



Principio de progresividad y responsabilidad del Estado¹ 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 la nueva ley de responsabilidad del Estado. Esta indagación está motivada en la lectura de sendos trabajos de autoría del profesor Martín Espinoza Molla en los que analiza, tanto dicha ley (26.944)² como la ley de medidas cautelares contra el Estado Nacional (26.854)³, concluyendo que ambas violentan la constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos al establecer criterios normativos regresivos en los ámbitos que legislan.

II.- Postura doctrinaria en estudio.

Martín Espinoza Molla sostiene en su análisis que la nueva ley de responsabilidad del Estado 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 implica la transgresión del principio de prohibición de regresividad en materia de Derechos Humanos.

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. Dice 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."

III. El principio de progresividad y no regresividad 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 características generales de los Derechos Humanos, junto con la universalidad, indivisibilidad e interdependencia. La progresividad, en esta última acepción, lo que denota es la constante aparición en la historia de la humanidad de nuevos derechos humanos desconocidos hasta el momento en que son positivizados jurídicamente por los Estados (Entre los últimos 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).

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- 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.

Los derechos civiles y políticos reconocidos en los tratados de derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos) son operativos y deben ser garantizados y efectivizados a sus habitantes por los Estados. Este reconocimiento se expresa en tres tipos de obligaciones de los Estados en la materia: 1- Respetar los derechos protegidos; 2- Garantizar el goce y pleno ejercicio de los derechos protegidos a las personas que se encuentren bajo su jurisdicción y 3- Adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos.

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

El 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 principio de progresividad, reiterado luego en el art. 1 del Protocolo Adicional de San Salvador.

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

No obstante la dificultad para efectivizar los derechos sociales que tal progresividad conlleva, la doctrina y jurisprudencia ha 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.

En esta línea de limitación y determinación del principio de progresividad se enmarca 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". Sin embargo el propio Comité habilita en ciertos casos la adopción de medidas regresivas por parte de los Estados exigiendo que la consideración más cuidadosa y la justificación plena 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 N° 9, el Comité de Desc, 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.

La Corte IDH interpretó el principio de progresividad en materia de Desc (art.26 CADH) en el caso "Cinco Pensionistas" al afirmar que su efectividad se debe medir en función de la creciente cobertura de los derechos sociales en general, es decir sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de personas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.

IV.- Derechos protegidos por la Ley de Responsabilidad del Estado.

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 continuare desarrollando- que deviene imprescindible determinar qué derechos podrían verse disminuidos por la ley 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 pública. 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 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.

¹ Las limitaciones espaciales de esta sección impiden el desarrollo de todos los argumentos de mi postura, para ampliar tal crítica consultar un documento completo en "palabrasdelderecho.blogspot.com.ar"

² 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.

³ Espinoza Molla, Martín; "Nueva ley 26.854 reguladora de las medidas cautelares en procesos judiciales en los que sean parte el Estado Nacional o sus entes descentralizados. ¿Tutela 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. Aquí Espinoza Molla realiza una crítica de mi trabajo "La nueva Ley de Cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de tutela procesal diferenciada. Un análisis de la ley 26.854 frente a los principios y estándares internacionales de protección de los derechos humanos", JA 2013-II, fascículo 11 del 12-06-13.

V.- ¿El principio de progresividad y la prohibición de regresividad 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".

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

1) La prohibición de la regresividad normativa.

Corresponde recordar que es un principio jurisprudencial 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 este caso de un criterio jurisprudencial) cuando no afecte un derecho adquirido no generará la violación de la constitución ni habilitará a la declaración de inconvencionalidad.

Como explican Courtis 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 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. Desde este punto de partida a lo largo de estos años se ha arribado a la posibilidad de efectivización judicial de los derechos sociales, maximizando las posibilidades que brindan los principios de progresividad y la prohibición de regresividad, que como caracterizaron Abramovich y Courtis, son herramientas interpretativas más flexibles que las destinadas a proteger los derechos civiles y políticos.

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. El propio Comité de Derechos Humanos, al interpretar la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el PIDCyP, 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 N° 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 de Derecho pensar en la posibilidad de utilizar el principio de progresividad y la prohibición de regresividad como criterio de interpretación en casos en los que están en juego derechos civiles o políticos donde, como vimos, no existe un problema económico para efectivizarlos que justifique la postergación —aún temporal— de su efectivización.

Así no resultaría admisible que el Estado argumentara que progresivamente irá, por ejemplo, disminuyendo las torturas en los sistemas carcelarios, reconociendo el derecho a la libertad de circulación o de expresión o el derecho a manifestar por sus reivindicaciones o a reclamar judicialmente por su reconocimiento. Si el Estado incurre en tales abusos en un solo caso individual automáticamente se produce una violación antijurídica de un derecho humano fundamental, independientemente del contexto social, económico o político al que hace referencia el principio de progresividad. En esta materia no hay medias tintas.

En tal entendimiento, la Corte IDH entendió en el precedente "Acevedo Buendía y Ots. Vs. Perú" que, tratándose de la falta de pago de una indemnización originada en una relación laboral por parte del Estado, los derechos violados son el de propiedad (21 CADH) y el derecho a la protección judicial (25 CADH), que siendo entonces los derechos civiles afectados debidamente protegidos por el sistema interamericano no encontró motivo para declarar adicionalmente la violación del principio de progresividad establecido por el artículo 26 de la CADH.

VI. 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 peligroso.

La inutilidad se desprende de la innecesidad 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 podría debilitar las instancias de judicialización de gran parte de los derechos fundamentales.