derecho internacional de los derechos humanos limita la discrecionalidad financiera de los Estados. A los límites formales y sustanciales que surgen del proceso de constitucionalización de la hacienda pública (y que hoy en día se expresan en conceptos y principios comunes del derecho constitucional financiero, como el deber de contribuir de acuerdo con la capacidad contributiva y la igualdad), se les añaden aquellos que se derivan del derecho internacional de los derechos humanos.

Como señala la relatora especial sobre pobreza extrema: *"las obligaciones en materia de derechos humanos no prescriben unas políticas tributarias precisas, ya que los Estados tienen la facultad de formular las políticas más adecuadas a sus circunstancias. Sin embargo, una gran variedad de tratados internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención de los Derechos del Niño, imponen límites a la facultad discrecional de los Estados para formular políticas fiscales. A fin de garantizar que los Estados respeten, protejan y cumplan los derechos y ayudarlos a abrir un espacio fiscal para hacer efectivos los derechos humanos, las políticas fiscales deben guiarse por las obligaciones impuestas por estos tratados"*.⁵³

Aquí confluyen, como recién destacamos, el proceso de constitucionalización sustantiva de la hacienda pública y el derecho internacional de los derechos humanos, pues ambos procesos implican restricciones a las potestades discrecionales de los Estados en el ejercicio de la potestad financiera.

A continuación, realizamos una breve reseña de algunos documentos del Comité DESC que son necesarios para comprender esta obligación, utilizando de

hilo conductor, como dijimos, la Observación General N° 3 del Comité DESC y la Observación General N° 19 del Comité de los Derechos del Niño.

La Observación General N° 3 hace una clasificación general entre a) las obligaciones de carácter inmediato, y b) la obligación de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos. El sentido de esta clasificación es estratégico, pues se contrapone a la visión según la cual todo el Pacto está sujeto a la progresividad. En cambio, ella acota el ámbito de lo progresivo para destacar un amplio haz de obligaciones que son de aplicación inmediata. Y aquí juegan también un rol conceptual clave los recursos disponibles, pues una obligación inmediata no depende (en términos jurídicos, según nuestra clasificación) de los recursos de que disponga el Estado.

Esta clasificación, por su generalidad, sirve para sistematizar las reglas del Pacto y aquí la seguiremos para ordenar la exposición.

La doctrina internacional ha identificado cuatro obligaciones de carácter inmediato: a) la de tomar medidas apropiadas (**parágrafo 2**), b) la de no discriminar (**parágrafo 3**), c) la de asegurar un contenido mínimo de los derechos consagrados en el Pacto (**parágrafo 4**), y d) la de vigilar la medida de la realización del Pacto.⁵⁴

Descrito este conjunto de obligaciones efectuamos una breve disquisición sobre las semejanzas y diferencias entre la obligación de asignar el máximo de los recursos disponibles y las cláusulas limitativas (**parágrafo 6**).

2. La obligación inmediata de tomar medidas financieras. El rediseño del ciclo presupuestario estatal a la luz del sistema internacional de los derechos humanos. Las condiciones institucionales de los derechos como obligaciones inmediatas.

53. SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena, "Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos", ONU, A/HRC/26/28, 22 de mayo de 2014, párr. 4. En igual sentido, la Comisión Interamericana destacó que "[L]as obligaciones de derechos humanos no establecen políticas fiscales específicas, sino que los diferentes tratados de derechos humanos disponen ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados en la formulación de estas". Comisión IDH, OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147, 2017, "Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas", párr. 494.

54. ONU, E/1991/23, Comité DESC, Observación General N° 3, "La índole de las obligaciones de los Estados Partes", (párrafo 1 del artículo 2° del Pacto), 1990, párr. 11. ONU, E/2009/90, "Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos sobre la aplicación de la normativa sobre los derechos económicos, sociales y culturales", 2009, párr. 12. En cuanto a la obligación de vigilancia de la realización, haremos referencias en ocasión de tratar las restantes obligaciones.

Expondré, en primer lugar, un esquema general de la obligación inmediata de tomar medidas de acuerdo con la primera interpretación del Comité DESC (**punto 2.1.**), que será luego perfeccionada a fin de abarcar la política presupuestaria en su conjunto (**punto 2.2.**). Haré luego una síntesis de esos aspectos (**punto 2.3.**). Desarrollo a continuación la obligación inmediata de asegurar un buen gobierno en materia financiera (**punto 2.4.**), considerando en particular tres condiciones institucionales de los derechos: la justiciabilidad (**punto 2.4.1.**), la participación (**punto 2.4.2.**) y la transparencia (**punto 2.4.3.**). Una síntesis final para concluir (**punto 2.5.**).

2.1. El esquema general. La primera interpretación general del Comité DESC: la inclusión de la dimensión financiera dentro de las medidas que deben tomar los Estados.

La obligación de adoptar medidas es un "compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración. El significado cabal de la oración puede medirse también observando algunas de las versiones dadas en los diferentes idiomas. En inglés el compromiso es "to take steps", en francés es "s'engager à agir" ("actuar") y en español es "adoptar medidas". Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendientes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto".⁵⁵

Entre las medidas por tomar se encuentran las legislativas y también las presupuestarias. Esas medidas, a su vez, tienen que ser "apropiadas", esto es: conducentes (idóneas) para lograr la plena efectividad de los derechos.

El Comité deja en claro que "otras medidas que también cabe considerar 'apropiadas' a los fines del párrafo 1 del artículo 2º incluyen, pero no agotan, las de carácter administrativo, *financiero*, educacional y social".⁵⁶

⁵⁵. ONU, E/1991/23, Comité DESC, Observación General Nº 3, "La índole de las obligaciones de los Estados Parte", (párrafo 1 del artículo 2º del Pacto), 1990, párr. 2.

⁵⁶. ONU, E/1991/23, Comité DESC, Observación General Nº 3, "La índole de las obligaciones de los Estados Parte", (párrafo 1 del artículo 2º

Primera obligación inmediata entonces: tomar medidas deliberadas, concretas, orientadas a obtener la plena efectividad de los derechos y, en fin, causalmente apropiadas.

Aquí ya hay una primera directiva que incide en la materia presupuestaria, pues entre las medidas que deben tomarse de inmediato se encuentran las financieras. En idéntico sentido, se manifestó el Comité de los Derechos del Niño en su reciente Observación General Nº 19 sobre los presupuestos públicos para la realización de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.⁵⁷ Preliminarmente, son dos los postulados centrales de la Observación. Por un lado, el Comité señala que los presupuestos públicos afectan a todos los derechos del Tratado y los considera uno de los elementos del concepto "medidas generales de implementación" de la Convención.⁵⁸ Por otra parte, el Comité enfatiza que los Estados no cuentan con la discrecionalidad de satisfacer o no con la obligación de adoptar medidas (legislativas, administrativas o cualquier otra necesaria, incluidos los presupuestos) para realizar los derechos de los niños.⁵⁹

En las sucesivas observaciones generales, el Comité DESC le dará un contenido cada vez más profundo a la obligación inmediata de tomar medidas, que adquirirá de esa forma una enorme significación, mucho mayor que la sugerida en la Observación General Nº 3.

Veamos brevemente ese desarrollo en particular en lo referido a la actividad presupuestaria de los Estados.

2.2. La obligación inmediata de planificar y de perfeccionar los presupuestos con enfoque de derechos humanos.

En primer lugar, tomar medidas implica la obligación de realizar planes en los que se especifiquen los recursos y se incluyan indicadores. Ya no se trata solo de

del Pacto), 1990, párr. 7.

⁵⁷. Sobre la Observación General Nº 19, ver: FREEDMAN, Diego, "La protección especial de la infancia mediante el presupuesto", en *Revista Institucional de la Defensa Pública*, 11, 2017, p. 292.

⁵⁸. ONU, CRC/C/GC/19, Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 19 sobre presupuestos públicos para la realización de los derechos de los niños, (artículo 4º), 2016, párrs. 2 y 6.

⁵⁹. ONU, CRC/C/GC/19, Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 19 sobre presupuestos públicos para la realización de los derechos de los niños, (artículo 4º), 2016, párr. 18.

legislar o de adoptar decisiones administrativas, sino de planificar racionalmente la política pública vinculada a los derechos consagrados en el Pacto, incluidos, claro está, los aspectos financieros.

Una exposición genérica está efectuada en la Observación General N°4 del Comité DESC, donde se señala que "si bien los medios más apropiados para lograr la plena realización del derecho a la vivienda adecuada variarán inevitablemente de un Estado Parte a otro, el Pacto claramente requiere que cada Estado Parte tome todas las medidas que sean necesarias con ese fin. Esto requerirá casi invariablemente la adopción de una estrategia nacional de vivienda que, como lo afirma la Estrategia Mundial de Vivienda en su párrafo 32, "define los objetivos para el desarrollo de condiciones de vivienda, determina los recursos disponibles para lograr dichos objetivos y busca la forma más efectiva de utilizar dichos recursos, en función del costo, además de lo cual establece las responsabilidades y el calendario para la ejecución de las medidas necesarias".⁶⁰

Es decir, tomar medidas significa adoptar una estrategia nacional, fijar objetivos, determinar los recursos disponibles, así como establecer responsabilidades y cronogramas de ejecución.

Más específica aún es la Observación General N° 12 del Comité DESC, al postular la necesidad de "aprobar una estrategia nacional que garantice la seguridad alimentaria y de nutrición para todos, sobre la base de los principios de los derechos humanos que definen los objetivos, y formular las políticas y los indicadores correspondientes. También deberán identificarse los recursos disponibles para cumplir los objetivos y la manera de aprovecharlos más eficaz en función de los costos".⁶¹

Es decir, debe hacerse una estrategia nacional, con todas las características antedichas, diseñada sobre la base de los principios de los derechos humanos. Un elemento aquí mencionado que es esencial, y de importancia creciente, es la formulación de indicadores.⁶²

Se delinea aquí la idea de un Estado planificador, a fin de hacer efectivos los derechos humanos. Ellos son esenciales para efectuar un diagnóstico de la situación real de cada derecho y permiten, luego, evaluar el grado de avance en cuanto a su efectividad.⁶³

Punto central, las políticas públicas, entre ellas, las financieras, deben diseñarse de acuerdo con el sistema

indicadores y métodos de vigilancia, se ha vuelto más pertinente con la aparición de los objetivos de desarrollo del milenio", "El Relator Especial se ocupó de la cuestión de los indicadores e instrumentos de vigilancia a una vivienda adecuada en sus informes contenidos en los documentos E/CN.4/2003/5 y E/CN.4/2004/48, en que esbozó los problemas correspondientes y las posibles opciones para avanzar en esa labor. Desde entonces ha habido ciertos progresos en este ámbito, en particular la labor emprendida por Paul Hunt, el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental". "Después de haber examinado esos acontecimientos, el Relator Especial cree que el marco conceptual sobre los indicadores de derechos humanos ha progresado suficientemente y ofrece una base para apoyar una lista ilustrativa de indicadores para la vigilancia del derecho a una vivienda adecuada", (párrafos 3, 4 y 5). b) ONU, A/HRC/7/16, KOTHARI, Miloon, "Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto", 2008: "Desde el comienzo de su mandato, el Relator Especial ha destacado la importancia que tienen, como ocurre con muchos órganos creados en virtud de tratados, unas estadísticas y unos indicadores fidedignos y claros para evaluar los progresos realizados por los Estados con miras a la realización del derecho a una vivienda adecuada. Desgraciadamente, como se ha visto claramente durante sus misiones a los países, muchos Estados no incluyen los aspectos relacionados con los derechos humanos en los datos estadísticos. En algunos casos, ni siquiera se dispone de indicadores básicos, como el número de personas que carecen de vivienda, por no hablar de datos desglosados" (párrafo 52). c) OEA, AG/RES. 2074 (XXXV-O/05) "Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador". d) CIDH, "Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales", e) OEA, "Indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador", OEA/Ser.D/XXVI.11 2015. f) OEA, *Guía práctica para el sistema de indicadores de progreso para la medición de la implementación de la Convención de Belém do Pará*, 2015.

63. La doctrina sobre indicadores es cada vez más importante, ver entre otros, PAUTASSI, Laura, "Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Más allá de la medición" y "Monitoreo del acceso a la información desde los indicadores de derechos humanos", en *Revista Internacional de Derechos Humanos Sur*, junio de 2013, GARCÍA CÍMICO, Jesús, "Indicadores y eficacia de los derechos", en María BERNUZ BENÉTEZ, José y CALVO GARCÍA, Manuel (editores), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 133; COURTIS, Christian, "Apuntes sobre la elaboración y utilización de indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales", en *Derechos Sociales: Justicia, Política y Economía en América Latina*, Siglo del Hombre Editores, 2010.

60. ONU, E/1991/23, Comité DESC, Observación General N° 4, "El derecho a una vivienda adecuada", (párrafo 1 del artículo 11° del Pacto), párr. 12.

61. ONU, E/C.12/1999/5, Comité DESC, Observación General N° 12, "El derecho a una alimentación adecuada", (artículo 11°), 1999, párr. 21.

62. Sobre la importancia de indicadores, ver, entre muchos otros documentos: a) ONU, A/HRC/4/18. KOTHARI, Miloon, "Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado", 2007: "La necesidad de elaborar un marco operacional para la realización del derecho a una vivienda adecuada, en particular

de los derechos humanos. Y ello es una obligación inmediata de los Estados.

Todo esto significa que las "políticas públicas" no son solo una cuestión de política, gestión o administración. Incluyen esas dimensiones, por supuesto, pero deben estar estructuradas a fin de asegurar los derechos contenidos en el derecho internacional de los derechos humanos (encontrándose, por ende, sujetas a la evaluación de los organismos internacionales de monitoreo y protección).

Y es más precisa aún la Observación General N° 15, al disponer que *"el deber de adoptar medidas claramente impone a los Estados Partes la obligación de adoptar una estrategia o plan de acción nacional para asegurar el ejercicio del derecho al agua. La estrategia debe: a) basarse en la normativa y los principios de derechos humanos; b) abarcar todos los aspectos del derecho al agua y las obligaciones correspondientes de los Estados Partes; c) definir objetivos claros; d) fijar objetivos o metas y los plazos para su consecución; e) formular políticas adecuadas, con los niveles de referencia y los indicadores correspondientes. La estrategia también deberá responsabilizar del proceso a instituciones específicas; determinar los recursos disponibles para alcanzar los objetivos y las metas; asignar debidamente los recursos a las instituciones encargadas; y establecer mecanismos de rendición de cuentas para asegurar la aplicación de la estrategia. Al formular y aplicar las estrategias nacionales en relación con el derecho al agua, los Estados Partes deberán hacer uso de la asistencia técnica y de la cooperación de los organismos especializados de las Naciones Unidas"*.⁶⁴

Las medidas tienen que estar reunidas en un plan, este debe contener indicadores que permitan medir los avances y deben asignarse los recursos disponibles, que deben ser usados de forma eficaz y sujetos a rendición de cuentas.

Se ve cómo se limita la discrecionalidad estatal en materia presupuestaria. Es una obligación del Estado diseñarla de acuerdo con los principios de derechos humanos y, a la vez, debe haber una planificación que vincule políticas para efectivizar derechos y

asignaciones presupuestarias de recursos, estableciendo mecanismos de rendición de cuentas.

En este sentido, pueden verse algunas reglas fijadas por el Comité DESC a fin de la presentación de informes.⁶⁵ Así, el párrafo 43.h. referido a la orientación presupuestaria, dispone que deberán informarse, *"cuando las haya, las consignaciones y orientación presupuestarias, como porcentajes de los presupuestos nacionales o regionales o del producto interno bruto (PIB), desagregadas por sexo y edad, referidas específicamente al cumplimiento de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos y los resultados de las estimaciones de las repercusiones presupuestarias correspondientes"*.

Entre los indicadores se señalan *"los gastos sociales (alimentación, vivienda, salud, educación, protección social, etc.) como proporción del gasto público total y del PIB"*. Asimismo, el informe debe indicar, entre otros aspectos, *"si el Estado parte ha aprobado una ley marco y políticas o estrategias nacionales para la realización de cada derecho amparado por el Pacto, indicando los recursos disponibles para ese fin y las maneras más efectivas en relación con los costos de utilizar dichos recursos"*.

Paralelamente, el Comité CEDAW ha sostenido que *"la política deberá estar orientada a la acción y los resultados, en el sentido de que debería establecer metas, indicadores y plazos, asegurar que todos los actores pertinentes cuenten con los recursos adecuados y puedan desempeñar el papel que les corresponde para alcanzar las metas y los objetivos convenidos. Para ello, la política debe estar vinculada a los procesos generales de presupuestación gubernamentales con el fin de garantizar que todos los aspectos de la política estén adecuadamente financiados"*.⁶⁶

En esta senda también es muy clara la posición del Comité de los Derechos del Niño. De acuerdo con el párrafo 51 (incluido en el punto G. "Visibilidad de los niños en los presupuestos") de la Observación General N° 5, *"en sus directrices para la presentación de informes y en el examen de los informes de los Estados Partes, el Comité*

64. ONU, E/C.12/2002/11, Comité DESC, Observación General N° 15, "El derecho al agua", (artículos 11° y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párr. 47.

65. ONU, HRI/GEN/2/Rev.6, Comité DESC, "Compilación de directrices relativas a la forma y el contenido de los informes que deben presentar los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos", 3 de junio de 2009.

66. ONU, Comité Cedaw/C/GC/28, Recomendación General N° 28, "Relativa al artículo 2° de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer", 16 de diciembre de 2010, párr. 28.

ha prestado mucha atención a la determinación y el análisis de los recursos destinados a los niños en los presupuestos nacionales y en otros presupuestos. Ningún Estado puede decir si para dar efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales está adoptando medidas "hasta el máximo de los recursos de que disponga", como lo dispone el artículo 4º, a menos que pueda determinar la proporción de los presupuestos nacionales y de otros presupuestos que se destinan al sector social y, dentro de éste, a los niños, tanto directa como indirectamente. Algunos Estados han afirmado que no es posible analizar así los presupuestos nacionales. Sin embargo, otros lo han hecho y publican "presupuestos para la infancia" anuales. El Comité necesita saber qué medidas se han adoptado en todos los niveles de gobierno para que la planificación y la adopción de decisiones, en particular presupuestarias, en los sectores económico y social, se lleven a cabo teniendo como consideración primordial el interés superior del niño, y para que los niños, incluidos especialmente los grupos de niños marginados y desfavorecidos, estén protegidos contra los efectos negativos de las políticas económicas o de los declives financieros".⁶⁷

Como ya mencionamos, en su Observación General Nº 19 el Comité de los Derechos del Niño también sostuvo que la cláusula del artículo 4º que dispone que los "Estados adoptarán medidas" no admite discrecionalidad en torno a satisfacer o no la obligación de adoptar medidas (legislativas, administrativas o cualquier otra necesaria) para realizar los derechos de los niños, incluidas las medidas relativas a los presupuestos públicos.⁶⁸ A criterio del Comité, todas las ramas de gobierno, en todo nivel y estructura, deben procurar que los presupuestos públicos se ajusten a los principios de la Convención.⁶⁹ En segundo lugar, el concepto de adoptar "todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole" incluye, a criterio del Comité: a) leyes y políticas públicas que impliquen la recaudación, adjudicación y el

gasto de recursos para realizar los derechos; b) la necesidad de información y recolección de datos a los efectos de implementar políticas públicas, leyes, programas y presupuestos que permitan un avance en los derechos; c) la recaudación, asignación y utilización efectiva de recursos suficientes para implementar aquellas leyes, políticas, programas y presupuestos aprobados, y d) la exigencia de que los presupuestos deben ser planeados, aprobados e implementados en todos los niveles del Estado con el fin de asegurar la realización de los derechos de los niños.⁷⁰

Es decir, los Estados deben confeccionar sus presupuestos de acuerdo con los derechos consagrados en los pactos, condición para poder analizarlos con claridad y poder evaluar así cuántos recursos se destinan a cada derecho y, simultáneamente, a otros fines estatales no vinculados a los derechos humanos. Dicha circunstancia, agregamos, es la que permite evaluar un recaudo en muchas circunstancias exigido por los órganos de protección: priorizar un derecho, lo que significa, en paralelo, priorizar un gasto público vinculado a ese derecho.

Acá se encuentra establecida como obligación inmediata de los Estados confeccionar los presupuestos públicos desde la perspectiva de los derechos humanos. Obligación que recae en los poderes ejecutivos que habitualmente confeccionan los presupuestos y en los poderes legislativos que los aprueban.

Esto implica un giro sustancial en la manera tradicional de presupuestar.

Ya en ese camino había avanzado el referido Comité en las Recomendaciones surgidas del Día de Discusión "Recursos para los derechos del niño. Responsabilidad de los Estados" de septiembre de 2007. Allí se dejó en claro, en primer lugar, que el sentido de la actividad financiera y presupuestaria radica en el sistema de los derechos humanos. Es decir, *"el objetivo último de la política pública, incluidas las políticas presupuestaria y fiscal, debe ser el cumplimiento universal de los derechos y que el crecimiento económico y la estabilidad deben considerarse como un medio para el desarrollo humano y no como un fin en sí mismo".⁷¹*

67. ONU, CRC/GC/2003/5, Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 5, sobre medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, (artículos 4º y 42 y párrafo 6 del artículo 44), punto G, párr. 51.

68. ONU, CRC/C/GC/19, Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 19, sobre presupuestos públicos para la realización de los derechos de los niños, (artículo 4º), 2016, párr. 18.

69. ONU, CRC/C/GC/19, Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 19, sobre presupuestos públicos para la realización de los derechos de los niños, (artículo 4º), 2016, párr. 19.

70. ONU, CRC/C/GC/19, Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 19 sobre presupuestos públicos para la realización de los derechos de los niños, (artículo 4º), 2016, párr. 21.

71. ONU, CRC/C/46/CRP.2, Comité de los Derechos del Niño, Recomendaciones surgidas del Día de Discusión General "Recursos para los

También consideró que la legislación debe especificar qué porcentaje del presupuesto o qué cantidad de recursos deben destinarse a los derechos de los niños, implementándose a su vez un mecanismo de evaluación y control. De acuerdo con los párrafos 22 y 23, "el artículo 4° subraya la obligación de los Estados Partes de adoptar medidas legislativas, así como todas las demás medidas apropiadas, para la aplicación de los derechos reconocidos en la Convención. Para asegurar que los recursos de los niños reciben una prioridad adecuada, algunos Estados han llegado a asignar porcentajes específicos de los presupuestos estatales que deben asignarse a los niños en la propia legislación nacional, de manera que se destinen recursos adecuados específicamente a los niños. Este enfoque, que consiste en incorporar legalmente las asignaciones presupuestarias de los niños en la legislación nacional, de modo que las autoridades públicas sean responsables del uso de los recursos para los niños, es una medida que el Comité apoya con el fin de alentar a los Estados a invertir en niños. Reconociendo que el establecimiento de un marco legislativo adecuado es una condición previa esencial para una asignación equitativa y eficaz de los recursos a los niños, el Comité alienta a todos los Estados a que consideren la posibilidad de legislar una proporción específica del gasto público destinado a los niños. Dicha legislación debe ir acompañada de un mecanismo que permita una evaluación sistemática e independiente del gasto público en niños".

Es este un camino fructífero de desarrollo: que las regulaciones sustantivas de los derechos incluyan a su vez porcentajes del gasto público asignados a su realización, con modalidades diversas, por ejemplo, prohibiendo reducir los porcentajes ya destinados y, de acuerdo con otra fórmula, previendo aumentos anuales de los gastos. Son fórmulas cuantitativas que precisan la idea cualitativa de prioridad.

Esta misión implica repensar el ciclo presupuestario, esto es: todo el proceso institucional de preparación, aprobación, ejecución y control de la ley de presupuesto, desde la óptica de la doctrina internacional de los derechos humanos.

El Comité de los Derechos del Niño toma una visión estándar del ciclo presupuestario (planificación,

aprobación, ejecución y seguimiento) e indica pautas para rediseñar cada una de esas etapas desde la óptica de los derechos.

Veamos los aspectos centrales expuestos.

En primer lugar, la planificación del presupuesto. Aquí el Comité distingue cuatro aspectos: la evaluación de la situación; la legislación, políticas y programas; la movilización de recursos; y, en fin, la elaboración propiamente dicha de los presupuestos públicos.

Para poder planificar adecuadamente se requiere una evaluación de la situación económica y del grado de protección de los derechos previstos en la legislación y en las políticas públicas existentes.⁷² Para ello es necesario que los Estados investiguen las repercusiones que las decisiones presupuestarias tuvieron en el pasado o podrían tener en el futuro sobre los derechos.⁷³

En segundo lugar, los Estados deben adoptar todas las medidas posibles para garantizar que todas las leyes, políticas y programas se ajusten al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y no impidan que los derechos allí previstos sean efectivos.⁷⁴ El CDN destaca, también, la importancia de que los Estados Partes "hagan estimaciones de gastos de los proyectos de legislación, políticas y programas que afectan los derechos, a fin de determinar el nivel de recursos financieros necesarios y facilitar que los planificadores de presupuestos y los responsables de tomar las decisiones pertinentes en los poderes ejecutivo y legislativo puedan tomar decisiones informadas sobre los recursos necesarios para la aplicación de tales proyectos".⁷⁵

En tercer lugar, el Comité destaca la relevancia de la legislación, las políticas y los sistemas de los Estados con respecto a la movilización de ingresos y la solicitud de préstamos a fin de mantener los recursos disponibles

derechos del niño. Responsabilidad de los Estados", 21 de septiembre de 2007, párr. 26.

72. ONU, CRC/C/GC/19, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 19 sobre presupuestos públicos para la realización de los derechos de los niños, (artículo 4°), 2016, párr. 67.

73. ONU, CRC/C/GC/19, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 19 sobre presupuestos públicos para la realización de los derechos de los niños, (artículo 4°), 2016, párr. 69.

74. ONU, CRC/C/GC/19, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 19 sobre presupuestos públicos para la realización de los derechos de los niños, (artículo 4°), 2016, párr.70.

75. CDN, CRC/C/GC/19, ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 19 sobre presupuestos públicos para la realización de los derechos de los niños, (artículo 4°), 2016, párr. 73.

para garantizar los derechos.⁷⁶ En este sentido, el CDH exige que los Estados adopten medidas sostenibles para movilizar los recursos internos a nivel nacional y subnacional, como los impuestos y los ingresos no tributarios (como la cooperación internacional). En esta tarea, los Estados deben evitar el impacto desproporcionado de las medidas de obtención y movilización de recursos en sectores vulnerables de escasos recursos económicos.⁷⁷

Efectuadas estas consideraciones, el Comité se refiere en particular a la elaboración del presupuesto. Aquí es fundamental que las clasificaciones presupuestarias, además de seguir los estándares internacionales y ser homogéneos en los diferentes niveles de gobierno, tengan en cuenta los derechos de los niños. Y, dentro de esta clasificación, que se distingan los gastos a través de subcriterios, como la edad, el género o la situación de vulnerabilidad. De esta forma, los Estados pueden "determinar qué asignaciones presupuestarias están directamente asignadas los niños".

Se aprecia que este enfoque puede generalizarse a todos los derechos (salud, educación, vivienda, agua, etcétera) y a todos los colectivos que resulta pertinente identificar en términos de derechos humanos (el colectivo LGTB, mujeres, discapacitados, personas mayores, pueblos indígenas, migrantes, etcétera) a fin de otorgarles una protección singular, pues viven privaciones fruto de desigualdades históricas y estructurales.

En resumen, los presupuestos, en general confeccionados por los poderes ejecutivos de los Estados, deben elaborarse a través de técnicas que permitan identificar los gastos dedicados a los derechos humanos y a los colectivos singularmente protegidos en los diversos pactos.

Elaborado el presupuesto, el Comité pasa a analizar la siguiente etapa del ciclo: la aprobación.

Esta es una etapa que se encuentra a cargo de los poderes legislativos. Para realizar su tarea, los legisladores deben contar con la información, el tiempo, los recursos y la autonomía suficientes para examinar las propuestas presupuestarias desde la perspectiva de los

derechos y, cuando corresponda, solicitar que se modifiquen, a fin de promover los derechos de conformidad con las pautas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁷⁸ Asimismo, es necesario que los presupuestos aprobados "se clasifiquen de manera que puedan hacerse comparaciones entre los gastos previstos y efectivos y se pueda supervisar la aplicación del presupuesto en lo relativo a los derechos (...)".⁷⁹ Por otra parte, el CDH considera al presupuesto como "un documento público que no solo es esencial para el Estado y las cámaras legislativas de ámbito nacional y subnacional, sino que también debe ser accesible para la sociedad civil".⁸⁰

Para asegurar la participación, los legisladores "pueden celebrar audiencias sobre las propuestas presupuestarias con las partes interesadas del Estado, entre ellas la sociedad civil, los defensores de la infancia y los propios niños".

Ya aprobado el presupuesto sigue la etapa de su ejecución.

Sobre ese momento, el CDN se refirió a la importancia de la transferencia y gasto de los recursos disponibles y estableció que "los Estados Partes deben adoptar y mantener mecanismos y sistemas de financiación pública transparentes y eficientes a fin de asegurar la rentabilidad de los bienes y servicios adquiridos para promover los derechos".⁸¹

En materia de ejecución presupuestaria, el CDN exige que "los Estados Partes tienen el deber de descubrir y corregir las causas fundamentales de la ineficacia e ineficiencia del gasto público; por ejemplo, la mala calidad de los bienes o servicios, la inadecuación de los sistemas de contratación o gestión financiera, las desviaciones de fondos, las transferencias fuera de tiempo, la indefinición de las funciones y responsabilidades, la escasa capacidad de absorción, la debilidad de los sistemas de información presupuestaria y la corrupción. Cuando los Estados Partes derrochan o gestionan mal los recursos destinados a promover los derechos (...),

76. ONU, CRC/C/GC/19, Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 19 sobre presupuestos públicos para la realización de los derechos de los niños, (artículo 4º), 2016, párr. 73.

77. ONU, CRC/C/GC/19, Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 19 sobre presupuestos públicos para la realización de los derechos de los niños, (artículo 4º), 2016, párrs. 73 y 76.

78. ONU, CRC/C/GC/19, Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 19 sobre presupuestos públicos para la realización de los derechos de los niños, (artículo 4º), 2016, párrs. 88 y 89.

79. ONU, CRC/C/GC/19, Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 19 sobre presupuestos públicos para la realización de los derechos de los niños, (artículo 4º), 2016, párr. 92.

80. ONU, CRC/C/GC/19, Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 19 sobre presupuestos públicos para la realización de los derechos de los niños, (artículo 4º), 2016, párr. 93.

81. ONU, CRC/C/GC/19, Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 19 sobre presupuestos públicos para la realización de los derechos de los niños, (artículo 4º), 2016, párr. 94.

tienen la obligación de explicar los motivos y mostrar cómo se han abordado las causas del problema".⁸²

En este sentido, el CDN requiere a los Estados que durante el ejercicio presupuestario supervisen los resultados de los gastos, a fin de poder intervenir para adoptar medidas correctivas rápidamente.⁸³ Asimismo, los Estados "deben supervisar y analizar la recaudación de ingresos, además del alcance y los resultados de los gastos efectivos (...) durante el ejercicio presupuestario y de un año a otro, entre otras cosas en términos de disponibilidad, calidad, accesibilidad y distribución equitativa de los servicios. Se insta a los Estados Partes a que se aseguren de que disponen de recursos y de capacidad para efectuar esas labores de supervisión y análisis, también respecto de los servicios externalizados al sector privado".⁸⁴

Sobre el modo en que los Estados deben supervisar la ejecución del presupuesto, el CDN elaboró indicaciones específicas, a saber:

a) establecer comparaciones entre lo presupuestado y el gasto real en distintos niveles administrativos de diferentes sectores sociales;

b) publicar un informe exhaustivo de mitad de período, que incluya los gastos efectivos realizados, los ingresos movilizados y la deuda contraída hasta la mitad del ejercicio presupuestario;

c) publicar con mayor frecuencia (mensual o trimestralmente, por ejemplo) informes durante el ejercicio.⁸⁵

Además, el CDN considera clave que los Estados creen mecanismos públicos de rendición de cuentas que permitan también a la sociedad civil supervisar los resultados del gasto público.⁸⁶ Finalmente, "los Estados

Partes deben disponer de procesos de control interno y auditoría para velar por que se apliquen las normas y procedimientos asociados a los gastos efectivos relativos a los [derechos], y que se respeten los procesos de contabilidad y presentación de informes".⁸⁷

Finalmente, el ciclo se cierra con la etapa del seguimiento del presupuesto. Este paso exigirá la elaboración de informes y evaluaciones de fin de ejercicio. Según el CDN, "[l]os informes presupuestarios de fin de ejercicio permiten a los Estados contabilizar, a nivel nacional y subnacional, los ingresos, los préstamos, la cooperación internacional y los gastos efectivos del Estado en relación con los derechos (...). Este tipo de informes son la base sobre la que la sociedad civil y el poder legislativo examinan el rendimiento del presupuesto del ejercicio anterior y, en caso necesario, plantean sus preocupaciones sobre los gastos efectivos".⁸⁸ Es importante que en los informes de fin de ejercicio figuren todos los ingresos recaudados y los gastos efectivos que afectan a los derechos y que sean publicitados.⁸⁹

2.3. Síntesis de la historia interpretativa de la obligación de tomar medidas.

Veamos el camino recorrido por la práctica internacional en la hermenéutica de la expresión "tomar medidas" en lo referido a la política fiscal. Pueden identificarse tres momentos interpretativos, cada uno de mayor profundidad.

En primer lugar, se deja en claro que la obligación de tomar medidas incluye las de carácter presupuestario. Es una aclaración importante, pues muestra que ya desde un inicio existía la conciencia de la relevancia de las decisiones presupuestarias para la efectividad de los derechos.

En un segundo momento, se pasa de la referencia genérica sobre tomar medidas presupuestarias a establecer la obligación de programar las políticas públicas,

82. ONU, CRC/C/GC/19, Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 19 sobre presupuestos públicos para la realización de los derechos de los niños, (artículo 4), 2016, párr. 95.

83. ONU, CRC/C/GC/19, Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 19 sobre presupuestos públicos para la realización de los derechos de los niños, (artículo 4), 2016, párr. 96.

84. ONU, CRC/C/GC/19, Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 19 sobre presupuestos públicos para la realización de los derechos de los niños, (artículo 4º), 2016, párr. 100.

85. ONU, CRC/C/GC/19, Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 19 sobre presupuestos públicos para la realización de los derechos de los niños, (artículo 4º), 2016, párr. 101.

86. ONU, CRC/C/GC/19, Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 19 sobre presupuestos públicos para la realización de los derechos de los niños, (artículo 4º), 2016, párr. 102.

87. ONU, CRC/C/GC/19, Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 19 sobre presupuestos públicos para la realización de los derechos de los niños, (artículo 4º), 2016, párr. 103.

88. ONU, CRC/C/GC/19, Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 19 sobre presupuestos públicos para la realización de los derechos de los niños, (artículo 4º), 2016, párr. 104.

89. ONU, CRC/C/GC/19, Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 19 sobre presupuestos públicos para la realización de los derechos de los niños, (artículo 4º), 2016, párr. 105.

incluido el aspecto presupuestario. Aquí la doctrina internacional es más incisiva. Tomar medidas implica planificar, fijar metas, construir indicadores, evaluar el cumplimiento de esas metas, todo con relación a los derechos establecidos en los pactos.

En el tercer momento, que hoy protagonizamos, la doctrina va más allá, exigiendo que todo el proceso presupuestario se resignifique en términos de derechos humanos. La técnica presupuestaria surgió en la historia del Estado de Derecho para posibilitar el control parlamentario de los gastos públicos. Es una pieza estratégica en la configuración histórica de la división de poderes. Paso a paso se fue construyendo hasta presentar los caracteres contemporáneos. Una de las formas de enfocar el presupuesto es a través de lo que se denomina "vida de la ley de presupuesto" o "ciclo presupuestario", expresiones que delatan el carácter temporal y recurrente del proceso, signado por leyes que tienen acotado el ámbito de validez temporal (principio de anualidad presupuestaria, consagrada en la mayoría de las constituciones modernas, sin perjuicio de la importancia creciente de la planificación plurianual). Dicho ciclo, en general, implica cuatro etapas básicas, vinculadas a diferentes poderes del Estado: a) la elaboración del proyecto de ley de presupuesto por parte de los poderes ejecutivos o gobiernos; b) el debate y la aprobación legislativa de la ley de presupuesto; c) la ejecución del presupuesto por parte de los ejecutivos y gobiernos; d) el control de la ejecución de presupuesto por órganos específicos, muchos de ellos dependientes de los poderes legislativos.⁹⁰ Como se ve, hay una correlación entre etapas presupuestarias e intervención de diferentes poderes estatales, a fin de plasmar las dos facetas habitualmente atribuidas al presupuesto: planificación de las políticas públicas y control parlamentario del gasto público.⁹¹

Esa técnica característica de las constituciones es ahora apropiada por la doctrina internacional para

reformular la obligación de tomar medidas de carácter presupuestario. Y, como vimos, hay una disección de cada etapa presupuestaria, a fin de conceptualizarla en términos de derechos humanos.

Los órganos de protección se introducen, así, en la faz institucional de los Estados. Los derechos protegidos en el Pacto exigen reformas institucionales. Esta veta se encuentra profundizada a través de exigencias complementarias, algunas ya aludidas y que a continuación examinamos.

2.4. La obligación inmediata de asegurar un buen gobierno en materia financiera: la justiciabilidad, la participación y la transparencia.

En segundo lugar, las medidas inmediatas incluyen las instituciones englobadas en la expresión "buen gobierno", empleada en la Observación General N° 12 del Comité DESC. Según este, "la formulación y aplicación de estrategias nacionales para el derecho a la alimentación exige el pleno cumplimiento de los principios de responsabilidad, transparencia, participación popular, descentralización, capacidad legislativa e independencia de la magistratura. Es esencial un buen gobierno para la realización de los derechos humanos, incluida la eliminación de la pobreza, y para asegurar medios de vida satisfactorios para todos".⁹²

De este conjunto de instituciones, y habiendo ya mencionado la rendición de cuentas (como aspecto de la etapa de seguimiento en el ciclo presupuestario), destaco tres de ellas, aquí centrales para la práctica presupuestaria: la independencia de la magistratura (que complementa la justiciabilidad de los derechos), la participación popular y la transparencia (que se perfecciona con el derecho de acceder a la información).

Tal como señalan Elson, Balakrishnan y Heintz, el rol del Estado no es el de un mero administrador de los recursos existentes, sino el de una institución que debe movilizar recursos adicionales. Y estos, además de financieros, son también, como ya indicamos, recursos humanos, tecnológicos, organizacionales, relativos a

90. Remito a lo expuesto de forma sistemática en *Derecho Constitucional Presupuestario*, ya citado, en particular a sus capítulos V "El principio de reserva de ley", VI "La vida de la ley de presupuesto: preparación, aprobación, ejecución, modificación durante su ejecución y control" y VII "La vigencia temporal de la ley".

91. Sobre estas dos facetas políticas de los presupuestos públicos, ver sentencia del Tribunal Constitucional español: STC 3/2003.

92. ONU, E/C.12/1999/5, Comité DESC, Observación General N° 12, "El derecho a una alimentación adecuada" (artículo 11º), 12 de mayo de 1999, párr. 23.

la información pública, entre otros.⁹³ Es decir: el Estado debe reconfigurarse a sí mismo en múltiples aspectos como consecuencia de los tratados de derechos humanos a los que se somete. Se trata, como ya aludimos, de los efectos institucionales de los pactos internacionales.

Varios de estos aspectos institucionales fueron destacados por la Asamblea de la ONU, al alentar "a los Estados miembro a que intensifiquen voluntariamente los esfuerzos para mejorar la transparencia, la participación y la rendición de cuentas en el ámbito de las políticas fiscales", con remisión a la Iniciativa Mundial para la Transparencia Fiscal y sus Principios de alto nivel para la participación, la rendición de cuentas y la transparencia fiscal de 2012.⁹⁴

Según la síntesis efectuada por la Comisión Interamericana, "los derechos de participación, rendición de cuentas, transparencia y acceso a la información son principios fundamentales plenamente aplicables a las políticas fiscales. De ese modo, deben implementarse en todo el ciclo de las políticas, desde la elaboración de los presupuestos y los códigos tributarios o la asignación de gastos hasta la supervisión y evaluación de las consecuencias".⁹⁵

Veamos brevemente cada uno de estos aspectos institucionales en particular.

2.4.1. La obligación inmediata de garantizar el acceso a la Justicia. La justiciabilidad de las cuestiones que involucran recursos públicos.

93. BALAKRISHNAN, Radhika; HEINTZ, James y ELSON, Diane, "Rethinking economic policy for social justice. The radical potential of human rights", en NOLAN, Aoife; O'CONNELL, Rory y HARVEY, Colin (editores), *Human rights and Public Finance. Budget & the promotion of economic and social rights*, Hart Publishing, Oregon, 2013, Routledge, 2016, p. 14.

94. ONU, A/RES/67/218, Resolución 67/218 del 21 de diciembre de 2012, "Promoción de la transparencia, la participación y la rendición de cuentas en el ámbito de las políticas fiscales". Los principios mencionados en la resolución fueron elaborados por Global Initiative for Fiscal Transparency. En 2016 se han publicado unos nuevos "Principios de Participación Pública en Política Fiscal". Allí se enuncian 10 principios: accesibilidad, apertura, inclusividad, respeto de la autodeterminación, oportunidad, profundidad, proporcionalidad, sostenibilidad, complementariedad y reciprocidad. Pueden verse también, aunque ya sin mención de los derechos humanos: IFM, *Fiscal Transparency Code*, 2014; OECD, *Best Practices for Budget Transparency*, 2002, y World Bank, *Module on Fiscal Transparency*.

95. Comisión IDH, OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147, "Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas", 2017, párr. 502.

Si bien en su inicio el Comité DESC no afirmó con claridad la justiciabilidad de los derechos, esta cualidad se fue afirmando en las sucesivas observaciones generales.⁹⁶ En efecto, en su Observación General N° 9 el Comité DESC estableció categóricamente la justiciabilidad de los derechos sociales, al señalar que "en lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto. El Comité ya ha aclarado que considera que muchas de las disposiciones del Pacto pueden aplicarse inmediatamente. Así, en la Observación General N° 3 se citaba, a título de ejemplo, el artículo 3°, el inciso i) del apartado a) del artículo 7°, el artículo 8°, el párrafo 3 del artículo 10°, el apartado a) del párrafo 2 del artículo 13, los párrafos 3 y 4 del artículo 13 y el párrafo 3 del artículo 15. A este respecto, es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones). Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad".⁹⁷

De acuerdo con la Observación General N° 12, "toda persona o grupo que sea víctima de una violación del derecho a una alimentación adecuada debe tener acceso a recursos judiciales adecuados o a otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional".⁹⁸ Por su parte, en su

96. Sobre la judicialización, el texto básico sigue siendo el de ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, 2002. Ver también: Comisión Internacional de Juristas, *Los tribunales y la exigibilidad legal de los DESC. Experiencias comparadas de justiciabilidad*, 2009. Una síntesis de mi visión sobre el control judicial sobre derechos humanos y presupuestos públicos, ver: CORTI, Horacio, "Modelos de control judicial de las restricciones financieras en el derecho comparado: la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina sobre el derecho a la vivienda" (en prensa).

97. ONU, E/C.12/1998/24, Comité DESC, Observación General N° 9, "La aplicación interna del Pacto", 3 de diciembre de 1998, párr. 10.

98. ONU, E/C.12/1999/5, Comité DESC, Observación General N° 12, "El derecho a una alimentación adecuada" (artículo 11°), 12 de mayo de 1999, párr. 32.

Declaración de 2007, el Comité de los Derechos del Niño *"recomienda que los Estados Partes velen por que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan dar plena justiciabilidad a los derechos económicos, sociales y culturales de los niños, para garantizar la plena realización de esos derechos"*.⁹⁹

Tal como resumió el asunto Louise Arbour, *"la simplificada visión entre derechos justiciables y no justiciables no supera un escrutinio detallado. Ella está contradicha por la realidad y es contraria a la visión unificada de los derechos humanos que subyace al sistema internacional de derechos humanos"*.¹⁰⁰

Tomar medidas legislativas para asegurar la justiciabilidad de los derechos es una obligación inmediata, no sujeta a restricciones financieras. Este punto es central, pues en aquellos ordenamientos jurídicos nacionales en los que no esté reconocida dicha justiciabilidad (o donde hay diferencias respecto de los derechos civiles y políticos), deben efectuarse las reformas constitucionales o legislativas necesarias que permitan el acceso a la Justicia, sin condicionamientos económicos.¹⁰¹ Más allá de las regulaciones nacionales, una vez que un Estado adhiere al Pacto convierte a estos derechos en derechos subjetivos en sentido técnico, conforme a la clásica designación de Kelsen en su teoría pura del derecho.

99. ONU, Comité de los Derechos del Niño, Declaración en el marco del Día de Discusión General sobre "Recursos para los derechos del niño. Responsabilidad de los Estados", 5 de octubre de 2007, párr. 44.

100. *Statement by Ms. Louise Arbour, High Commissioner for Human Rights to the Open-ended Working Group on an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 31 de marzo de 2008.

101. Así, por ejemplo, el Comité DESC señaló respecto de la situación de España, que "le preocupa que, a excepción del derecho a la educación que está incluido dentro de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución, los derechos económicos, sociales y culturales solamente son considerados por el Estado parte como principios rectores de la política social y económica, de la legislación y de la práctica judicial. Al Comité también le preocupa que las disposiciones del Pacto hayan sido invocadas y aplicadas pocas veces ante los tribunales del Estado parte". Por ende, "el Comité insta al Estado parte a que, en virtud del principio de indivisibilidad, universalidad e interdependencia de los derechos humanos, adopte las medidas legislativas pertinentes para garantizar a los derechos económicos, sociales y culturales un nivel de protección análogo al que se aplica a los derechos civiles y políticos. Asimismo, el Comité recomienda al Estado parte que tome las medidas adecuadas para asegurar la plena justiciabilidad y aplicabilidad de todas las disposiciones del Pacto por los tribunales nacionales", ONU, E/C.12/ESP/CO/5 Comité DESC, "Examen de los informes presentados por los Estados Parte en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto", 2012, párr. 6.

La justiciabilidad, luego, se enmarca en una serie de garantías que hacen a la tutela judicial efectiva y al debido proceso: independencia de los órganos jurisdiccionales; necesidad de asegurar la gratuidad en el acceso, por ejemplo, a través de defensorías públicas gratuitas; financiación suficiente de las instituciones que componen los poderes judiciales (incluidos los ministerios públicos), etc.

Aquí es preciso hacer una interpretación integradora de diferentes documentos, a fin de darle contenido a la tutela judicial efectiva respecto de los derechos reconocidos en el PIDESC. Aceptada la justiciabilidad, resulta pertinente tener en cuenta las reglas que pueden resultar aplicables contenidas en el PIDCP, en particular, el inicio del artículo 14, según el cual *"todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil"*.

Este artículo a su vez fue interpretado por el CDH por medio de su Observación General N° 32 sobre el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, que es una guía importante para concretar la tutela judicial efectiva respecto de todos los derechos, incluidos los económicos, sociales y culturales.¹⁰²

Como señala, por su parte, la Corte Interamericana, el art. 8° de la Convención no contiene solo una garantía a un recurso, según la literalidad del texto, *"sino el conjunto de requisitos que debe reunirse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención"*.¹⁰³

Es indudable que garantías como la igualdad ante la justicia, la no discriminación, el carácter independiente e imparcial de los jueces o la posibilidad efectiva de acceder a los tribunales aun careciendo de recursos económicos son todos aspectos extensibles a

102. ONU, CCPR/C/GC/32, CDH, Observación General N° 32, "El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia", 2007.

103. Ver los artículos 8° y 25 de la CADH, y CIDH, Opinión Consultiva 9/1987, "Las garantías judiciales en estado de emergencia". Ver el comentario a ambos artículos en STEINER, Christian y URIBE, Patricia (editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Eudeba, 2014.

todos los derechos, con independencia del tratado que los consagre.¹⁰⁴

En materia de derechos sociales es necesario instaurar mecanismos que aseguren de forma efectiva su justiciabilidad, es decir, el acceso, ya que las mismas desigualdades sociales que impiden gozar de los derechos son las que, de forma simultánea, obstaculizan la posibilidad real de plantear un caso ante la Justicia.

En este punto es particularmente fructífera la experiencia latinoamericana de establecer defensorías públicas, órganos autónomos encargados de brindar asistencia jurídica gratuita a toda persona que carezca de recursos económicos a fin de que pueda acudir a la Justicia en defensa de sus derechos, incluidos los derechos sociales. Tal circunstancia fue destacada por la OEA en varias resoluciones, señalando, de forma general, *"que el acceso a la justicia, en tanto derecho humano fundamental es, a la vez, el medio que permite restablecer el ejercicio de aquellos derechos que hubiesen sido desconocidos o vulnerados"* y, de forma específica, *"la importancia fundamental que tiene el servicio de asistencia letrada gratuita para la promoción y protección del derecho de acceso a la Justicia de todas las personas, en particular de aquellas que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad"*. Por tal razón, resolvió *"apoyar el trabajo que vienen desarrollando los Defensores Públicos Oficiales de los Estados del Hemisferio, el cual constituye un aspecto esencial para el fortalecimiento del acceso a la justicia y la consolidación de la democracia"*.¹⁰⁵

También se refirió la OEA al aseguramiento de las condiciones financieras de las defensas públicas, al *"destacar la importancia de la independencia, autonomía funcional, financiera y/o presupuestaria de la defensa pública oficial, sin perjuicio de la diversidad de los sistemas jurídicos"*

104. Complementariamente ver los "Principios de Bangalore sobre la conducta judicial", E/CN.4/2003/65, aprobados por el Grupo Judicial de Reforzamiento de la Integridad Judicial, 2002, y las "Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad", aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008. También: la Comisión Internacional de Juristas, "Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales", 2007. UNODOC, *Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial*, 2013.

105. OEA. AG/RES. 2656 (XLI-O/11) 1. "Garantías para el acceso a la justicia. El rol de los defensores públicos oficiales", 2011. Ver de forma concordante: OEA. AG/RES. 2714 (XLII-O/12); OEA. AG/RES. 2821 (XLIV-O/14); OEA. AG/RES. 2887 (XLVI-O/16).

de cada país, como parte de los esfuerzos de los Estados Miembros para garantizar un servicio público eficiente, libre de injerencias y controles indebidos por parte de otros poderes del Estado que afecten su autonomía funcional y cuyo mandato sea el interés de su defendido o defendida".

Es este un ámbito para construir en el área de los derechos sociales, ya que, al ser superada la discusión sobre la justiciabilidad en general, es necesario avanzar de forma más precisa en las condiciones y características que ella debe tener para asegurar la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso justo.

Volviendo a la cuestión específicamente financiera, el Comité DESC sí dejó en claro que el hecho de estar involucrados los recursos del Estado no es un obstáculo para garantizar la justiciabilidad de los derechos, al señalar que *"a veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad"*.¹⁰⁶

Destaco el juicio del Comité, que se compadece con los datos empíricos de los derechos positivos nacionales, no siempre tenidos en cuenta en las discusiones sobre el tema: en general, los tribunales nacionales ya intervienen en litigios que tienen consecuencias para los recursos disponibles, es decir, consecuencias presupuestarias. Allí donde el Estado es de alguna manera demandable ante un órgano jurisdiccional, las decisiones habitualmente que condenan al Estado implican obligaciones de dar sumas de dinero, es decir, gasto público. Basta pensar en litigios patrimoniales típicos del contencioso administrativo: juicios de repetición de impuestos, demandas de tenedores de títulos públicos, acciones de

106. ONU, E/C.12/1998/24 3, Comité DESC, "La aplicación interna del Pacto", Observación General N° 9, diciembre de 1998, párr. 10.

daños y perjuicios contra el Estado, reclamos de contratistas públicos, etc. Ciertamente, habrá muchos matices procesales, de acuerdo con cómo sean tanto el control de constitucionalidad como el control de la administración en cada sistema nacional, pero en la medida en que se permite la discusión ante un órgano jurisdiccional se habilita la discusión de cuestiones que involucran recursos públicos y se generan procesos cuyas decisiones finales pueden implicar condenas patrimoniales y, por ende, asignaciones o reasignaciones presupuestarias.¹⁰⁷ Los litigios sobre derechos sociales solo vienen, en todo caso, a profundizar esta tradición.

Queda claro el principio: la discusión de recursos financieros no es un obstáculo para que una cuestión sea excluida del conocimiento de los tribunales, es decir, para la justiciabilidad de los derechos en juego.

De tal manera se reduce el espacio argumental en los derechos nacionales para alegar que las decisiones sobre el gasto público son cuestiones políticas no justiciables o que la decisión presupuestaria se configura como un acto institucional, dos de los mecanismos doctrinarios tradicionales para ampliar al máximo la discrecionalidad presupuestaria y reducir, a la vez, el ámbito del control por parte de los tribunales.¹⁰⁸

Esta diversidad de aspectos fue destacada en el Informe del Secretario General de la ONU sobre la cuestión del ejercicio efectivo, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales.¹⁰⁹ Allí se destaca con claridad que *"el derecho a interponer recursos en caso de violaciones de los derechos humanos es un elemento fundamental de la noción misma de derechos humanos. La Declaración Universal de Derechos Humanos establece*

*en su artículo 8º que toda persona tiene derecho a interponer un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley*¹¹⁰. Esto se aplica igualmente a todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Ahora bien, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales carece de una disposición específica que obligue a los Estados Partes a proporcionar recursos efectivos en estos casos (en contraste con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que incluye una cláusula de este tipo en el artículo 2º, párrafo 3). No obstante, toda falta de claridad ha sido ampliamente superada gracias a la labor interpretativa de los órganos de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas y a la labor realizada por los titulares de mandatos de procedimientos especiales durante los últimos veinte años, período durante el cual el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas sistemáticamente ha reconocido el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales".¹¹¹

En resumen: a) la justiciabilidad es una cualidad de los derechos reconocidos en el PIDESC, que no depende de los recursos del Estado y que, por ende, debe ser asegurada de forma inmediata; b) la justiciabilidad también involucra una serie de garantías, como la igualdad en el acceso a la Justicia y la imparcialidad de los tribunales, que no son exclusivos de la protección judicial de los derechos civiles y políticos; c) los Estados deben asegurar la financiación de las instituciones que garantizan el acceso a la Justicia de las personas y colectivos sin recursos, y, en fin, d) que un litigio involucre recursos públicos no es un obstáculo para aquella justiciabilidad.

Claro, la justiciabilidad es una propiedad de los derechos que requiere estructuras institucionales que dependen causalmente de recursos económicos. Lo que viene a decirse aquí es que el Estado no puede alegar escasez de recursos para negar o limitar la justiciabilidad de los derechos. Esto significa que debe asignar recursos

¹⁰⁷. Sobre la ejecución de sentencias patrimoniales contra los Estados, ver: CORTI, Horacio, *Derecho Constitucional Presupuestario* ya citado, en particular, el capítulo XIII "Ley de presupuesto y decisiones judiciales. La construcción histórica de su vínculo (1853-1983)"; el capítulo XIV "Ley de presupuesto y decisiones judiciales. La emergencia permanente (1983-2003)"; y el capítulo XV "Ley de presupuesto y sentencias judiciales. El régimen jurídico actual". Una síntesis reciente puede verse en SCHAFFRIK, Fabiana, "La ejecución de sentencias contra el Estado y el respeto a la tutela judicial efectiva", en *Derechos humanos y restricciones financieras*, Revista Institucional de la Defensa Pública, N° 11, año 7, CABA, 2017.

¹⁰⁸. Ver: CORTI, Horacio, *Derecho Constitucional Presupuestario*, ya citado, capítulo XVIII "La lesión de los derechos humanos, ¿condicionalidad o subordinación?" y capítulo XIX "La cláusula presupuestaria y el control judicial".

¹⁰⁹. ONU, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/25/31, Asamblea General, 2013.

¹¹⁰. Véanse también la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 6º, y los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

¹¹¹. ONU, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/25/31, Asamblea General, 2013, párr. 2.

suficientes para garantizar el acceso a la Justicia, la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso justo en todas sus dimensiones analíticas.

2.4.2. La obligación inmediata de asegurar mecanismos efectivos de participación en materia financiera.

En general, los diferentes aspectos de la vida del presupuesto (elaboración, aprobación, ejecución y control) se encuentran en manos de expertos técnicos, en un entramado institucional altamente complejo.¹¹² Estas características tienden a que todo el proceso adquiera un carácter opaco, ajeno a la vida ciudadana y que cierra las puertas a los ciudadanos ordinarios para poder participar en él; por ello es necesario que las distintas etapas de la vida de la ley de presupuesto estén atravesadas por los principios de participación y transparencia que se analizarán seguidamente.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos protege el derecho a la participación en diferentes documentos. Así, el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluye el derecho de todas las personas a participar en la dirección de los asuntos públicos, derecho que abarca todos los aspectos de la administración pública, así como la formulación y aplicación de políticas a nivel internacional, nacional, regional y local.¹¹³

La tendencia interpretativa consiste en entender la participación política de forma amplia, no sólo circunscrita a los procesos políticos de elección de autoridades estatales. Se trata de la participación directa de los plurales actores afectados por las decisiones públicas en los diferentes procesos políticos a través de los cuales se manifiesta la voluntad estatal. Esta visión amplia de la

idea de participación está en desarrollo también en los ámbitos nacionales. Así, la Corte Constitucional de Colombia destacó que este derecho implica "adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual".¹¹⁴

El derecho a la participación está mencionado en varias observaciones generales del Comité DESC. En la Observación General N° 4 se sostiene que "por razones de pertinencia y eficacia, así como para asegurar el respeto de los demás derechos humanos, tal estrategia deberá reflejar una consulta extensa con todas las personas afectadas y su participación, incluidas las personas que no tienen hogar, las que están alojadas inadecuadamente y sus representantes".¹¹⁵ En la Observación General N° 14, se sostiene que "al formular y ejecutar las estrategias nacionales de salud deberán respetarse, entre otros, los principios relativos a la no discriminación y la participación del pueblo".¹¹⁶ Y en la Observación General 20 sobre el principio de igualdad y no discriminación, el Comité señala que "los individuos y grupos de individuos que pertenezcan a alguna de las categorías afectadas por uno o varios de los motivos prohibidos de discriminación deben poder participar en los procesos de toma de decisiones relativas a la selección de esas medidas".¹¹⁷

114. Sentencia C-180, del 14 de abril de 1994. Ver el comentario de BERNALES BALLESTEROS, Enrique, "El derecho humano a la participación política", en *Revista Derecho PUCP*, N° 59, 2006.

115. ONU, E/1991/23, Comité DESC, Observación General N° 4, "El derecho a una vivienda adecuada", (artículo 11°, párrafo 1), párrafo 12, 13 de diciembre de 1991.

116. ONU, E/C.12/2000/4, ONU, E/C.12/2000/4, Comité DESC, Observación General N° 14, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud", (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 11 de agosto de 2000, párr. 54. Y luego se agrega: "[U]n factor integrante de toda política, programa o estrategia con miras al cumplimiento de las obligaciones gubernamentales en virtud del artículo 12 es el derecho de los particulares y grupos a participar en el proceso de adopción de decisiones que puedan afectar a su desarrollo. Para promover la salud, la comunidad debe participar efectivamente en la fijación de prioridades, la adopción de decisiones, la planificación y la aplicación y evaluación de las estrategias destinadas a mejorar la salud. Sólo podrá asegurarse la prestación efectiva de servicios de salud si los Estados garantizan la participación del pueblo".

117. ONU, E/C.12/GC/20, Comité DESC, Observación General N° 20, "La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales", 2 de julio de 2009, párr. 36.

112. O' CONNELL, Rory; NOLAN, Aoife; HARVEY, Colin; DUTSCHKE, Mira y ROONEY, Eoin, *Applying an International Human Rights Framework to State Budget Allocations: Rights and Resources*, Ed. Routledge, 2014, p. 15.

113. SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena, "Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights", ONU, A/HRC/23/36, y CCPR/C/21/Rev.1/ Add.7, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 25. Véase también Cepal, *De la retórica a la práctica: el enfoque de derechos humanos en la protección social en América Latina*, 2014, pp. 31-33. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/de-la-retorica-la-practica-el-enfoque-de-derechos-en-la-proteccion-social-en-america>

Es muy elocuente el Comité de Derechos del Niño en lo relativo a la participación en materia presupuestaria.

En la Declaración de 2007, se destacan varios aspectos de la participación.

En particular, el Comité *"subraya la importancia de garantizar que el proceso de asignación de recursos sea lo más participativo posible y que los niños y sus padres participen desde el principio en el desarrollo, la ejecución y el seguimiento del proceso presupuestario. También subraya la importancia de una participación efectiva de la sociedad civil en la elaboración de políticas y en los procesos presupuestarios, según proceda"*.

A ello se suma el impacto positivo que *"un proceso transparente y democrático de decisiones sobre el presupuesto del Estado tiene sobre los derechos económicos, sociales y culturales"*.

Y se destaca que los Estados deben informar no solo sobre las asignaciones presupuestarias que han realizado para efectivizar los derechos, sino también sobre el *"proceso mediante el cual se hicieron esas asignaciones y de la medida en que los niños, sus padres y las comunidades participaron en la decisión proceso de fabricación"*.¹¹⁸

En suma, los Estados tienen la obligación de abrir el proceso presupuestario a los plurales actores afectados en todas sus etapas: elaboración, aprobación, ejecución y seguimiento.¹¹⁹

2.4.3. La obligación inmediata de asegurar la transparencia y el derecho de acceso a la información en materia financiera.

La complejidad institucional, el carácter cerrado para los ciudadanos del proceso presupuestario, se continúa en las dificultades para obtener información. Como es sabido, no puede haber genuina participación pública sin un adecuado acceso a la información.¹²⁰

118. ONU, Comité de los Derechos del Niño, Declaración en el marco del Día de Discusión General sobre "Recursos para los derechos del niño. Responsabilidad de los Estados", 5 de octubre de 2007, párrs. 35, 36 y 37.

119. En este contexto puede insertarse y reinterpretarse el presupuesto participativo, técnica específica de participación hoy en desarrollo en el derecho comparado. La bibliografía sobre el tema es creciente, ver: *Derecho Constitucional Presupuestario*, ya citado, capítulo X "Publicidad, transparencia y participación".

120. Véase Cepal, *De la retórica a la práctica: el enfoque de derechos humanos en la protección social en América Latina*, 2014, pp.

El deber de transparencia de los Estados y el derecho a la información de los ciudadanos son dos aspectos considerados en diversos documentos internacionales.

En cuanto al acceso a la información, puede verse, entre otras, la Observación General N° 15, en la que se destaca que *"la accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua"*.¹²¹

En la Declaración de 2007 del Comité de los Derechos del Niño se postula en particular la transparencia en materia presupuestaria, clasificándola en interna (dada la complejidad institucional del proceso presupuestario al interior mismo del Estado) y externa.

Allí se señala que *"dado que los presupuestos nacionales son documentos políticos fundamentales que reflejan las prioridades de los gobiernos, el grado en que el presupuesto sirve como instrumento para la realización de los derechos de los niños está estrechamente relacionado con el grado de eficacia y eficiencia del presupuesto y da prioridad a las inversiones para los niños. Por lo tanto, es crucial que los Estados Partes garanticen consistentemente la transparencia del proceso de asignación presupuestaria, tanto interna como externamente. La transparencia interna implica que la información sobre los ingresos y los gastos esté a disposición de todos los organismos gubernamentales encargados de realizar evaluaciones de impacto sobre la manera en que las decisiones importantes en materia de gastos pueden afectar a los niños. Se entiende por transparencia externa que el presupuesto debe ser abierto y accesible a todas las partes interesadas, incluida la sociedad civil, y que la información sobre las opciones presupuestarias y las asignaciones esté a disposición del público en un lenguaje comprensible y fácil de entender para los niños"*.¹²²

A ello se agrega que *"los datos presupuestarios pueden ser difíciles de obtener y verificar, y pueden verse afectados en algunos casos por la escasa capacidad presupuestaria y, en algunos casos, por la corrupción. Por lo tanto, una sistematización precisa de datos e indicadores, así como un análisis efectivo del presupuesto, son requisitos*

33-34. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/de-la-retorica-la-practica-el-enfoque-de-derechos-en-la-proteccion-social-en-america>

121. ONU, E/C.12/2002/11, Comité DESC, Observación General N° 15, "El derecho al agua", (artículos 11° y 12), párr. 12, 20 de enero de 2003.

122. ONU, Comité de los Derechos del Niño, Declaración en el marco del Día de Discusión General sobre "Recursos para los derechos del niño. Responsabilidad de los Estados", 5 de octubre de 2007, párr. 32.

particularmente importantes para el monitoreo de los esfuerzos hacia la realización de los derechos económicos, sociales y culturales para los niños".¹²³

El deber de los Estados de elaborar los presupuestos públicos de un modo transparente fue remarcado por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 19. Allí estableció que "los Estados Partes deben establecer y mantener unos sistemas y prácticas de gestión de las finanzas públicas que estén abiertos a examen, así como información sobre los recursos públicos a la que se pueda acceder libremente cuando convenga. La transparencia contribuye a la eficiencia y frena la corrupción y la mala gestión de los presupuestos públicos, lo que a su vez aumenta los recursos públicos disponibles para promover los derechos del niño. La transparencia es también un requisito básico para hacer posible la participación significativa en el proceso presupuestario de los poderes ejecutivo y legislativo, así como de la sociedad civil, incluidos los niños. El Comité destaca la importancia de que los Estados Partes promuevan activamente el acceso a la información sobre ingresos públicos, asignaciones y gastos relacionados con la infancia, y que adopten políticas para apoyar y alentar la colaboración constante con el poder legislativo y la sociedad civil, incluidos los niños".¹²⁴

También se ha destacado que los procesos de toma de decisión en materia de tributos y recaudación de impuestos deben estar guiados por el principio de "plena transparencia y el diálogo nacional más amplio posible, con la participación efectiva y significativa de la sociedad civil y de los que se verán directamente afectados por esas políticas, incluidas las personas que viven en la pobreza".¹²⁵

Asimismo, todos los aspectos de la política fiscal deben, en palabras de la Relatora de Pobreza Extrema de la ONU, "someterse al escrutinio de la población durante las etapas de elaboración, aplicación y evaluación, identificando los distintos intereses de forma transparente. Esto requerirá el fomento de las capacidades y la promoción de la

educación fiscal entre la población. La población debe tener acceso a toda la información pertinente en un formato accesible y comprensible, y deben implantarse mecanismos inclusivos para que los ciudadanos participen activamente en la elaboración de las opciones políticas más adecuadas".¹²⁶

Como resume el asunto el propio Comité DESC, "para determinar si un Estado Parte ha adoptado medidas razonables hasta el máximo de los recursos de que disponga para lograr progresivamente la plena efectividad de las disposiciones del Pacto, el Comité atribuye suma importancia a que en el Estado Parte se cuente con procesos de adopción de decisiones transparentes y participativos".¹²⁷

2.4.4. Síntesis de la obligación de tomar medidas y su impacto en la materia financiera.

La obligación de tomar medidas establecida en el artículo 2.1 del PIDESC es una obligación de carácter inmediato, no sujeta a las restricciones financieras, y ha sido interpretada de forma evolutiva por los órganos de protección de derechos humanos.

Dicha obligación presenta las siguientes facetas:

- a) su primer nivel de interpretación implica que los Estados deben tomar medidas de carácter presupuestario;
- b) un segundo nivel, más profundo, exige que los Estados planifiquen sus políticas públicas, determinen metas, establezcan los recursos que asignan a esas metas, fijen indicadores, elaboren cronogramas, etcétera. Es decir, que planifiquen sus políticas públicas en términos de derechos humanos, incluyendo el aspecto fiscal;
- c) un tercer nivel, más profundo aún, contiene la obligación de reorganizar todo el proceso presupuestario (elaboración, aprobación, ejecución y control) desde la óptica de los derechos humanos;
- d) todo el proceso presupuestario, a su vez, debe estar abierto a la participación pública;
- e) todo el proceso presupuestario debe ser transparente y susceptible de ser objeto de un derecho a la información;

¹²³ ONU, Comité de los Derechos del Niño, Declaración en el marco del Día de Discusión General sobre "Recursos para los derechos del niño. Responsabilidad de los Estados", 5 de octubre de 2007, párr. 33.

¹²⁴ ONU, CRC/C/GC/19, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 19 (2016) sobre presupuestos públicos para la realización de los derechos de los niños (art. 4°), párr. 62.

¹²⁵ SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena, "Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos", A/HRC/26/28, 22 de mayo de 2014, párr. 22.

¹²⁶ SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena, "Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos", A/HRC/26/28, 22 de mayo de 2014, párr. 23.

¹²⁷ Comité DESC, Declaración de 2007 sobre la Evaluación de la Obligación de Adoptar Medidas hasta el "máximo de los recursos de que disponga" de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto, párr. 11.

f) los derechos deben ser justiciables, y deben asegurarse una serie de garantías procesales e institucionales que hacen al proceso justo y al efectivo acceso a la Justicia de las personas que carecen de recursos;

g) el hecho de estar involucrados recursos públicos no es un obstáculo para la justiciabilidad de los derechos.

Se aprecia que la doctrina internacional tiene un impacto institucional para los Estados. No se trata solo de hacer efectivo los derechos, sino de hacerlo a través de determinados mecanismos institucionales, que permitan el involucramiento democrático y plural de todos los ciudadanos en el proceso presupuestario, el acceso a toda la información presupuestaria relevante y el efectivo acceso a los tribunales para hacer cesar las lesiones a los derechos.

3. El principio de igualdad y la obligación inmediata de no discriminar por medio de las técnicas financieras de los Estados.

Expongo, en primer lugar, un enfoque general sobre la igualdad (**punto 3.1.**), para luego considerar la igualdad en el PIDESC, tomando en cuenta sus múltiples aspectos (**punto 3.2.**). Luego nos detenemos en las proyecciones respecto de la política fiscal (**punto 3.3.**).

3.1. Enfoque general sobre la igualdad.

La igualdad es un valor central del mundo moderno, que se postuló de forma polémica frente a los privilegios y jerarquías del Antiguo Régimen. El impacto histórico, simbólico y político del proceso revolucionario francés es aquí innegable. Esto significa que la desigualdad es disvaliosa. Y, como puede constatarse históricamente, la desigualdad conduce a la opresión y a la dominación. El punto central de la desigualdad es el poder. En la medida en que la desigualdad de poder sea significativa, ella va a derivar, por su propio movimiento, en la dominación de unos sobre otros.¹²⁸ El mundo contemporáneo,

¹²⁸. De ahí la máxima del liberalismo político, según la cual cuando un poder tiende naturalmente a concentrarse es preciso establecer reglas e instituciones para fragmentarlo o dividirlo. Asegurar el equilibrio de todos los poderes (políticos, sociales, culturales, económicos) es necesario para evitar la opresión de unos sobre otros. Sobre los diferentes aspectos de la división y el equilibrio de los poderes, ver las distinciones de

organizado alrededor del crecimiento económico continuo, ha generado acumulaciones de riqueza, pero también desigualdades inéditas, con diferencias abismales de poder entre situaciones de pobreza y riqueza extremas.¹²⁹

Esto no significa que sean disvaliosas las diferencias entre las personas. Por el contrario, la igualdad exige que esas diferencias no sean un motivo para justificar una discriminación.

Forjada en los ámbitos políticos y constitucionales nacionales, la igualdad es uno de los valores centrales protegidos por el sistema internacional de derechos humanos. De acuerdo con el artículo 1º de la Declaración Universal "*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*".¹³⁰

Esta es la afirmación más básica de la igualdad, en cuanto postula la igual dignidad de todos y, a la vez, la igual distribución entre todos de los derechos declarados en el sistema universal.

También esta proposición de la Declaración Universal es decisiva por mostrar la continuidad, por un lado, entre libertad e igualdad. Se trata de distribuir de forma igualitaria la libertad. De acuerdo con un lema sintético:

WALDRON, J., "Separation of Powers and the Rule of Law", en *Political, political theory*, Harvard, Cambridge, 2016.

¹²⁹. ALSTON, Philip, "Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights", A/HRC/29/31, 2015. Como señala asimismo el Comité DESC, "el crecimiento económico no ha conducido por sí mismo a un desarrollo sostenible y hay personas y grupos de personas que siguen enfrentando desigualdades socioeconómicas, a menudo como consecuencia de arraigados patrones históricos y de formas contemporáneas de discriminación", Observación General N° 20, párr. 1. Ver: ORTIZ, Isabel, *Changing the World. Policies to Reduce Income Inequality, with a focus on Social Protection*, OIT, 2013, (donde se presenta un cuadro histórico sobre el índice de Gini entre 1820 y 2022).

¹³⁰. Este artículo da lugar a una pluralidad de niveles de análisis, que exceden este trabajo. Solo tres menciones. En cuanto constatación empírica, el enunciado es falso. La desigualdad y las condiciones de vida indignas son una evidencia universal. Una falsedad afirmada como tal es una ficción. Desde esta óptica, estamos ante una Ficción Fundadora. Hay también aquí una dimensión utópica, como si se dijera: imagínese un mundo donde todos los seres humanos sean libres e iguales en dignidad y derechos. En tercer lugar, hay una declaración, que ha devenido jurídica, según la cual para asegurar de forma universal la libertad y la dignidad se atribuyen iguales derechos a todos y se prescribe, complementariamente, el deber de la fraternidad (pues, de lo contrario, dada la desigualdad real, no se cumplirían aquellos fines de protección).

libertad igual para todos.¹³¹ Por otro, deja en claro la continuidad entre igualdad y fraternidad, o, en términos actuales, solidaridad. Dadas las desigualdades existentes, se requiere un trato fraterno para eliminarlas, principio que indudablemente se proyecta a la materia financiera, pues para la conformación de la masa de recursos presupuestariamente disponibles deben aportar con más intensidad aquellos que más recursos económicos poseen (deber de contribuir de acuerdo con la capacidad contributiva, una de cuyas derivaciones es la progresividad, cuestión a la que nos referiremos más adelante).

En igual sentido, el preámbulo del PIDESC considera que los principios enunciados en la Carta de la ONU "tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables". A ello agrega que, para poder realizarse el ideal de la libertad es necesario "que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos", aspecto que pone de manifiesto la existencia de deberes fundamentales, tanto de los individuos como de la comunidad, que se refieren a las condiciones para que todos podamos gozar de semejantes libertades.

La igualdad es afirmada en todas las cartas y tratados de derechos humanos, sean universales o regionales. Ella está presente en la pluralidad de tratados que conforman el corazón del derecho internacional de los derechos humanos.¹³² En el Sistema Interamericano, por su parte, sus instrumentos jurídicos principales, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos,

contienen el principio de igualdad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos entendió, incluso, que la igualdad tiene el estatus de una norma imperativa del derecho internacional o *jus cogens*.¹³³ La Corte también argumentó que el principio de igualdad y no discriminación se desprende de la unidad de la naturaleza del género humano y es inherente a la dignidad de las personas, razón por la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un grupo, conduzca a tratarlo con privilegio y, a la inversa, por considerarlo inferior, se lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación.¹³⁴

3.2. La igualdad en el PIDESC: su carácter multidimensional. Igualdad formal y sustantiva. Discriminación indirecta. Desigualdades estructurales. Interseccionalidad.

Veamos ahora la regulación del PIDESC, donde, como ha destacado Matthew Craven, la igualdad es "el tema dominante del Pacto".¹³⁵

¹³¹. Esta es una proposición polémica, claro. Al expandirse la libertad a sujetos antes excluidos de ella a través de la igualdad, se restringe el ámbito de la libertad de los que ya la disfrutaban. Si toda persona, por el hecho de ser tal, está dotada de libertad, entonces, por ejemplo, se reduce la libertad de aquellos que sometían a otros por medio de la esclavitud. Nuevas libertades igualitarias para las mujeres implican reducciones al poder (esto es: la libertad) de los hombres. La libertad se distribuye igualitariamente entre más sujetos, y a la vez se reduce el contenido (las conductas permitidas) de esa libertad.

¹³². Ver: Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas y los arts. 1º, párr. 3, y 55; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 2º, párr. 1; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2º y 26; Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 1º; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 1º; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 2º.

¹³³. Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003. Serie A, Nº 18. El art. 53 de la Convención de Viena reza: "[e]s nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter". En relación al concepto de norma imperativa, la propia CDI, que elaboró el proyecto de la Convención de Viena de derecho de los Tratados, sostuvo que las obligaciones que establecen las normas *jus cogens* "(...) surgen de aquellas normas sustantivas de conducta que prohíben lo que ha venido a considerarse intolerable por la amenaza que presenta a la supervivencia de los Estados y de sus pueblos y de los valores humanos más fundamentales". ONU, CDI, *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, "Proyecto de artículo sobre la responsabilidad de los Estados", comentario del artículo 40, párr. 3, quincuagésimo sexto período de sesiones (A/56/10), p. 283. Sobre la atribución del carácter de *jus cogens* a las normas del derecho internacional de los derechos humanos, ver: DE SCHUTTER, Olivier texto ya citado, pp. 87, 110 y 1032.

¹³⁴. Corte IDH, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", OC-17/02, del 28 de agosto de 2002. Serie A, Nº 17, párr. 45 y "Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización", OC-4/84, Serie A, Nº 4, del 19 de enero de 1984, párr. 55.

¹³⁵. CRAVEN, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford University Press, Nueva York, 2002, pp. 153-154.

El PIDESC contiene en su artículo 2.2. una cláusula general que establece que los Estados "se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".¹³⁶

Paralelamente, el PIDESC se refiere a la igualdad en varios tramos de su texto respecto de situaciones (art. 3° sobre igualdad de género) y derechos en particular (el art. 7° sobre el derecho al trabajo o el art. 13 sobre el derecho a la educación).

La igualdad da lugar a obligaciones de efecto inmediato. Tal como destacó el Comité DESC de forma general, "aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas, que se analiza en una observación general aparte, que será examinada por el Comité en su sexto período de sesiones, consiste en que los Estados se "comprometen a garantizar" que los derechos pertinentes se ejercerán "sin discriminación".¹³⁷

136. Esta enunciación está en continuidad con el artículo 2.1. de la Declaración Universal que expresa que "toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición". El PIDCP contiene, en cambio, dos cláusulas. El artículo 2.1., que dispone que "cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" y el artículo 26 según el cual "todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". Sobre el diferente alcance de estas dos cláusulas del PIDCP, ver DE SCHUTTER, Olivier texto ya citado.

137. ONU, E/1991/23, Comité DESC, Observación General N° 3, "La índole de las obligaciones de los Estados Partes" (párrafo 1 del artículo 2° del Pacto), Quinto período de sesiones, 1990. Ver también: Principios de Limburgo, Principios 13, 22 y 35-41; Principios de Maastricht, Principios 11°, 12 y 14(a).

Este criterio ha sido reafirmado en diferentes ocasiones en particular. Así, en su Observación N° 13 sobre "El derecho a la educación", el Comité manifestó que "la prohibición de la discriminación, consagrada en el párrafo 2 del artículo 2° del Pacto, no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos; se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente".¹³⁸

No obstante ello, una visión algo más ambigua está expresada en la Observación General N° 20, al sostenerse que "la falta de recursos para no acabar con el trato discriminatorio no es una justificación objetiva y razonable, a menos que el Estado parte se haya esforzado al máximo por utilizar todos los recursos de que dispone para combatirlo y erradicarlo con carácter prioritario", formulación que pone en duda el carácter inmediato de la obligación.¹³⁹

Sin perjuicio de esta última referencia, la tendencia del sistema universal consiste en afirmar que el principio de igualdad da lugar a obligaciones de carácter inmediato.

Ahora bien, una de las características centrales de la igualdad es su carácter multidimensional. Esto es, la igualdad presenta una diversidad de facetas que cabe enfocar de forma simultánea.

Si bien es una distinción muy elemental, aún es útil partir de la distinción entre igualdad formal (legal) e igualdad sustancial (material, de hecho).¹⁴⁰ Hoy hay muchas distinciones más sofisticadas. Sin embargo, ellas, más que oponerse, complejizan la referida distinción.

La igualdad formal se refiere a las reglas, principios y procedimientos jurídicos. El derecho debe tratar a las personas de forma igual, sin hacer diferencias o

138. ONU, E/C.12/1999/10, Comité DESC, Observación General N° 13, "El derecho a la educación", (artículo 13 del Pacto), 1999.

139. ONU, E/C.12/GC/20, Comité DESC, Observación General N° 20, "La no discriminación y los derechos económicos sociales y culturales", párr. 13, del 2 de julio de 2009. Esta posibilidad de una excepción puede explicarse en atención a la amplitud que se le otorga al principio de igualdad en la Observación General. De ser así se requieren mayores especificaciones sobre qué aspectos del principio de igualdad y no discriminación son de efecto inmediato. Hacemos alguna reflexión al respecto al tratar más adelante la obligación de asegurar el contenido mínimo de los derechos.

140. Esta distinción está receptada por el Comité DESC, ONU, E/C.12/GC/20, Observación General N° 20, "La no discriminación y los derechos económicos sociales y culturales", 2 de julio de 2009, párr. 8.

distinciones arbitrarias. Esas distinciones son las que calificamos de discriminaciones.

Las declaraciones en general operan aquí a través de la técnica de la enumeración, sobre la base de las discriminaciones que han sido históricamente las más habituales. Porque hay que señalar que la desigualdad es un trato constante de la historia humana, que genera una y otra vez nuevas formas de dominación. Se trata, por ejemplo, de las discriminaciones sobre la base del género o de la raza, consecuencias de una profunda historia de racismo, colonialismo y patriarcalismo.

Así como las reglas (de diferente jerarquía) no deben discriminar, tampoco deben hacerlo los procedimientos (administrativos) y los procesos (judiciales) que aplican la ley.

Este aspecto de la igualdad ha sido extensamente desarrollado tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

Uno de sus rasgos salientes es que no prohíbe toda distinción, sino aquellas que revelen hostilidad o privilegio. De acuerdo con el propio Comité DESC, "*la no discriminación es una obligación inmediata y de alcance general en el Pacto. El artículo 2.2 dispone que los Estados Partes garantizarán el ejercicio de cada uno de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto, sin discriminación alguna, y solo puede aplicarse en conjunción con esos derechos. Cabe señalar que por discriminación se entiende toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto. La discriminación también comprende la incitación a la discriminación y el acoso*".¹⁴¹

Paralelamente, una distinción es compatible con los principios de igualdad y no discriminación si la diferenciación es razonable y objetiva, persigue un fin legítimo conforme a los instrumentos de derechos humanos y existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo buscado.¹⁴²

Digamos que este aspecto formal exige generar reglas generales que no deben incluir, a su vez, excepciones que hostilicen o favorezcan de forma injustificada. También puede hablarse aquí de la faz negativa de la igualdad, en cuanto se expresa en la obligación de no hacer algo: discriminar.

Lo sustancial, en cambio, se refiere al efectivo goce de los derechos de manera igual y, de forma más general, a la plasmación concreta en la vida comunitaria del principio de igualdad. Esto significa, dicho de otro modo, que las discriminaciones, además de no figurar en el ordenamiento jurídico, también deben ser erradicadas de la estructura social sobre la cual el derecho opera. Finalmente, tal es la finalidad del derecho y de la enunciación jurídica de un principio: que las prácticas sociales se modifiquen de acuerdo con su contenido.

Ahora bien, el hecho de que las reglas sean generales y no discriminen no conduce, automáticamente, a la transformación de la sociedad. Son necesarias medidas y acciones deliberadas y suplementarias por parte de los Estados. El pasaje de la igualdad formal a la sustancial requiere de medidas positivas, de acciones públicas.

Esta visión elemental de la igualdad sustancial ha sido complementada en las últimas décadas por una serie de otras distinciones, que pretenden perfeccionarla y que han surgido de diferentes ámbitos teóricos y prácticos.

Destacaré aquí tres de esas distinciones.

En primer lugar, las discriminaciones pueden ser directas o indirectas.¹⁴³ En este último caso, las reglas pueden ser generales y parecer neutrales ante la igualdad y, sin embargo, dadas las condiciones existentes de desigualdad, tener efectos discriminatorios. Lo indirecto puede ser complementado por lo no manifiesto. Es decir, ciertas decisiones pueden tener efectos discriminatorios, aun cuando ello no sea directamente visible.

Esta situación puede darse justamente en la materia presupuestaria. La discriminación no se produce por medio de una regla que claramente discrimina, sino a través de una legislación presupuestaria que lo hace indirectamente a través de sus efectos, por ejemplo, en el desarrollo de la política pública. De acuerdo con la Observación General N° 14, "*una asignación inadecuada de*

141. ONU, E/C.12/GC/20, Comité DESC, Observación General N° 20, párr. 7.

142. ONU, E/C.12/GC/18, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 18, "El derecho al trabajo", párr. 13.

143. La distinción entre discriminaciones directas e indirectas está receptada por el Comité DESC, Observación General N° 20, párr. 10.

recursos para la salud puede dar lugar a una discriminación que tal vez no sea manifiesta".¹⁴⁴

En segundo lugar, es preciso tener en cuenta las desigualdades estructurales o sistémicas.¹⁴⁵ Aquí las personas se encuentran en una situación de desigualdad, no por una característica singular, sino por compartir un rasgo con un colectivo, él en conjunto excluido. A ello se agrega el carácter histórico, consolidado y persistente de la situación de desigualdad. Las desigualdades se consolidan y adquieren la apariencia de una distinción natural.¹⁴⁶

Hay dos dimensiones estructurales habitualmente consideradas. Por un lado, la generación social de una cultura de la desigualdad, que se transmite a través de prejuicios y estereotipos, que conforman una tradición sedimentada. Asegurar la igualdad exige remover estructuras culturales y de reconocimiento de los otros como inferiores, susceptibles de ser sujetados por un poder superior. Por otro lado, hay que tener en cuenta la desigualdad estructural debido a razones económicas. Si bien casi todos los sistemas económicos conocidos (salvo, quizás, algunas de las sociedades llamadas primitivas) se asientan y generan desigualdades, la economía contemporánea produce no solo altísimas desigualdades, sino que, además, produce segregaciones económicas persistentes, que se consolidan bajo la forma de sociedades de exclusión social.

La tercera distinción por realizar es complementaria de las anteriores y se refiere a la acumulación de desigualdades, fenómeno también calificado de interseccionalidad (o intersectorialidad).¹⁴⁷ Habitualmente,

las discriminaciones estructurales se acumulan y, a su vez, casi siempre está presente la desigualdad económica, sombra que acompaña a todas las formas habituales de discriminación.

Las desigualdades sustantivas y estructurales requieren de medidas públicas para ser removidas. En varios pasajes de la Observación General N° 20, el Comité se refiere a estas medidas que debe hacer el Estado. Así, señala que *"para eliminar la discriminación en la práctica se debe prestar suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones similares. Los Estados Partes deben, por tanto, adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o de facto. Por ejemplo, asegurar que todas las personas tengan igual acceso a una vivienda adecuada y a agua y saneamiento ayudará a superar la discriminación de que son objeto las mujeres, las niñas y las personas que viven en asentamientos informales y zonas rurales"*.¹⁴⁸

Incluso, *"para erradicar la discriminación sustantiva en ocasiones los Estados Partes pueden verse obligados a adoptar medidas especiales de carácter temporal que establezcan diferencias explícitas basadas en los motivos prohibidos de discriminación"*.¹⁴⁹

Estas consideraciones son profundizadas en el capítulo de la Observación General N° 20 referido a la

144. ONU, E/C.12/2000/4, Comité DESC, Observación General N° 14, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible", 2000, párr. 19.

145. La categoría de *discriminación sistémica* la recepta el Comité DESC, OG 20, párr. 12. "Para la evolución de la igualdad formal hacia la igualdad estructural en el sistema interamericano de derechos humanos", ver: ABRAMOVICH, Víctor, "De las violaciones masivas a los patrones estructurales", en *Revista Sur de Derechos Humanos*, SUR, Vol. 6, N° 11, diciembre de 2009, pp. 7-39. Para una visión general: SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Siglo Veintiuno, 2016.

146. Tal es uno de los rasgos clásicos de una operación ideológica: hacer pasar un dato social, contingente, por un dato natural y necesario.

147. El Comité DESC se refiere a la discriminación múltiple. Ver: ONU, Observación General N° 20, párr. 17. Ver, entre muchos otros textos: RATJEN, Sandra y SATUA, Manav, "Realizing Economic, Social and Cultural Rights for All", p. 123, en RIEDEL, Eibe; GIACCA, Gilles y GOLAY, Christopher (editores), texto ya citado. De acuerdo con el Comité Cedaw, *"la interseccionalidad es un concepto básico para comprender*

el alcance de las obligaciones generales de los Estados Partes en virtud del artículo 2º. La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. La discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o forma que a los hombres. Los Estados Partes deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas". ONU, CEDAW/C/GC/28, Comité Cedaw, Recomendación General N° 28 relativa al artículo 2º de la Convención sobre "La Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer", 16 de diciembre de 2010, párr. 18.

148. ONU, E/C.12/GC/20, Comité DESC, Observación General N° 20, párr. 8.

149. ONU, E/C.12/GC/20, Comité DESC, Observación General N° 20, párr. 9, sobre "Las medidas especiales en el marco de la Cedaw", ver: ONU, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), Comité CEDAW, Recomendación N° 25, Medidas especiales de carácter temporal (párrafo 1 del artículo 4º de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer).

aplicación nacional. Entre otras consideraciones, el Comité señala que *"además de abstenerse de discriminar, los Estados Partes deben adoptar medidas concretas, deliberadas y específicas para asegurar la erradicación de cualquier tipo de discriminación en el ejercicio de los derechos recogidos en el Pacto"*. Y agrega, que *"la aprobación de leyes para combatir la discriminación es indispensable para dar cumplimiento al artículo 2.2. Se insta por lo tanto a los Estados Partes a adoptar legislación que prohíba expresamente la discriminación en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales. Esa legislación debe tener por fin eliminar la discriminación formal y sustantiva, atribuir obligaciones a los actores públicos y privados y abarcar los motivos prohibidos de discriminación"*.¹⁵⁰

3.3. Proyecciones respecto de la política fiscal. Del gasto público a la tributación.

Estas reflexiones tienen su proyección en el ámbito de la política fiscal. El Comité DESC destacó varios aspectos.

En primer lugar deben hacerse presupuestos no discriminatorios. Es decir: *"las políticas económicas, como las asignaciones presupuestarias y las medidas destinadas a estimular el crecimiento económico, deben prestar atención a la necesidad de garantizar el goce efectivo de los derechos sin discriminación alguna"*.¹⁵¹

En segundo lugar, remover las desigualdades puede exigir aumentar el gasto público vinculado a cierto derecho.

El Comité, por ejemplo, instó a Colombia a *"a asignar un porcentaje más elevado de su PIB al sector de la sanidad y a procurar que en su sistema de subsidios no se discrimine en perjuicio de los grupos más desvalidos y marginados"*.¹⁵²

En tercer lugar, los grupos históricamente discriminados pueden requerir políticas que, a su vez, necesiten mayores recursos financieros. Las discriminaciones estructurales dan derecho a que se asignen recursos financieros suplementarios, para financiar políticas positivas.

De acuerdo con la Observación General N° 5: *"en el caso de un grupo tan vulnerable y desfavorecido, la obligación consiste en adoptar medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y para dar el trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas. Esto significa en la casi totalidad de los casos que se necesitarán recursos adicionales para esa finalidad, y que se requerirá la adopción de una extensa gama de medidas elaboradas especialmente"*.¹⁵³

Esta visión es ratificada en la Observación General N° 20 al postularse que *"en muchos casos, para eliminar la discriminación sistémica será necesario dedicar más recursos a grupos que tradicionalmente han sido desatendidos"*.¹⁵⁴

En cuarto lugar, el Comité ha avanzado en el análisis de la política tributaria. Por dos razones. Ante la afirmación de un Estado que carece de recursos, el Comité pasa a analizar el sistema tributario (ya que es la principal, aunque no la única, fuente de financiación de los Estados). Y allí habitualmente puede hacer dos constataciones. La debilidad de ese sistema, que no capta la riqueza (esto es: la capacidad contributiva) de la sociedad. Y, luego, el carácter habitualmente regresivo del sistema, apoyado, por ejemplo, en impuestos al consumo, con una escasa incidencia del impuesto a la riqueza, paradigma de los tributos progresivos. En este segundo caso, se constata la desigualdad del sistema tributario. De ahí la recomendación de hacer sistemas tributarios más progresivos, que permitan una distribución de la riqueza.

Y este último punto es esencial. No hay posibilidad de remover las desigualdades sustantivas y estructurales sin políticas financieras de redistribución de la riqueza. Hablar de igualdad sin involucrarse en dichas políticas es un discurso vacío.¹⁵⁵ Como señala la Comisión Interamericana al introducir la cuestión de la política fiscal, *"la pobreza y la pobreza extrema no pueden ser enfrentadas y erradicadas sin un marco amplio de políticas de carácter*

150. ONU, E/C.12/GC/20, Comité DESC, Observación General N° 20, párrs. 36 y 37.

151. ONU, E/C.12/GC/20, Comité DESC, Observación General N° 20, párr. 38.

152. ONU, E/C.12/1/Add. 74, Comité DESC, "Observaciones finales sobre Colombia", párr. 47.

153. ONU, E/1995/22, Comité DESC, Observación General N° 5, "Las personas con discapacidad", 1994, párr. 9.

154. ONU, E/C.12/GC/20, Comité DESC, Observación General N° 20, párr. 39.

155. Lo mismo sucede con las constataciones de la desigualdad cuando estas se desvinculan de las causas estructurales que la generan.

redistributivo que reduzca los niveles extremos de desigualdad socioeconómica que caracteriza la región"¹⁵⁶.

Así, respecto de Namibia, el Comité expresó su preocupación "por el hecho de que persistan las desigualdades en el Estado parte, un país de ingresos medianos altos donde el 15,8% de la población seguía viviendo en la pobreza extrema en 2010 a pesar de una disminución general de la incidencia de la pobreza y de la aplicación de sucesivos planes nacionales de desarrollo. También preocupa al Comité que las políticas económicas y fiscales del Estado parte no hayan reducido esas desigualdades existentes de manera significativa (arts. 2º, párrafos 1, 2 y 11)". Por tales motivos el Comité efectuó una serie de recomendaciones financieras, entre ellas, que "a) establezca a corto plazo, con independencia de la ampliación prevista de los sistemas de protección social, una subvención de ingresos mínimos para las personas que viven en la extrema pobreza, sobre la base de la experiencia positiva de la pensión de vejez, que se ha convertido en el principal ingreso de diversos hogares desfavorecidos", "b) incluya metas específicas sobre el disfrute de derechos por los grupos más desfavorecidos y marginados entre las metas que deberán ser objeto de seguimiento en el Plan Nacional de Desarrollo", y "c) aplique una política fiscal más redistributiva y evalúe periódicamente sus efectos en la lucha contra las desigualdades".¹⁵⁷

Es decir, para remover la desigualdad se limita la discrecionalidad financiera, de manera que resulta debido disponer nuevos o mayores gastos (a través por ejemplo de subsidios) y rediseñar la política tributaria (haciéndola más redistributiva).

Como ha resumido Magdalena Sepúlveda Carmona, "la observancia de estos derechos puede requerir que los Estados establezcan un sistema tributario con capacidad redistributiva real que preserve y aumente progresivamente los ingresos de los hogares más pobres. También implica que las medidas de acción afirmativa destinadas a ayudar a las personas y los grupos más desfavorecidos que han sufrido una discriminación histórica o persistente, como los subsidios o

las exenciones fiscales bien diseñados, no serían discriminatorias. En cambio, un impuesto de tasa uniforme no favorecería la consecución de una igualdad sustantiva, ya que limita la función redistributiva de la tributación".¹⁵⁸

Una dimensión adicional por considerar a la luz de la igualdad es la situación territorial. En muchos Estados, por razones históricas y de diversa índole, las desigualdades sociales están inscriptas en términos territoriales. Se producen así desigualdades territoriales y, en las ciudades, procesos de segregación social.¹⁵⁹

Esas desigualdades deben ser removidas, también a través de medidas financieras.

Así, el Comité DESC le ha recomendado a un Estado que "procure en mayor medida asignar los recursos que garanticen que en su territorio no haya discriminación en materia de gastos sociales per capita y prestación de servicios sociales". También expresó la preocupación por "las disparidades regionales en materia de acceso a los servicios básicos de atención de la salud que perjudican a la población que vive en las provincias meridionales, y las medidas inadecuadas que ha adoptado el Estado parte para paliar esas disparidades".¹⁶⁰

Estas plurales facetas de la igualdad, así como su proyección en la materia financiera, se encuentran expresadas en la ya referida Observación General N° 19 del Comité de los Derechos del Niño.

Ante todo, la Observación señala que "los Estados Partes tienen el deber de proteger a los niños contra toda forma de discriminación "independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales" (art. 2º, párr. 1). Los Estados Partes, en todos los niveles administrativos, han de procurar prevenir la discriminación y no deben discriminar, ni directa ni

¹⁵⁶. Y luego agrega, en consonancia con documentos internacionales ya mencionados, que "si bien el crecimiento de la economía desempeña un papel clave en la reducción de la pobreza, por sí mismo es insuficiente para lograr su erradicación y generar cambios estructurales en materia de equidad". Comisión IDH, OEA/Ser.LN/II.164 Doc. 147, "Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas", 2017, párr. 494.

¹⁵⁷. ONU, E/C.12/NAM/CO/1, "Observaciones finales sobre el informe inicial sobre Namibia", 23 de marzo de 2016, párrs. 24 y 25.

¹⁵⁸. SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena, A/HRC/26/28, "Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos", 22 de mayo de 2014, párr. 16.

¹⁵⁹. Véase CEPAL, *Panorama Fiscal de América Latina y el Caribe. La movilización de recursos para el financiamiento del desarrollo sostenible*, capítulo V "El rol de la política fiscal para reducir las desigualdades territoriales: potencialidad, límites y desafíos", 2017. Disponible en: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/41044>

¹⁶⁰. ONU, E/C.12/ITA/CO/5, "Observaciones sobre el quinto informe periódico de Italia", 28 de octubre de 2015, párrafos 35 b y 46.

indirectamente, a los niños en las leyes, políticas o programas relacionados con los presupuestos, en el contenido de estos o en su aplicación".¹⁶¹

Complementariamente, "los Estados Partes deben adoptar medidas proactivas encaminadas a garantizar resultados positivos para todos los niños en relación con las leyes, políticas y programas movilizándolo un nivel suficiente de ingresos y asignando y gastando fondos en consecuencia. A fin de lograr la igualdad sustantiva, los Estados Partes deben determinar qué grupos de niños reúnen los requisitos para que se empleen medidas especiales y hacer uso de los presupuestos públicos para aplicar tales medidas".¹⁶²

El Comité de los Derechos del Niño resume varios de estos aspectos al definir el principio de equidad, en este contexto a entender como sinónimo de igualdad. Según este principio, "Los Estados Partes no deben discriminar a ningún niño o categoría de niños al movilizar recursos o asignar o ejecutar fondos públicos. Gastar fondos de manera equitativa no siempre implica utilizar la misma cantidad de dinero en cada niño, sino tomar decisiones de gasto que contribuyan a lograr una igualdad sustantiva entre los niños. Los recursos han de destinarse de manera justa para favorecer la igualdad. Los Estados Partes están obligados a eliminar todos los obstáculos discriminatorios con los que los niños se puedan encontrar al acceder a sus derechos".¹⁶³

Resumamos lo dicho respecto de las políticas fiscales de los Estados.

En primer lugar, la política fiscal no debe violar el principio de igualdad en su aspecto formal. Esto es: la legislación, así como su aplicación no deben contener distinciones prohibidas o discriminaciones.

En segundo lugar, la política fiscal es uno de los medios esenciales, incluso el principal, para obtener la

igualdad sustantiva. Dada las profundas, estructurales y persistentes desigualdades que caracterizan a nuestras sociedades, la igualdad sustantiva (la no discriminación en los hechos) requiere de múltiples políticas públicas (que necesitan financiamiento), pero también de la redistribución de la riqueza, tarea que recae justamente en la política fiscal, sea por medio del gasto o por medio del sistema tributario.

Esas dos facetas son tenidas en cuenta por los organismos internacionales de protección. La desigualdad estructural puede exigir mayores gastos para un grupo relegado. Y, a la vez, ha recomendado la implementación de sistemas tributarios más redistributivos.

Tal como sucede en las actuales reconstrucciones del principio de igualdad al nivel de las constituciones nacionales, él se proyecta a toda la actividad financiera, es decir, tanto a los ingresos como a los gastos.¹⁶⁴

4. La obligación inmediata de asegurar los contenidos mínimos de los derechos con independencia de las restricciones financieras de los Estados.

Aquí considero, en primer lugar, la evolución de la comprensión del contenido mínimo respecto de los recursos disponibles (**punto 4.1**). Luego me detengo en la caracterización y alcance del contenido mínimo, distinguiendo dos visiones, una minimalista, basada en la idea de subsistencia, y otra sustentada en la protección de la dignidad de la persona (**punto 4.2**).

4.1. Evolución en la comprensión del contenido mínimo respecto de los recursos disponibles.

El contenido mínimo del derecho expresa el efecto inmediato sustantivo del Pacto.¹⁶⁵ Es el piso

¹⁶¹. ONU, CRC/C/GC/19, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 19, sobre presupuestos públicos para la realización de los derechos de los niños, (artículo 4°), 2016, párr. 41.

¹⁶². ONU, CRC/C/GC/19, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 19, párr. 42. Asimismo, en el parágrafo 44 se dispone: "para conseguir presupuestos que contribuyan a mejorar el disfrute de los derechos del niño, los Estados Partes han de hacer frente a las desigualdades entre los niños examinando y revisando la legislación, las políticas y los programas pertinentes, incrementando o modificando las prioridades de ciertas partidas del presupuesto, o mejorando la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus presupuestos".

¹⁶³. ONU, CRC/C/GC/19, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 19, párr. 61.

¹⁶⁴. Hice un desarrollo sistemático de la igualdad financiera en *Derecho Constitucional Presupuestario*, texto ya citado, capítulo XIX, punto IV "Los principios de igualdad y solidaridad en materia financiera", p. 845 y siguientes.

¹⁶⁵. Hay una variedad de expresiones análogas. Chapman y Russell mencionan las siguientes, destacando que son expresiones afines, pero no sinónimas: *minimum core content*, *core content*, *essential elements*, *core entitlements*, *core obligations*. CHAPMAN, Audrey y RUSSELL, Sage, *Core Obligations: Building Framework for Economic, Social and*

a partir del cual juega la obligación de avanzar, que veremos más adelante.¹⁶⁶

Tal como sucede respecto de los restantes conceptos del Pacto, se verifica también aquí un desarrollo interpretativo (y ambigüedades) por parte de los diferentes Comités.

A mi entender, hay una evolución en la comprensión del contenido mínimo. Un punto central de ese desarrollo tiene que ver con el carácter inmediato de asegurarlo y, por ende, con su independencia jurídica respecto de los recursos disponibles. En las primeras interpretaciones, se permitía que el Estado alegara la insuficiencia de recursos para justificar el incumplimiento de los contenidos mínimos. Sin embargo, a través de una evolución interpretativa, que profundiza los efectos inmediatos del Pacto, se considera actualmente (sin perjuicio de ambigüedades que aún perduran) que la obligación de asegurar el contenido mínimo no depende de la asignación de recursos. De forma que la justificación de un incumplimiento solo empieza a actuar una vez satisfecho el contenido mínimo. Esto significa que su radio conceptual de acción se vincula con los contenidos que hacen a la obligación de avanzar de forma progresiva.

Veamos esta evolución a través de los diferentes documentos.

Como en otros aspectos del Pacto, el punto de partida obligado es la Observación General N° 3. Allí se destaca *"que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto*

*se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias "hasta el máximo de los recursos de que disponga". Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas".*¹⁶⁷

Varios conceptos hay aquí en juego. Primero: hay una obligación mínima de asegurar niveles esenciales de los derechos. Aquí parecen identificarse los adjetivos "mínimo" y "esencial". De tal forma, hay un contenido esencial (o mínimo) que genera, de forma refleja, una obligación esencial (o mínima). Segundo: hay situaciones fácticas que hacen presumir *prima facie* el incumplimiento del Pacto. Se trata de una presunción de inconventionalidad derivada de situaciones (casos genéricos) que ejemplifican sin mayor examen (o por su propia evidencia) la no protección del contenido esencial (o el incumplimiento de las obligaciones mínimas).¹⁶⁸ Tercero: proteger el contenido mínimo es un efecto inmediato del Pacto. Sin embargo, cuarto punto por considerar, el Estado puede demostrar que hizo todo su esfuerzo para satisfacer el contenido mínimo de forma prioritaria, pero que no lo logró por la escasez de recursos. Esta última cláusula pone en entredicho la inmediatez del efecto que se predica. De ahí que la posición del Comité, a pesar de la significación global de esta observación general, se haya calificado de ambigua, contradictoria o inconsistente.¹⁶⁹

Cultural Rights, Intersentia, Oxford, 2002, p. 9. También se utiliza la expresión *minimum threshold* ("umbral mínimo") de las obligaciones del Pacto; y en castellano la expresión "nivel mínimo". Otro concepto afín del mismo campo semántico es el de *mínimo existencial*. Para una reflexión general sobre el contenido mínimo, ver: YOUNG, Katharine, "The minimum core of economic and social rights: a concept in search of content", en *Yale Journal of International Law*, Vol. 33, 2008, p. 113 y *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford University Press, 2012.

166. Jugando con las imágenes, Chapman y Russell consideran el riesgo, que compartimos, que el "piso" pase a convertirse en "techo". Texto antes citado, p. 9.

167. ONU, E/1991/23, Comité DESC, Observación General N° 3, "La índole de las obligaciones de los Estados Parte", párr. 10.

168. Decimos "casos genéricos", pues se trata de una descripción genérica, así: un número importante de personas privadas de abrigo y vivienda básicos. Esos casos genéricos permiten identificar casos particulares, así: personas que viven en situación de calle.

169. Ver: DOWELL-JONES, Mary, *Contextualising the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Assessing the Economic Deficit*, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 24. CRAVEN, Matthew, texto ya citado, p. 143.

Posteriormente, en su Observación General N° 8 sobre la Relación de las Sanciones Económicas y los DESC, el Comité reafirmó el estándar sobre el contenido mínimo de su Observación General N° 3, al establecer que los Estados deben hacer todo lo posible para proteger como mínimo el contenido esencial de los DESC de las personas bajo su jurisdicción.¹⁷⁰

En la Observación General N° 12 sobre el Derecho a una Alimentación Adecuada, el Comité DESC sostuvo que "cada uno de los Estados Partes se compromete a adoptar medidas para garantizar que toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción tenga acceso al mínimo de alimentos esenciales suficientes inocuos y nutritivamente adecuados para protegerla contra el hambre".¹⁷¹ Y en sintonía con su Observación General N° 3, estableció que "el Pacto se viola cuando un Estado no garantiza la satisfacción de, al menos, el nivel mínimo esencial necesario para estar protegido contra el hambre. Al determinar qué medidas u omisiones constituyen una violación del derecho a la alimentación, es importante distinguir entre la falta de capacidad y la falta de voluntad de un Estado para cumplir sus obligaciones. En el caso de que un Estado Parte aduzca que la limitación de sus recursos le impiden facilitar el acceso a la alimentación a aquellas personas que no son capaces de obtenerla por sí mismas, el Estado ha de demostrar que ha hecho todos los esfuerzos posibles por utilizar todos los recursos de que dispone con el fin de cumplir, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas. Esta obligación dimana del párrafo 1 del artículo 2° del Pacto en el que se obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos de que disponga, tal como señaló anteriormente el Comité en el párrafo 10 de su Observación General N° 3. El Estado que aduzca que es incapaz de cumplir esta obligación por razones que están fuera de su control, tiene, por tanto, la obligación de probar que ello es cierto y que no ha logrado recabar apoyo internacional para garantizar la disponibilidad y accesibilidad de los alimentos necesarios".¹⁷²

170. ONU, E/C.12/1997/8, Comité DESC, Observación General N° 8, "Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales", 1997, párr. 7.

171. ONU, E/C.12/1999/5, Comité DESC, Observación General N° 12, "El derecho a una alimentación adecuada" (artículo 11°), 1999, párr. 14.

172. ONU, E/C.12/1999/5, Comité DESC, Observación General N° 12, "El derecho a una alimentación adecuada" (artículo 11°), 1999, párr. 17.

Un claro cambio de orientación se produce en la Observación General N° 14. Aquí, ante todo, se enumeran diferentes contenidos del derecho a la salud que se consideran básicos. Y el Comité afirma, de forma categórica, "que un Estado Parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43 *supra*, que son inderogables." En efecto, en dicho documento el Comité confirma que "los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto, incluida la atención primaria básica de la salud".¹⁷³

Se introduce, por tanto, el concepto de obligaciones inderogables, esto es, de un contenido básico del derecho que tiene un efecto inmediato y que no está sujeto en ninguna circunstancia a los recursos disponibles. Inderogabilidad significa real y efectiva inmediatez (y, por ende, independencia jurídica respecto de los recursos financieros).

Lo mismo afirma, con otro léxico, la Observación General N° 15, referida al derecho al agua, en la medida en "que un Estado Parte no puede justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 37 *supra*, que no pueden suspenderse".¹⁷⁴

173. ONU, E/C.12/2000/4, Comité DESC, Observación General N° 14, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud" (artículo 12), 2000, párr. 47. En este sentido, el Comité considera como obligaciones básicas: a) garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados; b) asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre; c) garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable; d) facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS; e) velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; f) adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados, y periódicamente revisados, sobre la base de un proceso participativo y transparente; esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como el derecho a indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; el proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados.

174. ONU, E/C.12/2002/11, Comité DESC, Observación General N° 15, "El derecho al agua", (artículos 11° y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párr. 40.

De forma conceptual complementaria, la limitación de recursos está explicitada respecto del cumplimiento (o incumplimiento) pleno del derecho, al afirmarse que *"si la limitación de recursos imposibilita el pleno cumplimiento por un Estado de las obligaciones que le impone el Pacto, dicho Estado tendrá que justificar no obstante que ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para cumplir, como cuestión de prioridad, las obligaciones señaladas supra"*.¹⁷⁵

Lo mismo se expresa en la Observación General N° 18, según la cual *"debe hacerse una distinción entre la incapacidad y la falta de voluntad de los Estados Partes para cumplir con sus obligaciones dimanantes del artículo 6°. Esta aseveración se desprende del párrafo 1 del artículo 6°, que garantiza el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y del párrafo 1 del artículo 2° del Pacto, que impone a cada Estado Parte la obligación de adoptar las medidas necesarias "hasta el máximo de los recursos de que disponga". Las obligaciones de un Estado Parte deben interpretarse a la luz de estos dos artículos. En consecuencia, los Estados Partes que no tengan voluntad de utilizar hasta el máximo de los recursos de que dispongan para dar efecto al derecho al trabajo incumplen sus obligaciones derivadas del artículo 6. Ahora bien, la penuria de recursos puede justificar las dificultades que un Estado Parte puede enfrentar para garantizar plenamente el derecho al trabajo, en la medida en que el Estado Parte demuestre que ha utilizado todos los recursos de que dispone para cumplir, con carácter prioritario, las obligaciones anteriormente expuestas"*.¹⁷⁶

Se aprecia entonces la evolución interpretativa del Comité. Según la primera lectura (Observación General N° 3 y sus sucesivas réplicas), los Estados pueden alegar la limitación de recursos para justificar el incumplimiento de las obligaciones mínimas, aunque bajo ciertas condiciones: demostrar que ha hecho todos los esfuerzos y que ha catalogado de prioritarias las obligaciones mínimas y, por ende, los gastos públicos correlativos.

Según la lectura actual (Observaciones Generales N° 14, 15 y 18), las obligaciones mínimas o básicas tienen

un efecto inmediato y no están sujetas a la disponibilidad de recursos. Son inderogables, no pueden suspenderse o están sujetas a una regla de cumplimiento sin excepciones basadas en limitaciones de recursos. La excepción a la regla, que permite justificar un incumplimiento, se aplica al pleno disfrute del derecho. Esto es, el Estado puede justificar que no asegura el disfrute pleno del derecho sobre la base de la limitación de recursos, bajo las condiciones siempre señaladas: demostrar haber hecho el máximo esfuerzo y haber priorizado los derechos.

La distinción entre incumplimiento de buena fe (incapacidad real del Estado de cumplir con las obligaciones por razones financieras que escapan a su voluntad o control) e incumplimiento de mala fe (falta de voluntad del Estado en cumplir) solo juega luego de haberse satisfecho el contenido mínimo y respecto, entonces, del contenido pleno del derecho (es decir: juega en el ámbito conceptual específico de la progresividad).

Una evolución semejante parece también haberse producido al nivel de los expertos. En los Principios de Limburg, se afirma que *"los Estados Partes tienen la obligación, independientemente de su nivel de desarrollo económico, de garantizar el respeto de los derechos de subsistencia mínima de todas las personas"*, donde la expresión *"su nivel de desarrollo"* podría ser interpretada como *"sus recursos disponibles"*.¹⁷⁷ De forma complementaria, más adelante se postula que *"en la utilización de los recursos disponibles, se dará la debida prioridad a la efectividad de los derechos previstos en el Pacto, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar a todos la satisfacción de sus necesidades de subsistencia y la prestación de servicios esenciales"*. Esto significa que, al hacer sus elecciones presupuestarias el Estado tiene que tener en cuenta al propio Pacto y priorizar estos derechos por sobre otros objetivos, a fin de garantizar la satisfacción de los derechos de subsistencia (interpretación poco profunda del contenido mínimo, como enseguida analizaremos).

Más contundente sobre este punto son las *Directrices de Masstricht sobre las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales*. Allí se postula que *"un Estado incurre en una violación del Pacto cuando no cumple lo que el Comité de Derechos Económicos,*

¹⁷⁵. ONU, E/C.12/2002/11, Comité DESC, Observación General N° 15, "El derecho al agua", (artículos 11° y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párr. 41.

¹⁷⁶. ONU, E/C.12/GC/18, Comité DESC, Observación General N° 18, "El derecho al trabajo", párr. 32.

¹⁷⁷. Principios de Limburg, párr. 25.

Sociales y Culturales denomina "una obligación mínima esencial de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos [...]. Por ejemplo, incurre prima facie en una violación del Pacto un Estado Parte en el cual un número significativo de personas se ven privados de alimentos esenciales, atención básica de salud, habitación y vivienda mínima o las formas más básicas de enseñanza." Estas obligaciones mínimas esenciales son aplicables independiente de la disponibilidad de recursos en el país de que se trate o cualquier otro factor o dificultad".¹⁷⁸

Se ve el movimiento retórico que se utiliza. Se cita la parte pertinente de la OG N° 3, salvo en su último tramo, que se sustituye, afirmándose con claridad la independencia jurídica de las obligaciones mínimas respecto de los recursos disponibles.

Luego, de forma complementaria, se afirma que "en muchos casos, la mayoría de los Estados pueden cumplir dichas obligaciones sin mayores dificultades y sin que esto tenga implicaciones significativas en cuanto a los recursos. En otros casos, sin embargo, la plena realización de los derechos puede depender de la disponibilidad de los recursos financieros y materiales adecuados. No obstante, de conformidad con los Principios de Limburg 25-28, y tal como lo reafirma la jurisprudencia evolutiva del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la escasez de recursos no exime a los Estados de ciertas obligaciones mínimas esenciales en la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales".¹⁷⁹

Aquí se sostiene que la "plena" realización es la que depende de los recursos disponibles. A la vez, se conectan estas proposiciones con las ya citadas de los Principios de Limburg, disipando las eventuales dudas que pudiera suscitar su redacción.

En este mismo sentido también se ha expresado el Comité de los Derechos del Niño, al afirmar, sin vacilaciones que: "el cumplimiento de las obligaciones relativas al núcleo de un derecho no debe depender de la disponibilidad de recursos".¹⁸⁰

178. "Directrices de Maastricht sobre las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales", párr. 9.

179. "Directrices de Maastricht sobre las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales", párr. 10.

180. ONU, Comité de los Derechos del Niño, Recomendaciones surgidas del Día de Discusión General "Recursos para los derechos del niño. Responsabilidad de los Estados", 21 de septiembre de 2007, párr. 48.

En resumen, para la visión actual de ambos Comités y de la doctrina expuesta por los expertos, la obligación de asegurar los aspectos básicos del derecho es de carácter inmediato. Y es a partir de esa obligación ya cumplida que empieza a jugar la progresividad para lograr la plena efectividad del derecho, a cuyo respecto surge la obligación de utilizar el máximo de los recursos disponibles y la correlativa posibilidad de alegar que, aun cuando se ha cumplido con esa obligación, no se ha logrado avanzar.

Esta visión actual es una forma concreta de garantizar la indivisibilidad e interdependencia de los derechos, pues de esta manera el contenido mínimo de los derechos sociales adquiere el mismo estatus jurídico, frente a las restricciones presupuestarias, que los derechos civiles y políticos.

Interpretación no restrictiva y contenido mínimo inderogable, no sujeto a recaudos financieros, son dos instrumentos conceptuales para darle sentido operativo al respeto proclamado de la dignidad humana.

Asimismo, este enfoque sobre la obligación de asegurar el contenido mínimo se encuentra en el mismo horizonte político de sentido que las diversas líneas que apuntan a garantizar un piso de protección social. En este sentido, el Relator Especial de las Naciones Unidas para la pobreza extrema, Philip Alston, propone la adopción de niveles mínimos de protección social para todos los Estados. El objeto de la propuesta es garantizar ingresos básicos y el acceso a servicios sociales esenciales para todos.¹⁸¹

En dicho informe, Alston sostiene que "la realización del derecho a la protección social mediante la adopción de

181. ONU, A/69/297, "Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos", Philip Alston, 11 de agosto de 2014; Recomendación N° 202, de la Organización Internacional del Trabajo, relativa a los pisos nacionales de protección social, 2012. Ver también: resolución ONU A/HRC/25/L.16 Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, 2014, en la que se "subraya la importancia de la Iniciativa conjunta de las Naciones Unidas sobre un nivel mínimo de protección social para dar efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales y, a ese respecto, toma nota de la aprobación por la Conferencia Internacional del Trabajo de la recomendación N° 202 (2012) relativa a los pisos nacionales de protección social" (párr. 11). Ver también: SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena y NYST, Carly, *The Human Rights Approach to Social Protection*, Ministry for Foreign Affairs of Finland, 2012. El Comité DESC también receptó esta línea jurídica y emitió una Declaración al respecto, ver: ONU, Comité DESC. E/C.12/2015/1. "Niveles mínimos de protección social: un elemento esencial del derecho a la seguridad social y de los objetivos de desarrollo sostenible", 2015.

niveles mínimos de protección social por todos los Estados es, con mucha diferencia, el más prometedor de los enfoques inspirados en los derechos humanos para la erradicación de la extrema pobreza. Fundamentalmente, esos niveles mínimos garantizan unos ingresos básicos y el acceso a servicios sociales esenciales para toda la población. Ningún otro concepto operacional tiene un potencial parecido para lograr que el 15% o 20% más pobre de la población mundial disfrute de unos niveles mínimos de derechos económicos, sociales y culturales".¹⁸²

El argumento medular del informe expresa que "la promoción universal del derecho a la protección social, mediante la adopción de niveles mínimos de protección social e iniciativas estrechamente relacionadas emprendidas dentro de un marco basado en los derechos humanos, debe convertirse en un objetivo fundamental para todos los agentes del contexto de los derechos humanos y el desarrollo. No solo debe considerarse que es una iniciativa destinada a promover los derechos económicos, sociales y culturales, sino también que tiene un gran potencial para mejorar el disfrute de los derechos civiles y políticos de cientos de millones de personas de todo el mundo".¹⁸³

Según el Informe, se trata de un derecho que combina, a su vez, dos derechos centrales del PIDESC, el derecho a la seguridad social y el derecho a un nivel de vida adecuado.¹⁸⁴ Y, a la vez, resulta concordante con la interpretación del Comité DESC en su Observación General N° 3, en el sentido de que corresponde a cada Estado parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos.¹⁸⁵

4.2. Caracterización y alcance del contenido mínimo. Visión minimalista y visión basada en la dignidad de la persona.

Ahora bien, despejado el carácter inmediato de la obligación de asegurar el contenido mínimo, se abre la cuestión de cómo entenderlo.

182. ONU, A/69/297, "Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos", Philip Alston, 11 de agosto de 2014, párr. 2.

183. ONU, A/69/297, "Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos", Philip Alston, 11 de agosto de 2014, párr. 6.

184. ONU, A/69/297, "Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos", Philip Alston, 11 de agosto de 2014, párr. 34.

185. ONU, A/69/297, "Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos", Philip Alston, 11 de agosto de 2014, párr. 38.

Hay un primer problema conceptual vinculado a los términos "mínimo" y "esencial".

El Comité DESC, como ya señalamos, parece identificar ambos términos, al referirse a la obligación mínima de asegurar niveles esenciales de los derechos.

La doctrina, por su parte, usualmente define el contenido mínimo como la naturaleza o la esencia de un derecho, esto es, los aspectos sin los cuales el derecho humano pierde su substancia significativa.¹⁸⁶

Sin embargo, esta caracterización, si bien legítima en términos políticos, no es acorde con los datos del derecho positivo y con la existencia misma del concepto de contenido mínimo. La anterior visión de la doctrina coincide, en líneas generales, con el llamado contenido esencial del derecho, presente en diversas tradiciones nacionales.¹⁸⁷ Ese contenido esencial no se predica de los derechos sociales como una singularidad de estos, sino de los derechos constitucionales en general, como vía para protegerlos frente a las limitaciones de las que puede ser objeto. El contenido esencial es el contenido del derecho que no puede ser afectado por las limitaciones.¹⁸⁸

Creo que la cultura jurídica contemporánea ha desarrollado dos esquemas diferentes para la comprensión de los derechos. Las tradiciones nacionales, anteriores en lo cronológico, han elaborado un esquema basado en las ideas de limitación legal de los derechos (la reglamentación o el encuadramiento legal) y de contenido esencial, como forma de ponerle, a su vez, un límite

186. CHAPMAN, Audrey y RUSSELL, Sage, *Core Obligations: Building Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Oxford, 2002, p. 9. Ver también: SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena, *The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Utrecht, 2003, p. 366 (con remisión concordante a Fons Coomans). BRAND, Danie y RUSSELL, Sage (editors), *Exploring the core content of socio-economic rights: South Africa and international perspectives*, Protea Book House, Pretoria, 2002, sostienen que el "minimum core content es a menudo definido como la naturaleza o esencia del derecho. Esto es, los elementos esenciales sin los cuales el derecho pierde su significación sustantiva como derecho humano" (p. 15).

187. El concepto de contenido esencial está presente en diversas constituciones de posguerra, como la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución de España de 1978. Ver: HÁBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, 2003. Con respecto al derecho financiero: RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro, *La constitución fiscal de España*, Madrid, 2017, p. 27, con referencia a la sentencia STC 11/1981 del Tribunal Constitucional, que fijó los senderos de la doctrina española al respecto.

188. Más adelante, al tratar la cláusula limitativa, hacemos unas consideraciones adicionales sobre el punto.

a esa potestad legislativa de limitación. Este esquema, al menos en sus orígenes, estuvo pensado para los derechos clásicos, digamos liberales, mientras que los derechos sociales eran enfocados como derechos de menor valor, a través de diferentes técnicas jurídicas alternativas, como las normas programáticas o los objetivos constitucionales. El derecho internacional de los derechos humanos, al momento de consagrar y desarrollar los derechos sociales, apeló a otro esquema conceptual, con otras categorías de análisis. Aquí juega la distinción entre contenido mínimo y contenido pleno de los derechos. Son dos grados de concreción de los derechos que permiten satisfacer dos objetivos simultáneos. Por un lado, otorgar un efecto útil a los derechos. Es decir, siempre hay que garantizar un contenido mínimo. Por otro lado, permitir un desarrollo evolutivo progresivo hacia el contenido pleno.

Desde esta óptica deviene complejo conjugar ambos esquemas teóricos.

En todo caso, podría conjeturarse que el contenido esencial es más afín al contenido pleno. De tal forma, el contenido mínimo sería algo menos que ese contenido esencial. Es decir: un subconjunto de rasgos que deben ser protegidos de forma inmediata.

Pasemos ahora a la problemática de la definición del contenido mínimo.

Para definir ese subconjunto de rasgos se han desarrollado dos perspectivas diferentes, que se distinguen por el alcance que le dan a ese mínimo contenido del derecho.

En ciertas ocasiones, se lo identifica con todo aquello que se requiere satisfacer para asegurar la supervivencia de la persona. Es una visión muy limitada, que solo asegura el mero hecho de poder sostener la continuidad de la vida en su más exigua expresión. De ahí que se utilicen expresiones como "subsistencia". Es una visión humanitaria (o minimalista) del contenido mínimo.

Este es el léxico, por ejemplo, de los Principios de Limburg, cuando allí se habla "*de garantizar a todos la satisfacción de sus necesidades de subsistencia*".

Se trata, en otro vocabulario, de dar satisfacción a los intereses más urgentes de las personas.¹⁸⁹

Pero también hay una visión más exigente, en la que aquello que se protege son las condiciones mínimas para hablar de una existencia digna. Es decir: condiciones para que un sujeto puede realizar sus capacidades de una forma autónoma.

Esta visión es la que mejor se compadece con el sistema de derechos humanos como un todo, en la que el foco último de protección está dado por la protección de la dignidad humana (que es un dato valorativo, cultural), no de la mera existencia física en su nivel más elemental (que es un rasgo biológico, natural). Son derechos que protegen nuestra humanidad, no nuestro mero funcionamiento orgánico como cuerpos físicos o miembros de una especie.

Dicho de una forma polémica: el mínimo de subsistencia supone una visión biopolítica, más atenta al gobierno de una población (a su contención, de acuerdo con un término habitual de la práctica política contemporánea, de corte humanitario), mientras que el mínimo basado en la dignidad supone una visión humanista de la persona (con toda la carga de ingenuidad que esto supone, luego de un siglo de fuertes críticas, tanto filosóficas como políticas, al concepto de humanismo).

Más allá de esta breve disquisición, solo de esta última forma el PIDESC está en condiciones de tener genuinos efectos prácticos sobre la vida de las personas que pretende proteger. El respeto de la dignidad de la persona es un valor que debe asegurarse en el presente, no en un incierto futuro en caso de que ocurran ciertos hechos. En particular, la dignidad no está supeditada a los diferentes proyectos o sistemas económicos que prometen, por definición, bienes futuros a cambio de sacrificios presentes. Si las personas no son medios sino fines (tal el significado de la dignidad), ellas deben ser respetadas hoy, aquí y ahora.

El contenido mínimo (y los efectos inmediatos del Pacto) son las garantías de que las personas no son sacrificables hoy sobre la base de promesas futuras derivadas, por ejemplo, del desarrollo económico (que se pretende obtener por tal o cual vía).¹⁹⁰

189. BILCHITZ, David, *Pobreza y derechos fundamentales. La justificación y efectivización de los derechos socioeconómicos*, Marcial Pons, 2017.

190. Estas consideraciones son hoy en día imprescindibles, pues el consenso político-económico actual entiende que el crecimiento económico requiere generar condiciones favorables para aquellos que más recursos poseen (las corporaciones transnacionales) a fin de que inviertan en cada una de las sociedades que compiten por sus inversiones (haciendo

Dicho de otra manera: solo de esta manera el Pacto mantiene su espíritu polémico frente a las injusticias y desigualdades sobre el cual debe operar, en vez de acomodarse complaciente al curso del mundo.

En esta línea, por lo demás, se mueve el Comité DESC cuando descarta las interpretaciones estrechas de los contenidos de los derechos reconocidos en el Pacto. Así, la Observación General N° 4 sostiene que *"el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, "la dignidad inherente a la persona humana", de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término "vivienda" se interpreta en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11° no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada. Como han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párrafo 5: "el concepto de "vivienda adecuada"... significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable".*¹⁹¹

Vemos, entonces, cómo el Comité DESC, en sus argumentos, vincula directamente la definición del contenido mínimo del derecho a la vivienda con la dignidad humana (y rechaza, de forma expresa, las visiones restrictivas, que aquí designamos como humanitarias o minimalistas). El desafío consiste en determinar respecto de cada uno de los derechos cuáles son esos contenidos exigidos por la

idea de una vida digna, tarea que va siendo desarrollada por el Comité a través de sus diferentes documentos (pero también por los Estados, a través de reglas generales o por medio de interpretaciones judiciales).

Esta especificación será primero cualitativa, al expresarse en estándares que especifiquen el contenido mínimo, y luego cuantitativa, ya que pueden efectuarse en muchos casos mensuraciones más precisas de aquellos contenidos.

Aquí estamos ante una tarea habitual en las teorías y las prácticas sobre los derechos. Estos generalmente son postulados, pero no definidos por las constituciones, declaraciones o cartas. Es una tarea hermenéutica posterior, llevada a cabo a través de un diálogo (polémico) entre autoridades políticas, tribunales y la comunidad jurídica, la de definir cuáles son los contenidos consensualmente aceptados de los derechos (o, si se quiere, cuáles son las reglas precisas que traducen normativamente el contenido del derecho). Habrá, como es habitual, zonas de gran consenso y otras de mayor conflictividad. Pero tal es la situación típica a la que nos enfrentamos cuando pretendemos definir los alcances normativos de los derechos, así los de la tutela judicial efectiva o el derecho a la privacidad. Dicha tarea requiere sacar a la luz los fundamentos de cada derecho, su razón de ser, los valores o situaciones que pretende proteger, aspectos que remiten muchas veces a tradiciones políticas disímiles, que coinciden, por ejemplo, en reconocer un derecho, pero difieren justamente en su alcance.¹⁹²

En esta tarea cabe incluir la definición de los aspectos de la igualdad que tienen efecto inmediato y que forman parte del contenido mínimo del derecho. En la medida en que la interpretación de la igualdad sea más

reducciones de impuestos, de salarios, etc.). Es decir, hay un consenso en favor de una mayor desigualdad. Acrecentada esta se promete que, de una forma mágica, en el futuro el bienestar será disfrutado por todos.

191. ONU, E/C.12/2000/4, Comité DESC, Observación General N° 14, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud", (artículo 12), 2000, párr. 7.

192. Entiendo que no hay mayores diferencias, a la hora de la concreción, definición, desarrollo e interpretación entre los derechos civiles y políticos, de un lado, y los derechos sociales, de otro. En ocasiones, se sostiene que la redacción de estos últimos es indeterminada, frente a la mayor precisión de los primeros. Este juicio no se sostiene. Todas las declaraciones de derechos son indeterminadas. Basta ver los textos jurídicos positivos en el derecho comparado. Y siempre es necesaria una tarea posterior de definición y desarrollo. La diferencia radica, en todo caso, en la existencia de mayores despliegues legislativos y doctrinarios respecto de unos derechos respecto de otros, así como un mayor consenso en cuanto a los contenidos. Pero esa diferencia en cuanto a las razones subyacentes (que son un indicio de las características de la cultura jurídica) no afectan a la categorización de los derechos como tales, y menos aún para justificar una distinción conceptual entre ellos.

exigente (esto es: vaya más allá del mero reconocimiento jurídico de una igualdad formal), requerirá de mayores políticas públicas por parte del Estado, de forma tal que la igualdad se encuentra atravesada por el concepto de contenido mínimo.

Resulta claro, dicho de forma general, que el contenido mínimo debe ser gozado sin discriminaciones y de forma sustantivamente igual por todas las personas. La igualdad, luego, incidirá en las obligaciones de avanzar, de asignar el máximo de los recursos disponibles, y de no retroceder, que son aquellas que comienzan a jugar ya asegurado y protegido el contenido mínimo del derecho.

5. La obligación de actuar progresivamente para efectivizar los derechos contenidos en el Pacto.

Sentadas las obligaciones inmediatas no sujetas a restricciones presupuestarias, el Comité explicita en la Observación General N° 3 qué entiende por la obligación de realización progresiva. Esta obligación presenta diversas facetas. Según ya señalamos, cabe considerar las obligaciones de avanzar hacia la plena efectividad de los derechos (**punto 5.1.**), de asignar el máximo de los recursos disponibles (**punto 5.2.**) y de no retroceder (**punto 5.3.**).

5.1. La obligación de avanzar hacia la plena efectividad de los derechos.

La Observación General N° 3 compara ambos pactos fundacionales y comienza a otorgarle significado a la idea de progresividad. Según el Comité DESC, *"la principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2° es la de adoptar medidas "para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]". La expresión "progresiva efectividad" se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata*

*de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo".*¹⁹³

La médula para captar el concepto de progresividad consiste en el deslinde conceptual de los dos ámbitos en el contenido del derecho que ya señalamos: el contenido mínimo y el contenido pleno (la plena efectividad, según los términos literales del Comité DESC). Esa distinción es la que permite conjugar dos ideas: (a) que el Pacto tiene un efecto inmediato por el hecho de ser suscripto; (b) que la concreción final del Pacto requiere de un período de tiempo.

El contenido mínimo tiene efecto inmediato. El contenido pleno está sujeto a la progresividad. Y en esta distinción juegan las cuestiones financieras. El contenido mínimo es jurídicamente independiente de los recursos. Para lograr el pasaje del contenido mínimo al contenido pleno, los Estados tienen la obligación de asignar el máximo de sus recursos disponibles.

La primera obligación derivada de la progresividad es la de avanzar. Es decir: tomar medidas intencionalmente deliberadas y causalmente apropiadas para lograr la plena efectividad de los derechos de forma progresiva, es decir, a lo largo del tiempo. Hay una obligación de tomar medidas continuas en el tiempo para avanzar hacia la plena efectividad. Tres rasgos aquí muy básicos para cumplir con la obligación de avanzar: a) tomar medidas deliberadas (intencionalidad); b) que esas medidas sean idóneas para concretar la plena

¹⁹³ ONU, E/1999/1/23, Comité DESC, Observación General N° 3, "La índole de las obligaciones de los Estados Partes", 1990, párr. 9.

efectividad (causalidad), y c) que las medidas tengan perduración en el tiempo (continuidad).

Toda la analítica desplegada hasta aquí tiene un carácter interrelacionado. Volvamos a las primeras obligaciones inmediatas. Si, suponemos como hipótesis, se cumplió con la obligación inmediata de planificar, política que incluye cronogramas de ejecución, la obligación de avanzar se concreta en el deber de cumplir con las metas de lo ya planificado de acuerdo con el sistema de los derechos humanos. Se incluye aquí, por añadidura, el cumplimiento en cuanto a la asignación de los recursos que se dispusieron presupuestariamente en dicha planificación. El avance, a su vez, si se han elaborado indicadores, es susceptible de ser medido y evaluado. Todo esto a su vez puede verse con facilidad y comprensibilidad en los presupuestos públicos en la medida en que estos han sido construidos desde la óptica de los derechos humanos.

Ciertamente, pocos Estados cumplen con la obligación inmediata de tomar medidas. Cuestión que no tiene que ver con los costos, pues solo se trata de modificar la legislación y las prácticas de los entramados institucionales que ya existen. Este incumplimiento (que revela las resistencias políticas profundas de los Estados a sujetarse a las reglas internacionales de derechos humanos, más allá de las declaraciones formales) luego dificulta evaluar la progresividad, aspecto sobre el que pronto nos detendremos.

En fin, avanzar significa caminar a lo largo del tiempo y este es un aspecto central de la planificación (incluida la planeación presupuestaria) sobre la base de derechos.

5.2. La obligación de utilizar el máximo de los recursos disponibles como tal.

Dada la diversidad de cuestiones por tratar aquí resulta adecuado separar la exposición en varios puntos. En primer lugar, expongo la asignación suficiente de recursos y tres enfoques sobre el concepto de suficiencia (**punto 5.2.1**). Luego nos detenemos en la evaluación del cumplimiento de la obligación de asignar el máximo de los recursos disponibles (**punto 5.2.2**). Aquí veremos de forma particularizada los estándares fijados por el Comité DESC (**punto 5.2.2.1**) y algunos criterios complementarios, así como el uso de comparaciones (**punto**

5.2.2.2). Seguimos con la dilucidación del concepto de recursos disponibles, distinguiendo tres niveles de análisis (**punto 5.2.3**). Profundizamos, por último, en el concepto de recursos socialmente disponibles y en la doctrina del Comité DESC sobre el tributo socialmente justo, cuestión que nos conduce, a su vez, a una breve consideración de los criterios constitucionales nacionales sobre los criterios materiales de justicia tributarias (**punto 5.2.4**).

5.2.1. La asignación suficiente de recursos. Tres enfoques sobre la suficiencia. La obligación de aumentar los gastos públicos.

El Estado, como ya destacamos, tiene la obligación de asignar el máximo de los recursos disponibles a fin de avanzar desde el contenido mínimo hacia el goce pleno de los derechos reconocidos en el Pacto.

De acuerdo con una expresión utilizada en algunas ocasiones, debe hacerse una asignación *suficiente* de recursos para garantizar los derechos.

En la Observación General N° 19 ya mencionada, el Comité de los Derechos del Niño, previo a enunciar los principios a los cuales debe sujetarse la política fiscal, destaca, de forma general y preliminar, *"que los Estados Partes están obligados a adoptar medidas en sus procesos presupuestarios para generar ingresos y gestionar los gastos de una manera que sea suficiente para dar efectividad a los derechos del niño"*.¹⁹⁴

Concordantemente, la Observación General N° 19 del Comité DESC destaca *"que el ejercicio del derecho a la seguridad social conlleva importantes consecuencias financieras para los Estados Partes, pero observa que la importancia fundamental de la seguridad social para la dignidad humana y el reconocimiento jurídico de este derecho por los Estados Partes supone que se le debe dar la prioridad adecuada en la legislación y en la política del Estado. Los Estados Partes deben elaborar una estrategia nacional para lograr que se ponga plenamente en práctica el derecho a la seguridad social, y asignar suficientes recursos fiscales y de otro tipo a nivel nacional. De ser necesario, deben tratar de*

¹⁹⁴ ONU, CRC/C/GC/19, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 19 sobre presupuestos públicos para la realización de los derechos de los niños, (artículo 4°), 2016, párr. 57.

obtener cooperación y asistencia técnica internacionales de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2º del Pacto".¹⁹⁵

Aquí apreciamos la faz positiva de la obligación que examinamos: los Estados deben asignar suficientes recursos fiscales para poner en práctica los derechos.

Rápido se advierte que la suficiencia es susceptible de un triple enfoque. A la luz de la obligación de asegurar el contenido mínimo, recursos suficientes son aquellos que soportan financieramente ese contenido básico. A la luz de lograr progresivamente el cumplimiento pleno de los derechos, recursos suficientes son aquellos acordes con ese avanzar en el tiempo. En tercer lugar, ya asegurado el contenido pleno del derecho, recursos suficientes son los requeridos para mantener ese nivel jurídico del derecho, para no retroceder.

Suficiencia respecto a) del contenido mínimo; b) del desarrollo progresivo (desde el contenido mínimo al contenido pleno), y c) del mantenimiento estable del contenido pleno.

Luego, por lógica consecuencia, no asignar recursos suficientes es una violación de las obligaciones del Pacto. Como destaca el Comité DESC, *"las violaciones de las obligaciones de cumplir se producen cuando los Estados Partes no adoptan todas las medidas necesarias para dar efectividad al derecho a la salud. Cabe citar entre ellas la no adopción o aplicación de una política nacional de salud con miras a garantizar el derecho a la salud de todos; los gastos insuficientes o la asignación inadecuada de recursos públicos que impiden el disfrute del derecho a la salud por los particulares o grupos, en particular las personas vulnerables o marginadas; la no vigilancia del ejercicio del derecho a la salud en el plano nacional, por ejemplo mediante la elaboración y aplicación de indicadores y bases de referencia; el hecho de no adoptar medidas para reducir la distribución no equitativa de los establecimientos, bienes y servicios de salud; la no adopción de un enfoque de la salud basado en la perspectiva de género; y el hecho de no reducir las tasas de mortalidad infantil y materna"*.¹⁹⁶

En diversas conclusiones sobre informes estatales, el Comité destaca que no se asignan recursos suficientes

y recomienda que se aumenten los gastos en ciertos derechos o que se prioricen ciertos gastos.

Así, respecto de Uganda, expresa su preocupación de *"que no se hayan asignado suficientes recursos a sectores clave, sobre todo a la protección social, la salud, la vivienda, la agricultura y la educación, que tienen gran importancia para el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2º)"*.¹⁹⁷

El Comité recomienda al Estado parte establecer nuevas prioridades para la asignación de recursos y aumente de manera constante la proporción del presupuesto público disponible para esos sectores con vistas a lograr la efectividad progresiva de los derechos enunciados en el Pacto.

Sobre el derecho a la salud en particular, destaca su preocupación sobre *"la reducción del presupuesto de salud y las disparidades en el acceso a la atención de la salud de las familias y las personas pobres. Le preocupa asimismo que la mayoría de los hospitales sean inaccesibles a las personas con discapacidad y carezcan de los suministros médicos necesarios, así como de alojamiento adecuado"*. Por tal motivo *"insta al Estado parte a que aumente progresivamente las asignaciones presupuestarias destinadas al sector de la salud con vistas a alcanzar el nivel de referencia acordado en la Declaración de Abuya sobre el VIH/SIDA, la Tuberculosis y Otras Enfermedades Infecciosas Conexas"*.¹⁹⁸

Respecto de la situación en El Salvador, el Comité destacó *"que el presupuesto destinado a la salud sigue siendo insuficiente para cubrir adecuadamente a todos los grupos de la población, en particular a los que se encuentran en situación de vulnerabilidad (E/C.12/SLV/CO/2, párr. 24)"*. También *"recomienda que el Estado parte incremente el presupuesto asignado a la atención a la salud y tome las medidas necesarias para consolidar un sistema nacional de salud, accesible a todos, sin discriminación alguna, de acuerdo con el artículo 12 del Pacto y tomando en consideración la Observación General N° 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del Pacto). El Comité solicita al Estado parte que en su próximo informe presente información detallada y actualizada, incluyendo datos estadísticos desagregados*

195. ONU, E/C.12/GC/19, Comité DESC, Observación General N° 19, "El derecho a la seguridad social", 4 de febrero de 2008, párr. 41.

196. ONU, E/C.12/UGA/CO/1, "Observaciones finales sobre el informe inicial de Uganda", 8 de julio de 2015, párr. 8.

197. "Observaciones finales sobre el informe inicial de Uganda", 8 de julio de 2015, párr. 8.

198. "Observaciones finales sobre el informe inicial de Uganda", 8 de julio de 2015, párr. 32.

e indicadores que permitan apreciar los avances logrados en esta área". El mismo estilo de argumentación efectúa respecto de otros derechos, como la educación. Así, señala que "no obstante los aumentos presupuestarios destinados a la educación, el Comité nota con preocupación que dicho presupuesto sigue siendo insuficiente. En particular, al Comité le preocupan las diferencias de nivel de calidad e infraestructuras entre las escuelas de las zonas urbanas y las rurales; la baja remuneración de los docentes; y la insuficiente formación de estos (art. 13)".¹⁹⁹

Al evaluar la situación de Irlanda, el Comité le recomendó "que adopte todas las medidas necesarias para mejorar, en términos tanto cualitativos como cuantitativos, sus servicios públicos de atención de la salud, entre otras cosas aumentando el gasto público destinado a la atención de la salud".²⁰⁰

Como se observa en todos estos casos, el Comité evalúa las asignaciones presupuestarias y: a) las califica de insuficientes, b) recomienda aumentar el gasto público, y c) manifiesta preocupación por las reducciones de gasto público.

5.2.2. La evaluación del cumplimiento de la obligación de asignar el máximo de los recursos disponibles.

Dicho esto, hay dos cuestiones centrales por resolver. Una es cómo evaluar si se ha cumplido con la obligación de asignar el máximo de los recursos disponibles. Dos, y complementariamente, es necesario precisar el propio concepto de recursos disponibles.

Veamos a continuación ambos aspectos de acuerdo con la doctrina internacional.

5.2.2.1. Estándares fijados por el Comité DESC.

Un documento de síntesis al respecto es la Declaración de 2007 sobre la "Evaluación de la Obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga de conformidad con un Protocolo Facultativo del

Pacto".²⁰¹ Allí se destaca que para examinar si un Estado ha tomado medidas hasta el máximo de los recursos disponibles el Comité realizará un control en términos de adecuación o razonabilidad.²⁰²

Para realizar ese control el Comité explicitó los siguientes estándares:

a) hasta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales;

b) si el Estado Parte ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria;

c) si la decisión del Estado Parte de no asignar recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos;

d) en caso de que existan varias opciones en materia de normas, si el Estado Parte se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en el Pacto;

e) el marco cronológico en que se adoptaron las medidas;

f) si las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, si las medidas fueron no discriminatorias y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo.

Estos estándares deben ser leídos, de forma sistemática, desde el marco conceptual hasta aquí expuesto. Las medidas deliberadas implican que el Estado ha planificado su actividad financiera desde la óptica de los derechos humanos. Aquí juega la obligación inmediata de fijar metas, elaborar cronogramas y utilizar indicadores en términos de derechos. Este requisito es el que permite evaluar de forma precisa cuántos recursos se asignaron a cada uno de los derechos protegidos por el Pacto. Medidas que, como ya se señaló, deben ser transparentes y participativas. Son también aquí pertinentes los tres rasgos que caracterizan a la obligación de avanzar: intencionalidad, causalidad y continuidad. En segundo

199. ONU, E/C.12/SLV/CO/3-5, "Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero, cuarto y quinto combinados de El Salvador", 19 de junio de 2014, párrs. 21 y 24.

200. ONU, Comité DESC, E/C.12/IRL/CO/3, "Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Irlanda", 8 de julio de 2015, (parágrafo 28).

201. ONU, E/C.12/2007/1, Comité DESC sobre la "Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto", 2007.

202. ONU, E/C.12/2007/1, Comité DESC sobre la "Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto", 2007, párr. 8.

lugar, las medidas deben ser acordes con el principio de igualdad y no discriminación.

Un criterio adicional introducido en esta Declaración es la adopción de uno de los niveles de análisis que es utilizado en la versión canónica del control de proporcionalidad en el derecho comparado: evaluar que se han tomado las decisiones menos gravosas respecto de los derechos (el llamado sub-principio de necesidad). Es decir, dada una pluralidad de medidas estatales posibles debe seguirse la que menos afecte al derecho involucrado. Esta evaluación implica introducirse en un análisis concreto (detallado) de las decisiones financieras a fin de efectuar comparaciones, aspecto que más adelante profundizaremos.

Estos estándares permiten distinguir entre la falta de voluntad (que genera incumplimiento) y la imposibilidad real de cumplir (sujeta a pruebas que la demuestren).

En resumen, fijada la obligación y verificado un incumplimiento, surge la posibilidad de justificarlo por parte del Estado. Esto significa: aun cuando el Estado haya cumplido la obligación de asignar el máximo de los recursos disponibles, el derecho en cuestión no se encuentra satisfecho. Y la carga probatoria recae sobre el Estado. Es decir: el funcionamiento de esta causal exculpatoria exige que el Estado demuestre que justamente cumplió con la obligación y, a pesar de ello, no ha logrado asegurar el contenido de los derechos.

Nos encontramos en el terreno conceptual de la regla y la excepción. La regla es la obligación de asignar el máximo de los recursos disponibles. La excepción es la posibilidad de alegar que no se ha podido cumplir con la obligación. La carga de la prueba recae en el Estado que alega la imposibilidad. Y el Comité DESC fijó los referidos estándares a fin de racionalizar dicho procedimiento probatorio.

Un punto ambiguo de la Declaración (dictada, recordemos, en 2007) consiste en que sigue sosteniendo, respecto del contenido mínimo, la posición de la Observación General N° 3, a pesar del cambio de orientación producido en el año 2000 a partir de la Observación General N° 14, ambigüedad que revela la necesidad de emitir una observación general específica que clarifique la posición actual del Comité.

5.2.2.2. Criterios complementarios fijados por el Comité DESC: el uso de comparaciones.

Paralelamente a estos criterios muy generales, el Comité ha hecho reflexiones sobre el asunto en informes finales sobre países, de los cuales pueden inferirse pautas complementarias, que avanzan en el camino de aquella clarificación.

Algunos de los indicadores que han sido utilizados por el Comité para evaluar si se han empleado el máximo de los recursos disponibles ya fueron señalados por Magdalena Sepúlveda Carmona al analizar aquellos informes. Se trata de comparaciones entre diferentes situaciones. Tres son internas a la política fiscal del Estado, y otra externa.

La primera comparación interna consiste en confrontar los gastos realizados por el Estado vinculados a los derechos consagrados en el Pacto con aquellos que están vinculados a otros objetivos estatales. Así, por ejemplo, si dentro del Estado se han asignado significativamente mayores cantidades de fondos en áreas no vinculadas a las obligaciones del PIDESC, como la defensa militar, en vez de la salud o la educación, el Comité lo considerará como un indicador de incumplimiento.²⁰³ En este sentido, el Comité sostuvo, respecto de Corea, que el elevado gasto en defensa se contraponía a las contracciones en el presupuesto en áreas clave de los derechos económicos, sociales y culturales.²⁰⁴

Una segunda comparación interna implica confrontar los gastos referidos a derechos con el nivel de desarrollo del Estado involucrado. El Comité DESC, al examinar al Estado de Corea, expresó que ante la fortaleza de su economía pareciera apropiado que la educación gratuita se extendiera al nivel secundario y superior.²⁰⁵ En cambio, al analizar la situación de las islas Salomón, el Comité entendió que la carencia de recursos en la crisis

203. SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights*, intersentia, 2003, p. 317. Sobre la cuestión ver: ONU, E/1996/22, Comité DESC, "Observaciones finales sobre el informe inicial de Filipinas", párr. 121.

204. ONU, E/C.12/1/Add.59, Comité DESC, "Observaciones finales sobre el segundo reporte periódico de Corea", párr. 9.

205. ONU, E/1996/22, Comité DESC, "Observaciones finales sobre el informe inicial de la República de Corea", párr. 76.

económica prevaleciente dejaba poco margen al Estado para proveer servicios de educación adecuados.²⁰⁶

Una tercera comparación interna posible consiste en confrontar las previsiones presupuestarias referidas a un derecho con las sumas efectivamente ejecutadas por el Estado. El Comité, respecto de Colombia, sostuvo que la práctica de no utilización del presupuesto asignado a gastos para derechos sociales indica el incumplimiento con las obligaciones del PIDESC.²⁰⁷

Estas tres comparaciones internas muestran cómo el Comité ha comenzado a realizar análisis más finos respecto de las políticas presupuestarias de los Estados, escrutando las asignaciones presupuestarias como tales (comparación entre diferentes tipos de gastos), el proceso o ciclo presupuestario (comparación entre lo aprobado y lo ejecutado) o la relación entre las asignaciones presupuestarias y el grado de desarrollo del Estado.²⁰⁸ Y, como adelantamos, esta es una vía para dilucidar, de manera fundada en datos empíricos, si las medidas estatales han sido las menos gravosas ante la efectividad de los derechos consagrados en el Pacto (subprincipio de necesidad).²⁰⁹

206. ONU, E/2000/22, Comité DESC, "Observaciones finales de las islas Salomón", párr. 206.

207. ONU, E/1996/22, Comité DESC, "Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Colombia", párr. 200 b.

208. Estas comparaciones son internas por realizarse solo con referencia al Estado supervisado. Pero también es posible hablar de comparación interna en otro sentido. Se trata de aquellas comparaciones interiores al presupuesto público. Desde esta óptica, la primera y la tercera son comparaciones internas (entre diferentes gastos; entre lo aprobado y lo ejecutado). En cambio, es externa (en este segundo sentido) la comparación entre gastos y nivel de desarrollo, pues este es un indicador macroeconómico de carácter extrapresupuestario. Es decir: hay comparaciones internas al presupuesto público y comparaciones internas al propio Estado. Cada una genera su correlativa comparación externa. En el primer caso son comparaciones externas al presupuesto (y dentro del mismo Estado). En el segundo, son comparaciones entre diferentes Estados.

209. Indudablemente, estas comparaciones efectuadas por el Comité son algunas de las posibles dentro de un enfoque sistemático que puede hacerse del presupuesto sobre la base del derecho internacional. Por ejemplo, puede compararse el gasto en un derecho con el gasto total y con el PBI, además de hacerse mediciones intertemporales, claves para evaluar el cumplimiento de la progresividad. Ver el análisis de diferentes instrumentos en O'CONNELL, Rory; NOLAN, Aoife; HARVEY, Colin; DUTSCHKE, Mira y ROONEY, Eoin, *Applying an International Human Rights Framework to State Budget Allocations: Rights and Resources*, United Kingdom, Ed. Routledge, 2014, capítulo 2 "Economic and social rights-based Budget analysis. An overview", p. 38 y siguientes.

Las comparaciones externas, por su parte, implican hacer contrastes entre los recursos gastados por el Estado para el cumplimiento del Pacto y los gastados por otros Estados de semejante nivel de desarrollo. Al respecto, Sepúlveda Carmona sostiene que si un determinado porcentaje del presupuesto nacional del Estado destinado al derecho a la educación es significativamente inferior al gastado por otro Estado con similares índices de desarrollo, este supuesto podrá ser considerado un indicador del no uso del máximo de los recursos disponibles.²¹⁰ En esta dirección, el Comité DESC, con relación a República Dominicana, manifestó con preocupación que el gasto estatal en educación comparado con el gasto total era inferior al promedio en América Latina.²¹¹

5.2.3. Dilucidación del concepto de recursos disponibles. Tres niveles de análisis.

Veamos ahora el concepto de recursos disponibles.

De forma abstracta, podemos distinguir tres niveles de análisis del concepto "recursos disponibles", cada uno de mayor profundidad que el precedente.

En un nivel muy estrecho, recursos disponibles son aquellos que el Estado destinó a un derecho particular en su legislación presupuestaria. Es la suma que el Estado asignó a un derecho (por ejemplo, el derecho a la vivienda) a través de los programas presupuestarios dedicados a ese derecho. Llamémoslos recursos *específicamente* disponibles.²¹²

En un segundo nivel de análisis, recursos disponibles son aquellos que el Estado efectivamente dispone (por la diversidad de sus técnicas de ingresos públicos) y que asigna a través de su presupuesto. Son los recursos *presupuestariamente* disponibles, en términos globales. En este segundo nivel, puede hacerse una distinción

210. SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena, *The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, intersentia, 2003, p. 317.

211. ONU, E/1997/22, Comité DESC, "Observaciones finales sobre República Dominicana", párr. 228.

212. Ya este modesto nivel de análisis requiere que el Estado confeccione su presupuesto con clasificadores basados en derechos humanos. De lo contrario, hay que hacer una "traducción" de los presupuestos para vincular gastos y derechos. Tarea de gran dificultad en atención, como ya indicamos, a su habitual y característica opacidad.

más fina. El presupuesto, como técnica normativa, consta de una autorización para gastar durante cierto período (habitualmente un año), complementada por una estimación de cuánto se habrá de recaudar en ese mismo período de tiempo. Al tratarse de una estimación (basada en diferentes cálculos macroeconómicos), los recursos que efectivamente se recauden pueden ser mayores o menores. Los recursos presupuestariamente disponibles pueden entonces verse como los aprobados en el presupuesto o, luego, los efectivamente recaudados durante el ejercicio financiero.²¹³

Y en un tercer nivel conceptual, los recursos disponibles son aquellos con los que cuenta la sociedad en su conjunto y que pueden ser susceptibles de ser captados, de forma legítima, por el Estado. Son los recursos *socialmente* disponibles.

El primer nivel de análisis no es prometedor y es justamente el que ha pretendido superar, desde un inicio, la doctrina internacional. Si este fuese el concepto usado, al Estado le bastaría decir que esos son los recursos de que dispone y la evaluación del Comité se limitaría a indagar si su asignación es igualitaria o eficiente. Usar este concepto significaría dejar librado a una enorme discrecionalidad estatal su política de recursos, visión que, como hemos visto hasta aquí, no es la desarrollada por la doctrina internacional.

El segundo nivel de análisis es más interesante, porque conduce a un análisis integral u holístico de los presupuestos públicos en su faz de gastos. Si estos son los recursos disponibles, resulta posible hacer comparaciones internas al presupuesto, así con claridad la primera comparación interna antes vista entre gastos vinculados a derechos y gastos vinculados a otros objetivos estatales. Pero también aquí son pertinentes las otras comparaciones internas, ya sea entre el gasto en

derechos y el nivel de desarrollo, ya sea entre gastos aprobados y ejecutados.²¹⁴

Claro está, el tercer nivel de análisis es el de mayor significación porque destaca las posibilidades financieras que dispone un Estado de acuerdo con la riqueza socialmente producida. Aquí surge el concepto de espacio fiscal, es decir: cuánto ámbito de riqueza disponible hay en una sociedad que no es captada por el Estado.²¹⁵

Observemos el asunto con mayor detenimiento.

5.2.4. Los recursos socialmente disponibles. Del análisis presupuestario a la evaluación de la política fiscal: el tributo socialmente justo.

Adoptar este tercer concepto (recursos socialmente disponibles) implica adentrarse en la política fiscal del Estado como un todo, más allá de las decisiones presupuestarias, para abarcar los diferentes ingresos públicos, fundamentalmente los tributos. Ya no se trata de un análisis integral del presupuesto, sino de la política fiscal en su conjunto.

En este contexto, se inserta la expresión, ya habitual, de movilizar los recursos socialmente disponibles. El Estado no debe solo gestionar, de acuerdo con los

²¹³. Si se recaudan más recursos que los estimados cabe analizar qué destinos se les asigna desde la óptica de los derechos humanos. En cambio, si se recaudan menos que los estimados, habrá que ver qué hace el Estado ante ese desfasaje: si aumenta los recursos de alguna forma, o si disminuye algunos de sus gastos autorizados para ajustarse a los recursos realmente recaudados. Se advierte aquí la importancia que tiene la *seriedad* en la estimación recaudatoria, a fin de que no sea manipulada arbitrariamente por el Estado (con el objetivo de obtener una mayor discrecionalidad durante el ejercicio financiero).

²¹⁴. Al aplicar la Recomendación del Comité DESC 2007, la mayoría de la Corte Suprema argentina consideró que el Estado, para demostrar que cumplió la obligación de asignar el máximo de los recursos disponibles, debe hacer un análisis *integral* de su presupuesto. Ver: CORTI, Horacio, "Modelos de control judicial de las restricciones financieras en el derecho comparado: La jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina sobre el derecho a la vivienda" en *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Nº 16, año 8, 2018; disponible en: https://www.mpdefensa.gob.ar/sites/default/files/revista16_baja.pdf.

²¹⁵. ORTIZ, Isabel; CHAI, Jingqing y CUMMINS, Matthew, *Identifying fiscal space. Options for Social and Economic Development for Children and Poor Households in 184 Countries*, Unicef, 2011. ORTIZ, Isabel; CUMMINS, Matthew y KARUNANETHY, Kalaivani, *Espacio fiscal para la protección social y los ODS: Alternativas para ampliar la inversión social en 187 países*, OIT, Unicef, ONU Mujeres, 2017. El Comité DESC utiliza el concepto de espacio fiscal. Así, ha señalado: "[L]os Gobiernos disponen de opciones para ampliar el espacio fiscal para la protección social incluso en los países más pobres, por ejemplo reasignando el gasto público con un renovado interés en el gasto social, aumentando los ingresos fiscales, reduciendo la deuda o el servicio de la deuda, adaptando el marco macroeconómico, combatiendo los flujos financieros ilícitos o aumentando los ingresos de la seguridad social". Ver: E/C.12/2015/1, Comité DESC. *Niveles mínimos de protección social: un elemento esencial del derecho a la seguridad social y de los objetivos de desarrollo sostenible*, 2015, párr. 13. Ver también: ROY, Rathin y HENTY, Antoine (editores), *Fiscal Space*, Earthscan, 2009.

principios de derechos humanos, los recursos que ya dispone, sino que debe movilizar la riqueza socialmente disponible a fin de garantizar los derechos.²¹⁶

En una fórmula, que conjuga varios de los conceptos analizados hasta aquí: es necesario movilizar los recursos socialmente disponibles a fin de contar con recursos presupuestarios suficientes (en sus tres aspectos: respecto del contenido mínimo, del deber de avanzar y del mantenimiento del contenido pleno).

Se abre entonces la posibilidad de evaluar, a la luz del cumplimiento del Pacto, la brecha o distancia entre ambas magnitudes: los recursos socialmente disponibles (y movilizables) y los recursos presupuestariamente disponibles.

De adoptarse este concepto, las evidencias que debe mostrar el Estado a fin de verificar si cumplió su obligación deben referirse al máximo de los recursos socialmente disponibles.

Este es, por lo demás, el concepto que surge de los trabajos preparatorios del Pacto. El tema es tratado por Alston y Quinn, quienes destacan que, por ejemplo, *"la representación del Líbano señaló que debe quedar claro que la referencia a los recursos es a los reales recursos del país y no a las apropiaciones presupuestarias. Está implícita en esta formulación la asunción de que las asignaciones gubernamentales, reflejadas en el presupuesto nacional, no pueden acreditar automáticamente como el máximo de los recursos disponibles que tienen que comprometerse para la satisfacción de los derechos. Más bien, lo apropiado es indagar más allá de esas asignaciones y tener en cuenta los recursos "reales" del país"*.²¹⁷

Entiendo que el Comité DESC ha comenzado a recorrer este camino y ello lo ha conducido, en sus observaciones a los informes finales de los países, a evaluar los sistemas tributarios nacionales, dado que estos son el medio

financiero básico, aunque no el único, para la formación de la masa de los recursos presupuestarios disponibles.

Se ve el camino que se está recorriendo: para evaluar el cumplimiento de una obligación referida a los gastos públicos ha sido preciso avanzar en la evaluación de los mecanismos recaudatorios de los Estados, la tributación en primer lugar, pero también, según surge de documentos cada vez más abundantes (algunos de los cuales mencionamos al inicio de este texto), la deuda pública.²¹⁸

Veamos algunos ejemplos para demostrar lo dicho.

El Comité le requirió a Irlanda que *"considere la posibilidad de revisar su régimen fiscal, con el fin de incrementar sus ingresos para restablecer los niveles de los servicios públicos anteriores a la crisis, de manera transparente y participativa"*.²¹⁹

Por su parte, respecto de Paraguay, tuvo en cuenta *"la información proporcionada por la delegación sobre la entrada en vigencia del impuesto sobre la renta; sin embargo, aún le preocupa la débil recaudación fiscal en el Estado parte, lo cual limita la inversión del gasto público social (art. 2º). El Comité recomienda al Estado parte tomar las medidas necesarias para que su política tributaria sea socialmente justa con el objetivo de mejorar la recaudación fiscal con miras a incrementar la disponibilidad de recursos destinados a la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales. El Comité recomienda al Estado parte que tome las medidas necesarias para asegurar la efectiva y transparente aplicación del impuesto sobre la renta"*.²²⁰

Sobre la situación en El Salvador, el Comité valoró *"las reformas fiscales realizadas por el Estado parte. Sin embargo, le preocupa que la recaudación de impuestos en el Estado parte es aún baja, lo que repercute negativamente en*

216. *"El concepto de máximos recursos disponibles, argumentamos, implica que el rol del Estado no es sólo el de ser un eficiente administrador de los recursos existentes, sino el de ser una institución que moviliza recursos adicionales"*. Ver: ELSON, Diane; BALAKRISHIMAN, Radnika y HEINTZ, James, "Public Finance, Maximum Available Resources and Human Rights", en NOLAN, Aoife; O'CONNELL, Rory y HARVEY, Colin, Human Rights and Public Finance, Bloomsbury Publishing, 2014, p. 16.

217. ALSTON, Philip y QUINN, Gerard, "The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", *Human Rights Quarterly*, Vol. 9, No. 2, mayo de 1987, p. 178.

218. El tercer tipo de recursos de que disponen los Estados, además de la tributación y del endeudamiento, son los recursos originarios, que son generados por el propio Estado, ya sea a través de la gestión de su patrimonio o a través de una actividad económica directa. Esta categoría clásica de recursos públicos es cada vez menos significativa como consecuencia de las políticas económicas hoy dominantes, que han conducido (vía privatizaciones, desregulaciones y ampliación de los ámbitos de libertad de las corporaciones) a la reducción de la capacidad estatal para producir recursos originarios.

219. ONU, E/C.12/IRL/CO/3, Comité DESC, "Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Irlanda", 8 de julio de 2015, recomendaciones, párr. 11.d.

220. ONU, E/C.12/PRY/CO/4, Comité DESC, "Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Paraguay", 20 de marzo de 2015, párr. 10.

los ingresos nacionales y puede limitar los recursos destinados a los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2º). El Comité alienta al Estado parte a seguir profundizando en el desarrollo de una política tributaria suficiente y socialmente justa que mejore la recaudación con miras a incrementar la disponibilidad de recursos destinados a la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, el Comité recomienda que la reforma fiscal y el plan de asignación de recursos se realicen de manera transparente y participativa".²²¹

Consideraciones semejantes fueron expresadas respecto de Guatemala, en las que el Comité "observa con preocupación que, a pesar de la adopción de la reforma de la legislación fiscal en 2012, la recaudación impositiva sigue siendo insuficiente y limita considerablemente los recursos disponibles para los derechos económicos, sociales y culturales. El Comité también está preocupado por la persistencia de mecanismos por los que ciertos sectores económicos, como los sectores de la minería y de la maquila (fabricación en manufacturas), gozan de privilegios fiscales (artículo 2º). El Comité insta al Estado parte a que aplique una política fiscal adecuada, progresiva y socialmente equitativa y que mejore la recaudación de impuestos para garantizar recursos suficientes para la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales. El Comité también recomienda que cualquier reforma tributaria y plan de asignación de recursos se lleven a cabo de manera transparente y participativa".²²²

También en otras ocasiones el Comité incluso destacó la posibilidad de utilizar las herramientas tributarias para lograr de forma directa objetivos del Pacto, no sólo como un medio para obtener recursos.²²³ Dos ejemplos. Respecto de la situación de Italia, el Comité recomendó "que intensifique su labor de lucha contra la

obesidad, particularmente entre los niños. También le recomienda que grave con impuestos más elevados la comida basura y las bebidas azucaradas".²²⁴ Y con relación a la Argentina, el Comité recomendó "al Estado parte que ratifique y aplique el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco y que elabore políticas fiscales, de fijación de precios y de sensibilización de la población que sean eficaces para reducir el consumo de tabaco, en particular entre las mujeres y los jóvenes".²²⁵

¿Qué conclusiones generales podemos deducir de esta reseña?

En primer lugar, es claro que el Comité DESC está recorriendo el camino de evaluar el sistema tributario de los Estados. Esto significa asumir el concepto de recursos socialmente disponibles como el más adecuado para interpretar el Pacto.

En segundo lugar, en varias ocasiones, el Comité critica la insuficiencia, la endeblez o la baja incidencia del sistema tributario. La recaudación es aún baja, es una expresión reiterada. Los Estados deben incrementar sus recursos tributarios para poder satisfacer los derechos. En otros términos, deben captar recursos socialmente disponibles.²²⁶

²²¹. ONU, E/C.12/SLV/CO/3-5, "Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero, cuarto y quinto combinados de El Salvador", 19 de junio de 2014, párr. 8.

²²². ONU, E/C.12/GTM/CO/3, Comité DESC, "Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Guatemala", 2014, párr. 8 y ONU, E/C.12/GBR/CO/6, Comité DESC, "Observaciones finales sobre el sexto informe periódico del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte", 2016, párrs. 16 y 17.

²²³. Temática que habitualmente la doctrina califica en términos de fines extrafiscales de la tributación. Critiqué esa categoría desde la visión de la Constitución Financiera en mi *Derecho Constitucional Presupuestario*, capítulo I, "La actividad financiera pública. Definiciones básicas". Si bien el punto requiere una mayor argumentación, allí se expone la médula del enfoque.

²²⁴. ONU, E/C.12/ITA/5, Comité DESC, "Observaciones finales sobre el quinto informe periódico Italia", 28 de octubre de 2015.

²²⁵. ONU, E/C.12/ARG/CO/3, Comité DESC, "Observaciones finales a la Argentina", 14 de diciembre de 2011, párr. 23.

²²⁶. Es este un punto interesante de conflicto con el orden económico global, donde los países deben competir entre sí para generar condiciones atractivas de inversión y donde una de las competencias centrales es la fiscal. "La competencia fiscal internacional ha proliferado como consecuencia de la globalización y de una movilidad cada vez mayor del capital y su correspondiente elasticidad en respuesta a la tributación. La competencia fiscal alimenta la reducción de los estándares, en la que los Estados tratan de atraer inversiones extranjeras directas mediante incentivos y otras reducciones fiscales para inversores extranjeros, y unos impuestos bajos o inexistentes sobre el comercio y las ganancias de capital. La competencia fiscal reduce los ingresos tributarios de los países en desarrollo y debilita su capacidad de recaudar fondos suficientes para financiar el sector de la salud. En algunos países en desarrollo, los ingresos que se pierden a causa de los incentivos fiscales equivalen a casi el doble del presupuesto para la salud. Los países de ingresos altos también han experimentado una reducción de los ingresos tributarios provenientes del gravamen de la renta del capital como consecuencia de la liberalización de los impuestos en los países en desarrollo. Las empresas multinacionales han trasladado sus activos al extranjero para aprovechar las ventajas de los paraísos fiscales y se dedican a fijar precios de transferencia para obtener ganancias en las jurisdicciones con bajos impuestos y evitar pagar impuestos más altos en los Estados en los que están domiciliadas". Ver: A/67/302. "Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho

En tercer lugar, el sistema tributario debe ser socialmente justo. Dado que es este un criterio material de justicia, se presenta el desafío de otorgarle un contenido jurídico preciso al concepto de tributo "socialmente justo". Y aquí el Comité está empezando a receptar los criterios que el constitucionalismo occidental ha desarrollado en términos de pautas sustanciales para evaluar la justicia tributaria. Una tributación justa es aquella acorde, entre otros aspectos, con la capacidad contributiva. O sea, aquella que efectivamente capta la capacidad contributiva.

El concepto de capacidad contributiva es una pieza central del constitucionalismo financiero. Consagrada la legalidad del tributo, en cuanto protección formal (principio de reserva de ley, originada históricamente en la necesidad de obtener el consentimiento para crear o modificar tributos), se desarrolla una protección sustancial, es decir, la legitimidad de aquel. La idea intuitiva que pretende captar el concepto es que los sujetos deben contribuir al sostenimiento del Estado (y, en los Estados constitucionales de Derecho, a la Constitución) de acuerdo con la riqueza que cada uno posee. Esta idea intuitiva ha sido largamente trabajada por la práctica jurídica a fin de convertirla en una serie de reglas operativas. Veamos, de forma muy esquemática, los aspectos salientes de esta práctica.²²⁷

de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", 2012, párr. 19.

227. La capacidad contributiva es uno de los tópicos centrales de la doctrina constitucional financiera. Es pionera la doctrina italiana, a partir, fundamentalmente, de los estudios de Benvenuto Grizziotti y la Escuela de Pavía. Entre los principales textos, ver: GIARDINA, Emilio, *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva*, Giuffrè, 1961; MANZONI, Ignazio, *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giappichelli, 1965; GAFFURI, Gianfranco, *La nozione della capacità contributiva e un essenziale confronto di idee*, Giuffrè, 2016; FALSITTA, Gaspare, *Il principio della capacità contributiva nel suo svolgimento storico prima e dopo la Costituzione Repubblicana*, Giuffrè, 2014; SALVINI, Livia y MELIS, Giuseppe, *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, Cedam, 2014; STEVANATO, Dario, *La giustificazione sociale dell'imposta. Tributi e determinabilità della ricchezza tra diritto e politica*, il Mulino, 2014; MOSCHETTI, Francesco, *El principio de capacidad contributiva*, Instituto de Estudios Fiscales, 1980. Para un estudio comparado del derecho italiano, español y argentino, ver: GARCÍA ETCHEGOYEN, Marcos, *El principio de capacidad contributiva. Evolución dogmática y proyección en el derecho argentino*, Ábaco, 2004. Para la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán y su incidencia en el derecho español, ver: HERRERA MOLINA, Pedro, *Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento español a la luz del derecho alemán*, Marcial Pons, 1998. Realicé algunas consideraciones en *Derecho Constitucional Presupuestario*, texto citado, en el capítulo

En primer lugar, la capacidad contributiva ha sido conceptualizada como un aspecto de un deber fundamental, complementario de los derechos: el deber de contribuir a los gastos públicos. La idea ya está presente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. De acuerdo con su artículo 13 "*pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable: elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés*". Luego fue incorporada en diversos textos, desde la Constitución de Cádiz de 1812 hasta la Constitución de Weimar de 1919. Ya en el constitucionalismo europeo de posguerra, fue explicitada en varias constituciones, así en la Constitución italiana de 1948, según la cual "*tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva. Il sistema tributario è informato a criteri di progressività*" (art. 53), y en la Constitución española de 1978, en cuanto dispone que "*todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio*" (art. 31.1.).

Si bien la teoría de los deberes constitucionales ha tenido un menor desarrollo que la teoría de los derechos, los sistemas constitucionales modernos presentan ambas dimensiones, y el deber de contribuir es, quizás, el principal de aquellos deberes.²²⁸

Ya en esta dimensión de análisis, hay conexiones posibles con el derecho internacional de los derechos humanos, pues hay diferentes documentos internacionales que, con diversa redacción, postulan dicho deber. Así, en el sistema interamericano, la Declaración Americana, al enumerar los deberes, establece que "*toda persona tiene el deber de pagar los impuestos establecidos*

XIX, punto 4 "La capacidad contributiva como concepto constitucional financiero", p. 858.

228. Sobre el deber de contribuir hay varios textos fundamentales: ESCRIBANO, Francisco, *La configuración jurídica del deber de contribuir. Perfiles constitucionales*, Civitas, Madrid, 1988. PAUNER CHULVI, Cristina, *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001. RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro, "El deber de contribuir como deber constitucional: su significado jurídico", en *Revista Española de Derecho Financiero*, Nº 125, 2005. CASALTA NABAIS, José, *O deber fundamental de pagar impostos. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, Almedina, 2009.

por la Ley para el sostenimiento de los servicios públicos" (artículo XXXVI). Dicha cláusula es a su vez el camino para darle contenido a la proposición más genérica contenida en la Convención Americana, cuyo artículo 32 referido a la "correlación entre derechos y deberes" establece, en su punto 1, que "toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad".

Estamos aquí frente al núcleo duro de la Teoría General de la Constitución Financiera. A la vez que una Constitución establece derechos y autoridades públicas, fija el deber de financiar dicho orden constitucional, y uno de los aspectos salientes de ese compromiso es el referido deber de contribuir de acuerdo con la capacidad contributiva. Una argumentación semejante se encuentra presente en el derecho internacional de los derechos humanos.

El referido deber, en un nivel de mayor profundidad en cuanto a su fundamentación, es consecuencia de uno de los valores fundamentales del constitucionalismo moderno y del derecho internacional de los derechos humanos: la solidaridad, en estrecha vinculación conceptual, claro, con la fraternidad (ver, entre muchas referencias, el ya citado art. 1º de la Declaración Universal).²²⁹

Hay, así, un encadenamiento conceptual entre la solidaridad y la fraternidad como valores jurídico-políticos fundamentales; la teoría de los deberes fundamentales, correlativa a los derechos humanos; el deber de contribuir a los gastos públicos; y el concepto de capacidad contributiva. Este entramado conceptual aporta el marco jurídico más general para especificar el justo reparto de la carga tributaria, que complementa al justo reparto del gasto público.

En segundo lugar, es necesario precisar qué significa contribuir de acuerdo con la riqueza. ¿Cuál es el contenido de la aptitud para contribuir? Ante todo, resulta claro que a mayor capacidad contributiva el tributo debe ser mayor. Y aquí la práctica jurídica de los Estados ha avanzado de la siguiente forma. Una primera formulación se expresó en términos de proporcionalidad. De tal

manera, cada sujeto contribuye en proporción a la capacidad contributiva. Pero dada las enormes (y hoy en día crecientes) desigualdades en la distribución social de la riqueza, se ha considerado, a la luz del deber de solidaridad, que la tributación debe ajustarse a la idea de progresividad. Es decir, que a mayor riqueza los tributos pueden (y deben) aumentar de forma progresiva. Hay una larga historia de los tributos progresivos (fundamentalmente del impuesto a la renta), que hoy son una pieza central de los sistemas tributarios. La progresividad se ha plasmado luego de forma expresa en ciertas constituciones o se ha considerado un elemento implícito en el mismo concepto de capacidad contributiva.

Este aspecto del desarrollo de la capacidad contributiva se encuentra íntimamente vinculado al principio de igualdad, en su aplicación a la materia tributaria.²³⁰ La igualdad, como ya vimos en general, es multidimensional. Lo mismo cabe predicar de la igualdad tributaria. Si bien hay muchos matices nacionales, la igualdad implica:

a) que no deben producirse discriminaciones en materia tributaria, es decir: favorecer u hostilizar arbitrariamente a un grupo de personas (igualdad como no discriminación);

b) que a semejante capacidad contributiva el tributo debe ser semejante (igualdad horizontal);

c) que todos los que se encuentran en una situación semejante de capacidad contributiva deben tributar de forma semejante (generalidad);

d) que a mayor capacidad contributiva el tributo debe ser mayor, ya sea de forma proporcional o progresiva (proporcionalidad y progresividad, en cuanto facetas de la igualdad vertical).

Se aprecia que aquí hay un amplio campo de interrelaciones posibles (aún por construir) entre los principios consagrados en los ámbitos nacional e internacional.

229. Sobre la fraternidad y la solidaridad, ver, entre muchos otros textos, BLAIS, Marie-Claude, *La solidarité. Histoire d'une idée*, Gallimard, 2007. BORGETTO, Michel, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, 1993. RODOTÀ, Stefano, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, 2014. En particular sobre el derecho tributario, ver: ROSA, Audrey, *Solidarité et impôt. Recherche sur les fondements de l'impôt moderne*, Dalloz, 2015.

230. Sobre la igualdad tributaria, la bibliografía es abundante. Ver: RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro, *Igualdad tributaria y tutela constitucional. Un estudio de jurisprudencia*, Marcial Pons, 2011; OSVALDO CASÁS, José, "El principio de igualdad en el Estatuto del contribuyente", en *Revista Latinoamericana de Derecho Tributario*, N° 3, Marcial Pons, 1997, pp. 57 a 96. Para un estudio comparado, ver la tesis de ÁLVAREZ, Victoria, *Principe constitutionnel d'égalité. Etudes fiscales comparées* (Université de Paris I Panthéon – Sorbonne). Traté el asunto en CORTI, Horacio, "El principio de igualdad tributaria. Una aproximación sistemática", en CASÁS, José Osvaldo (coord.), "Derechos Humanos y Tributación", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2001.

Finalmente, dentro de este excesivo resumen, cabe destacar una distinción que tiene una función estratégica: la distinción entre capacidad económica y capacidad contributiva. La primera se refiere a los recursos totales de que dispone un sujeto. La segunda, en cambio, individualiza el sub-conjunto de recursos que revelan una genuina aptitud para contribuir. Hay entonces un nivel mínimo de recursos que no revelan capacidad contributiva y son aquellos que se requieren para que cada sujeto pueda ejercer los derechos que el orden constitucional le reconoce.²³¹ Se construye así el concepto de mínimo exento o mínimo no imponible, que tiene una evidente correlación con los conceptos de mínimo existencial y de contenido mínimo de los derechos. Y aquí se abre un fructífero campo de afinidades y analogías para profundizar. Como ejemplo puede verse el debate, que se remonta a posiciones doctrinarias ya formuladas a fines del siglo XIX, sobre cómo especificar el alcance del mínimo exento, ya sea como un mínimo de subsistencia o como un mínimo vinculado a los recursos económicos requeridos para proteger la dignidad de la persona, distinción análoga a la que ya realizamos para conceptualizar el contenido mínimo del derecho.²³²

Por ende, para la elaboración del concepto de "tributo socialmente justo" en los términos del PIDESC resulta a mi entender razonable reinterpretar las construcciones que ya vienen siendo desarrolladas en las prácticas jurídicas constitucionales. Y ese es el camino que ha empezado a recorrer el propio Comité DESC.

Según la reinterpretación que aquí esbozamos, el Comité está señalando que hay, en las sociedades analizadas en los diferentes informes finales, capacidad contributiva que no es alcanzada por la tributación. Un ejemplo del Comité son los beneficios fiscales. Hay sectores económicos con capacidad contributiva que sin

embargo gozan de privilegios fiscales, reduciendo así los recursos disponibles para asegurar derechos.

Es claro que la justicia tributaria desarrollada por el constitucionalismo también fija límites a la tributación, básicamente mediante la protección del derecho de propiedad.²³³ La capacidad contributiva se mueve entre dos límites al interior de la capacidad económica: el umbral del mínimo exento y el límite máximo derivado de la protección del derecho de propiedad. Los tributos deben ser justos, captar la capacidad contributiva, incidir de forma intensa en las grandes riquezas, por ejemplo, a través de la tributación progresiva (o de los tributos a las grandes propiedades inmobiliarias, al consumo suntuario, a las rentas extraordinarias), pero sin tener efectos confiscatorios.

Digamos, sobre este último punto, que, si el derecho de propiedad es un límite a la tributación, el sistema de derechos humanos es el que otorga su sentido global.

En esta serie de documentos del Comité DESC, se va perfilando la calificación del sistema tributario desde la perspectiva de los derechos humanos, que debe ser adecuado, justo, equitativo, sin privilegios, progresivo y generar recursos suficientes. Este último criterio es clave y muestra, en concreto, dada la unidad conceptual de la actividad financiera pública en sus aspectos recaudatorios y erogatorios, que para que el gasto sea suficiente (en el triple significado ya visto), antes debe ser también suficiente la recaudación tributaria.

Es decir, la hacienda pública en su conjunto debe generar recursos suficientes para lograr el cumplimiento de los derechos establecidos en el Pacto.

Es este, en resumen, un punto de encuentro por explorar entre la constitucionalización sustantiva de la hacienda pública, que señalamos al inicio, y la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos, como dos aspectos nucleares de las Constituciones Financieras

231. En las primigenias construcciones doctrinarias se argumentaba en términos de necesidades básicas. El mínimo exento se refería a los recursos vinculados a tales necesidades. Pero dicha construcción tiene que transformarse a la luz de la evolución de los sistemas de derechos, donde tales necesidades han sido protegidas por diferentes derechos. Ya no nos referimos a la necesidad de salud o alimentación sino a sendos derechos.

232. Una adecuada síntesis de este debate en el ámbito tributario puede encontrarse en el texto de Marcos García Etchegoyen, ya citado (capítulo IV, "Adecuación de la carga tributaria a las condiciones personales y familiares del sujeto pasivo"), en ocasión de exponer la faz subjetiva de la capacidad contributiva.

233. Sobre la no confiscatoriedad en el derecho tributario argentino, ver: CASÁS, José Osvaldo, *Presión fiscal e inconstitucionalidad*, Depalma, 1992, y "Principios jurídicos de la tributación", ensayo incluido en el *Tratado de la Tributación*, Vol. I, capítulo 4, Astrea, 2003. Para una comparación entre el derecho argentino y español, ver NAVEIRA, Gustavo, *El principio constitucional de no confiscatoriedad Tributaria*, Abeledo Perrot, 2012. Ver también: MANGIAVILLANO, Alexandre, *Le contribuable et l'Étp. L'impôt et la garantie constitutionnelle de la propriété (Allemagne - France)*, Dalloz, 2013; BOURGET, Renaud, "Le principe constitutionnel de non confiscation fiscale en Espagne", en *Revue Européenne et internationale de droit fiscal*, N° 2, 2017, p. 161.

contemporáneas. Es preciso hacer una conexión (y una mutua reinterpretación) entre ambos vocabularios a fin de lograr la máxima protección de los derechos humanos en el contexto económico-político actual, tan adverso.

Sobre ambos aspectos financieros, presupuestario y tributario, también se ha expedido de forma elocuente, el Comité de los Derechos del Niño, de manera cada vez más profunda, como lo muestra la comparación de un informe de 2003 sobre Georgia y otro más reciente, de 2010, sobre Guatemala.²³⁴

Respecto de Georgia el Comité manifiesta su preocupación "por la muy baja asignación presupuestaria para la aplicación del Convenio, señalando particularmente la disminución constante del gasto público en salud y educación, que ahora se encuentra en un nivel muy bajo a pesar del nivel razonablemente alto de crecimiento económico (5.2 por ciento en 2002). El Comité reitera a este respecto su preocupación por el muy escaso sistema de recaudación de impuestos".

Como consecuencia de esta evaluación "el Comité reitera su recomendación anterior al Estado Parte de mejorar significativamente la eficacia de su sistema de recaudación de impuestos e insta al Estado parte a que aumente sustancialmente la asignación presupuestaria y garantice la transparencia del uso de los fondos para la aplicación de la Convención, en particular en las áreas de salud y educación, y fortalecer sus esfuerzos para eliminar la corrupción".

En esa senda, hay observaciones mucho más detalladas respecto de la situación de Guatemala. Ante todo, "el Comité celebra las iniciativas encaminadas a aumentar la asignación de recursos en favor de la infancia, como las transferencias de efectivo condicionadas en las esferas de la salud y la educación, pero expresa su inquietud porque las asignaciones presupuestarias destinadas a la infancia necesitan una perspectiva a más largo plazo, que solo podría ofrecer un plan de acción nacional integral y con plazos concretos enmarcado en una estrategia nacional de desarrollo. Preocupa también al Comité el escaso gasto social en el Estado parte y la dificultad de hacer un seguimiento de las inversiones en la infancia en todos los sectores, departamentos y municipalidades para supervisar y evaluar su uso eficiente. Asimismo, el

Comité señala con preocupación que *la recaudación de impuestos en el Estado parte es particularmente baja*, lo que repercute negativamente en los ingresos nacionales y puede limitar los recursos para la infancia".

Como consecuencia de esta evaluación, el Comité hace una serie de recomendaciones al Estado sobre su política fiscal, que vale citar aquí para apreciar la profundidad que está adquiriendo el análisis. Las recomendaciones son las siguientes:

a) *apruebe una reforma tributaria amplia y progresiva que aumente la base impositiva*, sobre todo para cubrir los sectores sociales y la infancia, y mejore la recaudación con miras a incrementar la disponibilidad de recursos destinados a esos fines;

b) *asigne recursos suficientes* para la infancia a escala nacional, regional y municipal, y garantice una presupuestación transparente y participativa mediante el diálogo público y la participación, incluida la de los niños;

c) *adopte un planteamiento basado en los derechos del niño en la elaboración del presupuesto del Estado*, aplicando un sistema de seguimiento de los recursos asignados y utilizados en la infancia en todo el presupuesto, con lo que conferirá visibilidad a la inversión destinada a los niños. El Comité insta también al Estado parte a que utilice ese sistema de seguimiento para realizar evaluaciones de los efectos que indiquen de qué forma las inversiones en un sector determinado pueden responder al "interés superior del niño", velando por que se midan los efectos diferenciales de esas inversiones en la infancia;

d) *asigne recursos suficientes* a los departamentos del Estado parte que se ocupan progresivamente de las disparidades que revelan los indicadores relativos al ejercicio de los derechos del niño, y garantice que las autoridades locales rindan cuentas debidamente y de forma abierta y transparente;

e) *defina partidas presupuestarias estratégicas* para las situaciones que puedan exigir medidas sociales afirmativas (por ejemplo, la inscripción de los nacimientos, la malnutrición crónica, los niños indígenas, la educación, la violencia contra los niños), y *garantice que esas partidas presupuestarias queden protegidas incluso en situaciones de crisis económica, desastres naturales u otras emergencias*;

f) *siempre que sea posible, atienda las recomendaciones de las Naciones Unidas de empezar a utilizar la*

234. ONU, Comité de Derechos del Niño, "Observaciones finales sobre Guatemala", 25 de octubre de 2010, párrs. 25 y 26 y "Observaciones finales sobre Georgia", 23 de octubre de 2003, párrs. 13 y 14.

presupuestación basada en los resultados para supervisar y evaluar la eficacia de la asignación de recursos y, en caso necesario, pida cooperación internacional a tal efecto del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y otras partes interesadas, como la que se está brindando a otros Estados Parte de la región.

Esta perspectiva ha sido asumida por la Comisión Interamericana al destacar, por un lado, que *"la baja recaudación de ingresos públicos dificulta la capacidad de reducir las desigualdades sociales y regionales. A pesar de que los ingresos tributarios son el principal componente de los ingresos totales de la región, estos han sido insuficientes debido a la baja carga impositiva y también al perfil regresivo de algunos impuestos [más] importantes de los países. A eso se puede sumar numerosas deducciones de impuestos, exenciones y vacíos legales, así como la evasión, elusión tributaria y otras prácticas similares"*.

Es decir, *"la existencia de regímenes tributarios regresivos impide una mayor contribución de la política fiscal a la reducción de la pobreza"*. De ahí que, incluso, *"en varios países de la región las personas en situación de pobreza no son beneficiarias, sino pagadoras netas del sistema fiscal"*. Por otro lado, y de forma complementaria, se destaca *"el gasto social insuficiente y mal distribuido"*. En comparación, el gasto social *"sigue siendo bajo para los estándares internacionales"*.²³⁵

Consideraciones semejantes, que abarcan a la Hacienda Pública en su conjunto, también son perceptibles en diversos informes de relatores especiales.

Muy significativo es el informe del Relator Especial sobre Derecho a la Alimentación, Olivier De Schutter, sobre su misión a Brasil, en el que afirma, de forma general que *"los programas implementados bajo la estrategia "Hambre Cero" solo serán efectivos si su financiamiento es suficiente"*.²³⁶ Hace un análisis de los gastos públicos y muestra que si bien aumentaron en términos nominales, el gasto dedicado a la seguridad alimentaria se ha mantenido constante en proporción al gasto total. Además, *"la asignación presupuestaria nacional del 1 por*

ciento al programa "Hambre Cero" contrasta con el 48 por ciento del presupuesto de 2009 destinado a la emisión, la programación, el reembolso y el servicio de la deuda pública".

El informe se hace aún más incisivo, pues sostiene: *"la estructura fiscal en Brasil sigue siendo altamente regresiva. Las tasas impositivas son altas para bienes y servicios y bajas para ingresos y propiedades, produciendo resultados muy inequitativos. Según una estimación, las familias con un ingreso que asciende a menos de dos salarios mínimos pagan un promedio del 46 por ciento de sus ingresos en impuestos indirectos, mientras que las familias que ganan más de 30 veces el salario mínimo pagan alrededor del 16 por ciento en impuestos indirectos. Un informe reciente de Tax Services confirma los muy bajos niveles de impuestos a la propiedad. En particular, el impuesto territorial rural recaudó, en 2008, apenas 416 millones de reales) en todo el país. Como porcentaje del PBI, esto representa el 0.01 por ciento y, como un porcentaje de la tributación total, las cuentas tributarias son solo del 0.04 por ciento. Dado el alto nivel de concentración de la tierra y los grandes ingresos generados por el sector agrícola, esto es altamente regresivo. Por el contrario, los impuestos sobre los bienes y servicios, así como las contribuciones sociales a las pensiones y la seguridad social representaron la mayor parte de los ingresos del Gobierno: más del 70% en 2008". De ahí una conclusión paradójica. Si bien los resultados de las políticas sociales son "impresionantes", a su vez, ellas son "financiadas esencialmente por las mismas personas a las que buscan beneficiar, ya que el sistema regresivo de impuestos limita seriamente el impacto redistributivo de los programas. Solo mediante la introducción de una reforma tributaria que revierta la situación actual, Brasil podría afirmar que busca realizar el derecho a una alimentación adecuada mediante la adopción de medidas al máximo de sus recursos disponibles"*.

Destaquemos, en primer lugar, las referencias a los gastos públicos: insuficientes, bajos en comparación con otros gastos (así los destinados a la deuda pública), subejecutados en algunos casos (aplicación de las comparaciones antes sindicadas). A ello se le suman diversas apreciaciones sobre el derecho tributario desde la óptica de los derechos humanos. La baja imposición sobre la renta y la propiedad, así como la alta imposición al consumo dan lugar a un sistema tributario altamente regresivo. Y una conclusión de fuerte peso: solo a través de una reforma tributaria

235. Comisión IDH, OEA/Ser.LV/II.164 Doc. 147, "Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas", 2017, párrs. 497, 498, 499 y 500.

236. ONU, A/HRC/13/33/Add.6, Human Rights Council, DE SCHUTTER, Olivier, "Report of the Special Rapporteur on the right to food", Mission to Brazil, párr. 35.

progresiva y con efectos redistributivos podrán obtenerse recursos suficientes para cumplir la obligación de utilizar el máximo de los recursos disponibles. Es decir: inconventionalidad de la regresividad tributaria y obligación de reformular los tributos bajo el principio de progresividad tributaria (para lograr efectos redistributivos).

Un análisis semejante realiza el mismo relator en el informe sobre su misión a Guatemala.²³⁷ Según su análisis, "en 2004, Guatemala gastó el 6% de su PIB en programas sociales. Esto asciende a menos de \$ 300 per cápita y se ubica entre las cifras más bajas de Centroamérica". También "lamenta que el nivel de imposición de los ingresos se mantenga entre los más bajos de la región". Por tanto, "el bajo nivel de impuestos a los ingresos es un obstáculo importante para la capacidad de Guatemala de cumplir con sus obligaciones en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Una reforma estructural del sistema tributario, que incluya cambios en el Impuesto Solidario y aumente el impuesto a la renta sobre los mayores ingresos, será esencial para que Guatemala despliegue el "máximo de recursos disponibles" para la realización del derecho a la alimentación".

También en un Informe del Relator sobre el derecho a la salud dedicado a la financiación de este, se destaca que "para utilizar el máximo de recursos disponibles, los Estados deben hacer todo lo necesario para recaudar suficientes ingresos y movilizar los recursos para la salud y para que se dé la prioridad necesaria a la financiación de la salud en los presupuestos nacionales y subnacionales", "el enfoque de la financiación de la salud basado en el derecho a la salud exige que la tributación a esos efectos se recaude progresivamente a fin de asegurar la generación equitativa de ingresos".²³⁸

237. DE SCHUTTER, Oliver, "Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación", Misión a Guatemala, ONU, A/HRC/13/33/Add.4, Consejo de Derechos Humanos. De forma general, sostiene: que "[E]l análisis del presupuesto es una herramienta útil para garantizar que los recursos escasos se utilicen de manera eficiente en la realización de los derechos humanos, especialmente los de los sectores más vulnerables de la población", párr. 83. Asimismo, ver párr. 82.

238. ONU, A/67/302. "Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", 2012, párr. 7.

Un aspecto clave de este informe es que se refiere de forma explícita al concepto de capacidad contributiva. Así, se señala que "la tributación progresiva supone la participación del contribuyente según su capacidad de pagar. Por ejemplo, la tributación progresiva del impuesto sobre la renta requiere que los contribuyentes acaudalados participen con un porcentaje mayor de su renta que los contribuyentes pobres. Por el contrario, la tributación regresiva supone mayores contribuciones proporcionales de quienes cuentan con menos recursos financieros que de los contribuyentes acaudalados. Por lo tanto, la tributación regresiva no es un mecanismo equitativo de financiación de la salud ni funciona de conformidad con el derecho a la salud".²³⁹

Un enfoque más general puede encontrarse en el Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona, que ya mencionamos, en el que se destaca que "a fin de garantizar que los Estados respeten, protejan y cumplan los derechos y ayudarlos a abrir un espacio fiscal para hacer efectivos los derechos humanos, las políticas fiscales deben guiarse por las obligaciones impuestas por estos tratados". De la diversidad de consideraciones de este informe cabe destacar el énfasis puesto en la necesidad de movilizar recursos para cumplir el Pacto. Es preciso que los Estados amplíen los recursos disponibles aprovechando así "los recursos potenciales que podrían obtenerse mediante esfuerzos razonables". Paralelamente, "unos pagos excesivos para el servicio de la deuda externa también pueden] socavar la capacidad de los países deudores para hacer realidad los derechos". La recomendación general señala que "los Estados deben realizar todo el potencial de la recaudación de impuestos como herramienta para generar ingresos a fin de cumplir las obligaciones de derechos humanos y corregir la discriminación y la desigualdad. Los principios de derechos humanos relativos a la participación, la transparencia, la rendición de cuentas y la no discriminación deberían respetarse durante todo el ciclo de la recaudación". Y entre las recomendaciones particulares se señalan los deberes de (a) "aumentar los ingresos fiscales de forma

239. ONU, A/67/302. "Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", 2012, párr. 16.

compatible con sus obligaciones de derechos humanos relativas a la no discriminación y la igualdad, e incrementar la asignación de los ingresos recaudados a esferas presupuestarias que contribuyan al disfrute de los derechos humanos", de (b) "aumentar el recurso a los impuestos personales y directos, y diseñar todos los impuestos de manera que reduzcan su efecto regresivo y el sesgo de género" y (c) "analizar detenidamente el umbral del impuesto sobre la renta para garantizar que las políticas tributarias no depauperen más a las personas que se encuentran por debajo o cerca del umbral de pobreza".²⁴⁰

Desde otro nivel de análisis, una lectura global de las reflexiones y recomendaciones que viene haciendo el sistema de derechos humanos sobre la política fiscal muestra un resultado paradójico. Todas las recomendaciones y directivas formuladas coinciden con las políticas fiscales características de los Estados de Bienestar. En primer lugar, aumentar los gastos en las instituciones que fueron creadas para asegurar las prestaciones sociales: sistemas de la seguridad social, de salud pública, de educación pública. En segundo lugar, apelar a la faz redistributiva de la tributación, para igualar las condiciones socioeconómicas. Ahora bien, el consenso político de las últimas décadas justamente sostiene que hay que dismantlar esas instituciones. Y, paso a paso, con mayor o menor intensidad en las diferentes sociedades, eso es lo que viene ocurriendo desde los años 70 del siglo pasado. Justo cuando toma impulso el derecho internacional de los derechos humanos.

Es decir: la política fiscal que resulta acorde con el sistema internacional de los derechos humanos es la del tipo de Estado que viene siendo sistemáticamente desmantelado a nivel global.

Esta paradoja puede verse en múltiples situaciones, así en los ámbitos jurídicos nacionales. En la Argentina, por ejemplo, justo en el momento en el cual se desmontaba, a una velocidad inusitada, el Estado de Bienestar creado a lo largo de casi todo el siglo XX, se produce en 1994 una reforma constitucional, de enorme profundidad, que, entre otros aspectos, constitucionaliza los tratados internacionales de derechos humanos. Esto es: a la vez que se reconocen más derechos, que pasan a tener

un estatus constitucional, se desarticulan las condiciones políticas e institucionales que permitieron, durante gran parte del siglo pasado (y con grandes problemas y falencias, claro), constituir una sociedad relativamente igualitaria, con pleno empleo y que, por ende, garantizaba en líneas generales los derechos sociales de las mayorías.

5.3. La obligación de no retroceder.

Consideramos aquí, en primer lugar, el enfoque general sobre la obligación de no retroceso (**punto 5.3.1**), para luego tratar las medidas regresivas en épocas de emergencia económica (**punto 5.3.2**).

5.3.1. El enfoque general: la regla y la posibilidad de la excepción. La evaluación de las medidas regresivas.

La última derivación de la progresividad para considerar es la no regresividad. De acuerdo con la Observación General N° 3, "*todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga*".²⁴¹

La obligación de no retroceder puede ser analizada (tal como ya hicimos con la obligación de asignar el máximo de los recursos) bajo el esquema jurídico general de la regla y la excepción. Veamos la regla. La progresividad en la realización de los derechos implica que las medidas regresivas son incompatibles con el PIDESC. Se prohíbe tomar medidas regresivas. Esa es la

240. SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena, "Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos", ONU, A/HRC/26/28, mayo de 2014, párrs. 4, 25 y recomendaciones.

241. ONU, E/1991/23, Comité DESC, Observación General N° 3, "La índole de las obligaciones de los Estados Parte", párr. 9 *in fine*. Ver, en general: COURTIS, Christian, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, 2006. NOLAN, Aoife; LUSIANI, Nicholas y COURTIS, Christian, "Two steps forward, no steps back? Evolving criteria on the prohibition of retrogression in economic and social rights", en NOLAN, Aoife (editora), Cambridge University Press. Sobre los debates nacionales, ver: HACHEZ, Isabelle, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*, 2008. PONCE SOLÉ, Juli, El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos, Inap, 2013. UPRIMNY, Rodrigo y GUARNIZO, Diana, "¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia colombiana". Disponible en: www.dejusticia.org

regla general, obvia por lo demás, que se deriva de la progresividad. Obligación de progresividad y prohibición de regresividad son dos caras de la misma moneda.

Si observamos de forma conjunta la serie de disposiciones que se encuentran reunidas en el art. 2.1 del PIDESC es posible apreciar un balance entre beneficios y cargas para los Estados. A diferencia de los derechos civiles y políticos, que deben ser garantizados de inmediato, los Estados tienen respecto de los derechos sociales el beneficio del tiempo.²⁴² El Pacto y su doctrina reconocen que es necesario un período de tiempo para lograr el pleno efecto (de ahí el concepto mismo de contenido mínimo). Ahora bien, si tomado ese tiempo, el Estado avanza, luego no puede retroceder. Ese contenido ha sido incorporado al núcleo protegido del derecho (que ya presenta una extensión respecto del contenido mínimo) y el Estado no puede llevar a los beneficiarios a una situación jurídicamente ya superada. Es este un límite fuerte a la discrecionalidad estatal, que tiene prohibido efectuar modificaciones de reglas que importen retrocesos en el disfrute de los derechos.²⁴³ Expuesto en los términos del referido balance: hay una carga (no retroceder) que equilibra el beneficio (disponer de tiempo para avanzar).

242. El tiempo es un factor central en el derecho. En la versión básica que aporta Kelsen, está conceptualizado como el ámbito temporal de validez de las normas. Aquí, por ejemplo, se aprecia la singularidad de la norma presupuestaria, que, a diferencia de la situación habitual (ámbitos de validez temporal indeterminados), tiene una validez temporal acotada, en líneas generales, un año en el derecho comparado, cualidad que está en la base del ciclo presupuestario que se reitera de forma periódica (principio de anualidad presupuestaria). Pero el tiempo está presente en una variedad de regulaciones y garantías, así la garantía de un plazo razonable en la resolución de los litigios judiciales. El tiempo, como vemos en el cuerpo de este trabajo, es central en la modulación de las obligaciones estatales que surgen del Pacto, a través de la distinción entre inmediatez y progresividad. De forma más amplia aún, las sociedades vehiculizan una organización política del tiempo. Entre muchas otras reflexiones posibles: disponer de tiempo de forma autónoma es una de las principales facetas de la libertad individual.

243. Hay un principio implícito en el derecho público (habitualmente explicitado por la práctica judicial ante la presencia de un conflicto), según el cual ningún sujeto tiene un derecho a que se mantenga un régimen jurídico general. Dicho de otra forma: las autoridades públicas tienen la potestad de modificar las reglas generales que regulan una actividad. El principio de no regresividad del derecho internacional de los derechos humanos es una excepción a ese principio general. La no regresividad congela el ordenamiento jurídico, limita las potestades públicas y les otorga seguridad jurídica a los titulares de los derechos económicos, sociales y culturales.

Fijado el principio general (prohibición de retroceder), se admite luego la excepción: salvo que el Estado justifique la medida a) con referencia a todos los derechos del Pacto y b) en el contexto del aprovechamiento pleno de los recursos que se disponga. Esto significa que una medida regresiva se considera *prima facie* inconvencional y recae en el Estado probar su justificación a la luz de parámetros fijados por el propio Comité.

Resulta indudable que una forma típica de medida de efectos regresivos consiste en reducir los gastos para ciertos derechos, que de esa forma se ven en general automáticamente disminuidos. Dos son las situaciones más comunes que permiten distinguir afectaciones regresivas directas e indirectas. En las primeras, la reducción del gasto impacta directamente en el derecho. Esto sucede en aquellos derechos cuyo contenido es un gasto público, así los derechos de la seguridad social. El beneficiario del derecho recibe una suma de dinero menor, esto es, un gasto público menor (*afectación regresiva directa*). La segunda situación se produce al reducirse la financiación de una actividad estatal, por ejemplo, la salud o la educación. La actividad, como consecuencia, reduce su alcance o su calidad y ello repercute en los derechos sociales involucrados (*afectación regresiva indirecta*).

En observaciones generales posteriores, se dan mayores precisiones sobre cómo evaluar las medidas regresivas.

En la Observación General N° 13 se exige del Estado haber evaluado todas las alternativas posibles y, está implícito en el argumento, que se haya escogido la menos gravosa (sub-principio de necesidad en la versión canónica de la proporcionalidad): "*la admisión de medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la educación, y otros derechos enunciados en el Pacto, es objeto de grandes prevenciones. Si deliberadamente adopta alguna medida regresiva, el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga el Estado Parte*".²⁴⁴

244. ONU, E/C.12/1999/10, Comité DESC, Observación General N° 13, "El derecho a la educación" (artículo 13), 1999, párr. 45.

En ese mismo camino se expresa la Observación General N° 19, al destacar que *"existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto a la seguridad social está prohibida de conformidad con el Pacto. Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte la carga de la prueba de que estas medidas se han adoptado tras un examen minucioso de todas las alternativas posibles y de que están debidamente justificadas habida cuenta de todos los derechos previstos en el Pacto, en el contexto del pleno aprovechamiento del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte"*.

En esta última Observación sobre el derecho a la seguridad social, se detalla con más precisión diversos recaudos que serán examinados por el Comité:

- a) si hubo una justificación razonable de las medidas;
- b) si se estudiaron exhaustivamente las posibles alternativas;
- c) si hubo una verdadera participación de los grupos afectados en el examen de las medidas y alternativas propuestas;
- d) si las medidas eran directa o indirectamente discriminatorias;
- e) si las medidas tendrán una repercusión sostenida en el ejercicio del derecho o un efecto injustificado en los derechos adquiridos, o si se priva a alguna persona o grupo del acceso al nivel mínimo indispensable; y
- f) si se hizo un examen independiente de las medidas a nivel nacional.²⁴⁵

La vinculación entre medidas regresivas causadas por restricciones presupuestarias también fue tratada por la ya mencionada Declaración de 2007 del Comité DESC. Aquí se enumeran otra serie de pautas objetivas por tener en cuenta cuando un Estado alegue limitación de recursos para justificar medidas regresivas:

- a) el nivel de desarrollo del país;
- b) la gravedad de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta

²⁴⁵ ONU, E/C.12/GC/19, Comité DESC, Observación General N° 19. "El derecho a la seguridad social", 4 de febrero de 2008, párr. 42.

al disfrute de los derechos básicos enunciados en el Pacto;

- c) la situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si el país atraviesa un período de recesión económica;
- d) la existencia de otras necesidades importantes que el Estado Parte deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone; por ejemplo, debido a un reciente desastre natural o a un reciente conflicto armado interno o internacional;
- e) si el Estado Parte trató de encontrar opciones de bajo costo; y
- f) si el Estado Parte recabó cooperación y asistencia de la comunidad internacional o rechazó sin motivos suficientes los recursos ofrecidos por la comunidad internacional para la aplicación de lo dispuesto en el Pacto.²⁴⁶

5.3.2. Las medidas regresivas en épocas de emergencia económica.

La cuestión de las medidas regresivas adquiere todo su valor ante los planes de ajuste (denominación de los años noventa) o de austeridad (denominación actual) implementados frente a las crisis económicas, que incluyen, de forma sistemática e invariable, reducción de gastos públicos en derechos sociales, particularmente en lo relativo a los derechos a la salud y a la seguridad social, así como reducciones en los derechos laborales de los empleados públicos (y de los trabajadores en general, claro).²⁴⁷ Las medidas regresivas que conforman

²⁴⁶ ONU, E/C.12/2007/1, Comité DESC, Declaración de 2007 sobre la evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el "máximo de los recursos de que disponga" de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto, párr. 9.

²⁴⁷ "En términos generales, las medidas de austeridad se dividen en cuatro tipos, cada uno de ellos con sus propias consecuencias en cuanto al disfrute de los derechos humanos: a) contracción del presupuesto público, y por lo tanto, del gasto social, b) medidas tributarias regresivas, c) reforma del mercado de trabajo, y d) reforma estructural de los planes de pensiones". Ver: CommDH/IssuePaper(2013)2. "La protección de los derechos humanos en tiempos de crisis económica". Documento temático publicado por el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, párr. 1.1. Ver también: SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena, "Informe de la experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza", A/HRC/17/34, 2011.

las políticas de austeridad se basan en la existencia de restricciones financieras y, a la vez, generan mayores restricciones (pues siempre en el diagnóstico hay desequilibrios de carácter fiscal).

La Presidenta del Comité DESC emitió el 16 de mayo de 2012 una carta abierta sobre el asunto.²⁴⁸ Allí se destaca que se *"ha observado la presión que se ejerce sobre muchos Estados Partes para que emprendan programas de austeridad, en ocasiones severos"*. Sin embargo, *"de conformidad con el Pacto, todos los Estados Partes deben evitar en todo momento la adopción de decisiones que pudieran redundar en la denegación o la vulneración de derechos económicos, sociales y culturales"* y *"como es natural, los Estados Partes disponen de un margen de maniobra a la hora de establecer políticas nacionales de carácter económico, social y cultural que acaten, protejan y cumplan las disposiciones del Pacto"*.

Desde ese marco, la Carta enumera los recaudos que deben reunir las políticas de austeridad a la luz del Pacto. Así, *"todos los cambios o ajustes propuestos en materia de políticas tienen que cumplir los siguientes requisitos: en primer lugar, la política debe ser una medida provisional que abarque solamente el período de crisis. En segundo lugar, debe ser necesaria y proporcional, en el sentido de que la adopción de cualquier otra política, o la simple inacción, tendría efectos más perjudiciales sobre los derechos económicos, sociales y culturales. En tercer lugar, debe tener un carácter no discriminatorio e incluir todas las iniciativas posibles, incluidas medidas fiscales, para apoyar los subsidios sociales encaminados a mitigar el posible aumento de las desigualdades en tiempos de crisis e impedir que se vean desproporcionadamente afectados los derechos de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados. En cuarto lugar, en la política se debe especificar un contenido mínimo básico de derechos o el nivel mínimo de protección social, conceptos desarrollados por la Organización Internacional*

del Trabajo, y velar por que ese contenido mínimo básico siempre esté protegido".

Es decir, las medidas regresivas que se tomen en los planes de austeridad deben ser a) temporales, b) necesarias y proporcionales, c) no discriminatorias y d) asegurar el contenido mínimo del derecho. Esto parece dar inicio a una doctrina de la justificación que deben tener las medidas regresivas en épocas de "emergencia económica", que son las que eventualmente justificarían los planes de austeridad.

En esa senda pueden verse varias Observaciones sobre informes estatales recientes.

Respecto de la situación de Italia, el Comité recomendó examinar, *"sobre la base de una evaluación de los efectos en los derechos humanos, todas las medidas adoptadas en respuesta a la crisis financiera que sigan vigentes, a fin de garantizar el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales"*. También destacó que *"los recortes considerables de los gastos sociales y los servicios esenciales realizados durante la crisis financiera... han afectado de manera desproporcionada a las personas y los grupos y desfavorecidos y marginados"*.²⁴⁹

Más enfáticas han sido las consideraciones respecto de la situación de Irlanda, donde el Comité evalúa las medidas tomadas en función de la crisis. Aquí considera que *"a) la respuesta del Estado parte ante la crisis se ha centrado desproporcionadamente en la introducción de recortes en el gasto público en las esferas de la vivienda, la seguridad social, la atención de la salud y la educación, sin que se alterase su régimen fiscal; b) muchas de las medidas de austeridad se han adoptado durante la crisis y después de esta sin que se llevara a cabo una evaluación adecuada de sus repercusiones en los derechos económicos, sociales y culturales; c) las medidas de austeridad, que siguen vigentes, han acarreado importantes consecuencias negativas para toda la población, en particular las personas y grupos desfavorecidos y marginados, en lo tocante al disfrute de sus derechos económicos, sociales y culturales; d) no se ha realizado un examen integral y basado en los derechos humanos de esas medidas desde la salida del Estado parte del programa de rescate"*. Por tales razones el Comité le recomendó al Estado que *"a) examine, basándose en las normas de derechos humanos, todas las*

248. ONU, HRC/NONE/2012/76, Comité DESC. Carta de fecha 16 de mayo de 2012 dirigida a los Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por el Presidente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Aplicaciones de la Carta pueden verse en: ONU, E/C.12/ESP/CO/5 Comité DESC, "Examen de los informes presentados por los Estados Parte en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto", 2012, párr. 8. ONU, E/C.12/ISL/CO/4, Comité DESC, "Observaciones finales sobre el cuarto informe de Islandia", aprobadas por el Comité en su 49º período de sesiones, 2012, párr. 6.

249. "Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Italia", 28 de octubre de 2015, párrs. 8 y 34.

medidas adoptadas en respuesta a la crisis económica y financiera que siguen vigentes con miras a garantizar el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales b) vele por que las medidas de austeridad se vayan suprimiendo gradualmente y la protección efectiva de los derechos reconocidos en el Pacto se vaya reforzando en consonancia con el progreso logrado en el período de recuperación de la economía después de la crisis; c) considere la posibilidad de revisar su régimen fiscal, con el fin de incrementar sus ingresos para restablecer los niveles de los servicios públicos y las prestaciones sociales anteriores a la crisis, de manera transparente y participativa; d) considere la posibilidad de incluir la evaluación del impacto sobre los derechos humanos en el proceso de elaboración de políticas, en particular en relación con los derechos contemplados en el Pacto".²⁵⁰

Varias consideraciones. Destaquemos dos aspectos. En primer lugar, es preciso evaluar los recortes (y las medidas regresivas) teniendo en cuenta la política fiscal como un todo. De ahí que alternativas razonables a las reducciones de gastos pueden encontrarse del lado de los tributos, diseñando reformas que aumenten la progresividad del sistema recaudatorio. Y, en segundo lugar, si las medidas no son limitadas en el tiempo, ellas tienen que desarmarse gradualmente, para volver a la situación anterior.

Observando el asunto desde otro plano de análisis, aquí parece pretenderse la cuadratura del círculo, pues resulta ya una obviedad política que la finalidad de los planes de ajuste o austeridad diseñados por las instituciones financieras internacionales tienen justamente como objetivo reducir el alcance de los derechos sociales en general. Y ello a través de reducciones de gasto público y, complementariamente, a través de reducciones tributarias para favorecer la inversión. El lenguaje diplomáticamente correcto del Comité toca aquí una especie de límite epistemológico e institucional, en la medida en que no parece posible que pueda sencillamente afirmar la verdad empírica: que los planes de ajuste, confeccionados de forma general para ser aplicados en cualquier Estado y bajo cualquier circunstancia, en sí mismos son lesivos del Pacto.

²⁵⁰. ONU, E/C.12/IRL/CO/3, Comité DESC, "Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Irlanda", 8 de julio de 2015, párr. 11.

Como ya señalamos, hoy se vive una tensión interna en los ordenamientos jurídicos (incluido el derecho internacional), donde actúan ideas y fuerzas políticas opuestas. No todo se orienta en la misma dirección, aun cuando hay un consenso político-económico dominante, que no coincide con el discurso y la práctica del derecho internacional de los derechos humanos.²⁵¹

En una misma línea argumental, el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 19 también sostuvo que los Estados no deben tomar medidas deliberadamente regresivas en materia de DESC.²⁵² En tiempos de crisis económicas, las medidas regresivas solo pueden ser tomadas una vez consideradas todas las opciones disponibles que no afecten los derechos. Los Estados deben demostrar que esas medidas son necesarias, razonables, proporcionales, no discriminatorias y temporales, y que cada derecho afectado será restablecido lo antes posible.²⁵³

También en consonancia con la doctrina del Comité DESC, una de las condiciones de convencionalidad de las medidas regresivas ante situaciones de crisis es su temporalidad, es decir, que sean acotadas en el tiempo, hasta tanto se resuelva la emergencia. Exigencia racional claro, pero en muchos casos difíciles de cumplir, dado que las situaciones de crisis son percibidas por las elites políticas como una oportunidad para poner en práctica reformas o ajustes estructurales, con vocación de perduración (como la modificación de los sistemas de seguridad social, la desregulación de los mercados de trabajo, o las privatizaciones y desregulaciones económicas).

6. La cláusula de la limitación y los máximos recursos disponibles.

²⁵¹. Puede ver, al respecto, la tensión entre las políticas estatales realizadas en cumplimiento de las condicionalidades impuestas por instituciones europeas (casos de Grecia y Portugal, por ejemplo) y los derechos sociales del sistema regional europeo de derechos humanos, protegidos por la Carta Social Europea. Ver: SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen; MELLADO, Carlos Luis Alfonso y JIMENA QUESADA, Luis, *Reformas frente a la crisis económica y carta social europea*, Bomarzo, 2014.

²⁵². ONU, CRC/C/GC/19, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 19 sobre presupuestos públicos para la realización de los derechos de los niños, (artículo 4°), 2016, párr. 31.

²⁵³. ONU, CRC/C/GC/19, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 19 sobre presupuestos públicos para la realización de los derechos de los niños, (artículo 4°), 2016, párr. 31.

Como muchos otros textos, tanto constitucionales como pactos internacionales de derechos humanos, el PIDESC contiene una cláusula limitativa, en el caso de carácter general.²⁵⁴ Según el art. 4º, "los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, este podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, solo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática".²⁵⁵ El PIDCP, por su parte, contiene diversas cláusulas particulares.²⁵⁶

Las cláusulas limitativas tienen una doble función normativa. Por un lado, habilitan al Estado para limitar el alcance de los derechos. Es el otorgamiento de una potestad estatal. Por otro lado, fijan condiciones. Una formal, el principio de legalidad, que establece que las limitaciones deben ser dispuestas por ley. Otra sustancial, en la que se

fijan las razones que puede alegar el Estado para disponer la limitación. Aquí hay una variedad de fórmulas en los diferentes textos, que son interpretados por los respectivos órganos de protección, pero que, en definitiva, concretizan la idea general y clásica del interés público (que aquí utilizamos para resumir la variedad de fórmulas, cada una, claro, con sus matices singulares).

En resumen, los derechos pueden ser limitados, pero a) solo por ley, y b) por razones de interés público.

En su ensayo ya varias veces aquí citado, Alston y Quinn ponen de resalto la independencia que tienen en el PIDESC los artículos 2.1 y 4º, es decir, los que establecen la progresividad vinculada a los recursos disponibles (art. 2.1.) y la cláusula de la limitación (art. 4º).

Según la reconstrucción que realizan de los trabajos preparatorios, no puede asimilarse la restricción de un derecho por razones de interés público con el limitado cumplimiento de un derecho causado por la escasez de recursos. En el primer caso, hay una restricción expresa, *de iure*, que tiene que estar justificada por alguna de las razones expuestas por el Pacto en su art. 4º. En el segundo caso, hay una circunstancia fáctica (una situación *de facto*) que limita el grado de cumplimiento de un derecho: el volumen de los recursos socialmente disponibles.

Por tanto, ambas disposiciones juegan de forma independiente.

Lo mismo sucede en el ámbito del PIDCP. Allí hay cláusulas limitativas particulares. Es decir, en ciertos casos, es posible limitar algunos derechos por razones de interés público. Sin embargo, como hemos visto, en ninguna circunstancia tienen efectos jurídicos las restricciones financieras de los Estados (pues, según nuestro vocabulario, son jurídicamente independientes de los recursos).

Vistos en conjunto, el art. 2º del PIDCP y el art. 2.1 del PIDESC forman un sistema que regula los efectos jurídicos de las restricciones financieras de todos los derechos, y ese sistema funciona de forma independiente respecto de las potestades legítimas que tienen los Estados de limitar los derechos por razones de interés público.

Este enfoque, que deslinda ambas problemáticas, se destaca por la claridad y la sencillez. Sin embargo, hay un punto de eventual intersección. Para explicarlo es necesario un breve rodeo.

En los ámbitos nacionales, junto a las cláusulas limitativas, se han desarrollado técnicas complementarias

254. Ver en general: DE SCHUTTER, Olivier, texto citado, Parte II, capítulo 3.3, "The regime of rights which may be restricted", p. 339 y siguientes. Sobre el Pidesc, ver: SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena, texto citado, Parte III, capítulo 4.3. "General limitation clause", p. 277 y siguientes.

255. Lo mismo sucede en otros documentos internacionales. La Declaración Universal de los Derechos Humanos afirma que "en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática" (artículo 29 inciso 2º). La Convención Americana de Derechos Humanos dispone en su artículo 30 que "las restricciones permitidas de acuerdo con esta Convención, al goce y al ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y para el propósito para el cual han sido establecidas".

256. Así, por ejemplo, el artículo 12 del PIDCP establece el derecho a circular libremente por el territorio de un Estado y escoger libremente la residencia, para luego disponer que "los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto". También tiene cláusulas particulares la Convención Europea de Derechos Humanos. Por ejemplo, el artículo 8º, que postula el derecho al respeto a la vida privada y familiar, también dispone, en el segundo punto, que "no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

para proteger los derechos frente a dichas potestades. Es lo que habitualmente se denomina "límite de los límites". Son los límites que debe respetar el Estado al ejercer la potestad que le otorga la cláusula limitativa. Hay dos técnicas que son las más habituales en el derecho comparado: la garantía del contenido esencial de los derechos y el control de la proporcionalidad.²⁵⁷ En varias tradiciones jurídicas nacionales, estos aspectos se encuentran tematizados en términos de "razonabilidad."²⁵⁸

Si bien no son expresiones usuales en el vocabulario del derecho internacional de los derechos humanos en el contexto interpretativo del art 2.1 del PIDESC, sí hay fórmulas de cierta similitud.

En primer lugar, hay un parecido de familia entre el contenido esencial de los derechos y el contenido mínimo. Incluso, hemos visto, aunque de forma crítica, que hay definiciones del contenido mínimo en la doctrina internacional que intentan trasvasar la definición del contenido esencial de los ámbitos domésticos, postura que en su oportunidad consideramos endeble. Pero aun cuando ambos conceptos no se identifiquen, sí hay una similitud. Ambos se refieren a los alcances normativos, al ámbito de protección, del derecho.

Estos dos esquemas conceptuales, además, juegan un mismo papel en la lógica de su funcionamiento, pues apuntan a proteger ámbitos jurídicos frente a la acción (o inacción) del Estado, ya sea respecto de decisiones expresas del Estado que limitan abusivamente y desnaturalizan el derecho (contenido esencial), ya sea frente a insuficientes asignaciones de recursos que impiden gozar de un aspecto resguardado del derecho (contenido mínimo).

Por un lado, de acuerdo con los controles nacionales de constitucionalidad, los Estados pueden limitar los derechos por razones de interés público, pero no pueden afectar el

contenido esencial del derecho (esto es: no pueden afectar su sustancia, o no pueden desnaturalizarlo). Por otro, de acuerdo con el sistema del PIDESC, los Estados deben lograr la efectividad plena de los derechos del referido Pacto asignando el máximo de los recursos disponibles, pero deben proteger, al margen de la cantidad de recursos disponibles, el contenido mínimo del derecho.

Veamos ahora la proporcionalidad. Si bien es una técnica habitual en diversos órganos de protección, así el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, su uso no lo es en el ámbito del Comité DESC para interpretar el art. 2.1. Sin embargo, algunos aspectos del control de proporcionalidad han ido surgiendo al reseñar criterios de evaluación de decisiones del Estado ante las obligaciones del Pacto.

Recordemos algunas situaciones.

En primer lugar, los estándares enumerados por el Comité en su Declaración de 2007 a fin de evaluar si los Estados adoptaron medidas hasta el máximo de los recursos disponibles. Hay dos de los estándares establecidos por el Comité que son aquí relevantes. El primero se refiere a si las medidas tomadas por el Estado son deliberadas y están efectivamente orientadas a garantizar los derechos protegidos en el Pacto.²⁵⁹ Se trata, en el vocabulario de la proporcionalidad, de la primera etapa del control, en la que se indaga sobre la *idoneidad* de la medida analizada, esto es, si la relación entre los medios y los fines es racional y apropiada. El segundo estándar de la Declaración de 2007 consiste en evaluar si el Estado se inclinó, ante varias opciones normativas, por la que menos limitaba los derechos reconocidos en el Pacto. Dado que se evalúan las decisiones financieras, se trata de aquellas que tienen una menor incidencia en el grado de efectividad del derecho. Por ejemplo, aumentar el impuesto a la renta a los ingresos más elevado es *prima facie* una mejor opción que recortar, en igual magnitud, los gastos referidos a alguno de los derechos. Como señalamos en su momento, el Comité aquí adopta el segundo nivel del control de proporcionalidad: el sub-principio de necesidad.

La segunda situación para recordar es la Observación General N° 19 en la que se exponen también una

²⁵⁷. Sobre la proporcionalidad la literatura es abundante y creciente. Ver, entre otros, BARAK, Aharon, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, Cambridge University Press, 2012; STONE SWEET, Alec y MATTHEWS, Jud, *Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global*, Universidad Externado de Colombia, 2013. CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, Eudeba, 2009. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

²⁵⁸. Ver: PENNICINO, Sara, *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, Maggioli Editore, 2012.

²⁵⁹. Este criterio general ya estaba presente en la Observación General N° 3 que, como ya destacamos, considera que las medidas a las que se refiere el artículo 2.1 deben ser deliberadas, concretas y orientadas claramente a la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.

serie de estándares para evaluar las medidas regresivas, que además se presume que son inconventionales. Las pautas son semejantes a las que ya recordamos recién, con matices en algunas palabras. Así, de acuerdo con la primera pauta es preciso indagar si hubo una justificación "razonable" de las medidas. Y, en segundo lugar, si se estudiaron exhaustivamente las medidas alternativas. Se ve que hay un paralelismo entre ambos documentos y, a la vez, con dos de los niveles del control de proporcionalidad.

Y, finalmente, en tercer lugar, cabe recordar la Carta de la Presidenta del Comité DESC de 2012, en la que se enumeran los estándares que deben respetarse al implementar políticas de austeridad. Y aquí la redacción es más explícita, al señalarse que la política debe ser "proporcionada y necesaria". Y el significado es muy exigente, pues la medida de austeridad debe ser, respecto de los derechos sociales, mejor que cualquier otra medida o que la inacción.²⁶⁰

Esta breve reseña muestra que el Comité DESC avanza en la dirección de incorporar, a los efectos de la interpretación del art. 2.1, la principal técnica del constitucionalismo global empleada para determinar el alcance de las cláusulas limitativas domésticas.

Por ende, si bien ambas disposiciones actúan de forma independiente, cada una en su ámbito (la del art. 2.1 y la del art. 4° del PIDESC), está en germen el uso de al menos dos niveles del control de proporcionalidad.

Ya expuesto el sistema que se ha ido generando en el derecho internacional de los derechos humanos, podemos preguntarnos, si, en vez de dos disposiciones, puede darse, por hipótesis, un enfoque unificado solo a través de la cláusula limitativa, sin, por tanto, establecer una cláusula específica de cumplimiento progresivo como el art. 2.1 del PIDESC. Tal enfoque alternativo permitiría hacer una comparación y evaluar ventajas y desventajas frente al ideal político de la mejor protección posible de los derechos humanos.

²⁶⁰. Extremo este último que parece difícil de cumplir. Las medidas de austeridad se concretan, en sociedades de desarrollo medio y alto, como reducciones de beneficios ya obtenidos por las mayorías. De ahí que, salvo excepciones, siempre sea mejor la inacción, esto es, mantener el *statu quo* de las regulaciones existentes, seguramente más beneficiosas que las resultantes de las políticas de austeridad.

En otro lugar, hice una reconstrucción del derecho constitucional argentino referido a las restricciones financieras, justamente sobre la base de la cláusula de la limitación, que es una de las piezas centrales desde 1853, cuando se dictó su texto constitucional originario, sujeto a sucesivas reformas, pero aún vigente²⁶¹.

El art. 28 de la Constitución, basado en el proyecto de Alberdi, postula que los derechos "no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio". Se crea una potestad legal (reglamentar) que permite limitar los derechos, pero se fija a su vez un límite: la prohibición de alterar su ejercicio (límite del límite). A partir de esta cláusula, la Corte Suprema elaboró a lo largo de su historia el llamado control de razonabilidad²⁶².

Este control se desarrolló en la jurisprudencia de la Corte argentina a través de dos andariveles: la teoría del contenido esencial de los derechos y una visión parcial (en comparación con la tradición del constitucionalismo global) del principio de proporcionalidad (ya que no se admite el subprincipio de necesidad, aspecto que es dejado a la discrecionalidad legislativa).

De acuerdo con fórmulas ya estandarizadas de la jurisprudencia, hay alteración del derecho cuando se afecta su sustancia, cuando se hace irrisorio el derecho, cuando se lo destruye, aniquila o desnaturaliza. Paralelamente, las decisiones son irrazonables si no satisfacen un fin o interés público, si no están justificadas, y si no guardan proporcionalidad entre el medio empleado y el fin perseguido. En ambos casos, la jurisprudencia constata que se produce una iniquidad manifiesta. En este vocabulario se identifican los términos "razonabilidad" y "equidad", como expresiones que encuadran conceptualmente la cláusula de la limitación.

Es interesante constatar que gran parte de esta jurisprudencia fue generada en casos justamente financieros, en particular tributarios. Y lo interesante es que

²⁶¹. Desarrollé el argumento en *Derecho Constitucional Financiero*, en particular en los capítulos XVII "Ley de presupuesto y derechos humanos", capítulo XVIII "La lesión de los derechos humanos, ¿condicionalidad o subordinación?" y el capítulo XIX "Cláusula presupuestaria (art. 75 inc. 8, CN) y el control judicial".

²⁶². La bibliografía es abundante, pero hay dos textos básicos. El clásico al respecto es el de LINARES, Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, Astrea, 1989. Y el actual de Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco, 1998.

los tributos no son reglas cuya finalidad directa sea la de reglamentar los derechos. Pero los tributos (obligaciones patrimoniales coactivas unilateralmente creadas por el Estado) inciden directamente en los recursos de que disponen los sujetos (de ahí la exigencia de su coordinación con los derechos de propiedad). Esta situación hace inevitable la siguiente pregunta: dilucidar cuándo los tributos van más allá de la incidencia legítima sobre los derechos de propiedad y produce efectos que desnaturalizan esos derechos. En la jerga de la jurisprudencia argentina, esos efectos se denominan confiscatorios. La pregunta es, entonces, luego de qué límite los tributos pasan a tener efectos confiscatorios.

En una extensa jurisprudencia, la Corte Suprema argentina desarrolló la visión general, según la cual esos efectos se producen cuando el derecho es aniquilado, destruido, desnaturalizado, virtualmente extinguido.

Ahora bien, si las medidas tributarias están sujetas al control de razonabilidad (en el sentido antedicho), ¿por qué no podría utilizarse el mismo enfoque para evaluar constitucionalmente las medidas presupuestarias?

La justificación textual en el derecho constitucional pasa por el término *equidad*, que es un predicado de la tributación (el art 4° dispone que las contribuciones deben ser equitativas), de la ley de presupuesto (el artículo 75, inciso 8 remite a las pautas del tercer párrafo del inciso 2 del mismo artículo que también postula la equidad) y es un lugar común de la jurisprudencia sobre el control de razonabilidad, que identifica una decisión irrazonable con la inequidad manifiesta.

A partir de estas consideraciones, entendí que el control de razonabilidad aplicado a las decisiones financieras generaba un sub-principio específico de la razonabilidad financiera, según el cual las decisiones financieras no deben alterar el ejercicio de los derechos. De ahí, a su vez, dos especificaciones ulteriores: a) las decisiones tributarias no deben alterar el ejercicio de los derechos y b) las decisiones presupuestarias no deben alterar el ejercicio de los derechos.

Toda la problemática que en el derecho internacional de los derechos humanos se encuentra regulada por los arts. 2.1 del PIDESC y 2° del PIDCP es conceptualizada aquí, en este ámbito doméstico, por una lectura de la cláusula de la limitación.

Claro, este enfoque a su vez se sostiene en la idea de que en la Constitución argentina no hay una separación normativa entre diferentes tipos de derechos, de forma que se aplica el mismo esquema conceptual a todos los derechos reconocidos.

Esta es una visión muy resumida, que debe ser matizada con múltiples aclaraciones, fundamentalmente por el curso posterior que ha tenido la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, que podría poner en crisis este esquema, al menos como reconstrucción racional de su postura actual.²⁶³ Pero la traje a colación para mostrar que el sistema del derecho internacional de los derechos humanos es contingente, esto es: que hay otras formas posibles de regulación y abordaje de la misma problemática financiera. Queda como una tarea pendiente efectuar una comparación entre diferentes marcos interpretativos posibles para lidiar con la relación, siempre tensa, entre derechos (humanos, fundamentales, constitucionales) y restricciones financieras.

IV. Conclusión: hacia unos Principios sobre la política fiscal de acuerdo con el sistema internacional de los derechos humanos.

Hemos recorrido una parte sustancial de la doctrina que sobre la política fiscal se ha elaborado en la práctica internacional de los derechos humanos. Quedan muchas cuestiones pendientes. Lo relativo a la deuda pública, tal como señalamos al inicio; pero también relevar lo eventualmente producido a raíz de las restantes convenciones, que aquí no consideramos, así como la doctrina producida en los diferentes ámbitos regionales, donde solo nos detuvimos en el sistema interamericano.

No obstante, es indudable que la política fiscal se encuentra en el centro de la práctica internacional de los derechos humanos. Y, como vimos, ya desde sus inicios, al momento de acordarse la Declaración Universal.

²⁶³. Habría que tener en cuenta, por ejemplo, lo resuelto en el caso "Quisbert", sentencia que analicé en otro texto, ya citado: "Modelos de control judicial de las restricciones financieras en el derecho comparado: la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina sobre el derecho a la vivienda" en *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Nº 16, año 8, 2018; disponible en: https://www.mpdefensa.gob.ar/sites/default/files/revista16_baja.pdf.

A modo de conclusión, enunciamos aquí una serie de proposiciones que resumen la doctrina relevada. La gran cantidad de documentos requiere una tarea de síntesis, no solo a fin de orientarse ante el volumen de las interpretaciones, también para evaluar el estado de la situación. Se trata, claro está, de un primer esbozo, también incompleto, pues la elaboración de unos *Principios sobre la política fiscal de acuerdo con el sistema internacional de los derechos humanos*, es una tarea colectiva, a realizar por múltiples actores, universitarios, investigadores y defensores de derechos humanos.

1. El sistema internacional de derechos humanos es un marco jurídico al que deben adecuarse las políticas fiscales de los Estados. Este marco se expresa a través de una serie de reglas, estándares y principios que limitan la discrecionalidad estatal.

2. Hay un equilibrio entre las potestades financieras de los Estados, en los que estos cuentan con un amplio margen para elegir sus políticas, y los principios y reglas que se derivan del sistema internacional de los derechos humanos.

3. La política fiscal comprende todas las técnicas e instituciones financieras a través de las cuales los Estados obtienen y asignan los recursos públicos.

4. Todos los derechos humanos, en mayor o menor medida, requieren en los hechos instituciones y fondos públicos a fin de garantizar su efectividad, y los Estados deben obtener y asignar recursos suficientes para ello.

5. Los derechos consagrados en el PIDCP no dependen jurídicamente de los recursos disponibles. Los Estados no pueden justificar incumplimientos al Pacto sobre la base de consideraciones financieras. El mismo principio rige para las obligaciones que emergen de la CEDAW.

6. Las obligaciones de carácter inmediato (del PIDESC y de la CDN) no están sujetas a condiciones financieras.

Son obligaciones de carácter inmediato al menos las siguientes:

- a) la obligación de tomar medidas;
- b) la obligación de no discriminar;
- c) la obligación de asegurar el contenido mínimo de los derechos;
- d) la obligación de vigilar la medida de la realización del Pacto.

7. La obligación de tomar medidas incluye las de carácter financiero.

8. Las medidas tienen que estar reunidas de forma sistemática en un plan (una estrategia nacional) que al menos debe incluir lo siguiente:

- a) contener un diagnóstico de la situación del país en términos de derechos humanos;
- b) fijar objetivos, cronogramas y plazos;
- c) prever indicadores para medir el efectivo cumplimiento del plan;
- d) establecer las instituciones responsables;
- e) especificar los recursos asignados;
- f) disponer mecanismos de rendición de cuentas.

9. Los recursos deben utilizarse de forma eficaz y eficiente.

10. Las políticas públicas, entonces, deben estar estructuradas en términos de derechos humanos y, a la vez, estar vinculadas a las políticas fiscales, en particular presupuestarias.

11. Los presupuestos públicos, que son la técnica legal específica para asignar los recursos, deben estar diseñados sobre la base del sistema internacional de derechos humanos. Esto significa que todo el proceso o ciclo presupuestario (preparación del proyecto de ley, aprobación de la ley, ejecución de la ley y control de la ley) tiene que ser repensado desde esta perspectiva.

12. La preparación de la ley de presupuesto requiere:

- a) evaluar la situación económica y el grado de protección de los derechos previstos en los pactos;
- b) investigar las repercusiones que las decisiones presupuestarias tuvieron en el pasado;
- c) estimar los recursos que son necesarios para implementar las leyes y políticas vinculadas a cada uno de los derechos;

d) movilizar recursos suficientes, tributarios y no tributarios, para garantizar los derechos;

e) las clasificaciones presupuestarias deben seguir estándares internacionales, ser homogéneas en todos los niveles de gobierno, e incluir categorías claras basadas en cada uno de los derechos, a fin de poder identificar con facilidad qué gastos públicos están asignados a los derechos.

13. La aprobación de la ley de presupuesto requiere:

- a) los legisladores deben contar con la información, el tiempo, los recursos y la autonomía suficiente para examinar el proyecto de ley de presupuesto;

b) el proyecto de ley de presupuesto debe ser accesible a la sociedad civil;

c) los legisladores pueden celebrar audiencias con las partes interesadas del Estado, la sociedad civil, los defensores de derechos humanos y los propios titulares de los derechos;

d) los legisladores deben tener la posibilidad de proponer modificaciones al proyecto sobre la base del derecho internacional de los derechos humanos.

14. La ejecución de la ley de presupuesto requiere:

a) adoptar sistemas administrativos de ejecución de carácter transparente, participativo y eficiente;

b) analizar y corregir las causas fundamentales de la ineficiencia en el procedimiento de obtención de recursos y de ejecución del gasto público;

c) supervisar la ejecución del presupuesto en tiempo real;

d) a fin de realizar esa supervisión, los Estados deben establecer comparaciones entre lo presupuestado y lo ejecutado; publicar informes exhaustivos de carácter periódico (durante la propia ejecución), que incluya los gastos ejecutados, los ingresos movilizados y la deuda contraída;

e) establecer mecanismos públicos de rendición de cuentas, con participación de la sociedad civil.

15. El control posterior de la ley de presupuesto requiere:

a) elaboración de informes y evaluaciones de fin de ejercicio;

b) establecer órganos específicos y con recursos suficientes para efectuar el control;

c) la posibilidad de proponer cambios en la ejecución de la política fiscal sobre la base del derecho internacional de los derechos humanos.

16. La obligación inmediata de tomar medidas incluye la de asegurar un buen gobierno en materia financiera. Esta obligación al menos incluye las siguientes dimensiones: a) justiciabilidad; b) participación; c) transparencia, y d) rendición de cuentas.

17. Todos los derechos consagrados en los pactos son justiciables. Toda persona afectada debe tener acceso a acciones y recursos judiciales adecuados.

18. La justiciabilidad requiere, además, a) independencia de los órganos jurisdiccionales; b) garantizar la igualdad en el acceso a través, por ejemplo, de defensorías públicas de carácter gratuito; c) garantizar la igualdad de las partes durante todas las etapas de los

procesos judiciales, incluida la ejecución de la sentencia; d) financiación suficiente de las instituciones judiciales.

19. El hecho de estar involucradas cuestiones financieras no es un obstáculo para la justiciabilidad de los derechos.

20. Todos los aspectos de la política fiscal deben garantizar la participación de los titulares de los derechos, así como de la sociedad civil y de los defensores de derechos humanos.

21. Todos los aspectos de la política fiscal deben ser transparentes. No puede haber genuina participación pública sin la garantía de un derecho a acceder a la información. Toda la información financiera debe construirse de forma clara y comprensible y debe estar disponible para a) todas las instituciones gubernamentales; b) los titulares de los derechos, y c) la sociedad civil.

22. Las políticas fiscales se encuentran sujetas a los principios de igualdad y no discriminación, que no son jurídicamente dependientes de los recursos disponibles.

23. Las reglas financieras deben tratar de forma igual a todas las personas, sin hacer distinciones o diferencias arbitrarias. Una distinción financiera es compatible con el sistema de derechos humanos si es razonable y objetiva, persigue un fin legítimo y existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin buscado.

24. Una asignación inadecuada de recursos puede dar lugar a una discriminación no manifiesta.

25. Deben realizarse políticas fiscales, tanto al nivel de los recursos como de los gastos, para eliminar las desigualdades de hecho (hoy muchas de ellas de carácter estructural, colectivo e interseccional) en el goce de los derechos.

26. Para erradicar la discriminación sustantiva y eliminar las desigualdades estructurales e interseccionales, deben tomarse medidas financieras especiales que establezcan diferencias y tratos preferentes.

27. No hay posibilidad de remover las desigualdades sustantivas, estructurales e interseccionales sin políticas fiscales de redistribución de la riqueza. Ello requiere, por ejemplo, a) privilegiar los tributos progresivos sobre los regresivos; b) privilegiar los gastos públicos vinculados a derechos sobre los gastos dedicados a otros fines estatales.

28. Garantizar el contenido mínimo de los derechos es una obligación inmediata e inderogable, no sujeta jurídicamente a la disponibilidad de recursos.

29. El contenido mínimo del derecho debe garantizar condiciones de vida digna. La dignidad humana es el valor central para la comprensión del contenido mínimo de los derechos.

30. Las obligaciones progresivas de los Estados son las siguientes:

- a) la obligación de avanzar;
- b) la obligación de asignar el máximo de los recursos disponibles;
- c) la obligación de no retroceder.

31. La obligación de avanzar consiste en tomar medidas financieras para pasar del contenido mínimo (inderogable) al contenido pleno de los derechos (finalidad de los pactos). Las medidas deben ser: a) deliberadas (se debe tener la intención de avanzar); b) idóneas (deben ser adecuadas para concretar causalmente la plena efectividad), y c) continuas en el tiempo (deben ser estructurales y permanentes).

32. Debe asignarse el máximo de los recursos disponibles a fin de producir el pasaje del contenido mínimo al contenido pleno de los derechos.

33. Deben asignarse recursos suficientes para cumplir con todas las obligaciones, inmediatas y progresivas, que surgen de los pactos. Deben, así, asignarse recursos suficientes para: a) garantizar el contenido mínimo y los principios de igualdad y no discriminación; b) avanzar hacia el goce del contenido pleno; c) no retroceder del nivel del goce de los derechos ya alcanzado.

34. Cuando hay varias opciones de políticas financieras, debe adoptarse aquella que más favorezca (o que menos limite) los derechos reconocidos por los pactos.

35. Para alegar la insuficiencia de recursos en el cumplimiento de las obligaciones progresivas, los Estados deben demostrar que actúan de buena fe; que han hecho todos los esfuerzos posibles (incluida la apelación a la cooperación internacional) para hacer efectivos los derechos, y que han cumplido con todas las obligaciones inmediatas (tomar medidas, asegurar la igualdad y la no discriminación, así como garantizar el contenido mínimo).

36. La prueba a cargo del Estado debe incluir un análisis integral de su política fiscal, tanto en sus aspectos recaudatorios como de gasto público.

37. Para evaluar si el Estado ha hecho efectivamente todos los esfuerzos posibles de buena fe podrán compararse:

- a) los gastos realizados por el Estado vinculados a los derechos consagrados en los pactos con aquellos que están vinculados a otros objetivos estatales;
- b) la política fiscal (recursos y gastos) realizada por el Estado con la política fiscal de otros Estados de semejante nivel de desarrollo;
- c) los gastos presupuestados por el Estado con aquellos que efectivamente se ejecutaron;
- d) la política fiscal realizada por el Estado a lo largo del tiempo.

38. Los recursos disponibles son aquellos socialmente disponibles para el Estado. Se trata de la riqueza disponible en la sociedad susceptible de estar sujeta, dentro de principios constitucionales, a la potestad tributaria de los Estados.

39. Hay un espacio fiscal disponible si se verifica la presencia de recursos reveladores de capacidad contributiva que no están siendo movilizados por los Estados.

40. La política fiscal de los Estados debe ser socialmente justa. Todas las personas tienen el deber de contribuir a los gastos públicos de acuerdo con los principios de legalidad, igualdad, no discriminación, generalidad, capacidad contributiva, progresividad y no confiscatoriedad. Por medio de la potestad tributaria no deben captarse recursos que no revelen capacidad contributiva.

41. Las reformas fiscales, a fin de asegurar los recursos disponibles, deben ser participativas y transparentes.

42. Los Estados tienen la obligación de no retroceder respecto de los niveles (superiores al contenido mínimo) que se hayan alcanzado con relación a los derechos. El nivel alcanzado forma parte del contenido indisponible (para los Estados) del derecho.

43. Una medida financiera regresiva es en principio contraria a los pactos y solo se justifica a) si produce un beneficio por referencia a la totalidad de los derechos reconocidos en los pactos; b) si se prueba que hay un pleno aprovechamiento de los recursos socialmente disponibles; c) si se estudiaron exhaustivamente todas las posibilidades financieras alternativas; d) si hubo una efectiva

participación de los afectados; e) si se respetaron los principios de igualdad y no discriminación; f) si el Estado recabó cooperación y asistencia internacional; f) si se produjeron catástrofes naturales o conflictos armados.

44. Las medidas financieras regresivas en épocas de emergencia, además de satisfacer los anteriores recaudos, a) deben ser limitadas en el tiempo; b) deben ser proporcionales; c) debe justificarse que cualquier otra medida (o la simple inacción) tendría efectos más perjudiciales para los derechos; d) no deben afectar desproporcionalmente a los colectivos más desventajados o en situación de desigualdad estructural; e) nunca deben afectar el contenido mínimo del derecho ni los principios de igualdad o discriminación.