

LA LEY DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (26.944) Y LA LEY DE MEDIDAS CAUTELARES CONTRA EL ESTADO (26.854) FRENTE AL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES.

Pablo Octavio Cabral.-

I- 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 y de medidas cautelares. Esta indagación está motivada en la lectura de sendos trabajos de autoría del profesor Martín Espinoza Molla en los que analiza, tanto la ley de responsabilidad estatal (26.944)¹ como la ley de medidas cautelares contra el Estado Nacional (26.854)², concluyendo que ambas violentan la constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos 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. 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

¹ Espinoza Molla, Martín; "Comentarios a la nueva ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos", Sup. Adm. 2014 (Agosto), 3- La Ley 2014-E.

² 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?, DPI Diario; Diario Administrativo, Año 2, N° 28 del martes 29 de julio de 2014.

una sociedad armoniosa y perfectamente reconciliada deben ser abandonadas³. 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.

II.- 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 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 moralista⁴. El conjunto de reglas jurídicas 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 sólo el medio para que se alcance un determinado orden social. Ahora bien, la viabilidad de cualquier interpretación normativa, no dependerá sólo 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.⁵

³ Mouffe, Chantal, Agonística. Pensar el mundo políticamente, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2014.

⁴ Gramsci, Antonio: “*Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y sobre el Estado Moderno*”, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 2003, p.105.

⁵ Althusser, Luis: “*Ideología y aparatos ideológicos del Estado*”, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1988, pág. 28.

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 contra hegemónica de tales derechos, orientada a la construcción de una sociedad más justa y más digna⁶. 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”.⁷

III.- POSTURA DOCTRINARIA EN ESTUDIO.

Martín Renato Espinoza Molla sostiene en su análisis que la nueva ley de responsabilidad del Estado (26.944) implica un retroceso en el sistema de responsabilidad patrimonial, integrado -hasta el momento de sanción de la norma- por una sólida jurisprudencia de aplicación analógica de las disposiciones del Código Civil, y que ello

⁶ Boaventura de Sousa Santos, *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*, Editorial Trotta, Madrid, 2014. Al respecto dice: “Esto explica por qué los grupos sociales oprimidos no pueden por menos de plantearse la siguiente pregunta: Incluso si los derechos humanos forman parte de la propia hegemonía que consolida y legitima la opresión, ¿pueden utilizarse para subvertirla? Dicho de otra manera: ¿podrían los derechos humanos utilizarse de un modo contra hegemónico? Y, en tal caso, ¿cómo? Estas dos preguntas conducen a otras dos. ¿Por qué hay tanto sufrimiento humano injusto que no se considera una violación de los derechos humanos? ¿Qué otros discursos de la dignidad humana existen en el mundo y en qué medida son compatibles con los discursos de los derechos humanos?”.

⁷ Clavero, Bartolomé, *Derecho Global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*. Editorial Trotta, Madrid, 2014.

implica la transgresión del principio de prohibición de regresividad en materia de Derechos Humanos.⁸

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.

Concluye diciendo que: “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.”

Por otro lado, en su trabajo sobre la nueva ley de cautelares en los procesos en que es parte el Estado Nacional (26.854) sostiene -con similar argumento- la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la nueva norma, concluyendo que la “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”.⁹

No pretendo en este trabajo desarrollar las opiniones del autor referidas a la técnica legislativa, ni al nivel de recepción de los criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ni respecto del diseño normativo, sino detenerme en la premisa de la que parte -aplicación a la materia del principio que prohíbe la regresividad-

⁸ “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.”

⁹ Espinoza Molla, Martín, ob. cit.

.¹⁰ En otras palabras, el abordaje prescindirá 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.

IV. EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES.

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 general de los Derechos Humanos, junto con la universalidad, irrenunciabilidad, inalienabilidad, indivisibilidad e interdependencia¹¹. La progresividad, en esta última acepción, denota la constante aparición en la historia de la humanidad de nuevos derechos humanos desconocidos hasta el momento en 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

¹⁰ “Pues bien, el breve análisis que nos proponemos, se enmarcará en el estudio de la nueva regulación normativa a efectos de precisar si la misma goza de una adecuada técnica legislativa, verificar el nivel de recepción de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Nacional, y, en tal sentido, analizar el diseño normativo para determinar si se presenta equilibrado; y, finalmente, su grado de adecuación al principio que prohíbe la regresividad en materia de Derechos Humanos.”

¹¹ Salvioli, Fabián, “Transparencia y Políticas Públicas: Dimensiones contemporáneas de los derechos humanos”, Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho. Studia in honores Nelson Mandela, Joaquín González Ibáñez (dir.), Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009.

los derechos y libertades fundamentales de mujeres y hombres experimentan una actualización y evolución permanentes".¹²

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 sólo 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, éste 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."¹³

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: 1) Son pautas de segundo grado, ya que presuponen la existencia de otras reglas y se refieren a ellas. 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. Asimismo, en determinados casos completan las llamadas "lagunas del derecho". 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

¹² Salvioli, Ob. Cit., p. 102. Al respecto Pedro Nikken identifica también como una característica de los derechos humanos la progresividad y su irreversibilidad.

¹³ Nikken, Pedro; La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N°52, p. 55, San José, Costa Rica.

derecho integran nuestro ordenamiento jurídico, y 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: i) Informadora: Los principios se dirigen al legislador, quien los debe considerar al momento de legislar, actuando como fundamento del ordenamiento jurídico; ii) 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; ii) 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.¹⁴

Como bien lo dice Courtis -en la cita traída a su trabajo por Espinoza Molla- 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 la 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

¹⁴ Cabral, Pablo Octavio; Los principios de l Derecho Laboral y su operatividad en la relación de empleo público, con particular referencia al derecho a la estabilidad, Lexis Nexis Nº 0003/800107. Ampliar en Carrió, Genaro R., "Notas sobre Derecho y lenguaje", edición corregida y aumentada, 1994, Ed. Abeledo-Perrot, p. 209.

estos eran verdaderos derechos subjetivos justiciables y exigibles inmediatamente, mientras que los primeros sólo 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.”¹⁵ 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 y su Protocolo Facultativo, lo que habría significado una victoria del entonces Bloque Occidental.¹⁶

Los derechos civiles y políticos reconocidos en los tratados de derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, entre muchos otros) 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.¹⁷

¹⁵ Nikken, Pedro, La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N°52, p. 55, San José, Costa Rica.

¹⁶ Corresponde aclarar, que con posterioridad la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional ha reconocido que tal distinción entre derechos sociales y derechos civiles y políticos respecto de su judicabilidad, no se encuentre justificada ni por ambos Pactos ni por la naturaleza de los derechos consagrados en ellos. Así la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Acevedo Buendía y otros vs. Perú” afirmó que: “En este sentido, la Corte considera pertinente recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.” En similar sentido la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso “Airey” sostuvo que: “El Tribunal no ignora que la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica. Por otro lado, el Convenio [Europeo] debe interpretarse a la luz de las condiciones del presente [...] y ha sido diseñado para salvaguardar al individuo de manera real y efectiva respecto de los derechos protegidos por este Convenio [...]. Si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio”, ECHR, *Case of Airey v. Ireland*, Judgment of 9 October 1979, Serie A, no. 32, para. 26.

¹⁷ Pinto, Mónica, Temas de derechos humanos, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2011.

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.¹⁸

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

En el ámbito regional la Convención Americana de Derechos Humanos establece en su artículo 26 similar criterio (**Desarrollo Progresivo**: Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados), reiterado luego en el art. 1 del Protocolo Adicional de San Salvador (Los Estados partes en

¹⁸ Para ver el origen de los dos pactos gemelos, consultar Nikken, Pedro, ob. cit; "Por iniciativa del Consejo Económico y Social, la propia Asamblea General resolvió en 1952 que habría dos pactos: uno relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, y otro a los derechos civiles y políticos. Esta cuestión estaba llamada a representar uno de los aspectos polémicos que se planteó desde el primer momento, cuyo trasfondo no deja de exhibir connotaciones conceptuales e incluso ideológicas, pero que se manifestó como una cuestión política, dentro del enfrentamiento entre los dos bloques que protagonizaron la llamada Guerra Fría. Se trataba de un asunto capital, atinente al contenido, alcance y entidad de la convención destinada a plasmar un compromiso formal y general de los Estados en materia de derechos humanos. El problema consistía en determinar si la misma debía proteger los derechos económicos, sociales y culturales al igual que los civiles y políticos".

el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, **a fin de lograr progresivamente**, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo).

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”¹⁹

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 sólo 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

¹⁹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2006.

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. De todas formas, una medida regresiva se presume violatoria del tratado. Esto quiere decir que, llegado el asunto al examen de algún organismo de control, será el Estado quien deba probar que la medida regresiva está justificada.”²⁰

3. Interpretación de los principios por organismos internacionales y nacionales.

3.a) 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 N° 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 artículo 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 artículo 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

²⁰ Parra Vera, Oscar, *Protección Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2008, p.140.

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 Nº 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 del PIDESC pide por lo contrario, esto es, la introducción progresiva de la enseñanza superior gratuita²¹.

3.b) Comisión Interamericana de Derechos Humanos (O.E.A.).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos 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 emitió el Informe No. 27/09 resolviendo el fondo en cuestión del caso 12.249 (“Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador”).

En el referido caso, los peticionarios han alegado la violación del artículo 26 de la Convención Americana, en perjuicio de Jorge Odir Miranda Cortez y las demás personas individualizadas en el Caso 12.249, como parte de las disposiciones que protegen el derecho a la salud. Los peticionarios invocaron asimismo el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 34 de la Carta de la OEA y el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

La Comisión destacó que “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

²¹ Observaciones finales al tercer informe periódico de Alemania, 2-12-1998, E/C.12/1/Add.29, párr. 22.

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 Comisión Interamericana resolvió entonces que el Estado salvadoreño no ha violado el artículo 26 de la Convención Americana en perjuicio de dichas personas, interpretado a la luz del artículo 29 del instrumento internacional citado.

Por otra parte, la Comisión Interamericana 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”²².

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 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.”

²²OEA/Ser. L/VII.132. Doc. 14. 19 julio 2008.

3.c) Corte Interamericana de Derechos Humanos (O.E.A.).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó la efectivización de los derechos sociales al interpretar la aplicación del artículo 26 de la 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**”²³ la Comisión Interamericana y los representantes de las presuntas víctimas y sus familiares alegaron el incumplimiento del artículo 26 de la Convención Americana, 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.

La Corte 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 éstas violó el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención. Además consideró que el Estado violó el artículo 25 de la Convención Americana al no ejecutar las sentencias emitidas por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia del Perú sino después de casi ocho años de dictadas éstas.

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

²³ Cfr. Caso “Cinco Pensionistas Vs. Perú”. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.

En el caso “**Acevedo Buendía y otros vs. Perú**”²⁴ nuevamente la corte 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).

La Corte sostuvo que “En este sentido el Tribunal recuerda que el contenido del artículo 26 de la Convención fue objeto de un intenso debate en los trabajos preparatorios de ésta, nacido del interés de los Estados por consignar una mención directa a los derechos económicos, sociales y culturales; una disposición que establezca cierta obligatoriedad jurídica [...] en su cumplimiento y aplicación; así como los respectivos mecanismos para su promoción y protección, ya que el Anteproyecto de tratado elaborado por la Comisión Interamericana hacía referencia a aquellos en dos artículos que, de acuerdo con algunos Estados, sólo recogían en un texto meramente declarativo, conclusiones establecidas en la Conferencia de Buenos Aires. La revisión de dichos trabajos preparatorios de la Convención demuestra también que las principales observaciones sobre la base de las cuales ésta fue aprobada pusieron especial énfasis en dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos. Así, como parte del debate en los trabajos preparatorios, también se propuso hacer posible la ejecución de dichos derechos mediante la acción de los tribunales.”

Agregó luego que “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 aquéllos 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

²⁴ Cfr. Caso “Acevedo Buendía y otros vs. Perú”. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198.

efectividad. En el marco de dicha flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso 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. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que 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 Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que el Estado disponga. En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso. 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 sostuvo que “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 artículos 25 y 21 de la Convención Americana, respectivamente. En cambio, el compromiso exigido al Estado por el artículo 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.**"

3.d) 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, entendiendo que impone que todas las medidas estatales de carácter deliberadamente regresivo en esta materia requiere 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 Comisión y la Corte interamericanas de Derechos Humanos (Ver fallos: "Aquino"²⁵, "Madorrán"²⁶, "Milone"²⁷, "Torrillo"²⁸, "Medina"²⁹, "Silva"³⁰, "Sánchez"³¹ y "Asociación Trabajadores del Estado"³²).

En el precedente "Benedetti, Estela Sara c/ P.E.N. ley 25.561 - dtos. 1570/01 y 214/02 s/ amparo", resuelto en fecha 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 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 Constitución Nacional, 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

²⁵ CSJN, Fallos, 327:3677.

²⁶ CSJN, Fallos, 330:1989.

²⁷ CSJN, Fallos: 327:4607.

²⁸ CSJN, Fallos, 332:709.

²⁹ CSJN, Fallos: 331:250.

³⁰ CSJN, Fallos: 330:5435.

³¹ CSJN, Fallos, 328:1602.

³² CSJN, Fallado el 28 de junio de 2013.

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 de junio de 2013, la Corte sostuvo que “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 señera 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”

3.e) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires aplicó recientemente -24-09-2014- el principio de progresividad al resolver otorgar una medida cautelar en el caso "Picorelli Jorge Omar y otros c/ Municipalidad de General Pueyrredón s/ Inconst. Ord. Nº 21.296" que ordenó suspender 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 (CSJN, Fallos 326: 1442; 327: 2293; 5002; 329: 976; 1586; 333: 108; 2222; entre muchos otros), 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, C.N.; 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 (conf. art. 4, ley 25.675; CSJN, Fallos 329:2316; esta Corte causa I. 71.446, "Fundación Biosfera", res. cit.) 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 que esta Suprema Corte efectuara en los autos C. 111.706, sent. del 8-VIII-2012 (art. 4 de la ley 25.675; cfr. Asimismo causas B. 64.464, "Dougherty", cit.; I. 68.174, "Filón" e I. 71.446, "Fundación Biosfera", cit.).

V.- DERECHOS PROTEGIDOS POR LA LEY DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y LA LEY DE CAUTELARES.

Volviendo al argumento de la doctrina en estudio, que sostiene que la norma de responsabilidad del Estado violenta 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 26854 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 de la CADH), que además funciona como uno de los fundamentos sobre los que se estructura la responsabilidad pública³³. También de un modo más indirecto la responsabilidad pública se encuentra vinculada con las garantías judiciales (Art. 18 CN y 14 del PIDCyP). Como se puede observar la ley de responsabilidad

³³ CSJN, Fallos, 195:66. Ver Balbín, Carlos F, Tratado de Derecho Administrativo, La Ley, Tomo IV, p.211, Buenos Aires, 2011.

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 objetivar 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 cuales 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 (Art. 18 CN, 25 CADH y 14 del PIDCyP).

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

VI.- ¿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 son empleados en materia de derechos sociales, su aplicabilidad no tiene por qué limitarse a ese campo"³⁴.

En estas afirmaciones de Courtis podemos distinguir dos cuestiones; la primera es si existe una prohibición de la "regresividad normativa", en términos generales y

³⁴ Christian Courtis, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 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 sólo analizare la segunda prohibición.

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.

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

También la Corte Suprema ha dispuesto que si bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y 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 aunque falte la declaración formal de una sentencia o de un acto administrativo, pues éstos sólo agregan el reconocimiento de ese derecho o el apoyo de la fuerza coactiva necesaria para que se haga efectivo (conf. doctrina de Fallos: 178:431; 238:496; 298:472; 307:305; 317:1462, entre otros).

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

Como explican Curtis y Abramovich –siempre haciendo referencia a los Derechos Sociales- la sanción de una reglamentación legal regresiva no constituye *per se* una razón de invalidez o inconstitucionalidad, sino que la regresividad integra un factor agravado del análisis de razonabilidad. Dicen “la prueba de que una norma es regresiva determina una

presunción de invalidez o de inconstitucionalidad, transfiriendo al Estado la carga de argumentar a favor de la racionalidad de la legislación propuesta”.

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.

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.³⁵ 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 principio de progresividad y la prohibición de regresividad, que como caracterizaron Abramovich y Courtis, son herramientas interpretativas más flexibles que las destinadas a proteger los derechos civiles y políticos. De esta forma actualmente la doctrina y jurisprudencia han

³⁵ Pisarello, Gerardo, Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Editorial Trotta, Barcelona, 2006.

reinterpretado la naturaleza y concepto de derechos sociales equiparándolos al resto de derechos humanos.³⁶

³⁶ Ampliar en; ABRAMOVICH, V. y PAUTASSI, L (comp.) *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos* Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009. ABRAMOVICH, V y PAUTASSI, L. (2010) *Medición de Derechos en las Políticas Sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2010. ABRAMOVICH, V.; AÑON, M. J.; COURTIS, C.: *Derechos Sociales: Instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003.- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C.; *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta. *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Estudios del Puerto, Buenos Aires, 2006.- ABRAMOVICH, V., BOVINO, A. y COURTIS, C. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2007. ACKERMAN, B. *La Justicia Social en el Estado Liberal*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. ALBANESE, S.; *El alcance de los Derechos Económicos Sociales y Culturales en el plano de las Observaciones Generales. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el control de convencionalidad*. Ediar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013. ALEXY, R: *Teoría del discurso y los derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 1, Bogotá, 1995. ALSTON, P. y ROBINSON, M, *Human Rights and Development. Towards Mutual Reinforcement*, OXFORD University Press, New York, 2005. AÑON ROIG, M. J.: *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México, 2001; *Necesidades y Derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994. ARANGO, R.: *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales*, Legis Editores SA, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2005. BALDASARRE, A.: *Los Derechos Sociales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001. BARBEITO, A. C. y LO VUOLO, R. M., *La modernización excluyente. Transformación económica y Estado de Bienestar en Argentina*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1995. BARBERO, O. U., *Derecho a la Salud*, Universitatis, Buenos Aires, 2007. BEJAR, R. C. y TORTOSA, J. M. *Pros y contras del Estado del Bienestar*, Tecnos, Madrid, 1996. BERCOVICH, L y MAURINO, G, *Los derechos sociales en la Gran Buenos Aires. Algunas aproximaciones desde la teoría, las instituciones y la acción*, Eudeba, Buenos Aires, 2013. BIDART CAMPOS, G y PIZZOLO C., *Derechos Humanos, Corte Interamericana. Opiniones consultivas. Textos completos y comentarios*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, S/A. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2009; BONAVIDES, P. *Del Estado Liberal al Estado Social*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2014. BONILLA MALDONADO, D. *La función social de la propiedad*, Eudeba, Buenos Aires, 2013. BROWN, W y WILLIAMS, P, *La crítica de los derechos*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2003. CARBONELL, M. *Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013. CASTEL, R, *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?*, Manantial, Buenos Aires, 2011. CHINCHILLA HERRERA, T. E. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Editorial Temis, Bogotá, 2009. CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS), *La Lucha por el Derecho. Litigio estratégico y Derechos Humanos*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2008; *El Estado frente a la protesta social. 1996-2002*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2003. CONTRERAS PELAEZ, F. *Derechos sociales: Teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994. COSSIO DÍAZ, J. R. *Estado Social y Derechos de Prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989. COURTIS, C. *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2006. CLARK, D, FOX, J y TREAKLE, K, *Derecho a Exigir Respuestas. Reclamos de la sociedad civil ante el Panel de Inspección del Banco Mundial*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2005. DE BÚRCA, G y DE WITE, B. *Social Rights in Europe*, OXFORD University Press, New York, 2005. DEL LLANO, C.: *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Anthropos, Barcelona, 2005. DUBET, F., *Repensar la Justicia Social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2011. EPP, C. R, *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2013. ESTÉVEZ ARAÚJO, J. A., *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2013. FAYT, C. S. *Evolución de los Derechos Sociales: Del reconocimiento a la exigibilidad. El legado del Siglo XX y los desafíos del Siglo XXI*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007. FISS, O. *El derecho como Razón Pública*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007. GARCÍA HERRERA, M.A. *El*

constitucionalismo en la crisis del Estado Social, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, S/A. GARRETA LECLERCQ, M., *Legitimidad política y neutralidad estatal. Sobre los fundamentos del liberalismo*, Eudeba, Buenos Aires, 2007. GIL DOMINGUEZ: *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos*, Ediar, Buenos Aires, 2005. GIMÉNEZ, T. V. *La exigibilidad de los Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006. GRIMM, D.: *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006. GROSMAN, L. *Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*, Librería, Buenos Aires, 2008. GRUPO DE TRABAJO PROTOCOLO DE SAN SALVADOR (2011) *Indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador*. Organización de Estados Americanos (OEA) Washington, D.C. OEA/Ser.L/XXV.2.1, 16 de diciembre 2011, disponible en: http://www.oas.org/es/sedi/ddse/paginas/index-7_GT.asp. HABERMAS, J. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado Democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Editorial Trotta, Madrid, 2005. HELLER, H.: *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992. HERRERA, C. M., *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009. HOLMES, S y SUNSTEIN, C. R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2011. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano*, IIDH, San José de Costa Rica, 2008; *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, IIDH, San José de Costa Rica, 2008. KAUFMAN, G. A., *Dignus Inter Pares. Un análisis comparado del derecho antidiscriminatorio*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010. KRAMER, L. D. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011. LUHMANN, N. *Teoría política en el Estado de Bienestar*, Alianza Universidad, Madrid, 2002. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL (Uruguay), *Documentos relevantes en los ámbitos internacional y nacional sobre derechos económicos, sociales y culturales*, Montevideo, 2012. MONTORO BALLESTEROS, A., *Conflicto Social, Derecho y Proceso*, Universidad de Murcia, Murcia, 1993. MORELLO, A. M. y MORELLO, G. C., *Los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud. Una lectura interdisciplinaria*, Librería Editora Platense, La Plata, 2002. MUÑOZ DE BUSTILLO, R. *Crisis y futuro del Estado de Bienestar*, Alianza Universidad, Madrid, 1993. NOZICK, R., *Anarquía, Estado y Utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988. OFFE, C. *Contradicciones en el Estado de Bienestar*, Alianza Universidad, Madrid, 1990. ORTIZ ORTIZ, E., *Costa Rica: Estado Social de Derecho*, San José de Costa Rica, 1977. PANSIERI, F. *Eficácia e vinculacao dos Direitos Sociais. Reflexoes a partir do direito a moradia*, Editora Saraiva, Sao Paulo, 2012. PARRA VERA, O., *El derecho a la salud en la Constitución, la Jurisprudencia y los instrumentos Internacionales*, Defensoría del Pueblo de Colombia, Serie DESC, Bogotá, 2003. PECES-BARBA, G. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, EUDEMA, Madrid, S/A; *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999. PICÓ, J. *Teorías sobre el Estado de Bienestar*, Siglo XX Editores, Madrid, 1987. PISARELLO, G. *Los Derechos Sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Edición Trotta, Barcelona, 2006; *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*. Icaria Editorial S.A., Barcelona, 2003. PRONER, C. *Os direitos humanos e seus paradoxos: Análise do Sistema Americano de Protecao*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002. RAWLS, J., *Liberalismo político*, Fondo de Cultura Económica, México, 2011; *La justicia como equidad. Una reformulación*, Paidós, Buenos Aires, 2004. RINCÓN CÓRDOBA, J. I. *Las generaciones de los derechos fundamentales y la acción de la Administración Pública*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2004. ROSANVALLON, P. *La sociedad de iguales*, Manantial, Buenos Aires, 2012. ROSILLO MARTÍNEZ, A. *Liberación y Justicia Social. Derechos Humanos desde la teología de la liberación*, Educación para las ciencias en Chiapas, San Cristóbal de Las Casas, 2012. SAGGESE, F., (2009) *El derecho a un nivel de vida adecuado*, Librería Editora Platense, La Plata, 2009. SARLO, O. y BLANCO, A. *El principio de igualdad en la teoría del derecho y la dogmática jurídica*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008. SWIQTOWSKI, A. M. *Carta de los Derechos Sociales Europeos*, EDUNTREF, Caseros, 2007. TREVES, R. *Sociología del Derecho y socialismo liberal*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. UCIN, M. C., *La tutela de los derechos sociales. El proceso colectivo como alternativa procesal*, Librería Editora Platense, La Plata, 2011. UPRIMNY, R., RODRIGUEZ C. y GARCÍA M. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Grupo Editorial Norma, Bogotá, 2006. VAZÁN, V., *Derecho a la salud y*

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 decir, donde el Estado no puede alegar la falta de presupuesto o la carencia de recursos para efectivizar tal derecho.³⁷

El propio Comité de Derechos Humanos, al interpretar la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 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 que “El requisito establecido en el párrafo 2 del artículo 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” (Observación General Nº 31 -2004-).

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 aplique 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.

justicia constitucional. Estándares jurisprudenciales de la Corte Suprema, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2013. ZERBINI RIBEIRO LEAO, R, *Os direitos econômicos, sociais e culturais na América Latina e o Protocolo de San Salvador*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2001.

³⁷ Para un estudio de los paradigmas del control judicial, ver Grosman, Lucas, *Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*. Librería, Buenos Aires, 2008.

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

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.³⁸

En el ámbito internacional de los derechos humanos se parte de la base 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.³⁹

³⁸ Hutchinson, Tomas, Tratado Jurisprudencial y doctrinario, Tomo I, Volumen 3, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2010.

³⁹ Pinto, Mónica, ob. cit, al respecto dice: "Si la reglamentación razonable comporta la regulación legal del ejercicio de un derecho, sin desvirtuar su naturaleza y teniendo en mira su pleno goce y ejercicio en

Así se puede afirmar que los derechos humanos reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico sólo 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 del PIDCyP; art. 4 del PIDESC; art. 30 de la 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.

VIII. CONCLUSIONES. 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 a 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.

La peligrosidad 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

sociedad, las restricciones legítimas son los límites de tipo permanente que se imponen al ejercicio de algunos derechos en atención a la necesidad de preservar o lograr determinados fines que interesan a la sociedad toda. Finalmente, la suspensión apunta a la situación extraordinaria en la cual se encuentre en peligro la vida de la nación y ello haga necesario decidir la suspensión del ejercicio de determinados derechos por el tiempo y en la medida estrictamente limitadas a las exigencias de la situación.” P. 87.

podría debilitar las instancias de judicialización de gran parte de los derechos fundamentales.