

El principio de progresividad en materia de derechos fundamentales



Juan Stinco

I.- Introducción

El sistema internacional de protección de los derechos fundamentales posee una fuerza expansiva intrínseca. Por su propia naturaleza, nutre a las diversas ramificaciones del fenómeno jurídico.

En particular, en esta oportunidad nos dedicaremos someramente a esbozar algunas líneas en torno al principio de progresividad, como nota distintiva que originariamente fuera desarrollada de manera relacionada con los derechos económicos, sociales y culturales, con la intención de clarificar sus conceptos centrales y estudiar su actual aplicación.

Para tal cometido comenzaremos con el desarrollo de su definición y fuentes normativas, su funcionamiento y la explicitación de algunos de los aspectos concretos que posee su aplicabilidad.

II.- Los derechos económicos sociales y culturales

Cabe comenzar señalando que la noción de derechos humanos no solo comprende a los derechos civiles y políticos (DCyP), sino que incluye a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC).

Este dato es claro en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que enuncia los “derechos esenciales del hombre” en un orden que no refleja jerarquías ni prioridades.

Así, en la enunciación de los derechos protegidos, encuentran su lugar: el derecho a la preservación de la salud y el bienestar (artículo XI), a la educación (artículo XII), a los beneficios de la cultura (artículo XIII), al trabajo y a una justa retribución (artículo XIV), al descanso y a su aprovechamiento (artículo XV), a la seguridad social (artículo XVI), entre otros.

En su informe anual a la Asamblea General en 1970,¹ la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) señaló:

En el campo de los derechos económicos y sociales, considera la Comisión que es también de apremiante urgencia la aceleración de los procesos de reforma agraria inspirados en el Artículo 23 de la Declaración Americana, y el progreso de todas las medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, al vestido, la vivienda y la asistencia médica.

Por su parte, la CIDH realizó recomendaciones en este sentido: “que todos los Gobiernos consideren la adopción de medidas que fortalezcan la condición económica de los pueblos”, y continúa:

Abrigamos la convicción de que un vigoroso desarrollo de nuestras economías nacionales, fundado en una justa cooperación internacional y en un intercambio equitativo de nuestros productos, es la base indispensable para la sólida construcción de una comunidad americana integrada por hombres y mujeres libres de temor, de miseria y de opresión.²

III.- La interrelación e interdependencia de los subsistemas que componen el sistema internacional de derechos humanos

Existe una íntima relación entre los diversos subsistemas internacionales que estratifican los derechos humanos. Este aspecto, a menudo, se muestra un tanto opaco.

Así, cuando las normas reglamentarias habilitaron el tratamiento de peticiones individuales por parte de la CIDH, le asignaron la función de

prestar particular atención a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los Artículos I (derecho a la vida, la seguridad e integridad de la persona), II (derecho de igualdad ante la ley), III (derecho de libertad religiosa y de culto), IV (derecho de libertad de investigación, opinión, expresión

1 Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1970). OEA/Ser.L/V/II.25 Doc. 9 rev., 1971.

2 Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1970), OEA/Ser.L/V/II.25 Doc. 9 rev., 1971.

y difusión), XVIII (derecho de justicia), XXV (derecho de protección contra la detención arbitraria) y XXVI (derecho a proceso regular) de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.³

Esta circunstancia no fue óbice para el tratamiento por parte de la CIDH de un espectro más amplio que incluyó, en su caso, los DESC.

Por su parte, en el ámbito del acceso a la justicia, la CIDH propone el acceso a los recursos legales, a las garantías y recursos administrativos, a las garantías y recursos judiciales. Sobre este punto, elaboró el informe *El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, relativos a los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).⁴ El acceso a la información y la participación toman en cuenta la posibilidad efectiva de contar con la información necesaria en tiempo oportuno y la incidencia posible de la sociedad civil.

Consecuentemente, la CIDH, con el transcurso del tiempo, fue reconociendo la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos civiles y políticos.

Teniendo en cuenta esa indivisibilidad de los derechos humanos, la Comisión puntualizó que la violación de los DESC generalmente trae aparejada una violación de DCyP.

Esta situación puede darse en diferentes grados, según la medida de la violación de los DESC, pudiendo sostenerse en términos generales que, a menor disfrute de estos, habrá un menor disfrute de los DCyP. En este contexto, una situación de máxima violación de los DESC significará una máxima violación de los DCyP. Ello es lo que sucede cuando nos encontramos con una situación de pobreza extrema.⁵

IV.- El origen del carácter progresivo de los derechos económicos sociales y culturales

El proceso de codificación que condujo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) priorizó los DCyP y acotó los DESC a una norma caracterizada como de “desarrollo progresivo”, cuya formulación responde al artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶ (PIDESC), adoptado pocos años antes.

³ Estatuto de la CIDH, artículo 20(a).

⁴ OEA/Ser.L/V/II.129 Doc.4, 7 de septiembre de 2007.

⁵ Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay (2001), OEA/Ser./L/VII.110 Doc. 52, párr. 4.

⁶ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 3 de enero de 1976, 993 UNTS 3.

El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que

Los Estados parte 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.

Por su parte, el artículo 1º del Protocolo de San Salvador establece que

Los Estados parte en 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.

En esta inteligencia, la disposición del artículo 26 de la CADH ha ligado su suerte a las de “las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”, lo que permite inferir que, en principio, hay obligaciones positivas de los Estados a este respecto que se suman a las que dimanarían de la Declaración Americana. Ello conforma un conjunto normativo de carácter general que luego se verá enriquecido por el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”.⁷

En concreto, los Estados deben adoptar medidas para garantizar, hasta el máximo de los medios apropiados, la plena efectividad de los DESC reconocidos y, para ello, deben desarrollar políticas en el orden interno y también emplear la asistencia y la cooperación internacionales, en especial materia económica y técnica.⁸

7 Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, San Salvador, El Salvador, 17 de noviembre de 1988, en vigor desde el 16 de noviembre de 1999, Serie sobre Tratados OEA N° 69.

8 PIDESC, artículo 2; Protocolo de San Salvador, artículo 1.

V.- El principio de progresividad de los derechos económicos sociales y culturales

A partir de lo expuesto en el acápite precedente, cobra relevancia el principio de progresividad. Como podrá apreciarse a continuación, en doctrina existe cierto consenso en los aspectos genéricos o generales de dicho principio.

Nikken⁹ define el concepto de progresividad de los derechos humanos sosteniendo que

La progresividad a lo que apunta es al desarrollo y vigorización de los recursos de que dispone la persona para hacer efectivo el respeto a ese deber jurídico a cargo de los Estados. Precisamente, por tratarse de un deber cuyo cumplimiento es inmediatamente exigible, se han conjugado diversos factores para arbitrar medios cada vez más eficaces para reclamar su cumplimiento.

Como sostienen Londoño-Toño, Figueredo-Medina y González-Acosta,¹⁰

El principio de progresividad es de gran importancia en la protección de los derechos colectivos como derechos humanos al interior de la jurisdicción, además se encuentra consagrado en el Protocolo de San Salvador (art. 4°). En virtud de los mandatos constitucionales, las instituciones del Estado deben buscar el desarrollo y el fortalecimiento de los recursos de los que disponen los ciudadanos para ver materializados los deberes y las obligaciones del Estado frente a ellos, a través de medios eficaces y eficientes, con un enfoque progresista en lugar de una regresividad en la implementación de mecanismos de protección, que garanticen un acceso a la jurisdicción y un fallo judicial efectivo.

Señala Pinto¹¹ que

La reconocida progresividad que caracteriza a la concreción de estos derechos debe entenderse como una política de avance claro hacia su logro. De lo que se trata es de avanzar hacia el logro de los DESC, lo que no puede entenderse ubicando a estos derechos y sus correlativas obligaciones para el Estado en un limbo jurídico.

9 Nikken, P. (1967). *La protección Internacional de los Derechos Humanos -su desarrollo progresivo-*. Madrid: Civitas, p. 311.

10 Londoño-Toño, B., Figueredo-Medina, G. y González-Acosta, A. (2009). Balance de la Universidad de Rosario ¿Progresividad o regresividad en la protección de los derechos colectivos como derechos humanos. En *Justiciabilidad de los derechos colectivos*. Bogotá: Universidad de Rosario, pp. 21-50.

11 Pinto, M. (julio-diciembre 2012). Cumplimiento y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del Sistema Interamericano. Avances y desafíos actuales. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 56, pp. 157-188.

La propia CIDH se ocupó de resaltar que progresividad no significa postergación *sine die* sino, por el contrario, la posibilidad prevista normativamente de ir logrando la meta por etapas.¹²

Así, el Estado tiene la obligación de actuar expeditamente y con eficacia hacia la meta de la realización de los derechos de que se trata y, a tal fin, es capital que se les asigne prioridad previendo para ello los recursos necesarios en cada ocasión y a la luz de las disponibilidades.¹³

Por ello, la cuestión radica en poner en marcha programas que conduzcan a la efectividad de los DESC. Las medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el PIDESC.¹⁴

Señala Cuéllar¹⁵ que

Un enfoque de progreso pretende determinar en qué medida los esfuerzos de la sociedad civil, del Estado y de la comunidad internacional están consiguiendo el objetivo común de lograr el imperio de la democracia y del estado de derecho. Este objetivo común debe ser entendido como un punto de equilibrio entre los estándares recogidos en los instrumentos internacionales, las normas adoptadas por los Estados y sus prácticas políticas e institucionales, y las aspiraciones de la gente expresadas por el movimiento civil a favor de los derechos humanos y la democracia.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Naciones Unidas (Comité DESC) ha interpretado la mención a obligaciones de carácter progresivo en el artículo 2.1 del PIDESC como una fuente de obligaciones directas e inmediatas de los Estados. Dicho comité ha sostenido que, si bien el logro de la plena efectividad de los derechos puede ser realizado progresivamente, existen obligaciones con “efecto inmediato”, entre las cuales pueden señalarse como principales: 1. garantizar que los derechos pertinentes se ejercerán sin discriminación (art. 2.2, PIDESC); y 2. adoptar medidas (art. 2.1, párr. 1, PIDESC), compromiso que no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración.¹⁶

De este modo, cuando el PIDESC refiere “adoptar medidas”, si bien reconoce que la total efectividad de los derechos puede ser alcanzada en forma paulatina, impone a los Estados la obligación de imple-

12 Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia (1999), OEA/Ser./L/VII.102 Doc. 9 Rev.1, Cap. III, párr. 6.

13 Cançado Trindade, A. A., (1999). The future of the International Protection of Human Rights. En *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber*. Bruselas: Bruylant, pp. 965-974.

14 CESCR, General Comment No. 3. En *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, HRI/GEN/1/Rev. 7, 2004, párr. 2, pp. 15 y 16.

15 Cuéllar, M. R. (2005). La medición de progresividad de los derechos humanos. En *Rumbos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Estudios en Homenaje al Profesor Antonio Augusto Cançado Trindade: volumen I*. San Pablo: Sergio Antonio Fabris, pp. 469-491.

16 Comité DESC, Observación General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados parte (párrafo 1 del artículo 2° del pacto). Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos UN. Doc. HRI/GEN/1/Rev. (2001), párr. 1.

mentar, en un plazo razonablemente breve a partir de su ratificación, actos concretos, deliberados y orientados lo más claramente posible hacia la satisfacción de la totalidad de las obligaciones.¹⁷

El principio de progresividad se aplica, en general, a todos los derechos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), por cuanto reconoce el hecho de que la plena efectividad de estos derechos, en general, no podrá lograrse en un breve período de tiempo.¹⁸

En consecuencia, los Estados asumen el compromiso de garantizar estos derechos de modo progresivo, y es justamente ese compromiso internacional del que deriva la obligación de no regresividad, que veda –en principio– retroceder en el grado de realización alcanzado de un determinado derecho.

Es importante advertir, sin embargo, que hay algunas obligaciones en materia de derechos sociales que no son progresivas sino inmediatas, como el deber de no discriminar o la garantía de ciertos contenidos mínimos. En estos casos –tal como ocurre frente a DCyP–, si el Estado no adopta de modo inmediato medidas para prohibir la discriminación en el acceso a los derechos, incurre en responsabilidad internacional.

Por otro lado, al margen del principio general receptado en el artículo 2, el PIDESC menciona expresamente el desarrollo progresivo para ciertos derechos en particular.

Nos referimos, por ejemplo, al derecho de acceso a la educación superior, en tanto el Pacto establece el deber de los Estados de apuntar a la mayor accesibilidad posible y de forma explícita determina la implementación gradual de medidas de gratuidad, con el objetivo de evitar retrocesos sobre los niveles alcanzados.¹⁹ En este supuesto, los Estados parte del PIDESC que no han instaurado la educación superior gratuita no incurren en responsabilidad internacional; no obstante, si una vez ratificado el Pacto no implementan medidas graduales o, si una vez que avanzan luego retroceden, entonces sí se incurre en violación al PIDESC, por mandato de la prohibición de regreso.

En materia de DCyP, en cambio, la regla es que las obligaciones de los Estados son inmediatas y no progresivas, de modo que para controlar su cumplimiento no se contempla una evaluación histórica de grados de razonabilidad de las normas reglamentarias.

17 Comité DESC, Observación General Nº 3. La índole de las obligaciones de los Estados parte (párrafo 1 del artículo 2º del pacto). Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos UN. Doc. HRI/GEN/1/Rev. (2001), párr. 2.

18 Artículo 2, inc. 1: “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”. Esta obligación difiere de la establecida en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) que incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes.

19 Art. 13 inc. 2, apartado c, PIDESC: “La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita”.

Esta regla, sin embargo, tiene excepciones. Es el caso de ciertos derechos cuya regulación acepta la adopción de medidas de realización graduales o progresivas y, en consecuencia, impone el deber de no regresión.²⁰

Por ello, la Comisión IDH ha reconocido que el principio de progresividad se aplica a todos los derechos consagrados por los instrumentos internacionales. En este sentido expresó que “Aunque el principio de progresividad se aplica fundamentalmente a los derechos económicos, sociales y culturales, es importante destacar que no se limita a ellos, ya que el desarrollo progresivo es inherente a todos los instrumentos de derechos humanos”.²¹

VI.- El subprincipio de gradualidad

Según pudimos analizar, la progresividad está lejos de ser un permiso para dilatar la efectividad de los derechos consagrados e indica, al mismo tiempo, un mandato de gradualidad y de no reversibilidad en la actuación del Estado.²² Por ello, la noción de progresividad abarca dos sentidos complementarios.

Según el primero de ellos la satisfacción plena de los derechos establecidos en el PIDESC supone una cierta gradualidad. En este sentido, el Comité DESC expresa que

el concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente no podrá lograrse en un período corto de tiempo. En este sentido la obligación difiere significativamente de la contenida en el artículo 2º del PIDCP, que supone una obligación inmediata de respetar y asegurar todos los derechos relevantes.²³

20 Un ejemplo paradigmático es la prohibición de la pena de muerte como forma de proteger el derecho a la vida, prevista en el artículo 4.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). En tanto los Estados no alcanzaron un consenso para fijar una prohibición absoluta, se impusieron el compromiso de avanzar gradualmente hacia la abolición y la prohibición de retroceder al estadio previo una vez logrado el avance. En estos casos, entonces, el juicio de invalidez de una norma que prevé la pena de muerte está circunscripto al supuesto de retroceso. Según la Convención Americana, entonces, los Estados que mantienen la pena capital en sus ordenamientos no incurrir en responsabilidad internacional. Pero si lograron abolirla o limitar su aplicación, están impedidos de reestablecerla. La misma situación que en una etapa inicial no era violatoria del tratado, en una etapa posterior, al implicar un retroceso, se puede volver inválida. Dos situaciones idénticas se juzgan diferentes porque en el segundo supuesto es resultado de un retroceso.

21 Comisión Interamericana de Derecho Humanos (1993). *Informe Anual de la Comisión IDH*, 11 de febrero de 1994; punto ii) El principio del desarrollo progresivo, párrafo 2º.

22 Abramovich, V. y Curtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, pp. 92 y ss.

23 Comité DESC (2001), Observación General Nº 3. La índole de las obligaciones de los Estados parte (párrafo 1 del artículo 2º del pacto). Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos UN. Doc. HRI/GEN/1/Rev. párr. 9.

Asimismo, afirmó el Comité DESC que

el hecho de que el Pacto prevea que la realización requiere un cierto tiempo, o en otras palabras sea progresiva, no debe ser malinterpretada en el sentido de privar a la obligación de todo contenido significativo. Se trata, por un lado, de un mecanismo necesariamente flexible, que refleja las realidades del mundo real y las dificultades que representa para todo país el aseguramiento de la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otro lado, la frase debe ser leída a la luz del objetivo general, que constituye la *raison d'être* del Pacto, es decir, el establecimiento de obligaciones claras a los Estados parte al respecto de la plena realización de los derechos en cuestión. Por ende, impone la obligación de moverse tan rápida y efectivamente como sea posible hacia la meta.²⁴

De allí que la noción de progresividad implique un sentido concreto de progreso, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los DESC a partir del nivel alcanzado.

Por ello, el principio del desarrollo progresivo establece que tales medidas se adopten de manera que constante y consistentemente promuevan la plena efectividad de esos derechos.²⁵ De esta obligación estatal de implementación progresiva de los DESC, pueden extraerse algunas obligaciones concretas, pasibles de ser sometidas a revisión judicial en caso de incumplimiento.²⁶

Pero este principio no se agota en esta visión activa, como seguidamente analizaremos.

VII.- El subprincipio de no regresividad

En el acápite precedente analizamos el principio de progresividad en su aspecto positivo, es decir, la obligación del Estado de lograr la plena efectividad de los DESC.

De modo paralelo, el Estado también asume una obligación de naturaleza “negativa” –principio de no regresividad– que consiste en una prohibición de adoptar normas jurídicas cuya aplicación afecte el nivel de protección ya adquirido.

24 Comité DESC (2001), Observación General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados parte (párrafo 1 del artículo 2° del pacto). Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos UN. Doc. HRI/GEN/1/Rev., párr. 9.

25 Conf. Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser./L/VII.102 Doc. 9 Rev.1, 1999, Cap. III, párr. 4. Adicionalmente sostuvo la CIDH: “El carácter progresivo del deber de realización de algunos de estos derechos, según lo reconocen las propias normas citadas, no implica que Colombia pueda demorar la toma de todas aquellas medidas que sean necesarias para tornarlos efectivos. Por el contrario, Colombia tiene la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de los derechos contenidos en dichas normas. Bajo ningún motivo, el carácter progresivo de los derechos significa que Colombia pueda diferir indefinidamente los esfuerzos desplegados para su completa realización...” (véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Observación General N° 3, adoptada en el quinto período de sesiones, 1990, E/1991/23; Principios de Limburgo, *human rights quarterly*. Vol. 9, N° 2, 1987, p. 121).

26 Sobre la aplicación por el Poder Judicial del principio de no regresividad como uno de los parámetros de juicio de las medidas adoptadas por el Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales véase Abramovich, V. y Courtis, C. (2002), *op. cit.*, pp. 96 y ss.

Abramovich y Courtis²⁷ señalan que

desde el punto de vista conceptual, la obligación de no regresividad constituye una limitación que los tratados de derechos humanos pertinentes y, eventualmente, la Constitución imponen sobre los poderes legislativo y ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales. La obligación veda al legislador y al titular del poder reglamentario la adopción de reglamentación que derogue o reduzca el nivel de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza la población. Desde el punto de vista del ciudadano, la obligación constituye una garantía de mantenimiento de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza desde la adopción del PIDESC, y de su nivel de goce, a partir de dicha adopción y de toda mejora que hayan experimentado desde entonces. Se trata de una garantía sustancial, es decir, de una garantía que tiende a proteger el contenido de los derechos vigentes al momento de la adopción de la obligación internacional y el nivel de goce alcanzado cada vez que el Estado, en cumplimiento de su obligación de progresividad, haya producido una mejora.

En consecuencia, la obligación asumida por el Estado al respecto es de no regresividad, es decir, la prohibición de adoptar medidas y, por ende, de sancionar normas jurídicas que empeoren la situación de los DESC de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora “progresiva”.

Bajo tal prisma, Karpiuk²⁸ ha definido la no regresividad como la obligación mínima “de abstenerse de adoptar políticas y medidas que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales vigentes al momento de adoptar el tratado internacional”.

Señala Ponce Solé²⁹ que

Conceptualmente, la regresividad o reversibilidad consiste en la adopción de medidas que empeoren la situación de los derechos sociales en términos de titularidad y contenido en consideración ya el grado de goce y ejercicio de un derecho desde que es instituido —es decir el nivel inicial de reconocimiento institucional y protector—, ya cada mejora progresiva del ámbito de su tutela.

De este modo, el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, por lo que simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o de derogar los derechos ya existentes.

27 Abramovich, V. y Courtis, C. (2002), *op. cit.*, pp. 96 y ss.

28 Karpiuk, H. (2010). El principio de progresividad. *Revista de Derecho Laboral, Actualidad*, 2010-2, p. 83.

29 Ponce Sole, J. (2013). *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/libro/578436.pdf>

Por ello, una vez que los derechos humanos son reconocidos como inherentes a la persona, surge una serie de consecuencias como son: reconocimiento de los derechos humanos por parte del poder público en un Estado de derecho o constitucional, la universalidad de esos derechos, la transnacionalidad o su internacionalización, la irreversibilidad, lo cual nos lleva a sostener que no puede existir en esa materia relativismos, ya que la inviolabilidad debe ser respetada y garantizada, así como la progresividad; por lo tanto, está implícita la prohibición de la regresividad de los derechos y garantías constitucionales.

Los supuestos en los que se aplica el principio de no regresividad son aquellos en los que la normativa no impone al Estado el deber de asegurar un determinado derecho de manera inmediata, sino gradual y progresivamente. En estos casos, entonces, en un determinado momento –etapa inicial– puede no considerarse violatorio del tratado no haber alcanzado cierto grado de realización de ese derecho, pero en otro momento, si se logra alcanzar un nivel de realización mayor, sí puede considerarse violatorio, pues se impone el deber correspondiente de no regresar al estadio previo.

Como se advierte, en el caso de los derechos fundamentales que aceptan una realización gradual, nos enfrentamos con un problema complejo: una misma conducta estatal puede ser válida en un escenario temporal e inválida en otro. Lo que determina la violación del tratado no es el contenido de la política pública *per se*, sino precisamente el retroceso injustificado desde una situación alcanzada.³⁰

Ahora bien, cuando el derecho internacional de los derechos humanos impone obligaciones graduales, el mayor nivel de realización alcanzado no equivale técnicamente a un derecho adquirido ni absolutamente irreversible. Lo que se establece en estos supuestos es un examen agravado de razonabilidad de la norma o la práctica cuestionada como regresiva.

Este examen de razonabilidad sobre la política regresiva consta de dos pasos. En el primero se determina si la norma cuestionada es regresiva respecto de la anterior. En este punto, lo que se analiza es si la norma cuestionada reduce el grado de realización o goce alcanzado por ese derecho en particular. Este examen no es teórico o formal sino fáctico o real. El estadio óptimo que sirve de parámetro para medir si hay o no retrocesos debe ser una norma ejecutada o implementada que haya impactado o afectado realmente el ejercicio o goce de un determinado derecho.

Superado ese nivel –o sea, solo si se concluye que efectivamente la norma es más restrictiva en el alcance del derecho–, se realiza un examen estricto de razonabilidad de esa norma, en el que el Estado tiene la carga de la prueba: es el Estado quien debe demostrar su razonabilidad.

30 Para mayor información sobre la relación entre la obligación de progresividad y la prohibición de regresividad, en el sentido de que la progresividad parte del reconocimiento de que no puede exigirse un cumplimiento inmediato y que de allí surge el deber de no retroceso, ver Comité DESC, Observación general N° 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”, punto 9. Ver también, Abramovich, V. y Courtis, C. (2002), *op. cit.*, pp. 92 y 93.

VIII.- El principio de progresividad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Cabe analizar cómo se ha receptado lo expuesto dentro de la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal.

Según pudimos observar, la Corte Suprema de Justicia solo tuvo en consideración el principio de progresividad en casos en los que se encontraba controvertido algún DESC, cuyo marco delimitó en las normas que los establecen.

Así, en el caso “Aquino”, en el que declaró la invalidez constitucional del artículo 39, primer párrafo, de la Ley de Riesgos del Trabajo, la Corte sostuvo que

este retroceso legislativo en el marco de protección, puesto que así cuadra evaluar a la LRT, pone a ésta en grave conflicto con un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, y del PIDESC en particular. En efecto, este último está plenamente informado por el principio de progresividad, según el cual, todo Estado Parte se “compromete a adoptar medidas [...] para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (art. 2.1). Y luego afirma que “el mentado principio de progresividad, que también enuncia la Convención Americana sobre Derechos Humanos precisamente respecto de los derechos económicos y sociales” (art. 26).³¹

A su vez, en un caso donde se discutían las pautas para la movilidad de los haberes de jubilaciones y pensiones, el juez Maqueda destacó que

la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el capítulo III, Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 26, dispone acerca del desarrollo progresivo para lograr la plena efectividad de tales derechos, propósito que tiene por destinataria a la persona dentro del sistema y que, en consecuencia, requerirá del Estado el máximo esfuerzo en orden a los recursos disponibles. El reconocimiento del principio de progresividad en la satisfacción plena de estos derechos destierra definitivamente interpretaciones o medidas que puedan ser consideradas regresivas en la materia (art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).³²

Por su parte, en una controversia en donde se puso en tela de juicio la modalidad de renta vitalicia previsional, la mayoría del Alto Tribunal señaló que

31 CSJN, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, sentencia del 21/09/2004 (*Fallos* 327:3753), considerando 10.

32 CSJN, “Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ reajustes varios”, sentencia del 17/05/2005 (*Fallos* 328:1602), voto del juez Maqueda, cons. 10°.

es inculcable 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 reconocido el derecho de toda persona “a una mejora continua de sus condiciones de existencia”.³³

Por otro lado, la Corte Suprema, en oportunidad de analizar el sistema colectivo de protección de los derechos de los trabajadores, sostuvo que se

debió examinar los argumentos que plantean que si el seguro social en cuestión fue puesto a cargo de un ente creado por el legislador ateniéndose al modelo de administración por los interesados que el constituyente mandó establecer, cualquier reforma legal ulterior que pretendiera imponer un régimen de administración del seguro que no respete dicho modelo comportaría vulnerar tanto la letra como el espíritu del citado arto 14 bis. Máxime si se tiene en cuenta que en la jurisprudencia de esta Corte se ha dicho que el principio de progresividad o no regresión, que veda al legislador la posibilidad de adoptar medidas injustificadamente regresivas, no solo es un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sino también una regla que emerge de las disposiciones de nuestro propio texto constitucional en la materia...” y que “cabe recordar que, inclusive, en el precedente de Fallos: 327:3753 (confr. considerando citado) fueron mencionadas las palabras del miembro informante de la Comisión Redactora de la Asamblea Constituyente de 1957 sobre el destino que se le deparaba al proyectado arto 14 bis, a la postre sancionado. Sostuvo en esa oportunidad el convencional Lavalle que “un gobierno que quisiera sustraerse al programa de reformas sociales iría contra la Constitución, que es garantía no solamente de que no se volverá atrás, sino que se irá adelante” (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente. Año 1957, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación 1958, t. 11, pág. 1060).³⁴

De este modo, nuestro máximo tribunal ha delineado una aplicación mesurada del principio de progresividad analizado.

IX.- Breves corolarios preliminares

El sistema internacional de protección de los derechos fundamentales muestra una dinámica expansiva, necesaria para la realización efectiva de la amplia tutela que tiene como objetivo. Su carácter “subsidiario” implica que, en un modo pragmático, sus institutos y herramientas ingresen en la actividad permanente de los Estados, es decir que el ejercicio de las funciones estatales contemple tales variables.

33 CSJN, “Benedetti Estela Sara c/ PEN ley 25.561 dto. 1570/01 214/02 s/amparo”, sentencia del 16/09/2008 (Fallos 331:2006), cons. 5°.

34 CSJN, “Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores c/ PEN s/acción de amparo”, sentencia del 24/11/2015, cons. 6°.

Esa fuerza expansiva también se retroalimenta por la interrelación e interdependencia de los subsistemas que lo componen. Por ello, se hace cada vez más necesario el estudio y comprensión de dichos institutos que deben ser considerados en los diversos análisis jurídicos.

Bajo tal perspectiva, Niken³⁵ entiende que resulta importante resaltar dos elementos que nos aclaran las perspectivas del principio de la progresividad. En primer lugar, la integración del derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno, así los derechos humanos internacionalmente reconocidos deben tener la supremacía jerárquica de los derechos constitucionales y estar bajo la cobertura de la justicia constitucional; en segundo lugar, se demuestra que la protección de los derechos humanos se configura en un régimen que siempre es susceptible de ampliación y no de restricción y que también toca a la integración de la regulación internacional entre sí con la nacional.

En ese camino, este trabajo pretende acercar de manera simplificada la problemática asociada al carácter progresivo del sistema de protección de los derechos fundamentales, principio que seguramente comenzará a nutrir las diversas ramas jurídicas y los productos que dentro de ellas se elaboren.

35 Nikken, P. (1995). *El Concepto de Derechos Humanos. Recopilación para la Comprensión, Estudio y Defensa de los Derechos Humanos*. Caracas: Adenauer.