

EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LOS BENEFICIOS DE SEGURIDAD SOCIAL EN TIEMPOS DE CRISIS. CUANDO LA PONDERACIÓN NO PROTEGE LAS PRESTACIONES SOCIALES*

POYANCO BUGUEÑO, Rodrigo Andrés **
Universidad de los Andes – Chile

Resumen: en una serie de fallos dictados entre 2013 y 2015, y en el marco de la crisis económica que afecta a la Eurozona, algunos ciudadanos afectados por medidas estatales de recorte y austeridad que desconocen o limitan determinados beneficios sociales, han recurrido a la Corte Europea de Derechos Humanos, alegando su derecho de propiedad sobre tales beneficios. Sin embargo, la jurisprudencia mayoritaria de la Corte ha tendido a desechar estas alegaciones, dando preferencia al margen de apreciación de los estados en materia socioeconómica. Ello, a través de técnicas asociadas a la ponderación.

Objetivo general: presentar un análisis crítico de la técnica de ponderación en materia de derechos sociales, en este caso, respecto de su uso por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Metodología: se ha privilegiado una metodología comparativa.

Palabras clave: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, derechos sociales, ponderación

1) Delimitación del problema

La siempre apasionada discusión sobre la justiciabilidad de los derechos sociales generalmente presenta dos posiciones bien determinadas y usualmente enfrentadas, entre aquellos que sostienen que los derechos sociales en definitiva no son justiciables, o lo son débilmente, y aquellos que sostienen, por el contrario, que los derechos sociales si lo son y de aplicación directa.

Al respecto, una de las herramientas que la doctrina favorable a los derechos sociales propone, para asegurar la justiciabilidad de los derechos sociales, es la ponderación, lo que permitiría al juez determinar de manera autónoma el alcance de las obligaciones emanadas de un determinado derecho social, pudiendo adjudicarlo, en consecuencia, de forma directa.

Antes de continuar, precisemos que nos referiremos a los derechos sociales prestacionales¹, esto es, aquellos que buscan mejorar el nivel de vida de sus destinatarios y lograr

* Comunicación para el *I Congreso de Direito Constitucional Internacional* – I CONDIT – Barcelos, Portugal, Abril de 2016
Trabajo efectuado en el marco de la investigación desarrollada por el autor, para obtener el grado de doctor en Derecho por la Universidade de Santiago de Compostela, bajo la dirección del profesor Antonio Carlos Pereira Menaut.

la igualdad material², mediante prestaciones o transferencia de “bienes o servicios económicamente evaluables, subsidios de paro, enfermedad o vejez, sanidad, educación, vivienda, etc.”³; todo ello, desde el Estado hacia los particulares⁴. Asimismo, entenderemos como “doctrina favorable a la justiciabilidad de los derechos sociales” (en adelante, doctrina favorable, doctrina favorable a la justiciabilidad o doctrina favorable a los derechos sociales), aquella que propugna que estos derechos son directamente aplicables por el juez, con independencia de -o incluso *contra*- cualquier desarrollo legal o administrativo dispuesto por las autoridades político-representativas. Tal vez una de las afirmaciones más directas al respecto puede encontrarse en lo que afirma PEREIRA DE SOUZA NETO, quien señala que:

"Si consideramos que ciertos derechos sociales son condiciones de la democracia [...], entonces el Poder Judicial, como su guardián, tiene también el deber de concretizarlos, sobre todo frente a la inercia de las demás ramas del Estado en la realización de esa tarea. Si el Poder Judicial tiene legitimidad para invalidar las normas producidas por el Poder Legislativo, se puede afirmar con más facilidad que es igualmente legítimo para actuar ante la inercia de los demás poderes, cuando esa inercia implica un obstáculo al funcionamiento regular de la vida democrática. El concretización judicial de los derechos sociales fundamentales, independiente de la mediación legislativa, es un *minus* en relación al control de constitucionalidad"⁵.

Por su parte, LÓPEZ DAZA señala que la materialización de los derechos sociales en América Latina ha pasado por el sistema judicial. En algunos países son los órganos judiciales quienes intervienen en la política social que debe seguir el respectivo gobierno, y son estos

** Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Chile; doctorando en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Profesor de derechos humanos en la Universidad de los Andes, Chile. Mail: rapoyanc@uc.cl

¹ Nos limitamos a este tipo de derechos, por entender que son aquellos que presentan la mayor cantidad de problemas y discusiones en torno a su justiciabilidad. Otro tipo de derechos sociales -como por ejemplo los derechos sociales negativos, o los derechos desarrollados mediante disposiciones legales o administrativas- son indiscutiblemente justiciables, por lo que no serán considerados en este trabajo.

² Martínez Estay (2010, p. 126, 129, 131, 134)

³ Prieto Sanchís (2000, p. 15)

⁴ Considérese, sin embargo, la idea del efecto horizontal de los derechos sociales, esto es, la idea de que los particulares también se encontrarían obligados a satisfacer las necesidades sociales de los otros ciudadanos. Esta teoría fue recogida por el Tribunal Constitucional Chileno en una serie de fallos relativos al sistema privado de aseguramiento de salud vigente en Chile. Ver síntesis de este punto en concreto en Martínez Estay (2010, pp. 149–150).

⁵ Pereira de Souza Neto (2015, p. 26). Traducción nuestra. Otros autores no señalan esto tan directamente, pero proveen todos los argumentos para llegar a la misma conclusión sobre la justiciabilidad directa de los derechos sociales. Véase por ejemplo NOGUEIRA ALCALÁ (2009, pp. 184–191).

mismos órganos quienes supervisan su aplicación. Agrega que América Latina es probablemente la región del mundo donde hay más actividad legal en materia de derechos sociales⁶.

No obstante lo anterior, lo cierto es que, a diferencia de los derechos civiles, los derechos sociales están afectados por una serie de reconocidos problemas que dificultan su justiciabilidad. Ello ha motivado la aparición de abundante doctrina y construcciones teóricas que buscan eliminar esos problemas⁷. Entre éstos, sin embargo, destaca la imposibilidad de definir, por medio de herramientas propiamente jurídicas, el contenido de esos derechos, como paso previo y fundamental que permita al juez efectuar su labor de adjudicación⁸. A continuación, analizaremos una de las herramientas propuestas por la doctrina partidaria de los derechos sociales, para superar ese y otros problemas: la ponderación.

2) La ponderación como forma de dar contenido y vinculatoriedad directa a los derechos sociales

Dentro de las teorías mencionadas, una de las más influyentes es la que considera a los derechos sociales como derechos “*prima facie*”, lo que implica una llamada directa a las técnicas de ponderación, exitosamente difundidas en el ámbito hispanoamericano y lusófono por ALEXY.

Recordemos que para este autor, una posición jurídica prestacional *prima facie* pasa a convertirse en posición definitivamente garantizada cuando el principio de libertad fáctica *prima* sobre otros principios como la división de poderes y la democracia y principios materiales opuestos, siempre que éstos sean afectados en una medida relativamente reducida⁹.

En el mismo sentido, BERNAL PULIDO estima que los derechos fundamentales sociales

“darán lugar a normas y posiciones *prima facie*, que admiten restricciones legislativas, siempre y cuando sean proporcionadas. Estas restricciones pueden estar justificadas en razón de las limitaciones económicas, y además, en razón de las exigencias que se desprenden de otros derechos fundamentales, sociales, democráticos o de libertad, o de otros bienes constitucionales [...] El análisis de proporcionalidad de las restricciones a estos derechos indica si, en los casos concretos, las posiciones en que se

⁶ López Daza (2010, p. 29).

⁷ Un buen resumen de esas construcciones doctrinales puede encontrarse, por ejemplo, en NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2009). Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano. *Estudios Constitucionales*, 7(2), 143–205. Recuperado de http://www.cecocoh.cl/docs/pdf/revista_ano7-2-2009/estudios6.pdf

⁸ La extensión de este trabajo no nos permite explicar por qué, a nuestro juicio, los derechos sociales adolecen, al menos desde el enfoque jurídico, de una indefinición esencial. Por ahora, bástenos reproducir la crítica de Fernando ATRIA, quien en un intercambio doctrinario que mantiene con el profesor BERNAL PULIDO –dentro del que se encuentra el artículo de este último aquí citado–, señala que los derechos sociales terminan siendo jurídicamente indeterminados porque en realidad, la determinación de su contenido no es asunto jurídico, sino político. Ver al respecto Atria (2004, pp. 151–152).

⁹ Alexy (2000, p. 79)

concretan estos derechos valen sólo prima facie, o si también valen de manera definitiva [...]”¹⁰

La proporcionalidad también aparece, en la práctica, en sentencias de los tribunales constitucionales italiano¹¹ y portugués¹² que han cuestionado las medidas de austeridad adoptadas en el marco de la crisis económica¹³.

La práctica y la doctrina permiten advertir cual es el objetivo final de las técnicas ponderativas, aplicadas a nuestra materia: bajo ciertas condiciones, permitir al juez suplir al legislador, cuando se estime que un determinado derecho social no ha sido debidamente desarrollado por éste, o ha sido desarrollado contra determinados parámetros que entrega la doctrina favorable a la justiciabilidad. ALEXY ya lo ha dicho, sin rodeos:

“[L]a existencia de un derecho no puede depender exclusivamente de la exigibilidad judicial, cualquiera que sea la forma como esta sea descrita; lo que sucede, más bien, es que cuando existe un derecho éste es también exigible judicialmente. Ninguna objeción de peso fundamenta que los derechos sociales fundamentales necesiten un desarrollo jurídico en el derecho ordinario. Por ejemplo, la competencia y el procedimiento tienen que ser reglados. Esto es válido también para otros derechos

¹⁰ Bernal Pulido (2004, p. 139)

¹¹ Así por ejemplo, en la sentencia n. 70/2015 de la *Corte costituzionale*, referida a una medida financiera de austeridad, dirigida contra un beneficio social, el tribunal constitucional declara inconstitucional, con efecto retroactivo y por violación de los principios de solidaridad, razonabilidad e igualdad sustantiva (arts. 2 y 3 de la Constitución) y del derecho de los jubilados a una prestación de seguridad social proporcionada y adecuada (arts. 36 y 38.2 de la Constitución italiana), el artículo 24, apartado 25, del Decreto-ley 201/2011, de 6 de diciembre, que había dispuesto el bloqueo total, en los años 2012 y 2013, del mecanismo automático de revalorización de las pensiones de jubilación superiores al menos tres veces a la mínima Masala (2015, pp. 1–2) (traducción propia). La corte señala que el límite a la acción del legislador se encuentra en medidas que carezcan de racionalidad, situación en la que se encuentra la reforma legal en examen, desde que el interés de los pensionados, especialmente aquellos que reciben pensiones más modestas, en mantener el poder adquisitivo de las sumas recibidas, es sacrificado de forma no razonable, en el nombre de requerimientos financieros no señalados en detalle, y por tanto, se afecta el derecho fundamental a la seguridad social, basado, entre otros en el principio de la proporcionalidad de las pensiones de jubilación, entendidas como compensaciones diferidas del trabajo (artículo 36 y 38, segundo párrafo de la constitución), como expresión, aunque no explícita, del principio de solidaridad del artículo 2º de la constitución, y el principio de igualdad sustancial, contenido en el artículo 3º, segundo párrafo de la constitución. *Sentenza 70/2015 [declaración de inconstitucionalidad, pero sin limitar retroactividad]* (2015, no. 6–10) (traducción propia).

¹² En la sentencia 187/2013, se abordó la situación de la ley de presupuesto estatal para 2013, que mantuvo determinados recortes a beneficios sociales, que la Corte había permitido desde 2011. En esta sentencia, el tribunal constitucional portugués decide declarar la inconstitucionalidad de varias normas, entre ellas el artículo número 117, según el cual las prestaciones del sistema previsional, concedidas en el ámbito de la enfermedad y el desempleo –respecto de ciertas categorías de funcionarios públicos y pensionados– estarán sujetas a una contribución que consistía en el 5% o 6% sobre el monto de los subsidios, respectivamente. Allí, el tribunal establece la desproporcionalidad de esta medida, agregando que, si bien existen razones de interés público que explican la medida del legislador, lo que debe examinar el tribunal es si, en el contexto que resulta de la ley de presupuestos del Estado para el año 2013, las medidas adoptadas constituyen una intervención prohibida por los principios de la protección de la confianza, de la igualdad o de la proporcionalidad, que en este caso se ve vulnerada por la desigualdad de tratamiento entre personas que reciben remuneraciones salariales del aparato público y otro tipo de trabajadores. Detalles en *Acórdão 187/2013* (2013, no. 28–48) (traducción propia) Ver también Canotilho, Violante, y Lameiras (2014, pp. 7–11) (traducción propia)

¹³ Aunque, de manera esperable, también hay sentencias que, por el contrario, aceptan las medidas de austeridad, con razonamientos similares. Ver al respecto, entre otros, los análisis de los autores citados en las notas al pie anteriores –MASALA y CANOTILHO et. al.–, que aluden a dicha jurisprudencia.

fundamentales. Tampoco razones procedimentales pueden apoyar la tesis de la no exigibilidad judicial. Como lo ha mostrado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante. El espectro de sus posibilidades procesales-constitucionales se extiende, desde la mera constatación de una violación de la Constitución, por medio de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución”¹⁴.

Sin embargo, la doctrina concernida no parece ponerse en el caso de que la aplicación de “proporcionalidad”, en vez de fortalecer la exigibilidad de una determinada prestación social, podría terminar destruyéndola, incluso cuando aparecen defensas jurídicas de mucha mayor entidad en favor de los beneficios sociales concernidos. Sin embargo, veremos que es *exactamente eso* lo que ha sucedido a nivel de la Corte Europea de Derechos Humanos.

3) Los derechos derivados de la seguridad social como derechos cubiertos por el derecho de propiedad.

Consistentemente, la doctrina emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han reconocido el carácter de posesión o propiedad de los beneficios sociales legítimamente adquiridos por sus titulares, bajo las normas legales estatales.

a) en el caso *Cinco Pensionistas v. Perú*¹⁵ la Corte Interamericana, en síntesis y en lo que interesa a nuestra cuestión, invocó el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁶ para proteger, como derecho adquirido, el derecho de los cinco pensionistas demandantes a recibir una pensión de cesantía, de acuerdo a la normativa legal peruana que se invoca en ese fallo. Es decir como “[...] un derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas” (párrafo 102). Ello, no obstante haber rechazado de manera expresa la aplicación del art. 26 de la Convención Americana¹⁷, que es la única norma de ese Pacto Internacional que se

¹⁴ Alexy (2007, p. 456)

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de febrero de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, *Cinco pensionistas c. Perú*, Serie C, núm. 98.

¹⁶ Artículo 21. “Derecho a la Propiedad Privada: 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social; 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley; 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.

¹⁷ “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”.

refiere a los derechos sociales¹⁸. Sin perjuicio de ello, basándose en el art. 5 del Protocolo de San Salvador¹⁹, y el referido art. 21 de la Convención, la Corte acepta limitaciones al derecho de propiedad, pero únicamente por la vía legal adecuada y por razones de utilidad pública o interés social²⁰.

b) En tanto, la propia Corte Europea ha desarrollado una jurisprudencia que equipara a estos beneficios con posesiones, cuando han sido previamente desarrollados por norma legal, y el beneficiario cumple con los requisitos respectivos, protegidas por tanto por el artículo 1 del Protocolo N° 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. De acuerdo a la síntesis de BOSSUYT, a partir del caso *Gaygusuz v. Austria* (16 de septiembre del año 1996), relativo a la entrega de un beneficio social de emergencia en casos de cesantía, que se encontraba vinculada al pago previo de cotizaciones, el Tribunal Europeo estimó que este era un derecho pecuniario para efectos de lo dispuesto en el artículo 1 del protocolo N° 1 (la protección de la propiedad). Posteriormente, en su fallo *Koua Poirrez v. France* (de 30 de septiembre del año 2003), la Corte decidió que incluso un beneficio social no contributivo [a non-contributory social benefit] para adultos discapacitados, también podría ser considerado un derecho pecuniario. Esta interpretación sería confirmada, de acuerdo al mismo autor, por la gran cámara de la Corte Europea, en su decisión de admisibilidad de 6 de julio del año 2005, en el caso de *Stec and Others v. The United Kingdom*.²¹ De esta jurisprudencia –a la que añadimos la sentencia final del recién referido caso *Stec...*, de 12 de abril de 2006²² y el caso *Grudić v. Serbia*²³, puede desprenderse que, para el tribunal europeo, el artículo 1, del protocolo número 1 no impone restricción a la libertad de los estados partes de decidir respecto de la instalación o no de un determinado esquema de social seguridad o su modalidad. La citada norma tampoco incluye el derecho a recibir un pago de seguridad social, de ninguna naturaleza.

Sin embargo, si el Estado decide crear un esquema de beneficios o pensiones, ello implica, para la persona que cumple los requisitos respectivos, la existencia de un interés que cae

¹⁸ Ello, fundamentalmente, bajo el argumento del desarrollo progresivo de los derechos sociales, cuya evaluación debe hacerse respecto del conjunto de la población, y no de un grupo concreto, como era, en el caso, el de los pensionistas peruanos demandantes.

¹⁹ “Los Estados partes sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”.

²⁰ En lo esencial, ver *Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú* (28/02/03, p. 142, 147, 148)

²¹ Bossuyt (2013, pp. 2–4) Traducción propia.

²² *Stec and others v. The United Kingdom [margen de apreciación estados en materias sociales]* (2006, §§ 52–53). Aquí y de ahora en adelante, todas las transcripciones al castellano de sentencias del Tribunal Europeo han sido hechas por el autor.

²³ *Grudić v. Serbia [el margen de apreciación en cuestiones socioeconómicas; concepto de posesión bajo Protocolo n° 1]* (2012, § 72)

dentro del ámbito del artículo 1 del Protocolo N° 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁴.

c) Finalmente, parece útil citar un caso de jurisprudencia norteamericana, especialmente por la circunstancia de que ni la Constitución ni la Corte Suprema de ese país reconocen, a nivel federal, los derechos sociales. Es así como, en “*Goldberg v. Kelly*”²⁵, en una nota al pie ubicada en el parágrafo 6 de este fallo señala en síntesis, que parece “realista” considerar los derechos a beneficios sociales más como una “propiedad” que como una “liberalidad”. Señala esta nota que “[m]ucha de la riqueza existente en este país toma la forma de derechos que no caen dentro del concepto tradicional de propiedad del *Common Law*. Ha sido notado que ‘la sociedad hoy se encuentra constituida en base a derechos...muchos de los más importantes de esos derechos provienen del gobierno [...] [como, entre otros, las] pensiones de seguridad social para los individuos [...]’”²⁶.

Si bien numerosa doctrina partidaria de los derechos sociales sostiene que los citados casos constituyen una forma de dar justiciabilidad “indirecta” a los derechos sociales²⁷, creemos que, según se advierte claramente del tenor literal de la jurisprudencia citada, lo que el tribunal está protegiendo *expresa y directamente* en estos casos es el derecho de propiedad.

Sin embargo, no obstante contar con ese poderoso y reconocido título jurídico, veremos a continuación cómo la ponderación opera contra los derechos sociales, en un sentido totalmente imprevisto por la doctrina favorable a esta técnica de interpretación.

4) El desconocimiento del derecho de propiedad a beneficios sociales, a través de la ponderación

Como recuerda SICILIANOS, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya ha examinado un conjunto de demandas, en el contexto de medidas legislativas que afectan salarios

²⁴ Así por ejemplo, *STEC and Others v. the United Kingdom* (2005, §§ 49–53, 55-56)

²⁵ 397 U.S. 254 (1970).

²⁶ *Goldberg v. Kelly* (1970, p. 6). Traducción nuestra. La nota al pie es la N° 8. Sin perjuicio de citar este párrafo, no concordamos con la decisión final contenida en esta sentencia, que si bien hizo aplicable la cláusula del debido proceso al retiro de beneficios sociales en perjuicio de un demandante –lo cual, en sí mismo, es inobjetable–, lo hizo en base a argumentos que podrían reputarse como activistas. Para el análisis respectivo, nos remitimos a la disensión del juez BLACK, en la misma sentencia.

²⁷ Así por ejemplo, COURTIS, quien señala que una de las formas de protección indirecta del derecho a la seguridad social ha consistido en la inclusión, dentro de los intereses protegidos por el derecho de propiedad, de derechos y expectativas vinculados con beneficios de la seguridad social Courtis (2007, no. 4). En el mismo sentido, BURGORGUE-LARSEN, quien estima que, en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos y la aplicación del art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el uso de derechos civiles y políticos –en concreto, se refiere al derecho a la vida, la libertad de asociación y, en nuestro tema, al derecho de propiedad–, como forma de protección “indirecta” de los derechos sociales, demuestra la tesis de la indivisibilidad entre las distintas generaciones de derechos Burgorgue-Larsen (2011, p. 117). CAVALLARO y BREWER, en tanto, llegan a proponer el uso de los derechos civiles por sobre las doctrinas de justiciabilidad de los derechos sociales para lograr los objetivos de justicia social Cavallaro y Brewer (2008, p. 89) (traducción propia, en este último caso). Cabe señalar que todos los autores mencionados se refieren, como antecedente jurisprudencial, al fallo “Cinco pensionistas...” de la Corte Interamericana, señalado en este artículo.

y pensiones: entre ellos, casos contra Rumanía, Bulgaria, Grecia, Portugal, Hungría o Lituania²⁸. De su jurisprudencia –en particular, el referido caso *Grudić v. Serbia*–, y en lo que resulta esencial para nuestro análisis, el tribunal reitera que los principios que resultan aplicables en general a los casos que se encuentran comprendidos bajo el artículo 1 del Protocolo N° 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁹, resultan igualmente relevantes cuando se refieren a pensiones.

Pero, además, el tribunal establece su conocida doctrina del margen de apreciación³⁰, aplicada ahora a cuestiones sociales. Supuesto el cumplimiento de otros requisitos³¹, la corte acepta que, en el área de la legislación social, incluyendo el área de las pensiones, las autoridades locales se encuentran, en principio, mejor ubicadas que los tribunales internacionales, para decidir aquello que resulta mejor para el "interés público", a causa de su conocimiento directo de su sociedad y sus necesidades. Por ello, a menos que tal apreciación sea manifiestamente carente de fundamento racional, los estados cuentan con un amplio margen de apreciación, en interés de la justicia social y el bienestar económico –el que aumenta en cuestiones relativas a distribución de recursos públicos–, lo cual podría legítimamente llevarles a ajustar, cesar o incluso reducir el monto de pensiones normalmente pagables a la población calificada. Sin embargo, cualquiera de estas medidas debe ser implementada de forma no discriminatoria, y *cumplir con el requisito de proporcionalidad*, particularmente en relación al justo equilibrio entre las demandas de interés general de la comunidad, y los requerimientos de protección de los derechos individuales fundamentales. Este último requisito no se verá cumplido si la persona o personas relacionadas han debido soportar una carga individual y excesiva³². Esta jurisprudencia, que da una importancia central a la idea de proporcionalidad, tendrá un impacto directo en los casos que veremos a continuación –en que se enfrentan el margen de apreciación de los estados con la protección del derecho de propiedad de beneficios sociales–, en detrimento del dominio.

²⁸ Sicilianos (2015, pp. 3–4). Traducción nuestra, de aquí en adelante.

²⁹ “Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional. (Inciso segundo:) Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas”.

³⁰ De acuerdo a DEMBOUR, la doctrina del margen de apreciación ha sido desarrollada como reconocimiento al hecho de que los estados se encuentran, en principio, en mejor lugar que la corte, para estimar lo que requieren las circunstancias locales. Este principio entra en juego cuando quiera que la convención consagra derechos que pueden ser restringidos. Aparece por primera vez en *Handyside v. United Kingdom*, 7 de diciembre de 1976, Series A, No. 24, (1979–1980) 1 EHRR 737. Dembour (2006, pp. 21–22). Traducción nuestra

³¹ El tribunal alude a los requisitos de legalidad y no arbitrariedad de las medidas gubernamentales, que desarrolla ampliamente en otros considerandos del mismo fallo.

³² *Grudić v. Serbia [el margen de apreciación en cuestiones socioeconómicas; concepto de posesión bajo Protocolo n° 1]* (2012, §§ 75–76)

En efecto, en el emblemático caso *Koufaki and Adedy v. Greece*, de 2013 -estimado por SICILIANOS como el caso más significativo en materia de medidas anticrisis³³ -, en el marco de la adopción de estrictas medidas presupuestarias por el gobierno griego, y su aplicación a todos los funcionarios públicos, los reclamantes alegaron la incompatibilidad de estas medidas con sus derechos en virtud de lo dispuesto en el referido artículo 1 del protocolo N° 1. Sin embargo, la Corte declaró la demanda como inadmisibles, teniendo en cuenta las consideraciones de interés público que fundamentaban las medidas, y el amplio margen de apreciación disfrutado por los estados en la formulación de la política económica, en particular cuando se trata de hacer frente a una crisis financiera que amenazaba con abrumar al país. Se observó que el efecto de los recortes en el nivel de vida de los reclamantes *no tenía entidad suficiente como para amenazar su bienestar*. Por tanto, se había logrado un justo balance³⁴.

Posteriormente, en la decisión *Da Conceição Mateus and Santos Januário v. Portugal*, de 8 de Octubre 2013, además de reconocer el interés público en la recuperación económica de Portugal, y la excepcionalidad de la crisis financiera y económica, el tribunal observó que las medidas presupuestarias dejaban sin cambio la proporción de la pensión básica de los reclamantes. En adición, los recortes fueron aplicables “sólo” por un período de tres años (2012-2014). La interferencia era, en consecuencia, limitada tanto en tiempo como en alcance. Para la Corte, en consecuencia, *no resultaba desproporcionado* que el estado redujese su déficit público en el aspecto de los gastos, recortando salarios y pensiones pagadas por los fondos públicos, no obstante que en el sector privado no se hubiesen realizado recortes equivalentes.

Finalmente, en una decisión de admisibilidad en *Da Silva Carvalho Rico v. Portugal*, de 2015, el tribunal desecha un reclamo de una ciudadana portuguesa cuya pensión ha sido afectada por una "contribución excepcional de solidaridad" adoptada a través de las leyes de presupuesto portuguesas de los años 2012, 2013 y 2014, aprobadas en el marco de la crisis económica que afecta a la euro zona. En lo que interesa, el tribunal sostiene que, mientras la eliminación total del derecho que resulta en la pérdida de medios de subsistencia podría implicar, en principio, una vulneración del derecho de propiedad, *la imposición de una reducción “razonable y adecuada” podría ser aceptable*. En definitiva, el tribunal estima que la legislatura se mantuvo dentro de los límites de su margen de apreciación, y que la peticionaria no ha sufrido una privación sustancial de ingreso. Por lo tanto se trató de una medida proporcional, *lo que lleva al tribunal a estimar que la reclamación es infundada*³⁵.

La única y notable excepción a esta jurisprudencia se encuentra en el caso *N.K.M. v. Hungary*, de 14 de mayo de 2013, aunque, en definitiva, los fundamentos del raciocinio

³³ Sicilianos (2015, pp. 3–4)

³⁴ Corte Europea de Derechos Humanos (ECHR) (2013, pp. 135–136)

³⁵ *Da Silva Carvalho Rico v. Portugal - reduction of retirement pension following austerity measures* (2015, §§ 35–46)

jurisprudencial aquí expuesto son los mismos de la jurisprudencia ya mencionada, aunque aplicados de manera inversa. La cuestión sometida al tribunal europeo se refirió a la aplicación de altos impuestos sobre la indemnización de despido de una funcionaria pública, pocas semanas antes de que fuese notificada de su exoneración³⁶. Ante un nuevo enfrentamiento entre la defensa de un tipo de posesión amparable a través del Protocolo nº 1, frente al margen de apreciación del estado en materia de medidas anticrisis, el tribunal estima esta vez a la medida aplicada a la peticionaria como no razonable ni proporcionada desde que, en las circunstancias del caso, la recurrente estaba siendo obligada a soportar una carga individual excesiva y una pérdida sustancial de ingreso. Se estimó, en consecuencia, la existencia de una vulneración del artículo 1 del Protocolo N° 1³⁷.

A la hora de su evaluación de esta jurisprudencia, se advierte que para la doctrina, los resultados no son muy alentadores. Como señala SICILIANOS, comentando el caso *Koufaki*, a menos que se repute como arbitraria o irrazonable, el criterio de la Corte Europea es de autolimitación, estimando que la decisión del legislador estatal en momentos de crisis se encuentra dentro de su ámbito propio de discrecionalidad³⁸. A lo anterior, MOLA agrega que para el tribunal resulta aceptable una interferencia con los derechos demandados ante esa Corte, a menos que los peticionarios sean totalmente privados de los derechos en cuestión³⁹.

5) La proporcionalidad como puerta de entrada a la ponderación. Y la ponderación como puerta de entrada al decisionismo judicial.

Como puede advertirse, la incidencia de herramientas ponderativas no sólo convierte a la labor de adjudicación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en una verdadera ruleta rusa, sino que afecta directamente el entendimiento y protección de beneficios sociales de seguridad social legítimamente adquiridos por sus titulares. La aproximación del tribunal no permite entender, en ninguna de las situaciones expuestas, porqué en cuatro casos similares en que se jugaban los mismos principios y problemas -afectación de beneficios de seguridad social legítimamente adquiridos por los peticionarios, en un marco legal establecido, en razón de una crisis financiera- solo en uno de ellos se aceptó la demanda. En el mismo sentido, de acuerdo a LEITJEN, en el citado caso *N.K.M. v. Hungary*, la corte en realidad no efectuó ninguna explicación sustantiva de porque en este caso optó por una solución favorable a la peticionaria, y,

³⁶ Ello, mediante la aprobación de una nueva ley, imponiendo a aquél monto de dinero, una tasa de impuesto de un 98% más allá de un cierto umbral. Para el recurrente, ello significaba una carga tributaria total de aproximadamente el 52% de su indemnización o, aproximadamente, tres veces la tasa general de impuestos sobre los ingresos.

³⁷ Corte Europea de Derechos Humanos (ECHR) (2013, pp. 136–137). Argumentos concurrentes al señalado fueron el que, en opinión del tribunal, la ley apuntara sólo a un determinado grupo de funcionarios públicos, eximiendo a la mayoría de los ciudadanos; y que la nueva legislación hubiese sido introducida muy pronto luego del despido de la reclamante, dándole muy poco tiempo para ajustarse a su nueva y extremadamente difícil situación financiera, la cual ella nunca podría haber anticipado.

³⁸ Sicilianos (2015, pp. 3–4)

³⁹ Mola (2015, pp. 186–187)

más importante es difícil adivinar si la corte razonará de la misma manera en otros casos similares donde las circunstancias sean menos extremas⁴⁰.

Ciertamente, el problema no se encuentra tanto en la doctrina del margen de apreciación⁴¹ (cuya incidencia es de prever que aumentará en el futuro, con la entrada en vigencia del Protocolo N° 15 al Convenio Europeo de Derechos Humanos)⁴², sino en la introducción de la “proporcionalidad” como criterio que decide el balance entre la primacía de las medidas gubernamentales frente al derecho de propiedad de los afectados, o viceversa. Así, se elimina de un plumazo la protección que el Derecho reconoce al multiseccular derecho de propiedad, principio jurídico establecido, cuya aplicación consistente en cuatro casos semejantes, debiera haber conducido a cuatro soluciones iguales: el reconocimiento y protección de derechos legítimamente adquiridos de los afectados, sea deteniendo las medidas de recorte, sea ordenando una compensación adecuada a los afectados.

Conclusiones

Contra lo esperado por la doctrina favorable a la ponderación como herramienta para asegurar la justiciabilidad de los derechos sociales, creemos que lo expuesto demuestra que esta técnica no siempre operará en favor de una interpretación favorable a la defensa de los beneficios de bienestar social. Por el contrario, la introducción de patrones de ponderación en la labor adjudicativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos parece facilitar la desvinculación del tribunal –al menos en los casos reseñados- de su obligación de aplicar derecho, en una peligrosa deriva hacia el decisionismo judicial. Como hemos dicho en otro lugar, el activismo –paso siguiente al decisionismo judicial- no tiene lealtad ni color político, ni necesariamente es más protectorio de los derechos (incluyendo los sociales) que otras técnicas de interpretación

⁴⁰ Leijten (2014, p. 9). Traducción nuestra. La autora destaca los párrafos 32 a 41 de la sentencia.

⁴¹ En ese sentido, VOßKUHLE opina, en síntesis que parece mejor que algunas cuestiones, especialmente aquellas relativas a obligaciones positivas, sean entregadas a autoridades y tribunales domésticos, que se encuentran familiarizados con el ambiente económico, social y cultural de sus respectivas comunidades nacionales. Ello mejoraría la posibilidad de que la Corte Europea de Derechos Humanos -considerando sus limitados recursos-, pueda enfocarse a su rol de guardián del núcleo estándar de protección de los derechos humanos. Además, extender la jurisdicción de la corte a los derechos sociales y económicos más allá de determinado estándar [beyond a core standard] podría privar a los derechos humanos de su carácter de universalidad, desde que este tipo de derechos son inalcanzables por muchos países. Voßkuhle (2014, pp. 44–45). Traducción nuestra.

⁴² En efecto, como recuerda VOßKUHLE en el mismo lugar el Protocolo N° 15 incorpora en el preámbulo de la Convención Europea una referencia al principio de subsidiariedad y la doctrina del margen de apreciación (artículo 1 del protocolo número 15, modificando la Convención Europea de Derechos Humanos). En efecto, en el final del preámbulo de dicho instrumento aparecerá el siguiente nuevo considerando: "Afirmando que las altas partes contratantes, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, tienen la responsabilidad primaria de asegurar los derechos y libertades definiciones en esta convención, y sus protocolos, y que en esa labor, dichos estados cuentan con un margen de apreciación, sujeto a la jurisdicción de supervisión de la Corte Europea de Derechos Humanos establecidos por esta convención," (Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 2013). Sin perjuicio de que se trata una reforma de limitado carácter vinculante, creemos que, en vista de lo expuesto, y la jurisprudencia de la corte ya examinada, este texto podría en el futuro adquirir el carácter de *soft law* en favor del referido margen de apreciación estatal.

jurídica⁴³. Paradójicamente, si la Corte Europea hubiese optado, en todos los casos expuestos, por aplicar el tradicional derecho de propiedad –usualmente asociado, de manera bastante despectiva, al liberalismo decimonónico⁴⁴- en beneficio de los afectados, hubiera protegido de manera mucho más eficiente sus pretensiones sociales.

Referencias:

- Abramovich, V., & Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho*. Madrid: Editorial Trotta.
- Alexy, R. (2000). Derechos sociales fundamentales. En M. CARBONELL, J. A. CRUZ PARCERO, & R. VÁSQUEZ (Eds.), *Serie Doctrina jurídica: Vol. 28. Derechos sociales y derechos de las minorías* (pp. 67–85). México: Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1658/4.pdf>
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducido por Bernal Pulido, Carlos (2ª ed.). *El Derecho y la justicia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Atria, F. (2004). Réplica. Derecho y Política a propósito de los derechos sociales. En VV.AA. (Ed.): *Vol. 4, Discusiones: derechos sociales* (pp. 145–176). Alicante, España. Recuperado de <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15574>
- Bernal Pulido, C. (2004). Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria. En VV.AA. (Ed.): *Vol. 4, Discusiones: derechos sociales* (pp. 99–144). Alicante, España.
- Bossuyt, M. (2013, septiembre). *Judicial activism in Strasbourg*. Corte Europea de Derechos Humanos (ECHR), Estrasburgo. Recuperado de http://www.openeurope.org/Content/Documents/Judicial_Activism.pdf
- Burgogue-Larsen, L. (2011). La Metamorfosis del Trato de los Derechos Económicos y Sociales en la Jurisprudencia delLa Corte Interamericana de los Derechos Humanos.: Los Avances del asunto Acevedo Buendía vs. Perú. En A. von BOGDANDY, H. FIX-FIERRO, M. MORALES ANTONIAZZI, & E. FERRER MAC-GREGOR (Eds.), *Doctrina Jurídica: Vol. 615. Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina* (1ª ed., pp. 107–127). México, D.F. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/6.pdf>
- Canotilho, M., Violante, T., & Lanceiro, R. (2014). *Weak rights, strong principles:: Social rights in the Portuguese constitutional jurisprudence during the economic crisis*. Workshop 4: Social rights and the challenges of economic crisis-World Congress of Constitutional Law 2014. Recuperado de <http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmde/wccl/papers/ws4/w4-canotilho,%20violante%20&%20lanceiro.pdf>
- Cavallaro, J. L., & Brewer, S. E. (2008). La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social. *SUR - Revista Internacional de Derechos Humanos*, 5(8), 84–99. Recuperado de http://www.scielo.br/pdf/sur/v5n8/es_v5n8a05.pdf
- Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Consejo de Europa 16/05/2013.
- Corte Europea de Derechos Humanos (ECHR). (2013). *Short survey of the main judgments and decisions (2013)*. Recuperado de http://www.echr.coe.int/Documents/Short_Survey_2013_ENG.pdf

⁴³ Véase al respecto el comentario crítico que MARTÍNEZ ESTAY efectúa a una sentencia del Tribunal Constitucional Chileno referente al derecho social de salud. En síntesis, el autor critica que en dicho fallo, el tribunal constitucional basara su sentencia en la técnica de ponderación, en circunstancias de que la visión alemana del Derecho Constitucional y de los derechos no es única, ni se corresponde con los orígenes y sentido del Derecho Constitucional y de la Constitución. Más aún, “en materia de conflictos o choques de derechos existen al menos otros dos criterios: el de jerarquización y el de determinación del contenido esencial”. Ver Martínez Estay (2010, pp. 158–159) y doctrina citada en ese lugar

⁴⁴ Así por ejemplo, ABRAMOVICH y COURTIS, quienes afirman que la idea de que “sólo” los derechos civiles y políticos resultan justiciables se debe a la estrecha vinculación de la noción clásica de derecho subjetivo, la noción de propiedad y el modelo de Estado liberal en la formación jurídica continental tradicional Abramovich y Courtis (2002, pp. 39–40).

- Courtis, C. (2007). *La protección del derecho a la seguridad social por tribunales y órganos internacionales de derechos humanos: perspectivas y desafíos*. Recuperado de <http://old.socialwatch.org/es/informesTematicos/111.html>
- Dembour, M.-B. (2006). *Who believes in human rights?: Reflections on the European Convention / Marie-Bénédicte Dembour. Law in context*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Leijten, I. (2014). *The European Convention on Human Rights and Minimum Core Socio-Economic Rights Protection*. World Congress of Constitutional Law 2014, Oslo, 16-20 June. Workshop No. 4: Social rights and the challenges of economic crisis. Recuperado de <https://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws4/w4-leijten.pdf>
- López Daza, G. A. (2010). Constitucionalización y Protección Judicial de los Derechos Sociales. Una aproximación al caso latinoamericano y colombiano. *Piélagus*, (9), 27–41.
- Martínez Estay, J. I. (2010). Los Derechos Sociales de Prestación en la Jurisprudencia Chilena. *Estudios Constitucionales*, 8(2), 125–166. doi:10.4067/S0718-52002010000200006
- Masala, P. (2015). *Tendencias recientes en la jurisprudencia de la Corte costituzionale italiana en materia de ponderación entre los derechos sociales y las exigencias de estabilidad financiera – Pietro Masala*. Recuperado de <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2015/06/26/tendencias-recientes-en-la-jurisprudencia-de-la-corte-costituzionale-italiana-en-materia-de-ponderacion-entre-los-derechos-sociales-y-las-exigencias-de-estabilidad-financiera-pietro-masala/>
- Mola, L. (2015). The margin of appreciation accorded to States in times of economic crisis: An analysis of the decision by the European Committee of Social Rights and by the European Court of Human Rights on national austerity measures. *Lex Social - Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 5(1, enero - junio 2015), 174–194. Recuperado de http://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/1188
- Nogueira Alcalá, H. (2009). Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano. *Estudios Constitucionales*, 7(2), 143–205. Recuperado de http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano7-2-2009/estudios6.pdf
- Pereira de Souza Neto, C. (2015). *Teoria da constituição, democracia e igualdade*. Recuperado de <http://goo.gl/3f127D>
- Prieto Sanchís, L. (2000). Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. En M. Carbonell, J. A. Cruz Parceró, & R. Vázquez (Eds.), *Serie Doctrina jurídica: Vol. 28. Derechos sociales y derechos de las minorías* (pp. 15–65). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Sicilianos, L.-A. (2015, octubre). *The European Court of Human Rights at a time of crisis in Europe*. SEDI/ESIL Lecture. Recuperado de http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Sicilianos_speech_Translation.pdf
- Voßkuhle, A. (2014, enero). *Speech given by Prof. Andreas Voßkuhle, President of the German Federal Constitutional Court, on the occasion of the opening of the judicial year.*, Estrasburgo.

Sentencias:

Acórdão 187/2013, No. 187 I–III (Tribunal Constitucional de Portugal abril 5, 2013).

Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28/02/03).

Da Silva Carvalho Rico v. Portugal - reduction of retirement pension following austerity measures, No. App. N° 13341/14 (Corte Europea de Derechos Humanos (ECHR) septiembre 1, 2015).

Goldberg v. Kelly, No. 397 U.S. 254 (Corte Suprema de los Estados Unidos de América marzo 23, 1970).

STEC and Others v. the United Kingdom, No. App. N°s 65731/01 y 65900/01 (Corte Europea de Derechos Humanos (ECHR) julio 6, 2005).

Stec and others v. The United Kingdom [margen de apreciación estados en materias sociales], No. App. nos. 65731/01 y 65900/01 (Corte Europea de Derechos Humanos (ECHR) abril 12, 2006).

Grudić v. Serbia [el margen de apreciación en cuestiones socioeconómicas; concepto de posesión bajo Protocolo n° 1], No. App. N° 31925/08 (Corte Europea de Derechos Humanos (ECHR) abril 17, 2012)

Sentenza 70/2015 [declaración de inconstitucionalidad, pero sin limitar retroactividad], No. 70 1–10 (Tribunal Constitucional de Italia marzo 10, 2015).