

REVISIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES: LA EJECUCIÓN POSITIVA Y LA REVISIÓN DE MEDIDAS DE AUSTERIDAD

Marcelo FIGUEIREDO*

SUMARIO: I. *Planificación presupuestaria*. II. *La noción moderna de gasto público dentro del presupuesto*. III. *La flexibilidad presupuestaria y la compresión indeseada en el goce de los derechos sociales*. IV. *El control jurisdiccional de constitucionalidad*. V. *Conclusiones*.

Le développement est un engagement
qui va de pair avec celui de la liberté

Amartya SEN

Ese fue el título del tercer panel de la mesa redonda internacional organizada por la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (IACL-AIDC) en la ciudad de Río de Janeiro, en colaboración con la Asociación Brasileña de Constitucionalistas Demócratas —ABCD, Fundación Getúlio Vargas— con la Escuela de Derecho Río y con demás colaboradores.

El mayor título del encuentro fue el siguiente: “Constitucionalismo y la crisis económica: reglamentación económica transnacional y nacional y los derechos sociales en el siglo XXI”.

El foco del panel 3 se refirió a los diversos métodos y patrones utilizados para la *protección constitucional de los derechos sociales en periodos llamados “normales” y en periodos de crisis, cuando es necesario tomar medidas de austeridad*.

* Abogado. Profesor asociado de derecho constitucional de la Pontificia Universidad Católica de San Pablo. Fue director reelecto de su Facultad de Derecho (2006-2013). Presidente de la Asociación Brasileña de Constitucionalistas Demócratas (ABCD) y miembro reelecto del Comité Ejecutivo de la IACL-AIDC. Artículo confeccionado a propósito del Encuentro de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (IACL-AIDC) realizado en Río de Janeiro, en abril de 2013.

El panel también se propuso analizar la revisión de las reformas (enmiendas) constitucionales en el Estado social de derecho y cómo viene comportándose el Poder Judicial cuando enfrenta tales cuestiones.

Evidentemente, como fueron cinco los integrantes de este panel, incluyendo a su presidente, cada uno abordó un aspecto de esa temática y, en principio, aunque no necesariamente, enfocando la realidad de su país o región. En mi caso, luego de analizar la realidad brasileña, decidí destacar un aspecto polémico de los derechos sociales. El presente artículo puede ser resumido en las siguientes preguntas, focalizando la realidad brasileña, naturalmente:

- ¿Hasta qué punto es posible inmovilizar o flexibilizar los presupuestos públicos para garantizar la satisfacción adecuada de los derechos sociales? Podemos, también, formular otras preguntas intentando resumir nuestra preocupación:
- ¿Existen criterios o límites para manejar la actividad fiscal del Estado y así afectar la prestación de derechos sociales? ¿El poder constituyente o, incluso, el Poder Legislativo (de acuerdo con el caso), puede o debe flexibilizar esos derechos en tiempos de crisis? ¿En qué situaciones y con qué límites?

En una época en que se admite la escasez de recursos públicos para financiar los más diversos programas sociales, parece contradictoria la relación entre recaudación tributaria y gastos públicos.¹

La recaudación (por lo menos en Brasil) es cada vez mayor, con aumento de la carga tributaria y, aun así, esta se muestra insuficiente para cubrir satisfactoriamente las necesidades sociales del país.

Todos sabemos que la lógica económica y la lógica política, en el campo de reducción de gastos, tienden a ser conflictivas.

La lógica económica dice que la corrección del desequilibrio fiscal debe efectuarse por medio de cortes de gastos y no por el aumento de ingresos, dado que el aumento de la recaudación significa retirar ahorro de la economía. El recorte de gastos, cuando es necesario, debe incidir sobre los gastos corrientes para no limitar la capacidad de inversión del Estado.

Esta medida, aparentemente simple, no se ajusta a la lógica política, que tiende normalmente a actuar en el sentido de proponer recortes en los

¹ En Brasil, desde 2000, rige la llamada Ley de Responsabilidad Fiscal (Ley Complementaria núm. 101/2000) que tuvo como efecto mejorar la *political accountability* atribuyendo mayor responsabilidad y transparencia a los agentes públicos brasileños en relación con la gestión fiscal de sus presupuestos. Se inspiró en el *Fiscal Responsibility Act* de Nueva Zelanda y en el *The Code for Fiscal Stability* del Reino Unido.

recursos destinados a inversiones, porque estos, aparentemente, no afectan a los intereses políticos *inmediatos*.

Ocurre que los recortes en inversión, vitales para el desarrollo del país, son los preferidos por los políticos, y suelen ser forzados y no producto de negociaciones.

El recorte de esos recursos termina por inhibir el crecimiento, en la medida en que el país deja, por ejemplo, de construir fábricas, rutas; en fin, toda la infraestructura necesaria al desarrollo autosustentable.²

De cualquier modo, creemos que las dificultades presupuestarias deben ser estudiadas y examinadas completamente por el jurista y por el administrador público; en definitiva, por todos aquellos que tienen el deber de formular e implementar políticas públicas.

Por otro lado, la simple existencia de dificultades, tales como la ausencia o insuficiencia de recursos públicos o la existencia de crisis económicas o de políticas de austeridad, no deben inhibir el reconocimiento y la satisfacción de derechos sociales en todos los países democráticamente estructurados y socialmente justos, que tienen la pretensión de ser Estados sociales de derecho.

Sería absurdo que la ejecutabilidad plena de los derechos sociales fuera condición necesaria para que las personas tuvieran algún derecho, no solo derechos sociales y económicos, sino todos los derechos, incluso los clásicos (impropiamente llamados “de primera generación”), dada la imposibilidad de proteger la vida y la libertad de todos contra la transgresión.

Con razón afirma Amartya Sen:³

La no realización, por sí sola, no transforma un derecho reivindicado en un no-derecho. Al contrario, ésta motiva una mayor acción social. La exclusión de todos los derechos sociales y económicos del santuario interior de los derechos humanos, reservando un espacio sólo para las libertades formales y otros derechos de primera generación, busca trazar en la arena una línea difícil de mantener.

² Tiene razón José Matias Pereira, para quien es necesario conciliar las dos lógicas —la política y la económica—, pues dice que “cuando existe la preocupación tan sólo por el desarrollo, relegando a un segundo plano los llamados fundamentos de la economía, y de forma especial el ajuste fiscal, las bases del desarrollo serán inconsistentes, con poca posibilidad de éxito, por los efectos nocivos que de él surgirán, en particular la inflación. A su vez, promover solamente el ajuste fiscal, descuidando el desarrollo, permitirá que el Estado presente sus cuentas en orden, pero con costos económicos y sociales indeseables pues, con una economía paralizada, no habrá ninguna perspectiva de mejorar el bienestar de la población, especialmente en materia de educación, salud y generación de empleo e ingreso”. “Control de los gastos públicos, gastos públicos, crisis económica y gobernabilidad en Brasil”, *Revista de Información Legislativa*, Brasilia, Senado Federal, núm. 144, 1999, pp. 11 y ss.

³ Sen, Amartya, “La idea de justicia”, San Pablo, Companhia das Letras, 2009, p. 420.

También, podemos, tan solo, referir la idea de la *reserva de lo posible* para reconocer su importancia, pero de forma crítica, pues reconocer un derecho social solo cuando las cajas del Estado están llenas, en la práctica, equivale a casi nada, lo que también nos lleva a la idea del *mínimo existencial*.

Es cierto, inclusive, que el ofrecimiento de derechos sociales en toda Latinoamérica por parte del Poder Judicial recibe una crítica de parte de la doctrina constitucional.

Se afirma que las decisiones concesivas de prestaciones positivas (de derechos sociales, tales como salud, educación, medicamentos, etcétera) estarían interfiriendo “negativamente” en el plan gubernamental del Ejecutivo, en las acciones y servicios que se ofrecen a la población *como un todo*, retirando partidas presupuestarias, con diversos destinos, para atender a la orden de sentencias judiciales específicas.

O sea, quien tiene condiciones (incluso económicas) recurre al Poder Judicial y obtiene tales prestaciones. ¿Qué ocurre con quien no las tiene? ¿Es justo o eficiente ese sistema?

Sin pretender responder de forma profunda a todas estas cuestiones, es posible afirmar que el Supremo Tribunal Federal (STF) no es sensible a esa línea de argumentación. Tómese el ejemplo (entre tantos) del Recurso Extraordinario 384. 201-3/SP, que afirma que el Estado “debe prever lo necesario en pro de la observancia irrestricta de las normas constitucionales, no cabiendo al Estado desviar fondos mediante excusas relacionadas con el déficit de caja”.

Por otro lado, desde luego es preciso registrar que la Constitución de la República Federativa del Brasil contempla en su artículo 60⁴ un bloque de normas que pretenden proteger la Constitución exactamente de la acción del poder constituyente derivado.

Se trata del llamado núcleo intangible de la Constitución federal. Allí encontramos las llamadas “cláusulas pétreas”,⁵ limitaciones expresas e implícitas al poder de reforma de la Constitución.⁶

⁴ El artículo 60, § 4o. de la CF brasileña establece: “No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir: I. la forma federativa de Estado; II. el voto directo, secreto, universal y periódico; III. la separación de los Poderes; IV. los derechos y garantías individuales”.

⁵ Cláusulas “pétreas” —pétreas— adviene de la palabra “piedra” (*stone clauses*), parte intangible de la Constitución, su núcleo duro.

⁶ El Supremo Tribunal Federal en la ADIN 939-7-DF consideró cláusula pétrea, inmodificable, la garantía constitucional asegurada al ciudadano en el artículo 150, III, b, de la Constitución (principio de anterioridad tributaria), entendiéndolo que sustrae la (incluso por enmienda constitucional) sería inconstitucional. En la misma acción, el ministro Carlos Velloso se refirió a los derechos y garantías sociales pertenecientes a la categoría de “derechos

Tal vez la discusión de la cuestión objeto de nuestra preocupación no sea tan intensa en Estados más desarrollados y vigorosos, económicamente dotados de programas sociales más activos,⁷ con recursos públicos garantizados y voluminosos destinados a sus beneficiarios, pero en Latinoamérica, este tema viene quitando el sueño a muchos constitucionalistas y administradores públicos y, claro está, a los beneficiarios de los derechos sociales.⁸

Para responder a estas preguntas, estamos obligados a recorrer un camino donde forzosamente tendremos que analizar los siguientes puntos: 1) cómo se da jurídicamente la planificación presupuestaria en Brasil; 2) cuál es la naturaleza jurídica del presupuesto según la realidad local; 3) cómo ocurre el control judicial de constitucionalidad de leyes presupuestarias.

y garantías individuales” como inmodificables. También, en la misma línea, se manifestó el ministro Marco Aurélio de Mello.

⁷ Sabemos también que ya hace un buen tiempo el tema viene siendo estudiado en la Unión Europea, donde la limitación constitucional del endeudamiento del Estado es pretensión no tan reciente. Paulo Ferreira da Cunha, en el artículo titulado “Constitución, política y derecho en la crisis europea: referendun, constitucionalización de límites al endeudamiento y fin de la soberanía presupuestaria de los parlamentos nacionales”, afirma: “La imposición de inclusión de norma sobre el límite al déficit presupuestario en la Constitución de los países miembros, o incluso en la legislación, será en sí misma grave. Peor será una imposición, que parece implícita, de que los presupuestos nacionales tengan que ser aprobados por Bruselas. Resultado: los parlamentos nacionales dejan de ser soberanos. Sin duda que ningún Estado, sobre todo el Estado de un país en mala situación económica y financiera, puede garantizar que en ningún año su déficit presupuestario excederá el 0,5% del PBI nacional. Ni siquiera Alemania. Pero realmente lo peor es la aceptación de la dependencia de órganos de la Unión Europea, que no fueron electos (el caso de la Comisión Europea) o se integran por los gobiernos formados a partir de los parlamentos nacionales (Comisión Europea)”. *Revista Interés Público, IP*, Belo Horizonte, año 14, pp. 123/133, 2012.

⁸ En Brasil, cuando hablamos de derechos sociales queremos significar una amplia gama de derechos garantizados en la Constitución federal. No hay tiempo aquí para profundizar el tema. Basta tan solo referir que según su artículo 6o. son derechos sociales “la educación, la salud, la alimentación, el trabajo, la vivienda, el esparcimiento, la seguridad, la previsión social, la protección a la maternidad y a la infancia, la asistencia a los desamparados, en la forma de esta Constitución”. Existen muchos otros esparcidos por el texto de la Constitución. José Afonso da Silva, por ejemplo, los clasifica en (a) derechos sociales relativos al trabajador; (b) derechos sociales relativos a la seguridad, comprendiendo la salud, la previsión social y la asistencia social; (c) derechos sociales relativos a la educación y la cultura; (d) derechos sociales relativos a la vivienda; (e) derechos sociales relativos a la familia, la niñez, la adolescencia y la vejez; (f) derechos sociales relativos al medio ambiente. *Curso de derecho constitucional positivo*, 32a. ed., San Pablo, Malheiros Editores, 2009, p. 289. Para un estudio de la Constitución brasileña y los derechos sociales es preciso también verificar los artículos 6o., 144, 196, 205, 225-227, respectivamente, derechos sociales, seguridad pública, salud, educación, medio ambiente ecológicamente equilibrado, amparo a la vejez, derecho a recursos educativos y tecnológicos necesarios a la planificación familiar; amparo a la niñez y al adolescente.

Estos puntos son premisas necesarias para la comprensión del problema. Luego de recorrerlas rápidamente pasaremos por los siguientes temas: 1) la discrecionalidad presupuestaria *versus* la vinculación de ingresos tributarios, y avanzaremos a continuación hacia las 2) conclusiones.

I. PLANIFICACIÓN PRESUPUESTARIA

El presupuesto público exige, en Brasil, la elaboración de tres leyes. La primera es la denominada Plan Plurianual (PPA), a través de la cual el presidente de la República, en el ámbito federal, establece “las directrices, objetivos y metas de la administración pública federal, para los gastos de capital y otros de éstos derivados y para los relativos a los programas de duración continua” (artículo 165, § 1o. de la CF).

Este instrumento presupuestario es un plan que deberá ser realizado en cuatro años de mandato del presidente electo. Es un plan de metas a ser alcanzadas. Es una guía, un vector que debe señalar la dirección de la administración federal.

Las demás leyes presupuestarias deben pautarse rigurosamente por las normas contenidas en el Plan Plurianual (PPA), según los parágrafos 4o. y 7o. del mismo artículo.

A continuación, tenemos la Ley de Directrices Presupuestarias (LDO) que comprenderá las metas y prioridades de la administración pública federal, incluyendo los gastos de capital para el ejercicio financiero subsecuente, orientará la elaboración de la ley presupuestaria anual, dispondrá sobre las alteraciones en la legislación tributaria y establecerá la política de aplicación de las agencias financieras oficiales de fomento (§ 2o. del artículo 165).

A diferencia del Plan Plurianual, que es uno solo y rige por cuatro años, la LDO es ley anual, teniendo vigencia temporaria. Tanto como el primero, la LDO establece metas y prioridades, pero para el ejercicio siguiente. Tiene contenido relativamente genérico, ya que estipula montos a invertir, sin definir dónde los recursos serán invertidos, finalidades a ser alcanzadas, sin especificar dónde se operará la inversión. Todo eso será explicitado y delineado en la LOA.

La Ley Presupuestaria Anual (LOA) estipulará, entonces, dónde los recursos serán invertidos, identificando región, ciudad, barrio, calle, etcétera. Contiene al presupuesto fiscal de todos los poderes, fondos, órganos y entidades públicas y equiparadas; el presupuesto de inversión de las empresas públicas y el presupuesto de la seguridad social.

La referida ley es, también, anual y discrimina, exhaustivamente, la previsión de ingresos y el destino de los gastos. Previsión porque puede reali-

zarse o no, mientras que el destino de los gastos es preciso. Es evidente que se sabe dónde se va a gastar. La realización dependerá de los ingresos que se produzcan durante el ejercicio.

Como puede verse, las leyes antes mencionadas están visceralmente imbricadas entre sí.

Las previsiones y disposiciones de la Ley Presupuestaria Anual deben atender a lo que está determinado por la Ley de Directrices Presupuestarias, que es anteriormente aprobada y, a su vez, ambas deben guardar sintonía y concordancia con el Plan Plurianual. Solo así las cosas pueden funcionar, o sea, “amarrando” las previsiones genéricas a las directrices y estas a las específicas contenidas en la ley presupuestaria anual.

A pesar de ser técnica en extremo, esta explicación era necesaria. Esperemos no tener que volver a ese nivel de detalle.

Hice esta explicación porque tantas y tan minuciosas leyes presupuestarias podrían dar la impresión de que en Brasil hay un control maravilloso de los gastos y los ingresos públicos y que todo sucede con “organización suiza”.

Lamentablemente no es así.

Pasemos ahora al tema de la dinámica presupuestaria, ejecución del presupuesto y algunos de sus condicionantes.

¿El presupuesto es un instrumento político libremente construido por el administrador público y por el Parlamento, por el Poder Legislativo? Desde hace algún tiempo, parece que no.

II. LA NOCIÓN MODERNA DE GASTO PÚBLICO DENTRO DEL PRESUPUESTO

El administrador público, en Brasil, gozaba de cierto margen de discrecionalidad para decidir cómo gastar un recurso público. Esto, en general. Sucede que más recientemente esa decisión viene siendo restringida de acuerdo con los valores que la Constitución brasileña y las leyes disponen.

Así, el artículo 212 de la CF dispone que “La Unión aplicará, anualmente, nunca menos del dieciocho, y los Estados, el Distrito Federal y los municipios veinticinco por ciento (25%), como mínimo, de los ingresos resultantes de impuestos, comprendidos los provenientes de transferencias, en el mantenimiento y en el desarrollo de la enseñanza”, haciendo clara opción por privilegiar la enseñanza como valor básico y pleno de consolidación democrática.

Por otra parte, la enmienda constitucional 29/2000 modificó los artículos 34, 35, 156, 167 y 198 para permitir y determinar que los recursos

puedan financiar “acciones y servicios públicos de salud”. Así, efectuó la *vinculación de recursos* destinados a la atención de la salud.

Es evidente que el legislador, al estructurar el instrumento presupuestario, no tiene más la libertad que tenía antes. Ya está parcialmente vinculado.

Es conveniente explicar qué es vinculación o afectación de ingresos. En Brasil, las vinculaciones de ingresos ocurren o por fuerza de la Constitución federal o por fuerza de ley. Son utilizadas para individualizar una fuente de ingresos y su destino, mediante el establecimiento de un eslabón jurídico entre el ingreso y su fin.

Como regla general, esas vinculaciones o afectaciones de ingresos suceden al margen de la dinámica presupuestaria.

En cambio, el gasto mínimo obligatorio no se confunde con la afectación de ingresos. El gasto obligatorio impone que un porcentaje determinado sea aplicado a una acción estatal específica. Hay varios casos de gastos mínimos obligatorios en la Constitución brasileña.⁹

Hay aun otro problema muy común que impide la satisfacción de los intereses públicos y el goce de derechos sociales, y que se sitúa en la “fase presupuestaria”.

El administrador público introduce en el presupuesto un ítem o valor totalmente alejado de la realidad para, aparentemente, hacer frente a un gasto que habría en el futuro.

Es muy común, en Brasil, que los municipios prevean en sus presupuestos ítems y rúbricas dando la impresión de que tienen recursos para enfrentar un programa vinculado a determinado derecho social. Sucede que cuando analizamos más detenidamente el valor, y lo comparamos con la realidad, verificamos que se trata de un verdadero *fraude* jurídico y presupuestario.

Digamos, para ejemplificar, que determinado programa social exija 10 millones de dólares para ser atendido en determinado año, y la previsión

⁹ No estamos sosteniendo que toda vinculación o gasto obligatorio posea más desventajas que ventajas. Como cualquier institución de características jurídicas que trae consigo un binomio, emerge un dilema (*trade-off*) en su aplicación. Ventajas y desventajas pueden ser descritas siempre, y no por ello se podrá arribar a la conclusión de si las vinculaciones o los gastos obligatorios son eficientes o ineficientes. Deberá ser una opción consciente de determinado pueblo, en determinado contexto político, siempre controlada racionalmente por el sistema jurídico y social y con posibilidad de ajustes debatidos por la sociedad alcanzada por los canales competentes. Un determinado gasto público social debe tener sus instrumentos reevaluados periódicamente, a fin de que haya un uso racional y eficiente de los recursos. Finalmente, es necesario registrar que la vinculación o el gasto obligatorio no es el único instrumento habilitado para promover la buena distribución y la adjudicación de recursos públicos en áreas sociales, como sabemos.

presupuestaria para aquel año contemple un valor de un millón. Por eso concordamos completamente con Regis Fernandes de Oliveira¹⁰ cuando nos enseña:

De esa forma, más convencidos estamos de que es inviable, ante las premisas asentadas en el presupuesto, que pueda el Jefe del Ejecutivo prever ingresos, para pago de servicios públicos esenciales, *menor que el valor sabidamente cierto que debe satisfacer*. Siendo así, el presupuesto se convierte en ley real y no de mera previsibilidad. Las entradas son previsibles, pero no exactas. La liquidación se operará en el curso del ejercicio financiero. No habiendo riesgos, tiene el acreedor razonable seguridad en recibir el monto previsto. No sólo eso, *pero no hay la opción del deudor* (Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios) *de no prever recursos para el pago de los servicios públicos que deba soportar*” [el énfasis es nuestro].

Este, por lo tanto, es uno de los claros obstáculos para el disfrute de los derechos sociales en Brasil; la falta de recursos, la previsión de menos o la malversación de recursos públicos, o incluso la corrupción incidente sobre los recursos, disminuyéndolos.

Ahora nos gustaría analizar los impactos de la reiterada prorrogación del dispositivo constitucional, de la Constitución brasileña (ADCT- Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias), de desvinculación de ingresos de la Unión (DRU, ingresos federales) sobre la garantía de derechos sociales fundamentales, que tienen algún nivel de vinculación constitucional para su consecución.

Al desvincular ingresos, se reducen (en principio, si no hubiera compensación futura) las disponibilidades presupuestarias y financieras que capacitan al Estado para garantizar derechos sociales. Siendo así, la pregunta que se coloca es la siguiente:

¿Hasta qué punto el poder constituyente derivado, de segundo grado, puede flexibilizar, mitigar, reducir las vinculaciones tributarias que garantizan un determinado nivel de recursos obligatoriamente acarreados en el presupuesto de los derechos sociales?

La llamada desvinculación de recursos de la Unión¹¹ (DRU) fue aprobada inicialmente para ser un mecanismo *provisorio*; sin embargo, ya cumple diecinueve años en vigor, y la discusión sobre su mantenimiento o disolu-

¹⁰ *Curso de derecho financiero*, 4a. ed., San Pablo, Editora Revista de los Tribunales, 2011, p. 376.

¹¹ La Unión es la persona jurídica de derecho internacional e interno brasileña, a la par de los estados miembros, del Distrito Federal y de los municipios. En el contexto que utilizamos el término puede también ser comprendido como “gobierno federal”.

ción necesita ser intensificada, implicando a la sociedad brasileña, que es afectada directamente por estas decisiones.

No queremos entrar en los meandros de esos números. Tan solo para simplificar la explicación a los colegas de otros países, diremos que por intermedio de varias reformas, la Constitución brasileña se desvinculó, por ejemplo, del 20% del producto de la recaudación de todos los impuestos y contribuciones federales para componer un fondo social de emergencia.

Es claro que esa medida afecta radicalmente a la financiación de políticas sociales como un todo, fundamentalmente las políticas de la seguridad social, ya que el objetivo es la generación de superávits primarios, liberando recursos para el gasto como pago de intereses de la deuda nacional.

En principio, la duración sería limitada al ejercicio de 1994 y 1995, y los recursos desvinculados serían dirigidos hacia acciones de salud y educación, beneficios previsionales y auxilios asistenciales. Pero, en la realidad, eso no ocurrió. Esos recursos fueron utilizados para equilibrar las finanzas nacionales y para obtener mayor flexibilidad en la elaboración y ejecución del presupuesto.

Luego de varias reformas que sucedieron se modificó el nombre de los fondos, pero la realidad permaneció igual. Los recursos desvinculados sirvieron para equilibrar o atender el superávit primario de Brasil en alrededor del 62.45%.

Quiere decir que los recursos salen del presupuesto previsional y social para entrar al presupuesto fiscal, tesoro federal, y vuelven muy dilapidados.

Entre 2000 y 2007, por intermedio de la DRU, fueron desviados hacia el presupuesto fiscal 278.4 mil millones de reales, de la seguridad social. En ese mismo periodo fueron traspasados para esa área solo 161.62 mil millones. O sea, retornó a las cajas de la seguridad social solo el 58% de lo que fue transferido al gobierno federal vía DRU.

III. LA FLEXIBILIDAD PRESUPUESTARIA Y LA COMPRESIÓN INDESEADA EN EL GOCE DE LOS DERECHOS SOCIALES

Se afirma que tales restricciones son o eran “transitorias”, pero la realidad no confirma la afirmación. Desde 1994 hasta hoy, las vinculaciones establecidas en la Constitución vienen siendo mitigadas mediante mecanismos de alegada naturaleza transitoria.

Es lo que establecen los artículos 71, 72 y 76 del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias de la Constitución brasileña de 1988. Los mencionados dispositivos fueron modificados en su redacción original

por seis enmiendas constitucionales, a saber: núm. 1/1994 (de Revisión) y números 10/1996, 17/1997, 27/2000, 42/2003 y 57/2007.¹²

¿Qué significa eso en la práctica?

Significa que, al desvincular ingresos tributarios que estaban destinados obligatoriamente a atender derechos sociales, estamos reduciendo las disponibilidades presupuestarias que capacitan al Estado para garantizar tales derechos, los cuales, por su importancia, tuvieron previstos en el texto del constituyente originario una financiación especial, sea por intermedio de ingresos vinculados, sea por algún mecanismo de previsión de un piso mínimo de gasto.

Nuestra tesis es que bajo pretexto de legislar por un periodo transitorio, las enmiendas convierten lo transitorio en definitivo permanente, empujando hacia un estado de inconstitucionalidad indeseable, en un Estado que se dice “democrático y de derecho”, como enuncia la Constitución de Brasil.¹³

Hay un evidente retroceso social impedido o indeseado por la Constitución Federal brasileña y por toda jurisprudencia latinoamericana supranacional.¹⁴

El concepto de regresividad y progresividad, incluso de la realidad normativa, puede ser retirado de la Resolución AG/RES 2074, especialmente del artículo 5o.1, a partir de las deliberaciones de la Asamblea General de la OEA del 07/06/2005, que aprobó normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador.

¹² Para un análisis más detenido de todas esas normas se recomienda el excelente trabajo de Graziane Pinto, Élida, “Seis veces DRU: ¿flexibilidad presupuestaria o vaciamiento de derechos sociales?”, *Revista Jurídica del Ministerio Público de Minas Gerais*, Belo Horizonte, núm. 11, julio-diciembre de 2008, pp. 511 y ss.

¹³ El artículo 1o. de la Constitución brasileña afirma que Brasil es una República federativa formada por la unión indisoluble de los estados y municipios y el Distrito Federal, y que se constituye en un *Estado democrático de derecho* y tiene como fundamentos la soberanía, la ciudadanía, la dignidad de la persona humana, los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa y el pluralismo político.

¹⁴ Sobre el tema véase Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, CEDAL-Centro de Estudios Legales y Sociales, 2006; Zerbini Ribeiro Leão, Renato, *La construcción jurisprudencial de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Puerto Alegre, Nuria Fabris, 2009; Wandimara Pereira dos Santos Saes, *La judicialización de los derechos sociales en Brasil, un abordaje analítico, empírico y normativo*, PUC-SP, trabajo de doctorado, 2008, bajo nuestra orientación científica; Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *El umbral de la ciudadanía*, Buenos Aires, 2006; García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, 2008, vol. IV.

Por progresividad se entiende el avance paulatino en el establecimiento de condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social y cultural, a partir de los “indicadores de progresividad”.

En principio, hay “regresividad” cuando existan disposiciones normativas que impliquen un retroceso en la extensión concedida a un derecho o aun cuando la adopción de políticas públicas signifiquen un retroceso en los resultados mensurables a través de indicadores empíricos confiables.

De hecho, en este mismo momento los periódicos brasileños anuncian que la prioridad legislativa del Poder Ejecutivo federal, para el presente año, es exactamente renovar la desvinculación de ingresos de la Unión (DRU), mediante la aprobación de una nueva enmienda a la Constitución.

Pretenden desvincular los recursos provenientes de las contribuciones sociales e interventivas (tributos sociales) para su utilización con fines completamente ajenos a los que justificaron su institución y cobro.

Un quinto de los recursos utilizados para enfrentar los costos de la seguridad social, por ejemplo, podrá ser utilizado en la construcción de estadios de fútbol o con vistas a cumplir las metas para alcanzar el llamado “superávit primario”.

Por cierto, no soy yo quien afirma eso. Es la presidenta de la República que en la minuta de la PEC 61 y en la “EM Interministerial” núm. 00104/2011/MP/MF dice textualmente: “la coyuntura del País urge inversiones y respectivas fuentes de financiación, a fin de adecuar la infraestructura del País a las exigencias internacionales relacionadas con el Mundial de Fútbol de 2014 y las Olimpiadas de 2016”.

El informe del diputado Mario Quintella Lessa, presentado a la Comisión de Constitución y Justicia, es claro al afirmar que pretende desviar recursos de la seguridad social para el cumplimiento de metas de superávit primario. Afirma:

El mecanismo de la DRU tiene papel fundamental para que la meta de superávit primario sea alcanzada. Si no estuviesen desvinculados los ingresos de la seguridad social, el destino legal de las contribuciones sociales estaría mantenido y los recursos acabarían por ser aplicados en gastos de previsión social, salud y asistencia social. Aunque no hubiese aumento de gastos, esos recursos no podrían ser aplicados al servicio de la deuda pública federal, que constituyen gastos del presupuesto fiscal. Con la DRU, ingresos del presupuesto de la seguridad social dejan de ser vinculados, contribuyendo a dar viabilidad al superávit primario.

O sea, es el propio gobierno el que propone la reforma de la Constitución federal para atender a las presiones internacionales: ¿la salud econó-

mica del país, con el pago de intereses para mantener un superávit en las cuentas públicas, es más importante que el bienestar de sus habitantes?

Es evidente que existe una relación entre ambas pretensiones, y ambos lados alegan que defienden los intereses del pueblo brasileño.

Nadie puede estar en contra del buen equilibrio de las cuentas públicas nacionales, pero es preciso encontrar un punto “óptimo” que no sacrifique aquello que la Constitución del país entiende como elemental, básico, esencial para la buena calidad de vida de sus ciudadanos y de su población.

¿Cómo el Poder Judicial, al ser provocado, ha enfrentado problemas relacionados con esta temática?

Es muy difícil dar una respuesta lineal a esta cuestión.

En materia económica, por ejemplo, Brasil, para enfrentar las numerosas crisis internacionales y nacionales, en los últimos veinticinco años, formuló una serie de planes económicos; muchos de ellos, sin duda alguna, afectaron claramente los derechos individuales (fundamentales) de los brasileños.

No sería posible resumir todos esos problemas en este artículo. Sin embargo, lo que podemos hacer es mencionar algunos casos que dan una idea de cuál fue la respuesta del Poder Judicial en algunos casos más polémicos y significativos.¹⁵

El primero fue el llamado Plan Collor. El polémico presidente Collor de Mello (1990), que posteriormente sufrió un juicio político, decretó un

¹⁵ En muchos casos se reconoce la no retroactividad de la ley como principio constitucional importante. Por ejemplo, en el RE 180979 AGR/RS, Rel. Min. Francisco Rezek, el 19/12/1996, segunda sección del STF. “Negocios jurídicos definitivamente consolidados se vuelven inmunes al cuadro normativo que sobreviene, por fuerza de la cláusula constitucional de la irretroactividad de la ley”. En otros, que es posible alterar las reglas de la jubilación a los trabajadores y que ella solamente se adquiere en el momento de su formalización ante la previsión social. O sea, los que no habían cumplido los requisitos para la jubilación están sometidos al nuevo régimen, aunque sea más costoso para la persona (ADI 3104/0-DF), Rel. Min. Carmem Lúcia, el 26/09/2007. En otros procesos se afirma que “no hay derecho adquirido a régimen jurídico” para no reconocer como de naturaleza contractual un fondo constituido por recursos de los trabajadores (RE 226.855-7, RGS- Relator Min. Moreira Alves, 31/08/2000). En otros momentos se aceptan las razones y los fundamentos que inspiran el plan económico y, por eso, no se reconoce inconstitucionalidad ante el valor mayor de “neutralidad distributiva de choque de la economía”. Fue lo que ocurrió en el RE 141.190-2 SP, Relator Min. Ilmar Galvão, juzgado el 14/12/2005. En él, el Plenario del Supremo Tribunal Federal reconoció que el PLAN BRESSER representó una profunda modificación en los rumbos de la economía del país y cambio en el patrón monetario, y que el congelamiento significó la quiebra radical de las expectativas inflacionarias y, por eso, un desequilibrio económico financiero de los contratos pero, en compensación, que su instrumento era necesario. Para un amplio y competente análisis de la materia, véase Villard Duran, Camila, *Derecho y Moneda*, San Pablo, Editora Saraiva, 2010.

amplio plan de combate a la recesión y a la inflación económica, inmediatamente después de asumir el cargo, congelando activos financieros de la población en una medida en extremo osada y polémica desde todo punto de vista.

Con el tiempo, los tribunales brasileños, sobre todo los federales, fueron reconociendo una clara violación de los principios y derechos de la población afectada. Son históricas dos decisiones adoptadas por los tribunales federales de la 3a. y 5a. región, respectivamente San Pablo y Pernambuco, con referencia al aludido plan económico.

El Tribunal Federal de San Pablo consideró que el bloqueo de activos financieros (cuentas y recursos) de la población era inconstitucional, sea porque el acto normativo que aplicó la medida no admitía su edición, sea porque en relación a su contenido, el plan económico no se encajaba en ninguna figura jurídica permitida por la Constitución brasileña.

No era un “préstamo compulsivo”, una “requisa”, una “confiscación de bienes” o una “servidumbre de uso”.

La decisión reconoce amplia violación al derecho de propiedad, al debido proceso legal, a las garantías del contribuyente y al principio de la razonabilidad de las leyes, entre otros aspectos (Alegación de Inconstitucionalidad en la Apelación en Acción de Amparo núm. 36325- Reg. 90.03.32177-9, relator juez Américo Lacombe, juzgado el 04/04/1991, TRF-3a. Región, Tribunal Pleno, decisión unánime).

En el mismo sentido, el Tribunal Federal de Pernambuco, de la 5a. región, en la AI Apelación en Acción de Amparo núm. 2379-PE (reg. 9005071630), relator juez Lázaro Guimarães, juzgado el 20 de marzo de 1991, Tribunal Pleno.

Aunque el Tribunal de Pernambuco haya juzgado la materia en primer lugar, es preciso reconocer que los fundamentos jurídicos trabajados por el Tribunal Federal en San Pablo analizan la cuestión jurídica de forma bastante más amplia. Ambos, sin embargo, reconocieron la inconstitucionalidad del Plan Collor y de la Ley 8.024 de 1990 y la medida provisoria anterior que lo instituyó.

IV. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD

Si leemos la Constitución brasileña vamos a verificar la existencia de diversos derechos sociales, económicos y culturales en su texto. A continuación, también comprobaremos que, además del derecho consagrado, existen normas de derecho constitucional financiero que regulan y posibilitan,

de algún modo, que aquellos derechos puedan ser usufructuados por sus destinatarios.

Brasil está dotado de un sistema de control de la constitucionalidad considerado pluralista. Al menos, en materia de acceso a la justicia, son varias las personas y entidades que pueden tocar *directamente* las puertas del Supremo Tribunal Federal, cúpula del Poder Judicial incumbido de, principalmente, controlar la constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos.¹⁶

También en el ámbito del control *difuso*, de inspiración norteamericana, Brasil tradicionalmente, desde la República, confiere el derecho de que las partes aleguen ante *cualquier juez o tribunal*, en materia constitucional. Siendo así, cualquier juez, en Brasil, puede también reconocer y no aplicar la ley considerada inconstitucional.¹⁷

No es nuestro objetivo discutir cómo se da el control judicial de constitucionalidad de las leyes en Brasil, sino solo situar al lector extranjero.

Tradicionalmente, la jurisprudencia brasileña, al contrario de la doctrina, entendía que las leyes presupuestarias son leyes meramente formales, como normas individuales de efectos concretos, con objeto determinado y destinatario cierto, siendo equiparadas a actos administrativos, ya que desprovistas de generalidad, impersonalidad y abstracción (densidad normativa), haría, en principio, imposible la concreción del control abstracto, ante el Supremo Tribunal Federal, al menos por la vía principal o acción directa de inconstitucionalidad (ADIn).

¹⁶ El artículo 103 de la CF, en su encabezamiento, establece: “Pueden proponer la acción directa de inconstitucionalidad y la acción declaratoria de constitucionalidad: I. el Presidente de la República; II. el Senado Federal; III. la Cámara de Diputados; IV. la Asamblea Legislativa o la Cámara Legislativa del Distrito Federal; V. el Gobernador de Estado o del Distrito Federal; VI. el Procurador General de la República; VII. el Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil; VIII. los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional; IX. la confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional”.

¹⁷ Por lo tanto, no es novedad en Brasil la amplia posibilidad de, en el control difuso, que cualquier persona legitimada cuestione el rumbo de políticas públicas, incluso cuando impliquen una norma o prioridad presupuestaria (directa o indirectamente) cuestionada en virtud de prioridades constitucionales o legales. En ese sentido, *inter-plures*, ver el ARE 639337, AGR Relator Min. Celso de Mello, STF, juzgado el 23/08/2011. En este caso, el municipio de San Pablo fue obligado a atender y matricular en guarderías y jardines de infantes a niños de hasta cinco años en unidades de enseñanza infantil cercanas a su residencia o al lugar de trabajo de sus padres o responsables legales. El caso es particularmente interesante, porque en él el juez del Supremo Tribunal Federal levanta la discusión acerca de la necesidad de protección de los derechos sociales por el Poder Judicial brasileño e, incluso, el tema de la escasez de recursos públicos y la cuestión de lo que llama de “opciones trágicas” y la reserva de lo posible, y del mínimo existencial.

Esa tendencia es fuerte, pero comienza a ser modificada. Para algunos autores, la ruptura propiamente dicha de ese paradigma finalmente habría ocurrido en la Acción Directa 4048/2008.¹⁸ En ella, el Supremo Tribunal Federal reconoció ser posible el control concentrado de constitucionalidad *de leyes presupuestarias mediante la acción directa*, por lo tanto en el control abstracto de la constitucionalidad de las leyes.

A pesar de haber sido un innegable avance, hasta el momento, el Supremo Tribunal Federal, *en el control abstracto*, no llegó a discutir *directamente* el destino de recursos y contrastarlos con la Constitución federal. Quién sabe si en un futuro próximo podamos ver la modificación más profunda de esa jurisprudencia y también un control sustancial, material y de contenido de las normas presupuestarias, con todos los riesgos y problemas que ese control, sin duda, encierra.¹⁹

La conclusión a la que podemos llegar, desde luego, es exactamente esta: la de que los déficits o carencias presupuestarios en Latinoamérica no justifican, de manera simplista, la existencia de transgresiones a las normas constitucionales o a los principios jurídicos que consagran el goce de derechos sociales en su perspectiva más sustancial.

Esa, también, parece ser la tendencia y la realidad de nuestros colegas latinoamericanos. No analizaremos ese tema en nuestros países vecinos, dado que hay varios colegas de países latinoamericanos en este encuentro internacional.²⁰

Pero vale la pena referir algunos casos alusivos a derechos sociales y a la cuestión presupuestaria. Es decir, es interesante recordar que el Supre-

¹⁸ La acción fue propuesta por el PSDB, Partido de la Social Democracia Brasileña, contra la Medida Provisoria 405/2007 (un acto normativo del Ejecutivo), posteriormente, convertida en la Ley 11.658/2008, que abrió crédito extraordinario a favor de la justicia electoral y de diversos órganos del Poder Ejecutivo, por valor de 5,455.677.660,00 reales. El crédito extraordinario habría sido abierto fuera de las hipótesis autorizadas en la Constitución federal, violando el artículo 62 y diversos párrafos e incisos. El caso aún no tuvo juzgamiento final, pero la medida cautelar fue concedida, suspendiéndose la vigencia de la Ley en discusión desde su publicación. La decisión aparentemente supera los fundamentos tradicionales de la jurisprudencia anterior, para permitir el control abstracto de la constitucionalidad de las leyes presupuestarias en Brasil ante el Supremo Tribunal Federal.

¹⁹ Sobre el tema, véase el trabajo de Barros Correia Neto, Celso de, “El presupuesto público y el Supremo Tribunal Federal”, en Conti, José Mauricio y Facury Scaff, Fernando (coords.), *Presupuestos públicos y derecho financiero*, San Pablo, Editora Revista de los Tribunales, 2011, pp. 112-126.

²⁰ Para un panorama de la situación argentina, colombiana y española, véase el trabajo de G. Corti, Horacio, “Derechos fundamentales y presupuesto público: una renovada relación en el marco del neoconstitucionalismo periférico”, en Conti y Scaff, *op. cit.*, pp. 127 y ss.

mo Tribunal Federal, en algunos casos, y los tribunales del país, en muchos otros, han reconocido la existencia y el goce de los derechos sociales, en forma de “activismo judicial” latinoamericano, dadas las particularidades de nuestra región.

Veamos algunas de ellas.

- a) En el Recurso Extraordinario 195.192-3, de Rio Grande do Sul, en el Supremo Tribunal Federal, teniendo como relator al ministro Marco Aurélio de Mello, el 22 de setiembre de 2000, el STF reconoció que “incumbe al Estado (género) proporcionar medios con el objetivo de alcanzar la salud, especialmente cuando están involucrados niños y adolescentes”.
En este caso, se concedió amparo a un menor portador de una enfermedad rara para compeler al Estado a suministrar medicamento necesario con vistas al tratamiento médico que necesitaba. El medicamento era fabricado en Estados Unidos y en Suiza, exclusivamente. Se afirmó que “los problemas presupuestarios no pueden obstaculizar la implementación de lo que está previsto constitucionalmente”.
- b) En el AGRG, Recurso Extraordinario 271.286-8 RGSul, relator ministro Celso de Mello, juzgado el 12/09/2000, el Supremo Tribunal Federal reconoció que “el derecho a la salud representa consecuencia constitucional inseparable del derecho a la vida y que el reconocimiento judicial de la validez jurídica de programas de distribución gratuita de medicamentos a personas sin recursos, incluso aquéllas portadoras del virus HIV-SIDA, da concreción a preceptos de la Constitución brasileña, relativos al derecho a la vida y la salud”.
- c) En el Superior Tribunal de Justicia también son innumerables los casos de reconocimiento y adjudicación de derechos sociales referentes a la salud, la educación y otros programas y políticas públicas sociales. Se reconoce que “toda imposición jurisdiccional a la hacienda pública (al erario, al Estado), implica gasto y acción, sin que eso infrinja la armonía de los poderes, dado que en el régimen democrático y en el Estado de derecho el Estado soberano se somete a la propia justicia que instituyó” (RESP SP 753565-MS, relator Min. Luiz Fux, juzgado el 27/03/2007).
- d) En el mismo tribunal se reconoce, por ejemplo, “que hay un núcleo de derechos inviolables esenciales a la dignidad de la persona humana, que constituye fundamento del Estado Democrático de Derecho” (RESP 1309137/MG, relator Min. Herman Benjamin DJ de 22/05/2012) o, asimismo, que “tratándose de derecho fundamental, incluso en el con-

cepto de mínimo existencial,²¹ no habrá impedimento jurídico para que el Poder Judicial establezca la inclusión de determinada política pública en los planes presupuestarios del ente político, principalmente cuando no hubiere comprobación objetiva de la incapacidad económica y financiera de la persona estatal” (AGRg en el REsp 1136549/RS, relator Min. Humberto Martins, juzgado el 08/06/2010).

V. CONCLUSIONES

Busco ahora finalizar el presente artículo retomando la pregunta inicialmente formulada y ofreciendo, además de los argumentos hasta aquí expuestos, algunos más.

Recuerdo las preguntas iniciales:

- ¿Hasta qué punto es posible inmovilizar o flexibilizar los presupuestos públicos para garantizar la satisfacción adecuada de los derechos sociales? Podemos también formular otra pregunta intentando resumir nuestra preocupación:
- ¿Existen criterios o límites para manejar la actividad fiscal del Estado y así afectar la prestación de derechos sociales? ¿El poder constituyente o, incluso, el Poder Legislativo (de acuerdo con el caso), pueden o deben flexibilizar esos derechos en tiempos de crisis? ¿En qué situaciones límite?

Pues bien, quiero referirme, además y a título final, a dos cuestiones que afectan las respuestas posibles a esos interrogantes. La primera es acerca de los bloqueos y las contingenciones (contención de gastos en función de los ingresos) presupuestarias que afectan el goce de derechos sociales.

En Brasil, el Poder Legislativo, en materia presupuestaria, puede hacer muy poco. Quedan pocas alternativas, a los legisladores, en la adjudicación de recursos públicos.

También es importante recordar que existen bloqueos y contingenciones. El Poder Ejecutivo controla el presupuesto y su ejecución, pudiendo interrumpirla cuando lo entienda necesario o conveniente.

²¹ La materia fue apreciada por el Supremo Tribunal Federal. Al juzgar la ADPF número 45/DF se asentó que había la “no oposición del arbitrio estatal a la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales” y que había “necesidad de preservación, en favor de los individuos, de la integridad y de la intangibilidad del núcleo consustancial del mínimo existencial”.

Esa prerrogativa, evidentemente, afecta de forma directa el goce de derechos, incluso los sociales. Existe un control político del Ejecutivo sobre el presupuesto, que puede manifestarse a través del bloqueo total o parcial de recursos, o la liberación insuficiente de recursos públicos.

Hay una aparente falta de racionalidad en la mecánica de los *checks and balances* brasileños. El Ejecutivo elabora el instrumento presupuestario, el Legislativo lo aprueba y ratifica la propuesta. Aun así, es el Ejecutivo el que detenta el poder para reajustar como desee los recursos públicos en tiempos de crisis o de bonanza.

Con razón, Luiz Gustavo Bambini de Assis²² afirma: “La contingentación es la restricción a la liberación de recursos, basada en razones de política fiscal. Esa acción viene siendo utilizada para imponer limitaciones al cronograma de desembolso de ingresos, en caso de que la inversión no sea compatible con la política fiscal delimitada por la Ley de Responsabilidad Fiscal”.

Afirma que la adecuación del presupuesto a la política fiscal debería formar parte de la planificación presupuestaria, para que la contingentación de partidas ocurra solo en casos extremos, bajo pena de negar incluso la noción de planificación.

También, en ese aspecto, la democratización del acceso a la información sobre las cuentas públicas debe ser incrementada. Legislativo, Ejecutivo y sociedad deben participar de la formulación y gestión del presupuesto público, a pesar de las dificultades inherentes al tema.

Por último, podemos decir que la flexibilización de la actividad financiera del Estado, para propiciar la gobernabilidad y maleabilidad de la administración, no puede sobreponerse al principio de la supremacía de la Constitución y de sus valores más valiosos ni aniquilar principios fundamentales del sistema constitucional, principalmente cuando esos principios conforman y concretan los derechos fundamentales y sociales que están especialmente protegidos en Brasil.

El fracaso de los gobiernos, en general, para prevenir o remediar privaciones, que podrían ser evitadas, puede asumir muchas formas. En algunos casos pueden ser producto de decisiones políticas deliberadas de agentes del gobierno, como en el caso de corrupción, que reduce recursos disponibles para la implementación progresiva de derechos sociales o, incluso, pueden resultar de la distribución discriminatoria de recursos destinados a servicios sociales, por ejemplo mediante una menor asignación de recursos para aquellas áreas en las que la mayoría de la comunidad pertenece a un grupo

²² *Proceso legislativo y presupuesto público*, São Paulo, Editora Saraiva, 2012, p. 229.

étnico minoritario. En otros casos, grupos marginalizados son privados de programas y recursos de los cuales precisan, para disfrutar de sus derechos económicos y sociales, simplemente por indiferencia intencionada de elites políticas y económicas.²³

Con vistas a que los derechos económicos y sociales tengan alguna relevancia para las personas, en general, es crucial enfrentar las privaciones evitables con relación a seguridad alimentaria, tratamiento de salud, educación y vivienda.

El inmenso desafío es cómo distinguir entre privaciones resultantes de factores que escapan al control de los gobiernos nacionales y privaciones para las cuales las políticas gubernamentales colaboran o son su principal causa. O sea, se debe distinguir entre las situaciones en las que los gobiernos no son capaces de cumplir con sus deberes y otras en las que simplemente les falta voluntad para hacerlo.²⁴

Finalmente, podemos decir que el Poder Judicial en los países latinoamericanos (sobre todo) juega un papel importante, no solo para contener el vigor de un presidencialismo fuerte, como también para, de cierto modo, arbitrar los derechos económicos, sociales y culturales, sea juzgando inconstitucionales ciertas normas y políticas (directa o indirectamente), sea señalando cuál es el camino a seguir por el Ejecutivo e incluso el Legislativo. Se trata de la contemporánea misión de la justicia constitucional, con el color local característico de nuestra región y de nuestras necesidades y peculiaridades.²⁵

Es necesario comprender que la misión de la *justicia constitucional* no es tan solo la de ser “la legisladora negativa”, de la cual nos hablaba Kelsen. En tiempos normales y en tiempos de crisis es necesario reconocer y legiti-

²³ Según Felner, Eitan, “¿Nuevos límites para la lucha por los derechos económicos y sociales?”, *Revista SUR*, núm. 9, p. 127.

²⁴ *Idem.*

²⁵ El diario *El País* de España nos relata, en la edición del 10/03/2013, que en enero de 2011 el señor Mohammed Aziz es desalojado de su casa. En junio del 2012, el juez José María Fernández Seijo lleva la cuestión prejudicial a Luxemburgo. Propone que se discuta el sistema español de hipotecas, que limita las posibilidades de defensa y oposición a las ejecuciones hipotecarias realizadas por los bancos, y pide que se estudie la desproporción aparente que confiere a los bancos españoles la facultad de reclamar el valor total de las cuotas atrasadas por los clientes y la exorbitancia aparente de los intereses cobrados sobre el total de la deuda. El 08 /11/2012, la abogada general del Tribunal de Justicia, Julianne Kokott, emitió un informe crítico contra el sistema de “desahucios” (desalojos) español, acatando la cuestión del juez español e instando al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a una solución justa. El parámetro de discusión será la Directiva Europea 93/13/EEC: “Se considera abusivo el vencimiento anticipado de las deudas”. Estos movimientos nacionales y transnacionales, en pro de una sociedad más justa, deben ser estudiados y aplaudidos.

marla como un poder arbitral de “equidad creativa”, independientemente del sistema jurídico al que pertenezcan las viejas y tradicionales “familias jurídicas” que mencionaba René David.

Por último, me gustaría registrar que, independientemente de que podamos discutir el tema de la revisión judicial de derechos sociales en tiempos de crisis, no debemos olvidarnos de que la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales debe pautarse, más allá de una realización mínima, en los principios de progresividad y en la prohibición del retroceso social.

Además de esos marcos, debemos considerar la existencia actual de un *derecho al desarrollo*, que también apunta y refuerza el componente de la justicia social, de la igualdad material, deber de todos, de los Estados, de las sociedades interna e internacional.

El crecimiento económico es, sin duda, necesario al desarrollo. Sin embargo, debemos buscar un modelo de desarrollo económico y social en el cual los costos y beneficios deben ser proporcional y solidariamente repartidos.²⁶ Debemos buscar una globalización más ética y solidaria.

Luchemos para que haya igualdad de oportunidades para todos los seres humanos, garantía mínima de cobertura de las necesidades más básicas, compuestas por derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales.

²⁶ UNDP. Human Right Development Report 2010. La verdadera riqueza de las naciones: los caminos hacia el desarrollo humano, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2010. El desarrollo humano tiene tres componentes: bienestar: ampliar las libertades efectivas de la gente para que las personas puedan prosperar; empoderamiento y actuación: permitir que las personas y grupos actúen para impulsar resultados valiosos; justicia: ampliar la equidad, el mantenimiento de los resultados a través del tiempo y el respeto de los derechos humanos y otros objetivos de la sociedad.