

BORRADOR DE TRABAJO

Universidad de Costa Rica
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Observatorio Socio Jurídico de la Justicia y las Políticas Públicas
Generación de datos y criterios de transparencia sobre Finanzas Públicas - C1193
Diciembre de 2021.-

TEST DE LEGITIMIDAD DE LA DEUDA PÚBLICA

1.- Método

De acuerdo con Vázquez Valencia (2016), quien analiza los orígenes históricos, la aplicación por las cortes Latinoamericanas (sobre por la Corte Constitucional de Colombia), así como las conceptualizaciones y métodos implicados en los Test de Razonabilidad y Proporcionalidad, recurrir en la aplicación de estos a nociones generales, intuitivas, prescindiendo al mismo tiempo de método (tal como ha sido la norma), sólo viene a legitimar un abuso de discrecionalidad en el control sobre la juridicidad de las actuaciones del poder público.

Como resultado, continua Vázquez Valencia, dicha concepción de los Test de Razonabilidad y Proporcionalidad ha dado lugar al dictado de criterios poco razonables, que califican como libre creación jurídica, al uso desmedido de citas y de argumentos que no tienen conexión los unos con los otros.

Para evitar este abuso discrecional, afirma este profesor investigador de la FLACSO, se hace necesario especificar las directrices, clarificar las categorías y establecer el método que se seguirá en la aplicación del Test de Razonabilidad y Proporcionalidad.

Este es el trabajo del test como herramienta argumentativa, como método que permita pensar e instrumentar la razonabilidad a través de categorías. (Vázquez Valencia, 2016, p.82)

En ese sentido, afirma este autor, un primer paso hacia el desarrollo de un Test de Razonabilidad y Proporcionalidad consiste en la identificación de una serie de categorías que se integren en razón de un objetivo específico, a saber la construcción de varios criterios tipo *check list*.

Como consecuencia de esta idea metódica, para identificar los principios implicados en la legitimidad de la deuda pública y siguiente a Vázquez Valencia (2016), se requiere

establecer los pasos o fases necesarias para un Test de Contenido Esencial (un tipo particular de Test de Razonabilidad y Proporcionalidad), razón por la cual se procede en el apartado siguiente a identificar las categorías de análisis para su aplicación fáctica, luego de lo cual será necesario determinar las medidas, a cargo del Estado, que derivan de dicho análisis categorial y cuya implementación resulta indispensable, si lo que se pretende es asegurar la legitimidad de un determinado empréstito o bono de deuda pública.

De igual manera, se requiere precisar el tipo de Test de Razonabilidad y Proporcionalidad que se desarrolla y aplica en esta investigación.

Según la doctrina consultada a partir y alrededor del Estado Social de Derecho (marco general de este trabajo) y el Derecho de los Derechos Humanos, el Estado es concebido como una apuesta ideológica que busca ante todo la *progresividad y no regresión* en el orden público.

Tomando lo anterior en cuenta, la metodología de esta investigación pasa por el desarrollo y aplicación de un *Test de Progresividad y No Regresión*, por demás una herramienta argumentativa completamente desatendida por los especialistas (Vázquez Valencia, 2016), la que buscaría determinar analíticamente si una determinada decisión política, en este caso la suscripción de empréstitos o emisión de bonos de deuda pública, resultó progresiva y no regresiva.

De acuerdo con el profesor Peña Chacón (2017), para el caso costarricense los principios de *progresividad y no regresión (cuya estrecha y sinérgica vinculación los hace interdependientes)* se desarrollan a partir de 2010 por intermedio de la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

En este desarrollo tiene vital importancia la resolución N° 2012-13367, donde este alto tribunal constitucional reconoce de manera expresa el principio de progresividad y lo vincula con el de no regresividad, así como las resoluciones N° 2014-18836 y 2015-5616, donde los y las magistradas constitucionales establecen la necesidad de una gradualidad en la implementación del principio de progresividad (en ese caso ambiental), de manera que no se afecte (logística, presupuestaria y legalmente) la efectividad de otros derechos constitucionales y humanos.

De acuerdo con dicha línea jurisprudencial podemos conceptualizar la progresividad y no regresión de la siguiente manera:

- Por el principio de progresividad el Estado asume la obligación de ir aumentando, en la medida de sus posibilidades y desarrollo (principio de gradualidad), los niveles de protección de los derechos humanos y rango constitucional.
- Por el principio de no regresividad o de irreversibilidad de los beneficios y protección alcanzada, el Estado se ve obligado a no adoptar medidas, políticas o normas jurídicas que empeoren, sin justificación razonable y proporcionada, la situación de los derechos alcanzada hasta entonces.
- Mientras el Estado puede determinar prudencialmente las vías y mecanismos para ampliar la tutela de los derechos humanos y constitucionales, toda reversión en los logros alcanzados, así como todo replanteamiento a la baja en el nivel de protección, solo puede darse por ley y previa realización de un estudio técnico ajustado a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, a las exigencias del Derecho Internacional de Derechos Humanos y de la Constitución, y al bienestar general de la población, que sirva para justificar la medida.

Tomando en cuenta esta conceptualización, el desarrollo y aplicación de un Test de Progresividad y No Regresión, en materia de derechos humanos y constitucionales relativos a la deuda soberana costarricense y desde el enfoque del Estado Social de Derecho, pasaría por las fases siguientes:

1. Elaborar un *check list* sobre la base de los principios, derechos y obligaciones, tanto procedimentales como sustantivas, a que remite el Estado Social de Derecho en materia de deuda pública.

2. Analizar su aplicación fáctica en relación con un determinado instrumento de deuda pública. Para el caso de un Test de Progresividad y No Regresión en materia de deuda pública, ello implica establecer si se amplió, consolidó o revirtió la tutela de los derechos humanos y constitucionales implicados, el nivel de protección, así como los logros alcanzados, siendo que para el caso de una reversión o replanteamiento se hace necesario verificar si este se dio mediante ley y previa realización de un estudio técnico ajustado a los principios razonabilidad y proporcionalidad, a las exigencias del Derecho Internacional de Derechos Humanos y de la Constitución, y al bienestar general de la población, que sirva para justificar la medida.
3. Determinar las medidas que debe implementar el Estado de manera que se considere legítimo un determinado instrumento de deuda pública.

2.- Principios, derechos y obligaciones del Estado en materia de deuda pública.

PRIMERO. Es posible comprobar que la inversión de la deuda pública generó beneficios para la población.

Esta tesis es sostenida por Alexander Sack en su tratado “Les effets des transformations des Etats sur leurs dettes publiques et autres obligations financières” (Efectos de las transformaciones de los Estados sobre sus deudas públicas y otras obligaciones financieras), publicado en París en 1927. Sack fue jurista y profesor de derecho ruso, especializado en derecho financiero internacional. Se le atribuye el haber formulado la Teoría de la Deuda Odiosa.

Dicho requerimiento luego será reformulado por el Comité de la Verdad de la Deuda Pública Griega, órgano conformado el 4 de abril de 2015, cuando la Presidenta del Parlamento Griego, Zoe Konstantopoulou, confió la Coordinación Científica de este trabajo al Dr. Eric Toussaint y la cooperación con el Parlamento Europeo y otros Parlamentos y Organizaciones Internacionales a la Parlamentaria Europea Sofia Sakorafa.

De acuerdo con dicho Comité no basta que la deuda pública haya generado beneficios para la población, sino que es requerimiento que haya sido empleada para satisfacer los más altos intereses de la población del Estado deudor.

SEGUNDO. Los prestamistas deben poder probar que los fondos facilitados favorecieron a la población.

Esta es la segunda de las tesis de Alexander Sack.

Según el Comité de la Verdad de la Deuda Pública Griega los prestamistas no sólo deben estar en posibilidad de probar que, sino que tienen la obligación de verificar que los fondos han sido empleados para satisfacer los más altos intereses de la población del Estado deudor.

TERCERO. La deuda pública debe ser contraída respetando los principios democráticos (incluyendo el consentimiento, la participación, la transparencia y la responsabilidad).

Esta tesis fue enunciada por el Comité de la Verdad de la Deuda Pública Griega.

CUARTO. La deuda pública debe tener por objetivo garantizar derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de la población, una situación que el acreedor tiene la obligación de verificar.

Esta tesis también fue enunciada por el Comité de la Verdad de la Deuda Pública Griega.

Sólo un año después, en 2016, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), en el marco del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y al aprobar la Declaración “Deuda pública, medidas de austeridad y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” establece lo siguiente:

“Todo Estado parte que aspire a recibir asistencia financiera debe tener presente que toda condición injustificable impuesta en la concesión de un préstamo que obligue al Estado a adoptar medidas regresivas en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales constituirá una violación del Pacto”.

Relaciona el Comité DESC la necesidad de dicha Declaración con la incapacidad recurrente de los Estados para hacer efectivo el PIDESC luego de que han adoptado “programas de consolidación fiscal, en particular programas de ajuste estructural o programa de austeridad, impuestos como condición para obtener préstamos”.

QUINTO. PRINCIPIO PRO HOMINE. Toda actividad del Estado que tenga relación con sus decisiones acerca de la concesión y solicitud de préstamos de deuda pública no puede ir en detrimento de su obligación de respetar, proteger y realizar los derechos humanos.

En este sentido, resulta ilegítima toda reforma jurídica impulsada por el Estado, otros Estados u Organismos Internacionales, en el marco de un programa de consolidación fiscal, en particular de programas de ajuste estructural o programa de austeridad, que tenga relación a su vez, con la aprobación de un crédito de deuda pública, que resulte regresiva (y contraria a sus obligaciones) en materia de derechos humanos.

Partiendo de lo anterior y retomando una idea ya expuesta por Mario Peña, profesor de Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica y consultor en medio ambiente: los “programas de consolidación fiscal, en particular programas de ajuste estructural o programas de austeridad, impuestos como condición para obtener préstamos deben llevarse adelante “en estricta consonancia con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad y no regresión de los derechos humanos.

Y continúa el profesor Peña señalando:

“Este criterio hermenéutico incorpora el principio “pro homine” previsto en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos relativo a que ninguna disposición de ese tratado puede interpretarse para excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que deriven de la forma democrática representativa de gobierno o excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza o bien, limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad.”