

# Incorporación de la noción de *buen gobierno* y sostenibilidad como estandar constitucional para la actuación de los poderes del Estado

Prof. Dr. Hernán Viguera Figueroa<sup>1</sup>

*1. Antecedentes. 2. Estado Social e interés general. 3. Debido proceso substantivo. 3. Interés General. 4. Indivisibilidad de los derechos fundamentales. 5. Debido proceso substantivo.. 6. Incorporación del criterio de sostenibilidad y los efectos intergeneracionales.*

## 1. ANTECEDENTES

La idea de progreso que inspira el constitucionalismo social ha sido profusamente desarrollada a partir de la noción de progresividad de los derechos sociales, materializada en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), respecto del cual, no obstante reconocerlo como un ideal permanente y evolutivo al que deben aspirar las naciones, reconoce igualmente la existencia de condicionantes

---

<sup>1</sup> Abogado, Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Valencia, España. Máster en Derecho Público por la Universidad de los Andes, Chile. Máster en Estudios Políticos Aplicados por el Instituto Universitario Ortega y Gasset, España. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Chile, correo electrónico: hernan.viguera@uautonoma.cl

(preferentemente económicas), para alcanzar la plena realización de los derechos económicos, sociales, y culturales, asumiendo con ello que, si bien no podrán lograrse en un período corto de tiempo, se trataría de un mandato flexible, pero que *obliga a moverse lo más rápido posible*.

De la noción de progreso, surge entonces un mandato de progresividad, de no reversibilidad (irreversibilidad) de los niveles de protección de los derechos sociales, es decir, de no adoptar políticas y medidas que constituyan desmedro de los niveles de protección de éstos o bien del nivel de goce alcanzado.

## **2. ESTADO SOCIAL**

El Estado Social propugna un Estado que, al mismo tiempo y sin fisuras, es de Derecho, Social y democrático, bajo un entendimiento unitario en que cada uno de sus elementos condiciona y nutre a los demás, sin que ninguno de ellos pueda ser eliminado.

Lo que caracteriza un Estado Social es precisamente su sentido finalista, fin que se materializa en asegurar la igualdad material de los individuos, posibilitando su libre desarrollo de la personalidad y la libre y plena participación de la vida democrática.

En esta configuración, los derechos sociales se presentan como un elemento central en la estructuración del Estado Social, dado que estos derechos encuentran su fundamento en la dignidad humana, proyectándose como condición para el ejercicio de la ciudadanía plena.

## **3. INTERÉS GENERAL**

La injerencia del Estado se da a través de las regulaciones, las sanciones o los tributos en las actividades de los ciudadanos, por ende, el accionar del Estado debe orientarse hacia el interés general.

El interés general es una cláusula abstracta y formal cuya función consiste en representar cualquier bien jurídico protegido por la comunidad jurídica e identificado y determinado como tal por el poder público para la resolución de los problemas sociales y la satisfacción de las necesidades colectivas.

## **4. INDIVISIBILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

La DUDH de 1948 introdujo la idea de indivisibilidad y universalidad de los derechos humanos, bajo la convicción de que la condición de persona es el único requisito para la dignidad y titularidad de derechos, entendiéndose que **“solo el reconocimiento integral de todos [los] derechos puede asegurar la existencia real de cada uno de ellos”**.

En esa idea de *integralidad*, la indivisibilidad busca relevar a todos los derechos y libertades, superando la percepción de que las declaraciones universal priorizaba los derechos civiles y políticos por sobre los derechos económicos y sociales.

En esta línea, el PIDESC reconoció dos niveles de interdependencia e indivisibilidad. De un lado, el Preámbulo reconoce que “no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, así de sus derechos civiles y políticos”; estableciendo, por otro lado, una equiparación sobre su relevancia y una dependencia en cuanto al mandato de realización de estos<sup>2</sup>.

## 5. DEBIDO PROCESO SUBSTANTIVO

No es casualidad que tanto en el seno de la UE como en organismos como la OCDE se han llevado a cabo ingentes esfuerzos para mejorar los desarrollos normativos y los procesos de toma de decisión a nivel público, así como lograr el uso eficiente de los recursos de los poderes públicos y de los ciudadanos a partir de las regulaciones públicas para cuidar la motivación pertinente de las actuaciones del Estado hacia la consecución precisamente del interés general.

La idea de mejorar los marcos regulatorios tiene su origen en las ciencias de la administración, pero lo cierto es que esta se ha incorporado sistemáticamente hasta decantar en la noción de *buen gobierno* (*Better or Smart regulation*).

La idea del debido proceso substantivo se plasma en el mandato constitucional que establece que los proyectos de ley serán aprobados por

---

<sup>2</sup> En el ámbito europeo, en el Preámbulo del CEDH de 1950 reconoce la indivisibilidad, la interdependencia y la interrelación de los derechos humanos, no obstante el CEDH se enfocó fundamentalmente en los derechos civiles y políticos,, sin perjuicio de la matización que ha significado la jurisprudencia del TEDH.

el congreso, acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos.

Las exposiciones de motivos poseen una innegable **fuerza racionalizadora** a la hora de valorar los proyectos de ley, en vista de que hacen posible conocer el sentido de las directrices políticas gubernamentales, la adecuación de los medios propuestos para realizarlas y servir de insumo para el control social del cumplimiento político.

Sin obviar las dificultades que importan las restricciones económicas que se van instalando, nadie está dispuesto a prescindir del Estado de Bienestar [social], por consiguiente, la dificultad estriba en encontrar un equilibrio **entre lo que se quiere mantener y lo que se puede mantener.**

En este orden de ideas, sin perjuicio de que los derechos civiles y políticos corren la misma suerte, el mantenimiento de los derechos sociales está condicionado a la real posibilidad de sufragar sus costos, por ende, ha de tener matizaciones, pues si bien el principio de estabilidad presupuestaria, que ha ido obteniendo reconocimiento constitucional, se establece como principio general, antes de reducirse los derechos sociales debieran reducirse el presupuesto público de los gastos que no tributan al mandato finalista constitucional.

El problema está dado por delimitar ese mínimo irreductible del Estado social, cuáles derechos y en qué magnitud conforman dicho perímetro mínimo.

Los poderes públicos tendrán que fundar sus decisiones en análisis previos de las iniciativas normativas para garantizar que han considerado, diligentemente, todos los intereses implicados (económicos, sociales, ambientales), con el objeto de evitar costos innecesarios o desproporcionados para los ciudadanos y para el Estado, en relación con el propósito de interés general que se pretende alcanzar (expediente administrativo y motivación adecuados).

No se trata de un uso de elemental cortesía, sino que de un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos, **que permitirá discernir entre discrecionalidad y arbitrariedad.**

Pretender que la idea del *legislador soberano* pueda tener vigencia actual importaría prescindir de una suma de procedimientos que, más allá de lo formal, conforman la valoración política y la ponderación constitucional sobre el mérito de las decisiones legislativas. En este

entendido, la motivación de los actos legislativos, además de ser una garantía formal en cuanto a la exteriorización de razones y criterios que así puedan ser conocidos, “también lo es de fondo, por cuanto tiene influencia sobre la decisión finalmente adoptada, garantizando la ponderación y la coherencia lógica entre la fundamentación procedimental y la resolución final, especialmente por lo que se refiere al ejercicio de la discrecionalidad, permitiendo que los ciudadanos puedan juzgar mejor, y con mas información, sobre las decisiones de los responsables públicos, entendiendo que una mejor fiscalización contribuirá a continuar fortaleciendo los procesos de regeneración democrática, promoviendo tanto las decisiones eficaces y eficientes, como el crecimiento económico y la consecuente redistribución de los recursos.

Una proyección del derecho al buen gobierno en el proceso de formación de la ley implicaría que un proyecto de ley (normativo en sentido lato) debe necesariamente incorporar el análisis previo para garantizar que se tengan en cuenta los efectos de todo tipo que estas produzcan, con el objetivo de no generar a los ciudadanos y, al propio Estado costos innecesarios o desproporcionados, en relación con el objetivo de interés general que se pretenda alcanzar.

Por otro lado, el paso de una concepción formal y monista a una concepción dual de la validez jurídica de las leyes, donde ya no basta con el formalismo y se adquiere valor especial de la validez substantiva de la norma, no se trata de un juicio dicotómico entre lo formal y lo material, sino de una conjunción en la que la técnica necesariamente debe conducir hacia las expectativas construidas democráticamente.

## 5.1 EXPERIENCIA COMPARADA

En el derecho internacional tanto en el Pacto Internacional de derechos económicos sociales y culturales (PIDESC) como en el sistema europeo se hallan sendas obligaciones de los Estados en cuanto al deber de motivar razón suficiente que legitime que una determinada actuación pública está justificada.

### a) Naciones Unidas

El artículo 4 del PIDESC establece que:

*“los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de*

*los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”.*

Del mismo modo, el Comité de Derechos económicos, sociales y culturales (CDESC) previno en su Observación General número 3 de 1990, que:

*[...] “todas las medidas de carácter deliberadamente regresivo en este aspecto, requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”.*

Cabe señalar que existe un mandato en el derecho internacional que vincula a los Estados e impone un deber a los poderes públicos para la mejora continua de las condiciones de existencia de los individuos (PIDESC, Art. 11), por ende, en el evento de arribar a una decisión pública de carácter deliberadamente regresiva se requerirá un especial celo en su evaluación, con una justificación sobre los demás derechos del Pacto como de la máxima utilización de los recursos que se dispongan.

## **b) Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea.**

*El artículo 41 de la carta prescribe:*

*Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente, y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye, en particular: a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome, en contra suya, una medida individual que la afecte desfavorablemente; b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; c) **la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.** 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los*

*derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.*

En el mismo sentido, El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha sostenido un criterio amplio sobre el margen de apreciación de las medidas económicas y sociales que adopta cada Estado.

Para el TEDH, la noción de “interés público” es “necesariamente amplia”, por lo tanto, “la decisión de promulgar leyes para equilibrar los gastos y los ingresos del Estado suele entrañar la consideración de cuestiones políticas, económicas y sociales”. Asimismo, ha determinado que “respetará la decisión del Legislador sobre lo que es de “interés general”, **salvo en los casos que dicha decisión carezca, manifiestamente, de fundamento razonable**”<sup>3</sup>

**Art. 88 Constitución española de 1978:** *Los proyectos de ley serán aprobados en Consejo de Ministros, que los someterá al Congreso, acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos.*

**Art. 74.1 de 1 Constitución griega de 1975:** *Todo proyecto y toda proposición de ley estarán obligatoriamente acompañados por una exposición de motivos; antes de su presentación ante la Cámara de los Diputados, en asamblea plenaria o en sección, puede ser remitido, a fin de su elaboración desde el punto de vista de la técnica jurídica, al servicio científico previsto en el apartado 5 del artículo 65, después de que se haya creado dicha institución, según está previsto por el Reglamento de la Cámara.*

---

<sup>3</sup> El TEDH se amplía cuando se tratan de evaluar las prioridades en cuanto a la asignación de recursos públicos limitados, incluso, en virtud de esa deferencia afirmó, en algunos de estos casos, que estaba impedido para examinar si la norma cuestionada representaba, entre todas las alternativas posibles, la mejor solución para afrontar el problema o si la discreción legislativa debió haberse ejercitado de otro modo, razón por la que ha sostenido que la sola existencia de soluciones alternativas no convierte en injustificadas las medidas adoptadas.

## **6. INCORPORACIÓN DEL CRITERIO DE SOSTENIBILIDAD Y LOS EFECTOS INTERGENERACIONALES.**

En un Estado Social, los poderes públicos tienen un mandato constitucional de transformación social, el cual se expresa en la efectividad de la libertad y la igualdad material de las personas y los grupos, así como el mandato de ser eficaz en su servicio objetivo.

La efectividad de estos principios y derechos consiste en realizar un bien o valor jurídico en la mayor medida posible, al tener en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas existentes, por lo que constituye un problema económico.

Con esto se entiende el empleo y la asignación racional de los recursos en general, la minimización del gasto público, la explotación óptima de los recursos del Estado, la productividad de los funcionarios públicos, la proporcionalidad de la regulación o la simplicidad y la celeridad del procedimiento administrativo.

Con la función finalista del Estado Social, para considerar la eficacia como una medida adecuada de la bondad de la gestión de los recursos públicos, será necesario que los objetivos establecidos sean los máximos alcanzables con los recursos asignados, y que dichos objetivos tengan en cuenta todos los beneficios y los costos de la actuación pública.

### **6.1. LA SOSTENIBILIDAD COMO CRITERIO GENERAL DE PROGRAMACIÓN PÚBLICA**

A partir de la crisis económica mundial iniciada en el 2008, la Unión europea acelera la exigencia de que los estados miembros incorporen al máximo nivel normativo, una cláusula de estabilidad presupuestaria, que limitaba la capacidad de endeudamiento público.

Si bien la incorporación de dicho principio a nivel constitucional ha importado la crítica política y jurídica sobre la misma, lo cierto es que junto con la limitación al endeudamiento se incorporó un segundo criterio de programación de la gestión pública: La sostenibilidad social y económica.

La noción de sostenibilidad se construye, a partir de un criterio de realismo, la razonabilidad y la prudencia, con las que se busca satisfacer los intereses generales con resultados que deben tender hacia el equilibrio, la permanencia y la disponibilidad futura.

La sostenibilidad encuentra uno de sus fundamentos en el reconocimiento de la limitación de los recursos en un periodo determinado, en donde la utilización de los recursos actuales podrían dañar indirectamente a las generaciones futuras, de ahí que la sostenibilidad sea considerado como un *principio general de precaución* por el cual, aun invocando el mandato de igualdad material, existiría un condicionamiento para comprometer los intereses de generaciones futuras para satisfacer a las generaciones actuales.

Así entonces, si la redistribución de los recursos públicos se encuentra limitada por la disponibilidad de algunos recursos en particular, corresponderá determinar sobre cuáles debe caer la garantía de sostenibilidad.

A nuestro entender, los atributos se encuentran entrelazados entre sí y son equivalentes con la noción de sostenibilidad en la gestión de los recursos naturales; por esta razón, paulatinamente, la utilización de los recursos presentes y su eventual indisponibilidad futura se han extrapolado a los demás ámbitos que importan.

La aproximación a **una sostenibilidad sistémica que incorpore la consideración conjunta de aspectos medioambientales, económico-financieros y sociales aparece como el próximo reto metodológico**, en vista de que la perspectiva de la sostenibilidad añade a los análisis de todo tipo la variable temporal, que está construida por medio de estimaciones elaboradas con datos actuales.

Esta proyección de la sostenibilidad como criterio de programación pública no debería extrañar, puesto que el Estado Social irrumpe como respuesta al individualismo del Estado liberal clásico, lo que deviene en un Estado constructor social, donde la solidaridad, sin dejar de ser un valor moral o una exigencia ética, se erige como un principio político dotado de fuerza jurídica, respetando no tan solo la generación presente, sino que considerando las futuras.

Con el avance de la noción del Estado Social y de la visión universalista planteada por las declaraciones de los derechos humanos se instala la discusión acerca de la proyección de la idea de justicia social hacia las generaciones futuras. La sostenibilidad como principio funcional ha evolucionado hacia una mayor flexibilidad y proyección en otras áreas que comparten el objetivo de la mejora de las condiciones de vida de la población presente y de las generaciones futuras, estableciéndose como criterio para la adopción de medidas para el desarrollo sostenible en

cuanto a sus dimensiones medioambientales, económicas y sociales.

## 6.2. EFECTO INTERGENERACIONAL

De acuerdo con esta teoría, el objetivo de justicia está dado por el volumen total del bienestar del que la sociedad, en su conjunto, se beneficiará, no necesariamente de la proporción que cada individuo recibirá de dicho bienestar, debido a que se trata de la maximización del bienestar conjunto.

En lo concerniente a la idea de comunidad que subyace en el Estado Social está la de avanzar en la proyección intergeneracional; en ésta, los miembros entienden sus propios intereses ligados a los de los futuros miembros de ese colectivo.

Ese mandato de responsabilidad frente a las generaciones futuras encuentra su fundamento en la noción de solidaridad intergeneracional, que establece el deber de los Estados en el presente para asegurar el disfrute de condiciones de vida adecuadas que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar a las generaciones futuras (Declaración de Estocolmo, 1972).

Esta vinculación entre Sostenibilidad y solidaridad intergeneracional se reafirma a partir del Plan de Acción Internacional sobre el envejecimiento de Viena (1982) y veinte años más tarde en la Asamblea Mundial sobre el envejecimiento de Madrid (2002), reconociendo en ella la importancia decisiva de la solidaridad y reciprocidad entre las generaciones para el desarrollo social.

En suma:

1. Una configuración de Estado Social requiere asumir un rol finalista de los poderes públicos, en torno al interés general desarrollado en el propio texto constitucional, para lo cual no bastará con el cumplimiento de los requisitos constitucionales formales propios de un Estado de Derecho, sino que además corresponderá evidenciar el cumplimiento del objetivo constitucional, esto es, el merito del fondo. Se trata de un tránsito de una concepción puramente procesal a una concepción substancial de la democracia.
2. Los principios de gestión pública eficiente y de calidad exigen que en

las decisiones que expliciten los elementos de evaluación que permitieron determinar la pertinencia, oportunidad e impacto de dicho desarrollo legislativo sobre el texto constitucional mirado en su integralidad y, en especial, sobre los demás derechos fundamentales interconectados entre sí, introduciendo umbrales mínimos de transparencia en instancias como la exposición de motivos y/o preámbulos de las leyes que contemplen no tan solo las valoraciones sobre los recursos involucrados, sino que además los criterios técnicos y científicos que justifican la medida, como asimismo, herramientas que posibiliten el perfeccionamiento de la misma (la consulta pública y la evaluación *ex ante* y *ex post*).

3. En esta evaluación es necesario incorporar el principio de sostenibilidad social y económica como criterio de programación pública y con ello evidenciar que, la constitución es “el punto de intersección entre la política y el Derecho”, una política que no tan solo busca resolver las expectativas presentes de los ciudadanos, sino que maneja con responsabilidad las posibilidades de realización de las generaciones futuras.