

Las leyes de Responsabilidad del Estado y de Medidas Cautelares contra el Estado frente al principio de progresividad de los derechos sociales

PABLO OCTAVIO CABRAL⁽¹⁾



1. Introducción

En el presente trabajo exploraré la posibilidad de aplicar el principio de progresividad y de prohibición de la regresividad —que rige la interpretación en materia de derechos económicos sociales y culturales— como un criterio para el escrutinio de constitucionalidad y convencionalidad de las nuevas leyes de Responsabilidad del Estado (ley 26.944) y de Regulación de las Medidas Cautelares en Causas en las que el Estado es Parte o Interviene (ley 26.854). Esta indagación está motivada en la lectura de sendos trabajos de autoría del profesor Martín Espinoza Molla en los que analiza, tanto la ley 26.944⁽²⁾ como la ley nacional 26.854,⁽³⁾ concluyendo que ambas

(1) Abogado (UNLP). Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UNLP). Docente de las Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP) y de Comunicación y Periodismo (UNLP). Prosecretario Letrado de la Procuración General de la Nación.

(2) ESPINOZA MOLLA, MARTÍN, “Comentarios a la nueva ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos”, *Sup. Adm.*, agosto, 3, 2014, *La Ley* 2014-E.

(3) ESPINOZA MOLLA, MARTÍN, “Nueva ley 26.854 reguladora de las medidas cautelares en procesos judiciales en los que sean parte el Estado Nacional o sus entes descentralizados. ¿Tutela

violentan la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) al establecer criterios normativos regresivos en los ámbitos que legislan.

Las posturas que desarrollaré al respecto no pretenden alcanzar ninguna verdad absoluta, sino que son una invitación a un debate necesario en esta época de reformas legislativas, de reconocimiento y de reglamentación de innumerables derechos fundamentales, fruto de históricas luchas sociales que hoy se ven plasmadas en una nueva construcción jurídica e institucional.

En efecto, desde una visión que tiene su centro en la justicia social, en la inclusión de las mayorías desaventajadas, en la promoción de una igualdad real y no formal, en darle la palabra “a los **nadies**” del poema de Galeano, desde allí se propuso —y se sigue proponiendo— que el derecho debe ser una herramienta de transformación social. Así, rastreando en la historia de los movimientos populares de nuestra región, encontramos reivindicaciones políticas que —hace ya muchas décadas— proponían una tutela jurídica diferenciada. Solo un ejemplo de ello es que Artigas decretara que “los más infelices serán los más privilegiados” o que la doctrina peronista recitara, en su verdad n° 12 que “En la nueva Argentina los únicos privilegiados son los niños”.⁽⁴⁾ Pero para que esta balanza se incline a favor de los más débiles, de los excluidos, de **los nadies**, es necesaria la presencia de un Estado fuerte, democrático y comprometido con la igualdad real a través del reconocimiento de la efectividad de los derechos sociales y dispuesto a desarrollar políticas activas de intervención en la sociedad, y en especial, en los mercados.

En esta línea de utilización del derecho como herramienta ideológica de modificación de la realidad social se enmarcan las importantes transformaciones promovidas y concretadas por nuestro Gobierno nacional que —de diversas formas— han generado mayor inclusión social y menor discriminación, todo ello en respeto de los derechos humanos fundamentales que sostienen los cimientos de nuestra sociedad democrática y participativa. Entre los diferentes motivos que explican estos avances, se encuentra un mayor compromiso del Estado nacional por favorecer políticas públicas y la creación de marcos jurídico-institucionales más inclusivos. Así, se han

procesal diferenciada o regresividad frente a los Tratados de Derechos Humanos?”, en *DPI Diario. Diario Administrativo*, año 2, n° 28, 29/07/2014.

(4) FERNÁNDEZ, A., *Conducción Política: Así hablaba Juan Perón*, Bs. As., Galerna, 2014.

combinado las condiciones económicas favorables que vive la región con la promoción de políticas y programas efectivos de fortalecimiento de capacidades, protección social y fomento productivo sostenible entre las poblaciones tradicionalmente más desfavorecidas. Las dos leyes en estudio son ejemplo de tales políticas de transformación jurídica llevadas adelante por el Gobierno Federal en los últimos 12 años.

Como explica Chantal Mouffe, la sociedad está marcada por la contingencia y todo orden es de naturaleza hegemónica; es decir, es siempre la expresión de relaciones de poder. En el campo de la política, así como en el campo jurídico, esto significa que la búsqueda de un consenso sin exclusión, y la ilusión de una sociedad armoniosa y perfectamente reconciliada, deben ser abandonadas.⁽⁵⁾ Así, no debe sorprendernos que toda transformación social inclusiva genere resistencias por parte de aquellos sectores que pueden ver afectados sus intereses consolidados por el régimen modificado. Sostenía Arturo Jauretche que muchos ignoran que la multitud no odia, odian las minorías, porque conquistar derechos provoca alegría, mientras perder privilegios provoca rencor.

2. Concepciones hegemónicas y contrahegemónicas de los derechos humanos

La incorporación —a través de la Reforma constitucional del año 1994— de los principales tratados internacionales de derechos humanos revolucionó el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico nacional impactando tanto en el derecho público como en el privado. Las valoraciones sobre las consecuencias y alcances de esta internacionalización de nuestro ordenamiento jurídico —*a priori* favorable a la inclusión y protección de las personas más vulnerables de la comunidad— no debe olvidar que el derecho, en su carácter instrumental, tiene por objeto esencial imponer en la sociedad un régimen determinado de ordenación y constituye en sí mismo un conjunto de reglas que fuerzan a un orden dado de la sociedad y sus miembros.

Siguiendo a Antonio Gramsci, tal visión instrumental del derecho supone la liberación de todo residuo de trascendencia y de absoluto, eliminando todo vestigio de fanatismo moralista.⁽⁶⁾ El conjunto de reglas jurídicas

(5) MOUFFE, CHANTAL, *Agonística: Pensar el mundo políticamente*, Bs. As., FCE, 2014.

(6) GRAMSCI, ANTONIO, *Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y sobre el Estado Moderno*, Bs. As., Ediciones Nueva Visión, 2003, p. 105.

obligatorias, integra un sistema abierto que se relaciona con el sistema institucional, político y social, y lo que el derecho aporta a la sociedad constituye solo el medio para que se alcance un determinado orden social. Ahora bien, la viabilidad de cualquier interpretación normativa, no dependerá solo del texto de la convención, Constitución o las leyes en cuestión, sino del éxito que logre el discurso que propone un modelo de Estado social y democrático, en la lucha en el terreno ideológico por el predominio en la construcción de la significación del derecho.⁽⁷⁾

Así, como explica Boaventura de Sousa Santos, dentro del campo jurídico existe una concepción hegemónica de los derechos humanos destinada a reproducir el orden social capitalista, colonialista y sexista que domina nuestro tiempo. Ello, porque la matriz liberal concibe los derechos humanos como derechos individuales, y privilegia los derechos civiles y políticos.

Frente a esta postura se alza una visión contrahegemónica de tales derechos, orientada a la construcción de una sociedad más justa y más digna.⁽⁸⁾ Un ejemplo de esta postura lo constituyen las concepciones de los derechos humanos inspiradas por las ideas marxistas —y, de modo más general, socialistas—, que reconocen derechos colectivos y privilegian los derechos económicos sociales y culturales.

En el fondo, la pregunta que se esconde en esta cuestión de interpretación legal es si los derechos humanos son eficaces en ayudar a las luchas de los excluidos, los explotados y los discriminados o si, contrariamente, los hacen más difíciles. Bartolomé Clavero nos recuerda que el camino hacia las políticas más inhumanas está empedrado de las intenciones más humanas, confundiéndose humanidad e inhumanidad. Dice: “la historia idealista de los derechos humanos es uno de los mecanismos que sirven más eficazmente, como mínimo, para enervar y, como máximo, para neutralizar su defensa y promoción. El camino de la inhumanidad también lo asfalta la academia”.⁽⁹⁾

(7) ALTHUSSER, LOUIS, *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*, Bs. As., Ediciones Nueva Visión, 1988, p. 28.

(8) BOAVENTURA DE SOUSA, SANTOS, *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014.

(9) CLAVERO, BARTOLOMÉ, *Derecho Global: Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014.

3. Las leyes nacionales en cuestión

3.1. La Ley de Regulación de las Medidas Cautelares en Causas en las que el Estado es Parte o Interviene (26.854)⁽¹⁰⁾

En un histórico contexto hostil del derecho administrativo respecto de las tutelas procesales diferenciadas, encuentro que la recientemente sancionada ley 26.854 —nuevo régimen de cautelares contra el Estado nacional— es un válido ejemplo de estas herramientas y constituye una norma procesal de avanzada que recepta la moderna doctrina y jurisprudencia de la materia, en total cumplimiento tanto de la Constitución Nacional como de la normativa internacional de derechos humanos.

Nuestro sistema judicial no reconoce aún plenamente la operatividad de los derechos económicos, sociales, y culturales, negando en muchos casos la posibilidad de exigir en tribunales las obligaciones prestacionales del Estado en materia social. Esta situación comenzó a modificarse paulatinamente, gracias en parte a la última Reforma constitucional, a la incorporación de normativa internacional protectora de derechos humanos a nuestro ordenamiento interno, a los señeros avances de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación (CSJN) y su seguimiento por tribunales inferiores, a la creación de los fueros contencioso administrativos descentralizados y con jueces especializados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la Provincia de Buenos Aires, a los trabajos de la doctrina y —por último— a la relevancia que nuestra sociedad le ha otorgado al cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, voluntad popular reflejada en las políticas públicas del Estado Nacional en los últimos 12 años.

La ley de cautelares contra el Estado nacional es la primer norma procesal de relevancia que reconoce expresamente la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en nuestro país. Además de la trascendencia jurídica y cultural de tal reconocimiento en relación con la exigibilidad de tales derechos, esta norma protege, en forma diferenciada,

(10) Ampliar en CABRAL, P. O., "La Nueva Ley de Cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de Tutela Procesal Diferenciada. Un análisis de la Ley 26.854 frente a los principios y estándares internacionales de protección de Derechos Humanos", en *Jurisprudencia Argentina*, Dossier "Medidas Cautelares en la que es parte o interviene el Estado Nacional", 12/06/2013 (JA-2013-II, Fascículo ° 11); y "Las tutelas procesales diferenciadas en el proceso contencioso administrativo", [en línea] www.infojus.gov.ar, el 12/06/2015 (Id Infojus: DACF150657).

a sectores socialmente vulnerables en su derecho a una vida digna y, en especial, garantiza los derechos económicos sociales y culturales de los sectores populares de la sociedad (salud, derechos alimentarios, ambientales, laborales, etc.) como hasta ahora ninguna norma procesal lo había hecho, cumpliendo con el principio internacional en materia de derechos económicos sociales y culturales que dispone que los Estados deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables, concediéndoles una atención especial y diferenciada.⁽¹¹⁾

La nueva norma procesal recoge los principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos, ambos reinterpretados por la CSJN a la luz de la Constitución Nacional y de la normativa internacional de los derechos humanos, lo que constituye una novedosa política pública de tutela procesal diferenciada llevada a cabo por el Poder Legislativo de la Nación.

Esta ley se encuentra en línea con la constante práctica de utilización del derecho como herramienta ideológica y cultural de transformación de la realidad social en la que se enmarcaron los importantes cambios promovidos y concretados por el Estado nacional, que —de diversas formas— ha generado mayor inclusión social y menor discriminación, todo ello en respeto de los derechos humanos fundamentales que constituyen los cimientos de nuestra sociedad democrática y participativa.

3.2. La Ley de Responsabilidad del Estado (26.944)

El Congreso nacional sancionó, finalmente, en el año 2014, la Ley de Responsabilidad del Estado, estableciendo una normativa propia del derecho público en una ley especial y llenando el vacío normativo que había existido desde el origen de la construcción institucional de nuestro país.

Durante el siglo pasado y los primeros años del actual, la ausencia de legislación en materia de responsabilidad del Estado fue resuelta por la jurisprudencia de la CSJN que, utilizando directa o subsidiariamente el Código Civil argentino, dejó atrás el principio de irresponsabilidad para, en una primera etapa establecer una responsabilidad subjetiva e indirecta, evolucionando luego a un criterio objetivo e indirecto.

(11) Ver COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observaciones Generales 3 y 9.

La ley 26.944 recibió la mayoría de los criterios desarrollados en la evolución jurisprudencial del máximo tribunal de justicia nacional, ubicando tal regulación en el ámbito del derecho público y reconociendo la facultad de los Estados provinciales de regular tal cuestión en sus ordenamientos jurídicos locales.

4. Postura doctrinaria en estudio

Martín Renato Espinoza Molla sostiene, en su análisis, que la nueva Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado implica un retroceso en el sistema de responsabilidad patrimonial, integrado —hasta el momento de la sanción de la norma— por una sólida jurisprudencia de aplicación analógica de las disposiciones del Código Civil, y que ello implica la transgresión del principio de prohibición de regresividad en materia de derechos humanos.⁽¹²⁾

Reproduzco aquí la conclusión a la que arriba el autor del trabajo en estudio, para quien las falencias que presenta la nueva ley, en comparación con el sistema jurídico precedente, resulta restrictiva de la responsabilidad del Estado.

En consecuencia, se observa que el nuevo régimen legal se exhibe regresivo, pues implica un retroceso respecto del régimen aplicable anterior, en cuanto quiebra inadmisiblemente el equilibrio que se había obtenido; equilibrio necesario en pos de la eficacia de todo Estado de Derecho a través de un adecuado sistema de responsabilidad estatal” y finalmente vaticina: “la nueva ley no resistirá un control de constitucionalidad, y de manera especial, difícilmente vencerá el escrutinio de convencionalidad.”⁽¹³⁾

Por otro lado, en su trabajo sobre la nueva Ley de Medidas Cautelares en los Procesos en los que el Estado Nacional es Parte o Interviene señala

(12) “Todo lo cual nos permite afirmar que la nueva ley de responsabilidad del Estado que pronto entrará en vigencia, implica un verdadero retroceso en la evolución del sistema de responsabilidad patrimonial cristalizada por la jurisprudencia —con aplicación analógica del Código Civil—, y de manera específica, el nuevo dispositivo se manifiesta trasgresor de la prohibición de regresividad en materia de Derechos Humanos. A tal conclusión se arriba de manera natural, con sólo efectuar una comparación de la nueva legislación con el sistema jurídico de responsabilidad todavía imperante hasta tanto se produzca la inminente promulgación y efectiva vigencia de la norma”. Ver ESPINOZA MOLLA, MARTÍN, “Comentarios a la nueva ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos”, *op. cit.*

(13) ESPINOZA MOLLA, MARTÍN, “Comentarios a la nueva ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos”, *op. cit.*

—con similar argumento— la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la nueva norma, concluyendo:

... desproporción contenida en la ley 26.854 conspira directamente contra la vigencia de la protección cautelar, aspecto esencial de la tutela judicial efectiva, circunstancia que permite concluir, como natural consecuencia, que el nuevo régimen normativo se halla en contradicción con los tratados internacionales de derechos humanos, así como también en crisis respecto de principios fundamentales rectores de tal sistema, tales como los de progresividad y de prohibición de regresividad.⁽¹⁴⁾

En este trabajo pretendo detenerme en la premisa de la que parte dicho autor —aplicación a la materia del principio que prohíbe la regresividad—, prescindiendo de un estudio pormenorizado de las leyes en cuestión, concentrando y profundizando las argumentaciones respecto de la aplicación del principio de progresividad a una norma que regula determinados derechos fundamentales reconocidos y protegidos constitucionalmente y, en especial, por tratados internacionales de derechos humanos.

5. El principio de progresividad y no regresividad en materia de derechos sociales

5.1. La progresividad como una característica común a todos los derechos humanos y como criterio hermenéutico en materia de derechos sociales

Una necesaria aclaración previa: no se deben confundir los **principios de progresividad y no regresividad**, en tanto herramientas interpretativas positivizadas normativamente para los derechos sociales, con la **progresividad** como una de las característica generales de los derechos humanos, junto con la universalidad, irrenunciabilidad, inalienabilidad, indivisibilidad e interdependencia.⁽¹⁵⁾

La progresividad, en esta última acepción, denota la constante aparición en la historia de la humanidad de nuevos derechos humanos desconocidos hasta

(14) ESPINOZA MOLLA, MARTÍN, “Nueva ley 26.854 reguladora de las medidas cautelares en procesos judiciales en los que sean parte el Estado Nacional o sus entes descentralizados. ¿Tutela procesal diferenciada o regresividad frente a los Tratados de Derechos Humanos?”, *op. cit.*

(15) SALVIOLI, F., “Transparencia y Políticas Públicas: Dimensiones contemporáneas de los derechos humanos”, en Nelson Mandela y Joaquín González Ibáñez (dirs.), *Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho. Studia in honores*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009.

el momento que son reconocidos jurídicamente por los Estados (entre las últimas apariciones se puede pensar el derecho a un medio ambiente sano, el derecho al desarrollo, el derecho a la paz, el derecho a la verdad, entre otros). Fabián Salvioli explica esta característica común de los derechos humanos al decir que estos: “no pueden quedar al margen de la evolución histórica, y de allí su característica de progresividad; por una de las facetas de la misma, el contenido de los derechos y libertades fundamentales de mujeres y hombres experimentan una actualización y evolución permanentes”.⁽¹⁶⁾

Para sintetizar, entonces, esta diferencia básica de la que partimos para abordar la cuestión en debate —referida a los principios interpretativos de los derechos sociales— recurro a la clara explicación de Pedro Nikken sobre los alcances de la mencionada característica de los derechos humanos con la que los primeros solo comparten el nombre:

La progresividad no debe entenderse como una nota de la exigibilidad de los derechos humanos, en el sentido de que ésta no sería inmediatamente realizable. Por el contrario, una vez identificado un derecho determinado como inherente a la dignidad de la persona humana, este merece protección inmediata como tal. La progresividad, como aquí la entendemos, lo que denota es que la aparición, es decir, el reconocimiento de los derechos humanos se ha ampliado progresivamente y que esa ampliación es irreversible.⁽¹⁷⁾

5.2. Reconocimiento normativo del principio de progresividad

Tratándose del estudio de un principio jurídico, corresponde adelantar que en su definición conceptual se mezclan diferentes corrientes filosóficas del derecho, así como regulaciones normativas y posiciones doctrinarias encontradas.

El concepto de principios jurídicos que utilizaré aquí presenta las siguientes características:

- I. Son pautas de segundo grado, ya que presuponen la existencia de otras reglas y se refieren a ellas.

(16) SALVIOLI, *op. cit.*, p. 102. Al respecto, Pedro Nikken identifica también como una característica de los derechos humanos la progresividad y su irreversibilidad.

(17) NIKKEN, P., “La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n° 52, San José, Costa Rica p. 55.

2. Están orientadas a quienes se encuentran en posición de justificar decisiones con base en normas de primer grado.
3. Disponen pautas referidas a cómo y cuándo deben aplicarse las reglas sobre las que versan, qué alcance darles, cómo combinarlas, etc.
4. Tienen un cierto grado de neutralidad tópica, o de relativa indiferencia de contenido, ya que trasponen los límites de distintos campos de regulación jurídica.
5. Los llamados principios generales del derecho integran nuestro ordenamiento jurídico; y las disposiciones positivas expresas se refieren a su aplicación a la hora de resolver una cuestión litigiosa por parte de un juez.

La función de los principios de derecho se puede sintetizar en las siguientes tres misiones:

- a. **Informadora.** Los principios se dirigen al legislador, quien los debe considerar al momento de legislar, actuando como fundamento del ordenamiento jurídico;
- b. **Normativa.** Sirven para llenar los vacíos legislativos actuando en forma supletoria en caso de ausencia de norma; por ello se afirma que los principios son medios de integrar el derecho;
- c. **Interpretadora.** Esta función es trascendente para la interpretación realizada por los jueces, quienes se deben orientar, al momento de fallar, por estos principios del ordenamiento jurídico.

Como bien lo dice Courtis, los principios de progresividad y no regresividad son empleados en materia de derechos sociales, siendo (agrego y adelanto yo) ajenos al ámbito de protección de los derechos civiles y políticos. Tal circunstancia obedece a la propia historia de reconocimiento y positivización de los derechos humanos que dispusieron estructuras diferentes en uno y otro caso por cuestiones ideológicas, políticas, sociales y —principalmente— económicas.

La división del mundo en dos bloques ideológicos contrapuestos (capitalismo-socialismo) dio origen a la división conceptual histórica respecto de las dos clases de derechos humanos reconocidos por los ordenamientos jurídicos. Como explica Pedro Nikken:

... para el bloque liderado por los Estados Unidos, el ejercicio de las libertades individuales, en particular la libertad de empresa y las demás libertades económicas dentro de una economía de mercados, cimentaría la prosperidad dentro de la cual las necesidades humanas de naturaleza económica, social y cultural podrían quedar satisfechas. Los DESC no resultaban, dentro de ese concepto, equiparables a los derechos civiles y políticos,

pues estos eran verdaderos derechos subjetivos justiciables y exigibles inmediatamente, mientras que los primeros solo reflejarían aspiraciones, expectativas y metas logrables, no a través del sistema legal sino de los mecanismos propios de la economía y de las políticas públicas en ese ámbito.⁽¹⁸⁾

Agrega que la división en dos Pactos puede ser también vista como la exclusión de los derechos económicos, sociales y culturales de los mecanismos legales de control de los derechos civiles y políticos contemplados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y su Protocolo Facultativo lo que habría significado una victoria del entonces Bloque Occidental.

Los derechos civiles y políticos reconocidos en los tratados de derechos humanos son operativos y deben ser garantizados y efectivizados a sus habitantes por los Estados. Este reconocimiento se expresa en tres tipos de obligaciones de los Estados en la materia:

1. Respetar los derechos protegidos;
2. Garantizar el goce y pleno ejercicio de los derechos protegidos a las personas que se encuentren bajo su jurisdicción; y
3. Adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos.⁽¹⁹⁾

No sucedió lo mismo con los derechos económicos, sociales y culturales, ya que los instrumentos jurídicos internacionales que los reconocieron no dispusieron su plena efectividad o su exigibilidad directa e inmediata, sino que mediatizaron su satisfacción por el mecanismo de la progresividad. Los motivos centrales de esta limitación, además de aditamentos ideológicos, son de naturaleza económica y encuentran su núcleo en la escasez de recursos para afrontar la plena efectividad de los derechos sociales.

El art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) establece:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

(18) NIKKEN, P., *op. cit.*

(19) PINTO, M., *Temas de derechos humanos*, Bs. As., Ediciones del Puerto, 2011.

En el ámbito regional, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) establece, en su art. 26, similar criterio de progresividad, reiterado luego en el art. 1° del Protocolo Adicional de San Salvador.

Estas normas acuñaron el principio de progresividad y —su consecuencia lógica— la prohibición de regresividad y otorgaron al sistema universal e interamericano de protección de los derechos humanos una disminuida herramienta de efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales. En palabras de Abramovich y Courtis, “se trata de un mecanismo necesariamente flexible, que refleja la existencia de recursos limitados y las dificultades que representa para todo país asegurar la plena realización de los derechos sociales”.⁽²⁰⁾

No obstante la dificultad para efectivizar los derechos sociales que tal progresividad conlleva, la doctrina y jurisprudencia han intentado —con cierto éxito— limitar los alcances de tal principio estableciendo pautas para determinar un piso mínimo de protección de esos derechos, los contenidos básicos a garantizar y disponer criterios precisos para medir el progreso en su goce efectivo.

A pesar de los intentos de optimizar las herramientas interpretativas que brindan estos principios, sus alcances se aplican solo respecto a un estado general colectivo en el goce de un determinado derecho, limitándose su intervención en los casos de regresividad respecto de situaciones individuales. Por ello, como explica Oscar Parra:

La prohibición de regresividad no es, entonces, absoluta. Por el contrario, puede un Estado adoptar una política regresiva sin incumplir sus obligaciones, si demuestra que la misma está justificada en relación a todos los derechos del PIDESC (o de la CADH, o del PSS), teniendo en cuenta la utilización del máximo de los recursos disponibles. Es decir, si la medida regresiva en relación a un derecho se adopta a efectos de posibilitar la satisfacción de otros derechos o su goce de modo más igualitario y, teniendo en cuenta los recursos con los que cuenta el Estado, tal medida era ineludible para lograr los objetivos antedichos, entonces no se estará incumpliendo el Pacto.⁽²¹⁾

(20) ABRAMOVICH, VÍCTOR & COURTIS, CHRISTIAN, *El umbral de la ciudadanía: El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Bs. As., Editores del Puerto, 2006.

(21) PARRA VERA, O., *Protección Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, p. 140.

5.3. Interpretación de los principios por organismos internacionales y nacionales

5.3.1. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Naciones Unidas)

A nivel universal, la limitación y determinación del principio de progresividad se puede observar en la Observación General 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas que, al respecto, sostuvo:

La principal obligación de resultado que se refleja en el art. 2° (1) es tomar medidas "para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos" en el Pacto. La expresión "progresiva efectividad" se usa a menudo para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en general no será capaz de lograr en un corto período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere significativamente de la que figura en el art. 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la realización en el tiempo, o en otras palabras progresivamente, se ha previsto en el Pacto no debe interpretarse como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Es por un lado, un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otro lado, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes en relación con la plena realización de los derechos en cuestión. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible hacia ese objetivo.

Sin embargo, el propio Comité habilita en ciertos casos la adopción de medidas regresivas por parte de los Estados. Al respecto dijo en la misma Observación General que: "las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los

derechos previstos en el Pacto y en el contexto de la plena utilización de los máximos recursos disponibles”.

El camino hacia la efectivización de los derechos sociales está directamente vinculado con la posibilidad de su judicialización y la necesaria existencia de recursos procesales para obtener el goce pleno de tales derechos. Así, en la Observación General 9, el Comité avanzó en dicha dirección al expresar que el Pacto no niega la posibilidad de que puedan considerarse de aplicación inmediata los derechos que contienen los sistemas en que se prevé tal opción y, a tal fin, entendió que

... no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad. A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también utilizó el principio interpretativo en cuestión al evaluar el tercer informe periódico de Alemania, censurando el aumento de las tasas universitarias, dado que el art. 13 PIDESC pide por lo contrario, esto es, por la introducción progresiva de la enseñanza superior gratuita.⁽²²⁾

5.3.2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) recibió una denuncia presentada por Carlos Rafael Urquilla Bonilla, en la cual se alega la responsabilidad internacional de la República de El Salvador en perjuicio de Jorge Odir Miranda Cortez y otras 26 personas portadoras de VIH/SIDA, integrantes de la Asociación Atlacatl. El 20 de marzo de 2009, la Comisión

(22) ONU, COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, “Observaciones finales al tercer informe periódico de Alemania”, 02/12/1998, E/C.12/1/Add.29, párr. 22.

emitió el Informe 27/09, resolviendo el fondo en cuestión del caso 12.249 (“Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador”).

La Comisión destacó:

el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) conlleva para los Estados partes en la Convención Americana la obligación de no tomar medidas regresivas en lo relativo a tales derechos. En particular, el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (PIDESC) ha indicado que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Dicho Comité explicó que “si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles”. Asimismo, el Comité sostuvo que el Estado en cuestión tiene la carga de probar “que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte”.

En atención a todas las consideraciones que anteceden, la CIDH concluyó que el Estado salvadoreño no violó el derecho a la salud de Jorge Odir Miranda Cortez ni de las otras 26 personas incluidas en el expediente. La CIDH resolvió entonces que el Estado salvadoreño no ha violado el art. 26 CADH en perjuicio de dichas personas, interpretado a la luz del art. 29 del instrumento internacional citado.

Por otra parte, la CIDH emitió un documento a fin de poder establecer, con un grado razonable de objetividad, las distancias entre la situación en la realidad y el estándar o meta deseada en materia de derechos sociales. Así, el 19 de julio de 2008, se aprobaron los “Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.⁽²³⁾

Mediante el establecimiento de indicadores de progreso respecto de los derechos sociales busca avanzar en incorporar la perspectiva de derechos humanos permitiendo analizar la situación de grupos sociales específicos

(23) OEA/Ser. L/VII.132. Doc. 14. 19 julio 2008.

y utilizar instrumentos de medición y seguimiento más adecuados a las distintas realidades nacionales. En el punto 16 del documento se lee:

El proceso de construcción de indicadores en derechos humanos busca utilizar los datos sobre la situación social y económica como referentes para el análisis de las obligaciones progresivas de los Estados frente a los derechos sociales, pero no asigna a esta información un lugar excluyente, pues los complementa con otros datos referidos a los mecanismos institucionales y las políticas públicas que permiten garantizar progresivamente la efectividad de esos derechos, y a los recursos y capacidades con que cuenta la población para exigirlos con cierto grado creciente de efectividad. Esto es, procura medir la realización progresiva de los derechos, y no directamente el grado de desarrollo económico y social del país, aun cuando este grado de desarrollo pueda servir como un factor relevante en la determinación de algunas obligaciones estatales.

5.3.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos (OEA)

La Corte IDH abordó la efectivización de los derechos sociales al interpretar la aplicación del art. 26 CADH, determinando los alcances del principio de progresividad en la materia. Así lo hizo en los precedentes “Cinco Pensionistas vs. Perú” y “Acevedo Buendía vs. Perú”.

En el caso “Cinco Pensionistas vs. Perú”⁽²⁴⁾ la CIDH y los representantes de las presuntas víctimas y sus familiares alegaron el incumplimiento del art. 26 CADH, en cuanto el Estado, al haber reducido el monto de las pensiones de las presuntas víctimas, no cumplió el deber de dar el desarrollo progresivo de sus derechos económicos, sociales y culturales, particularmente no les garantizó el desarrollo progresivo al derecho a la pensión.

El Tribunal entendió que el Estado, al haber cambiado arbitrariamente el monto de las pensiones que venían percibiendo las presuntas víctimas y al no haber dado cumplimiento a las sentencias judiciales emitidas con ocasión de las acciones de garantía interpuestas por estas violó el derecho a la propiedad consagrado en el art. 21 CADH. Además, consideró que el Estado violó el art. 25 CADH al no ejecutar las sentencias emitidas por la Sala de Derecho Constitucional y Social de

(24) CORTE IDH, “Cinco Pensionistas vs. Perú”, 28/02/2003, Serie C N° 98.

la Corte Suprema de Justicia del Perú sino después de casi ocho años de dictadas estas.

Respecto de la progresividad en el pleno goce de los derechos sociales, dijo la Corte que:

Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaiente.

En el caso "Acevedo Buendía y otros vs. Perú",⁽²⁵⁾ nuevamente la Corte IDH interpretó el principio de progresividad afirmando que la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate, distinguiendo las obligaciones estatales cuando se trata de un derecho civil (propiedad y garantías judiciales) respecto de los casos en que está en juego un derecho social (progresividad).

Agregó luego:

... el Tribunal observa que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido materia de pronunciamiento por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en el sentido de que la plena efectividad de aquellos no podrá lograrse en un breve período de tiempo y que, en esa medida, requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo (...) y las dificultades que implica para cada país el asegurar dicha efectividad. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso

(25) CORTE IDH, "Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú" 01/07/2009.Serie C N° 198.

adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos. Como correlato de lo anterior, se desprende un deber —si bien condicionado— de no-regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho... Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate.

En el meollo de la cuestión en debate, la Corte IDH sostuvo:

El incumplimiento de las referidas sentencias judiciales y el consecuente efecto patrimonial que éste ha tenido sobre las víctimas son situaciones que afectan los derechos a la protección judicial y a la propiedad, reconocidos en los arts. 25 y 21 de la Convención Americana, respectivamente. En cambio, el compromiso exigido al Estado por el art. 26 de la Convención consiste en la adopción de providencias, especialmente económicas y técnicas —en la medida de los recursos disponibles, sea por vía legislativa u otros medios apropiados— para lograr progresivamente la plena efectividad de ciertos derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, **la obligación estatal que se desprende del artículo 26 de la Convención es de naturaleza diferente, si bien complementaria, a aquella relacionada con los artículos 21 y 25 de dicho instrumento.**

5.3.4. Corte Suprema de Justicia de la Nación

El principio de progresividad en materia de derechos sociales ha sido utilizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), entendiéndose que impone que todas las medidas estatales de carácter deliberadamente regresivo en esta materia requieren la consideración más cuidadosa y deben justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC, y en el marco del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que el Estado disponga, siguiendo las pautas interpretativas, tanto del Comité Desc, como de la CIDH y la Corte IDH.⁽²⁶⁾

(26) Ver CSJN, casos "Aquino" (Fallos: 327:3677); "Madorrán" (Fallos: 330:1989); "Milone" (327:4607); Torrillo (Fallos: 332:709); "Medina" (Fallos: 331:250); "Silva" (Fallos: 330:5435); "Sánchez" (Fallos: 328:1602) y "Asociación Trabajadores del Estado" (fallado el 28/06/2013).

En el precedente “Benedetti, Estela Sara c/ PEN Ley 25.561 - dtos. 1570/01 y 214/02 s/amparo”, resuelto el 16 de septiembre de 2008, utilizando el principio de progresividad y la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales reconoció el derecho de la actora a percibir las sumas en concepto de renta vitalicia previsional en la moneda y demás condiciones pactadas. Así, observó la Corte IDH que

es inocultable que las normas que alteraron las condiciones pactadas se han desinteresado de la concreta realidad sobre la que deben actuar, a la par que han desvirtuado lo establecido en el art. 75, inc. 23, de la CN, norma que asienta el principio de no regresión en materia de derechos fundamentales. Así lo preceptúa también el principio de progresividad asentado en el art. 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en concordancia con su art. 11 inc. 1, por el que los Estados han reconocido el derecho de toda persona a una mejora continua de sus condiciones de existencia.

La Corte volvió a aplicar el principio de progresividad en otro caso en el que se encontraba en juego un derecho social (vivienda) en abril de 2012 ordenando a la demandada (CABA) garantizar los derechos desconocidos de la amparista. Así, en el caso “Q. c., S. Y. e/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, la actora se agraviaba por el alcance restrictivo que la sentencia apelada otorgó al principio de progresividad. Sostuvo que, si la progresividad se mide con relación al conjunto general de la población —y no respecto de la situación de cada individuo—, resulta prácticamente imposible evaluarla. Explica que ello obligaría a los afectados por una medida regresiva a cotejar todas las partidas presupuestarias destinadas a todos los derechos económicos, sociales y culturales —de forma tal de determinar si la regresión denunciada puede entenderse subsanada o compensada—. Por último, considera que la demandada no realizó el máximo esfuerzo para lograr, progresivamente y con los recursos económicos disponibles, la plena efectividad del derecho reclamado y que las invocadas carencias presupuestarias no han sido debidamente acreditadas.

Allí dijo la Corte que:

Según el PIDESC, los Estados parte no están obligados a proporcionar vivienda a cualquier habitante de su país que adolezca de esa necesidad. Su deber se concreta en fijar programas y

condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las posibilidades que sus capacidades económicas les permitan, conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles. A su vez, el Pacto impone una obligación de progresividad. Ello significa que los países signatarios deberán adoptar medidas que demuestren un avance en las políticas públicas destinadas a garantizar plenamente los derechos allí reconocidos. Sin embargo, esta mejora tiene que ser medida respecto al conjunto general de la población, y no según lo que toque a cada individuo. Lo contrario supondría admitir que, por ejemplo, una nueva política que afecta mayores recursos y duplica los beneficios disponibles podría quedar invalidada si el grupo de destinatarios sufre cualquier alteración en su prestación individual. Por último, el PIDESC impone a los Estados la obligación de asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles mínimos y esenciales de cada uno de los derechos.

En el caso "Asociación de Trabajadores del Estado s/acción de inconstitucionalidad", fallado el 18/06/2013, la Corte sostuvo:

... debe entenderse el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, atinente al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, según lo expresa la señora y cercana sentencia de la Corte IDH dictada en el Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú. Es de recordar, para este orden regional y el citado art. 26, que los Estados miembros de la OEA, convencidos de que el hombre solo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, convinieron en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación, entre otros del principio según el cual el trabajo debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia.

5.3.5. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCJ Buenos Aires) también utilizó el principio de progresividad al resolver otorgar una medida cautelar en el caso "Picorelli Jorge Omar y otros c/M. de Gral. Pueyrredón s/Inconst. Ord. N° 21.296",⁽²⁷⁾ que ordenó suspender

(27) Res. del 24/09/2014.

la vigencia de una normativa municipal que podría afectar la salud de la población y el medio ambiente. Allí dijo que

la circunstancia de que, por regla, no sea pertinente alegar una infracción constitucional frente a la reforma de preceptos generales, ni la existencia de un derecho adquirido al mantenimiento de ese tipo de normas (legales o reglamentarias) o a su simple inalterabilidad, en modo alguno implica convalidar, en asuntos como el aquí examinado, la juridicidad de toda modificación regulatoria, cualquiera fuere su contenido, pues por esa vía podría comprometerse el medio ambiente y la salud de la comunidad, afectando el interés público implicado en su tutela constitucional (arts. 41 CN; 28 Const. Pcial.). Desentenderse de los efectos que sobre la población pueda provocar la iniciativa de reformas normativas como la aquí analizada, se exhibe, al menos en esta instancia inicial, reñido con el principio de progresividad vigente en la materia que, al tiempo que procura la mejora gradual de los bienes ambientales supone que los estándares de protección vigentes o actualmente logrados, no sean sustituidos por otros, inferiores u ostensiblemente Suprema Corte de Justicia Provincia de Buenos Aires ineficaces. El despacho cautelar favorable luce conteste con la interpretación del principio de prevención, precautorio y de progresividad de aplicación al ámbito normativo urbano ambiental...

6. Derechos protegidos por las leyes 26.944 y 26.854

Volviendo al argumento de la doctrina en estudio, que sostiene que las leyes en análisis violentan el sistema constitucional nacional y el internacional de protección de derechos humanos, cobra centralidad la determinación de cuáles son esos derechos afectados por la nueva ley. Es decir, ¿qué derechos constitucionales o convencionales se ven afectados por esta norma que modifica los estándares jurisprudenciales en la materia?

El autor no lo dice, posiblemente por resultar obvio. No obstante, considero —a la luz de los argumentos que continuaré desarrollando— que deviene imprescindible determinar qué derechos podrían verse disminuidos por las leyes 26.854 y 26.944.

De nuestro sistema económico institucional surge, en forma directa e inmediata, que el derecho constitucional protegido por la responsabilidad

del Estado no es otro que el de propiedad (arts. 14 y 17 CN y 21 CADH) —que, además, funciona como uno de los fundamentos sobre los que se estructura la responsabilidad pública—. ⁽²⁸⁾ También de un modo más indirecto, la responsabilidad pública se encuentra vinculada con las garantías judiciales (art. 18 CN y 14 PIDCP). Como se puede observar, la ley de responsabilidad del Estado debe tener por objetivo la protección y garantía de dos derechos civiles (propiedad y garantías judiciales).

La vinculación con derechos sociales —que puede existir— no reviste trascendencia en el presente análisis, pues, de tratarse de una reparación por la violación de un derecho económico, social o cultural, la instancia indemnizatoria transforma tal situación en el ejercicio de un derecho de propiedad. Tampoco existe una forma de objetivizar los casos en los que la indemnización que una persona pueda percibir como reconocimiento de la responsabilidad pública, afecte —favorablemente— a la plena efectivización de un derecho social.

En el caso de la Ley de Medidas Cautelares contra el Estado Nacional, sucede algo similar, ya que si bien Espinosa Molla sostiene su inconstitucionalidad e inconveniencia, no identifica cuáles son los derechos fundamentales que la norma procesal en cuestión afecta. En principio, supongo que la respuesta inmediata sería que violenta las garantías judiciales protegidas por nuestro ordenamiento jurídico (arts. 18 CN; 25 CADH; y 14 PIDCP).

Por lo tanto, en ambas situaciones se trataría de derechos civiles.

7. ¿El principio de progresividad se aplica a los derechos civiles?

Destacó Espinoza Molla que Courtis ha explicado que:

la noción de regresividad puede aplicarse a las normas jurídicas, es decir, se refiere a la extensión de los derechos concedidos por una norma (regresividad normativa). En este sentido —no empírico sino normativo—, para determinar que una norma es regresiva es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior (...) [aclarando que para este autor] si bien tales principios

(28) CSJN, Fallos: 195:66. Ver BALBIN, C. F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Bs. As., La Ley, Tomo IV, 2011, p. 211.

son empleados en materia de derechos sociales, su aplicabilidad no tiene por qué limitarse a ese campo.⁽²⁹⁾

En estas afirmaciones de Courtis podemos distinguir dos cuestiones: la primera es si existe una prohibición de la “regresividad normativa”, en términos generales y abstractos, sin considerar las categorías de derechos en juego; la segunda es si los principios de progresividad y prohibición de regresividad pueden ser empleados en derechos civiles y políticos.

7.1. La prohibición de la regresividad normativa

Corresponde recordar que es un principio jurisprudencial pacífico en nuestro país el que establece por regla que no es pertinente alegar una infracción constitucional frente a la reforma de preceptos generales, ni la existencia de un derecho adquirido al mantenimiento de ese tipo de normas (legales o reglamentarias) o a su simple inalterabilidad. Es decir, la modificación de leyes por otras posteriores no da lugar a cuestión constitucional alguna, ya que nadie tiene un derecho adquirido a su mantenimiento ni a su inalterabilidad.⁽³⁰⁾

También la CSJN ha dispuesto que, si bajo la vigencia de una ley, el particular ha cumplido todos los actos, condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en ella para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido, porque la situación jurídica general creada por esa ley se transforma en una situación jurídica concreta e individual en cabeza del sujeto, que no puede ser suprimida sin agravio del derecho de propiedad consagrado por la Constitución Nacional; y ello, aunque falte la declaración formal de una sentencia o de un acto administrativo, pues estos solo agregan el reconocimiento de ese derecho o el apoyo de la fuerza coactiva necesaria para que se haga efectivo.⁽³¹⁾

Así, la mera modificación de una ley (en ambos casos, de una construcción jurisprudencial), cuando no afecte un derecho adquirido, no generará la violación de la Constitución ni habilitará a la declaración de inconvencionalidad.

(29) COURTIS, CHRISTIAN, *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Bs. As., Editores del Puerto, 2006. El autor inicia el primer capítulo del libro distinguiendo entre la regresividad de resultados y la regresividad normativa. Por una cuestión de espacio de la presente ponencia solo analizaré la segunda prohibición.

(30) CSJN, Fallos: 268:228; 272:229; 291:359; 300:61; 308:199; 310:2845; 311:1213; 325:2875, entre otros.

(31) Conf. doctrina de Fallos: 178:431; 238:496; 298:472; 307:305; 317:1462, entre otros.

En síntesis, la regresividad normativa adquiere relevancia constitucional cuando afecta sustancialmente un derecho adquirido, pudiendo un juez declarar la invalidez de la norma por violar el principio constitucional de razonabilidad en la reglamentación de los derechos (art. 28 CN), debiendo —en ese caso— centrar la decisión en el derecho constitucional afectado. Es decir, la regresividad no puede analizarse en abstracto; requiere que la norma haya afectado en forma irrazonable un derecho constitucional protegido por el ordenamiento jurídico.

Este razonamiento nos conduce entonces al análisis del principio de progresividad y a la prohibición de regresividad respecto de los derechos a la propiedad y a las garantías judiciales, ambos clasificados entre los derechos civiles.

7.2. La aplicación de los principios de progresividad y prohibición de regresividad a los derechos civiles

Como vimos, la distinción entre derechos civiles y derechos sociales es una histórica clasificación conceptual que, de alguna manera, justificó la subsistencia de un disímil tratamiento judicial para la efectivización de los distintos tipos de derechos, caracterizando a los primeros como derechos operativos y justiciables y a los segundos como programáticos y no revisables por el Poder Judicial.⁽³²⁾ Desde este punto de partida, a lo largo de estos años se ha arribado a la posibilidad de efectivización judicial de los derechos sociales, maximizando las posibilidades que brindan los principios de progresividad y la prohibición de regresividad —que, como caracterizaron Abramovich y Curtis, son herramientas interpretativas más flexibles que las destinadas a proteger los derechos civiles y políticos—. De esta forma, actualmente la doctrina y jurisprudencia han reinterpretado la naturaleza y concepto de derechos sociales equiparándolos al resto de derechos humanos.

Los derechos civiles y políticos son plenamente efectivos y su más mínima violación debe desatar como respuesta judicial la orden de cese de la conducta abusiva. Este remedio procesal es el adecuado para proteger aquellos derechos en los que no se encuentra presente una situación de escasez, es

(32) PISARELLO, GERARDO, *Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción*, Barcelona, Trotta, 2006.

decir, donde el Estado no puede alegar la falta de presupuesto o la carencia de recursos para efectivizar tal derecho.⁽³³⁾

El propio Comité de Derechos Humanos, al interpretar la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el PIDCP, luego de afirmar que las obligaciones del Pacto son vinculantes para todos ellos, descartó expresamente la aplicación del principio de progresividad en materia de derechos civiles y políticos al sostener:

El requisito establecido en el párrafo 2 del art. 2° de que se adopten medidas para hacer efectivos los derechos del Pacto no está sometido a condiciones y es de efecto inmediato. La falta de cumplimiento de esta obligación no puede estar justificada alegando consideraciones políticas, sociales, culturales o económicas dentro de ese Estado.⁽³⁴⁾

A diferencia de los derechos civiles y políticos, los derechos sociales, en su mayoría, se desarrollan en el paradigma de la escasez por tratarse de casos en los cuales los recursos existentes no bastan para proveer el beneficio social que se reclama y en los cuales su resolución requiere de una decisión en la que se apliquen criterios de justicia distributiva.

Entiendo peligroso para nuestro Estado social de derecho pensar en la posibilidad de utilizar el principio de progresividad y la prohibición de regresividad como criterio de interpretación en casos en los que están en juego derechos civiles o políticos donde, como vimos, no existe un problema económico para efectivizarlos que justifique la postergación —aún temporal— de su efectivización.

Así, no resultaría admisible que el Estado argumentara que progresivamente irá, por ejemplo, disminuyendo las torturas en los sistemas carcelarios, reconociendo el derecho a la libertad de circulación o de expresión o el derecho a manifestar por sus reivindicaciones o a reclamar judicialmente por su reconocimiento.

Si el Estado incurre en tales abusos en un solo caso individual automáticamente se produce una violación antijurídica de un derecho humano

(33) GROSMAÑ, LUCAS, *Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*, Bs. As., Librería, 2008.

(34) ONU, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General 31, 2004.

fundamental, independientemente del contexto social, económico o político al que hace referencia el principio de progresividad.

7.3. La reglamentación razonable de los derechos humanos y sus restricciones legítimas

Antes de arribar a las conclusiones en el presente documento, y habiendo sostenido ya mi postura sobre la inaplicabilidad del principio de progresividad y prohibición de regresividad a la hora de analizar la constitucionalidad de las leyes de responsabilidad del Estado y de cautelares, quisiera reflexionar brevemente sobre la forma en que debe evaluarse la legislación de un Estado que pudiera afectar derechos fundamentales como el de propiedad o las garantías judiciales.

En el ámbito interno, esta cuestión ha sido suficientemente estudiada, aún antes de la Reforma constitucional de 1994, al analizar la intervención estatal mediante diversas técnicas de limitación de los derechos privados por razones de interés público o bien común. Así, el poder de policía es entendido como una potestad atribuida al Poder Legislativo para reglamentar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que las normas imponen a los individuos.

En el ámbito internacional de los derechos humanos se parte de la base de que los derechos humanos reconocidos por un ordenamiento jurídico son esencialmente relativos pudiendo ser reglamentados de una forma razonable: en algunos casos, ser objeto de restricciones legítimas en su ejercicio; y, en otros muy especiales, ser suspendidos extraordinariamente.

Así se puede afirmar que los derechos humanos reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico solo pueden ser restringidos legítimamente por leyes que no menoscaben su esencia, sean compatibles con su naturaleza y tengan por objeto satisfacer razones de interés general y promover el bienestar de una sociedad democrática (art. 5° PIDCP; art. 4° PIDESC; art. 30 CADH).

Postular la inconstitucionalidad de las leyes en cuestión (26.854 y 26.944) por violentar los derechos humanos incorporados a nuestro ordenamiento jurídico exige, al menos, indicar los derechos afectados y explicar en qué forma estas normas menoscaban su esencia, son incompatibles con su naturaleza o no tienden a satisfacer el bien común en una sociedad democrática.

8. Conclusiones

8.1. Inutilidad y peligrosidad de la propuesta teórica en estudio

Como síntesis de lo hasta aquí expuesto, la propuesta de aplicar los principios interpretativos de progresividad y prohibición de regresividad a derechos como el de propiedad y los vinculados a las garantías judiciales —en mi opinión— resulta inútil y peligrosa.

La inutilidad se desprende de la innecesaridad de recurrir a estos criterios —propios del ámbito de los derechos sociales— para resolver cuestiones que cuentan con herramientas de protección mucho más efectivas y sofisticadas.

El peligro radica en la incorporación de una herramienta débil y flexible —como son ambos principios— a un ámbito donde la efectivización judicial de los derechos civiles y políticos no ha sido puesta en tela de juicio ni en discusión.

El principio de progresividad y la prohibición de regresividad han sido excelentes herramientas hermenéuticas para lograr la efectivización de los derechos sociales frente a la resistencia de los Estados, fundada en la escasez de recursos para afrontar la plena vigencia de tales derechos. Transpolar dichos principios al ámbito de los derechos civiles podría debilitar las instancias de judicialización de gran parte de los derechos fundamentales.

Entiendo que es imperioso abordar la idea jurídica de responsabilidad del Estado —ya sea a través de una ley de responsabilidad pública o de un proceso de revisión judicial cautelar de su accionar— como un mecanismo de redistribución de recursos y de igualación social que interpela las políticas públicas del Estado, a la luz del reconocimiento de derechos fundamentales en cabeza de sectores sociales excluidos de los beneficios del sistema económico impuesto a toda la población.

