Ni un paso atrás

323.4
N571N

La presente publicación cuenta con la colaboración del
Centro de Asesoría Laboral del Perú y del
Centro de Estudios Legales y Sociales de Argentina.

BIBLIOTECA CONJUNTA
CORTEIDH - IIDH
Fecha de Ingreso: Julio 2009
Origen: Donación
Nº Inscripción: EFDH 25896
Precio:



© 2006 Editores del Puerto s.r.l.
Corrientes 1515 - 10º - A
(1024) Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Telefax (54-11) 4372-8969/4375-4209
www.editoresdelpuerto.com
delpuerto@editoresdelpuerto.com

Diseño de tapa: Diego Grinbaum

Impreso en septiembre de 2006 en
Corporación Gráfica.
Ávalos 2105. Vicente López.
Pcia. de Buenos Aires.

Tirada: 1300 ejemplares

ISBN 10: 987-9120-90-6
ISBN 13: 978-987-9120-90-3

Hecho el depósito de ley 11.723

Libro de edición argentina

Ni un paso atrás : la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales / compilado por Christian Courtis - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Del Puerto, 2006.
400 p. ; 22x15 cm.

ISBN 987-9120-90-6

1. Derechos Sociales. I. Courtis, Christian, comp. II. Título

CDD 323

Fecha de catalogación: 31/08/2006

Ni un paso atrás

La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales

Christian Courtis (compilador)



Centro de Asesoría Laboral



Centro de Estudios Legales
y Sociales

Índice

Introducción
Christian Courtis I

Parte I

La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios
Christian Courtis 3

El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad
Oscar Parra Vera 53

La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Julieta Rossi 79

La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión "progresivamente"
Magdalena Sepúlveda 117

Parte II

La prohibición de retroceso en Colombia
Rodolfo Arango 153

Progresividad y prohibición de regresividad en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en Argentina
Luis Campos y Gabriela Kletzel 173

El desarrollo de los derechos a la seguridad social y la prohibición de regresividad en Argentina
Horacio González 193

Reformas regresivas de la Constitución en Perú: un caso de regresividad no autorizado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos
Javier Mujica Petit y Joss Opie 255

Derechos sociales y principio de no regresividad en España
Gerardo Pisarello 307

La prohibición de retroceso en los derechos sociales fundamentales en Brasil: algunas notas sobre el desafío de la supervivencia de los derechos sociales en un contexto de crisis
Ingo Wolfgang Sarlet 329

Los límites constitucionales a las medidas regresivas de carácter social en Alemania: una aproximación al análisis doctrinal
Ana María Suárez Franco 361

Introducción

Christian Courtis

Este volumen está dedicado a explorar el contenido y el alcance de la denominada prohibición de regresividad (o prohibición de retroceso) en materia de derechos sociales (o derechos económicos, sociales y culturales, como se los denomina en el terreno internacional).

La prohibición de regresividad reconoce fuentes diversas: tanto el derecho y la doctrina constitucional de varios países caracterizados por la adopción del modelo de Estado social constitucional, como el desarrollo normativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ambas fuentes se encuentran presentes en el libro: varios trabajos abordan expresamente el fundamento normativo y el contenido asignado a la prohibición de regresividad por parte de los órganos de supervisión del cumplimiento de obligaciones emanadas de pactos internacionales de derechos humanos –en particular, aunque no exclusivamente, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ha sido el órgano internacional que ha tratado la cuestión más sistemáticamente–. Otros trabajos se dedican a analizar la construcción doctrinaria y la aplicación –o la falta de aplicación– judicial de la prohibición de regresividad en diversos países: Alemania, Argentina, Brasil, Colombia, España, Perú y Portugal.

No se trata, sin embargo, de dos enfoques desconectados, al menos por dos razones importantes. Primero, porque el contenido material de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos por pactos internacionales de derechos humanos, y el de los derechos sociales reconocidos como derechos fundamentales en diversas constituciones, coincide en gran medida, de modo que no es extraño que los principios de interpretación desarrollados a partir de ambos coincidan, también, en gran medida. El reconocimiento de que el goce efectivo de derechos sociales depende de una compleja tarea de planificación, previsión presupuestaria, gestión de sistemas tales como el sistema de salud, el sistema educativo, el sistema de seguridad social, el sistema de regulación de relaciones laborales, el sistema de asignación o de apoyo a la construcción de viviendas –de la que participan actores sociales múltiples, tanto públicos como privados– ha generado, junto con el reconocimiento de que existen espacios librados a la prudencia de las decisiones políticas, la necesidad del establecimiento de parámetros o estándares jurídicos, que permitan evaluar cuán-

do los poderes políticos han actuado dentro de los límites de sus facultades, y cuándo han incumplido con esos límites o con los mandatos encomendados por las normas superiores que regulan su actuación. En ese contexto se inserta, sin duda, la prohibición de regresividad, cuyo fundamento puede rastrearse en la propia noción sustantiva de derechos sociales –argumento que desarrollan varios de los artículos del libro–.

La segunda razón que explica la interconexión de perspectivas constitucionales locales y perspectivas internacionales proviene justamente de la creciente interdependencia e interconexión del derecho nacional e internacional. Concretamente, en la materia que nos ocupa, esta interconexión se ha desarrollado –tanto normativa como conceptualmente– a partir del reconocimiento de la relevancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como criterio de interpretación de los derechos fundamentales consagrados por Constituciones locales. En algunos casos, este proceso se ha fortalecido con la concesión de una jerarquía normativa privilegiada a los tratados internacionales de derechos humanos; en otros, a través de la asignación de los tratados internacionales de un estatus interpretativo especial, a la luz del cual deben leerse los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. En otros casos, aun, el efecto provino del reflejo a nivel local de las decisiones tomadas por órganos jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales de carácter internacional, y de la fijación de estándares efectuada por órganos de supervisión del cumplimiento de los tratados, bajo la perspectiva de la necesidad de armonizar las decisiones normativas domésticas con las obligaciones asumidas internacionalmente por el Estado. En todo caso, la tendencia verificable en varios países cuya experiencia se analiza aquí ha sido la del acercamiento de los criterios interpretativos de los derechos consagrados constitucional y aun legalmente, con los estándares fijados internacionalmente, cuando se considera que la consagración constitucional o legal de derechos constituye una forma de implementación doméstica de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, dada su ratificación de instrumentos internacionales de derechos humanos. No es extraño, entonces, encontrar en razonamientos judiciales menciones a la necesidad de evitar comprometer la responsabilidad internacional del Estado, que se extiende al propio papel del Poder Judicial.

El resultado que ofrece el conjunto de la obra es una reflexión sobre la prohibición de regresividad como estándar jurídico aplicable judicialmente, sobre la base del derecho comparado y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta reflexión mira tanto hacia atrás –a través del balance de la producción de órganos internacionales, y de la aplicación del principio por jueces locales–, como hacia adelante –ya que pretende ofrecer criterios de aplicación a órganos que, pese a estar normativamente vinculados por la prohibición de regresividad, aún no han tenido mayores oportunidades de hacerla efectiva, por la escasez de casos relevantes en la materia–. En especial, el libro apunta a proyectar criterios de aplicación ante los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que deberá –tarde o temprano– lidiar con casos en los que se invoque la prohibición de regresividad, sea por referencia al artículo 26 o al artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sea por referencia a los artículos 1 y 2 del Protocolo de San Salvador, en las hipótesis en las que este tratado permite la presentación de peticiones individuales. El esclarecimiento conceptual de los alcances de la prohibición de regresividad también constituye un insumo importante para la actual discusión sobre la adopción de un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que permitiría presentar peticiones individuales o colectivas ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o ante algún otro órgano de carácter internacional. Pero, por las mismas razones consignadas antes, los aportes del libro también constituyen una valiosa referencia para cimentar la aplicación de la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales por parte de los jueces locales.

No queda más que agradecer a los distintos autores por sus contribuciones individuales. La edición de esta obra ha sido posible en parte gracias al aporte de las víctimas del caso "Cinco pensionistas c. Perú", decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de las costas impuestas al Estado peruano –vencido en el caso–; y ha contado con la colaboración del Centro de Asesoría Laboral del Perú y del Centro de Estudios Legales y Sociales, de Argentina.

Ginebra, abril de 2006

BIBLIOTECA CONJUNTA
CORTEIDH - IIDH

Parte I

La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios

Christian Courtis*

Sumario: I. Introducción; **II.** Dos nociones de regresividad; **III.** La prohibición de regresividad en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; **IV.** La prohibición de regresividad en los instrumentos del sistema interamericano de derechos humanos; **V.** Algunas bases para la aplicación de la prohibición de regresividad; **VI.** Un precedente desafortunado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso "Cinco pensionistas".

I. Introducción

El presente trabajo tiene la pretensión de introducir la cuestión de la prohibición de regresividad y los principales problemas de interpretación que ella plantea[1]. Cabe comenzar por aclarar que la prohibición de regresividad (o prohibición de retroceso, como también se la denomina) forma parte del bagaje teórico tanto del derecho internacional de los derechos humanos, como del derecho constitucional doméstico, al menos en materia de derechos sociales, aunque su aplicabilidad no tiene por qué limitarse a ese campo. El presente libro intenta dar cuenta de varias de las dimensiones internacionales y domésticas de esta figura. En este artículo me dedicaré a la identificación de la prohibición de regresividad en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para después señalar su consagración en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (también conocido como Protocolo de San Salvador). A continuación ofreceré algunos criterios para su interpretación y aplicación, tanto local como internacional.

II. Dos nociones de regresividad

Para empezar, es útil distinguir dos nociones posibles de regresividad, o bien –dicho de otro modo– dos campos de aplicación posible de la noción general de regresividad.

Por un lado, es posible aplicar la noción de regresividad a los *resultados de una política pública (regresividad de resultados)*. En este sentido, la política pública desarrollada por el Estado es regresiva cuando sus resultados

* Oficial legal de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra). Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; profesor visitante del ITAM (México).

[1] Parte del trabajo está basado –con agregados, actualizaciones y modificaciones– sobre lo escrito con Víctor Abramovich en Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, ps. 92-116.

hayan empeorado en relación con los de un punto de partida temporalmente anterior elegido como parámetro. Esta aplicación de la noción de regresividad requiere, por ende, indicadores o referencias empíricas. La noción de regresividad puede ser aplicada a cada indicador empleado en particular, o bien a la evaluación conjunta de varios indicadores que permitan una consideración general de los resultados de una política pública[2].

Por otro lado, la noción de regresividad puede aplicarse a 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[3]. Parte de este artículo se dedicará a ofrecer algunos criterios para la aplicación de esta noción.

Ambos sentidos de la noción de regresividad pueden desprenderse de la noción de "progresividad" adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, órgano que el 7 de junio de 2005 aprobó las "Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador"[4]. En los informes nacionales previstos por el Protocolo de San Salvador –semejantes a los establecidos por el sistema universal– los Estados deben dar cuenta de las medidas progresivas adoptadas "para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo protocolo". El artículo 5.1 de estas normas define la noción de progresividad del siguiente modo: "a. los fines de

[2] Ver Katarina Tomasevski, *Indicators*, en Eide, Asbjørn; Krause, Catarina y Rosas, Allan (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights. A textbook*, Martinus Nijhoff, Dordrecht-Boston-Londres, 1995, ps. 389-401.

[3] La distinción es recogida, con alguna diferencia terminológica, por el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Salud, Paul Hunt. Hunt distingue entre *indicadores estructurales, indicadores de proceso* e *indicadores de evolución*. Los indicadores estructurales serían susceptibles de respuesta por sí o por no, y permiten evaluar la incorporación de instrumentos normativos de desarrollo y garantía del derecho a la salud (el marco conceptual es perfectamente extensible al resto de los derechos sociales): el relator los caracteriza como indicadores que "determinan si existen estructuras, sistemas y mecanismos relacionados con determinada cuestión". Los indicadores de proceso y de evolución son indicadores variables, que permiten evaluar a través de la captación de datos empíricos la realización progresiva de un derecho, y para ello emplean escalas numéricas, que cobran sentido en comparación con los registros anteriores y posteriores, y en relación con bases de referencia o metas. Cf. *Informe provisional del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Sr. Paul Hunt*, A/58/427, 10 de octubre de 2003, párrs. 5-37. En los términos adoptados en este artículo, los indicadores estructurales permiten evaluar la progresividad o regresividad normativa, y los indicadores de proceso y de evolución permiten evaluar la progresividad y regresividad de los resultados de una política pública.

[4] Cf. Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05).

este documento, por el principio de progresividad se entenderá el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural". Para ello, el artículo 5.2 requiere el empleo de "indicadores de progreso", cuya justificación es la siguiente:

> "Un sistema de indicadores de progreso permite establecer, con un grado razonable de objetividad, las distancias entre la situación en la realidad y el estándar o meta deseada. El progreso en derechos económicos, sociales y culturales se puede medir a partir de considerar que el Protocolo de San Salvador expresa un parámetro frente al cual se puede comparar, de una parte, la recepción constitucional, el desarrollo legal e institucional y las prácticas de gobierno de los Estados; y de otra parte, el nivel de satisfacción de las aspiraciones de los diversos sectores de la sociedad expresadas, entre otras, a través de los partidos políticos y de las organizaciones de la sociedad civil".

Por un lado, se alude al "nivel de satisfacción de las aspiraciones de los diversos sectores de la sociedad", que es el ámbito en el que pueden emplearse indicadores o referentes empíricos referidos al nivel de satisfacción de derechos tales como el acceso a servicios de salud, el acceso a servicios educativos, el acceso a alimentación, el acceso a vivienda, etcétera, y la calidad de esos servicios o políticas en términos de resultados, por ejemplo, mortinatalidad infantil en materia de salud, eficiencia terminal en materia educativa, desnutrición en materia de alimentación, porcentaje de personas sin hogar en materia de vivienda[5]. Por otro lado, el mismo

[5] Sin embargo, la nota aclaratoria al art. 7 –que encomienda a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la elaboración de esos "indicadores de progreso"– complica innecesariamente la cuestión, al afirmar lo siguiente: "Se recuerda que no se trata de la construcción de índices, en el sentido de medidas algebraicas que comparen a los distintos países en sus logros. Por el contrario, el sistema de indicadores de progreso estudia procesos y permite leer los distintos campos de derechos en términos de avances logrados, permitiendo advertir tendencias, condiciones favorables, obstáculos recurrentes –entre otros– y poder así recomendar medidas concretas. Inicialmente se trabaja con una matriz sencilla y común para todos los derechos protegidos que permite establecer una base a partir de la cual se avanza en profundidad y detalle". El párrafo es especialmente desafortunado, en varios sentidos. En primer lugar, difícilmente se puedan desarrollar "indicadores de progreso" en materia de derechos económicos, sociales y culturales sin ningún índice que consista en medidas algebraicas. Para saber el grado de progreso de los derechos sociales en un país determinado, es indispensable tener alguna medida de cuál es la situación de partida relacionada con el estado de satisfacción de un derecho –cuánta gente tiene acceso a servicios de salud, cuanta gente muere por enfermedades prevenibles, cuánta gente está desnutrida y carece de acceso a planes de alimentación, cuánta gente está desempleada, cuánto se gasta en políticas sociales, etcétera–, y compararlo con los resultados posteriores de las políticas públicas en cada uno de esos campos, en lapsos de tiempo determinados y relevantes. Sin índices mesurables algebraicamente, hay poco de qué discutir en materia de resultados de políticas públicas destinadas a la satisfacción de derechos económicos, sociales y cultu-

párrafo del artículo 5.2 de las "Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador" reconoce una dimensión normativa, al identificar entre los aspectos en los que se refleja el cumplimiento de la obligación de progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "la recepción constitucional, el desarrollo legal e institucional y las prácticas de gobierno de los Estados".

La nota al artículo 11 define las medidas regresivas que, aclara el artículo, "en principio, son incompatibles con la vigencia plena del Protocolo": "por medidas regresivas se entienden todas aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido". Nuevamente, esta definición de regresividad involucra las dos nociones señaladas, son regresivas: a) las disposiciones normativas que impliquen un retroceso en la extensión concedida a un derecho, y b) las políticas que impliquen un retroceso en los resultados, mesurable a través de indicadores o referentes empíricos.

¿Qué proyecciones tienen estas dos nociones de regresividad sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales? Puede decirse que, al menos en el contexto de la cultura jurídica dominante en América Latina, la noción de *regresividad normativa* resulta mucho más adecuada a la estructura de la argumentación judicial sobre normas que es común a los países de la región. Al comparar una norma anterior con una posterior, el estándar de juicio de *regresividad normativa* consiste en evaluar si el nivel de protección que ofrece el ordenamiento jurídico ante una misma situación de hecho ha empeorado. Este tipo de juicio es similar a varios tipos de juicios comunes a muchas ramas del derecho, en los que se compara el nivel de protección de dos normas jurídicas distintas que versan sobre la misma situación de hecho. En materia penal, por ejemplo, se refleja en la evaluación de la norma penal más benigna; en materia laboral, en la evaluación de la norma laboral más favorable; en materia de derecho de los negocios internacionales, en la evaluación de la cláusula del país más favorecido. En el mismo derecho internacional de los derechos humanos, en caso de coexistencia de dos normas de alcance distinto en el derecho internacional, o en el nacional y en el internacional, el principio *pro homine* o *pro hominis*, prescribe la prevalencia de la norma más favorable a la persona humana. En material procesal, la denominada prohibición de la *reformatio in*

rales. Cabe resaltar que estos indicadores son el instrumento empírico que permite medir el grado de efectividad de los componentes de cada de derecho establecidos en el Protocolo (por ejemplo, de la universalidad en el goce de los derechos, de la utilización de los recursos disponibles, y de componentes específicos como el grado de "inmunización contra las principales enfermedades infecciosas" [art. 10.2.c, referido al derecho a la salud], o el grado de erradicación de la desnutrición [art. 12.2., referido al derecho a la alimentación]). Por otro lado, la afirmación relacionada con la posibilidad de comparación de los logros entre países también está desencaminada: los "indicadores de progreso" no están destinados a comparar países entre sí, sino a comparar diacrónicamente los resultados de las políticas sociales de un mismo país.

pejus ofrece otro ejemplo de comparación de normas (en este caso individuales) de acuerdo a su carácter más o menos gravoso.

Más abajo presentaré algunas sugerencias para la aplicación concreta del estándar de juicio en materia de prohibición de regresividad, que –como se verá– no difieren mayormente de las que corresponden a otros estándares de juicio conocidos en los derechos nacionales y en el derecho internacional.

Bastante más difícil resulta la aplicación judicial de la noción de *regresividad de resultados*. Aunque no puede descartarse *a priori* alguna posibilidad de empleo judicial de esta noción de regresividad, lo cierto es que varios obstáculos dificultan ese empleo. En primer lugar, la escasa tradición de litigio sobre la base de pruebas que requieran la sistematización de datos empíricos ante los tribunales locales de la región[6]. En segundo lugar, problemas vinculados con la relación de causalidad –la imputación del resultado regresivo en materia de indicadores a la política adoptada por el Gobierno en la materia. Corresponde al litigante demostrar esta relación de causalidad, y esto puede generar dificultades de prueba, en especial si se discute sobre el grado de incidencia de factores que estuvieran fuera del control o de la posibilidad de previsión del Gobierno. Es altamente probable, además, que para explicar resultados de una política pública –en materias tales como salud, vivienda, educación, alimentación, asistencia social– sea el propio gobierno el que amplíe el número de datos y variables involucrados en la discusión, de modo que la cuestión tienda a convertirse en una discusión general acerca del acierto o desacierto de la política de marras. Cabe recordar que los tribunales están acostumbrados a juzgar sobre problemas litigiosos muy delimitados; por ende, proponer la discusión en sede judicial de una gran serie de variables relacionadas con la política pública en cuestión puede dar lugar rápidamente a una actitud de rechazo de la cuestión por parte de los jueces, bajo argumentos de falta de competencia técnica o política. En tercer lugar, aun cuando se verificara la regresión de los indicadores en la materia correspondiente, y se pudiera imputar esa regresión a la política llevada a cabo por el Gobierno, queda abierto el problema del remedio adecuado. Salvo que se trate de una materia en la que las medidas a adoptar estén muy bien identificadas por las normas aplicables, es posible que surjan dificultades relacionadas con la determinación del remedio adecuado, en todo caso, el juez podrá ordenar que se tomen medidas y se dé cuenta de ellas, pero difícilmente entre en el terreno del diseño concreto de una política pública, mucho menos cuando se trate de una política de carácter general.

Lo dicho sugiere que la noción de regresividad en los resultados de una política pública tendrá poca cabida en sede judicial: parecen bastante

[6] Esta dificultad se refleja, también, en el escaso desarrollo del litigio antidiscriminatorio en las hipótesis de discriminación indirecta, es decir, de impugnación de normas o medidas aparentemente "neutrales", pero que tienen el efecto de perjudicar desproporcionadamente a un grupo social.

más adecuados para el empleo de argumentos vinculados con esa noción los mecanismos de seguimiento periódico de las políticas públicas, tales como los ofrecidos por los mecanismos de informes previstos por los tratados de derechos humanos del sistema universal, u otros similares a nivel local, como las evaluaciones periódicas de instituciones nacionales de defensa y protección de los derechos humanos, u "observatorios" de organizaciones de la sociedad civil. En todo caso, del resultado de este tipo de evaluaciones periódicas puede surgir la evidencia de problemas que requieran la adopción de medidas normativas, o el litigio judicial frente a normas regresivas o prácticas que puedan identificarse como causantes de los resultados regresivos.

III. La prohibición de regresividad en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El artículo 2.1 del PIDESC establece que "cada uno de los Estados Parte 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 se 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". La noción de progresividad abarca dos sentidos complementarios: por un lado, el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el Pacto supone una cierta *gradualidad*. Así, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresa en su Observación General 3 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 2 del PIDCP, que supone una obligación inmediata de respetar y asegurar todos los derechos relevantes". "Sin embargo –continúa la Observación General–, 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" (párr. 9). De allí que la noción de progresividad implique un segundo sentido, es decir, el de *progreso*, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales[7]. El Comité recalca al respecto que las medidas que el Estado debe adoptar para la plena efectividad de los derechos reconocidos "deben ser deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en el Pacto" (Observación General 3, párr. 2).

Esta interpretación es abonada por el sentido de una de las cláusulas claves del PIDESC, su artículo 11.1. La disposición establece que

> "Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y *a una mejora continua de las condiciones de existencia*. Los Estados Parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento".

El artículo 11.1 resume en gran medida el significado de los derechos sociales: la garantía de un nivel de vida adecuado y la identificación de los componentes mínimos a tener en consideración para dar sentido a esa noción de adecuación. Adicionalmente, el Pacto requiere la mejora continua de las condiciones de existencia, es decir, la progresividad en el sentido de *progreso*, o ampliación de la cobertura y protección de los derechos sociales.

De esta obligación estatal de implementación progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, pueden extraerse algunas obligaciones concretas. La obligación mínima asumida por el Estado al respecto es la obligación de *no regresividad*, es decir, la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora "progresiva". Dado que el Estado se obliga

[7] La misma parece ser la interpretación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, referida al art. 26 de la Convención Americana: "Si bien el artículo 26 no enumera medidas específicas de ejecución, dejando que el Estado determine las medidas administrativas, sociales, legislativas o de otro tipo que resulten más apropiadas, expresa la obligación jurídica por parte del Estado de encarar dicho proceso de determinación y de adoptar medidas progresivas en este campo. *El principio del desarrollo progresivo establece que tales medidas se adopten de manera tal que constante y consistentemente promuevan la plena efectividad de esos derechos*". Cf. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, OEA/Ser. L/V/II.96, Doc 10 rev. 1, 24 de abril de 1997, p. 25. En el mismo sentido, *Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú*, OEA/Ser. L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, Capítulo VI, párr. 6 (que repite lo dicho en el Informe sobre Ecuador) y 11 ("El carácter progresivo con que la mayoría de los instrumentos internacionales caracteriza las obligaciones estatales relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales implica para los Estados, con efectos inmediatos, la obligación general de procurar constantemente la realización de los derechos consagrados sin retrocesos", con cita de la Observación General 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de los Principios de Limburgo).

a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes[8]. La obligación asumida por el Estado es ampliatoria, de modo que la derogación o reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido. En palabras del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en la citada Observación General 3, "más aún, cualquier medida deliberadamente regresiva al respecto requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone" (párr. 9).

Varias observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aplican estas nociones al análisis concreto de derechos contenidos en el Pacto. Así, la Observación General 4 (El derecho a una vivienda adecuada), párr. 11; la Observación General 12 (El derecho a una alimentación adecuada), párr. 19; la Observación General 13 (El derecho a la educación), párrs. 45 y 59; la Observación General 14 (El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud), párrs. 32, 48 y 50; la Observación General 15 (El derecho al agua), párrs. 19, 21 y 42; la Observación General 16 (La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales), párr. 42; la Observación General 17 (El derecho de toda persona de beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora), párrs. 27 y 44; y la Observación General 18 (El derecho a trabajar), párrs. 21 y 34, consideran *prima facie* violatorias del PIDESC las medidas regresivas.

Además, en las Observaciones Generales 14, 15 y 17 se establece expresamente una prohibición absoluta de regresividad cuando la medida afecte la satisfacción de niveles esenciales de los derechos a la salud y al agua (Observación General 14, párr. 4; Observación General 15, párr. 42; Observación General 17, párr. 42). Cabe preguntarse si esta incorporación del Comité se refiere *sólo* a los derechos a la salud, al agua y a beneficiarse de la propia producción científica, literaria y artística, como parece sugerirlo su inclusión en las Observaciones Generales dedicadas respectivamente a estos dos derechos. Sin embargo, resulta más plausible extender esta exigencia a todo el resto de los derechos incluidos en el PIDESC, en la medida en que el propio Comité define el contenido mínimo esencial como un

[8] En sentido similar Fabre, Cécil, *Social Rights under the Constitution. Government and Decent Life*, Oxford University Press, Oxford, 2000, ps. 53-55, quien, sin embargo, considera que la prohibición sólo alcanza las medidas que empeoren la situación del derecho con el efecto de llevar a su titular debajo del umbral mínimo necesario para llevar una "vida decente".

componente de todo derecho del Pacto[9]. En este sentido, y en línea con la preferencia establecida a favor de quienes se encuentran en peor situación, la obligación de cumplir con el contenido mínimo esencial constituye una prioridad destinada a cubrir las necesidades básicas de las personas y grupos que no están en condiciones de subvenirlas por sí mismas.

En el mismo sentido, las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales[10] consideran violatorias de los derechos económicos, sociales y culturales "la derogación o suspensión de la legislación necesaria para el goce continuo de un derecho económico, social y cultural del que ya se goza" (Principio 14.a), "la adopción de legislación o de políticas manifiestamente incompatibles con obligaciones legales preexistentes relativas a esos derechos, salvo que su propósito y efecto sean el de aumentar la igualdad y mejorar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales para los grupos más vulnerables" (Principio 14.d) y "la adopción de cualquier medida deliberadamente regresiva que reduzca el alcance en el que se garantiza el derecho" (Principio 14.e).

IV. La prohibición de regresividad en los instrumentos del sistema interamericano de derechos humanos

Ya he identificado la prohibición de regresividad en el PIDESC. Al menos dos instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Huma-

[9] Cf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, "La índole de la obligaciones de los Estados partes" (1990), párr. 10: "El Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias 'hasta el máximo de los recursos de que disponga'. Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas". Para una versión más completa de este argumento, remito a los trabajos de Julieta Rossi y Oscar Parra Vera en este mismo volumen.

[10] Las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptadas por un grupo de expertos que tuvo lugar entre el 22 y el 26 de enero de 1997 en la ciudad holandesa de Maastricht, constituye un instrumento interpretativo al que acuden con frecuencia los órganos de supervisión de tratados internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Ver UN Document E/C.12/2000/13.

nos incluyen cláusulas similares a la del artículo 2.1 del PIDESC, de modo que la prohibición de regresividad también está incorporada a estos instrumentos.

Comienzo por transcribir el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que es la norma de ese instrumento dedicada a los derechos económicos, sociales y culturales:

> Artículo 26. Desarrollo Progresivo
> 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.

Es evidente que la fuente de esta disposición es el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Basta transcribir este último para advertir las notorias similitudes de estructura y lenguaje:

> Cada uno de los Estados Parte 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.

Si se pone entre paréntesis en el artículo 26 la expresión "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", el resto de los segmentos de la norma es casi idéntico. Me referiré a la cuestión de la remisión a la Carta de la OEA en el próximo párrafo. Por lo demás, la otra diferencia importante es que mientras el PIDESC se refiere al "máximo de los recursos de que disponga", el artículo 26 de la Convención Americana sólo dice "en la medida de los recursos disponibles". Por ahora, basta reiterar que, para analizar el contenido de las obligaciones establecidas por el artículo 2.1 del PIDESC y, por ende, también para desentrañar el contenido de las obligaciones impuestas a los Estados Parte por el artículo 26 de la Convención Americana, es menester remitirse a la Observación General 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, referida a la índole de las obligaciones de los Estados Parte del Pacto, en el que se analizan detalladamente cada uno de los componentes de la fórmula del artículo 2.1[11]. Resultan de igual modo relevantes los denominados Principios de

[11] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, cit. Ver, en general, Sepúlveda, M., *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Amberes, 2003, ps. 354-358.

Limburgo[12] y las ya recordadas Directrices de Maastricht. En lo que aquí interesa, la obligación de progresividad y la prohibición de regresividad tienen exactamente el mismo basamento textual en el artículo 2.1 del PIDESC que en el artículo 26 de la Convención Americana. Como dije antes, la Comisión Interamericana parece compartir esta postura: en su análisis sobre el principio de progresividad del artículo 26 de la Convención, reflejado en algunos informes sobre países, no sólo acude expresamente a la Observación General 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y a los Principios de Limburgo para interpretar la cláusula, sino que afirma expresamente:

> "El carácter progresivo con que la mayoría de los instrumentos internacionales caracteriza las obligaciones estatales relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales implica para los Estados, con efectos inmediatos, *la obligación general de procurar constantemente la realización de los derechos consagrados sin retrocesos. Luego, los retrocesos en materia de derechos económicos, sociales y culturales pueden configurar una violación, entre otras disposiciones, a lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención Americana*[13]".

En cuanto a la remisión a la Carta de la OEA, se trata, como se sabe, de la mayor dificultad interpretativa que plantea el artículo 26 de la Convención Americana, ya que atañe nada menos que a la identificación de los derechos a los que se refiere el artículo. No abordaré aquí la tarea de desentrañar el alcance de la remisión –ya me he ocupado de ello en un extenso trabajo[14]–. Basta con decir aquí que, a partir de la remisión hecha a 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", son al menos identificables en forma clara los siguientes derechos: el derecho a la educación; los derechos laborales; el derecho a la seguridad social; el derecho a la vivienda; el derecho a la alimentación; el derecho a la salud y los derechos culturales.

Sin embargo, creo que puede afirmarse que, además de referirse a los derechos económicos, sociales y culturales, la prohibición de regresividad

[12] Los Principios de Limburgo relativos a la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fueron elaborados por un grupo de expertos reunidos entre el 2 y el 6 de junio de 1986 en la ciudad holandesa de Maastricht, y adoptados por Naciones Unidas. Ver UN Document E/C 4/1987/17 (y E/C.12/2000/13).

[13] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú*, OEA/Ser. L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, Capítulo VI, párr. 11.

[14] Ver Courtis, Christian, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en Courtis, Christian; Hauser, Denise y Rodríguez Huerta, Gabriela (comps.), *Protección internacional de los derechos humanos: nuevos desafíos*, Porrúa-ITAM, México, 2005, ps. 1-66.

también constituye, en principio, una obligación general de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y es aplicable por ende a todos los derechos establecidos por la Convención[15]. Al menos dos disposiciones permiten postular esa conclusión:

> Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno
> Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.
>
> Artículo 29. Normas de Interpretación
> Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:
> a) permitir a alguno de los Estados Parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
> b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados.

[15] Cf., en el mismo sentido, el voto separado del juez Piza Escalante en la OC-4/84 del 19 de enero de 1984, "Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización", de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puntos 6 y 31, en el que incluso considera aplicable la noción de progresividad y la prohibición de regresividad a los derechos civiles y políticos, en el caso, al derecho a la nacionalidad. "Es así como los principios de "desarrollo progresivo" contenidos en el art. 26 de la Convención (Americana sobre Derechos Humanos), si bien literalmente referidos a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, deben a mi juicio entenderse aplicables a cualquiera de los derechos civiles y políticos consagrados en la Convención Americana, en la medida y aspectos en que éstos no resulten razonablemente exigibles por sí mismos" (párr. 6). "En tal sentido, me remito a lo dicho sobre el carácter progresivo y la fuerza expansiva de los derechos humanos, en virtud de los cuales resultaría que el derecho a la nacionalidad consagrado por el art. 20.1 de la Convención incorpora los contenidos históricos contingentes que el Estado libremente le dio..." (párr. 31), infiriendo de ello la violación de la Convención en caso de disminución de la extensión del derecho consagrado de acuerdo al régimen anterior a la reforma propuesta.

Sobre la aplicación del principio de progresividad al conjunto entero de los derechos humanos, ver Dulitzky, Ariel E., *Alcance de las obligaciones internacionales de los derechos humanos*, en Martin, Claudia; Rodríguez-Pinzón, Diego y Guevara B., José A. (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, Fontamara, México, 2004, p. 91; Medina Quiroga, Cecilia, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en Medina Quiroga, Cecilia y Mera Figueroa, Jorge (eds.), *Sistema jurídico y derechos humanos*, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, p. 32; Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Civitas-IIDH, Madrid, 1987, p. 19 y *passim*.

BIBLIOTECA CONJUNTA CORTEIDH - IIDH

De acuerdo con el artículo 2, los Estados que no hayan garantizado legislativamente o a través de medidas de otro carácter el ejercicio de los derechos establecidos en la Convención, tienen el deber de hacerlo. Pero esto implica, a su vez, la prohibición de medidas que deroguen o eliminen la legislación u otras disposiciones necesarias para el ejercicio de los derechos reconocidos en ese instrumento. Esto significa la consagración de la prohibición de regresividad normativa, al menos en la medida en que esa regresión afecte las normas y disposiciones necesarias para el ejercicio de los derechos de la Convención.

Con respecto a las cláusulas interpretativas del artículo 29 mencionadas, que recogen en gran medida el denominado principio *pro homine* o *pro hominis*, puede decirse de manera genérica que prohíben un empleo regresivo de la Convención. El inciso a prohíbe la interpretación de la Convención en el sentido de facultar el empeoramiento del goce o ejercicio de derechos que ella consagra, o de permitir su limitación más allá de lo que ella autoriza. Esto importa un juicio similar al de la prohibición de regresividad: las interpretaciones de la Convención que lleven a suprimir derechos o a limitarlos excesivamente, ceden ante aquellas que lleven a la solución opuesta. Más pertinente aún es el inciso b, que prohíbe el empleo regresivo de la Convención en el sentido de ceder ante cláusulas legales o de otros tratados que mejoren el contenido de los derechos que ella consagra. Dicho de otro modo: la Convención no puede ser excusa para empeorar las condiciones de goce de los derechos establecidos por el ordenamiento jurídico interno o por otros tratados internacionales de los que el país en cuestión sea parte.

Por último, algunas disposiciones particulares de la Convención Americana sugieren la misma interpretación. Por ejemplo, el artículo 25, inciso 2.b, referido al derecho a la protección judicial, establece el compromiso estatal de "desarrollar las posibilidades del recurso judicial". Cabe también derivar de este compromiso la prohibición de adoptar medidas que impliquen un retroceso en las posibilidades del recurso judicial.

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) también incluye una cláusula que constituye una transcripción casi literal del artículo 2.1 del PIDESC, de modo que todo lo dicho al respecto del PIDESC y del artículo 26 de la Convención Americana también es de aplicación aquí:

> "Artículo 1. Obligación de Adoptar Medidas
> 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.
> Las ya citadas Normas para la confección de los informes periódicos previstos

en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador, aprobadas por la Asamblea General de la OEA, incluyen expresamente en su artículo 11 la prohibición de regresividad:

En su evaluación, el Grupo de Trabajo tendrá en cuenta que las medidas regresivas, en principio, son incompatibles con la vigencia plena del Protocolo y que la progresividad como característica de las obligaciones asumidas por el Estado Parte requiere una actitud positiva de avanzar hacia el fin propuesto y no una mera inacción.

Como ya he dicho, la nota aclaratoria al artículo 11 señala que "por medidas regresivas se entienden todas aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido". Cabe decir que, mientras en materia de regresividad en los resultados de una política pública es necesario estipular y desarrollar los indicadores o referentes empíricos que se habrán de utilizar para evaluar el desarrollo progresivo del grado de satisfacción de los derechos establecidos en el Protocolo (esa tarea es encomendada por el artículo 7 de las citadas Normas a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en consulta con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos[16]), en materia de regresividad normativa no se requiere más que comparar la extensión de la concesión de un derecho de una norma anterior con una norma posterior que restringe esa extensión –no es necesario desarrollar para ello ningún "indicador de progreso"–.

El Protocolo de San Salvador también incluye cláusulas similares a las de los arts. 2 y 29.b de la Convención Americana –de modo que lo afirmado se refuerza para el caso de este instrumento–.

"Artículo 2. Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno
Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.
Artículo 4. No Admisión de Restricciones
No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado".

En fin, creo que, a la luz de la evidencia textual, poca duda queda sobre la incorporación de la prohibición de regresividad, al menos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Protocolo de San Salvador. En línea con la costumbre interpretativa tanto de la Comisión Interamericana, como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la interpretación de estas cláusulas requiere acudir a los estándares fijados por sus pares de otros sistemas internacionales de protección de los derechos humanos que ya han avanzado en a asignación de contenido a disposiciones similares –en el caso, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales–.

[16] Cf. normas para la confección de los informes periódicos previstos en el art. 19 del Protocolo de San Salvador, art. 7: "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos propondrá, teniendo en cuenta los aportes del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, los indicadores de progreso a ser empleados para cada agrupamiento de derechos protegidos sobre los que deba presentarse informe".

V. Algunas bases para la aplicación de la prohibición de regresividad

V. 1. Noción general y fundamentos

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[17] 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 la perspectiva del titular del derecho, la obligación constituye una garantía de mantenimiento de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza desde la adopción del tratado de derechos humanos que los consagre, 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 de carácter sustantivo, es decir, de una garantía que tiende a proteger el contenido de los derechos vigentes

[17] La prohibición de regresividad no es ajena al derecho constitucional. Constitucionalistas de la talla de Konrad Hesse han propuesto, en materia de derechos sociales, la teoría de la irreversibilidad (*Nichtumkehrbarkeitstheorie*). De acuerdo con esta noción, si bien resulta imposible inducir de la propia constitución el contenido sustantivo de las obligaciones sociales del Estado, una vez que el legislador o la Administración ha regulado los diferentes campos mandados por la constitución, toda medida regresiva que afecte el contenido esencial de las regulaciones establecidas es inconstitucional. Se trata de la irreversibilidad de las conquistas sociales alcanzadas –al menos de su contenido esencial–. Ver Hesse, Konrad, *Grunzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, CF Müller, Heidelberg y Karlsruhe, 1978, ps. 86-87, citado por Parejo Alfonso, Luciano, *Estado social y administración pública*, Civitas, Madrid, 1983, ps. 53-54. En sentido similar, para el caso español, López Guerra, Luis, *Un Estado social*, en De Esteban, Jorge y López Guerra, Luis, *El régimen constitucional español*, Labor, Barcelona, 1980, t. 1, ps. 313 y siguientes; y *El Estado social de derecho*, en "Sistema", nº 38-39, 198), p. 183. La misma doctrina ha sido sostenida por la Corte de Arbitraje de Bélgica en materia de derechos sociales. Un panorama de la cuestión puede consultarse en Ergec, Rusen (ed.), *Les Droits Economiques, Sociaux et Culturels dans la Constitution*, Bruylant, Bruselas, 1995. Para otros desarrollos de la prohibición en el derecho constitucional comparado, ver las contribuciones de Luis Campos, Gerardo Pisarello, Ingo Sarlet y Ana María Suárez en este mismo volumen.

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 cuanto al fundamento de esta prohibición, y más allá de los distintos argumentos avanzados por las colaboraciones que forman parte de este volumen, señalaré aquí dos fuentes de justificación que servirán como principio para proyectar el alcance (y los posibles límites) de la figura. En mi opinión, en la prohibición de regresividad o de retroceso en materia social convergen dos tipos de fundamentos.

El primero está ligado a nociones clásicas del Estado de derecho liberal, nacidas centralmente a la luz de la protección del derecho de propiedad y de los intereses patrimoniales. Se trata de la *seguridad jurídica* y de la *protección de la confianza*, nociones que es posible reconducir al valor de la *previsibilidad* –central en el paradigma del Estado de derecho liberal, y en su concomitante favor por el funcionamiento del mercado–. Pues bien, la prohibición de regresividad supone la extensión de este principio al campo de las posiciones jurídicas creadas por normas y medidas de carácter social. Se trata, en alguna medida, de la consecuencia de la adopción de un modelo de Estado de derecho de carácter social, o Estado social de derecho. En el modelo liberal clásico, sólo los intereses vinculados a la protección de intereses patrimoniales merecían protección en términos de previsibilidad; las medidas de corte social adoptadas por el Estado quedaban libradas –dada la ausencia de contraprestación por parte de sus beneficiarios– a la discrecionalidad estatal, y por ende podían otorgar beneficios en forma precaria, ser modificadas o revocadas sin limitación. Por lo contrario, en el Estado social de derecho se extiende la protección de la confianza y el estatuto de seguridad jurídica también a las conquistas sociales, de modo que, en lugar de beneficios revocables, las normas de orientación social también conceden derechos con vocación de estabilidad.

El segundo fundamento tiene que ver con el *contenido material del principio del Estado social*, que es el de la satisfacción para todo ser humano de ciertas necesidades consideradas básicas, a la luz de la noción de dignidad humana y del desarrollo material y científico de nuestras sociedades[18]. Esta noción –que puede ser traducida, por ejemplo, en términos de

[18] Principio que, como resulta evidente, coincide con la filosofía política de los tratados internacionales de derechos humanos que consagran derechos económicos, sociales y culturales –o que, dicho de otro modo, imponen al Estado obligaciones en materia social–.

Sobre la convergencia filosófica y teórica entre ambas fuentes normativas –la nacional y la internacional– en materia de derechos sociales, remito a nuestro Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006, cap. 1.

Sobre la influencia del constitucionalismo social latinoamericano en la inclusión de derechos económicos, sociales y culturales en la Declaración Universal de Derechos Humanos –y, en general, en la noción de "derechos humanos"– puede verse Glendon,

igualdad material o sustantiva, de prerrequisitos mínimos para poder desarrollar un plan de vida autónomo, de necesidad de remoción de obstáculos económicos y sociales que impidan el pleno desarrollo de la persona, de participación en los beneficios de la generación colectiva de desarrollo o riqueza, entre varias otras– es la que da sentido al reconocimiento de derechos sociales en tanto derechos, y no sólo como concesiones graciosas o caritativas. Las proyecciones de este principio son varias: tal vez la más importante sea la *consideración preferencial de aquellas personas que están en peor situación*, es decir, que no logran satisfacer por sus propios medios las necesidades consideradas básicas.

La doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recoge este principio del siguiente modo: "Los Estados Parte *deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial*. Las políticas y la legislación, en consecuencia, no deben ser destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás"[19]. El principio también se refleja en las reflexiones del Comité relativas a la mala asignación presupuestaria en materia de derechos sociales, que privilegie a aquellos que se encuentran en mejor posición socioeconómica a expensas de quienes están en peor situación. Así, en materia de derecho a la salud, el Comité señala que "una asignación inadecuada de recursos para la salud puede dar lugar a una discriminación que tal vez no sea manifiesta. Por ejemplo, las inversiones

Mary Ann, *The Forgotten Crucible: The Latin American Influence on the Universal Human Rights Idea*, en 16 Harvard Human Rights Journal, 2003, ps. 27-39; Morsink, Johannes, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 1999, ps. 131-133 y 193; Samnoy, Ashild, *The Origins of the Universal Declaration of Human Rights*, en Alfredsson, Gudmundur y Eide, Asbjørn (eds.), *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1999, p. 6; Waltz, Susan, *Universalizing Human Rights: The Role of Small States in the Construction of the Universal Declaration of Human Rights*, 23 Human Rights Quarterly, 2001, ps. 44-72. Waltz afirma: "Sería útil especular acerca de cuál hubiera sido la eventual forma y contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos si los estados pequeños no hubieran estado presentes y jugado un papel activo en su construcción. La Declaración Universal hubiera sido más corta, un documento de carácter 'inspiracional', como lo pretendían los Estados Unidos (...) Casi con certeza, su contenido hubiera sido mucho más limitado. Sin los argumentos y votos de los países pequeños, la Declaración Universal no hubiera incluido derechos socioeconómicos, ni la consistente condena de la discriminación. También es probable que los derechos de las mujeres hubieran tenido un lugar mucho menor". Cf. Waltz, Susan, *Universalizing Human Rights: The Role of Small States in the Construction of the Universal Declaration of Human Rights*, cit., ps. 70-71. Entre los "países pequeños" a los que se refiere, destaca el papel de los países latinoamericanos (Chile, Cuba, Panamá, Uruguay, entre otros).

[19] Cf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 4, "El derecho a una vivienda adecuada" (1991), párr. 11 (el destacado me pertenece). En sentido similar, Observación General 13, "El derecho a la educación" (1999), párrs. 26, 32, 53 y 55.

no deben favorecer desproporcionadamente a los servicios curativos caros que suelen ser accesibles únicamente a una pequeña fracción privilegiada de la población, en detrimento de la atención primaria y preventiva de salud en beneficio de una parte mayor de la población"[20]. En la misma línea, considera que "la asignación inadecuada de recursos públicos que impiden el disfrute del derecho a la salud por los particulares o grupos, en particular las personas vulnerables o marginadas" constituye una violación a las obligaciones de cumplir que emanan del Pacto[21]. En el caso del derecho al agua, el Comité afirma: "... una distribución inadecuada de los recursos puede conducir a una discriminación que quizá no sea manifiesta. Por ejemplo, las inversiones no deben redundar de manera desproporcionada en beneficio de los servicios e instalaciones de suministro de agua que suelen ser accesibles únicamente a una pequeña fracción privilegiada de la población; esos recursos deben invertirse más bien en servicios e instalaciones que redunden en beneficio de un sector más amplio de la población"[22]. También considera que "todos los pagos por servicios de suministro de agua deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que no recaiga en los hogares más pobres una carga desproporcionada de gastos de agua en comparación con los hogares más ricos"[23].

La prohibición de regresividad puede ser entendida, en este contexto, como una veda a las normas y medidas estatales que, por debilitar o retraer el nivel de protección otorgado, reinstauran obstáculos para la satisfacción de sus necesidades básicas, o, en términos más amplios, hacen renacer obstáculos de carácter económico y social que limitan de hecho la libertad y la igualdad de las personas, e impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos en la organización política, económica y social de un país[24]. En este sentido, la prohibición de regresividad opera como cláusula de control jurídico del cumplimiento, por parte de los poderes políticos, del mandato del Estado social –o bien de las cláusulas de pactos internacionales de derechos humanos que

[20] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud" (2000), párr. 19.

[21] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud" (2000), párr. 52. En el mismo sentido, párrs. 36, 37 y 43.

[22] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 15, "El derecho al agua" (2002), párr. 14.

[23] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 15, "El derecho al agua" (2002), párr. 27. Ver también párrs. 7, 12-16, 26, 29, 37 y 44.

[24] Parafraseo, claro está, la famosa "cláusula Basso", que define las tareas del Estado social en la Constitución italiana (art. 3, Constitución italiana). La cláusula constituye la obvia fuente de inspiración del art. 9.2 de la Constitución española.

imponen al Estado obligaciones en materia social–. Dado que el contenido de las necesidades consideradas básicas, las posibilidades de desarrollo de las personas y las áreas de participación se amplían con el tiempo y con el progreso material y científico de nuestras sociedades, el umbral de protección –y por ende, las posiciones consolidadas insusceptibles de derogación o supresión– también tienden a ampliarse progresivamente.

Es importante agregar aquí que la consideración preferente de las personas que están en peor situación también puede constituir una fuente de modulación de la prohibición, en la medida en que, como se verá, el interés en la estabilidad absoluta de las posiciones jurídicas de quienes están en mejor situación puede ser contrabalanceado por la necesidad de asegurar la satisfacción de necesidades básicas de quienes están en peor situación. Como veremos, las alegaciones estatales en este sentido requieren de una carga justificatoria alta –que logre demostrar, entre otras cosas, por qué para satisfacer las necesidades básicas de quienes están en peor situación era necesario empeorar la situación de quienes están en mejor situación, y no acudir a algún otro medio menos lesivo–.

V. 2. Prohibición de regresividad y razonabilidad

Este tipo de obligación no resulta extraño a la tradición jurídica iberoamericana: responde a características similares que el *principio de razonabilidad* de la reglamentación de los derechos, incorporado o inferido a partir de casi todas las Constituciones de la región[25], y reflejada también en pactos internacionales de derechos humanos[26]. De allí que parte del desarrollo teórico que propongo para la obligación de no regresividad sugie-

[25] Ver, por ejemplo, Constitución argentina, art. 28: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio"; Constitución chilena, art. 19.26: "Los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia"; Constitución ecuatoriana, art. 18: "Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales"; Constitución guatemalteca, art. 44: "Serán nulas *ipso jure* las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitucion garantiza". El principio ha sido desarrollado ampliamente por la doctrina y jurisprudencia constitucional de la región.

[26] Ver, por ejemplo, Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 30 y 32.2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 5.1, 12.3, 18.3, 19.3, 21, 22.3 y 25; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 4; Protocolo de San Salvador, art. 5. Ver también dos instrumentos internacionales de *soft law* específicos, los denominados "Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" (Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, UN Doc. E/CN.4/1985/4, Annex, 1985) y los ya mencionados Principios de Limburgo relativos a la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

ra recurrir como fuentes a la doctrina y jurisprudencia elaboradas a partir del principio de razonabilidad[27]. La razón principal que funda esta semejanza la brinda el hecho de que ambos principios tienen como objeto al aseguramiento del debido proceso sustantivo: como ya hemos dicho, se dirigen al control sustancial o de contenido de la reglamentación de los derechos.

Debido a esta similar estructura conceptual, puede afirmarse que la consagración de la prohibición de regresividad agrega un nuevo criterio al control de razonabilidad de las leyes y reglamentos cuando se examina judicialmente la adopción de normas que reglamentan derechos económicos, sociales y culturales. En efecto, la obligación de no regresividad implica un control "agravado" del debido proceso sustantivo: de acuerdo a la concepción tradicional de la razonabilidad, el parámetro al que quedaban sujetos el legislador y el Poder Ejecutivo se vinculaba exclusivamente con criterios de racionalidad –por ejemplo, la no afectación de la sustancia del derecho, el análisis de la relación medio/fin que propone la norma, el análisis de proporcionalidad, etcétera–. Evidentemente, un mismo derecho puede ser pasible de varias reglamentaciones razonables, de modo que el principio de razonabilidad excluye las reglamentaciones irrazonables, pero permite que el legislador o el Poder Ejecutivo escojan dentro de las opciones razonables, la más conveniente de acuerdo a su apreciación política.

La obligación de no regresividad agrega a las limitaciones vinculadas con la racionalidad, otras limitaciones vinculadas con criterios de evolución temporal o histórica: aun siendo racional, la reglamentación propuesta por el legislador o por el Poder Ejecutivo *no puede empeorar la situación de reglamentación del derecho vigente*, desde el punto de vista del alcance y amplitud de su goce. De modo que, dentro de las opciones de reglamentación posibles, los poderes políticos tienen, en principio, vedado elegir supuestos de reglamentación irrazonable y, *además*, elegir supuestos de reglamentación que importen un retroceso en la situación de goce de los derechos económicos, sociales y culturales vigentes[28]. En este sentido, la

[27] Una razón ulterior para vincular los desarrollos constitucionales e internacionales consiste, justamente, en la mutua alimentación de los criterios constitucionales y de los provenientes de instrumentos internacionales de derechos humanos en esta materia. Ver Moncayo, Guillermo, "Suspensión y restricción de derechos y garantías constitucionales. El aporte de las convenciones internacionales al Derecho Público argentino", en Abramovich, Víctor, Bovino, Alberto y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)*, Del Puerto, Buenos Aires, en prensa.

[28] Ver, al respecto, las gráficas palabras de un tribunal argentino, al aplicar la prohibición de regresividad a un caso de expulsión del peticionante de un plan de vivienda: "La discontinuidad de las prestaciones vulnera el principio de no regresividad o de no retroceso social, consagrado en algunos de los tratados con jerarquía constitucional citados en el considerando III.2, esto es, la prohibición de adoptar políticas y medidas que empeoren la situación de los derechos sociales. De acuerdo a este principio, una vez

prohibición de regresividad agrega un nuevo estándar de análisis al concepto de razonabilidad de la ley.

El *debido proceso sustantivo* no es más que un estándar o patrón para determinar, dentro del margen de arbitrio que tienen el legislador o el poder reglamentario, hasta dónde se pueden restringir válidamente los derechos consagrados por las normas a reglamentar, o dicho en otros términos, cuál es el espacio concreto de discrecionalidad que puede ser utilizado por el legislador o el órgano ejecutivo, al regular un derecho consagrado en la Constitución, en los tratados internacionales o en la ley.

Si bien el debido proceso sustantivo ha sido concebido originalmente en el derecho estadounidense como una limitación de las facultades reglamentarias del Congreso destinada primordialmente a proteger la libertad individual, es hoy indiscutible en la tradición constitucional iberoamericana que se trata de una garantía genérica que tutela a la totalidad de los derechos fundamentales[29].

reconocido un derecho y efectivizado su goce respecto de personas que se encuentran en una situación de precariedad socio-económica –esto es, el reconocimiento de un *status* jurídico básico de inclusión social–, su vigencia no puede eliminarse posteriormente sin el reconocimiento, por parte del Estado, de alternativas razonables. En efecto, una vez que la administración cumple con las tareas constitucionalmente impuestas y, en consecuencia, amplía el ámbito de protección de los derechos de los más necesitados, está obligada a abstenerse en el futuro de desarrollar actividades que atenten contra esa situación. La obligación de no regresividad constituye una limitación constitucional a la reglamentación de los derechos sociales, que veda en consecuencia a las autoridades públicas la posibilidad de adoptar medidas que reduzcan el nivel de los derechos sociales de que goza la población, más aún si se encuentra en situaciones de extrema precariedad y exclusión social. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sostenido al respecto, que un deterioro en las condiciones de vivienda, atribuible a decisiones de política general contradice, a falta de medidas compensatorias concomitantes, las obligaciones dimanantes de los artículos 4 y 5.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General 4). En igual sentido se ha pronunciado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al sostener que las condiciones de vigencia y acceso a los derechos sociales no pueden reducirse con el transcurso del tiempo, porque ello configura una violación al artículo 26 de la Convención Americana. En consecuencia, una vez garantizado el derecho a través de los diversos programas implementados a tal efecto, no podría luego la Ciudad denegarlo por las supuestas inconductas en las que habría incurrido el demandante".

Cf. Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, "Morón, Jorge Luis c/GIBA s/amparo (art. 14 CCBA)", 8/10/2003, cons. IV.2.

[29] Como señala Linares, el nacimiento del debido proceso como garantía no sólo adjetiva sino sustantiva "... es el momento de la llamada interpretación mecánica o legalista de las enmiendas V y XIV. Bajo una concepción individualista (económica, política y filosófica) toda ley que implicara mejoras sociales para el obrero, regulación de actividades comerciales de interés público y económicas en general, era vista por la Suprema Corte americana con desconfianza profunda. El viejo principio de que toda ley tiene a su favor presunción de constitucionalidad fue abandonado y la carga de la prue-

Aunque definir con precisión la totalidad de los extremos que pueden estimarse en un juicio de razonabilidad excede los límites de este trabajo, bastará sin embargo enunciar algunas nociones a efectos de aclarar, al menos inicialmente, el modo en que se integra al estándar de debido proceso sustantivo o control de razonabilidad con la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales.

De acuerdo con la clásica definición de Juan Francisco Linares, "la garantía de debido proceso sustantivo con respecto a la ley formal y formal-material es la que consiste en la exigencia constitucional de que las leyes deben ser razonables, es decir, que deben contener una equivalencia entre el hecho antecedente de la norma jurídica creada y el hecho consecuente de la prestación o sanción teniendo en cuenta las circunstancias sociales que motivaron el acto, los fines perseguidos con él y el medio que como prestación o sanción establece dicho acto"[30]. Las normas constitucionales y las de tratados sobre derechos humanos que consagran derechos son por naturaleza de mayor generalidad que las leyes que las reglamentan o que se dictan en su consecuencia. El campo de significados posibles de la norma constitucional es mayor que el de la norma legal, y el de ésta, a su vez, mayor que el de la norma reglamentaria inferior. El legislador está en consecuencia habilitado a crear derecho dentro del límite o del marco de contenidos posibles de la norma constitucional o internacional (art. 28 de la Constitución argentina y otros similares de Constituciones iberoamericanas, arts. 30 y 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 4 del PIDESC, art. 5 del Protocolo de San Salvador). Esta regla de subsunción es aplicable también a las facultades reglamentarias del Poder Ejecutivo.

Las restricciones de los derechos fundamentales –incluso de los derechos sociales y otros derechos consagrados por instrumentos internacionales de derechos humanos– establecidas por el órgano legislativo en ejercicio de su poder reglamentario o poder de policía, no han de ser infundadas o arbitrarias sino razonables, es decir, justificadas por los hechos y las circunstancias que les han dado origen, y por las necesidades de salvaguardar el interés público comprometido, y proporcionales a los fines que se procura alcanzar con ellas.

De tal modo, una primera cuestión vinculada a la razonabilidad de la reglamentación es que la "especie legal" no sea directamente contraria al "género constitucional". Esto es, no viole el principio de subsunción, pulverizando, desnaturalizando o destruyendo la "sustancia" o "contenido esencial" del derecho que reglamenta[31], o reconociéndolo más allá de los límites de su definición, de un modo exorbitante, afectando así otros derechos constitucionales. En sentido similar, el artículo 4 del PIDESC, el artículo 5 del Protocolo de San Salvador y otras cláusulas similares de pactos e instrumentos internacionales de derechos humanos[32] disponen que las limitaciones legales al ejercicio de los derechos consagrados en el instrumento sólo podrán establecerse en la "medida compatible con la natu-

ba de la constitucionalidad se puso sobre quien sostenía la constitucionalidad de la ley. Pero esa prueba no consistía en hechos, estadísticas, explicación científica y razonada de las necesidades que llevaron al legislador a sancionar la ley cuestionada, sino en invocación de razones filosóficas, políticas y principios del *common law*, es decir, todo el ideario *jus liberal* individualista" (Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución argentina*, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 32). Recién en la última década del siglo XIX, la Suprema Corte, según lo señala Warren, dio el paso radical de expandir la antigua y clásica frase que define los objetos del poder de policía –salud, seguridad y moral pública– por interpolación de la locución "bienestar público", avanzando acentuadamente hacia la aceptación de una teoría jurídica de corte sociológico, en el sentido de que el derecho debe reconocer la prioridad de los intereses sociales y partir de la premisa de que los intereses individuales deben estar protegidos por el derecho, en tanto que ellos son intereses sociales (Charles Warren, C., *The Supreme Court in the United States History*, Little, Brown and Co., Boston, 1937, citado por Linares, *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución argentina*, cit., p. 73 nota 10).

30 Linares, *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución argentina*, cit., p. 31.

31 Constitución argentina, art. 28: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio", que supone una "sustancia" de los principios, garantías y derechos anterior a su reglamentación por vía legal. Similar función cumple la llamada garantía del *contenido esencial del derecho*, originaria de la tradición constitucional alemana (art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, art. 19.2: "... en ningún caso se podrá afectar el contenido esencial de un derecho fundamental"), y reflejada en el art. 53.1 de la Constitución española ("Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades"). En sentido similar, Constitución federal suiza, art. 36.4: "El contenido esencial de los derechos fundamentales es inviolable"; Constitución húngara, art. 8.2: "En la República de Hungría la ley puede reglamentar los derechos y obligaciones fundamentales; dicha ley, sin embargo, no puede restringir el contenido y el significado esenciales de los derechos fundamentales". La noción de "contenido esencial del derecho fundamental" corresponde a la noción de "sustancia" del derecho, originaria de la tradición constitucional estadounidense.

Sobre la noción de contenido esencial de los derechos fundamentales, puede verse Gavara de Cara, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; Martínez-Pujalte, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, ps. 66-80; Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2003; Prieto Sanchís, Luis, "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, ps. 217-260.

32 Ver, por ejemplo, Principios de Limburgo, Principio 56: "La restricción 'compatible con la naturaleza de esos derechos' requiere que una limitación no deberá interpretarse o aplicarse en menoscabo de la *naturaleza intrínseca de un determinado derecho*".

raleza" del derecho reglamentado[33], o bien "en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos". En algún caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho alusión a este límite[34].

[33] La jurisprudencia de la Corte Suprema argentina ofrece numerosos ejemplos de aplicación del principio de razonabilidad en la reglamentación de derechos sociales. En el caso "Rolón Zapa, Victor Francisco", del 30/10/1986, dclaró la inconstitucionalidad de una ley reglamentaria del derecho a jubilaciones móviles del art. 14 *bis* de la Constitución argentina, por conducir a una desproporcionada reducción de los haberes previsionales con claro apartamiento de los derechos constitucionales consagrados. En el caso "Vega, Humberto Atilio c. Consorcio de Propietarios del Edificio Loma Verde y otro s/accidente-ley 9688", del 16/12/1993, se constató que la utilización del salario mínimo vital y móvil establecido por la res. 7/88 para el cálculo del tope indemnizatorio previsto en la ley de accidentes de trabajo, había implicado la pulverización del real significado económico del crédito del actor. En el caso "Martinelli, Oscar Hector Cirilo y otros c. Coplinco Compañia Platense de la Industria y Comercio S.A.", del 16/12/1993, ante visibles defectos de técnica y de coherencia entre el Decreto 666/86, que fijó el salario mínimo, vital y móvil en un monto inferior al salario garantizado fijado por el Decreto 667/86, cuando ambos habían sido dictados simultáneamente, la Corte declaró la inconstitucionalidad del primero, por llevar un tope violatorio del principio de buena fe, desnaturalizándose la garantía constitucional de protección contra el despido arbitrario. En el caso "Jáuregui, Manuela Yolanda c. Unión Obreros y Empleados del Plástico", del 7/8/1984, la Corte estableció que si no se calcula el monto de la indemnización del art. 245 de la ley de contrato de trabajo (resarcimiento del despido sin causa) sobre la base de pautas reales, el deterioro del poder adquisitivo del salario acaecido durante el lapso que media entre la finalización de un ciclo de trabajo y el momento del despido –en la especie ocho meses en período de alta inflación– no sólo beneficia indebidamente a quien con su conducta genera aquella situación, sino que importa un manifiesto desmedro patrimonial para el acreedor en términos que lesionan el derecho de propiedad y los derechos atinentes a una retribución justa y a la protección contra el despido arbitrario, consagrados por los arts. 14, 17 y 14 *bis* de la Constitución argentina. En relación con esta última garantía también se pronunció la Sala III de la Cámara Nacional del Trabajo en la causa "Zurueta, Héctor c. Maronese, Sebastián e Hijos S.A.", del 19/7/1996, donde se estableció que la protección contra el despido arbitrario prevista por el art. 14 *bis* de la Constitución se halla sujeta a variaciones según las normas que en cada momento se fijan para reglamentarla. El tribunal sostiene que tales variaciones no pueden ser materia de agravio constitucional a menos que incrementen la protección hasta la exorbitancia o la reduzcan hasta tornarla irrisoria. De acuerdo con el fallo, la protección contra el despido arbitrario requiere que exista cierta proporcionalidad entre el resarcimiento y el ingreso del trabajador despedido, por lo que si la aplicación del módulo de cálculo sujeto a tope según el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo reformado por la ley 24.013, resulta inferior en un 50% al salario percibido por el trabajador, corresponde prescindir del tope al momento de fijar la reparación.

Existen también ejemplos de reglamentaciones de la garantía de protección contra el despido arbitrario tachadas de irrazonables por exorbitancia en el grado de protección que afectaba a otros derechos constitucionales, tal como lo resolvió la Corte en el caso "De Luca, José E. y otro c. Banco Francés del Río de la Plata", del 25/2/1969.

[34] Ver, respecto de la libertad de circulación, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Ricardo Canese c. Paraguay", Sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 124, con cita de la Observación General 27 del Comité de Derechos Humanos –que señala literalmente que "las restricciones no deben comprometer la *esencia* del derecho"–.

La segunda cuestión es que la restricción de los derechos se encuentre justificada por los hechos o circunstancias sociales que le han dado origen y por los fines lícitos perseguidos por la norma. En cuanto a estos últimos, es sabido que al poder de policía del órgano legislativo se le reconocieron históricamente objetivos más amplios a medida que el Estado asumió un papel más activo de intermediación en la economía, en representación del denominado bienestar general, y aun a costa de restringir tradicionales libertades individuales, como las de contratar o ejercer el comercio o la industria. En tal sentido, sostuvo desde entonces la jurisprudencia constitucional, la restricción tiene su fundamento en el propósito de tutelar intereses generales que son dentro de la organización del Estado superiores a los derechos individuales y, para ello, la misma Constitución (para Argentina, antiguo art. 67, inc. 28, de la Constitución nacional, actual art. 75, inc. 32, según texto de 1994) confía al Congreso la facultad de dictar todas las leyes y reglamentos que resulten convenientes para poner en ejercicio los poderes atribuidos al Gobierno de la Nación[35]. Sin embargo, el artículo 4 del PIDESC establece en relación con los fines de la norma reglamentaria un elemento adicional, al disponer que los derechos consagrados en el Pacto podrán someterse únicamente a limitaciones determinadas por ley con el *exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática*. La Corte Interamericana de Derechos Humanos –al igual que su par europeo– desarrolló una interpretación similar a partir de los artículos 29.c y d, y 32.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos[36].

La tercera cuestión, quizá las más espinosa, del juicio o control de razonabilidad de las normas reglamentarias de derechos fundamentales, es

[35] El cambio de orientación surge al admitir la Corte la constitucionalidad de las leyes de prórroga de los alquileres –casos "Ercolano c. Lanteri de Renshaw", *Fallos* 136:131 (1922), "Horta c. Harguindeguy", *Fallos* 137: 47 (1922) y "Mango c. Traba", *Fallos* 144:219 (1926)–; de moratoria hipotecaria –caso "Avico c. de la Pesa", *Fallos* 172:21 (1934)– y luego de las leyes reguladoras del comercio y la industria de la carne –casos "Cia Swift de la Plata c. Fisco Nacional", *Fallos* 171:348 (1934), "Frigorífico Anglo c. Fisco Nacional", *Fallos* 171:366 (1934), "Pedro Inchauspe Hnos c. Junta Nacional de Carne", *Fallos* 199:483 (1944). Luego se extiende a la imposición obligatoria de números vivos de variedades, frente a la libertad de contratación en el caso "Cine Callao", *Fallos* 247:121 (1960). En este último caso, en relación con los fines del poder de policía, se estableció que comprenden, junto a la seguridad, la moralidad y la salubridad pública, la defensa y promoción de *los intereses económicos de la colectividad*, doctrina que recibe base de sustentación en el art. 67, inc. 16, de la Constitución argentina (art. 75, inc. 18, según texto de 1994).

[36] Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, "La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 28, Convención Americana sobre Derechos Humanos)", del 13 de noviembre de 1985, párrs. 41, 42, 44 y 46; caso "Herrera Ulloa c. Costa Rica", Sentencia de 2 de julio de 2004, párrs. 120; caso "Ricardo Canese c. Paraguay", Sentencia de 31 de agosto de 2004, párrs. 129 y 132-133; caso "Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay", Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 144.

la determinación de la adecuada proporcionalidad entre las restricciones y los antecedentes y fines de la medida. Como ha sostenido la Corte Suprema argentina, el análisis de la eficacia de los medios arbitrados por el legislador es ajeno a la competencia jurisdiccional, a la que sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos, o sea *resolver si son o no proporcionados a las circunstancias o motivos que originan el dictado de la norma*[37] *y a los fines que la justifican*[38]. En consecuencia, el objeto de decisión se refiere a si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados. En situaciones de emergencia se le ha reconocido al Congreso un mayor margen de regulación, aun en materia de derechos sociales[39]. En el mismo sentido, y a partir de precedentes de la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana requiere, desde un punto de vista sustantivo, que las restricciones a derechos humanos sean necesarias y proporcionales –amén del requisito de lograr

[37] Así, por ejemplo, en el caso "Pedro Inchauspe Hnos. c. Junta Nacional de Carnes", cit., la Corte entendió que las condiciones del desenvolvimiento de la industria de carnes justificaban plenamente la sanción de la ley 11.747, con la cual el Congreso se propuso impedir el monopolio, las maniobras y los procedimientos arbitrarios de las empresas industrializadoras en la adquisición de la hacienda, crear un instrumento de lucha contra la organización que determinaba el comercio de carnes, lograr un mayor consumo externo e interno y abaratar este último acercando los productores a los consumidores y mejorando la calidad de las carnes.

[38] En el caso "Nordensthol, Gustavo Jorge c. Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado", del 2/4/85, la Corte Suprema argentina entendió que la respuesta dada a las dificultades coyunturales que se invocaron mediante la ley 21.476 carecían de razonable proporción medio a fin ya que esa norma no impuso una limitación de derechos, sino que lisa y llanamente, suprimió todas las normas convencionales que establecían mayores beneficios que los consagrados en el régimen de contrato de trabajo. En el fallo se estableció además que si bien las grandes metas de la política del Estado están fijadas en el Preámbulo de la Constitución nacional y la acción del poder político estatal para lograr esas metas no es revisable judicialmente en cuanto decisión política, dado que ésta necesariamente debe instrumentarse mediante normas jurídicas, cabe la valoración judicial de la razonabilidad de los medios empleados. Esto no es otra cosa que constatar la validez del instrumento jurídico empleado para la consecución de lo que se considera un bien social en un momento dado. Este medio será admisible si no suprime ni hiere sustancialmente otros bienes amparados por la misma estructura constitucional.

[39] Por ejemplo, en el caso "Soengas, Héctor R. y otros c. Ferrocarriles Argentinos", del 7/8/90, la Corte Suprema argentina estableció que el art. 1 de la ley 21.476 tuvo por objeto mantener la vigencia de los convenios colectivos de trabajo con limitaciones, a fin de no variar la situación laboral existente y preservar la estabilidad en las relaciones colectivas de trabajo, en un momento en que la coyuntura obligaba a ser excesivamente cauteloso en todo lo que podía incidir en la economía del país. Vigente la ley 21.307 y en ese contexto, la limitación de cláusulas convencionales de aumentos automáticos ligados a otros factores de la economía parece ajustarse a la doctrina de que en situaciones de emergencia social o económica, la facultad de regular los derechos personales (art. 14, Constitución argentina) puede ser más enérgicamente ejercida que en los períodos de sosiego y normalidad.

un objetivo legítimo en una sociedad democrática, que he comentado en el párrafo anterior[40]–.

Así, la Corte ha afirmado:

> "La necesidad de las restricciones legalmente contempladas dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno. La proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido. Finalmente, para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido[41]".

Queda claro, entonces, que el control de razonabilidad de la reglamentación, limitación o restricción de un derecho fundamental es una noción plenamente instaurada tanto en la tradición constitucional comparada, como en la de los órganos de monitoreo de los tratados internacionales de derechos humanos. El análisis de regresividad de una norma no hace más que agregar un criterio suplementario a dicho control.

V. 3. Inversión de la carga probatoria, estándar de juicio y límites de la prohibición

Ahora bien, ¿cuáles son las consecuencias que acarrea la sanción de una ley o de un reglamento regresivo? La regresividad ¿constituye *per se* una razón de inconstitucionalidad o de invalidez a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos? De acuerdo al esquema sugerido, la regresividad constituye un factor agravado del análisis de razonabilidad. Por ello, 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[42]. Analizaré a continuación los dos elementos que configuran este cuadro:

[40] Ver, entre otros, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, "La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 28, Convención Americana sobre Derechos Humanos)", del 13 de noviembre de 1985, párr. 46; caso "Ivcher Bronstein c. Perú", Sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 155; caso "Herrera Ulloa c. Costa Rica", Sentencia de 2 de julio de 2004, párrs. 120-123; caso "Ricardo Canese c. Paraguay", Sentencia de 31 de agosto de 2004, párrs. 96, 129 y 132-133; caso "Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay", Sentencia de 17 de junio de 2005, párrs. 144-145.

[41] Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay", Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 145.

[42] Ver, en general, Liebenberg, Sandra, *Socio-economic Rights*, en Chaskalson, Matthew *et al* (eds.), *Constitutional Law of South Africa*, Juta, Ciudad del Cabo, 1998, cap. 41, ps. 50-51.

la inversión de la carga probatoria y el estándar de juicio que debe emplear el juez ante la articulación por parte del Estado de una defensa de la validez de la norma impugnada –tema que introduce la cuestión de los límites de la prohibición de regresividad–. Dado que estas categorías resultan poco habituales para la práctica jurisprudencial y de la doctrina latinoamericana, resulta útil tratar brevemente la cuestión.

En cuanto a la doctrina de la inversión de la carga de la prueba, su aplicación al análisis de razonabilidad de las leyes no ha sido, por ejemplo, ajena a la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos[43], que, como veremos, desarrolló la noción en el marco del cuestionamiento de normas tachada de discriminatorias, es decir, que sugieran prejuicio contra minorías raciales o de otro tipo. En el marco del derecho antidiscriminatorio, desde el punto de vista procesal, corresponde al demandante demostrar la existencia de una discriminación normativa a partir del empleo de una de las denominadas *categorías sospechosas*[44]. La preocupación central que ha justificado la elaboración de esta noción es la de erradicar aquella acción gubernamental "teñida de prejuicio contra minorías discretas e insulares": el tipo de prejuicio "que tiende a afectar la operación de aquellos procesos políticos en los que habitualmente confiamos para la protección de las minorías"[45]. Acreditado por el demandante el empleo en una norma jurídica de una categoría sospechada como criterio para efectuar una distinción legal, la carga de la prueba se invierte y corresponde al Estado la justificación de la medida.

Como principio, entonces, cuando se crea una distinción en función de alguno de los factores enumerados en normas que establecen una prohibición expresa de discriminación, se trate de previsiones constitucionales o de tratados internacionales de derechos humanos, existe una presunción de ilegitimidad de la norma o medida diferenciadora. Esta presunción de ilegitimidad de la medida ha sido sostenida en sede internacional a partir de una reiterada y tradicional jurisprudencia de numerosos tribunales europeos. En tal sentido. la doctrina y la jurisprudencia

[43] Cf. Linares, *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina*, cit., p. 213.

[44] Ver Tribe, Laurence, *American Constitutional Law*, 2ª ed., Foundation Press, Nueva York, 1988, ps. 1.465-1.553; Stone, Geoffrey, Seidman, Louis M., Sunstein, Cass R. y Tushnet, Mark, *Constitutional Law*, Little, Brown & Co., Boston-Toronto, 1986, ps. 495 y siguientes.

[45] Ver Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 1.465, citando la famosa frase del juez Stone en el fallo "United States v. Carolene Products Co.", 304 U.S. 144, 152-53 n. 4 (1938). Como se sabe, la Corte Suprema estadounidense ha considerado categorías sospechadas –aunque con distinto énfasis– la utilización de la raza y de la etnia, la condición de extranjero, la condición de hijo extramatrimonial y el género. Ver Stone, Geoffrey, Seidman, Louis M., Sunstein, Cass R. y Tushnet, Mark, *Constitutional Law*, Little, Brown & Co., Boston-Toronto, 1986, ps. 528-689.

constitucional italiana partieron de la prohibición específica de discriminación que contiene el propio artículo 3.1 de la Constitución Italiana, entendida como elenco de calificaciones subjetivas vedadas como elementos de distinción o diferenciación (sexo, raza, lengua, religión). Como la propia Constitución contiene mandatos específicos que proscriben tener en cuenta estas distinciones, la jurisprudencia concluyó que la prohibición específica de operar distinciones sobre la base de estos datos, si bien no podía interpretarse como una obstáculo absoluto de trato, actuaba como una presunción de irracionalidad de ciertas prohibiciones[46].

También el Tribunal Constitucional español expresa particular cuidado al enjuiciar la razonabilidad del factor diferenciador establecido por una norma, cuando precisamente ese factor sea uno de los expresamente incluidos en el elenco del artículo 14 de la Constitución española. Así, se dice que en el artículo 14 de la Constitución española existe una "interdicción de tener en cuenta como criterios de diferenciación aquellos elementos (nacimiento, raza, sexo, condición social) que el precepto expresamente menciona"[47], y ello, por lo menos, implica que, si se emplean esos factores como criterios de diferenciación de trato, esa diferenciación sea especialmente "sospechosa" de inconstitucionalidad, por lo que habrá de examinarse con mayor rigor su razonabilidad. Esta exigencia de una justificación más estricta, este mayor rigor en el tratamiento de la desigualdad derivada de algunas de las diferenciaciones contenidas en el artículo 14, es constante en las decisiones del Tribunal Constitucional español, traduciéndose lógicamente en un "endurecimiento" del control de constitucionalidad. Así, la alegación de que el factor diferenciador ha sido uno de los mencionados en el artículo 14 alivia al recurrente la carga de demostrar la "relevancia" constitucional de la desigualdad[48]. Otra consecuencia de que el factor diferencial esté expresamente prohibido afecta en el derecho español a la carga de la prueba, cuya inversión opera en los casos de desigualdad de trato. Tal carga se torna aún más rigurosa en aquellos otros casos en que el factor diferencial es precisamente uno de los típicos que el artículo 14 enumera[49].

En el plano internacional, en relación con la alegación –destinada a justificar una diferencia de trato– de factores de diferenciación expresa-

[46] Ver Amato, Giuliano y Barbera, Augusto (eds.), *Manuale di Diritto Pubblico*, Il Mulino, Bolonia, 1984, p. 308.

[47] Ver sentencia del Tribunal Constitucional español 83/1984 del 24 de julio –BOE del 14 de agosto de 1984– FJ 5.

[48] Ver sentencia del Tribunal Constitucional 59/1982, del 28 de julio –BOE del 18 de agosto de 1982– FJ 3; sentencia 34/1984, del 9 de marzo –BOE del 3 de abril de 1984– FJ 2; sentencia 63/1984, del 21 de mayo –BOE del 19 de junio de 1984– FJ 4.

[49] Ver sentencia del Tribunal Constitucional 81/1982, del 21 de diciembre –BOE del 15 de enero de 1983– FJ 2.

mente vedados, la Corte Europea de Derechos Humanos se pronunció en el caso "Irlanda c. Reino Unido", en el que se analizaba el carácter discriminatorio de diferencias en el trato de prisioneros del IRA y los terroristas "leales" protestantes. En dicho fallo, aunque la mayoría rechazó la existencia de discriminación, el juez Matscher afirmó que si existe discriminación cuando no existan motivos objetivos y razonables que justifiquen diferencia de trato, con mayor razón puede hablarse de discriminación cuando el distinto trato se explica por algunos de los criterios vedados que se enuncian en el artículo 14 del Convenio Europeo[50].

En el caso "Abdulaziz, Cabales y Balkandali", sentencia del 25 de mayo de 1985, se planteó en forma directa una discriminación por razón de raza, nacimiento y sexo en la legislación de inmigración británica, que concedía derechos de entrada a las mujeres de inmigrantes hombres, negados a los maridos de las mujeres inmigrantes. Estas medidas afectaban especialmente a inmigrantes de procedencia india. La Corte Europea sostuvo que "se puede destacar que la progresión hacia la igualdad de los sexos constituye hoy un objetivo importante de los Estados miembros del Consejo de Europa". Y de ello extrae que "sólo razones *de mucho peso* podrían llevar a estimar compatible con el Convenio una distinción fundada en el sexo"[51].

Si se traslada el esquema al análisis de regresividad, el demandante corre entonces con la carga de demostrar inicialmente el carácter regresivo de la norma, acreditando que el grado de protección ofrecido por la nueva norma constituye un retroceso con respecto al existente con la norma anterior. Probado esto, la norma se presume inválida[52], y corresponde al Estado la carga de acreditar que, pese a ser regresiva, la norma es justificable[53].

En cuanto al estándar de juicio, manteniendo congruencia con la presunción de invalidez que pende sobre toda norma regresiva, la jurisprudencia estadounidense ha desarrollado el criterio denominado *escrutinio estricto* (*strict scrutiny*): la carga de demostración de la administración es alta y, en caso de duda, el juez deberá inclinarse por la inconstitucionalidad. El estándar es aplicable ante las ya comentadas *categorías sospechosas* en caso de discriminación, y en general ante la revisión judicial de restricciones a un derecho fundamental: corresponde al Estado la demostración estricta de la necesidad y racionalidad de la distinción, la existencia de un "interés imperioso" (*compelling interest*) que justifique la medida adoptada. En estos casos, no basta con que el Estado demuestre sólo la legitimidad del fin y la mera racionalidad de la medida: debe justificar su imperiosa necesidad. De acuerdo con Tribe, una de las aplicaciones de este criterio consiste en la anulación de normas jurídicas, sea por la insuficiente relación medio-fin, sea por la debilidad del interés que pretenden satisfacer. Bajo esta luz, alegaciones tales como el interés estatal en la eficiencia, conveniencia o el ahorro, por su generalidad, serían insuficientes para justificar la medida impugnada[54]. La Corte Suprema estadounidense ha aplicado la regla del escrutinio estricto, por ejemplo, en casos de imposición de requisitos de residencia para el ejercicio del derecho a divorciarse[55] o a la

[50] Ver Corte Europea de Derechos Humanos, caso "Irlanda c. Reino Unido", Sentencia de 18 de enero de 1978, párrs. 228-232, y párr. 2 del voto disidente del juez Mastcher.

[51] Cf. Corte Europea de Derechos Humanos, caso "Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido", Sentencia de 25 de mayo de 1985, párr. 78. La Corte ha repetido este razonamiento en casos posteriores con respecto a otros factores enumerados en el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como el origen nacional. Ver, por ejemplo, casos "Gaygusuz c. Austria", Sentencia de 16 de septiembre de 1996, párr. 42; "Koua Poirrez c. Francia", Sentencia de 30 de septiembre de 2003, párr. 46.

[52] Cf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 13 ("El derecho a la educación"): "... la admisión de medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la educación, y otros derechos enunciados en el Pacto, es objeto de grandes prevenciones" (párr. 45); Observación General 14 ("El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud"): "... al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud" (párr. 32); Observación General 14 ("El derecho al agua") "... existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto al derecho al agua está prohibida por el Pacto" (párr. 19).

[53] Cf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 13 ("El derecho a la educación"): "... si deliberadamente adopta alguna medida regresiva, el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga el Estado Parte" (párr. 45); Observación General 14 ("El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud"): "... 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 y 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" (párr. 32); Observación General 14 ("El derecho al agua"): "Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras un examen sumamente exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en el contexto de la plena utilización del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte" (párr. 19). En sentido similar, la demostración de que las limitaciones a los derechos económicos, sociales y culturales tiene "el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática" (art. 4, PIDESC) está a cargo del Estado (Principios de Limburgo, Principio 54).

[54] Ver Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 1.453.

[55] Así, Corte Suprema estadounidense, caso "Sosna v. Iowa", 419 U.S. 393 (1975).

obtención de ayuda social[56], el establecimiento de requisitos discriminatorios para ejercer derechos tales como los de votar[57], acceder a la justicia[58], casarse[59], etcétera.

Estas nociones tampoco son ajenas a la tradición continental europea. Como hemos comentado, al enfrentarse al control de normas que sostienen distinciones sobre categorías "sospechosas", el Tribunal Constitucional español ha sostenido que el empleo de esos factores como criterios de diferenciación de trato es especialmente "sospechoso" de inconstitucionalidad, por lo que corresponde un "endurecimiento" del control de constitucionalidad.

Comentando el ya referido caso "Abdulaziz, Cabales y Balkandali" de la Corte Europea de Derechos Humanos, Alonso García señala que ese tribunal se mueve en la línea de la sustitución del criterio interpretativo de mera racionalidad (*rational scrutiny*) por "unos mucho más tajantes (*strict scrutiny*) en el que el fin de la norma debe ser superior al valor constitucional que la igualdad de raza, sexo, y otros factores de discriminación expresamente prohibidos suponen"[60].

Similar es la estrategia interpretativa de la Corte Europea de Derechos Humanos al considerar la restricción de un derecho establecido en la Convención Europea de Derechos Humanos. En el caso "The Sunday Times c. Reino Unido"[61], la Corte Europea debió interpretar la cláusula del artículo 10.2 de la Convención Europea[62], que autoriza al Estado a someter el ejercicio de la libertad de expresión "a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial". La Corte Europea sostiene que "necesarias", sin ser sinónimo de "indispensables", implica la existencia de una "necesidad social imperiosa" y que para que una restricción sea "necesaria" no es suficiente demostrar que sea "útil", "razonable" u "oportuna".

Además de las hipótesis referidas, la Corte Europea de Derechos Humanos ha sugerido la necesidad de empleo de una forma agravada de escrutinio en casos de legislación retroactiva que afecte disputas judiciales pendientes de las que el propio Estado es parte –una hipótesis emparentada teóricamente con el supuesto de prohibición de regresividad, dado que entre los fundamentos de ambas figuras se hallan la seguridad jurídica y la protección de la confianza–. Así, por ejemplo, en el caso "The National & Provincial Building Society, the Leeds Permanent Building Society y The Yorkshire Building Society", el Tribunal afirmó que "la Corte es especialmente consciente de los peligros inherentes al empleo de legislación retroactiva que tenga por efecto influir en la determinación judicial de una disputa de la que el Estado es parte, incluyendo aquellos casos en los que el efecto sea la imposibilidad de vencer en el litigio pendiente. El respeto del Estado de derecho y la noción de debido proceso exigen que toda razón que se aduzca para justificar tales medidas sea tratada con el mayor grado de circunspección posible"[63].

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha utilizado un esquema de argumentación similar en la ya mencionada Opinión Consultiva 5, "La colegiación obligatoria de los periodistas"[64]. La Corte también debió interpretar el alcance de las posibilidades de restricción de la libertad de expresión, de acuerdo con el artículo 13 de la Convención Ameri-

---

56 Por ejemplo, Corte Suprema estadounidense, "Shapiro v. Thompson", 394 U.S. 618 (1969).

57 Por ejemplo, Corte Suprema estadounidense, "Harper v. Virginia State Board of Elections", 383 U.S. 663 (1966); "Kramer v. Union Free School District No. 15", 395 U.S. 621 (1969).

58 Por ejemplo, Corte Suprema estadounidense, "Reynolds v. Sims", 377 U.S. 533 (1964).

59 Por ejemplo, Corte Suprema estadounidense, "Loving v. Virginia", 388 U.S. 1 (1967).

60 Ver Alonso García, Manuel, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 388.

61 Corte Europea de Derechos Humanos, "The Sunday Times c. Reino Unido", Sentencia de 26 de abril de 1978, párr. 59.

62 El art. 10 del Convenio Europeo de Derechos humanos establece que

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial".

63 Cf. Corte Europea de Derechos Humanos, "The National & Provincial Building Society, the Leeds Permanent Building Society y The Yorkshire Building Society c. Reino Unido", Sentencia de 23 de octubre de 1998, párrs. 107 y 112. Ver también "Stran Greek Refineries y Stratis Andreadis c. Grecia", Sentencia de 9 de diciembre de 1994, párr. 49, y "Asimovic c. Croacia", Sentencia de 9 de octubre de 2003, párr. 23.

64 Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, "La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención)", del 13 de noviembre de 1985.

cana sobre Derechos Humanos[65]. La Corte Interamericana, siguiendo las conclusiones de la Corte Europea en el caso "The Sunday Times", señaló que "la 'necesidad' y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerán de que estén orientadas a satisfacer *un interés público imperativo*. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo *debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido*. Dado este estándar, *no es suficiente que se demuestre*, por ejemplo, *que la ley cumple un propósito útil u oportuno: para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13*. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo" (párr. 46; el destacado me pertenece). Este razonamiento ha sido aplicado posteriormente por la Corte Interamericana en dos casos concretos, "Canese c. Paraguay"[66] y "Herrera Ulloa c. Costa Rica"[67].

También la Corte Suprema argentina ha empleado un criterio similar en casos de discriminación. En el caso "Repetto, Inés M. c. Provincia de Buenos Aires"[68], la Corte debió juzgar la validez constitucional de un reglamento provincial que establecía el requisito de ser argentino nativo o naturalizado con dos años de ejercicio de la ciudadanía para ejercer la docencia en un establecimiento de enseñanza privada. La actora, de nacionalidad estadounidense, impugnó la constitucionalidad de la norma, por considerarla contraria al artículo 20 de la Constitución argentina, que establece que "los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos

[65] El art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, en su parte pertinente, lo siguiente:

"Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

[66] Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Ricardo Canese c. Paraguay", Sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 96.

[67] Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Herrera Ulloa c. Costa Rica", Sentencia de 2 de julio de 2004, párrs. 121-122.

[68] Ver Corte Suprema argentina, caso "Repetto, Inés M. c. Provincia de Buenos Aires", del 8/11/1988, en "La Ley", 1989-B, ps. 351 y siguientes.

los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión...". En un voto concurrente, los jueces Petracchi y Bacqué señalaron que "ante los categóricos términos del artículo 20 de la Constitución (...) toda distinción efectuada entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada de una presunción de inconstitucionalidad. Por tal razón, aquél que sostenga la legitimidad de la citada distinción debe acreditar la existencia de un 'interés estatal urgente' para justificar aquélla, y no es suficiente, a tal efecto, que la medida adoptada sea 'razonable'".

Aplicando este esquema al caso de la regresividad, acreditada ésta por parte del actor, cabe al Estado la carga de demostrar la *estricta* necesidad de la medida[69]. Esto supone la demostración por parte del Estado de: a) la existencia de un interés estatal calificado; b) el carácter imperioso de la medida y c) la inexistencia de cursos de acción alternativos menos restrictivos del derecho en cuestión. En este cuadro, las posibilidades de argumentación del Estado no son libres ni mucho menos. Las Observaciones Generales 3, 13, 14, 15, 17 y 18 del Comité de Derechos Económicos, So-

[69] Cf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3: "Además, todas las medidas de carácter deliberadamente regresivo (...) *requerirán la consideración más cuidadosa...*" (párr. 9); Observación General 13 ("El derecho a la educación"): "... si deliberadamente adopta alguna medida regresiva, el Estado Parte *tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas* y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que disponga el Estado Parte" (párr. 45); Observación General 14 ("El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud"): "... 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* y 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" (párr. 32); Observación General 15 ("El derecho al agua"): "... si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, *corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras un examen sumamente exhaustivo de todas las alternativas posibles* y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en el contexto de la plena utilización del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte" (párr. 19); Observación General 17 ("El derecho de toda persona de beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora"): "... si se adopta alguna medida deliberadamente regresiva, *el Estado parte tiene la carga de probar que fue implantada tras una cuidadosa consideración de todas las alternativas* y que están debidamente justificadas a la luz de la totalidad de los derechos reconocidos en el Pacto", párr. 27; Observación General 18 ("El derecho a trabajar"): "... si se adopta alguna medida deliberadamente regresiva, *los Estados parte tienen la carga de probar que han sido introducida tras la consideración de todas las alternativas* y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que disponga el Estado Parte" (párr. 21).

ciales y Culturales fijan los términos del posible marco argumentativo del Estado: por un lado, la medida regresiva sólo se justifica si el Estado demuestra que ha considerado cuidadosamente medidas alternativas y que existen razones de peso para preferir aquélla ("el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas", Observación General 13, párr. 45; "corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles", Observación General 14, párr. 32; "corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras un examen sumamente exhaustivo de todas las alternativas posibles", Observación General 15, párr. 19; "el Estado parte tiene la carga de probar que fue implantada tras una cuidadosa consideración de todas las alternativas", Observación General 17, párr. 27; "los Estados parte tienen la carga de probar que han sido introducidas tras la consideración de todas las alternativas", Observación General 18, párr. 21).

Por otro lado, el Comité también establece las condiciones y contenidos de la posible justificación: la medida "deberá ser justificada plenamente *por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone*" (Observaciones Generales 3, párr. 9; 13, párr. 45; 14, párr. 32); el Estado deberá demostrar que las medidas regresivas *"están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en el contexto de la plena utilización del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte"* (Observaciones General 15, párr. 19; 18, párr. 21).

Esto significa que el Estado sólo puede justificar la regresividad de una medida demostrando: a) que la legislación que propone, pese a implicar retrocesos en algún derecho, implica un avance teniendo en cuenta *la totalidad de los derechos previstos en el Pacto*, y b) *que ha empleado todos los recursos de que dispone*, incluyendo los que provengan de la cooperación internacional, y que, aun así, necesita acudir a ella para proteger los demás derechos del Pacto. Estas limitaciones resultan sumamente importantes, ya que el Estado no puede utilizar argumentos generales de política pública, disciplina fiscal o referirse a otros logros financieros o económicos, sino que debe señalar concretamente qué otros *derechos previstos en el Pacto* (es decir, derechos económicos, sociales y culturales, y no cualquier otro derecho) se vieron favorecidos por la medida.

Como ya he señalado[70], en las Observaciones Generales 14, 15 y 17, el Comité establece otro límite a las posibilidades justificatorias del Estado, que –dada su vinculación con un elemento común a todos los derechos del Pacto, el contenido mínimo esencial– también es generalizable a los demás derechos consagrados por el Pacto. En el párrafo 43 de la Observación General 14, referida al derecho a la salud, el Comité recuerda

70 Ver *supra*, apartado II.

que, en línea con lo dicho en la Observación General 3, que "los Estados Parte tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto". A continuación, en el párrafo 48, señala que "la adopción de cualesquiera medidas regresivas que sean incompatibles con las obligaciones básicas en lo referente al derecho a la salud, a que se hace referencia en el párrafo 43 *supra, constituye una violación del derecho a la salud*"[71]. Esto significa que, de acuerdo con la interpretación del Comité, el PIDESC establece una prohibición absoluta de medidas regresivas que tengan como efecto el incumplimiento de la obligación de satisfacer niveles esenciales del derecho a la salud, y, por extensión del criterio, de cualquier otro derecho. Dicho en otros términos, la sanción de medidas normativas que empeoren la situación de goce de derechos del Pacto hasta el punto de excluir a personas del acceso al contenido mínimo esencial de esos derechos *siempre* constituye una violación del Pacto, sin que pueda ser justificada por el Estado[72]. En igual sentido, la Observación General 15, referida al derecho al agua, reitera esta idea en su párr. 42: los Estados Parte violan el pacto en materia de derecho al agua cuando adoptan "medidas regresivas que sean incompatibles con las obligaciones básicas". Por su parte, la Observación General 17, referida al derecho a beneficiarse de las obras científicas, literarias y artísticas de las que se es autor, señala que "la adopción de cualquier medida de carácter regresivo incompatible con las obligaciones básicas establecidas por el artículo 15, párrafo 1.c (...) constituye una violación de ese derecho" (párr. 42).

De lo dicho se desprende que la prohibición de regresividad es una prohibición *prima facie* revestida, sin embargo, de calificantes particularmente gravosos para el Estado. Ante la demostración de la adopción por el Esatdo de una medida de corte regresivo, se presume su invalidez y la carga de la prueba de su permisibilidad se traslada al Estado. El estándar de juicio para considerar justificada y por ende permisible la medida regresiva es alto. Así, en principio, quedan excluidas de la posibilidad de ser justificadas las medidas regresivas que afecten el contenido mínimo esencial del derecho en juego. Con respecto a las demás medidas regresivas, las razones a las que puede acudir el Estado para justificar la medida regresiva son taxativas y limitadas. El Estado sólo puede justificar su adopción

71 En el mismo sentido, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14, párr. 47: "Cabe señalar sin embargo que un Estado Parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43 *supra*, que son inderogables". Si el Estado no puede justificar su incumplimiento del contenido mínimo esencial del derecho, *a fortiori*, tampoco puede justificar la adopción de medidas regresivas que signifiquen retroceder desde un estado de cumplimiento a un estado de incumplimiento de ese contenido mínimo esencial.

72 El criterio es similar al propuesto por Fabre, Cécile, *Social Rights under the Constitution. Government and Decent Life*, Oxford University Press, Oxford, 2000, ps. 53-55.

cuando se conjuguen estos tres factores: cuando haya efectuado una cuidadosa evaluación de las alternativas, cuando el objetivo perseguido por la medida sea el de proteger la totalidad de los derechos del Pacto –en especial, cuando la restricción del derecho de quienes pertenecen a grupos que se encuentran en mejor situación esté destinada a satisfacer las necesidades de quienes no logran cubrir por sí mismos el contenido mínimo esencial de los derechos en juego–, y cuando la adopción de la medida haya tenido en consideración el máximo de los recursos disponibles, aun los provenientes de la cooperación internacional[73].

Pueden observarse aquí algunos fuertes paralelos con el juicio de razonabilidad: el Pacto fija al Estado una limitación absoluta –el cumplimiento del contenido mínimo esencial del derecho, similar a la prohibición de afectar la "naturaleza" o "sustancia" del derecho– y le exige, para poder justificar la medida, la demostración de un fin legítimo –la mejora del estado de goce de la totalidad de los derechos establecidos por ese instrumento– de razones estrictas para la justificación de la necesidad de la medida –la evaluación cuidadosa de alternativas y la consideración del máximo de los recursos disponibles antes de adoptar la medida–. A ello puede agregarse, a partir de los requisitos generales de justificabilidad de la restricción de derechos humanos, el examen de la proporcionalidad de la medida adoptada. Para ello, resulta útil el empleo de un juicio de ponderación –tal como el propuesto por Robert Alexy[74]–, a través del cual

[73] La nota aclaratoria del art. 11 de las Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el art. 19 del Protocolo de San Salvador parecería agregar otra posible justificación de medidas regresivas por parte del Estado. La nota dice: "Se recuerda también que el carácter acotado en el tiempo de ciertas medidas regresivas como consecuencia o a continuación de situaciones excepcionales permite una evaluación distinta". Creo, sin embargo, que no se trata de una nueva hipótesis de justificabilidad de las medidas regresivas, sino de un supuesto subsumible en la hipótesis más general desarrollada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así, la existencia de "situaciones excepcionales" es un argumento relacionado con la necesidad de la medida, y su carácter acotado es un factor relacionado con la proporcionalidad de la medida. En todo caso, la alegación de esas circunstancias no exime al Estado de acreditar el resto de los extremos requeridos por el Comité: la medida regresiva puede responder a situaciones excepcionales, y ser acotada en el tiempo, y de todos modos ser inaceptable porque existían alternativas menos restrictivas del derecho en juego, no se destinó el máximo de los recursos disponible para paliar la situación, la restricción del derecho es desproporcionada en relación a los fines perseguidos, o se afectó el contenido mínimo esencial del derecho.

[74] Ver Alexy, Robert, *Derecho constitucional y derecho ordinario - Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria*, en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, ps. 62-80. Para un exhaustivo análisis de las dimensiones de ponderación en el juicio sobre la proporcionalidad de una norma, ver el brillante trabajo de Pulido, Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, ps. 611-803. Ver, también, Prieto Sanchís, Luis, *El juicio de ponderación*, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, ps. 175-216.

evaluar la proporcionalidad del sacrificio del derecho restringido, en comparación con la importancia del objetivo perseguido –que, como hemos dicho, sólo puede ser la mejora del estado del goce de la totalidad de los derechos del Pacto para quienes se encuentren en peor situación–.

Dada la presunción de invalidez de las medidas regresivas, en caso de duda, habrá que estar en contra de la validez de la norma, ya que la demostración concreta de retroceso en el goce de un derecho hecha por el demandante no habrá sido conmovida por el intento del Estado de probar que la medida ha mejorado el goce de otros derechos previstos en el Pacto.

En resumen, de acuerdo con el criterio aquí propuesto, la verificación del carácter regresivo de una norma tiene efectos similares a la existencia de un factor de discriminación de los expresamente vedados: conlleva, de antemano, una *presunción de ilegitimidad* de la medida, y conduce a la necesidad de realizar un *escrutinio estricto* o un severo control de la razonabilidad y legitimidad de la medida y del propósito de la norma, quedando *a cargo del Estado la prueba de su justificabilidad*. En caso de duda, habrá de estarse contra la validez de la norma regresiva.

Este criterio tampoco resulta ajeno a la tradición jurídica de los tribunales argentinos. La Corte Suprema argentina ha decidido que, en materia de derechos sociales, rige la regla hermenéutica *in dubio pro justitia socialis*, a la que asigna raigambre constitucional. En el fallo "Berçaitz" la Corte consideró que

> "Tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: *in dubio pro justitia socialis*. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el 'bienestar', esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad. (...) [Esta Corte] ha afirmado, 'enfáticamente, que las leyes de materia previsional deben interpretarse conforme a la finalidad que con ellas se persigue, lo que impide fundamentar una interpretación restrictiva' (Fallos: 263:400; 265:256; 267: 196; 279:389). No sólo, pues, la interpretación analógica restrictiva de un derecho social –en el caso, previsional– contraría a la uniforme jurisprudencia de esta Corte, concordante con la doctrina universal (el 'principio de favorabilidad', Günstigkeitprinzip, que formularon los autores alemanes a partir de la Constitución de Weimar (...), sino que también se contrapone a la hermenéutica de las leyes que surge –según lo mostramos– del 'objetivo preeminente' de 'promover el bienestar general' que la Constitución se propone obtener para todos los habitantes del suelo argentino"[75].

Como puede verse, ambos principios de interpretación siguen una orientación conceptual similar: favorecen la vigencia de la norma de derecho social de mayor alcance. En el caso del principio *in dubio pro iustitia*

[75] Corte Suprema argentina, caso "Berçaitz, Miguel Ángel s/jubilación", del 13/9/74.

socialis, prima la interpretación normativa que mayor extensión dé al derecho social en cuestión. En el caso de la prohibición de regresividad, se somete a escrutinio estricto a la norma posterior que pretende limitar la extensión del derecho.

V. 4. Criterios para determinar la regresividad

Conforme a la posición que sustentamos en este trabajo en relación con la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, el impugnante de una norma podría trasladar la carga de demostrar su razonabilidad, si logra acreditar *prima facie* que dicha norma es regresiva. Ahora bien, ¿cuándo puede afirmarse que una norma que reglamenta o implementa un derecho social es regresiva respecto de otra? Lo será en principio, partiendo de la definición del artículo 2 del PIDESC, cuando el grado de efectividad del derecho social reglamentado por la norma impugnada resulte menor al que había alcanzado en el derecho interno antes de la sanción de esa norma. Esto es, cuando la norma impugnada limite, restrinja o reduzca la extensión o el sentido de un derecho social, o le imponga a su ejercicio condiciones que con anterioridad no debían sortearse. En definitiva, el juicio que el impugnante de la norma deberá proponer es de tipo comparativo, debiendo poner en evidencia de modo concreto y categórico que la norma impugnada es *menos favorable* para el titular del derecho que la sustituida[76].

En cuanto a las reglas o parámetros para realizar tal comparación, sería acertado recurrir por analogía a los criterios utilizados en el derecho laboral para discernir la articulación entre normas, partiendo de la primacía del régimen o norma *más favorable* para el trabajador –aunque, como dije, los juicios de comparación entre normas más y menos favorables pueden hallarse en diferentes ramas del derecho–. La apelación a tales procedimientos, de arraigada tradición en el ámbito del derecho social, operará solamente como método posible de comparación entre las normas, sin ignorar las claras diferencias entre una y otra situación y la distinta finalidad que se persigue. En el caso del derecho laboral, los criterios de comparación determinan un orden de prelación de las normas. En nuestro caso sólo permitirán acreditar *prima facie* que el Estado ha violado la prohibición de regresividad en la tutela jurídica de un derecho social, trasladándosele la carga de demostrar la razonabilidad de la norma bajo un estándar de escrutinio estricto.

Cuando se trata de resolver conflictos entre cuerpos normativos diversos, sobre la base del principio de la norma o el régimen más favorable al trabajador, la doctrina iuslaboralista distingue dos criterios básicos: el de

76 Ver Directrices de Maastricht, Principio 14.a, d, e, f y g.

la acumulación y el del conglobamiento. El criterio de la acumulación implica la aplicación de lo dispuesto en las normas comparadas sumando todo lo que hay en ellas que resulte más favorable al trabajador. El método del conglobamiento, que tiene en cuenta el carácter unitario de cada norma o régimen, hace la comparación en conjunto, y excluye la posibilidad de aplicar simultáneamente una disposición de un régimen y la de otro prescindiendo del respectivo carácter unitario, por lo que tras la comparación, se aplica sólo la norma o el régimen que en su totalidad resulta más favorable. Un método intermedio es el denominado "conglobamiento por instituciones", en el cual se toma como unidad de comparación el conjunto de normas "relacionadas con cada una de las instituciones del derecho del trabajo", aplicándose la norma que regula de modo más favorable cada una de las instituciones comparadas[77].

Para decidir cuál podría ser el criterio aplicable, es necesario tener en cuenta algunas consideraciones prácticas. El método del "conglobamiento" tiene a su favor la consideración completa del sistema establecido por la norma: este punto es especialmente relevante, dado que en materia de reglamentación de derechos sociales, por regla general, nos enfrentamos a regímenes complejos, que requieren una evaluación en conjunto. Sin embargo, en su contra juega el hecho de que la declaración de inconstitucionalidad tiene carácter restrictivo, y opera como *ultima ratio* del control judicial de la actividad de los otros poderes. Este principio impone circunscribir la declaración de inconstitucionalidad a los aspectos particularmente impugnados, sin perjuicio de la validez del resto de la norma. El método de la "acumulación" tiene las virtudes y los defectos inversos: se ajusta más fácilmente a la filosofía del carácter restrictivo del control de constitucionalidad, pero es poco respetuoso de la unidad sistemática de un cuerpo normativo, permitiendo la comparación de normas aisladas, alejadas del contexto sistemático en el que se insertan. A la luz de estos argumentos, el análisis por instituciones parece ser el que brinda la solución más adecuada para determinar cuándo una norma es regresiva, ya que permite equilibrar ambos intereses: circunscribe el análisis de regresividad al contenido concreto de las normas que regulan una determinada institución de modo menos favorable para el titular del derecho, manteniendo incólume el resto de la norma, y permite el análisis de una institución

77 Este último criterio, elaborado por la jurisprudencia italiana, fue el adoptado para regular la relación entre el convenio colectivo de trabajo y la ley, por el art. 6 de la ley 14.250 y es el que adopta el art. 9 de la Ley de Contrato de Trabajo. Ver López, Justo, Centeno, Norberto y Fernández Madrid, Juan Carlos, *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, Errepar, Buenos Aires, 1987, t.1, p. 36. Ver, además, Goldín, Adrián, "Concurrencia, articulación y sucesión de normas en el derecho del trabajo", en Derecho del Trabajo XLVI-B, 1986, Buenos Aires, ps. 934 y siguientes. Ver también la contribución de Guillermo Gianibelli, en este mismo volumen.

completa, respetando la necesidad del análisis sistemático en mayor medida que el método de la acumulación.

VI. Un precedente desafortunado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso "Cinco pensionistas"

En febrero de 2003, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo la oportunidad de decidir un planteo relacionado con la violación de la prohibición de regresividad en materia de pensiones de jubilación, en el denominado caso de los "Cinco pensionistas" contra el Estado peruano[78]. Las consideraciones más decepcionantes de la Corte en esa sentencia se vinculan justamente con su análisis de los agravios basados sobre el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La demanda de la Comisión –acompañada en ese punto por los representantes de las víctimas– incluyó un reclamo específico que suponía la justiciabilidad directa de la prohibición de regresividad o retroceso, obligación ligada al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales a partir del artículo 26 de la Convención. La construcción de la Comisión implicaba: a) el derecho a la seguridad social es uno de los derechos derivados de las normas económicas y sociales de la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires; b) el derecho a la seguridad social incluye el derecho a percibir pensiones de jubilación o retiro; y c) el Estado no puede empeorar injustificadamente el nivel de goce de ese derecho. De acuerdo con la tesis de la Comisión, las limitaciones o restricciones a este principio sólo pueden efectuarse por leyes "que hayan sido promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, y que no contradigan el propósito y razón de tales derechos", de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 del Protocolo de San Salvador –y de acuerdo con la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre esta cuestión–.

La Corte consideró en el mismo caso que las medidas adoptadas por el Estado peruano violaron los derechos a la propiedad y a la protección judicial. El planteo ofrecía a la Corte la posibilidad concreta de extender algunas de las consideraciones relativas a su análisis de la violación al derecho de propiedad, sentando jurisprudencia sobre la justiciabilidad del artículo 26 y, puntualmente, sobre la prohibición de regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Veamos cuáles han sido las reflexiones del Tribunal sobre estos temas:

[78] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Cinco pensionistas c. Perú", Sentencia de 28 de febrero del 2003. Este apartado reproduce algunas consideraciones publicadas en Courtis, Christian, *Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los "Cinco Pensionistas" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en "Revista Mexicana de Derecho Público", n° 6, ITAM, México, 2004, ps. 37-67.

"Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente[79].

Es evidente que esto último es lo que ocurre en el presente caso y por ello la Corte considera procedente desestimar la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú, en el marco de este caso[80]".

La elusiva argumentación del Tribunal genera al menos tres perplejidades. En primer lugar, al analizar la violación al derecho de propiedad en el mismo caso, la Corte empleó como criterio de interpretación el artículo 5 del Protocolo de San Salvador[81], integrando el contenido del derecho de propiedad cuando de lo que se trata es de créditos previsionales con consideraciones relativas al "*propósito y razón* de los derechos económicos, sociales y culturales". Lo dicho supone reconocer una dimensión individual justiciable al derecho a la seguridad social, por vía de su conexidad con el derecho de propiedad, aunque reconociendo principios de interpretación propios de los derechos económicos, sociales y culturales. Esto choca frontalmente con la conclusión del párrafo 147, que parece sostener que la única forma de evaluar el cumplimiento de las obligaciones emergentes de derechos económicos, sociales y culturales es en relación con el conjunto de la población –socavando, por ende, sus posibilidades de justiciabilidad–.

En segundo término, la mención que la Corte hace de la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es especialmente desafortunada. Ciertamente, el Comité se pronuncia en la Observación General 3[82] –mencionada en la nota al pie del párrafo 147 de la sentencia de la Corte– sobre la noción de progresividad de los derechos econó-

[79] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Cinco pensionistas c. Perú", párr. 147

[80] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Cinco pensionistas c. Perú", párr. 148.

[81] Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Cinco pensionistas c. Perú", párr. 116.

[82] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, "La índole de las obligaciones de los Estados Parte" (1990). Ver, en general, Sepúlveda, Magdalena, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Amberes, 2000, ps. 354-358.

micos, sociales y culturales, pero para llegar a conclusiones meridianamente opuestas a las desplegadas por la Corte. Así, el Comité argumenta que "aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato" (párr. 1). Entre estas obligaciones de efecto inmediato se encuentra la de "adoptar medidas, (...) compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración (...) Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto" (párr. 2). Finalmente –y en lo que resulta pertinente para ese punto–, el Comité identifica dentro de las medidas a adoptar, la de ofrecer recursos judiciales. En este sentido, afirma que

> *"Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables.* El Comité observa, por ejemplo, que el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de manera apropiada, en parte mediante la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos. De hecho, los Estados Parte que son asimismo Parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos están ya obligados (en virtud de los artículos 2 (párrs. 1 y 3), 3 y 26 de este Pacto) a garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades (inclusive el derecho a la igualdad y a la no discriminación) reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados, 'podrá interponer un recurso efectivo' (apartado a del párrafo 3 del artículo 2). Además, existen en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales varias otras disposiciones, entre ellas las de los artículos 3, 7 (inciso i) del apartado a, 8, 10 (párr. 3), 13 (apartado a del párrafo 2 y párrafos 3 y 4) y 15 (párr. 3), que cabría considerar de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de otra índole en numerosos sistemas legales nacionales. Parecería difícilmente sostenible sugerir que las disposiciones indicadas son intrínsecamente no autoejecutables[83]".

El Comité profundiza estas reflexiones en su Observación General 9, en especial en lo referente a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Allí señala que

> "En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto. El Comité ya ha aclarado que considera que muchas de las disposiciones del Pacto pueden aplicarse inmediatamente. Así, en la Observación general 3 (1990) se citaban, a título de ejemplo, los siguientes artículos del Pacto: el artículo 3, el inciso i del apartado a del artículo 7, el artículo 8, el párrafo 3 del artículo 10, el apartado a del párrafo 2 y del artículo 13, los párrafos 3 y 4 del artículo 13 y el párrafo 3 del artículo 15. A este respecto, es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones). Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, 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. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad[84]".

Como puede verse, de la propia doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se desprende que la noción de progresividad establecida en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no está reñida con la justiciabilidad de esos derechos. Lo mismo cabría decir para la Convención Americana. Poco tiene que ver esto con lo decidido por la Corte en el caso.

El tercer motivo de perplejidad, como bien marca el voto concurrente del juez de Roux Rengifo, es la aparente conclusión de la Corte –que parece subordinar necesariamente el análisis de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales a una escala colectiva nacional–. Dado que la propia Corte no tiene competencia para analizar informes sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales en los países de la región, ni ninguna otra forma de evaluar el estado de goce de esos derechos "sobre el conjunto de la población", esta sugerencia parece llevar a una vía muerta. La competencia contenciosa de la Corte la obliga a eva-

[83] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, "La índole de las obligaciones de los Estados Parte", 1990, párr. 5. El destacado me pertenece.

[84] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 9, "La aplicación interna del Pacto", 1998, párr. 10. El destacado me pertenece.

luar reclamos individuales o plurindividuales, pero difícilmente puede plantearse ante sus estrados un planteo que involucre al "conjunto de la población", sin individualizar víctimas concretas[85]. Leído bajo la peor luz posible, el párrafo podría entenderse como una lápida a las posibilidades de justiciabilidad del artículo 26 de la Convención.

El razonamiento de la Corte es, sin embargo, poco consistente. De reconocer que los derechos económicos, sociales y culturales "tienen una dimensión tanto individual como colectiva" no se sigue en absoluto la conclusión de su no justiciabilidad. Que, por motivos diversos, la adopción de muchas medidas vinculadas con la satisfacción de derechos económicos, sociales y culturales requiera del Estado el diseño e implementación de políticas de alcance colectivo no significa que el contenido del derecho no sea individualizable[86]. Si, además de su dimensión colectiva, los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión individual, no se ve por qué sería imposible tratar casos de violaciones individuales concretas[87]. La dimensión colectiva tampoco obsta a la justiciabilidad: los avances del derecho procesal contemporáneo permiten el planteo de casos de afectación de derechos grupales o de incidencia colectiva en sede judicial, sin que ello haya alterado mayormente las funciones de la jurisdicción[88]. En el fondo del razonamiento de la Corte parece haber dos dificultades de tipo conceptual:

[85] Ver, en el mismo sentido, el argumento sostenido en el voto concurrente del juez de Roux Rengifo: "... el razonamiento según el cual sólo sería procedente someter al test del artículo 26 las actuaciones de los Estados que afectan al conjunto de la población, no parece tener asidero en la Convención, entre otras razones porque la Corte Interamericana no puede ejercer –a diferencia de lo que ocurre con la Comisión– una labor de monitoreo general sobre la situación de los derechos humanos, ya sean los civiles y políticos, ya sean los económicos, sociales y culturales. El Tribunal sólo puede actuar frente a casos de violación de derechos humanos de personas determinadas, sin que la Convención exija éstas tengan que alcanzar determinado número".

[86] Para ver ejemplos al respecto, basta revisar los ensayos referidos a los derechos a la educación, a la vivienda, a la salud y a la alimentación contenidos en Coomans, Fons y van Hoof, Fried (eds.), *The Right to Complain about Economic, Social and Cultural Rights*, SIM Special nº 18, Utrecht, 1995. Ver, también, Scheinin, Martin, "Economic and Social Rights as Legal Rights", en Eide, Asbjørn; Krause, Catarina y Rosas, Allan, *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1995, ps. 41-62.

[87] Ver, en ese sentido, la correcta apreciación del juez García Ramírez en su voto concurrente: "Entiendo que esa dimensión individual se traduce en una titularidad asimismo individual: de interés jurídico y de un derecho correspondiente, que pudieran ser compartidos, por supuesto, con otros miembros de una población o de un sector de éste (...) La existencia de una dimensión individual de los derechos sustenta la denominada 'justiciabilidad' de aquéllos, que ha avanzado en el plano nacional y tiene un amplio horizonte en el internacional".

[88] Ver, por ejemplo, Mafra Leal, Márcio Flavio, *Ações coletivas: história, teoria e prática*, Sergio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998; Menezes Vigliar, José Marcelo, *Tutela jurisdicional coletiva*, Atlas, San Pablo, 1998.

a) *La confusión entre la dimensión colectiva y la escala nacional.* La aparente solución de la Corte –deferir el control de la efectividad de derechos económicos, sociales y culturales a mecanismos de evaluación de las políticas globales del Estado en materia social– se construye a partir de una oposición binaria entre la dimensión individual de un derecho y la evaluación holística de los resultados de una política social sobre el conjunto de la población. Esta posición, sin embargo, pierde de vista el fenómeno probablemente más característico del derecho social, es decir, su dimensión *grupal*[89]. Una parte importante del litigio en materia de derechos sociales se refiere a la situación de grupos o colectivos de personas; es decir, ni a individuos aislados, ni al total de la población. Algunos principios característicos del derecho social requieren la distinción entre grupos –trabajadores/empleadores; consumidores/profesionales; activos/pasivos; mujeres/hombres; personas con discapacidad/personas sin discapacidad, etcétera– y, aun dentro de esos grupos, de ulteriores distinciones destinadas a orientar una política determinada a los más desfavorecidos. Amén de la posibilidad de análisis de situaciones individuales, también es perfectamente posible aplicar algunos principios característicos de los derechos sociales –prioridad de los desfavorecidos, no regresividad, no discriminación, etcétera– para analizar acciones u omisiones estatales de alcance grupal. Es preciso señalar que tanto en casos anteriores como –especialmente– en casos posteriores, la Corte ha asumido plenamente y sin mayores contrariedades la proyección grupal de violaciones a los derechos humanos, tanto en relación con los agravios como con la reparación[90].

[89] Ver, por todos, Ewald, François, *L'Etat providence*, Grasset, Paris, 1985, ps. 451-452; y *Le droit du travail: une légalité sans droit?*, en "Droit Social", nº 11, 1985, ps. 723-728.

[90] Ver, por ejemplo, entre otros, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Aloeboetoe y otros c. Suriname". Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 10 de septiembre de 1993, párr. 96 y punto resolutivo 5; caso "La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) c. Chile", Sentencia de 5 de febrero de 2001, párrs. 64, 66, 97 y punto resolutivo 4; caso de la "Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua", Sentencia de 31 de agosto de 2001, párrs. 148-153, voto concurrente conjunto de los jueces Antônio Augusto Cançado Trindade, Máximo Pacheco Gómez y Alirio Abreu Burelli, párrs, 8-15; voto concurrente del juez Hernán Salgado Pesantes, y voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párrs. 6-17; caso "Instituto de Reeducación del Menor c. Paraguay", Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párrs. 164-171, 173-174, 176, 179, 191, 213, 247 y 250; caso "Masacre Plan de Sánchez c. Guatemala". Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 19 de noviembre 2004, párs. 48 y 110 y punto resolutivo 9, y voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, párrs. 15-19 y 29-30; caso de la "Comunidad Moiwana c. Suriname", Sentencia de 15 de junio de 2005, párrs. 93, 94-95, 97-103, 108, 113-114, 118-121, 128-135, 178, 194-195, 209-216; caso "Comunidad indígena Yakye Axa c. Paraguay", Sentencia de 17 de junio de 2005, párrs. 63, 82-84, 124, 131, 135, 137, 140-141, 143, 146-147, 154, 163, 165, 167-168, 172, 175-176, 205, 216-218, 221 y 226-227; caso "Moiwana c. Suriname"; caso

b) *El temor a analizar la totalidad de una política pública a través de un caso contencioso.* En la oposición entre las dimensiones "individual" y "colectiva", y en la sugerencia de evaluar la satisfacción de derechos económicos, sociales y culturales únicamente a partir del contexto del conjunto de la población puede vislumbrarse la reticencia de la Corte a tratar en un caso judicial temas vinculados con el diseño de políticas públicas y la disposición de recursos, probablemente por el temor de decidir sin información suficiente. Ciertamente, la inclusión en el artículo 26 de la Convención del principio de progresividad, y de la cláusula de condicionamiento económico ("en la medida de los recursos disponibles") requerirán el análisis de aspectos vinculados con la implementación de políticas públicas, y –en muchos casos– con la disposición de recursos. Sin embargo, esto no equivale a decidir sin información suficiente: corresponderá al Estado justificar su accionar, trayendo a colación datos que permitan explicar las decisiones públicas adoptadas dentro de los márgenes de apreciación que le son propios en la implementación interna de estándares internacionales, en la medida de sus recursos disponibles. Del mismo modo, cláusulas tales como el artículo 5 del Protocolo de San Salvador ofrecen al Estado la oportunidad de explicar las prioridades y justificaciones adoptadas para limitar o restringir derechos económicos, sociales y culturales, teniendo en consideración la obligación de realización progresiva y la primacía de las medidas destinadas a cubrir las necesidades de los grupos más desfavorecidos. En fin, desde el punto de vista conceptual, los estándares para evaluar la acción u omisión estatal en esta materia no difieren mayormente de los estándares aplicables en el litigio en materia de derechos civiles y políticos.

Sin embargo, intentaré, en la medida de lo posible, ofrecer una lectura del párrafo 147 de la sentencia que sea coherente con el principio *pro homine* y con la existencia del artículo 26 en el plexo normativo de la Convención. Más allá de los ríos de tinta que han corrido sobre la cuestión de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, puede concederse que, en el contexto de la Convención Americana, la ubicación sistemática del artículo 26, su reenvío a otro instrumento normativo y los

"Pueblo Indígena de Sarayaku c. Ecuador". Medidas provisionales, resolución de 17 de junio de 2005, párrs. 9, 12 y 13, y puntos resolutivos 1 a, b, c, d y g, y voto concurrente del juez Antônio Augusto Cançado Trindade, párrs. 4-13 (en los que se ofrecen reflexiones explícitas sobre la cuestión); caso "YATAMA c. Nicaragua", Sentencia de 23 de junio de 2005, párrs. 151, 153, 164, 176, 198, 202, 217-218, 220, 223-229 y 237. Para un comentario de la tutela judicial frente a violaciones colectivas de derechos humanos, que incluye comentarios a algunos de estos casos de la Corte Interamericana, ver Courtis, Christian, "El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos", en Abramovich, Víctor; Bovino, Alberto y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)*, Del Puerto, Buenos Aires, en prensa.

matices particulares de su redacción (tales como la noción de desarrollo progresivo, la referencia a los recursos disponibles, etcétera) parecen requerir prudencia en la apertura de la vía contenciosa de la Corte. Esto no significa, claro está, que ninguna obligación emergente de los derechos que se deriven de las normas económicas, sociales y sobre educación de la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires sea justiciable. Significa, tal vez, que cuando la Comisión o los representantes de las víctimas articulen ante la Corte Interamericana un planteo vinculado con la violación de derechos económicos, sociales y culturales, corren con una carga argumentativa adicional, que es la de demostrar la relevancia colectiva del planteo. Es decir, la Comisión y los representantes de las víctimas no sólo tienen la carga de demostrar la existencia de un agravio que afectó particularmente a las víctimas, sino también la de demostrar que la violación tiene proyecciones colectivas, y que no se trata de un hecho o cuestión aislada[91]. El caso o casos concretos planteados serían, bajo este prisma de análisis, ejemplos específicos de una política pública de consecuencias colectivas relevantes. Dada la dificultad práctica de articular una acción colectiva o grupal ante la Corte, los selectos representantes del grupo afectado cargarían con la obligación de demostrar la representatividad de las violaciones alegadas en función de un contexto colectivo o grupal.

Se trataría, ciertamente, de una carga adicional de creación pretoriana, no prevista por la Convención, aunque podría entendérsela como salvaguarda formal que permita a la Corte medir la relevancia de los planteos en un campo novedoso en el que aún no se han generado estándares judiciales en el sistema.

Probablemente, la mayor fuente de optimismo para la evolución del tema provenga de la existencia de dos votos concurrentes que matizan la conclusión de la mayoría de la Corte en el caso. Como he sugerido al mencionar sus puntos de vista, la opinión de los jueces de Roux Rengifo y García Ramírez permite abrigar alguna esperanza sobre el enderezamiento de la no muy feliz posición de la Corte sobre esta cuestión.

En todo caso, cabe también decir que la Corte acogió los planteos de la Comisión referidos a la violación de los derechos a la propiedad y a la protección judicial. Las razones para acoger esos planteos coinciden en alguna medida con los fundamentos de la prohibición de regresividad: la protección de la seguridad jurídica y de la confianza, y la naturaleza social

[91] En el mismo sentido parece leer las consideraciones de la mayoría el juez García Ramírez en su voto concurrente: "Por otra parte, la Corte dejó dicho en la sentencia a la que corresponde este voto que la progresividad de los derechos de referencia –un tema ampliamente debatido– se debe medir "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". Con sustento en esa ponderación el Tribunal apreciará el cumplimiento del deber estatal y la existencia del derecho individual, y podrá resolver el litigio específico que tenga a la vista".

y sustitutiva de las pensiones de jubilación –consideraciones ambas que forman parte de los fundamentos de la Corte–. Quedan, de todos modos, dudas sobre la posibilidad de extender esta forma indirecta de protección a otros derechos sociales que no revistan carácter contributivo, como el derecho a la educación primaria gratuita, o el derecho a la asistencia sanitaria de personas que no están en condiciones de pagar por servicios médicos.

Para concluir este breve comentario crítico, vale traer a colación las consideraciones finales del juez García Ramírez: "El tema [de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales] sugiere, como es evidente, muchas consideraciones adicionales que traerán consigo el desarrollo de la jurisprudencia interamericana sobre una de las cuestiones más actuales y trascendentes en el sistema de los derechos humanos en nuestra región".

El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad

Oscar Parra Vera*

Sumario: I. Introducción; II. Concepto y alcance de la categoría contenido esencial de los derechos sociales; III. Propuesta metodológica para la determinación del contenido esencial de los derechos sociales; IV. Propuesta de contenido esencial del derecho a la salud; V. Conclusión.

I. Introducción

Entre las obligaciones que adquieren los Estados en relación con los derechos sociales se encuentra la de garantizar niveles esenciales de los derechos y las obligaciones de progresividad y no regresividad[1]. En razón a estos deberes, los Estados deben asegurar la vigencia de los elementos básicos de estos derechos y adoptar medidas inmediatas para avanzar gradualmente, y en forma progresiva, hacia su realización plena. Son inadmisibles los retrocesos que no estén justificados imperiosamente[2]. Sin embargo, ¿cómo se verifica el cumplimiento de dichas obligaciones? La respuesta a esta pregunta es distinta según se trate de normas concretas, decisiones judiciales o políticas públicas. En efecto, en los casos de leyes y sentencias suele ser más claro si se trata de ampliar o restringir el goce de un determinado derecho. Por el contrario, determinar que los resultados

* Becario Rómulo Gallegos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Este trabajo se basa en base la experiencia del autor en el Programa de Seguimiento y Evaluación de Políticas Públicas en Derechos Humanos –Prosedher– de la Defensoría del Pueblo de Colombia. Ver Parra Vera, Oscar, *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, Serie Desc., 2003. Las opiniones del autor no comprometen a institución alguna.

[1] Principio 25 de los Principios de Limburgo sobre la Implementación del PIDESC, UN doc. E/C 4/1987/17; principio 9 de los Principios de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales; párr. 10 de la Observación General 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, UN doc. E/1991/23; art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador").

[2] Como resaltan Abramovich y Courtis, se presume que las decisiones regresivas constituyen un incumplimiento de los tratados sobre derechos sociales. Por ello, los retrocesos deben ser valorados judicialmente bajo un escrutinio estricto, es decir, un severo control de la razonabilidad y legitimidad de la medida y su propósito. Al respecto, los Estados tienen a su cargo la prueba de su justificabilidad frente a la realización del conjunto de derechos sociales y de la inexistencia de medidas alternativas al retroceso. Ver, Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, ps. 96-111.

de una política pública en su conjunto son progresivos o regresivos constituye una tarea de mayor complejidad, toda vez que requiere una visión global sobre los sistemas, actores, instituciones y procedimientos que gobiernan la política pública encaminada a la satisfacción de un derecho social. Al respecto, el presente escrito ofrece herramientas conceptuales en torno al seguimiento de políticas públicas desde una perspectiva de derechos humanos[3]. Específicamente, se analiza el papel del contenido esencial de los derechos sociales como punto de partida para el diseño de indicadores que permitan monitorear la progresividad y la no regresividad de una política pública. Dicho contenido esencial es el conjunto de niveles básicos de cada derecho social, razón por la cual constituye el parámetro al que se debe someter toda intervención de los poderes públicos sobre el correspondiente derecho.

La inquietud por un patrón para el monitoreo de la realización de derechos sociales no es nueva y aún es parte del debate internacional sobre las estrategias de exigibilidad[4]. En el sistema interamericano este tema es de particular actualidad pues en junio de 2005[5] la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos aprobó las "Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador". Estos informes deben mostrar las medidas progresivas que los Estados Parte hayan adoptado para asegurar "el debido respeto" de los derechos consagrados en dicho Protocolo. Para ello, la Asamblea General consideró que los informes deben estar basados en indicadores de progreso respecto a estos derechos. Al respecto, en este escrito se presenta el contenido esencial de los derechos sociales como criterio base para el diseño de estos indicadores en orden a que visibilicen tanto la progresividad como la regresividad de políticas públicas. La utilización del contenido esencial como punto de partida contribuye a no confundir el progreso en la situación económica y social con el progreso en la realización de derechos[6].

De llegarse a justificar un contenido esencial de los derechos sociales, es posible ofrecer argumentos contra las posturas que rechazan la exigibilidad de estos derechos dada su posible indeterminación, niegan su justiciabilidad y reducen a un ámbito de discrecionalidad política el manejo de las políticas sociales.

Este trabajo defiende la posibilidad de derivar el mencionado contenido esencial de los derechos sociales a partir de postulados constitucionales, precedentes judiciales del derecho interno y estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Articulado de esa manera, el contenido esencial constituye el punto de partida para el diseño, seguimiento y evaluación de una política pública que busque el desarrollo gradual de un derecho social. La defensa de esta propuesta es hecha en tres partes. La primera reseña las críticas a la figura del contenido esencial y la forma como esta categoría es analizada en el derecho internacional y en la teoría de los derechos fundamentales. Precisado el alcance de este concepto, la segunda parte propone una metodología para la delimitación del contenido esencial a partir de una teoría del bloque de constitucionalidad, una dogmática del precedente judicial y una dogmática sobre sujetos de

[3] El debate es en torno a cómo efectuar monitoreos y cómo "medir" la realización de los derechos sociales y la reducción de la pobreza desde la perspectiva de los derechos. Una de las más importantes iniciativas de seguimiento a partir de niveles esenciales de los derechos puede verse en UN Office of the High Commissioner for Human Rights, "Draft Guidelines on a Human Rights Approach to Poverty Reduction", first released September 2002; disponible en *www.ohchr.org/english/issues/docs/guidelinesfinal-poverty.doc*. La sección I de estas directrices establece los principios básicos de un enfoque de derechos humanos que debe inspirar el proceso de formulación de una estrategia de reducción de la pobreza (por ejemplo, identificación de los pobres, participación, otorgamiento de poder, no discriminación, marco nacional e internacional de derechos humanos). A nivel doctrinal, ver Yamin, Alicia, *Reflections on Defining, Understanding, and Measuring Poverty in Terms of Violations of Economic and Social Rights Under International Law*, en "Georgetown Journal on Poverty Law and Policy", vol. IV, nº 2. Esta autora armoniza la teoría de las capacidades de Amartya Sen con el discurso de derechos humanos, lo cual justifica la focalización del seguimiento hacia grupos de especial protección. Asimismo, ver Chapman, Audrey, *The Status of Efforts to Monitor Economic, Social, and Cultural Rights*, trabajo presentado en la International Conference about Economic Rights: Conceptual, Measurement, And Policy Issues, University of Connecticut, 27-29 de octubre de 2005.

[4] La insistencia en un monitoreo más estricto de las políticas públicas en este campo deriva de precisiones como la de Tomasevski, quien ha resaltado que las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales no son sólo fruto de la inadecuación de los recursos sino también de las políticas que se aplican en este campo. Ver Tomasevski, Katarina, *Unasked questions about economic, social and cultural rights from the experience of the Special Rapporteur on the right to education (1998-2004)*, Human Rights Quarterly 27, 2005, p. 713.

[5] Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05).

[6] Víctor Abramovich ha señalado que sería contrario al sentido del Protocolo de San Salvador considerar que los indicadores de progreso son mediciones de progresos económicos y sociales. De lo que se trata es de evaluar los avances en la realización de derechos. Por ello, este tipo de monitoreos es distinto al que efectúan la CEPAL y el PNUD, que se concentran en el análisis de los cambios en la situación económica y social. Se debe entonces diferenciar entre progreso económico y social y cumplimiento del Protocolo y, de igual modo, distinguir entre metas de realización de derechos y metas de desarrollo económico. Una diferenciación relevante en este campo es la efectuada por el Relator de Naciones Unidas para el derecho a la salud, profesor Paul Hunt, quien distingue un indicador del derecho a la salud de un indicador de la salud teniendo en cuenta que el primero: 1) se deriva en forma explícita de normas concretas del derecho a la salud y 2) es utilizado para la vigilancia del derecho a la salud con miras a conseguir la rendición de cuentas de los responsables. Ver Comisión de Derechos Humanos, *Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible, Prof. Paul Hunt, presentado de conformidad con la resolución 2003/45 A/58/427*, párrs. 6-35.

especial protección constitucional. En la tercera parte se propone un contenido esencial del derecho a la salud a partir de dicha metodología[7].

II. Concepto y alcance de la categoría contenido esencial de los derechos sociales

La propuesta de contenido esencial que se desarrolla en este texto armoniza estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con criterios de la teoría de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho interno. Por ello es necesario auscultar por la forma como cada campo analiza la idea de contenido esencial. Con todo, antes de ello se exponen las principales críticas que se ofrecen contra esta figura, de tal forma que la explicación sobre sus alcances fundamente una adecuada respuesta a dichas críticas.

II. 1. Críticas generales a la opción metodológica del contenido esencial

Los ámbitos de crítica se relacionan con: 1) la posibilidad argumentativa de delimitar el contenido esencial, y 2) el inadecuado papel que esta estrategia podría jugar para la exigibilidad de los derechos sociales. Se señalan las dificultades para establecer parámetros universalmente aplicables y los peligros de asumir algunos estándares como si fueran definitivos, dado que ello privaría de amparo a las dimensiones del derecho que no formasen parte del contenido esencial. Estas críticas asocian el contenido esencial con lecturas restrictivas o minimalistas sobre los derechos sociales, donde estas garantías quedan a merced de la discrecionalidad estatal en el manejo de las políticas sociales.

Desde un enfoque de derechos humanos, las inquietudes por el contenido esencial son más de orden cualitativo que cuantitativo. Frente a derechos como la alimentación o la salud, ello exige rechazar las estrategias que buscan cuantificar calorías mínimas, el tamaño mínimo de una vivienda o el bienestar "mínimo". Ello explica que si bien la idea de un mínimo esencial corresponde a una estrategia de exigibilidad, el enfoque que la gobierna es maximalista en lo cualitativo. La exhaustividad de este interés cualitativo se evidencia en el Cuadro 1, donde se precisa el contenido esencial del derecho a la salud.

En segundo lugar, hablar de contenido esencial no elude la necesidad del diálogo permanente entre las formas jurídicas y las realidades que pretenden regular. Los niveles básicos deben ser reinterpretados y reconstruidos en contextos concretos, siempre en atención a los desafíos históricos que enfrenta actualmente la realización de un derecho. Si se trata de medicamentos esenciales, por ejemplo, debe mirarse el alcance normativo de

[7] Este trabajo es tan sólo una propuesta, a partir de la experiencia institucional impulsada por la Defensoría del Pueblo de Colombia, frente a un debate que se remonta al surgimiento del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en 1985.

una determinada obligación en el debate transnacional sobre la producción y comercialización de dichos medicamentos. Ello explica la exhaustividad de la propuesta de contenido esencial que aquí se propone, dado el interés en desagregar al máximo según las realidades visibilizadas judicialmente y en el bloque de constitucionalidad.

Por otra parte, la precisión de un contenido esencial no excluye la prohibición de regresividad frente a todo el contenido del derecho. En ese sentido, los avances nacionales tienen una gran importancia, pues sólo es permitido avanzar hacia su fortalecimiento y no hacia su desmedro. Por otra parte, la exigibilidad judicial de los derechos sociales no se concentraría sólo en el contenido esencial. Teniendo en cuenta que la prohibición de regresividad abarca cualquier avance logrado, el control judicial del retroceso es posible en todos los ámbitos del derecho. Lo anterior se refuerza al tomar en cuenta que la obligación de adoptar medidas inmediatas para la realización de los derechos sociales exige la utilización de todos los recursos disponibles, incluyendo los de cooperación internacional. Esta obligación forma parte del contenido esencial, razón por la cual la delimitación de un marco esencial no priva de protección a los ámbitos que no son incluidos en dicho marco. A su vez, debe señalarse que las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Comité DESC o el Comité) involucran en el contenido esencial componentes específicamente prestacionales, de tal manera que no se restrinja el ámbito de exigibilidad fuerte a las obligaciones negativas que cobije un determinado derecho.

En conclusión, y siguiendo a Ligia Bolivar, "la definición de un contenido mínimo esencial de un derecho no puede significar un techo, sino tan sólo un piso a partir del cual se vaya desarrollando progresivamente el más alto nivel de satisfacción del mismo"[8]. Así construido, los indicadores derivados del contenido esencial permiten visibilizar los problemas más graves de la política pública respectiva. Es pertinente, entonces, analizar el manejo de esta categoría en el derecho internacional y en el derecho interno.

II. 2. El contenido esencial en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Contenido esencial y contenido no derogable (contenido mínimo esencial)

En su Observación General 3 (párr. 10) sobre la índole de las obligaciones de los Estados Parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esencia-

[8] Bolívar, Ligia, *Derechos económicos, sociales y culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in)experiencia de América Latina*, Provea, Caracas, 1996, p. 25.

les de cada uno de los derechos. Sin embargo, no se señala un estándar sobre la delimitación de estos niveles. Con cierto grado de vaguedad, el Comité suele referirse a categorías tales como obligaciones con efecto inmediato, obligaciones básicas, niveles esenciales, elementos esenciales y obligaciones inderogables.

Una interpretación sistemática de las observaciones generales del Comité permite diferenciar entre dos conceptos relacionados con los niveles esenciales: el contenido esencial y el contenido mínimo esencial[9]. En el caso del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, la Observación General 14[10] incluye una delimitación del "contenido normativo" correspondiente. Allí se precisa que "el derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad". El hecho de que la aplicación de estos elementos dependa de las condiciones de un determinado país no implica negar que sin estos elementos, el derecho se desnaturaliza. Ahora bien, en párrafos posteriores, se precisan unas "obligaciones básicas" que no cobijan en su totalidad a los mencionados elementos esenciales. Por ejemplo, las obligaciones básicas no hacen alusión a ciertos componentes de la aceptabilidad, un elemento esencial del derecho. Frente a dichas obligaciones básicas, el Comité precisó que son inderogables y que "un Estado Parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento".

Como se observa, se habla de elementos esenciales e interrelacionados (*contenido esencial*) para aludir a las garantías centrales que constituyen un determinado derecho. Como la misma observación lo señala, la alusión a su carácter de esencial tiene que ver con la forma en que dichos elementos reúnen las principales preocupaciones para la garantía del derecho como derecho humano fundamental. En este contenido se reúnen características que se aplican a todos los derechos sociales (como el principio de no discriminación) y elementos específicos de cada derecho. La inexistencia de los elementos esenciales implica una violación del derecho; sin embargo, el Comité acepta que en circunstancias extremas los elementos esenciales puedan ser objeto de ponderación con otros intereses constitucionales que en un caso concreto puedan llegar a prevalecer si existe una justificación imperiosa para ello[11]. Dentro del contenido esencial se incluyen, a su vez, las obligaciones con efecto inmediato frente a

[9] Sobre esta distinción ver International Human Rights Internship Program, *Ripple in Still Water: Reflections by Activists on Local- and National-Level Work on Economic, Social and Cultural Rights*, Washington D. C., International Human Rights Internship Program, 1997, y AA.VV., *Circle of rights. Economic, Social and Cultural Rights Activism: A training resource*, Universidad de Minnesota, Human Rights Resource Center, 2001.

[10] UN doc. E/C.12/2000/4 del 11 de agosto de 2000.

[11] *Supra*, nota 2. En el ámbito colombiano, esta posibilidad de ponderar elementos esenciales del derecho a la salud podría asociarse al test de cargas argumentativas

los derechos sociales. Teniendo en cuenta que las obligaciones de respeto y de protección[12] no están sujetas a un estándar de realización progresiva –en tanto no están condicionadas por la existencia de recursos–, este tipo de obligaciones son consideradas como de efecto inmediato. Por esta razón, también se incluyen en el contenido esencial del derecho social correspondiente.

Ahora bien, el contenido inderogable (*contenido mínimo esencial*) es aquel estándar que debe ser garantizado con independencia de la situación económica o las condiciones desfavorables que enfrenten los Estados Parte. Constituye una línea de base que debe ser garantizada para todas las personas en todos los contextos. En este punto, el Comité apuesta por una teoría absoluta del contenido mínimo esencial, dado que no admite justificación alguna para la no realización de estas garantías básicas.

En cierta manera, la garantía del contenido mínimo esencial estaría llamada a ser un estándar de reconocimiento y aplicación universal, mientras que los elementos esenciales (contenido esencial) pueden incluir estándares específicos según las circunstancias de cada Estado y el progreso alcanzado en determinada época[13].

Como lo señalan Abramovich y Courtis, una primera etapa de la jurisprudencia del Comité admitía la posibilidad de atribuir el no cumplimiento de las obligaciones mínimas a la falta de recursos disponibles si se llegaba a demostrar la realización de todo esfuerzo para utilizar la totalidad de los recursos que un Estado Parte tenga a su disposición. Una segunda etapa iniciaría en la Observación General sobre el derecho a la salud, a partir de la reseñada prohibición absoluta de incumplir las obligaciones básicas que se estimen inderogables[14].

respecto a prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud, desarrollado por el Magistrado (E) Rodrigo Uprimny Yepes en su aclaración de voto a la Sentencia T-654 de 2004. Todas las sentencias que se citan en este texto corresponden a la Corte Constitucional de Colombia.

[12] En atención a las obligaciones de respeto, los Estados deben abstenerse de obstaculizar, directa o indirectamente, el disfrute del derecho a la salud tanto a nivel individual como colectivo. Las obligaciones de protección exigen que los Estados adopten medidas para impedir que terceros particulares interfieran u obstaculicen el disfrute del derecho a la salud.

[13] Otras posturas resaltan que el contenido mínimo esencial es una noción abstracta de lo que constituye la esencia del derecho y no se cuantifica. Por su parte, el enfoque del umbral mínimo (elementos esenciales) tendría un propósito más concreto y práctico: el de ayudar a formular directrices de política para las medidas que el Estado debe tomar en cumplimiento del PIDESC, y para esto establece puntos de referencia, metas o estándares cuantitativos que permitan determinar el piso mínimo de bienestar o de satisfacción de necesidades que es prerrequisito del logro progresivo de los DESC. Ver Sandoval, Areli, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Una revisión del contenido esencial de cada derecho y de las obligaciones del Estado*, DECA Equipo Pueblo, México, 2001, ps. 16-18.

[14] Abramovich y Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., ps. 90-91.

Para concluir este apartado, debe señalarse que la prohibición de regresividad abarca todo el contenido normativo del derecho a la salud. Los retrocesos sólo son admisibles si se ofrece una justificación imperiosa y, en el caso del contenido mínimo esencial, no es admisible retroceso alguno en ninguna circunstancia.

II. 3. El contenido esencial en la teoría de los derechos fundamentales. Las teorías temporales, espaciales, absolutas, relativas y mixtas sobre el contenido esencial

Una vez que los derechos humanos son objeto de positivización a nivel interno, se designan como derechos fundamentales. En las teorías sobre los derechos fundamentales, la pregunta por el contenido esencial está relacionada directamente con la aplicación judicial de estos derechos y, en particular, con los criterios que permiten su limitación. Por otra parte, la prohibición de regresividad es uno de los instrumentos de análisis para la determinación judicial de la constitucionalidad o no de los soportes legislativos y reglamentarios de las políticas públicas. Se recuerda la insistencia que en este texto se hace sobre el contenido esencial como patrón para evaluar la regresividad.

En las teorías de los derechos fundamentales existen diversas propuestas sobre cómo entender el contenido esencial, en particular, la teoría espacial absoluta, la teoría relativa, la teoría mixta y la teoría temporal absoluta[15]. Esta tipología obedece a dos grandes clasificaciones: 1) la distinción entre teorías absolutas y relativas, y 2) la diferencia entre teorías temporales y espaciales. Según las teorías absolutas, el contenido esencial nunca puede ser afectado. Por el contrario, las teorías relativas consideran que son admisibles las restricciones en todo el contenido del derecho siempre y cuando se respete el principio de proporcionalidad. Las teorías espaciales dan cuenta del contenido esencial como un espacio geográfico dentro del derecho, es decir, como un equivalente del núcleo de las células en el contexto de la biología. Como respuesta, las teorías temporales consideran que el contenido no se trata de un espacio en sí sino de un componente del derecho fundamental que debe salvaguardarse a pesar de que se transforme con el tiempo. Además de las críticas específicas a cada una de las teorías, en general, se afirma que los derechos fundamentales no pueden ser tratados como cosas o esencias que tengan una sustancia. De allí la dificultad de precisar qué hace parte del contenido esencial y cuál parte se reduce al contenido periférico.

En el presente escrito, cuyo objetivo se centra en fundamentar una propuesta de contenido esencial como criterio para evaluar la progresividad y no regresividad de las políticas públicas, no se busca agotar el debate teórico que existe sobre la teoría del contenido esencial. La siguiente aproximación tiene como objeto reseñar criterios que permitan una delimitación del contenido esencial en forma intersubjetiva (razonable). Las teorías sobre el contenido esencial son las siguientes:

a) La teoría espacial absoluta del contenido esencial (TEA). La TEA considera que el núcleo esencial puede ser definido por los jueces en abstracto, con independencia de los contextos históricos, teniendo en cuenta "la naturaleza jurídica" del derecho involucrado. Por su parte, la zona periférica del derecho puede ser manejada por el legislador sin restricción alguna. Entre las críticas contra esta teoría, se encuentran aquellas que resaltan el excesivo poder que se delega al Tribunal Constitucional en la determinación de dicho contenido, lo cual va en detrimento del Poder Legislativo, que no podría ponderar si una determinada restricción es imperiosa. De otra parte, se critica que la delimitación que hacen los jueces de este contenido termina siendo ahistórica y subjetivista, es decir, caprichosa. Resaltan los críticos que uno de los efectos más preocupantes de esta teoría es que el Legislativo no enfrenta ningún límite al disponer de la zona periférica del derecho fundamental.

b) La teoría relativa del contenido esencial (TR). En contravía de la TEA, la TR propugna por una equivalencia entre contenido esencial y principio de proporcionalidad. Por tal motivo, el Legislativo podría intervenir sobre cualquier parte del derecho fundamental (sea núcleo o periferia) siempre y cuando la intervención sea proporcionada. La metodología de la proporcionalidad se entiende como un sopesamiento de las posibilidades normativas y fácticas en orden a la expansión o contracción de los derechos en conflicto. Así entendida, la proporcionalidad propende por la inexistencia de jerarquías *prima facie* entre derechos. Las prevalencias que puedan existir se definen a partir de los casos concretos y no previamente.

c) La teoría mixta del contenido esencial (TM). Como su nombre lo indica, lo que hace la TM es armonizar la dimensión absoluta de la TEA con la dimensión relativa de TR. Ello exige considerar que la intervención sobre el núcleo esencial es inadmisible, independiente de si es proporcionada. Sin embargo, a diferencia de la TEA, no es desconstitucionalizada la periferia, toda vez que ninguna intervención sobre la misma puede carecer de justificación. Entre los criterios para determinar el contenido esencial no ponderable se consideran: 1) el fin del derecho, 2) las intenciones que se proyecten en el derecho, 3) la naturaleza jurídica y los intereses jurídicos protegidos, 4) el momento histórico, y 5) una interpretación sistemática que tenga en cuenta los demás bienes constitucionales. Entre las críticas contra esta propuesta, se encuentra nuevamente el subjetivismo, en tanto no se ofrece un criterio intersubjetivo para determinar qué parte del derecho se asigna al contenido mínimo y cuál se encuentra en la periferia[16].

15 Para un desarrollo exhaustivo y crítico de estas teorías, ver Pulido, Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

16 Ibídem.

d) La teoría temporal absoluta del contenido esencial (TTA). Esta teoría se contrapone a la teoría espacial en tanto ofrece criterios temporales para la definición del contenido esencial. En efecto, este mínimo es asumido como aquel componente del derecho fundamental que debe permanecer vivo a pesar del paso del tiempo, pero que debe permanecer abierto al cambio, según las exigencias de la realidad social. Sin embargo, no es posible definir dicho contenido en abstracto. Por otra parte, en esta teoría el contenido se entiende creado por el juicio de constitucionalidad y preexistente al momento legislativo. Al respecto, la crítica vuelve a concentrarse en la indeterminación de lo que pueda ser aquella "cultura jurídica" que subyace al derecho. Además, los críticos se preguntan: ¿cómo puede el Tribunal Constitucional aplicar el contenido esencial y a la vez construirlo como resultado del juicio de constitucionalidad? Se evidenciaría nuevamente un excesivo poder en la jurisdicción constitucional.

En términos generales, las críticas contra las teorías estándares del contenido esencial se relacionan con dos grandes deficiencias: la imposibilidad de ofrecer un criterio intersubjetivo de definición y la ilegitimidad de la intervención del Tribunal Constitucional en la determinación de dicho contenido. Por ello, cualquier metodología para la determinación del contenido esencial debe ofrecer criterios de fundamentación legítimos, esto es, armonizables con el principio democrático, e intersubjetivamente plausibles. Al respecto, autores como Carlos Bernal toman partido por el principio de proporcionalidad en detrimento de las teorías del contenido esencial.

La pregunta que surge es si es posible armonizar estas dos metodologías, como lo intenta la teoría mixta. Ya ha sido expuesto que Bernal considera imposible tal armonización. Para este autor se trata de metodologías excluyentes. Sin embargo, esta posición se explica en la tesis de Bernal según la cual sería imposible ofrecer un criterio intersubjetivo para diferenciar un núcleo de una periferia. Si este punto logra ser desvirtuado, sería posible diferenciar entre un contenido esencial y una zona complementaria lo cual permitiría aplicar las dos metodologías en escenarios distintos de acción. Es decir, sería posible armonizar las dos propuestas. Debe anotarse que la búsqueda de una posible armonización enfrenta una importante crítica a la teoría relativa de Bernal: la necesidad de insistir en ámbitos no sujetos a ponderación. Ejemplos de ello se encuentran en las prohibiciones absolutas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en conceptos como el de *ius cogens* o normas imperativas inderogables. Así las cosas, un núcleo esencial podría cambiar con el tiempo, pero no ser ponderado o graduado ante las diversas coyunturas de aplicación.

Al analizar la posición del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se evidencia que la delimitación de elementos esenciales y contenidos inderogables permite diferenciar entre un núcleo y la periferia del derecho. Por ello, y como es presentado a continuación, una propuesta de contenido esencial derivado a partir del bloque de constitucionali-

dad y precedentes judiciales argumentativamente correctos constituye un referente intersubjetivo para la delimitación de aquellos componentes que permiten medir la progresividad y la no regresividad.

Como ha sido insinuado, a pesar de las diferencias que puedan existir sobre el alcance del contenido esencial en el ámbito del derecho internacional y en el derecho interno, es posible integrar ambos sentidos en una sola noción, que es desarrollada a continuación, en la segunda parte de este artículo. En este punto, la distinción que maneja el Comité DESC entre contenido esencial y contenido mínimo esencial corresponde a la teoría mixta. En efecto, y como ha sido anotado, existiría un núcleo inderogable de obligaciones básicas que no pueden nunca ser desconocidas y unos elementos esenciales que pueden ser objeto de restricciones siempre que se responda a un juicio estricto de proporcionalidad o de justificación imperiosa.

III. Propuesta metodológica para la determinación del contenido esencial de los derechos sociales

La importancia de la metodología para determinar un contenido normativo de los derechos sociales radica en que ello ofrece luces sobre el referente a partir del cual se debe predicar la prohibición de regresividad. La armonización entre fuentes permite identificar las áreas que no es posible desafectar en tanto ya han sido protegidas por el derecho internacional y por el derecho interno.

Precisar que determinado criterio constituye un elemento esencial no implica superar el ámbito de indeterminación que subyace al alcance de cada criterio. Por ejemplo, el papel del criterio de no discriminación como elemento esencial de todos los derechos sociales está anclado a una discusión más global: ¿cuál es la idea de igualdad que se protege? ¿Una lógica de igualdad formal (erradicación de categorías sospechosas)? ¿Se trata de igualdad sustancial (reingeniería social que ataque la subordinación o las jerarquías sociales, recomposición de correlación de fuerzas, ciudadanía social)? Por ello, la metodología de sistematización que se ofrece asume el contenido esencial desde una perspectiva pragmática y no ontológica, se habla de esencial para señalar aquello sin lo cual se desnaturaliza un determinado derecho. No se hace alusión, necesariamente, a un ámbito no derogable, ámbito que corresponde al contenido mínimo esencial ni se hace alusión a un ámbito definitivo. Este tipo de propuestas son deconstruibles según se generen insumos que ofrezcan mejores elementos para un seguimiento de políticas públicas desde un enfoque de las obligaciones frente a tratados en derechos sociales.

La propuesta tiene cuatro elementos. El punto de partida lo constituirá la dogmática que fundamente, en cada país, la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos. En el caso colombiano, esta dogmática de las fuentes normativas para delimitar un contenido se circunscribe al concepto de bloque de constitucionalidad que ha sido desarrollado por la Corte Constitucional. El segundo elemento se relaciona

con el procedimiento específico de delimitación, en el cual se derivan derechos expresos y también derechos innominados, que son articulados correlativamente con obligaciones asumidas por los Estados. Un tercer elemento lo constituye una dogmática del precedente judicial, que permita su inclusión en el contenido esencial. Finalmente, la cláusula de protección especial de grupos vulnerables permite inferir otros elementos y focalizaciones específicas de los elementos esenciales del derecho.

III. 1. Dogmática de las fuentes normativas del contenido esencial. La teoría del bloque de constitucionalidad en Colombia

Tomando como referencia el derecho comparado, la Corte Constitucional ha utilizado el concepto de bloque de constitucionalidad con el objeto de dotar a los tratados internacionales de derechos humanos de la misma fuerza normativa que guardan las normas constitucionales. Este bloque ha sido entendido como el conjunto de normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes por cuanto han sido normativamente integrados al texto constitucional por mandato de la propia Constitución[17].

En opinión de Rodrigo Uprimny[18], la Corte Constitucional ha dado tres implicaciones al concepto de bloque de constitucionalidad: 1) normas y principios con *rango* constitucional, 2) normas y principios que sirven como *parámetros* para analizar la constitucionalidad de una disposición, y 3) instrumentos jurídicos relevantes para valorar una *situación fáctica específica* y decidir un caso constitucional particular[19]. Estas tres proyecciones

[17] Sentencia C-225 de 1995.

[18] Uprimny, Rodrigo, *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*, en *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*, t. I, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Bogotá, 2001.

[19] Entre estos instrumentos jurídicos relevantes que hacen parte del bloque de constitucionalidad se encuentran una serie de normas que constituyen derecho internacional consuetudinario o costumbre internacional en la materia. El derecho internacional consuetudinario está constituido por: a) prácticas desarrolladas por los Estados, reconocidas por éstos como obligatorias y b) principios generales del derecho. De allí que se insista en que los instrumentos internacionales de derechos humanos que no son tratados (por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos) tienen una fuerza persuasiva importante. En efecto, su promulgación es fruto de largas negociaciones entre los gobiernos y, además, son adoptados consensualmente por órganos políticos con autoridad supranacional como la Asamblea General de la ONU. Si bien es cierto que no tienen la naturaleza de un tratado y que su valor jurídico es variable, se trata de instrumentos internacionales que son fruto de un amplio consenso de la comunidad internacional y que son aplicados sistemáticamente por los Estados. Por esta razón, consoli-

implican que diversos instrumentos tengan relevancia como parámetros de constitucionalidad sin que por ello tengan jerarquía o rango constitucional. Es lo que ocurre con las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En este punto, lo importante es tener presente que la incorporación de un derecho o principio en el bloque de constitucionalidad no puede depender del capricho del intérprete, sino que tiene que tener un fundamento normativo muy claro en el texto constitucional. Por ello, la Corte Constitucional ha precisado que "siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior"[20]. Al respecto, la Corte ha señalado que el inciso segundo del artículo 93 de la Carta confiere rango constitucional a todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta[21].

Así las cosas, el concepto de bloque de constitucionalidad cumple con un papel protagónico al momento de evaluar el compromiso del Estado colombiano con el desarrollo de políticas públicas que respeten los derechos humanos. Si el Estado colombiano se ha comprometido con el cumplimiento de instrumentos internacionales de derechos humanos que tienen similar fuerza normativa a las normas constitucionales, es exigible que las leyes ordinarias se ajusten a esos compromisos. En otras palabras, el Estado debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno (leyes ordinarias, decretos, reglamentaciones, resoluciones) a los contenidos del bloque de constitucionalidad. De la misma manera, las políticas públicas que desconozcan el bloque no resultan acordes con las normas constitucionales; más aún si se tiene en cuenta que en el diseño de políticas bajo un enfoque de derechos humanos, se debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos.

III. 2. Dogmática de la determinación del contenido y la correlación entre derechos y deberes. Papel de los derechos innominados y de la tipología de obligaciones

En este apartado se insiste en la necesidad de fundamentar la derivación de los estándares normativos que constituyan el contenido esencial.

dan una práctica general y sistemática que nace de la aceptación generalizada de obligaciones jurídicas. Si tomamos el ejemplo del derecho a la salud, entre dichas normas se destacan la Declaración de Alma-Ata sobre la Atención Primaria en Salud y la Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud, entre otros.

[20] Sentencia C-578 de 1999.

[21] Sentencia T-1319 de 2001.

La propuesta metodológica que aquí se ofrece tiene como principal referencia a los "elementos esenciales e interrelacionados" de cada derecho social. Estos elementos configuran subderechos dentro del derecho mismo[22]. A partir de la inserción de precedentes judiciales (*infra* 2.3) y la incorporación de los estándares del bloque de constitucionalidad, es posible derivar derechos nominados e innominados dentro de cada elemento esencial. Por ejemplo, a partir del elemento esencial "aceptabilidad" de la salud, el estado actual de la jurisprudencia colombiana y el bloque específico en salud permiten derivar derechos tales como el derecho a la confidencialidad de los datos personales relativos a la salud, el derecho a la autonomía en el manejo de la propia salud y como paciente (necesidad del consentimiento informado en la relación médico-paciente), el derecho a una muerte digna, el derecho a la prevención de los problemas de salud mental, el derecho a la protección del cuerpo contra injerencias ajenas y el derecho a la autodeterminación reproductiva. En todo caso, esta tarea de delimitación es expansiva, así que implica siempre un punto de partida y no un estándar definitivo[23].

Con lo anterior, se ilustra sobre el papel que en la delimitación del contenido esencial juegan los derechos innominados o derechos implícitos. En muchos casos, estos derechos innominados son creados a partir de una interpretación sistemática de la Constitución y, en el caso que nos ocupa, de las fuentes normativas a partir de las cuales se construye el contenido (se incluyen los precedentes judiciales)[24].

Ahora bien, en orden a que la delimitación del contenido esencial sea funcional para adelantar el monitoreo de los resultados de una política pública, la derivación de estos derechos debe ser argumentativamente re-

22 Esta es una formulación muy básica de una metodología que no desconoce los importantes requisitos de fundamentación que exige una teoría argumentativa del contenido de un derecho. Un ejemplo de ello puede verse en la propuesta de determinación del contenido de los derechos sociales fundamentales que hace Arango a partir de un procedimiento que consta de tres partes: a) la omisión estatal y sus consecuencias; b) la justificación de la omisión, y c) la proporcionalidad en sentido estricto entre la omisión estatal y sus consecuencias. Ver Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Universidad Nacional de Colombia-Legis, Bogotá, 2005, ps. 198-207.

23 Parra Vera, ob. cit., cap. III.

24 En el caso colombiano, un importante ejemplo de derecho innominado lo constituye el derecho fundamental al mínimo vital. Como señalan Arango y Lemaitre, este derecho fundamental innominado fue construido a partir de la interpretación sistemática de la Constitución y juega hoy en día, entre otros, el papel de derecho fundamental, de criterio para establecer la fundamentalidad de derechos prestacionales, de condición empírica para establecer la conexidad entre derechos de prestación y derechos fundamentales, de núcleo esencial del derecho al trabajo y de condición de procedibilidad de la acción de tutela. Ver Arango, Rodolfo y Lemaitre, Julieta, *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental al mínimo vital*, en "Revista Estudios Ocasionales", Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Universidad de los Andes, Bogotá, 2002.

lacionada con las obligaciones estatales en la materia. El referente más importante para la construcción de indicadores son estas obligaciones. De allí que una mínima base de correlatividad entre derechos y deberes debe darle consistencia al contenido delimitado[25]. Ello se intenta en el Cuadro 1, que corresponde al contenido del derecho a la salud que toma la Defensoría del Pueblo de Colombia como punto de partida.

La opción metodológica que esta institución adoptó en relación con las obligaciones de los Estados fue la de sistematizarlas en torno a la clasificación entre obligaciones con efecto inmediato y de cumplimiento progresivo. Como ya ha sido señalado, las obligaciones con efecto inmediato se entienden como parte del contenido esencial del derecho social correspondiente, dado que, atendiendo a la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no existe justificación para diferir su cumplimiento. Asimismo, y como también fue referenciado, esta misma razón explica el entendimiento de las obligaciones de respeto (abstenciones) y de protección (intervención frente a terceros) como obligaciones con efecto inmediato que se incorporan al contenido esencial. La graduallidad en la realización progresiva se circunscribe a las obligaciones directamente condicionadas por la existencia o no de recursos para su realización plena.

III. 3. Dogmática del precedente judicial

Al fallar cada tutela en orden a garantizar el derecho a la salud y al proferir sentencias de control de constitucionalidad sobre normas que regulan este derecho, la Corte Constitucional ha establecido precedentes judiciales que deben aplicarse a casos futuros similares y que no pueden ser desconocidos por las autoridades públicas. Cuando dichos precedentes están soportados en una argumentación consistente con las obligaciones frente a los tratados sobre derechos sociales, su fuerza vinculante permite fundamentar su inclusión en el contenido esencial de estos derechos. Este aspecto constituye uno de las herramientas más importantes de la propuesta institucional impulsada por el Programa Prosedher de la Defensoría del Pueblo de Colombia[26].

25 Esta idea exige reconstruir críticamente la noción de correlatividad entre derechos y obligaciones. El estado del arte al respecto es inmenso y se remonta al debate clásico sobre el concepto de derecho subjetivo entre las teorías del interés y las teorías de la voluntad. Contemporáneamente, ello se ha reconstruido en el debate entre las teorías de la elección y las teorías del beneficio. Para la reconstrucción crítica que debe acompañar la propuesta que aquí se hace, ver, entre otros, Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1984; Shue, Henry, *Basic Rights. Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, Princeton, N. J., Princeton University Press, 1980; Waldron, Jeremy (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, 1995.

26 La técnica para extractar las subreglas jurisprudenciales responde a la metodología propuesta por López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces. Obligatoriedad*

Al incluir los precedentes, esta metodología de determinación del contenido esencial armoniza estrategias conceptualistas (la idea de niveles esenciales y referentes inderogables, por ejemplo) con la tradición jurídica del *case law*. Se recogen las mejores virtudes de cada tradición en orden a fundamentar el patrón para el mejor monitoreo posible de la progresividad y la no regresividad.

En el derecho constitucional contemporáneo, se consideran como normas de derecho fundamental tanto los derechos consagrados en el texto de la Constitución como las *normas adscriptas de derecho constitucional*, esto es, las reglas de decisión que configuran derechos fundamentales a partir de la valoración judicial de casos concretos. Una norma es, en consecuencia, la presentación como regla abstracta y general de la decisión adoptada judicialmente en un caso concreto[27].

La noción de norma adscripta se refleja en los conceptos de *ratio decidendi*, subregla jurisprudencial y precedente. La Corte Constitucional[28] ha definido la *ratio decidendi* como la formulación más general, que trasciende las particularidades irrelevantes del caso, principio, regla o razón general que constituye la base de la decisión judicial específica. De allí que no todos los apartados de las sentencias sean obligatorios sino tan sólo algunos de ellos. Por este motivo, los razonamientos o elaboraciones de una sentencia que no constituyen *ratio decidendi*, son considerados como *obiter dictum*.

Ahora bien, el juez que decide el caso no puede caprichosamente atribuir el papel de *ratio decidendi* a cualquier principio. Únicamente tienen tal carácter aquellas consideraciones normativas que constituyen realmente la *razón necesaria* para decidir el asunto[29] y son los jueces posteriores, o el mismo juez en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la *ratio* de un asunto. La *ratio decidendi* o "subregla" es entonces la regla jurisprudencialmente construida para solucionar casos concretos, motivo por el cual puede considerarse una norma adscrita. Es una "subregla" precisamente porque indica las condiciones jurisprudenciales de aplicación de las reglas y principios constitucionales[30]. Cabe anotar que, en materia de control abstracto de constitucionalidad, la *ratio decidendi* corresponde al razonamiento de la Corte que está directamente ligado a la decisión de exequibilidad o inexequibilidad[31] y se identifica a partir del problema jurídico efectivamente analizado por esa corporación[32].

III. 4. Dogmática de los sujetos de especial protección

Diversos tratados de derechos humanos y la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros, han insistido en la obligación estatal de proteger a los grupos poblacionales más vulnerables. Para la propuesta metodológica que aquí se ofrece, esta cláusula exige una precisión del estándar de protección en el contexto de cada elemento esencial del derecho social. La inserción de este componente propende por el respeto de los intereses de minorías que pueden ver afectado su derecho a la salud a través de decisiones adoptadas por las mayorías de una determinada época.

Siguiendo con el ejemplo de la aceptabilidad como elemento esencial del derecho a la salud, la variable "sujetos de especial protección" permite incorporar al contenido esencial derechos innominados tales como el derecho de las personas con enfermedad mental a ser objeto de un trato digno y de una atención médica apropiada, los derechos de las personas privadas de la libertad a la salud mental y a no ser objeto de tratos crueles, inhumanos o degradantes relacionados con la salud, el derecho a la salud de los adultos mayores como proyección del respeto por el ciclo de vida, el derecho de los pueblos indígenas a la práctica de su medicina tra-

del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales, y teoría del Derecho judicial, Legis, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2000. Veáse en particular el cap. 3.

27 Autores como Alexy consideran que al decidir en relación con principios fundamentales en disputa frente a un caso concreto, la ponderación que resulta genera una norma adscripta: "... como resultado de toda ponderación iusfundamental correcta, puede formularse una norma de derecho fundamental adscripta con carácter de regla bajo la cual puede ser subsumido el caso". El profesor alemán toma como ejemplo el fallo "Lebach" del Tribunal Constitucional alemán, donde una persona a punto de abandonar la prisión solicitó que se prohibiera la difusión de una película televisiva donde se hacia referencia al crimen en el que había sido cómplice. La norma adscripta que se deriva de este fallo es enunciada así: "Una información televisiva repetida que no responde a un interés actual de información sobre un hecho delictivo grave y que pone en peligro la resocialización del actor está iusfundamentalmente prohibida". Ver, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 97.

28 Sentencia SU-047 de 1999.

29 Ibídem fundamento jurídico 52.

30 Borrero, Camilo; Galvis, María Clara; Rojas, Danilo y Uprimny, Rodrigo, *La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, en "Pensamiento Jurídico", nº 15, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2002, nota 11.

31 Sentencia T-249 de 2003. La Corte consideró que "a partir del problema es posible establecer si los argumentos expuestos y los análisis realizados: i) permiten resolver el problema, ii) responden a los elementos de juicio (empíricos y jurídicos) relevantes para el caso y iii) finalmente, si la decisión es consistente con las premisas dadas como argumentos de justificación de la decisión".

32 Ibídem. La Corte precisó que, en el control abstracto de constitucionalidad, pueden surgir *rationes decidendi* con estructura de normas-regla o de normas-principio. En las normas-regla se define un supuesto de hecho al cual se adscribe una determinada consecuencia jurídica. En el caso de las normas-principio, se precisa en abstracto el alcance de un derecho fundamental, de tal forma que el seguimiento del precedente se sujeta a la ponderación de los principios que confluyan en la solución de un problema jurídico.

dicional, los derechos sexuales y reproductivos de las personas en situación de discapacidad y los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes[33].

La obligación de proteger a los sectores poblacionales más vulnerables se configura como cláusula expansiva. Es decir, son las circunstancias concretas frente a cada elemento esencial del derecho lo que permite señalar un sector que demanda atención focalizada de la política pública en orden a cumplir con la obligación de progresividad. Por ello, en el contenido esencial se incluyen las medidas destinadas a asegurar a los grupos desaventajados "remedios" o "salidas" especiales destinadas a reforzar sus derechos sociales (hasta tornarlos menos vulnerables frente a las amenazas que se ciernen sobre los mismos) o a reparar situaciones injustas de antigua tradición[34]. Por otra parte, esta focalización debe armonizarse con todas las obligaciones que exigen la participación de la sociedad civil en el diseño, seguimiento y evaluación de las políticas públicas. Se entenderá entonces que la precisión de sujetos de especial protección frente a cada elemento esencial ofrece también un criterio procedimental para deliberar sobre la progresividad y regresividad de una política pública.

IV. Propuesta de contenido esencial del derecho a la salud

Como ha sido anotado, la metodología propuesta busca armonizar el contenido esencial que se encuentra en el derecho internacional con el contenido esencial derivable del derecho interno. Asimismo, sitúa el papel del contenido esencial como base para la construcción de indicadores[35] que permitan evaluar el cumplimiento de tratados sobre derechos sociales.

Esta propuesta de contenido esencial es explicada pormenorizadamente en la publicación hecha por la Defensoría del Pueblo de Colombia al respecto[36]. Se analizaron cerca de cuatrocientos fallos de la Corte Constitucional colombiana, la mayoría de ellos relacionados con la justiciabilidad del derecho a la salud. Los precedentes y estándares del bloque de

[33] Parra Vera, ob. cit., cap. III.

[34] Estas medidas y otras propuestas para favorecer e integrar a los grupos desaventajados pueden verse en Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Gedisa, Barcelona, 1999, ps. 18-20. El análisis de estas medidas es necesario para evaluar la posible justificación de incluir medidas de acción afirmativa en derechos sociales como componentes de su contenido esencial.

[35] Esta relación entre el contenido esencial del derecho a la salud y la construcción de indicadores ha sido desarrollada en las reuniones impulsadas por el Relator de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas para el derecho a la salud, Paul Hunt. Ver *Consultation on Indicators for the Right to Health, 15 May 2003 and 1-2 April 2004*, disponibles en *www.who.int/hhr/activities/indicators/en/*.

[36] Parra Vera, ob. cit.

constitucionalidad correspondientes fueron distribuidos según cada elemento esencial del derecho. Esta armonización permitió la derivación de derechos explícitos e implícitos y su concatenación con sujetos de especial protección y obligaciones correlativas, tal como se muestra a continuación:

Cuadro 1. Contenido mínimo esencial del derecho a la salud[37]

Elemento esencial	Contenido del elemento esencial	Sujetos de especial protección	Obligaciones
Disponibilidad	1. Protección de la oferta pública. 2. Protección de la oferta privada que contribuya a la realización efectiva del derecho a la salud. 3. Disponibilidad de indicadores e información en salud. 4. Disponibilidad de los factores determinantes de la salud (derecho a la salud pública). 5. Disponibilidad de los servicios y atención individual en salud (derecho a la asistencia sanitaria). 6. Disponibilidad de servicios de salud sexual y reproductiva (derecho a la atención en salud sexual y reproductiva). 7. Disponibilidad de opciones para acceder a los	1. Derecho de las niñas y los niños a disponer de lo necesario para un desarrollo armónico e integral. 2. Derecho de la mujer embarazada a una protección y atención especial en salud. 3. Derecho de las personas privadas de la libertad a una asistencia sanitaria digna.	**Con efecto inmediato** 1. Utilizar el máximo de los recursos disponibles para dar efectividad al derecho a la salud. 2. Adoptar y aplicar una estrategia y un plan nacional de salud pública donde se incluya: - Adoptar medidas para proporcionar inmunización contra las enfermedades infecciosas y prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas, - Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre, - Abstenerse de contaminar ilegalmente la atmósfera, el agua y la tierra,

[37] Esta propuesta debe ser vista como una contribución más en relación con propuestas de contenido esencial del derecho a la salud que utilizan otras metodologías. Ver al respecto, Chapman, Audrey, *The Right to Health: Conceptualizing a Minimum Core Content*, Washington, AAAS Science and Human Rights Program, Working Paper, 1993; PROVEA, *La salud como derecho. Marco nacional e internacional de protección al derecho humano a la salud*, en Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, *La salud está grave. Una visión desde los derechos* humanos, Bogotá, 2000; Chapman, Audrey, *Core obligations related to the right to health*, en Chapman, Audrey y Russell, Sage (eds.), *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Amberes, 2002.

Disponibilidad	servicios de salud (libre escogencia).		- Abstenerse de utilizar o ensayar armas nucleares, biológicas o químicas. 3. Garantizar la exigibilidad judicial del derecho a la salud. 4. Facilitar medicamentos esenciales 5. Velar por la atención de la salud sexual, genésica e infantil. 6. Velar porque la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud. **De cumplimiento progresivo** 1. Contar con suficientes establecimientos, bienes y servicios. 2. Contar con suficiente personal de la salud. 3. Prestar asistencia y cooperación internacional.
Acceso	1. Derecho de acceso a través del régimen contributivo. 2. Derecho de acceso a través del régimen subsidiado. 3. Derecho de acceso como participante vinculado.	1. Niñas, niños y mayores de edad con pronóstico no favorable de curación total. 2. Acceso de la mujer a la salud sexual y reproductiva. Derecho a no ser discriminada por la condición de madre. 3. Grupos étnicos. 4. Adultos mayores. 5. Personas con discapacidad. 6. Portadores de VIH y enfermos de SIDA. 7. Minorías sexuales. 8. Personas privadas de la libertad.	**Con efecto inmediato** 1. Garantizar el acceso a la atención básica en salud. 2. Garantizar el ejercicio del derecho a la salud sin discriminación alguna. 3. No limitar el acceso a métodos anticonceptivos u otros medios de mantener la salud sexual y reproductiva. 4. Abstenerse de violar el Derecho Internacional Humanitario mediante la limitación del acceso a los servicios de salud como medida punitiva

Acceso		9. Personas en situación de desplazamiento forzoso por la violencia. 10. Personas en situación de indigencia. 11. Trabajadores migratorios. 12. Refugiados y apátridas. 13. Extranjeros.	durante estados de emergencia o conflictos armados. 5. Proteger a la misión médica y a las víctimas del conflicto armado. 6. Acceso a la información. **De cumplimiento progresivo** 1. Accesibilidad física. 2. Accesibilidad económica.
Aceptabilidad	1. Derecho a la confidencialidad de los datos personales relativos a la salud. 2. Derecho a la autonomía en el manejo de la propia salud y como paciente. Necesidad del consentimiento informado en la relación médico/paciente. 3. Derecho a una muerte digna. 4. Derecho a la prevención de los problemas de salud mental. 5. Derecho a la protección del cuerpo contra injerencias ajenas. 6. Derecho a la autodeterminación reproductiva.	1. Derecho de las personas con enfermedad mental a ser objeto de un trato digno y de una atención médica apropiada. 2. Derechos de las personas privadas de la libertad a la salud mental y a no ser objeto de tratos crueles, inhumanos o degradantes relacionados con la salud. 3. Derecho a la salud de los adultos mayores como proyección del respeto por el ciclo de vida. 4. Derecho de los pueblos indígenas a la práctica de su medicina tradicional. 5. Derechos sexuales y reproductivos de las personas en situación de discapacidad. 6. Derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes.	**Con efecto inmediato** 1. Garantizar establecimientos, bienes y servicios respetuosos de la ética médica. 2. Respetar los requisitos del género. 3. Respetar los requisitos del ciclo de vida. 4. Garantizar que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad. 5. Adoptar medidas preventivas, promocionales y correctivas para proteger a la mujer contra prácticas tradicionales nocivas que afectan sus derechos sexuales y reproductivos. 6. Abstenerse de prohibir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales. 7. Abstenerse de aplicar tratamientos médicos coercitivos. 8. Velar porque los servicios de salud sean apropiados desde el punto de vista cultural, lo cual implica respetar la medicina popular que

Aceptabilidad			no afecta la salud de las personas. 9. Adoptar medidas para enfrentar la violencia contra la mujer y proteger de los actos de violencia a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad. **De cumplimiento progresivo** 1. Velar por la creación de instituciones que presten servicios de salud mental, distribuidas equitativamente.
Calidad	1. Derecho a que los servicios de salud sean prestados por personal idóneo. 2. Derecho a que el servicio público de salud sea prestado eficazmente y en condiciones adecuadas. 3. Derecho a medicamentos de calidad. 4. Derecho a una atención médica oportuna, adecuada y que evite la agravación del estado de salud del paciente. 5. Derecho a la salud en conexidad con el derecho a una vida digna (calidad de vida).	1. Calidad de la salud y condiciones de reclusión de las personas privadas de la libertad. 2. Derecho a la rehabilitación máxima posible de las personas en situación de discapacidad.	**Con efecto inmediato** 1. Garantizar que los establecimientos, bienes y servicios de salud sean de buena calidad. 2. Controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos. 3. Ejercer la inspección, vigilancia y control del servicio público de salud. 4. Proporcionar capacitación adecuada al personal de la salud. **De cumplimiento progresivo** 1. Fomentar la investigación en salud.

Por razones de espacio no se expone el precedente judicial o el estándar normativo que sustenta cada componente del contenido esencial. Sin embargo, en orden a clarificar por qué los precedentes de la Corte Constitucional sobre el derecho a la salud se incluyen en el contenido mínimo, se reseña brevemente los criterios en torno a los cuales se organiza esta jurisprudencia.

La Corte Constitucional ha reconocido la salud como un derecho y un servicio público de amplia configuración legal, toda vez que la Constitución difiere a la ley la regulación del acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo. En este sentido, la realización del derecho a la salud tiene como punto de partida el sistema que organice el Estado para responder a la demanda de servicios de la comunidad. Por esta razón, la doctrina le asigna el carácter de *derecho prestacional*, lo cual significa que requiere de un desarrollo político, legislativo, económico y técnico para garantizar su expansión y cobertura[38]. La prestación que involucra el derecho a la salud es de *carácter programático* porque requiere de un proceso en el que se diseñan y planifican las instituciones y el sistema que lo hacen posible. Ello exige tiempo y la apropiación de recursos que luego deben ser destinados bajo una serie de parámetros que deben ser discutidos democráticamente[39]. Su realización es, en este sentido, *progresiva*.

Por tal motivo, el derecho a la salud, en principio, no puede considerarse como derecho fundamental en el derecho constitucional colombiano. Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido que en ciertas situaciones especiales, los derechos prestacionales se transforman en *derechos subjetivos*[40]. A partir de ello, la jurisprudencia de la Corte ha establecido tres supuestos bajo los cuales se puede entender el derecho a la salud como derecho fundamental:

a) *El derecho a la salud como derecho fundamental por su conexidad con otros derechos fundamentales*. Este criterio ha sido utilizado, esencialmente, para inaplicar las normas que excluyen ciertas prestaciones del Plan Obligatorio de Salud de Colombia. La jurisprudencia constitucional considera que los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales (como el derecho a la vida), de forma que si los primeros no fueron protegidos en forma inmediata, se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos[41]. El criterio de conexidad ha sido

[38] Sentencia T-978 de 2001.

[39] Sin embargo, en la sentencia T-595 de 2002, la Corte precisó que "a medida que pasan los años, si las autoridades encargadas no han tomado medidas efectivas que aseguren avances en la realización de las prestaciones protegidas por los derechos constitucionales, gradualmente van incurriendo en un incumplimiento (...) El que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse".

[40] La sentencia T-304 de 1998 expresa que "la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial), en una realidad concreta a favor de un sujeto específico".

[41] Sentencia T-491 de 1992. Esta sentencia retoma el criterio establecido en la Sentencia T-406 de 1992.

proyectado, por ejemplo, en la jurisprudencia sobre conexidad del derecho a la salud con el derecho a una vida digna. En esta línea jurisprudencial se ha amparado la atención médica necesaria para el restablecimiento de graves problemas de salud mental, las intervenciones estéticas que tienden a poner fin a fuertes dolores corporales, el suministro de prótesis mamarias, el suministro de la hormona del crecimiento y las prestaciones destinadas a la atención de graves problemas de la visión[42].

b) *El derecho a la salud como derecho fundamental frente a sujetos de especial protección*. La Constitución de 1991 establece cláusulas que identifican sujetos de especial protección constitucional. Frente a ellos, la protección del derecho a la salud es reforzada, debido al grado de vulnerabilidad que, en ocasiones, deben enfrentar. Asimismo, en el caso de la infancia[43], las personas con discapacidad[44] y los adultos mayores[45], la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que su derecho a la salud tiene el carácter de derecho fundamental autónomo.

c) *El derecho a la salud como derecho fundamental autónomo en relación con su contenido esencial*. La Corte ha considerado que existe un derecho fundamental a la salud como derecho constitucional que: 1) funcionalmente está dirigido a lograr la dignidad humana, y 2) se traduce en un derecho subjetivo[46]. Por consiguiente:

> "Puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, *de manera autónoma*, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias–, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General 14 [del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas]. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc. (...) La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el POS, se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental"[47].

Ahora bien, estos supuestos donde el derecho a la salud se entiende como derecho fundamental deben sujetarse a los *criterios de procedibilidad* de la acción de tutela respecto a dicho derecho[48]:

1) que la persona involucrada posea un derecho subjetivo a la prestación que solicita y, por lo tanto, que el ordenamiento jurídico le haya adscripto a alguna persona, pública o privada, la obligación correlativa;

2) que tal derecho, en el caso concreto, encuentre una conexidad directa con alguno de los derechos que el ordenamiento jurídico elevó a la categoría de fundamentales; y

3) que no exista otro medio de defensa judicial o, que de existir, no resulte idóneo para evitar la consumación de un perjuicio irremediable respecto del derecho fundamental afectado o amenazado.

Asimismo, la jurisprudencia ha precisado que la amenaza de un derecho fundamental no debe ser hipotética[49]. Esta amenaza implica: 1) la inminencia o proximidad del riesgo o una actualidad del mismo, 2) una gravedad del riesgo, 3) un grado de certeza, y 4 una posición subjetiva de impotencia del actor.

Como lo ha mostrado Arrieta[50], la Corte Constitucional ha fijado reglas cuando: 1) la regla aplicable es contraria a la Constitución, 2) se tra-

42 Para un mayor desarrollo de estas líneas jurisprudenciales, ver Parra Vera, ob. cit., ps. 380-388.

43 Sentencia SU-225 de 1998. La Corte consideró que el núcleo esencial del derecho a la salud de los niños, que autoriza su protección por vía de tutela, exige: a) la existencia de un atentado grave contra la salud de los menores, b) que la situación que se reprocha no pueda evitarse o conjurarse por la persona afectada, y c) que la ausencia de prestación del servicio ponga en alto riesgo la vida, las capacidades físicas o psíquicas del niño o su proceso de aprendizaje o socialización.

44 Sentencia T-850 de 2002. En esta fallo, la Corporación consideró que una prestación de salud se torna fundamental, entre otros, en los siguientes eventos: a) cuando debido a las condiciones físicas, mentales, económicas o sociales en las que (a una persona) le corresponde vivir disminuyen significativamente su capacidad para enfrentar la enfermedad, siempre y cuando; b) el Estado o la sociedad tengan la capacidad para enfrentarla sin sacrificar otro bien jurídico de igual o mayor valor constitucional; y c) la prestación solicitada sea necesaria: 1) para sobrepasar las barreras que le permiten llevar su vida con un grado aceptable de autonomía, 2) para mejorar de manera significativa las condiciones de vida a las que lo ha sometido su enfermedad, y 3) para evitar una lesión irreversible en aquellas condiciones de salud necesarias para ejercer sus derechos fundamentales.

45 Sentencia T-1081 de 2001, reiterada en las sentencias T-004 de 2002 y T-111 de 2003.

46 Sentencia T-859 de 2003.

47 Sentencia T-859 de 2003 y T-860 de 2003.

48 Sentencia T-348 de 1997.

49 Véanse las Sentencias T-453 de 1998, T-096 de 1994 y T-677 de 1997.

50 Arrieta, Aquiles, *Comentarios a la creación de jurisprudencia constitucional. El caso del acceso a los servicios de salud*, en "Tutela, Acciones Populares y de Cumplimiento", Legis, Bogotá, 2002, ps. 1773-1777. Sobre la acción de tutela y el derecho a la salud, ver Uprimny Yepes, Rodrigo, *El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana*, en *La salud pública hoy*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2003; y Arbeláez Rudas, Mónica, *Diez años de protección constitucional del derecho a la salud: la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*, en Comisión Andina de Juristas, Red de Información Jurídica, *www.cajpe.org.pe/rij/bases/juris-nac/arbelaez.pdf*.

ta de un tema no regulado por el legislador, 3) cuando existe un vacío normativo, 4) existe una regla jurídica que no es contraria a la Constitución, pero cuya lectura e interpretación no son sensibles a los derechos fundamentales. Además, la Corte Constitucional ha desarrollado varias formas de justiciabilidad del derecho a la salud, toda vez que no todas las decisiones se relacionan con ordenar gastos. En ocasiones, el Alto Tribunal ha ordenado que se tomen medidas para la corrección de ciertos programas (como el SISBEN) o planes (como el POS) cuya aplicación desconoce derechos fundamentales.

V. Conclusión

Los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los precedentes judiciales del derecho interno que respetan dichos criterios y la focalización de la actividad estatal en orden a enfrentar la vulnerabilidad de algunos grupos poblacionales, constituyen elementos a partir de los cuales es posible delimitar un contenido esencial del derecho a la salud. Este contenido constituye un punto de partida ineludible para el diseño, seguimiento y evaluación de políticas públicas. Así entendido, el contenido esencial es un criterio que permite verificar hasta qué punto se cumplen las obligaciones de progresividad y no regresividad en derechos sociales. La exhaustiva sistematización de los componentes del derecho deja sin piso las teorías que abogan por la supuesta indeterminación de la prestación debida en relación con el derecho a la salud y, a partir de ello, niegan su exigibilidad judicial y a través de políticas públicas ajustadas al enfoque de derechos humanos.

La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Julieta Rossi*

Sumario: I. Introducción; II. Las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales. La obligación de progresividad; III. La obligación de no regresividad; IV. Medidas regresivas. Algunos grupos y derechos en particular; V. Aplicación de la obligación de no regresividad por el Comité en su monitoreo periódico; VI. Conclusiones.

I. Introducción

Durante los últimos años el debate respecto de las obligaciones de los Estados –tanto constitucionales como internacionales– en materia de derechos económicos, sociales y culturales ha cobrado vigor y centralidad. Actualmente existe mayor consenso acerca del alcance de estos derechos y se han desarrollado estándares legales y guías para monitorear el cumplimiento de los compromisos estatales. A nivel internacional, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Comité DESC o Comité) –órgano de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC o Pacto)– ha desplegado serios esfuerzos para determinar el contenido normativo de los derechos y las obligaciones estatales establecidos en aquel instrumento. En el ámbito de las Naciones Unidas, se han designado diversos Relatores Especiales para monitorear el cumplimiento de derechos económicos y sociales tales como alimentación, educación, vivienda y salud. En igual dirección, el Alto Comisionado para Derechos Humanos ha prestado mayor atención a esta materia[1].

En cuanto a los sistemas regionales, el Interamericano, si bien en forma más lenta y gradual, también ha registrado algunos avances en el último tiempo[2]. En el año 1999, entró en vigencia el Protocolo de San Salvador –protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos– primer instrumento interamericano que regula específicamente derechos económicos, sociales y culturales. En el contexto europeo, en

* Abogada por la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Máster en Derecho por la Universidad de Nueva York.

[1] La gestión de Mary Robinson (1997-2002) ha sido particularmente activa a este respecto.

[2] Cf. Méndez, Juan, *Derechos económicos, sociales y culturales: experiencias y posibilidades dentro del sistema interamericano;* y Krsticevic, Viviana, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano,* en *Construyendo una agenda de trabajo para la justiciabilidad de los derechos sociales,* CEJIL, 2002, ps. 115-144 y 145-200, respectivamente.

el año 1998 entró en vigencia un Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que prevé un mecanismo adicional de control en la forma de un sistema de denuncias colectivas[3]. Dentro del sistema regional africano, a partir del 2001, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha comenzado a pronunciarse en casos relativos a violaciones de derechos sociales[4].

Por su parte, expertos en derecho internacional han emitido valiosas guías para la determinación del alcance normativo de los derechos y obligaciones estatales. Así, los Principios de Limburgo relativos a la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1986)[5] y las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales[6] han jugado un papel clave en esta tarea de clarificación conceptual[7].

Por otro lado, en el ámbito interno de muchos Estados, la discusión respecto de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales es hoy en día insoslayable. Cortes constitucionales de distintas partes del mundo se han pronunciado claramente a favor de la justiciabilidad y han emitido decisiones que establecen restricciones sobre el diseño e implementación de políticas públicas para hacer efectivos derechos económicos y sociales. La Corte Constitucional colombiana en el ámbito latinoamericano y la Corte Constitucional sudafricana en el ámbito africano son probablemente los mayores exponentes de esta tendencia.

Ahora bien, a nivel internacional es el Comité DESC el órgano que más esfuerzos ha efectuado para desentrañar el alcance de las obligaciones estatales en este campo. Por un lado, el Comité ha desarrollado esta tarea a través de la emisión de Observaciones Generales[8]. Hasta el presente ha emitido dieciséis Observaciones Generales[9]. Por otro, el Comité desarrolla esta tarea en su evaluación periódica de las medidas que adoptan los Estados en pro de tornar efectivos los derechos sociales, la cual se plasma en las denominadas Observaciones Finales[10].

[3] Sobre la eficacia del nuevo sistema, ver Churchill, Robin R. y Khaliq, Urban, *The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?*, 15 *Eur. J. Int'l L.* 417.

[4] En el año 2001, la Comisión Africana de Derechos Humanos se pronunció por primera vez respecto de violaciones a derechos económicos, sociales y culturales cometidas por el ex gobierno militar de Nigeria contra el pueblo Ogoni. Cf. ACHPR/COMM/A044/1, octubre de 2001. Para mayor información, ver el sitio web de la organización que patrocinó la denuncia –Center for Economic and Social Rights Center (SERAC)– en *www.seracnig.org/projects.html#rtr.*

[5] Los Principios de Limburgo fueron elaborados por un grupo de distinguidos expertos en el campo del derecho internacional, convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo (Maastricht, los Países Bajos) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Universidad de Cincinnati (Ohio, Estados Unidos de América) reunidos en Maastricht del 2 al 6 de junio de 1986. Cf. *Introducción, Principios de Limburgo*, Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, E/C.12/2000/13, 2 de octubre de 2000, ps. 3-15.

[6] Las Directrices de Maastricht fueron elaboradas con motivo del décimo aniversario de los Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por un grupo de más de 30 expertos reunidos en Maastricht del 22 al 26 de enero de 1997, por invitación de la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra, Suiza), del Urban Morgan Institute on Human Rights (Cincinnati, Ohio, Estados Unidos) y del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht (Países Bajos). Cf. *Introducción, Directrices de Maastricht*, Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, E/C.12/2000/13, 2 de octubre de 2000, ps. 16-24.

[7] Ambos grupos de normas son considerados *soft law* en derecho internacional.

[8] En 1988 el Comité decidió comenzar a preparar unas "observaciones generales" sobre los derechos y las disposiciones contenidos en el Pacto con miras a asistir a los Estados Parte en el cumplimiento de sus obligaciones concernientes a la presentación de informes y contribuir a aclarar la interpretación de la intención, el significado y el contenido del Pacto. Las observaciones generales son un medio decisivo para la generación de jurisprudencia, y ofrecen a los miembros del Comité un método para llegar a un acuerdo consensuado sobre la interpretación de las normas incorporadas en el Pacto. Cf. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Folleto informativo nº 16 (Rev. 1) - Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en *www.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs16_sp.htm.*

[9] Observación General 1 (1989), Presentación de informes por parte de los Estados Parte; Observación General 2 (1990), Medidas de asistencia técnica internacional (art. 22 del Pacto); Observación General 3 (1990), La índole de las obligaciones de los Estados Parte (párr. 1 del art. 2 del Pacto); Observación General 4 (1991), El derecho a una vivienda adecuada (párr. 1 del art. 11 del Pacto); Observación General 5 (1994), Las personas con discapacidad; Observación General 6 (1995), Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad; Observación General 7 (1997), El derecho a una vivienda adecuada (párr. 1 del art. 11): los desalojos forzosos; Observación General 8 (1997), Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales; Observación General 9 (1998), La aplicación interna del Pacto; Observación General 10 (1998), La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales; Observación General 11 (1999), Planes de acción para la enseñanza primaria (art. 14); Observación General 12 (1999), El derecho a una alimentación adecuada (art. 11); Observación General 13 (1999), El derecho a la educación (art. 13); Observación General 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12); Observación General 15 (2002), El derecho al agua (arts. 11 y 12 del Pacto); Observación General 16 (2005) sobre el igual derecho de hombres y mujeres a disfrutar de los derechos económicos, sociales y culturales. Actualmente se encuentran en proceso de discusión dos observaciones adicionales: una relativa al derecho al trabajo (art. 6) y otra relativa al derecho de propiedad intelectual (art. 15, 1.c). Cf. Naciones Unidas, Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, HRI/GEN/1/Rev.7, 12 de mayo de 2004, ps. 9-136.

[10] Además en cada uno de sus períodos de sesiones, el Comité dedica un "día de debate general" a disposiciones concretas del Pacto, en particular a temas de derechos humanos o de otra índole que le incumben directamente, con el propósito de profundi-

Las Observaciones Generales y Finales constituyen la interpretación autorizada de la normativa del PIDESC. En consecuencia, su aplicación o interpretación en el ámbito doméstico o en el internacional a través de otros órganos y procedimientos internacionales debe considerar necesariamente dicha hermenéutica[11].

Si bien el Pacto parte de una obligación "madre" que es vaga en su redacción y a simple vista parece difícil de implementar, el Comité ha detallado el tipo de medidas –varias de carácter inmediato– que los Estados deben adoptar. Una de las obligaciones claras y concretas que se desprenden de aquella obligación genérica es la obligación de no regresividad.

Este artículo tiene varios propósitos. Por un lado, revisa el origen y alcance de la obligación de no regresividad a la luz de las interpretaciones sucesivas del Comité. En segundo lugar, analiza los parámetros de juicio que el Comité ha delineado para determinar la ilegitimidad de medidas o políticas estatales de corte regresivo. Estudia también si frente a algunos supuestos particulares de adopción de medidas regresivas el estándar para evaluar su legitimidad debería variar y si la obligación de no regresividad acarrea alguna consecuencia diferenciada respecto del alcance de las obligaciones estatales relativas a ciertos derechos en particular. Luego, se examina el modo en que el Comité ha evaluado la adopción de medidas regresivas en su monitoreo periódico del comportamiento de los Estados. Por último, se trazan algunas conclusiones sobre las secciones anteriores y en particular, sobre el potencial de la obligación de no regresividad para el control de políticas estatales por parte de tribunales de justicia internos e internacionales, especialmente en casos contenciosos.

II. Las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales. La obligación de progresividad

La sección II del PIDESC prevé el tipo de obligaciones que los Estados asumen para hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales. En particular, el artículo 2[12] desarrolla la obligación de adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. La norma además indica que los Estados deben adoptar todas las medidas apropiadas y hace mención al tipo de medidas, aunque por supuesto la mención no es exhaustiva[13]. Por último, la norma sujeta la obligación a la utilización del máximo de los recursos disponibles e indica que los Estados deben actuar tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales en pos de tornar efectivos los derechos del PIDESC.

Si bien el PIDESC menciona exclusivamente la obligación de adoptar medidas, tanto el Comité como los expertos en la materia han coincidido ampliamente en que tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales generan para los Estados obligaciones de respeto, protección y cumplimiento[14]. No es posible trazar diferen-

zar su comprensión de los asuntos en cuestión. Cf. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Folleto Informativo Nº 16 (Rev. 1), Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en *www.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs16_sp.htm*.

[11] Respecto a la obligación de los tribunales locales de tomar como guía las interpretaciones del PIDESC desarrolladas por el Comité DESC, ver Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, ps. 70-76.

[12] El art. 2 del PIDESC establece las obligaciones primarias que los Estados Parte han asumido en relación a los derechos económicos, sociales y culturales. El inc. 1 estipula: "1. Cada uno de los Estados Parte 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". Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos contiene una cláusula similar en su art. 26. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) también prevé una norma de similar tenor en su art. 2. Respecto de la interpretación del art. 26 de la Convención Americana, ver Rossi, Julieta y Abramovich, Víctor, *La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos*, en Martín, Claudia; Rodríguez-Pinzón, Diego y Guevara B., José Antonio (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Fontamara, México, 2004, ps. 457-478; y Courtis, Christian, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos*, en Courtis, Christian; Hauser, Denise y Rodríguez Huerta, Gabriela (comps.), *Protección internacional de derechos humanos: nuevos desafíos*, Porrúa-ITAM, México, 2005, ps. 1-66.

[13] Menciona medidas económicas y técnicas, y pone especial énfasis en la adopción de medidas legislativas.

[14] Por ejemplo, en la Observación General 12, el Comité estableció: "El derecho a la alimentación adecuada, al igual que cualquier otro derecho humano, impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Parte: las obligaciones de *respetar*, *proteger* y *realizar*. A su vez, la obligación de *realizar* entraña tanto la obligación de *facilitar* como la obligación de *hacer efectivo* (cf. Comité DESC, Observación General 12, párr. 15). En la Observación General 13, el Comité expresó: "El derecho a la educación, como todos los derechos humanos, impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Parte: las obligaciones de respetar, de proteger y de cumplir. A su vez, la obligación de cumplir consta de la obligación de facilitar y la obligación de proveer" (cf. Comité DESC, Observación General 13, párr. 46). El Comité DESC ha reiterado este esquema en las Observaciones Generales sobre Derecho a la Salud, cit., (párr. 33) y Derecho al Agua, cit. (párr. 20). Entre muchos otros autores que señalan la existencia de tres niveles de obligaciones: Alston, Philip y Quinn, Gerard, *The Nature and Scope of States Parties' obligations under the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights, Human Rights Quarterly*, vol. 9, nº 2, mayo 1987, p. 185; Eide, Asbjørn, *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, en Eide, Asbjørn; Krause, Catarina y Rosas, Allan (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: a Textbook*, Martinus Nijhoff, Dordretch, 2001, ps. 9-28; Abramovich y Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., ps. 27-32; Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción, El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria, Barcelona, 2003, ps. 119-133.

cias de naturaleza entre una y otra categoría de derechos y sostener, por ende, que cada una entraña obligaciones sustancialmente diversas.

Por lo tanto, los Estados deben abstenerse de actuar si con ello afectan derechos económicos y sociales, deben prevenir su afectación en la interacción entre particulares y deben adoptar medidas para lograr su plena efectividad.

Ahora bien, no es posible desconocer que la obligación de adoptar medidas (obligación de cumplimiento) está sujeta a una serie de condicionantes que no se encuentran presentes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[15]. El concepto de "realización progresiva" refleja el reconocimiento de los redactores del Pacto de que la mayoría de los Estados Parte no podrían realizar plenamente los derechos económicos, sociales y culturales de forma inmediata luego de la ratificación o siquiera en un período breve de tiempo[16].

El estándar de "realización progresiva" es ambiguo y no ofrece suficiente guía para determinar en qué casos los Estados adoptan las medidas necesarias para cumplir con dicha obligación. Sin embargo, el Comité DESC ha interpretado dicha obligación de manera tal de tornar sus contornos más nítidos y comprensibles[17]. De esta forma, el Comité desagregó la obligación de progresividad en varias obligaciones: obligación de adoptar medidas inmediatas (que incluye la obligación de garantizar que los derechos del Pacto se ejercerán sin discriminación y la obligación de adoptar medidas[18]), obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos, obligación de proteger con carácter prioritario a los grupos desaventajados o vulnerables y obligación de no regresividad[19].

15 Cf. artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

16 Cf. Chapman, Audrey y Russell, Sage (eds.), *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Amberes/Oxford/Nueva York, ps. 4-5. Es de advertir que este argumento no es exclusivo de los derechos económicos, sociales y culturales sino también aplicable a la realización de los derechos civiles y políticos.

17 En la Observación General 3, el Comité expresó: "... el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere 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 otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Parte con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Éste impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo". Cf. Comité DESC, Observación General 3, párr. 9.

18 Entre otras podemos mencionar: adecuación del marco legal, relevamiento de información, vigilancia efectiva y formulación de políticas y provisión de recursos efectivos.

19 Cf. Observación General 3, cit.

No es intención del presente artículo revisar dicha interpretación en forma exhaustiva sino centrarse en la obligación de no regresividad. Es este uno de los parámetros mejor articulados para evaluar el comportamiento de los Estados. Su aplicación pude resultar de fundamental importancia en el contexto actual de programas económicos neoliberales de ajuste estructural, apertura comercial y privatizaciones que generalmente han provocado un marcado retroceso en los niveles de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales.

III. La obligación de no regresividad

III. 1. Alcance y posibilidades de revisión judicial

La obligación de no regresividad comporta para el Estado la prohibición de empeorar el nivel de goce y ejercicio de un derecho desde la adopción del PIDESC o respecto de cada mejora progresiva. Si el Pacto prescribe que los Estados deben tender a la progresiva implementación de los derechos allí reconocidos, la exigencia lógica y mínima es que no les esté permitido la adopción de medidas que vayan en sentido contrario y restrinjan el nivel alcanzado.

Esta obligación incluye la prohibición de adoptar medidas que restrinjan el nivel de goce y ejercicio de un derecho tanto en supuestos de afectación individual y colectiva como en supuestos de afectación de toda la población. El Comité, a diferencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o Corte), así lo ha entendido. Por el contrario, la Corte, adoptó un criterio desacertado en el caso "Cinco pensionistas"[20] donde requirió una afectación general para dar por configurada una violación a las obligaciones de progresividad y no regresividad[21].

20 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Cinco pensionistas vs. Perú", sentencia del 28 de febrero de 2003, Serie C, Nº 96. Allí la Corte interpretó la norma del art. 26 de la Convención en el sentido de que prevé obligaciones legales vinculantes y no como simple formulación de objetivos programáticos. Sin embargo, estableció que el desarrollo progresivo se debe medir en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, *sobre el conjunto de la población*, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas *no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente* (párr. 147) (el destacado nos pertenece). Para una evaluación crítica de la sentencia, ver Courtis, Christia, *Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los 'Cinco Pensionistas' de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en "Revista Mexicana de Derecho Público", Nº 6, ITAM, México, 2004, ps. 37-67.

21 Sin pretender agotar la crítica a la postura de la Corte, diremos, en primer lugar, que el pronunciamiento no es claro. Los términos "representativos de la situación prevaleciente" son por demás ambiguos y no dan pautas suficientes para delimitar el ámbito de aplicación de la norma. La postura del tribunal, si bien categórica, es escueta

El cumplimiento de la obligación de no regresividad debe medirse precisamente en situaciones particulares las que, por otra parte, podrán comprender la afectación de derechos de grupos determinados o en ocasiones de toda la población[22]. De lo contrario, la aplicación de esta norma se vería notablemente restringida, contrariando su letra y espíritu y dejando un amplio margen a los Estados para adoptar disposiciones peyorativas que afecten a grupos específicos o a víctimas individuales. Por lo demás, la interpretación efectuada por la Corte no se compadece con los estándares que viene desarrollando el Comité y parece obligarla a realizar en el marco de un caso individual la supervisión de situaciones generales lo que no está dentro de su limitada competencia[23].

Debido al componente negativo que la caracteriza, la obligación de no regresividad ha sido catalogada como una obligación de respeto[24]. Los Estados deben abstenerse de adoptar políticas que desmejoren la situación vigente. No se les exige actuación positiva alguna ni el desembolso de recursos económicos.

---

en su desarrollo y carece de fundamentos que la hagan inteligible. En principio pareciera que la Corte limita la aplicación del art. 26 a supuestos de afectaciones del conjunto de la población. También admitiría la Corte examinar un caso bajo el art. 26 cuando la afectación de un grupo sea representativa de una situación general. Tal interpretación no puede inferirse del texto de la norma, ya que no hay mención alguna a la verificación de una situación generalizada para que se configure el supuesto de regresividad. Por ello creemos equivocado excluir del alcance de la norma aquellos casos que afectan a un sector determinado de la población e incluso a víctimas individuales. Cf. Rossi y Abramovich, *La tutela de los derechos sociales a través del artículo 26 de la Convención Americana*, cit. Ver en igual sentido, Courtis, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos*, cit.

22 Un ejemplo de aplicación de la obligación de no regresividad en sentido diverso al que parece propugnar la Corte Interamericana es el caso resuelto por la justicia del trabajo argentina, "Palet, Héctor Antonio c. Estado Nacional y otro s/amparo", del Juzgado del Trabajo Nº 59, del 17 de octubre de 1997. Allí, el tribunal analizó la constitucionalidad de la ley 24.714 que derogó el Régimen de las Asignaciones Familiares y lo reemplazó por otro más restringido en su cobertura. El demandante alegó que la eliminación de las asignaciones familiares para aquellas personas que cobraran más de $1.500 pesos constituía una discriminación irrazonable y por ende inconstitucional. El análisis del tribunal se basó en la situación particular del Sr. Palet y de las personas en su misma situación.

23 Ver en tal sentido el voto concurrente del Juez de Roux Rengifo. Cf. Corte IDH, Cinco Pensionistas, cit.

24 Pisarello considera la obligación de no regresividad como un corolario de la obligación de respeto en tanto ésta comporta un deber negativo que exige que "el Estado, y por tanto, todos los órganos públicos y sus agentes, se abstengan de llevar adelante, de auspiciar o de tolerar cualquier práctica, política, o medida legal, solos o en asociación con otros, que vulneren los derechos (...) de una persona o de un grupo o erosione el estatuto jurídico de dichos derechos". Cf. G. Pisarello, *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción*, cit., ps. 119 y 122.

De este modo, en tanto obligación negativa, la obligación de no regresividad constituye una de las obligaciones típicamente sujeta a revisión tanto por tribunales de justicia en el ámbito doméstico de los Estados[25], como por órganos o tribunales internacionales de derechos humanos. En este sentido, tal como señalan Abramovich y Courtis: "... este tipo de obligación no resulta extraña a la tradición jurídica iberoamericana: responde a características similares que el principio de razonabilidad de la reglamentación de los derechos (...) La razón principal que funda esta semejanza la brinda el hecho de que ambos principios tienen como objeto el aseguramiento del debido proceso sustantivo (...) se dirigen al control sustancial o de contenido de la reglamentación de los derechos"[26]. En el esquema propuesto por estos autores, frente a la evaluación de medidas tomadas por los poderes políticos, el tribunal de justicia –o en su caso el órgano internacional– deberá considerar no solamente si la medida es razonable (análisis de la relación entre el medio y el fin; análisis de proporcionalidad, etcétera). Deberá analizar, además, si la reglamentación propuesta por el legislador o por el Poder Ejecutivo no empeora la situación de la reglamentación del derecho vigente, desde el punto de vista del alcance y amplitud de su goce[27].

Varios tribunales constitucionales han considerado la regresividad de una política estatal dentro de los parámetros de juicio para evaluar su validez[28]. Este esquema de análisis tampoco resulta extraño a la dogmática

25 En este sentido, Abramovich y Courtis afirman: "La obligación de no regresividad constituye justamente uno de los parámetros de juicio de las medidas adoptadas por el Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales que resulta directamente aplicable por el Poder Judicial". Proponen un esquema conceptual tendente a señalar los puntos fundamentales que requeriría una construcción jurídico-dogmática que haga posible la aplicación judicial. Cf. Abramovich y Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., ps. 96-116. En el mismo sentido refiriéndose al derecho a la vivienda, Pisarello sostiene: "... la ausencia de justificación suficiente, razonable, o proporcional de un plan, programa o disposición normativa *prima facie* regresiva en cuestiones habitacionales siempre sería, en efecto, susceptible de control jurisdiccional. Y es que de acuerdo a la evolución experimentada por los principios de razonabilidad y proporcionalidad en el derecho moderno, los tribunales podrían de hecho evaluar la regresividad de este tipo de medidas". Cf. Pisarello, *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción*, cit., ps. 124-125.

26 Abramovich y Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 96

27 Cf. Abramovich y Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., ps. 96-97.

28 En este sentido, la Corte Suprema argentina en el caso "Campodónico de Beviacqua" determinó que el Ministerio de Salud de la Nación estaba obligado a continuar en la entrega de un medicamento a un menor en tanto y en cuanto la situación de urgencia y extrema necesidad del tratamiento prescripto para salvaguardar su vida subsistía. De esta forma, la Corte implícitamente consideró que el Ministerio de Salud no podía válidamente adoptar medidas que significaran un retroceso en el nivel de goce del derecho a la salud por parte del menor, sin proveerle soluciones alternativas (cf. CSJN,

desarrollada por los órganos de los sistemas americano y europeo de derechos humanos para evaluar la legitimidad de medidas restrictivas de derechos. Éstos han aplicado alternativamente los test de "razonabilidad", "proporcionalidad" o de "escrutinio estricto" al momento de efectuar un control de legitimidad sustantivo sobre las medidas estatales que afectan derechos fundamentales[29].

"Campódonico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social –Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/Recurso de Hecho–, 24 de octubre de 2000). En el caso "Palet, Héctor Antonio c. Estado Nacional y otro s/amparo", ya citado (ver *supra* nota 22), el Juzgado del Trabajo Nº 59 analizó la constitucionalidad de la ley 24.714 que derogó el Régimen de las Asignaciones Familiares y lo reemplazó por otro más restringido en su cobertura. El fallo concibe la discriminación en el acceso a las prestaciones familiares según el monto del sueldo como violatoria del principio de progresividad y no regresividad de los derechos sociales. Esta concepción funciona como criterio de razonabilidad de la sucesión de normas reguladoras de los derechos sociales. Sostiene el fallo que "pesa sobre los poderes públicos el deber de reglamentar razonablemente los derechos sociales, deber cuyo cumplimiento –a partir de la reforma constitucional de 1994– será valorado a la luz de los principios de progresividad y de irreversibilidad de los derechos humanos, que implican la no regresividad en el nivel tuitivo alcanzado". Continúa fundando su decisión en que "el actor se halla excluido del derecho a las prestaciones de un sistema reglamentario de un derecho de jerarquía constitucional, por la sola razón de percibir una remuneración mensual superior a 1.500 pesos; es decir, se halla discriminado por uno de los motivos enumerados de los instrumentos internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional. (...) Teniendo en cuenta que el único motivo esgrimido por la demandada para discriminar a los trabajadores que superaran un determinado nivel remuneratorio, es la necesidad de realizar una correcta asignación de los recursos del sistema, estimo que el mismo no reúne los requisitos (...) de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación". Cf. Rossi y Abramovich, *La tutela de los derechos sociales a través del artículo 26 de la Convención Americana*, cit.

Por su parte, el Tribunal Constitucional portugués aplicó este principio en su Acuerdo 39/84, al determinar que una medida sanitaria atentaba contra estándares ya conquistados en materia de salud. El Tribunal Constitucional español, por su parte, en su Sentencia 81/1982, consideró que en virtud del art. 9.2 de la Constitución y de los deberes derivados del principio del Estado Social "no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas" (FJ 3). Cf. Pisarello, *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción*, cit., ps. 123-124.

[29] En este sentido, la Corte IDH expresó: "El art. 21.1 de la Convención dispone que la ley puede subordinar [el] uso y goce [de los bienes] al interés social. La necesidad de las restricciones legalmente contempladas dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno. La proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido. Finalmente, para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido" (Corte IDH, caso "Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay", Sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C, Nº 125,

Es de advertir, asimismo, que en muchos supuestos la medida de la restricción en casos de aplicación de medidas regresivas será de más sencilla comprobación que la medida en que un Estado ha avanzado en pos de tornar efectivo un derecho o la evaluación sobre recursos disponibles[30]. En efecto, una norma que por ejemplo deje sin efecto el otorgamiento de subsidios sociales a personas que se encuentran imposibilitadas de lograr su sustento en forma autónoma o reduzca su monto, sin la adopción simultánea de medidas alternativas, será en principio una medida de carácter regresivo. Igualmente, lo será la adopción de legislación que adicione requisitos para el ejercicio del derecho a huelga. Estos supuestos resultan de fácil comprobación para un tribunal de justicia. Sus capacidades

párr. 145). Respecto a las limitaciones permisibles a la libertad de expresión, ver Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de los Periodistas (arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, Nº 5, párrs. 41-49. Por su parte, la Comisión expresó: "La jurisprudencia de la Corte determina que, para que haya congruencia con la Convención, las restricciones deben estar justificadas por objetivos colectivos de tanta importancia que claramente pesen más que la necesidad social de garantizar el pleno ejercicio de los derechos garantizados por la Convención y que no sean más limitantes que lo estrictamente necesario. Por ejemplo, no es suficiente demostrar que la ley cumple con un objetivo útil y oportuno. (...) La Comisión opina que para establecer si las medidas cumplen con lo dispuesto en la Convención deben cumplir con tres condiciones específicas. Una medida que de alguna manera afecte los derechos protegidos por la Convención debe necesariamente: 1) ser prescripta por la ley; 2) ser necesaria para la seguridad de todos y guardar relación con las demandas justas de una sociedad democrática; 3) su aplicación se debe ceñir estrictamente a las circunstancias específicas enunciadas en el art. 32.2, y ser proporcional y razonable a fin de lograr esos objetivos (cf. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 38/96, Caso 10.506, "X y Y c. Argentina", 15 de octubre de 1996, párrs. 59 y 60). En el ámbito europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpretando el requisito de que una restricción debe ser "necesaria en una sociedad democrática", determinó que "necesaria" en este contexto no tiene la flexibilidad de otras expresiones como "útil", "razonable" o "deseable". La interferencia debe responder a la existencia de "una necesidad social imperiosa" (*pressing social need*) y debe ser proporcional al objetivo legítimo perseguido. Además, estableció que los Estados gozan de cierto pero no ilimitado "margen de apreciación" para su valoración (cf. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso "Dudgeon", Sentencia del 22 de octubre de 1981, Serie A, Nº 45, párr. 51).

[30] En este sentido, ver Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, A perspective on its development*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 133. También es cierto que, el Estado –según veremos en detalle más adelante– podrá justificar una medida regresiva demostrando que consideró todas las alternativas posibles, por referencia a la totalidad de los derechos consagrados en el Pacto y en el contexto de los máximos de los recursos de que dispone (cf. Observación General 3, cit.). Estos extremos resultan un tanto ambiguos en su formulación y se corre el riesgo de que los tribunales –a falta de una dogmática clara– sean deferentes hacia las justificaciones brindadas por los poderes políticos. Como se precisa en este artículo, el Comité ha avanzado considerablemente en la interpretación de aquellos extremos.

técnicas son adecuadas para llevar adelante la evaluación de la existencia de medidas regresivas.

Como veremos en las secciones siguientes, el Comité ha articulado un esquema de revisión de medidas regresivas que se asemeja al análisis que las cortes domésticas y los tribunales y órganos internacionales efectúan cuando realizan un control sustantivo de la reglamentación de los derechos. En particular, la jurisprudencia del Comité sugiere la adopción del test de "escrutinio estricto" para evaluar la adopción de medidas regresivas[31].

III. 2. El estándar legal para evaluar la legitimidad de medidas regresivas. Primera etapa

El Comité DESC ha perfilado el estándar para evaluar la legitimidad de medidas regresivas en su Observación General 3 y ha continuado la labor de interpretación en las Observaciones Generales posteriores intentando arrojar mayor luz sobre ella[32]. Asimismo y como veremos más adelante, el Comité ha confrontado el accionar de los Estados con esta obligación en reiteradas oportunidades. Del conjunto de interpretaciones efectuadas por el Comité hasta el presente, se desprende un estándar riguroso al que los Estados deben sujetarse para justificar una medida regresiva. Una simple alegación de falta de recursos o la existencia de una crisis económica no constituyen suficientes razones para validar medidas que retroceden en el nivel de vigencia de un derecho.

En la Observación General 3 el Comité expresó:

> "Además, todas 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 del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga"[33].

[31] El escrutinio estricto implica un estándar más exigente que el de mera razonabilidad. Según la dogmática de la Corte Suprema de Estados Unidos, en casos en que las normas restrinjan derechos fundamentales o efectúen clasificaciones en base a categorías sospechadas, éstas se presumen inválidas y corresponde al Estado demostrar que han sido adoptadas con el fin de promover un interés vital (no un simple fin legítimo) y que la medida en cuestión es la menos lesiva para el derecho en juego. Cf. Stone, Geoffrey R.; Seidman, Louis M., Sustein, Cass R. y Tushnet, Mark, *Constitutional Law*, Aspen Law & Business, Nueva York, 2001, ps. 478-484 y 512-514.

[32] En noviembre de 1999, el Comité adoptó un Modelo para la Redacción de Observaciones Generales sobre Derechos Específicos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Entre las cuestiones que el Comité deberá evaluar para determinar la existencia de violaciones es la adopción por el Estado parte de "Medidas retroactivas" (cf. E/2000/22, Anexo IX, sección V sobre Violaciones). Cabe señalar que se trata de una mala traducción del término inglés *retrogressive*, cuya traducción correcta al castellano es "regresivo".

[33] Comité DESC, Observación General 3, párr. 9.

Igual conceptualización ha utilizado en su interpretación de las obligaciones estatales respecto de los derechos a la vivienda, a la educación, a la salud y al agua[34]. Respecto del derecho a la educación ha manifestado:

> "La admisión de medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la educación, y otros derechos enunciados en el Pacto, es objeto de grandes prevenciones. Si deliberadamente adopta alguna medida regresiva, el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga el Estado Parte"[35].

De la doctrina del Comité surge que una medida regresiva es en principio ilegítima a la luz de la normativa del PIDESC. Los Estados deben como principio general evitar medidas que impliquen un retroceso en el grado de reconocimiento y/o ejercicio de un derecho. A título de ejemplo, medidas que tiendan deliberadamente a restringir el acceso de sectores desaventajados a una vivienda adecuada, o que limiten el goce de prestaciones de la seguridad social, planes sociales o la provisión de medicamentos a personas desempleadas por causas no imputables a ellas, serán en principio medidas contrarias al Pacto.

En el diseño de sus políticas públicas, los Estados deben velar continuamente por la progresiva implementación de las normas del Pacto. Por tanto, previsiones regresivas serán solo justificables bajo excepcionales circunstancias y sobre el Estado pesa la carga de demostrar que tales medidas regresivas ha sido adoptada sólo tras la consideración mas cuidadosa de todas las alternativas, y que su justificación esta relacionada con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone.

El esquema resultante es el siguiente:

Frente a la demostración de la existencia de una medida regresiva: a) existe una presunción en contra de su validez; y b) luego, se invierte la carga de la prueba y corresponde al Estado demostrar que, sin embargo, está justificada. Para ello debe acreditar los extremos cuyo significado analizamos seguidamente:

a) Que el propósito estatal detrás de la medida regresiva es la preservación de la totalidad de los derechos previstos en el Pacto. Ello significa

[34] Por ejemplo, en la Observación General 4 sobre Derecho a la Vivienda expresó: "Por consiguiente, parece al Comité que un deterioro general en las condiciones de vida y vivienda, que sería directamente atribuible a las decisiones de política general y a las medidas legislativas de los Estados Parte, y a falta de medidas compensatorias concomitantes, contradiría las obligaciones dimanantes del Pacto". Cf. Comité DESC, Observación General 4, párr. 11.

[35] Cf. Comité DESC, Observación General 13, párr. 45.

que el Estado debe demostrar que la medida adoptada –regresiva respecto de alguno de los derechos previstos en el Pacto– implica, sin embargo, un avance respecto del nivel de vigencia del resto de los derechos previstos en el Pacto[36].

b) Que ha considerado de manera exhaustiva todas las alternativas posibles previas a decidir adoptar la medida en cuestión. Si bien el Comité no lo refiere textualmente, resulta lógico inferir que la medida adoptada debe ser la menos lesiva para los derechos en juego. De lo contrario y a la luz del requisito del Comité no sería posible justificarla cuando se encuentran disponibles otras medidas que, cumpliendo con el propósito del Estado, no infringen, o lo hacen en menor medida, el derecho afectado. En otros términos, el Estado debe demostrar que la medida es "necesaria" para alcanzar el fin propuesto.

c) Que ha debido adoptar la medida regresiva aun cuando hizo uso del máximo de los recursos de que disponía. El punto aquí es desentrañar qué significa que el Estado haya debido utilizar el máximo de los recursos disponibles[37] previo a la adopción de medidas regresivas.

Sin pretender abordar el tema con exhaustividad y asumiendo que constituye uno de los conceptos del Pacto de más difícil interpretación, repasamos algunos criterios que se han propuesto para evaluar el comportamiento estatal.

En la Observación General sobre el Derecho a la Salud, el Comité sostuvo que "corresponde al Estado demostrar que ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones que se desprenden del artículo 12"[38]. Ello significa que en la asignación de sus recursos disponibles el Estado debe dar prioridad a las obligaciones del PIDESC.

A su vez, debe considerar las prioridades fijadas en el interior del Pacto[39]. En este orden de ideas, el Estado debe hacer frente en primer lugar a sus obligaciones mínimas y a la protección de los grupos desaventajados. Así, por ejemplo, los Estados deben priorizar la inversión en atención primaria y preventiva de salud sobre los servicios de alto costo, puesto que la atención primaria resulta un servicio básico que beneficia a un sector mayor de la población y generalmente de menores recursos[40]. Un reordenamiento de los recursos disponibles de acuerdo con las prioridades fijadas en el Pacto probablemente tendría un impacto considerable en la satisfacción de las obligaciones del PIDESC.

Además, el Estado debe hacer un uso eficiente de los recursos[41]. En este sentido, los Principios de Limburgo indican que "se deberá prestar atención a la utilización eficaz y equitativa..."[42].

En la consideración del "máximo de los recursos disponibles", el Comité incluye los recursos provenientes de la cooperación y asistencia internacionales[43]. Varios autores coinciden en señalar que los recursos a que hace referencia el Pacto no son exclusivamente recursos financieros, sino que incluye recursos naturales, humanos, tecnológicos y de informa-

36 Cf. Abramovich y Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 110. Algunos autores han criticado esta condición por el hecho de que obligaría a sacrificar la vigencia de ciertos derechos por otros. Por ejemplo, Craven sostiene que según este requerimiento un Estado actuaría legítimamente si en forma deliberada incrementara el número de desempleados pero reconociera salarios más altos que garantizaran un mejor estándar de vida para mayor de cantidad trabajadores. Según Craven, el Pacto tiene la intención de proteger derechos de las personas y en consecuencia su interpretación no puede regirse por principios utilitarios. Por el contrario, el Comité ha enfatizado que el Pacto es un vehículo para la protección de los grupos vulnerables y desaventajados de la sociedad. Cf. Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, A perspective on its development*, cit., p. 132.

37 Ni las observaciones del Comité ni los Principios de Limburgo o las Directrices de Maastricht ofrecen mayores precisiones acerca de lo que debe entenderse por "recursos disponibles". Según M. Dowell-Jones, "hoy en día constituye una de las frases del PIDESC de más difícil interpretación" (cf. Dowell-Jones, Mary, *Contextualizing the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Assessing the Economic Déficit*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, ps. 44-50). Sepúlveda ha identificado algunos criterios utilizados por el Comité para evaluar la utilización del máximo de los recursos disponibles. Cf. Sepúlveda, Magdalena, *The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Amberes/Nueva York, Intersentia, 2003, ps. 316-319.

38 Comité DESC, Observación General 14, párr. 47.

39 Según Chapman y Russell: "Muchos problemas respecto de la disponibilidad de los recursos, se centran en la mala asignación de los recursos: en costosos servicios de salud antes que en atención de la salud primaria o preventiva; en educación universitaria antes que en educación primaria; en armamento oneroso en vez de en alimentos; en privilegios de las élites gobernantes antes que en vivienda social. Un reordenamiento de las prioridades aliviaría parte del problema de los recursos en cualquier país". Cf. Chapman y Russell (eds.), *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, cit., p. 11.

40 Cf. Comité DESC, Observación General 14 sobre Derecho a la Salud, párr. 19.

41 Por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Alemania resolvió que las facultades de medicina podían utilizar los recursos de los que disponían para matricular a un mayor número de estudiantes. Cf. Numerus Clausus I Case (1972), 33 BverfGE 303, citado por Malcolm Langford, "The question of resources", *Housing and ESC Rights Law Quarterly*, vol. 1, nº 3, en *www.cohre.org/downloads/Quarterly_03.pdf*.

42 Principios de Limburgo, Principio 27.

43 Comité DESC, Observación General 13, párr. 56; Observación General 14, párrs. 38-42; Observación General 15, párrs. 30-36. En este sentido, Chapman y Russell sostienen: "Además, el Pacto resalta las obligaciones internacionales de los Estados: la obligación de los Estados más ricos de tornar recursos disponibles a los Estados más pobres". Cf. Chapman y Russell, *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, cit., p. 11.

ción[44]. Además, los recursos no son exclusivamente aquellos que provienen del Estado sino que se deben incorporar los recursos existentes en el sector privado[45]. En este sentido, dos áreas pueden resultar críticas para la redistribución de recursos en el sector privado: reforma agraria e impuestos a la riqueza[46]. En suma, el Estado debe generar las condiciones adecuadas y por tanto movilizar y redistribuir los recursos necesarios –financieros, naturales, humanos, tecnológicos y de información– provenientes tanto del propio Estado, como del sector privado y de la cooperación internacional, para hacer frente de manera prioritaria a sus obligaciones en esta materia.

En todo caso y como mínimo, la norma impone un requisito procedimental: los Estados deben demostrar que han evaluado adecuada y racionalmente la existencia de los recursos disponibles para satisfacer las obligaciones contenidas en el Pacto, aun cuando el esfuerzo haya sido infructuoso[47]. En el diseño de las políticas públicas para la satisfacción de los derechos económicos y sociales y la consecuente asignación y distribución de recursos, los Estados deben demostrar que han actuado en forma racional y fundada con el propósito de utilizar los máximos recursos de que disponen en forma prioritaria para lograr ese fin.

III. 3. El estándar legal para evaluar la legitimidad de medidas regresivas. Segunda etapa

En posteriores Observaciones Generales el Comité dio un paso adelante en pos de limitar el campo de justificaciones posibles para la válida adopción de políticas regresivas. En este sentido, la doctrina actual del Comité no acepta medidas regresivas si éstas afectan el contenido mínimo del derecho en cuestión[48]. Este cambio resulta particularmente relevante

[44] Cf. Robertson, Robert, *Measuring state compliance with the obligation to devote the maximum available resources to realizing economic, social and cultural rights*, en *Human Rights Quarterly*, vol. 16, 1994, p. 697.

[45] Chapman y Russell agregan que "el Pacto y las Observaciones generales no anticipan que los recursos necesarios provendrán enteramente del Estado (...) Los recursos a los que se hace referencia son aquellos que se encuentran disponibles en la sociedad como un todo, del sector privado así como del público. Es obligación del Estado movilizar estos recursos, no proveerlos directamente de sus propios arcas". Cf. Chapman y Russell, *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, cit., p. 11. En el mismo sentido, ver Dowell-Jones, *Contextualizing the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Assessing the Economic Deficit*, cit., ps. 47-48.

[46] Cf. Robertson, *Measuring state compliance with the obligation to devote the maximum available resources to realizing economic, social and cultural rights*, cit., p. 699.

[47] Cf. Alston y Quinn, *The Nature and Scope of States Parties' obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, cit., p. 180.

[48] Citando a R. Alexy (*Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, ps. 288 y ss.), Pisarello sostiene que en sentido similar se pronun-

cian las teorías absolutas del contenido esencial, para las que existe un núcleo absolutamente protegido del derecho en relación con el cual ni siquiera caben limitaciones proporcionales. Cf. Pisarello, *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción*, cit., p. 125.

[49] En este sentido, el Comité ha indicado claramente los elementos del contenido mínimo del derecho a la educación, a la salud, al agua, y con menos claridad respecto del derecho a la vivienda.

[50] Chapman y Russell (eds.), *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, cit.; y Brand, Danie y Russell, Saje (eds.), *Exploring the Minimum Core Content of Socio-Economic Rights: South African Perspectives*, Protea Press, Pretoria, 2002. Es de advertir que esta tarea de clarificación legal es crucial tanto como el desarrollo de indicadores que sirvan para medir su cumplimiento. Cf. Pisarello, *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción*, cit., p. 106 y ps. 109-114.

[51] La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea alude a este concepto en su art. 52: "1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás".

[52] Comité DESC, Observación General 3, párr. 10. Cf. Chapman y Russell (eds.), *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, cit., p. 9. El riesgo que muchos activistas ven en esta caracterización es que el piso se convierta en el techo y que finalmente los Estados sean requeridos de cumplir única o fundamentalmente con el contenido mínimo. Chapman y Russell proponen centrarse en el concepto de obligaciones mínimas de los Estados para escapar del riesgo señalado. Aunque reconocen que el cambio semántico es leve, el foco se centra en las acciones que el Estado debe llevar a cabo en forma prioritaria. Todos los aspectos del derecho son importantes y el último objetivo es su plena implementación. Cf. Chapman y Russell (eds.), *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, cit., p. 9. De todas formas, cabe señalar que si los Estados, particularmente los países en desarrollo, se abocaran al menos a satisfacer el contenido mínimo de los derechos sociales el avance

ya que en los últimos años el Comité ha especificado con bastante detalle los elementos que conforman el contenido mínimo de varios de los derechos protegidos en el Pacto[49]. Por otro lado, se han producido avances dogmáticos interesantes por parte de académicos y especialistas en la materia[50]. Esto significa que una medida regresiva que afecte el contenido esencial de un derecho es hoy en día más fácilmente identificable y por tanto pasible de impugnación.

Para comprender cabalmente este paso, es necesario repasar la construcción que el Comité ha hecho de la obligación de contenido mínimo y de las justificaciones que ha brindado para su incumplimiento. El contenido mínimo de un derecho se refiere a los elementos esenciales o a los rasgos básicos sin los cuales el derecho queda desnaturalizado o se torna irreconocible[51]. Según palabras del Comité, "si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser"[52].

En este sentido, en la Observación General 3, el Comité estableció que los Estados tienen obligaciones mínimas respecto de cada uno de los derechos protegidos en el Pacto[53] y que en caso de incumplimiento, debían demostrar que desplegaron sus mayores esfuerzos para cumplir con carácter prioritario tal obligación y que utilizaron todos los recursos a su disposición. Es decir, el Pacto presume que los Estados tienen –al menos– la capacidad de cumplir con las obligaciones mínimas. En caso de incumplimiento, en aquella primera interpretación del Comité, el Estado tenía la carga de justificar y probar sus alegaciones[54].

Con posterioridad, en la Observación General sobre Salud, el Comité modificó el estándar previamente referido. De este modo, estableció que el contenido mínimo de los derechos contenidos en el Pacto es inderogable. En otros términos, no admite incumplimiento bajo ninguna circunstancia. Hay un mínimo absoluto que los Estados deben garantizar de forma inmediata. Al igual que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos que no sujeta las obligaciones estatales a ningún condicionamiento, el PIDESC reclama de los Estados el cumplimiento inmediato del contenido mínimo de los derechos económicos, sociales y culturales.

En la Observación General sobre Salud fue muy claro a este respecto: "Cabe señalar (...) que un Estado Parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43 *supra* [donde menciona el contenido mínimo][55], que son inderogables"[56]. Igual consideración formuló en la Observación General sobre Derecho al Agua[57].

La consecuencia natural de tal afirmación es que medidas regresivas que desmantelen el contenido mínimo de los derechos serán, en toda circunstancia, ilegítimas a la luz del PIDESC. El Comité lo ha expresado explícitamente del siguiente modo: "La adopción de cualesquiera medidas regresivas que sean incompatibles con las obligaciones básicas en lo referente al derecho a la salud, a que se hace referencia en el párrafo 43 *supra*, constituye una violación del derecho a la salud"[58]. Del mismo modo, se pronunció respecto del derecho al agua[59]. Los Principios de Limburgo y las Directrices de Maastricht confirman dicha interpretación[60].

logrado sería considerable. En este sentido, ver Bolívar, Ligia y González, Enrique, *¿Cómo definir el contenido de los DESC? Problemas y perspectivas*, en *Círculo de Derechos. Una herramienta de entrenamiento para el activismo en defensa de los derechos económicos, sociales y culturales*, International Human Rights Internship Program/Forum Asia, 2000, ps. 174 y ss.

53 Dijo el Comité: "Sobre la base de la extensa experiencia adquirida por el Comité, así como por el organismo que lo precedió durante un período de más de un decenio, al examinar los informes de los Estados Parte, el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser... ". Cf. Comité DESC, Observación General 3, párr. 10.

54 El Comité se pronunció del siguiente modo: "Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párr. 1 del art. 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias 'hasta el máximo de los recursos de que disponga'. Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas". Cf. Comité DESC, Observación General 3, párr. 10.

55 Respecto de las obligaciones básicas del derecho a la salud, el Comité determinó: "En la Observación General 3, el Comité confirma que los Estados Parte tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto, incluida la atención primaria básica de la salud. Considerada conjuntamente con instrumentos más recientes, como el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, la Declaración de Alma-Ata ofrece una orientación inequívoca en cuanto a las obligaciones básicas dimanantes del art. 12. Por consiguiente, el Comité considera que entre esas obligaciones básicas figuran, como mínimo, las siguientes: a) garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados; b) asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre; c) garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicos, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable; d) facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS; e) velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; f) adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados, y periódicamente revisados, sobre la base de un proceso participativo y transparente; esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como el derecho a indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; el proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados". Cf. Comité DESC, Observación General 14, párr. 43.

56 Cf. Comité DESC, Observación General 14, párr. 47.

57 Dijo el Comité: "Cabe señalar que un Estado Parte no puede justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párr. 37 *supra*, que no pueden suspenderse". Cf. Comité DESC, Observación General 15, párr. 42.

58 Cf. Comité DESC, Observación General 14, párr. 48.

59 Cf. Comité DESC, Observación General 15, párr. 42.

60 En este sentido, el Principio 25 de los Principios de Limburgo establece: "Los Estados Parte tienen la obligación, independientemente de su nivel de desarrollo económico, de garantizar el respeto de los derechos de subsistencia mínima de todas las

En suma, la adopción de una medida regresiva que conculque el contenido mínimo será considerada una medida violatoria de las obligaciones del Pacto, sin más. El contenido mínimo es el piso básico que el Pacto exige a los gobiernos, independientemente de los recursos económicos disponibles.

Respecto de la evaluación del resto de las medidas regresivas, se aplica el estándar general que ha sido robustecido en su formulación por el Comité en sus más recientes Observaciones Generales. En efecto, en las Observaciones Generales sobre Salud y Agua, el Comité ha dicho que "existe una *fuerte* presunción de que no son permisibles las medidas regresivas"[61]. En previas Observaciones Generales, el Comité se refirió a la existencia de una presunción en contra de las políticas regresivas, a secas. Además, el Comité ha expresado que el Estado deberá demostrar que ha adoptado la medida regresiva "tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles...", en vez de referirse a "consideración más cuidadosa" como venía haciéndolo[62]. Podría argüirse que el cambio en la formulación del estándar ha sido deliberado y obedece a la intención del Comité de restringir en mayor medida el campo de acción de los Estados en la adopción de medidas regresivas[63]. Este cambio va en línea con el reconocimiento de que el contenido mínimo es inderogable y que, por tanto, medidas regresivas a este respecto no son aceptables. En igual dirección, el Comité ha precisado el estándar para la evaluación de si un Estado ha utilizado el máximo de los recursos de que dispone para lograr la plena efectividad del Pacto. Como referimos en la sección III. 2, el Comité exige que los Estados asignen prioritariamente los recursos disponibles al cumplimiento de las obligaciones del Pacto[64].

III. 4. Articulación del estándar legal para evaluar la existencia de medidas regresivas con los requisitos del artículo 4 del PIDESC

Por último, es necesario considerar el artículo 4 del Pacto que incluye una cláusula general sobre restricciones a los derechos contenidos en la Sección III del PIDESC[65]. Con la excepción del artículo 8 (derechos sindicales), el resto de la normativa no contiene cláusulas específicas que estipulen la posibilidad de restringir los derechos previstos en el Pacto. El artículo 4 limita el elenco de justificaciones que los Estados pueden alegar para restringir el goce y ejercicio de los derechos, así como el modo en que legítimamente pueden llevar a cabo tales restricciones.

El Comité no ha sido explícito respecto de la articulación entre las condiciones bajo las que un Estado puede adoptar medidas regresivas con los extremos del artículo 4. No obstante, en tanto una medida regresiva implica una limitación a un derecho, es indudable que debe atenerse a los requerimientos del artículo 4[66].

personas". La Directriz 9 de las Directrices de Maastricht establece que estas obligaciones mínimas "existen independientemente de los recursos de que disponga el país interesado o de cualesquiera otros factores y dificultades". La Directriz 10 dispone que " (...) la escasez de recursos no libera a los Estados del cumplimiento de ciertas obligaciones mínimas en relación con el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales".

61 Comité DESC, Observación General 14, párr. 32 y Observación General 15, párr. 19.

62 Según el Comité: "Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. 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 y 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" (cf. Comité DESC, Observación General 14, párr. 32). En igual sentido y respecto del derecho al agua, el Comité dijo: "Existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto al derecho al agua está prohibida por el Pacto. Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras un examen sumamente exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en el contexto de la plena utilización del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte" (cf. Comité DESC, Observación General 14, párr. 19).

63 Se podría argumentar que el nuevo estándar se aplica exclusivamente para políticas regresivas en materia del derecho a la salud y el derecho al agua. Ello por cuanto las observaciones generales en donde el Comité modifica la formulación del estándar legal son las observaciones dirigidas a clarificar el contenido normativo y las obligaciones estatales referidas a los dos derechos antes mencionados. Sin embargo, habría razones de mayor peso para sostener que la nueva formulación del estándar es aplicable en la evaluación de medidas regresivas adoptadas respecto de cualquiera de los derechos contenidos en el PIDESC. Por un lado, el Comité no ofrece explicación alguna de porqué el nuevo estándar debiera restringirse en su aplicación a esos dos derechos únicamente. Y verdaderamente, no habría argumento suficiente para hacer una distinción entre los distintos derechos del Pacto. Por otro, el Comité ha avanzado y precisado la interpretación de las distintas obligaciones estatales –originalmente esbozadas en las Observaciones Generales Nos. 3 y 9– en el resto de las observaciones dedicadas a tratar derechos en particular.

64 En la Observación General sobre el Derecho a la Salud, el Comité sostuvo que "corresponde al Estado demostrar que ha hecho todo lo posible "por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones que se desprenden del art. 12". Cf. Comité DESC, Observación General 14, párr. 47.

65 Ello significa que el art. 4 no es aplicable al derecho de los pueblos a la autodeterminación contenido en la Sección I (art. 1) del Pacto.

66 Respecto de la consideración por el Comité de medidas regresivas, Sepúlveda apunta: "La determinación final de una violación será producto de una evaluación comprensiva realizada por el Comité luego de la consideración de cada factor, como la demostrable limitación de recursos y el respeto del Pacto como un todo, incluyendo las cláusulas sobre no-discriminación y la cláusula sobre restricciones prevista en el art. 4

El artículo 4 estipula: "Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática".

Esta norma impone tres requisitos:

1) Las medidas restrictivas deben ser adoptadas por ley.

Según los Principios de Limburgo, "ley" significa legislación nacional de aplicación general, clara y accesible para todos, y consistente con los principios del Pacto y en vigor en momentos de la aplicación de la limitación[67].

Es útil, además, recurrir a la hermenéutica de otros tribunales internacionales respecto de igual concepto inserto en cláusulas generales de restricciones de derechos. Si bien tales pronunciamientos fueron efectuados en relación a los derechos civiles y políticos, creemos que su aplicación es pertinente para las restricciones a derechos económicos y sociales. No habría razones valederas para mantener distinciones entre una y otra categoría de derechos a este respecto. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva 6[68], interpretó el vocablo "leyes" contenido en la cláusula general de restricciones prevista en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[69] como ley en sentido formal, "es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado"[70]. En igual sentido se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso "Sunday Times"[71]. Allí, agregó que la ley debía ser accesible al ciudadano y precisa para permitirle regular su conducta de acuerdo con el contenido de la norma[72].

2) Las medidas deben ser adoptadas únicamente en pos del bienestar general en una sociedad democrática.

Según los Principios de Limburgo, la adopción de la medida deberá reflejar un incremento del bienestar del pueblo en su conjunto[73]. Otro tipo de justificaciones, como seguridad nacional, moralidad pública, orden público, etc. que se encuentran previstas en otros tratados, no estarían permitidas a la luz del artículo 4. De hecho, los redactores del Pacto tuvieron la intención de asegurar que las restricciones no pudieran ser justificadas livianamente y expresamente limitaron el campo de posibles intereses estatales que podrían sustentar una restricción[74]. Así lo ratificó el Comité cuando sostuvo que "el artículo 4 del Pacto (...) tiene por objeto fundamental proteger los derechos individuales, no la indulgencia ante la imposición de limitaciones por parte del Estado"[75]. En sentido similar se pronuncian los Principios de Limburgo[76].

---

del PIDESC". M. Sepúlveda, *The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, cit., p. 328.

67 Principios de Limburgo Nos. 48 y 50. Los Principios de Limburgo, Nos. 48 a 51, emanan de los Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nos. 15 a 18, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1984/4 del 28 de septiembre de 1984 y del Trimestral de Derechos Humanos Nº 3 de 1985, p. 5.

68 Corte IDH, Opinión Consultiva 6, La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, OC-6/86, 9 de mayo 1986, Corte IDH, Serie A, Nº 6 (1982).

69 El art. 30 establece: "Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas".

70 Además, la Corte expresó: "La expresión leyes, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el art. 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado". Agregó el tribunal: "Lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención". Cf. Corte IDH, Opinión Consultiva 6, La Expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, párrs. 27 y 36.

71 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso "Sunday Times", 30-2, Eur. Ct. H.R. 30 (ser. A) (1979).

72 Ibid., párr. 49.

73 Principio 52.

74 Cf. Alston y Quinn, *The Nature and Scope of States Parties' obligations under the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights*, cit., p. 203.

75 Comité DESC, Observación General 13, párr. 42.

76 En el Principio 46 dispone: "El art. 4 tenía como objeto principal ser protector de los derechos de los individuos en lugar de ser permisivo en cuanto a la imposición de limitaciones por parte de los Estados. El Principio 47 establece: "El propósito de este art. no era sujetar los derechos a limitaciones que perjudicaran la subsistencia o supervivencia de los individuos o la integridad de las personas".

La expresión "en una sociedad democrática" deberá interpretarse como una restricción adicional al establecimiento de limitaciones[77]. Según el Comité las restricciones "deben ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática"[78]. Además, haciendo alusión al párrafo 1 del artículo 5, el Comité ha interpretado que esas limitaciones deberán ser proporcionales, es decir, deberán corresponder a la solución menos restrictiva de entre los tipos de limitaciones posibles. Por último, su duración deberá ser limitada y estar sujeta a revisión[79].

La jurisprudencia del Tribunal Europeo, de la Comisión y la Corte Interamericanas contribuyen también a la interpretación de esta frase. Tanto el tratado regional americano como el europeo establecen que para que una restricción sea aceptada debe ser "necesaria en una sociedad democrática". El Tribunal Europeo determinó que "necesario" en este contexto no tiene la flexibilidad de otras expresiones como "útil", "razonable" o "deseable"; sino que implica la existencia de "una necesidad social imperiosa" (*pressing social need*) que justifique la interferencia[80], reconociendo, sin embargo, a las autoridades, el "margen de apreciación" para su valoración. La Comision y la Corte Interamericana adoptaron igual criterio[81].

3) Las medidas restrictivas deben ser "compatibles con la naturaleza de estos derechos". Según los Principios de Limburgo, la restricción "compatibles con la naturaleza de estos derechos" no deberá interpretarse o aplicarse si, por este proceder, se amenaza la esencia misma del derecho en cuestión[82]. Ello significa que las medidas restrictivas no deben afectar el contenido mínimo de los derechos.

Recapitulando, el esquema general planteado por el Comité respecto de la adopción de medidas regresivas articulado con los requerimientos del artículo 4 es el siguiente:

a) Una medida regresiva que afecta el contenido mínimo de los derechos previstos en el Pacto es inválida en cualquier circunstancia;

b) Una medida regresiva que no afecta el contenido mínimo es en

[77] Principio 53.

[78] Comité DESC, Observación General 14, párr. 28.

[79] Cf. Comité DESC, Observación General 14, párr. 29.

[80] Cf. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso "Dudgeon", Sentencia del 22 de octubre de 1981, Series A, v. 45, párr. 51.

[81] Cf. supra nota 29.

[82] El Principio 56 estipula: "La restricción 'compatible con la naturaleza de esos derechos' requiere que una limitación no deberá interpretarse o aplicarse en menoscabo de la naturaleza intrínseca de un determinado derecho". En este sentido, Alston y Quinn sostienen que es difícil de imaginar como el derecho a no sufrir hambre (art. 11) podría ser pasible de limitaciones que no fueran incompatibles con su misma naturaleza. Cf. Alston y Quinn, *The Nature and Scope of States Parties' obligations under the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights*, cit., p. 201.

principio ilegítima; corre con la "fuerte" presunción de que no es una medida válida según la normativa del Pacto. Incumbe entonces al Estado la tarea de articular una fundamentación lo suficientemente sólida para desvirtuarla. No cualquier justificación será valida. Únicamente una explicación razonada, fundada debidamente en los hechos del caso y en el derecho aplicable y suficientemente acreditada tendrá la potencialidad de derribar tal presunción. El Estado deberá mostrar los siguientes extremos:

1) Que la medida restrictiva fue instrumentada a través de una ley formal.

2) Que el propósito detrás de la medida regresiva es o bien lograr un avance respecto del nivel de vigencia del resto de los derechos previstos en el Pacto o bien el bienestar general en una sociedad democrática. El Estado no podría alegar otro tipo de finalidad o propósito para adoptar políticas regresivas.

3) Que la medida es la menos lesiva para el derecho afectado considerando las alternativas disponibles, es decir que la medida es "necesaria" para lograr el propósito tenido en cuenta por el legislador.

4) Que la medida ha sido adoptada en el contexto de plena utilización de los máximos recursos disponibles.

IV. Medidas regresivas. Algunos grupos y derechos en particular

En lo que sigue se analiza si frente a supuestos particulares de adopción de medidas regresivas el estándar para evaluar su legitimidad debería variar y si la obligación de no regresividad acarrea alguna consecuencia diferenciada respecto del alcance de las obligaciones estatales relativas a ciertos derechos en particular.

IV. 1. Grupos desaventajados

El Comité no ha analizado en particular el supuesto de la adopción de medidas regresivas respecto de grupos considerados desaventajados[83]. Sin embargo, puede inferirse de sus consideraciones que medidas regresivas respecto de este grupo deben considerarse aún más excepcionales y sujetas a un escrutinio más estricto. Veamos las razones de tal afirmación.

En la Observación General 3 el Comité ha dicho que "... aún en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo"[84]. En la Observación General 4 el Comité precisó: "Los Estados Parte deben otorgar la debida prio-

[83] El Comité ha considerado como tales a las personas con discapacidad, personas mayores de edad, niños, mujeres, pueblos indígenas, entre otros.

[84] Comité DESC, Observación General 3, párr. 12.

ridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial. Las políticas y la legislación, en consecuencia, no deben ser destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás"[85].

En igual línea de razonamiento, en las Observaciones Generales dedicas a dos de los grupos considerados por el Comité como "desfavorecidos" o "vulnerables" –las personas con discapacidad y las personas mayores de edad–, el Comité estableció que los Estados deben dar a estos grupos un trato preferente para lograr el objetivo de situarlos en pie de igualdad con el resto de los miembros de la sociedad. El Estado deberá adoptar medidas de acción afirmativa a fin de lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos desaventajados. Además, afirmó que los Estados deben cumplir con estas obligaciones, especialmente en momentos de escasez de recursos[86].

De las consideraciones del Comité se desprende que los Estados deben proteger especialmente y con carácter prioritario a los grupos considerados desaventajados, en particular en tiempos de crisis económica. A este fin, los Estados deben adoptar medidas de carácter positivo para lograr la plena integración social y económica de tales grupos.

En consecuencia, medidas regresivas respecto de grupos vulnerables deben ser más excepcionales aun y sujetas entonces a un escrutinio aún más estricto. La deferencia hacia el Estado respecto de la adopción de medidas regresivas respecto de estos grupos debe ser mínima. Podría argumentarse incluso que, al igual que el contenido mínimo que no admite restricción posible, tampoco la admitiría el estado de goce y ejercicio de un derecho por los grupos considerados desfavorecidos.

[85] Comité DESC, Observación General 4, párr. 11.

[86] En la Observación General 5, el Comité expresó: "La obligación de los Estados Parte en el Pacto de promover la realización progresiva de los derechos correspondientes en toda la medida que lo permitan sus recursos disponibles exige claramente de los gobiernos que hagan mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas para las personas con discapacidad. En el caso de un grupo tan vulnerable y desfavorecido, la obligación consiste en adoptar medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y para dar el trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas. Esto significa en la casi totalidad de los casos que se necesitarán recursos adicionales para esa finalidad, y que se requerirá la adopción de una extensa gama de medidas elaboradas especialmente". Como el Comité ha podido ya observar (Observación General 3 (quinto período de sesiones, 1990), párr. 12), la obligación de los Estados Parte de proteger a los miembros vulnerables de sus respectivas sociedades reviste una importancia más bien mayor que menor en momentos de grave escasez de recursos". (cf. Comité DESC, Observación General 5, párrs. 9 y 10). En la Observación General 12, el Comité ha dicho: "Incluso en los lugares donde un Estado se enfrenta con limitaciones graves de recursos causadas por un proceso de ajuste económico, por la recesión económica, por condiciones climáticas u otros factores, deben aplicarse medidas para garantizar que se cumpla el derecho a una alimentación adecuada especialmente para grupos de población e individuos vulnerables" (cf. Comité DESC, Observación General 12, párr. 28).

IV. 2. Derecho a la educación

En cuanto a las medidas regresivas adoptadas en relación al derecho a la educación, cabría también analizar si es necesario realizar alguna precisión en función de las especiales características de este derecho. Al igual que en el caso anterior, el Comité no ha efectuado ninguna consideración al respecto de manera explícita.

El Comité ha establecido que los Estados tienen la principal responsabilidad de la prestación directa de la educación en la mayoría de las circunstancias. Tomando en cuenta la letra del artículo 13 del Pacto, el Comité expresó: "... la obligación de los Estados Parte de cumplir (facilitar) se acrecienta en relación con el derecho a la educación, pero el alcance de esta obligación no es el mismo respecto de todos los niveles de educación"[87]. Con relación a la diferencia entre las obligaciones de los Estados Parte respecto de la enseñanza primaria, secundaria, superior y fundamental, el Comité manifestó: "Habida cuenta de la redacción del párrafo 2 del artículo 13, los Estados Parte están obligados a dar prioridad a la implantación de la enseñanza primaria, gratuita y obligatoria. Refuerza esta interpretación del párrafo 2 del artículo 13 la prioridad que se da a la enseñanza primaria en el artículo 14. La obligación de proporcionar instrucción primaria a todos es un deber inmediato de todos los Estados Parte"[88].

Si a la luz del texto del Pacto, la obligación estatal de cumplir (facilitar) se acrecienta, entonces una medida regresiva que implique que el Estado se desligue de proporcionar educación, deberá ser evaluada aún más estrictamente que una medida regresiva que afecte otro derecho cuya sa-

[87] Ha dicho textualmente el Comité: "A este respecto, es preciso insistir en dos elementos del art. 13. En primer lugar, está claro que en el art. 13 se considera que los Estados tienen la principal responsabilidad de la prestación directa de la educación en la mayor parte de las circunstancias; los Estados Parte reconocen, por ejemplo, que 'se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza' ((apartado e) del párr. 2 del art. 13). En segundo lugar, habida cuenta de las diferencias de redacción del párr. 2 del art. 13 en lo que respecta a la enseñanza primaria, secundaria, superior y fundamental, los parámetros por los que se mide la obligación del Estado Parte de cumplir (facilitar) no son los mismos para todos los niveles de la enseñanza. En consecuencia, a la luz del texto del Pacto, la obligación de los Estados Parte de cumplir (facilitar) se acrecienta en relación con el derecho a la educación, pero el alcance de esta obligación no es el mismo respecto de todos los niveles de educación. El Comité observa que esta interpretación de la obligación de cumplir (facilitar) respecto del art. 13 coincide con el derecho y la práctica de numerosos Estados Parte". Cf. Comité DESC, Observación General 13, párr. 48.

[88] Cf. Comité DESC, Observación General 13, párr. 51.

tisfacción no es responsabilidad principal del Estado. Por otra parte, resulta lógico afirmar que medidas regresivas respecto de la implantación de la enseñanza primaria, gratuita y obligatoria, son inválidas y no admiten justificación alguna por parte de los Estados.

IV. 3. Derecho a la vivienda

En el caso del derecho a la vivienda, podría argumentarse que el principio de no regresividad refuerza la obligación de los Estados de evitar desalojos forzosos sin la provisión de una vivienda adecuada para aquellos sectores de la población que carecen de medios suficientes para procurársela por su cuenta. No es posible que el Estado empeore la situación de aquellos que careciendo de toda alternativa razonable de acceder a una vivienda digna, sean desalojados de su lugar de residencia.

El Comité ha definido el término "desalojos forzosos" como el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos. Sin embargo, la prohibición de los desalojos forzosos no se aplica a los desalojos forzosos efectuados legalmente y de acuerdo con las disposiciones de los pactos internacionales de derechos humanos[89].

Posteriormente, el Comité también dijo que "los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda"[90].

[89] Observación General 7, párr. 3.

[90] Cf. Comité DESC, Observación General 7, párr. 16. Según el Comité: "En 1976, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos señaló que debería prestarse especial atención a 'iniciar operaciones importantes de evacuación sólo cuando las medidas de conservación y de rehabilitación no sean viables y se adopten medidas de reubicación'. En 1988, en la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000, aprobada por la Asamblea General en su resolución 43/181, se reconoció la 'obligación fundamental [de los gobiernos] de proteger y mejorar las casas y los barrios en lugar de perjudicarlos o destruirlos'. En el Programa 21 se declaraba que 'debería protegerse legalmente a la población contra el desalojo injusto de sus hogares o sus tierras'. En el Programa de Hábitat los gobiernos se comprometieron a 'proteger a todas las personas contra los desalojos forzosos que sean contrarios a la ley, tomando en consideración los derechos humanos, y garantizar la protección y reparación judicial en esos casos; [y] cuando los desahucios sean inevitables tratar, según corresponda, de encontrar otras soluciones apropiadas'. La Comisión de Derechos Humanos también ha señalado que 'la práctica de los desalojos forzosos constituye una violación grave de los derechos humanos'". Cf. Comité DESC, Observación General 7, párr. 2.

Podría argumentarse, entonces, que la obligación de no regresividad impondría al Estado la obligación de proveer una alternativa razonable para que las personas desalojadas puedan acceder a una vivienda. En este sentido, el Estado no podría empeorar el nivel de goce del derecho a la vivienda. En casos contenciosos, al evaluar si procede un desalojo, los jueces deberían tomar como un factor fundamental, la existencia de alternativas de acceso a una vivienda para las personas a ser desalojadas[91]. Si el Estado no ofrece una alternativa razonable, el Tribunal debería abstenerse de ordenar el desalojo.

V. Aplicación de la obligación de no regresividad por el Comité en su monitoreo periódico

Generalmente el Comité ha llamado la atención respecto de la adopción de medidas que significan un retroceso en el goce y ejercicio de un derecho y ha recomendado a los Estados actuar para revertir ese orden de cosas. Sin embargo, el Comité no ha aplicado de manera estricta los estándares desarrollados en el curso de las Observaciones Generales. Por ejemplo, el Comité sólo excepcionalmente ha identificado medidas regresivas que afectan el contenido mínimo de los derechos, y no ha llegado a afirmar en forma explícita que tal proceder constituye una violación del Pacto. El lenguaje "fuerte" de las Observaciones Generales se transforma en lenguaje "débil" durante el procedimiento de monitoreo.

Es de advertir que la tarea del Comité se ve dificultada por múltiples razones. Fundamentalmente, el Comité carece de indicadores adecuados y de una metodología apropiada para contrastar el accionar de los Estados con las obligaciones y estándares desarrollados en sus Observaciones Generales. Esta dificultad se ve agravada por la generalidad con la que efectúa el monitoreo y la gran cantidad de cuestiones que debe abordar en un muy breve período de tiempo[92].

En lo que sigue revisamos la práctica del Comité en la identificación de medidas de carácter regresivo respecto de algunos derechos y las recomendaciones consecuentes que ha dirigido a los Estados. Como podrá apreciarse, en algunas de sus proposiciones y recomendaciones, el Comi-

[91] Reciente jurisprudencia sudafricana indica que los tribunales consideran la existencia de la posibilidad de acceder a alojamientos alternativos como un factor de peso al momento de determinar si puede justificarse el desalojo de personas de sus viviendas. Las necesidades en materia de vivienda de los sectores vulnerables son ahora consideraciones altamente relevantes. Cf. Liebenberg, Sandra, *Towards a right to alternative accommodation? South Africa's constitutional jurisprudence on evictions, Housing and ESC Rights Law Quarterly*, vol. 2, 3, noviembre 2005, *www.cohre.org/esc-law-quarterly.htm*.

[92] Para una evaluacion crítica de la labor del Comité DESC, ver Leckie, Scott, *The Committee on Economic, Social and Cultural Rights: A Catalyst for Change*, en Alston, Philip y Crawford, James (eds.), *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge University Press, 2000.

té ha sido más explícito que en otras en la identificación de políticas, prácticas o normas regresivas y en la indicación del tipo de medidas que el Estado debe adoptar.

V. 1. Derecho al trabajo

Respecto de Chile (2004)[93], el Comité incluyó entre sus motivos de preocupación el alcance de una ley sobre nacionalización de subsidios de incapacidad laboral y licencias médicas por la cual se restringiría la ley vigente, que permitía a los padres obtener una licencia con sueldo en caso de grave enfermedad de un hijo menor de 1 año de edad[94]. En consecuencia, le recomendó "que revise la legislación propuesta por la que se reducirían las prestaciones del sistema de licencias médicas para los padres, con el fin de garantizar que no represente una medida retrógrada que afecte al derecho mínimo a la salud, como se expone en la Observación General 14 del Comité"[95].

En otras evaluaciones, si bien no habla en términos de medidas regresivas como lo hizo en el citado informe de Chile, el Comité ha mostrado preocupación respecto de situaciones en las que los Estados adoptan medidas que implican la privación de ciertas prestaciones de las que la población o ciertos sectores venían gozando.

El Comité se pronunció sobre las reformas laborales regresivas que tuvieron lugar en Argentina durante la década del 90. Así, expresó que Argentina "ha efectuado reformas legislativas que tienden a aumentar la precariedad de la relación laboral, como lo demuestran la concertación de convenios colectivos que cercenan las normas de trabajo lícito (capítulo III de la ley 24.467), el aumento del período de prueba estipulado en los contratos de trabajo y la generalización de los contratos de limitada duración"[96]. Instó al Gobierno a revisar su legislación "en lo que respecta a las disposiciones de los convenios colectivos que tienen consecuencias negativas, como la prolongación del período de prueba estipulado en los contratos de trabajo o la limitación de la duración de éstos, y se cerciore de que se ajusta a los artículos 6 y 7 del Pacto"[97].

Con respecto a la situación de los derechos de los trabajadores en Honduras (2001), el Comité manifestó preocupación por el hecho de que no se hayan adoptado medidas legislativas y administrativas para controlar los efectos negativos de las actividades de las empresas transnacionales en el empleo y las condiciones de trabajo de los obreros hondureños y garantizar que se cumpla la legislación laboral del país. Ejemplos de esos efectos negativos son el bajo nivel de los salarios y las condiciones de trabajo en las maquilas que no se ajustan a las normas, en particular en aquellas donde se emplea primordialmente a mujeres[98]. Y le recomendó "aplicar las medidas legislativas y administrativas vigentes para evitar que las empresas transnacionales violen las leyes sobre medio ambiente y las leyes laborales"[99].

Respecto de Ecuador (2004), el Comité lamentó "las limitaciones al derecho de huelga incorporadas en el Código de Trabajo del Ecuador"[100]. Instó al Gobierno de manera genérica a "que tome de inmediato medidas legislativas u otras medidas necesarias para garantizar que todos los trabajadores, inclusive los que tienen subcontratos o contratos temporales, puedan ejercer sus derechos sindicales"[101].

En sus Observaciones Finales respecto de Colombia (2001), el Comité fue explícito en señalar el retroceso en materia de igualdad entre el hombre y la mujer[102] y la situación de mayor vulnerabilidad a la que en consecuencia quedó expuesta la mujer. Entre otras medidas, el Comité exhortó al Estado Parte a adoptar la política de abonar un salario igual por trabajo de igual valor según lo dispuesto en el Pacto y de reducir la disparidad entre los hombres y las mujeres en materia de salarios[103].

Respecto de México (1994), el Comité manifestó inquietud por la disminución del poder adquisitivo del salario mínimo[104]. El Comité recomendó que se hagan esfuerzos para impedir que siga deteriorándose el poder adquisitivo del salario mínimo y para reasignar algunos recursos presupuestarios en favor de los grupos más vulnerables de la sociedad, especialmente los niños y las personas que viven por debajo del umbral de pobreza[105].

93 Indica año de emisión de las Observaciones Finales por parte del Comité.

94 Comité DESC, Chile, E/C.12/1/Add.105, 1 de diciembre de 2004, párr. 27.

95 Ibíd., párr. 55.

96 Comité DESC, Argentina, E/C.12/1/Add.38, 8 de diciembre de 1999, párr. 16.

97 Ibíd., párr. 31.

98 Comité DESC, Honduras, E/C.12/1/Add.57, 21 de mayo de 2001, párr. 15.

99 Ibíd., párr. 36.

100 Comité DESC, Ecuador, E/C.12/1/Add.100, 7 de junio de 2004, párr. 19.

101 Ibíd., párr. 42.

102 Comité DESC, Colombia, E/C.12/1/Add.74, 6 de diciembre de 2001, párr. 13. Continúa el Comité diciendo "que desde 1997 no se han registrado avances, sino más bien retrocesos, en materia de igualdad entre el hombre y la mujer, lo que expone a ésta al riesgo de empobrecimiento general". El Comité lamenta que "la Oficina para la Equidad de la Mujer, creada inicialmente como institución autónoma desde el punto de vista financiero y administrativo, haya perdido su autonomía y que su presupuesto haya sido reducido al pasar a formar parte de la Administración y convertirse en la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer". Cf. Comité DESC, Colombia, E/C.12/1/Add.74, 6 de diciembre de 2001, párr. 13.

103 Ibid, párr. 37.

104 Comité DESC, México, E/C.12/1993/16, 5 de enero de 1994, párr. 6.

105 Ibíd, párr. 11.

V. 2. Derecho a la seguridad social

Con relación a México (1999), el Comité expresó preocupación respecto "de la privatización del régimen de seguridad social, que podría privar de ciertas prestaciones a quien no pueda hacer aportaciones a una cuenta particular de pensión, como los desempleados, los subempleados, los obreros de más escasos ingresos y quien trabaja en el sector no estructurado"[106]. Sin embargo, no efectuó ninguna recomendación particular al respecto[107].

Con relación al régimen de la seguridad social implementado en Argentina en 1995, el Comité observó con preocupación la amplitud del programa del Gobierno de privatización de las pensiones, en particular el artículo 16 de la ley 24.463, que le permite reducir e incluso, llegado el caso, no pagar las pensiones invocando dificultades económicas. Y exhortó al Gobierno "a asegurar que el régimen de seguridad social garantice al trabajador una pensión mínima adecuada que no deberá ser ni cercenada ni aplazada unilateralmente, especialmente en tiempos de crisis económica". En consecuencia, recomendó al Estado la derogación del artículo 16 de la ley 24.463[108].

Respecto de Zambia (2005), el Comité lamentó que el porcentaje del producto bruto interno dedicado a la seguridad social sea mínimo y que se haya reducido a lo largo de los años[109]. Además mostró preocupación por el hecho de que no haya sido posible continuar el financiamiento de los planes privados de seguridad social y que los socios hayan quedado sin protección social[110]. Instó al gobierno de Zambia a ampliar la protección otorgada en el marco del Plan Nacional de Pensiones[111] y a supervisar más estrictamente los planes y fondos de seguridad social privados para que ofrezcan una cobertura adecuada[112].

Sobre la situación de Canadá (1998), el Comité mostró preocupación por la anulación del Plan de Asistencia Pública y por los recortes en los niveles de asistencia social, los servicios y programas sociales que han tenido un efecto particularmente negativo en las mujeres, en particular las madres solteras[113]. Sugirió al Estado que "estudie la posibilidad de restablecer un programa nacional con transferencias específicas de efectivo para la asistencia social y los servicios sociales"[114].

106 Comité DESC, México, E/C.12/1/Add.41, 8 de diciembre de 1999, párr. 24.

107 Ibíd., párr. 11.

108 Comité DESC, Argentina, E/C.12/1/Add.38, 8 de diciembre de 1999, párr. 33.

109 Comité DESC, Zambia, E/C.12/Add.106, 23 de junio de 2005, párr. 22.

110 Ibíd., párr. 23.

111 Ibíd., párr. 43.

112 Ibíd., párr. 44.

113 Comité DESC, Canadá. E/C.12/1/Add.31, 10 de diciembre de 1998, párr. 23.

V. 3. Derecho a la salud

En materia de salud, el Comité manifestó preocupación por la reducción de programas de vacunación en Colombia (2001) y la consecuente mayor exposición de los habitantes a distintas enfermedades[115]. En el mismo sentido se pronunció respecto de la reducción de subsidios estatales para la atención de la salud[116]. De esta forma, exhortó al Gobierno "a intensificar sus esfuerzos relacionados con los programas de vacunación contra las enfermedades y las infecciones, en especial las de los niños"[117] y a "asignar un porcentaje más elevado de su PIB al sector de la sanidad"[118].

Respecto de Ecuador (2004), exhortó al Estado a que asigne un mayor porcentaje del producto interno bruto al sector de la salud[119]. Si bien el Comité no lo especifica, el Estado de Ecuador ha venido reduciendo el presupuesto destinado a esta área durante los últimos años[120]. Además, el Comité mostró preocupación respecto al acceso a los fármacos genéricos[121], e instó a Ecuador "a que realice una evaluación de los efectos de las normas comerciales internacionales en el derecho de todos a la salud y haga un amplio uso de las cláusulas de flexibilidad permitidas por el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual rela-

114 Ibíd., párr. 40.

115 El Comité mostró preocupación por "el hecho de que se hayan reducido en el país los programas de vacunación, con el efecto consiguiente de una mayor exposición de los habitantes, en especial los niños, a diversas enfermedades infecciosas". Cf. Comité DESC, Colombia, E/C.12/1/Add.74, 6 de diciembre de 2001, párr. 25.

116 El Comité se mostró preocupado por "el hecho de que se hayan reducido los subsidios estatales para cuidados médicos, lo que hace todavía más difícil el acceso a los servicios de sanidad, sobre todo en las zonas rurales en las que la cobertura médica es ya mucho más limitada que la de las zonas urbanas. El Comité observa también que la reducción de los subsidios tiene consecuencias perjudiciales para las mujeres y las comunidades indígenas". Cf. Comité DESC, Colombia, E/C.12/1/Add.74, 6 de diciembre de 2001, párr. 25.

117 Ibid, párr. 46.

118 Ibíd., párr. 47.

119 Ibíd., párr. 54

120 Cf. Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES), La exigibilidad del derecho a la salud. Una petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Diciembre 2000. Para un resumen del caso presentado a la CIDH en el que se denuncia la reducción del presupuesto destinado a salud, ver *www.escr-net.org/EspGeneral/CaseLawSearchResult.asap*.

121 Comité DESC, Ecuador, E/C.12/1/Add.100, 7 de junio de 2004, párr. 30.

cionados con el Comercio de la Organización Mundial del Comercio (OMC) (el Acuerdo sobre los ADPIC), a fin de dar acceso a los fármacos genéricos y, en forma más general, a permitir el goce universal del derecho a la salud en el Ecuador"[122].

El Comité recomendó a Croacia (2001) que examinara cuidadosamente los efectos probablemente negativos de sus planes de privatizar algunas partes del sistema nacional de atención de la salud en los sectores más desfavorecidos y marginados de la sociedad[123].

Respecto de Ucrania (2001), el Comité mostró inquietud por el empeoramiento de la salud de los grupos más vulnerables, especialmente las mujeres y los niños, y de la calidad de los servicios de salud y la mayor incidencia de las enfermedades de transmisión sexual (ETS) y la difusión del VIH/SIDA[124]. Le recomendó "que vele por atender el compromiso que ha asumido en materia de atención primaria de salud mediante la asignación de recursos suficientes y por que todas las personas, especialmente las pertenecientes a los grupos más vulnerables, tengan acceso a la atención sanitaria"[125].

V. 4. Derecho a la educación

Con respecto al derecho a la educación en Ucrania (2001), el Comité observó con preocupación "que los presupuestos asignados para educación e investigación científica han disminuido fuertemente, entrañando un deterioro en la calidad de la educación"[126]. Y recomendó "que adopte todas las medidas requeridas para asignar los recursos necesarios a fin de aplicar efectivamente la ley de educación, de 1991"[127].

Con respecto al derecho a la educación en Mauritania, el Comité ha sido explícito en considerar la reintroducción del pago de matrícula en la educación terciaria como una medida deliberadamente regresiva[128]. Asimismo, mostró preocupación por la intención del gobierno de Bielorrusia de introducir el pago de matrícula en los grados décimo y undécimo en la educación secundaria[129]. En su evaluación de la situación en los Países Bajos, el Comité también se mostró concernido por la adopción de una ley

122 Ibid, párr. 55.

123 Comité DESC, Croacia, 30/11/2001. E/C.12/1/Add.73, párr. 34.

124 Comité DESC, Ucrania, 24/09/2001. E/C.12/1/Add.65, párr. 18.

125 Ibíd., párr. 31.

126 Ibíd., párr. 17.

127 Ibíd., párr. 32.

128 Comité DESC, Mauritania, UN Doc. E/C.12/1994/8, párr. 16.

129 Comité DESC, Informe sobre la séptima sesión (23 de noviembre a 11 de diciembre de 1992), Consejo Económico y Social, 1993, Sup. Nº. 2, UN Doc. E/1993/22, párr. 78.

que introduce el pago de matrículas en la educación la cual ha llevado a un aumento constante en los costos de la educación[130].

V. 5. Derecho a la vivienda

Con respecto a la situación en Colombia (2001), el Comité señaló como motivo de inquietud la reducción considerable de subsidios para la vivienda[131] e instó al Gobierno "a adoptar medidas destinadas a acrecentar los subsidios de vivienda, especialmente en las provincias más pobres"[132].

V. 6. Causas del retroceso y obligación de los Estados de considerar obligaciones del Pacto en acuerdos comerciales y negociaciones con instituciones financieras

En muchos casos, el Comité consideró como motivo del retroceso en las condiciones y ejercicio de los derechos económicos sociales y culturales los programas de ajuste estructural promovidos por las instituciones financieras de crédito y la carga de la deuda externa. En el caso de Ecuador (2004), el Comité consideró que las políticas de ajuste estructural han repercutido negativamente en el goce de los derechos económicos, sociales y culturales de la población, en particular de los grupos de la sociedad marginados y desfavorecidos. Consideró especialmente el alto porcentaje del presupuesto público anual (cerca del 40%) que se asigna al servicio de la deuda externa como factor que limita fuertemente los recursos disponibles para el logro del goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales[133]. Y le recomendó "que las obligaciones que incumben al Estado Parte en virtud del Pacto se tengan en cuenta en todos los aspectos de sus negociaciones con las instituciones financieras internacionales y en otros acuerdos comerciales regionales para evitar que se vulneren los derechos económicos, sociales y culturales, en particular los de los grupos más desfavorecidos y marginados"[134].

En el mismo sentido, el Comité requirió a México (1999) que, al ne-

130 UN Doc. E/C.12/Add. 25, párr. 19.

131 El Comité manifestó preocupación respecto del hecho de "que los subsidios de vivienda hayan sido reducidos considerablemente y de que en las provincias de Sucre, Córdoba, Bolívar y Magdalena, entre otras, las condiciones de vida son inadecuadas y la calidad estructural de las viviendas sea mediocre" Cf. Comité DESC, Colombia, E/C.12/1/Add.74, 6 de diciembre de 2001, párr. 21.

132 Además, el Comité recomendó "la adopción de un sistema de financiación de las viviendas para personas de pocos recursos que dé a los más pobres la posibilidad de acceder a una vivienda adecuada". Cf. Comité DESC, Colombia, E/C.12/1/Add.74, 6 de diciembre de 2001, párr. 42.

133 Comité DESC, Ecuador, E/C.12/1/Add.100, 7 de junio de 2004, párr. 9.

134 Ibíd, párr. 54.

gociar con instituciones financieras internacionales y aplicar programas de ajuste estructural y políticas macroeconómicas que afecten al servicio de la deuda externa, la integración en la economía mundial de mercado libre, etc., tenga en cuenta sus consecuencias para el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, en particular de los grupos más vulnerables de la sociedad[135]. Además, el Comité recomendó "que el Estado Parte siga intensificando sus esfuerzos para aliviar cualesquiera efectos negativos que pudiera tener la aplicación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte sobre ciertos sectores vulnerables de la población"[136].

VI. Conclusiones

La obligación de no regresividad –como desprendimiento de la obligación de progresividad– se encuentra firmemente asentada en la jurisprudencia del Comité DESC. De igual modo, los parámetros de juicio para evaluar la legitimidad de medidas estatales a la luz de esta obligación han sido desarrollados y precisados por el Comité a través de sucesivas interpretaciones de las obligaciones del Pacto. La evolución de la doctrina del Comité ha ido en dirección de estrechar el espectro de posibles justificaciones para la adopción de medidas regresivas. Como se ha visto, el Estado debe cumplir con una serie de requerimientos rigurosos, bien delineados y sistematizados.

Lamentablemente, existe una brecha pronunciada entre el desarrollo de estándares precisos y su aplicación al momento de monitorear su cumplimiento por parte de los Estados. Indudablemente, el Comité debe realizar esfuerzos adicionales para juzgar de manera más articulada el comportamiento estatal y en consecuencia, requerir de ellos la adopción de medidas más concretas. La adopción de un Protocolo Adicional que prevea un sistema de denuncias individuales contribuiría en esta tarea.

Otros sistemas prevén hoy en día la posibilidad de presentar quejas individuales. En este sentido, aquellos se encuentran en mejor posición para evaluar en supuestos concretos la compatibilidad de medidas estatales en función de la obligación de no regresividad. Allí, los órganos de control cuentan con la posibilidad de evaluar situaciones particulares en el curso de un procedimiento cuasijudicial o judicial. En este marco, la tarea de confrontación de políticas o medidas regresivas con los estándares

[135] Comité DESC, México, E/C.12/1/Add.41, 8 de diciembre de 1999, párr. 24, párrs. 34.

[136] Ibíd, párr. 35. En el caso de Brasil el Comité tomó nota "de que la reciente recesión económica, junto con ciertos aspectos de los programas de ajuste estructural y de las políticas de liberalización económica, han surtido algunos efectos negativos en el goce de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en el Pacto, en particular, entre los grupos más desvalidos y marginados". Cf. Comité DESC, E/C.12/1/Add.87, 26 de junio de 2003, párr. 16.

legales antes descriptos hace a la esencia del trabajo de los órganos que deciden casos contenciosos. Tal como afirmamos previamente, la obligación de regresividad es una de las obligaciones estatales más fácilmente revisables por los tribunales de justicia u órganos internacionales de protección. De hecho, ciertos desarrollos en tribunales locales han ido en sentido similar al marcado por el Comité.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en particular a través de su competencia para intervenir en casos contenciosos, podría cumplir una función importante en la evaluación del comportamiento estatal a la luz de esta obligación. La obligación de progresividad y, por ende, la de no regresividad se hallan previstas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Protocolo de San Salvador en términos casi idénticos a la previsión contenida en el PIDESC. Tal como lo hemos afirmado, la dogmática desarrollada por los órganos del sistema americano para evaluar la legitimidad de medidas restrictivas de derechos es adecuada para la valoración de la legitimidad de medidas regresivas. Además, dicho control podría impugnar y prevenir la adopción de políticas de corte neoliberal cuya insuficiencia para garantizar el acceso a una existencia digna y autónoma por parte de amplios sectores de la población latinoamericana ha quedado por demás demostrada. Es tiempo de que el Sistema Interamericano se tome "muy en serio" los derechos económicos y sociales, tan en serio como los derechos civiles y políticos.

La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión "progresivamente"

Magdalena Sepúlveda*

Sumario: I. Introducción; II. Las obligaciones impuestas por el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; III. Las obligaciones derivadas de la expresión "progresivamente"; IV. La carga de la prueba y la justificación del Estado; V. La supervisión que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales realiza del cumplimiento de las obligaciones de "realización progresiva"; VI. Observaciones finales.

I. Introducción

Artículo 2.1, PIDESC
"Cada uno de los Estados Parte 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".

El presente artículo examinará el significado de la expresión "lograr progresivamente (...) la plena efectividad de los derechos" contenida en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Pacto o PIDESC[1]) según ha sido interpretada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Comité), órgano supervisor del Pacto[2].

Un examen de la interpretación del artículo 2.1, PIDESC es pertinente por varios motivos. En primer lugar, debemos tener en cuenta que todos los países de América Latina miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) son Estados Parte del PIDESC y, por ende, han asumido voluntariamente las obligaciones que éste impone[3]. De esta forma, las

* Magdalena Sepúlveda es abogada de la Universidad de Valparaíso, Chile; Doctora en Derecho Internacional por la Universidad de Utrecht, Holanda, y Máster en Derecho por la Universidad de Essex.

[1] El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. De conformidad con su artículo 27, entró en vigor el 3 de enero de 1976.

[2] El texto del PIDESC no contempla ningún órgano de supervisión específico y se le entrega la competencia de supervisar su cumplimiento al Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC). El Comité sólo fue establecido en 1985, a través de la resolución del ECOSOC 1985/17 de 28 de mayo de 1985, y tuvo su primera sesión del 9 al 27 de marzo de 1987.

[3] Los únicos países de la región de América Latina y el Caribe que no son Estados Partes del PIDESC son: Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Cuba, Haití, San Kitts y Nevis y Saint Lucia (última revisión: febrero 2006).

obligaciones que se derivan del Pacto, en particular de la noción de "realización progresiva", son vinculantes para los Estados de la región.

En segundo lugar, es pertinente examinar la interpretación del artículo 2.1 PIDESC, puesto que este artículo sirvió de antecedente a disposiciones similares contenidas en instrumentos del sistema interamericano[4], en particular, el artículo 26 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos ("Pacto de San José")[5], y el artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador")[6].

La semejanza entre los tres textos es innegable. Los textos adoptados en el marco del sistema interamericano se refieren a las obligaciones de adoptar medidas progresivas con un lenguaje similar al del PIDESC. En efecto, la Convención Americana establece la obligación de "adoptar providencias (...) para *lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos...*"[7], y el Protocolo de San Salvador, se refiere a la obligación "de adoptar las medidas necesarias (...) *a fin de lograr progresivamente*, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos (...)"[8].

Además de que la interpretación del artículo 2.1 PIDESC ha de servir de guía para la interpretación de las obligaciones de "realización progresiva" impuestas por estos otros tratados internaciones, la relación entre los tres textos debe entenderse a la luz del artículo 29 de la Convención Americana y del preámbulo del Protocolo de San Salvador. Como es sabido, el artículo 29 de la Convención establece normas de interpretación, de acuerdo con las cuales, ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con otra convención en que el Estado sea parte[9]. Por su parte, el Protocolo de San Salvador establece de manera expresa que los derechos económicos, sociales y culturales han sido reconocidos en anteriores instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, y hace un llamado para que estos derechos "sean *reafirmados, desarrollados, perfeccionados*" (destacado agregado).

En tercer lugar, conocer la interpretación que hace el Comité de las obligaciones asumidas por los Estados Parte del PIDESC, puede servir de guía a los tribunales domésticos cuando resuelven sobre materias relativas a los derechos económicos, sociales y culturales[10].

Como veremos, a través de los años, el Comité ha realizado una ardua labor delimitando el contenido y alcance de las obligaciones desarrolladas en el Pacto. Su trabajo ha sido especialmente significativo en cuanto a la interpretación del artículo 2.1 del Pacto que, innegablemente, tiene un texto intrincado. El Comité ha realizado esta labor de interpretación, principalmente, a través de dos vías: a) el examen de los informes estatales y sus correspondientes "Observaciones Finales"[11]; y b) la elaboración de "Observaciones Generales"[12]. A este material se le denomina comúnmente la "jurisprudencia" del Comité y es el que se ha tomado en cuenta en la elaboración del presente trabajo.

Este trabajo examinará, en primer lugar, la labor realizada por el Comité definiendo las obligaciones contenidas en el artículo 2.1, PIDESC, en

[4] Así se deduce, por ejemplo, de la explicación dada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al presentar el proyecto de Protocolo de San Salvador en 1986. Ver *Inter-American Yearbook on Human Rights 1986*, Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 1988, ps. 312-325. Ver también el análisis de algunos autores como, por ejemplo, LeBlanc, Larry, *The Economic, Social and Cultural Rights Protocol to the American Convention and its Background*, en "NQHR", vol. 2, 1992, ps. 130-155, y Craven, Matthew, *The protection of Economic, Social and Cultural Rights under the Inter-American System of Human Rights*, en Harris, D. y Livingstone, S. (comps), *The Inter-American System of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1998, ps. 289-322.

[5] Adoptado el 22 de noviembre de 1969 y entrado en vigor el 18 de julio de 1978. En adelante, Convención Americana.

[6] Adoptado el 17 de noviembre de 1988 y entrado en vigor el 16 de noviembre de 1999. En adelante, Protocolo de San Salvador.

[7] Art. 26, Pacto de San José (destacado agregado). Para un estudio exhaustivo del alcance de esta norma, ver Courtis, C., *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del* art. *26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en Courtis, C.; Hauser, D. y Rodríguez, G. (comps.), *Protección internacional de los derechos humanos: nuevos desafíos*, Porrúa, México, 2005, ps. 1-66.

[8] Art. 1, Protocolo de San Salvador (destacado agregado).

[9] Para un análisis más comprehensivo de este punto, pueden verse otras contribuciones de este volumen, en especial, Courtis, C., *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios*.

[10] Ver Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, ps. 73-75.

[11] Las "Observaciones Finales" son las conclusiones a las que llega el Comité, por consenso, luego de examinar los informes periódicos de los Estados. Ellas tienen la siguiente estructura: 1) introducción; 2) aspectos positivos; 3) factores y dificultades que obstaculizan la aplicación del Pacto; 4) principales motivos de preocupación, y 5) sugerencias y recomendaciones. Por lo general, contienen un lenguaje extremadamente diplomático, sin embargo, a través de los años, el Comité ha comenzado a ser más frontal y directo en sus observaciones. Hoy en día, las "Observaciones Finales" no sólo contienen "sugerencias y recomendaciones", sino que, en mayor o menor medida, constituyen declaraciones formales de cumplimiento o incumplimiento del Pacto. Incluso, en ocasiones, el Comité indica de manera expresa que un Estado parte ha "violado" ciertos derechos contenidos en el Pacto.

[12] Las "Observaciones Generales" son las interpretaciones que da el Comité de ciertas disposiciones del Pacto y tienen por objeto tanto el contribuir a un mejor entendimiento de las normas contenidas en el Pacto, como asistir a los Estados Parte en el cumplimiento de sus obligaciones. El Comité empezó a preparar Observaciones Generales en 1988 y hasta la fecha ha elaborado 18. A saber, 1 (1989): La Presentación de Informes por los Estados Parte; 2 (1990): Las Medidas Internacionales de Asistencia Técnica (art. 22 del Pacto); 3 (1990): La índole de las Obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del art. 2 del Pacto); 4 (1991): El Derecho a una Vivienda Adecuada (párr. 1 del

particular aquellas que derivan de la noción de "realización progresiva"[13]. A continuación, se analizará el marco de justificación que ha desarrollado el Comité y que los Estados Parte han de cumplir en caso de adoptar medidas de carácter regresivo. Finalmente, se realizará una evaluación del monitoreo o supervisión que realiza el Comité del cumplimiento de estas obligaciones por los Estados Parte.

Este trabajo es un intento de sistematización de la labor realizada por el Comité. Sin embargo, debemos tener presente que, a pesar de los esfuerzos realizados por el Comité, su trabajo aún presenta inconsistencias y vacíos. Esto se debe, en parte, al hecho de que el Comité ha construido su "jurisprudencia" sobre la base de una serie de decisiones que en muchas ocasiones son tomadas bajo una fuerte presión de tiempo. Asimismo, como veremos, el proceso del examen de informes periódicos presenta una serie de obstáculos que dificultan la supervisión por parte del Comité del cumplimiento de las obligaciones de "realización progresiva". Sin perjuicio de lo anterior, como se sugerirá en este artículo, se lograría un control más estricto del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la noción de "realización progresiva" si el Comité tuviera competencia para conocer sobre casos individuales.

II. Las obligaciones impuestas por el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Se debe reconocer que la expresión "tomar medidas para lograr progresivamente (...) la plena efectividad de los derechos" es intrincada, y

art. 11 del Pacto); 5 (1994): Las Personas con Discapacidad; 6 (1995): Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Personas de Edad; 7 (1997): El Derecho a una Vivienda Adecuada (párr. 1 del art. 11 del Pacto): Desalojos Forzosos; 8 (1997): La Relación entre las Sanciones Económicas y el Respeto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 9 (1998): La Aplicación Interna del Pacto; 10 (1998): La Función de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos en la Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 11 (1999): Los Planes de Acción para la Enseñanza Primaria (art. 14 del Pacto); 12 (1999): El Derecho a una Alimentación Adecuada (art. 11 del Pacto); 13 (1999): El Derecho a la Educación (art. 13 del Pacto); 14 (2000): El Derecho al Disfrute del Más Alto Nivel Posible de Salud (art. 12 del Pacto); 15 (2003): El Derecho al Agua (arts. 11 y 12 del Pacto); 16 (2005): La Igualdad entre Hombres y Mujeres en el Disfrute de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 3 del Pacto); 17 (2005): El Derecho a la Protección de los Intereses Morales y Materiales que Corresponde por Razón de las Producciones Científicas, Literarias o Artísticas de que sea Autor (art. 15 del Pacto) y 18 (2005): El Derecho al Trabajo (art. 6 del Pacto).

[13] Este trabajo es una presentación resumida –y actualizada– de uno más extenso que trata con detalle todas las obligaciones de la Parte II del Pacto (arts. 2-5, PIDESC). En dicho trabajo (Sepúlveda, Magdalena, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, 2002) hago una sustentación más comprehensiva de varios de los argumentos que por razones de espacio aquí sólo se mencionan.

que a dado lugar a una cierta incertidumbre respecto a la naturaleza y alcance de las obligaciones impuestas por el Pacto. A través de los años, algunos académicos[14] y, en especial, algunos delegados gubernamentales en foros internacionales[15], han considerado que la noción de "progresiva efectividad" contenida en este artículo implicaría que las obligaciones impuestas por el Pacto son de carácter meramente programático. De acuerdo con esta postura, los "derechos" de carácter económico, social y cultural serían meras aspiraciones y no crearían verdaderas obligaciones a los Estados Parte.

Afortunadamente, de manera creciente, los Estados parecen estar tomando conciencia de que este tipo de interpretaciones no sólo atentan al objeto y fin del Pacto y son contrarias a las intenciones de sus redactores[16], sino que además tampoco son congruentes con la dinámica evolución que ha tenido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En efecto, el desarrollo que han tenido los derechos económicos, sociales y culturales en las últimas décadas ha hecho evidente que se trata de "verdaderos derechos" y, por ende, ha obligado a moderar el lenguaje utilizado en contra de estos derechos en foros internacionales. Así, aunque algunos delegados gubernamentales aún niegan la posibilidad de que estos derechos sean justiciables, por lo general admiten abiertamente que estos derechos imponen obligaciones de carácter legal[17].

[14] Ver, por ejemplo, Vierdag, E. W., *The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social y Cultural Rights*, en NYIL, vol. IX, 1978, ps. 69-105; Cranston, M., *What Are Human Rights*, The Bodley Head, Londres/Sydney/Toronto, 1973; y Bossuyt, M., *La distinction entre les droites civils et politiques et les droits economiques, sociaux et culturels*, en "Revue des Droits de l'Homme, Human Rights Law Journal", vol. 8, nº 4, 1975, ps. 783-820.

[15] En ocasiones, delegados gubernamentales han sostenido que las obligaciones impuestas por los derechos económicos, sociales y culturales constituyen sólo principios y objetivos programáticos y no obligaciones de carácter legal. Ver, por ejemplo, Observaciones Finales Suiza E/1999/22, párr. 348; Observaciones Finales Países Bajos E/1999/22, párr. 177; y Observaciones Finales Reino Unido E/1998/22, párr. 293. Cabe hacer notar que en el caso del Reino Unido el Comité rechazó enfáticamente esta posición calificándola de "preocupante".

[16] Ver Observación General 3, La Índole de las Obligaciones de los Estados Parte (1990) (E/1991/23), párr. 9 (en adelante, Observación General 3).

[17] Así, por ejemplo, dentro del foro de discusión para la adopción de un protocolo facultativo al PIDESC, los delegados de aquellos países que se oponen o expresan dudas acerca de la adopción de un instrumento que establezca la posibilidad de presentar quejas individuales, no niegan el carácter legal de las obligaciones que impone el Pacto, y se limitan a señalar que dichas obligaciones son de contenido "vago" (ver, por ejemplo, E/CN.4/2004/44). La excepción a esta postura está dada por los delegados de los Estados Unidos, que con frecuencia indican que los derechos económicos, sociales y culturales "no son derechos" (ver, por ejemplo, la explicación del voto del delegado estadounidense, Joel Danies, durante la 61 Sesión de la Comisión de Derechos Humanos, de fecha 5 abril 2005, disponible en *www.state.gov*; última revisión: febrero 2006).

Como lo señala el Comité[18], la expresión "progresivamente", contenida en el artículo 2.1, PIDESC, no afecta la naturaleza legal de las obligaciones asumidas por los Estados Parte, ni tampoco niega la existencia de obligaciones inmediatas. La inclusión de dicha cláusula sólo viene a significar que se requiere un dispositivo de flexibilidad que refleje las realidades del mundo y las dificultades que implica para cada país el asegurar de manera inmediata la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, el Comité enfatiza que la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general del Pacto, que es establecer obligaciones para los Estados Parte con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata[19].

Por otro lado, no se puede olvidar que el lenguaje utilizado en el Pacto es consecuencia directa del contexto histórico de las décadas de los 50 y 60 –cuando dicha norma fue redactada–. En efecto, el texto de ambos Pactos se vio fuertemente influenciado por la Guerra Fría. Como es sabido, el bloque de los países "occidentales" defendía los derechos civiles y políticos, mientras los países del "bloque socialista" defendían los derechos económicos, sociales y culturales[20]. Este antagonismo dificultó las negociaciones, y la necesidad de buscar consensos que permitieran continuar con el proceso provocó que, en ocasiones, el texto de los artículos de los Pactos se hiciera más intrincado.

Gracias al desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha logrado esclarecer el significado del lenguaje utilizado en los Pactos, así como la naturaleza de las obligaciones que ellos imponen. En este sentido, se ha establecido que todos los derechos humanos –cualquiera sea la categoría del cual provenga– establecen una pluralidad de obligaciones de distinta naturaleza y se niega la existencia de una dicotomía entre las obligaciones emanadas de cada categoría de derechos[21].

[18] Observación General 3, párr. 9. En este sentido se puede pensar que la consagración plena, por ejemplo, del derecho al debido proceso, incluyendo el derecho a un proceso en plazo razonable y sin dilaciones indebidas requiere la adopción de una serie de medidas a través del tiempo.

[19] Ibídem, párr. 9.

[20] Sin embargo, es pertinente aclarar que entre los países que apoyaban la existencia de un solo pacto que contuviera ambas categorías de derechos se encontraban ciertos países latinoamericanos, entre ellos México y Chile. En efecto, durante el proceso de negociación, el delegado chileno a la Comisión de Derechos Humanos, Hernán Santa Cruz, fue siempre muy enfático en afirmar que la dignidad del ser humano sólo se podía defender si todos sus derechos, económicos, sociales, culturales, civiles y políticos eran adecuadamente protegidos. Ver por ejemplo, intervención de Hernán Santa Cruz en la 7 Sesión de la Comisión en 1951, E/CN.4/SR/243 de 9 de julio de 1951, p. 7.

[21] Me refiero acá a rechazar la supuesta dicotomía que, en términos generales, considera que los derechos civiles y políticos imponen sobre los Estados sólo obligaciones negativas (de abstención), obligaciones que son consideradas precisas y cuyo cumplimiento no requiere de la utilización de recursos económicos –y que, por lo tanto, los Estados podrían cumplir de manera inmediata–. Por otro lado, se dice que los derechos económicos, sociales y culturales sólo impondrían obligaciones de carácter positivo (un hacer del Estado), obligaciones que se consideran de contenido vago, costosas, y que por lo tanto los Estados sólo pueden cumplir de manera progresiva a través del tiempo. Para un examen más detallado sobre este punto, puede verse Sepúlveda, M., *La supuesta dicotomía entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos*, en Courtis, Hauser y Rodríguez (comps.), *Protección internacional de los derechos humanos: nuevos desafíos*, cit., ps. 277-318.

En este sentido, se entiende que el PIDESC impone una variedad de obligaciones a los Estados Parte. Algunas de estas obligaciones dependen de la disponibilidad de recursos y, por ende, se han de cumplir de manera paulatina, a medida que el Estado Parte cuente con los recursos necesarios. Sin embargo, se asume también que el Pacto contiene además una serie de obligaciones que deben cumplirse de manera inmediata por todos los Estados Parte, cualquiera sea su nivel de desarrollo, puesto que no están condicionadas a la disponibilidad de recursos.

A través de los años, el Comité ha identificado una serie de obligaciones legales que se desprenden del artículo 2.1 del Pacto. De conformidad con la labor realizada por el Comité, es posible distinguir las siguientes obligaciones[22]:

1. obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga;
2. obligación de mejorar continuamente el disfrute de los derechos y la prohibición de medidas regresivas;
3. obligación de dar prioridad a los derechos humanos en la distribución de recursos disponibles;
4. obligación de buscar a través de "todos los medios apropiados" la plena efectividad de los derechos;
5. obligación de medir el estado de disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y elaborar un plan de acción para su implementación o puesta en práctica;
6. obligación de asegurar un contenido mínimo para cada uno de los derechos; y
7. obligaciones relativas a la asistencia y cooperación internacional[23].

Estas obligaciones constituyen el "núcleo duro" del artículo 2.1 del

[22] Todas las obligaciones emanadas del art. 2.1, PIDESC, se encuentren íntimamente vinculadas. Su distinción se realiza como una herramienta analítica que facilite la comprensión de las mismas.

[23] Nos referimos acá a las obligaciones internacionales de carácter "negativo", por ejemplo, la obligación de no obstruir la distribución de asistencia internacional dirigida a los grupos más vulnerables de la población. Asimismo, se contemplarían acá la obligación de los "países en desarrollo" de buscar asistencia o cooperación, cuando ello sea necesario para satisfacer los derechos contenidos en el Pacto. En ambos casos, la obligación es de carácter inmediato y no requiere la existencia de recursos económicos.

Pacto, y se caracterizan por el hecho de que se aplican uniformemente a todos los Estados Parte, sin importar el nivel de desarrollo que tengan, puesto que no están condicionadas a la existencia de recursos.

A su vez, éstas limitan de manera considerable el margen de discrecionalidad que tienen los Estados respecto a la implementación del Pacto. Además, por su ubicación (Parte II del Pacto), se aplican respecto a todos los derechos sustantivos contenidos en la Parte III del mismo (arts. 6 al 15, PIDESC).

A continuación se examinarán las obligaciones impuestas por el artículo 2.1, PIDESC, que se deducen de la expresión "progresivamente" utilizada en él[24].

III. Las obligaciones derivadas de la expresión "progresivamente"

> "Para lograr progresivamente (...) la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

De acuerdo al sentido corriente del término "progresivamente"[25], los Estados han asumido una obligación de "avanzar" continuamente hacia la plena efectividad de los derechos. Según se desprende del trabajo del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, esta obligación de "avanzar" supone, a lo menos, dos obligaciones implícitas: 1) la obligación de mejorar continuamente el disfrute de los derechos; y 2) la obligación de abstenerse de tomar medidas deliberadamente regresivas.

El incumplimiento de cualquiera de estas dos obligaciones constituiría una violación al Pacto. Por lo tanto, como veremos, una violación de las obligaciones derivadas de la noción de "realización progresiva" podría tener lugar tanto si los Estados no toman ninguna medida para ir avanzando en el disfrute de los derechos (omisiones), como cuando toman medidas deliberadamente regresivas (acciones).

III. 1. La obligación de mejorar continuamente el disfrute de los derechos por parte de los individuos

Los Estados tienen la obligación inmediata de "adoptar medidas". No se trata de una obligación a futuro, por el contrario, cualquiera sea el nivel de desarrollo de los Estados, ellos están obligados a adoptar medidas (y continuar adoptándolas) desde el momento de la entrada en vigor del Pacto[26].

A la luz del trabajo del Comité, es posible deducir que la "realización progresiva" supone *un continuo avance*, un *ir hacia adelante* de la manera más continuada (no interrumpida) posible. En este sentido, es posible deducir que las medidas que los Estados han de tomar, deben buscar mejorar continuamente el nivel de goce o el ejercicio de los derechos.

La noción de *avance* o mejora continua en el disfrute de los derechos se ve respaldada en el texto del artículo 11.1, PIDESC. Esta norma reitera la idea de "realización progresiva", en relación al derecho a un nivel de vida adecuado y se refiere expresamente a la noción de mejora continua del derecho. De conformidad a este artículo:

> "Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a *una mejora continua de las condiciones de existencia*" (destacado agregado).

El hecho de que el artículo 11, PIDESC, reitere y precise la obligación de realización progresiva en relación al derecho a un nivel de vida adecuada, no excluye que la obligación consagrada en el artículo 2.1, PIDESC se aplique en relación a todos y cada uno de los derechos sustantivos contenidos en la Parte III del Pacto (artículos 6 a 15, PIDESC). Así lo ha señalado el Comité en numerosas ocasiones. Por ejemplo, refiriéndose al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12, PIDESC), el Comité enfatizó:

> "La realización progresiva del derecho a la salud a lo largo de un determinado período no debe interpretarse en el sentido de que priva de todo contenido significativo las obligaciones de los Estados Parte. Antes al contrario, la realización progresiva significa que los Estados Parte tienen *la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible* hacia la plena realización del artículo 12"[27].

Es importante notar que la obligación de "mejorar continuamente el disfrute de los derechos" no sólo implica la obligación de tomar medidas positivas (fácticas o normativas[28]) para "avanzar" en el disfrute de estos derechos, sino que también requiere que los Estados no permanezcan pa-

[24] Para un análisis detallado de todas las otras obligaciones que impone el art. 2.1, PIDESC, puede verse Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, cit., ps. 311-378.

[25] Según el Diccionario de la Real Academia Española, "progresar" significa "avanzar, mejorar, hacer adelantos en determinada materia". Asimismo, el término "progresivo" significa "que avanza, favorece al avance o lo procura (...) que progresa o aumenta en cantidad o en perfección" (*Diccionario de la Lengua Española*, 21ª edición). También es revelador el significado del término utilizado en inglés: *progressive*, que significa "*making continuous forward movements*" (*Oxford Student's Dictionary*, Oxford University Press, 2ª ed., 1988).

[26] Observación General 3, párr. 2.

[27] Observación General 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (2000) (en adelante, Observación General 14), párr. 31.

[28] Se sigue acá la clasificación de Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, ps. 194 y siguientes.

sivos frente a un deterioro en el nivel de goce o disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales por parte de la población[29].

En este sentido, es importante señalar que la violación de obligaciones en materia de derechos humanos debido a "omisiones" por parte de los Estados, se encuentra claramente establecida en derecho internacional, no sólo en relación a los derechos de carácter civil y político, sino que también en referencia a los derechos de carácter económico, social y cultural. Por ejemplo, las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales[30] señalan:

> "... 15. Las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales también pueden resultar de la omisión o incumplimiento del Estado en relación a la adopción de las medidas necesarias derivadas de sus obligaciones legales"[31].

Por su parte, la Declaración de Quito, acerca de la exigibilidad y realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina y el Caribe[32], establece como obligaciones del Estado:

> "La obligación de progresividad y su correlativa prohibición de regresividad: el Estado tiene el deber de encaminarse hacia la plena efectividad de los derechos, por lo que viola la idea de progresividad *su inacción, su irrazonable demora* y/o la adopción de medidas que impliquen el retroceso de tales derechos" (destacado agregado).

En la misma línea, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que cuando existe una obligación de tomar medidas de carácter positivo, "el Estado no puede simplemente mantenerse pasivo"[33]. Para la

[29] Por ejemplo, la Observación General 16, La Igualdad entre Hombres y Mujeres en el Disfrute de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2005) (en adelante, Observación General 16), párr. 42, establece: "Las violaciones de los derechos contenidos en el Pacto pueden ocurrir con la acción, la *falta de actuar o la omisión directa* por parte de los Estados..." (destacado agregado).

[30] En adelante, "Directrices de Maastricht". Estas directrices fueron adoptadas en enero de 1997 en una reunión de más de treinta expertos internacionales, convocados por la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra, Suiza), el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan (Cincinnati, Ohio, Estados Unidos de América), y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht (Países Bajos).

[31] El Comité ha desarrollado varios ejemplos de omisiones que constituyen violaciones al Pacto. A este respecto, puede verse, por ejemplo, omisiones que constituyen violaciones al derecho a la salud en la Observación General 14, párr. 49.

[32] En adelante, "Declaración de Quito". Esta declaración fue adoptada en Quito el 24 julio de 1998 por más de 40 organizaciones latinoamericanas e internacionales.

[33] Caso "Airey v. Irlanda", 6289/73, Sentencia de 9 de octubre de 1979, párr. 25.

Corte Europea, la pasividad del Estado frente a una obligación de actuar positivamente, constituye una violación al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH)[34].

Del trabajo del Comité resulta evidente que los Estados no pueden mantenerse pasivos y simplemente tolerar que ocurra un empeoramiento en el nivel de protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Los Estados están obligados a tomar medidas para impedir o aminorar las consecuencias de tal empeoramiento. Esta obligación existe, incluso en aquellas circunstancias en que el empeoramiento en el disfrute de estos derechos se deba a circunstancias no directamente atribuibles al Estado.

De manera especial, el Comité ha enfatizado la existencia de esta obligación cuando los Estados se mantienen pasivos frente a un deterioramiento en el disfrute del derecho a la salud debido, por ejemplo, a un aumento del porcentaje de enfermos de SIDA, o a un deterioramiento del medio ambiente causado por la explotación de recursos naturales por parte de terceros[35]. En estos casos, el Comité considera que los Estados tienen obligación de tomar medidas "serias", "inmediatas" y "eficaces" para enfrentar o reparar la situación. La pasividad del Estado frente a estas situaciones se considera una violación al Pacto[36].

Esta obligación de mejorar continuamente el nivel de disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales es aún más estricta cuando existe un incremento en los recursos de que dispone un Estado. En efecto, del trabajo del Comité se desprende que cuando el nivel de ingresos de un Estado mejora, éste ha de tomar las medidas necesarias para mejorar, en la misma proporción, su grado de cumplimiento del Pacto[37]. Por ejemplo, examinando el informe inicial de El Salvador, el Comité expresó "su profunda preocupación por la persistencia del elevado nivel de pobreza

[34] La Corte Europea de Derechos Humanos ha interpretado la existencia de obligaciones de carácter positivo en la gran mayoría de los derechos que establece el CEDH (adoptado el 4 de noviembre de 1950). Esto es muy relevante, en especial si se tiene en cuenta que la CEDH contiene derechos que tradicionalmente se consideraba imponían sólo obligaciones de carácter negativo (de abstención). Obligaciones positivas (de actuar) se han determinado, por ejemplo, respecto al derecho a la vida (art. 2, CEDH), la prohibición de tortura (art. 3, CEDH) y el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8, CEDH). Ver, por ejemplo, "McCann et al. v. Reino Unido", 18984/91, Sentencia de 27 de septiembre de 1995; "López Ostra v. España", 16798/90, Sentencia de 9 de diciembre de 1994; y "A. v. Reino Unido", 25599/94, Sentencia de 23 de septiembre de 1998.

[35] Ver, por ejemplo, Observaciones Finales Honduras E/2002/22, párrs. 131 y 153; Observaciones Finales Ucrania E/2002/22, párr. 499; Observaciones Finales Islas Salomón E/2000/22, párrs. 204 y 209; y Observaciones Finales Sri Lanka E/1999/22, párrs. 76 y 90.

[36] Ver, por ejemplo, Observaciones Finales Federación Rusa E/1998/22, párrs. 113 y 126; y Observaciones Finales Honduras E/C.12/1/Add.57, párrs. 26 y 47.

[37] Ver, por ejemplo, Observaciones Finales Portugal E/1996/22, párrs. 95 y 98.

que afecta a la mayoría de la población". A continuación subrayó, "el mantenimiento de ese nivel de pobreza en un país que registra un crecimiento económico constante es injustificable"[38]. De manera similar, examinando el tercer informe periódico de México, el Comité lamentó que "a pesar del positivo crecimiento de los indicadores macroeconómicos", México no haya tomado medidas para aumentar el salario mínimo. Esta omisión del Estado fue considerada por el Comité como una "violación" al artículo 7, PIDESC[39].

En definitiva, de acuerdo con la interpretación del Comité, los Estados Parte están obligados a tomar medidas para avanzar continuamente hacia la plena efectividad de los derechos contemplados en el mismo. Los Estados no pueden aplazar indefinidamente el adoptar medidas para la realización de los derechos del Pacto, y tampoco pueden permanecer pasivos ante situaciones de crisis donde exista un deterioro en el nivel de goce o ejercicio de los derechos. En estos casos, los Estados han de adoptar las medidas necesarias para paliar la situación, en especial de aquellos grupos más vulnerables de la sociedad[40]. Asimismo, en caso de que exista una mejora en las circunstancias económicas, los Estados deberán incrementar sus acciones para mejorar el disfrute de los derechos del Pacto.

III. 2. La obligación de abstenerse de tomar medidas deliberadamente regresivas

En 1990, examinando el alcance de las obligaciones impuestas por el artículo 2.1, PIDESC, el Comité señaló:

> "... todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo [regresivo] (...) 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 del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga"[41].

A través de los años, el Comité ha reafirmado esta prohibición de medidas deliberadamente regresivas, y la ha precisado en relación al disfrute de determinados derechos económicos, sociales y culturales. Así, por ejemplo, en su Observación General 14, relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, el Comité señala:

[38] Observaciones Finales El Salvador E/1997/22, párr. 158.

[39] Observaciones Finales México E/2000/22, párr. 382.

[40] Observación General 3, párr. 12.

[41] Observación General 3, párr. 9. Es importante señalar que la expresión utilizada en la versión en español de esta observación general es "medidas de carácter deliberadamente retroactiva". Esto se debería a una mala traducción del documento de su versión en inglés que se refiere a medidas "regresivas" (*deliberately retrogressive measures*). En las traducciones de las Observaciones Generales posteriores, se utiliza correctamente la expresión "regresivas" y no "retroactivas".

> "... 32. Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una *fuerte presunción* de que *no son permisibles las medidas regresivas* adoptadas en relación con el derecho a la salud. 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 y 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".

El Comité reitera estos principios en varias Observaciones Generales, a saber, la relativa al derecho a la educación (art. 13, PIDESC)[42], al derecho al agua (arts. 11 y 12)[43], al derecho a la protección de los intereses morales y materiales que corresponde por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor (art. 15, PIDESC)[44], y en relación al derecho al trabajo (art. 6, PIDESC)[45].

[42] Observación General 13, El derecho a la Educación (1999) (en adelante, Observación General 13), párr. 45: "La admisión de medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la educación, y otros derechos enunciados en el Pacto, es objeto de grandes prevenciones. Si deliberadamente adopta alguna medida regresiva, el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga el Estado Parte".

[43] Observación General 15, El Derecho al Agua (2002) (en adelante, Observación General 15), párr. 19: "Existe una *fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas* con respecto al derecho al agua *está prohibida por el Pacto*. Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras un examen sumamente exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en el contexto de la plena utilización del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte".

[44] Observación General 17, El Derecho a la Protección de los Intereses Morales y Materiales que Corresponde por Razón de las Producciones Científicas, Literarias o Artísticas de que sea Autor (2005) (en adelante, Observación General 17), párr. 27: "*Violations of the right to benefit from the protection of the moral and material interests of authors can occur through the direct action of States parties or of other entities insufficiently regulated by States parties. The adoption of any retrogressive measures incompatible with the core obligations under article 15, paragraph 1 (c), outlined in paragraph 39 above, constitutes a violation of that right. Violations through acts of commission include the formal repeal or unjustifiable suspension of legislation protecting the moral and material interests resulting from one's scientific, literary and artistic productions*" ("Las violaciones del derecho a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales de los autores pueden suceder por la acción directa de los Estados parte o de otras personas insuficientemente reguladas por los Estados Parte. La adopción de cualquier medida regresiva incompatible con las obligaciones esenciales bajo el art. 15, párr. 1 (c), desarrolladas en el párr. 39 *supra*, constituye una violación de ese derecho. Las violaciones a través de *actos de comisión* incluyen la derogación formal o la suspensión injustificable de la legislación que protege los intereses morales y materiales que resultan de las producciones científicas, literarias y artísticas de uno"; traducción de la autora; se cita en inglés debido a la falta de una versión oficial en castellano).

[45] Observación General 18, El Derecho al Trabajo (2005) (en adelante, Observa-

A pesar de que el Comité se refiere a las medidas regresivas sólo en relación a los derechos antes mencionados, un análisis sistemático del trabajo del Comité nos permite concluir que la "fuerte presunción" de que las medidas deliberadamente regresivas son contrarias al Pacto existe respecto al goce o ejercicio de cualquiera de los derechos contenidos en el Pacto[46]. De esta forma, corresponderá al Estado probar que dichas medidas no han sido de carácter deliberado (que se han debido a circunstancias ajenas a su voluntad), o que ellas están justificadas a la luz de una serie de requisitos desarrollados por el mismo Comité[47].

Es importante destacar, que en lo que se refiere al derecho de igualdad entre hombres y mujeres (art. 3, PIDESC), el Comité parece apartarse de la regla general relativa establecida en las Observaciones Generales antes mencionadas, exigiéndose un estándar de protección más alto. En efecto, en su Observación General 16: Relativa a la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 3, PIDESC), el Comité no se refiere a una "fuerte presunción", de que las medidas regresivas son contrarias al Pacto (teniendo el Estado la carga de la prueba), sino que señala de manera expresa que cualquier medida regresiva en materia de igualdad entre hombres y mujeres en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales sería una "violación" al artículo 3 del PIDESC.

En palabras del Comité:

ción General 18), párr. 34: *"As for all other rights in the Covenant, there is a strong presumption that retrogressive measures taken in relation to the right to work are not permissible. Such retrogressive measures include, inter alia, denial of access to employment to particular individuals or groups, whether such discrimination is based on legislation or practice, abrogation or suspension of the legislation necessary for the exercise of the right to work, or the adoption of laws or policies that are manifestly incompatible with international legal obligations relating to the right to work, for example, the institution of forced labour or the abrogation of legislation protecting the employee against unlawful dismissal. Such measures would constitute a violation of States parties' obligation to respect the right to work"* ("Como en el caso de todos los demás derechos del Pacto, existe una *fuerte presunción de que las medidas regresivas* adoptadas en relación con el derecho al trabajo *no son permisibles*. Estas medidas regresivas incluyen, entre otras, la denegación del acceso al empleo a individuos o grupos en particular, trátese de discriminación normativa o *de facto*, la derogación o suspensión de la legislación necesaria para el ejercicio del derecho al trabajo, o la adopción de leyes o políticas que sean manifiestamente incompatibles con las obligaciones legales internacionales relacionadas con el derecho al trabajo, por ejemplo, la institución del trabajo forzado o la derogación de la legislación que protege al trabajador del despido injustificado. Estas medidas constituirían una violación de la obligación de los Estados Parte de respetar el derecho al trabajo"; traducción de la autora; se cita en inglés porque a la fecha no existe versión oficial disponible en castellano).

46 La excepción serían las medidas regresivas en el ejercicio al derecho a la igualdad entre hombres y mujeres (ver *infra*).

47 Ver apartado IV.

"... 42. La violación de los derechos contenidos en el Pacto puede producirse por la acción directa, la inacción u omisión de los Estados Parte o de sus instituciones u organismos en los planos nacional y local. La *adopción y aplicación de medidas regresivas que afecten a la igualdad del derecho del hombre y la mujer* en cuanto al disfrute de todos los derechos enunciados en el Pacto constituye *una violación* del artículo 3" (énfasis agregado).

El cambio de tono del Comité es evidente. No sólo se aparta del lenguaje de la "presunción", utilizando directamente la expresión "violación", sino que además no requiere que las medidas sean "deliberadas". Este cambio de lenguaje es excepcional y permitiría sostener que no es posible para el Estado justificar medidas regresivas en materia de igualdad entre hombres y mujeres. Cualquier medida regresiva que afecte este derecho sería directamente una violación al Pacto y no una simple presunción de incompatibilidad[48].

Como se indicaba, la Observación General 16 también se destaca por el hecho de que el Comité no se refiere, como en casos anteriores, a "medidas deliberadamente regresivas", sino que simplemente utiliza la expresión "medidas regresivas", prescindiendo del requerimiento de intencionalidad o voluntariedad[49]. Este cambio de lenguaje podría significar que en el caso de medidas que afecten la igualdad entre hombres y mujeres se produciría una violación inmediata del Pacto cualquiera sea la intencionalidad que haya tenido el Estado.

Esta postura más estricta del Comité en relación a medidas regresivas que afecten la igualdad entre hombres y mujeres se podría deber a la gran importancia que el Comité le atribuye al principio de no discriminación y en particular al principio de igualdad entre hombres y mujeres. Como señala el Comité, "la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de todos los derechos humanos es uno de los principios fundamentales reconocidos por el derecho internacional y recogidos en los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos"[50]. Asimismo, este cambio de lenguaje estaría en línea con el requerimiento de que las me-

48 Esta conclusión avalaría la importancia que, según consideramos, le da el Comité a la prohibición de discriminación en el examen de validez o legitimidad de una medida regresiva. Ver en este sentido el apartado IV.

49 Desgraciadamente, en ocasiones el Comité no ha sido consistente en la utilización de la expresión "deliberadas". Por lo tanto, sería importante que a futuro clarificara que no se trata de una mera omisión, sino que en efecto, cualquiera sea la medida regresiva en materia de igualdad (deliberada o no), existiría una violación al Pacto. Esta última conclusión estaría más de acuerco con la importancia que tiene el principio de la no discriminación, y con el hecho de que el Comité considera contrarias al Pacto la discriminación "directa" y la "indirecta". Es decir, que violan el Pacto no sólo aquellas medidas que tengan "por objeto" (la intención) de discriminar, sino también aquellas medidas de carácter neutral que producen un "resultado" discriminatorio (aun sin que exista una intención de discriminar).

didas regresivas no han de violar otros derechos establecidos en el Pacto, en este caso, la prohibición de discriminación contenida en los artículos 2.2 y 3, PIDESC[51]. En todo caso, sería conveniente, que en el futuro el Comité se pronunciara directamente sobre este punto y aclarara el test aplicable en casos de medidas regresivas relativas al derecho a la igualdad entre hombres y mujeres.

III. 2. A. ¿Qué entiende el Comité por medidas "deliberadamente" regresivas?

De la "jurisprudencia" del Comité, es posible concluir que las medidas regresivas son aquellas que empeoran el nivel de ejercicio o el goce de un derecho consagrado en el Pacto. Sin embargo, como se ha señalado, el Comité generalmente sostiene que las medidas que considera, *prima facie*, contrarias al Pacto, son aquellas de carácter "deliberadamente" regresivo[52].

A través de los años, el Comité ha desarrollado algunas pautas que nos ayudan a determinar qué se debe entender por una medida "deliberadamente" regresiva. Por ejemplo, refiriéndose al derecho a una vivienda adecuada, el Comité señaló:

> "... un deterioro general en las condiciones de vida y vivienda, que *sería directamente* atribuible a las decisiones de política general y a las medidas legislativas de los Estados Parte, y a falta de medidas compensatorias concomitantes, contradiría las obligaciones dimanantes del Pacto"[53].

En esta misma línea, las Directrices de Maastricht consideran una violación al Pacto, "la adopción de cualquier medida que sea *intencionalmente* regresiva y que reduzca el nivel de protección de cualquiera de estos derechos"[54].

En general, se puede concluir que el Comité se refiere al significado común de la palabra "deliberada", esto es, aquellas medidas que sean adoptadas de manera intencional o voluntarias por el Estado. Con ello, el Comité implícitamente está afirmando que determinadas medidas regresivas adoptadas debido, por ejemplo, a fuerza mayor, no constituirían una

[50] Comentario General 16, párr. 1.

[51] Ver apartado IV.

[52] Ver, por ejemplo, Observaciones Generales 13, párr. 45; 14, párr. 32; 15, párr. 19; 17, párr. 27; y 18, párr. 21. La excepción sería el caso de medidas que afecten la igualdad entre hombres y mujeres, donde el Comité se refiere simplemente a "medidas regresivas" (ver análisis *supra*).

[53] Observación General 4, El derecho a una vivienda adecuada (1991) (en adelante, Observación General 4), párr. 11.

[54] Ver Directriz 14, letra e.

violación al Pacto[55]. Sin perjuicio de ello, como se verá, en caso de que la medida no sea "deliberadamente" regresiva, la carga de la prueba sigue siendo del Estado, que deberá demostrar que la medida se debió a motivos ajenos a su control (por ejemplo, un desastre natural), y no podrá excusarse de cumplir con las demás limitaciones aplicables a las medidas regresivas[56].

III. 2. B. Ejemplos de medidas consideradas deliberadamente regresivas por el Comité

En sus observaciones, el Comité ha dado algunos ejemplos de medidas consideradas "deliberadamente regresivas". A saber:

A. La adopción de una legislación, práctica o política pública manifiestamente incompatible con las preexistentes obligaciones legales nacionales o internacionales relativas a los derechos consagrados en el Pacto.

Refiriéndose a derechos específicos, el Comité ha dado ejemplos de medidas regresivas de esta categoría. Por ejemplo, en lo que respecta al derecho a la educación, serían medidas regresivas la instauración de planes de estudio incompatibles con los objetivos de la educación expuestos en artículo 13.1, PIDESC, o el cierre de instituciones de enseñanza en épocas de tensión política sin ajustarse a lo dispuesto por el artículo 4, PIDESC, o la adopción de una ley que niegue la libertad académica del cuerpo docente y de los alumnos[57]. En relación al derecho al trabajo, el Comité ha calificado de medida regresiva el instaurar el trabajo forzado[58].

B. La revocación o suspensión formal de cualquier legislación que sea necesaria para seguir disfrutando de un derecho económico, social y cultural.

Al referirse al derecho a la salud, el derecho al agua y el derecho al trabajo, el Comité ha señalado de manera explícita que la suspensión o revocación formal de legislación necesaria para el disfrute de estos derechos constituirían medidas deliberadamente regresivas[59]. Teniendo en cuenta toda la "jurisprudencia" del Comité, es posible concluir que, cualquiera

[55] Esta interpretación estaría en línea con el derecho internacional general. Ver art. 61, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), y Directriz de Maastricht 13.

[56] Ver apartado IV.

[57] Observación General 13, párr. 59. Ver, también, Observaciones Finales Nigeria E/1999/22, párrs. 124-127.

[58] Ver, por ejemplo, Observación General 18, párr. 34.

[59] Ver, Observaciones Generales 14, párr. 48; 15, párr. 42; y 18, párr. 34. En el caso del derecho al trabajo, el Comité se refiere expresamente a derogación de la legislación que proteja contra del despido injustificado.

sea el derecho sustantivo involucrado, este tipo de medidas serían, *prima facie*, incompatibles con el Pacto.

En esta línea, las Directrices de Maastricht califican de violaciones a las obligaciones impuestas por el Pacto "la anulación o suspensión de cualquier legislación que sea necesaria para seguir ejerciendo un derecho económico, social y cultural que esté vigente en ese momento"[60].

C. La reducción o desviación injustificada de un gasto público destinado a la realización de derechos económicos, sociales y culturales.

Serían medidas regresivas aquellas que reduzcan o desvíen injustificadamente fondos públicos previamente destinados a la realización de los derechos consagrados en el Pacto[61]. En ocasiones, el Comité ha precisado que estas medidas serían contrarias al Pacto si la reducción o desviación resulta en la imposibilidad o limitación en el goce de los derechos y en ausencia de alguna medida compensatoria adecuada que busque proteger a los individuos afectados y asegurarles el disfrute mínimo de los derechos[62].

Las Directrices de Maastricht coinciden en considerar estas medidas como violaciones a las obligaciones impuestas por el Pacto[63].

D. La adopción de una legislación, práctica o política pública que disminuya el nivel de disfrute de los derechos por parte de los individuos.

A través del examen de los informes estatales, el Comité da especial atención a aquellas medidas que disminuyen el nivel de disfrute o goce de los derechos a la salud y a la educación. Por ejemplo, el Comité ha considerado como medidas regresivas, aquellas que reducen los subsidios estatales para servicios de salud y aquellas que imponen el pago, antes inexistente, de servicios de atención de la salud[64]. Asimismo, el Comité ha manifestado su preocupación ante medidas que reducen el alcance de programas de vacunación[65].

En relación con el derecho a la educación, por ejemplo, ha considerado como medidas regresivas aquellas que establecen el pago de matrículas escolares cuando estas tasas no existían[66], o cuando se ordena un aumento excesivo de las tasas existentes[67]. En general, es posible concluir que este tipo de medidas serían en principio incompatibles con el Pacto, cualquiera sea el derecho afectado, y le correspondería al Estado demostrar lo contrario.

IV. La carga de la prueba y la justificación del Estado

Si un Estado adopta medidas deliberadamente regresivas existirá una fuerte presunción de incumplimiento del Pacto, y recaerá sobre el propio Estado la obligación de justificar las medidas adoptadas[68].

De los trabajos del Comité se puede concluir que los Estados que busquen demostrar que la medida deliberadamente regresiva no constituye una violación del Pacto han de justificar cada uno de los siguientes elementos[69]:

A. Que la medida se ha aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles.

Para dar cumplimiento con este requisito, el Estado deberá, como mínimo, demostrar que la medida fue tomada luego de una cuidadosa planificación en la cual se analizaron las diferentes vías de acción, y donde se concluyó que la medida adoptada era la que de mejor manera respetaba las obligaciones establecidas en el Pacto. En otras palabras, el Estado ha de demostrar que, de todas las alternativas posibles, la medida adoptada era la menos lesiva.

Cabe señalar que este tipo de análisis no es ajeno a la labor que realizan los órganos de supervisión de derechos humanos. Órganos cuasi-judiciales, como el Comité de Derechos Humanos, como tribunales internacionales, como la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos examinan, con relativa frecuencia, si los Estados han tenido el debido cuidado en la elección de medidas adoptadas, en especial aquellas referidas al uso de la fuerza. En este sentido es posible encontrar casos en que se ha considerado que un Estado ha violado sus obligaciones interna-

[60] Directriz 14, letra a.

[61] Ver, por ejemplo, Observaciones Finales Ucrania E/2002/22, párr. 498.

[62] Ver, por ejemplo, Observaciones Finales Nigeria E/1999/22, párr. 124; Observaciones Finales Zimbabwe E/1998/22, párr. 77; y Observaciones Finales Ucrania E/C.12/1/Add.65, párrs. 17 y 32.

[63] Directriz 14, letra g.

[64] Ver, por ejemplo, Observaciones Finales Colombia E/2002/22, párr. 775; Observaciones Finales Nigeria E/1999/22, párrs. 124 y 126; y Observaciones Finales Mauricio E/1995/22, párr. 181.

[65] Ver, por ejemplo, Observaciones Finales Colombia E/2002/22, párr. 774.

[66] Ver, Observaciones Finales Nigeria E/1999/22, párr. 124, y Observaciones Finales Zimbabwe E/1998/22, párr. 77. Se debe notar que si se establece el pago de matrícula para el acceso a la educación primaria, se trataría de una medida que viola las "obligaciones mínimas" o "básicas" (Observación General 13, párr. 57), por lo que se trataría directamente de una violación al Pacto (ver apartado IV).

[67] Observaciones Finales Alemania E/1999/22, párrs. 321 y 336.

[68] Ver, por ejemplo, Observaciones Generales 13, párr. 45; 14, párr. 32; y 15, párr. 18.

[69] Los requisitos enunciados a continuación están contenidos en diversas Observaciones Generales del Comité. Al respecto ver, por ejemplo, Observaciones Generales 3, párr. 9; 13, párr. 45; 14, párr. 32; 17, párr. 27; y 18, párr. 21.

cionales por no haber tenido el debido cuidado en la "planificación o planeación" de las alternativas de acción[70].

B. Que la medida está debidamente justificada por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto.

Algunos autores han considerado que este requisito significa que el Estado ha de justificar que la medida regresiva ha sido tomada con el objeto "de mejorar la situación respecto de la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto"[71]. En otras palabras, que una medida regresiva para un determinado grupo de la población, no obstante, beneficia a otro sector en el disfrute de los derechos establecidos en el Pacto.

Aunque existen buenas razones para interpretar este requisito de la manera señalada, creemos, sin embargo, que una interpretación sistemática del trabajo del Comité, que tenga en cuenta, en especial, las Observaciones Generales más recientes, permitiría descartar esta lectura. En efecto, suponer que bajo el PIDESC es posible para un Estado justificar una medida que disminuya o restrinja el disfrute de los derechos de un sector de la población si ello va en beneficio de otro sector es discutible[72].

Si bien es cierto que de conformidad con la "jurisprudencia" del Comité se podría justificar una medida que restrinja o limite el goce o el ejercicio de los derechos de los más favorecidos de la población a favor de aquellos grupos más vulnerables[73], no sería posible justificar la situación contraria, puesto que ello atentaría a los objetivos mismos del Pacto que busca la protección de los grupos más vulnerables de la sociedad[74].

70 Ver, por ejemplo, Corte EDH, "McCann et al. v. Reino Unido", 18984/91, Sentencia de 27 de septiembre de 1995, y Corte IDH, "Neira Alegría v. Perú", Serie C, Nº 20, Sentencia de 19 de enero de 1995.

71 Por ejemplo, Craven señala: *"Two forms of justification appear to be envisaged by the Committee (...) Secondly, where a retrogressive measure is taken for the purpose of improving the situation with regard to the 'the totality of the rights in the Covenant'"* (Craven, M., *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1995, p. 132). En la misma línea, Abramovich y Courtis indican: "Esto significa que el Estado sólo puede justificar la regresividad de una medida demostrando a) que la legislación que propone, pese a implicar retrocesos en algún derecho, implican un avance teniendo en cuenta la totalidad de los derechos previstos en el Pacto" (cf. Abramovich y Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., ps. 109-110).

72 El mismo Craven hace notar que esta interpretación es controversial, y que podría atentar contra varios principios del Pacto. Su ejemplo es bastante explícito, según señala, este enfoque podría permitir a un Estado aumentar el número de desempleados a cambio de aumentar los salarios y el estándar de vida de la mayoría de los trabajadores (Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, cit., p. 132).

73 Y aun en este caso, el Estado tendría que cumplir con los demás requerimientos de las medidas regresivas (por ejemplo, que no haya otra medida menos lesiva y que se haga un uso pleno del máximo de los recursos).

74 El Comité ha reiterado en numerosas Observaciones Generales y Observaciones Finales que el Pacto es un vehículo de protección de los grupos más vulnerables de

Desde nuestro punto de vista, este requisito debe entenderse en su sentido literal. Es decir, el Estado que adopte una medida regresiva debe probar que ella no vulnera otras disposiciones del Pacto, en especial los artículos contenidos en la Parte II del mismo.

En particular, consideramos que un Estado que adopte medidas regresivas deberá justificar que a) la medida cumple con los requisitos establecidos en el artículo 4, PIDESC, y b) no vulnera la prohibición de discriminación contenida en los artículos 2.2 y 3 del PIDESC.

Artículo 4, PIDESC

Una medida regresiva implica una limitación en el ejercicio o goce de un derecho, por lo tanto, se debe cumplir con el artículo 4, PIDESC. Este artículo establece una serie de salvaguardas que deben cumplir los Estados que busquen establecer limitaciones al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales[75]. Según indica el artículo:

> "Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática".

Es relevante señalar que este artículo no se refiere a las limitaciones que puedan surgir debido a la falta de recursos disponibles, sino que proporciona un margen de acción para que los Estados puedan encontrar un equilibrio entre el disfrute de los derechos del Pacto por parte de los individuos y los intereses generales de la población, pero siempre teniendo en cuenta que esta norma tiene por objeto más bien proteger los derechos individuales, y no permitir la imposición de limitaciones por parte de los Estados[76].

El Comité ha sido enfático en exigir el cumplimiento de los requisitos del artículo 4, PIDESC. Así, por ejemplo, tratándose del derecho a la salud, el Comité ha señalado:

> "... un Estado Parte que, por ejemplo, restringe la circulación de personas –o encarcela a personas– con enfermedades transmisibles como el VIH/SIDA, no

la sociedad, por lo que considera contrario al Pacto que se dé protección a grupos más aventajados a costa de los menos favorecidos. Así ha señalado, por ejemplo, "Los Estados Parte deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial. Las políticas y la legislación, en consecuencia, no deben ser destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás" (Observación General 4, párr. 11).

75 Para un análisis detallado de cada una de estas salvaguardas, véase Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, cit., ps. 277-293.

76 Ver, Observación General 13, párr. 42 y Observación General 14, párr. 28.

permite que los médicos traten a presuntos opositores de un gobierno, o se niega a vacunar a los integrantes de una comunidad contra graves enfermedades infecciosas, alegando motivos tales como la seguridad nacional o el mantenimiento del orden público, tiene la obligación de justificar esas medidas graves en relación con cada uno de los elementos enunciados en el artículo 4. Esas restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por el Pacto, en aras de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática"[77].

En definitiva, para que una medida regresiva sea legítima, debe: a) ser establecida por ley; b) ser compatible con la naturaleza de los derechos; y c) tener el exclusivo objeto de promover el bienestar general de una sociedad democrática. Aunque está fuera del alcance de este artículo el referirnos en detalle a cada uno de estos requisitos, es importante señalar que son bastantes estrictos y en muchos casos difíciles de satisfacer[78]. Del trabajo del Comité, se desprende que los Estados que no cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 4, PIDESC, incurren en una violación al Pacto[79], por ende, una medida regresiva que no cumpla con esta disposición no podría justificarse.

Prohibición de discriminación

Las medidas regresivas que tengan por objeto o por resultado una discriminación en el disfrute de cualquiera de los derechos que establece el Pacto no serían válidas, puesto que violarían los artículos 2.2 y 3 del Pacto[80]. Como ha señalado el Comité, "la filosofía del Pacto [está] basada en el principio de la no discriminación y en la idea de la universalidad de los derechos humanos"[81].

El deber de respetar la prohibición de discriminación introduce considerables límites al margen de discreción que tienen los Estados para adoptar medidas regresivas conforme al Pacto. En concordancia con estas obligaciones, si un Estado Parte implementa medidas regresivas que afecten sólo a un segmento de la población en detrimento de otro, deberá de-

77 Observación General 14, párr. 28.

78 Para un análisis detallado de cada uno de los requisitos, puede verse Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, cit., ps. 277-293.

79 Ver, por ejemplo, Observación General 13, párr. 59.

80 Respecto de la inclusión de la prohibición de la discriminación indirecta (por resultado) por parte del Comité puede verse Observación General 12, El Derecho a una Alimentación Adecuada (1999), párr. 18, y Observaciones Finales Bélgica E/2001/22, párr. 484.

81 Observaciones Finales Argelia E/1996/22, párr. 293.

mostrar que la medida no es discriminatoria. Siguiendo los estándares generales en derecho internacional[82], esto significa que el Estado ha de probar que la medida: a) ha sido objetiva; b) razonable; y c) que existe una relación de proporcionalidad entre el objetivo buscado y los medios empleados[83]. Si el Estado no logra probar que se ha respetado el principio de no discriminación, la medida resultará contraria al Pacto.

En suma, para que la medida regresiva esté debidamente justificada respecto a la totalidad de los derechos impuestos en el Pacto, ésta deberá respetar las disposiciones de la Parte II del mismo, en particular, ha de cumplir con los requisitos del artículo 4, PIDESC, y con la prohibición de discriminación.

C. Que se haga un aprovechamiento pleno del máximo de los recursos disponibles por el Estado.

Para poder justificar una medida regresiva, el Estado deberá demostrar que ha realizado todos los esfuerzos para usar de manera plena el máximo de los recursos a su disposición[84]. El Comité entiende que dichos recursos incluyen no sólo los recursos nacionales sino también aquellos provenientes de la asistencia y cooperación internacional[85].

82 Está fuera del alcance de este trabajo realizar un análisis detallado del principio de no discriminación. Al respecto, puede verse Vierdag, E. W., *The Concept of Discrimination in International Law: with Special Reference to Human Rights*, Nijhoff, La Haya, 1973; Bayefsky, A.: *The Principle of Equality or Non-discrimination in International Law*, en "HRLJ", vol. 11, nº 1-2, 1990, ps. 1-34; Loenen, T. y Rodrígues, P. (eds.), *Non-discrimination Law: Comparative Perspectives*, Kluwer, La Haya, 1999; McKean, W., *Equality and Discrimination under International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1983; Dinstein, Y., *Discrimination and International Human Rights*, en "Israel Yearbook on Human Rights", vol. 15, 1985, ps. 11-27; Goldstein, S., *Reverse discrimination: reflections of a Jurist*, en "Israel Yearbook on Human Rights", vol. 15, 1985, ps. 28-42; Hannikainen, L. y Nykänen, E. (eds.), *New Trends in Discrimination Law: International Perspectives*, Turku Law School, Turku, vol. 3, nº 1, 1999; Ramcharan, B. G., *Equality and Non-discrimination*, en Henkin, L. (ed.), *The International Bill of Rights*, Columbia University Press, Nueva York, 1981, ps. 246-269; y Fredman, Sandra (ed.), *Discrimination and Human Rights: the Case of Racism*, Oxford University Press, Oxford, 2001. Asimismo, en relación al principio de no discriminación incluido en el PIDESC, puede verse Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, cit., ps. 379-420.

83 Ver, por ejemplo, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 enero de 1984 (párrs. 56-57), y Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 septiembre 2003. A nivel europeo, puede verse, por ejemplo, los casos de la Corte Europea "Marckx v. Bélgica", 6833/74, Sentencia de 13 de junio de 1979, y el caso "Lingüístico Belga", 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 y 2126/64, Sentencia de 23 de julio de 1968. En cuanto al Comité de Derechos Humanos, puede verse, por ejemplo, "Broeks v. Países Bajos" (comunicación Nº 172/1984, opinión adoptada el 9 de abril de 1987). Ver también, Observación General 18 del Comité de Derechos Humanos (1989).

84 Observación General 13, párr. 45, y Observación General 14, párr. 32.

85 Observación General 3, párrs. 9 y 11.

Aunque aún existe un debate respecto a qué se debe entender por el "máximo de recursos disponibles"[86], esta disposición requiere, por lo menos, que el Estado demuestre: a) que le ha dado prioridad a la satisfacción de los derechos establecidos en el Pacto, y b) que ha hecho un uso eficiente de los limitados recursos disponibles[87].

IV. 1. Medidas regresivas no intencionales o deliberadas

El Comité ha reconocido que en algunas circunstancias, tales como crisis económicas o desastres naturales, el Estado puede verse impedido de cumplir con las obligaciones que le impone el Pacto, incluyendo la obligación de "tomar medidas" y la prohibición de adoptar medidas regresivas. Por ejemplo, examinando el informe inicial de Honduras, el Comité notó que los esfuerzos del Estado para dar cumplimiento con sus obligaciones del Pacto, se veían obstaculizados por el hecho de que se trataba de un país "clasificado entre los países pobres muy endeudados y porque se asigna al servicio de la deuda externa hasta un 40% del presupuesto anual del país". También reconoció las dificultades que enfrentaba el Estado debido a las consecuencias del huracán *Mitch*, que había azotado al país en 1998[88].

En general, en sus Observaciones, el Comité pareciera admitir que en este tipo de situaciones algunas medidas regresivas son inevitables. Esta interpretación pareciera ir en concordancia con las normas generales del derecho internacional, que excluyen la responsabilidad estatal en caso de incumplimiento de obligaciones internacionales debido a fuerza mayor. Este tema puede ser examinado a la luz del artículo 23 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos[89] que establece:

Fuerza mayor

1. La ilicitud del hecho de un Estado que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado queda excluida si ese hecho se debe a un caso de fuerza mayor, es decir, a una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, ajenos al control del Estado, que hacen materialmente imposible, en las circunstancias del caso, cumplir con la obligación.

[86] Ver, por ejemplo, Robertson, R., *Measuring State Compliance with the Obligation to Devote the "Maximum Available Resources" to Realising Economic, Social and Cultural Rights*, en "HRQ", vol. 16, 1994, ps. 693-714.

[87] Ver, por ejemplo, Observación General 14, párr. 47.

[88] Ver Observaciones Finales Honduras E/2002/22, párr. 150.

[89] Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/Res/56/83 de 28 de enero de 2002.

2. El párrafo 1 no es aplicable si:

a) La situación de fuerza mayor se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca; o

b) El Estado ha asumido el riesgo de que se produzca esa situación.

El Comité no ha tenido la oportunidad de analizar en detalle este tipo de situaciones. Sin embargo, todo pareciera indicar que si un Estado intenta alegar fuerza mayor como justificación de una medida regresiva, tendría que demostrar, *inter alia*, a) que le ha sido "materialmente imposible" cumplir con las obligaciones del Pacto (en este caso, evitar tomar una medida regresiva); b) que existe una relación de causalidad entre la fuerza mayor y el incumplimiento; y c) que no ha contribuido intencional o negligentemente con la creación de la situación de fuerza mayor[90].

Teniendo en cuenta que muchas veces el Comité considera que el Estado no está exento de responsabilidad cuando ocurren, por ejemplo, crisis económicas inducidas por políticas de ajuste estructural[91], creemos que una de las pocas circunstancias en que una medida regresiva podría justificarse bajo la figura de "fuerza mayor" sería el caso de un desastre natural que obligue a una reasignación de fondos para enfrentar el daño causado. Sin embargo, es importante señalar que, aun enfrentados a un caso de fuerza mayor que limite los recursos existentes, los Estados están obligados a tomar las medidas necesarias para dar especial protección a los grupos vulnerables. En palabras del Comité:

> "... aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se *puede y se debe* en realidad proteger a los *miembros vulnerables* de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo" (destacado agregado).

[90] Sobrepasa la intención de este artículo referirnos en detalle a estos elementos. Para información general sobre el tema puede verse, por ejemplo, Premont, D.; Stenersen, C. y Oseredczuk, I. (eds.), *Non-derogable Rights and Status of Emergency*, Association of International Consultants of Human Rights (CID), Bruselas, 1996, ps. 27-49, y Svensson-McCarthy, Anna-Lena, *The International Law of Human Rights and Status of Exception with Special Reference to the Travaux Préparatatoires and case-law of the International Monitoring Organs*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1998. En relación con el PIDESC, puede verse Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, cit., ps. 293-303.

[91] Cuando se producen crisis económicas como resultado de la implementación de políticas de ajuste estructural propuestas por instituciones financieras internacionales, el Comité considera que los Estados no están exentos de responsabilidad, por el contrario se tiende a considerar que el Estado ha contribuido con su actuar a la creación de la situación. Para el Comité, los Estados Parte tienen la obligación de tener en cuenta las obligaciones impuestas por el Pacto en sus negociaciones con las instituciones monetarias internacionales. Ver, por ejemplo, Observaciones Finales Argentina E/2000/22, párr. 276; Observaciones Finales Bulgaria E/2000/22, párr. 236, y Observaciones Finales México E/2000/22, párrs. 396-397.

A lo largo de los años, el Comité ha reiterado esta obligación en una variedad de observaciones. Así, por ejemplo, refiriéndose al derecho a la vivienda adecuada, ha señalado:

> "11. Los Estados Parte deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial (...) El Comité tiene conciencia de que factores externos pueden afectar al derecho a una continua mejora de las condiciones de vida y que en muchos Estados Parte las condiciones generales de vida se han deteriorado durante el decenio de 1980. Sin embargo, como lo señala el Comité en su Observación General 2 (...), a pesar de los problemas causados externamente, las obligaciones dimanantes del Pacto continúan aplicándose y son quizás más pertinentes durante tiempos de contracción económica. Por consiguiente, parece al Comité que un deterioro general en las condiciones de vida y vivienda, que sería directamente atribuible a las decisiones de política general y a las medidas legislativas de los Estados Parte, y a falta de medidas compensatorias concomitantes, contradiría las obligaciones dimanantes del Pacto"[92].

La obligación de dar prioridad a la protección de los grupos vulnerables frente a crisis económicas o desastres naturales es reafirmada constantemente por el Comité, no sólo en sus Observaciones Generales, sino también en su examen de informes periódicos[93].

IV. 2. Límites a la adopción de medidas regresivas: el respeto del contenido mínimo esencial de cada derecho

El Comité ha señalado que aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación del Estado de procurar la satisfacción de al menos los niveles esenciales de los derechos consagrados en el Pacto[94]. Para el Comité estas son "obligaciones mínimas" o "básicas", que los Estados no pueden dejar de cumplir.

Si la medida regresiva afecta este contenido mínimo esencial de los derechos, ella constituirá directamente una violación al Pacto (y no una

[92] Observación General 4. La prioridad en la protección de los grupos vulnerables es una constante a lo largo de todo el trabajo del Comité, no sólo en Observaciones Generales, sino que también en el examen de informes periódicos.

[93] Ver, por ejemplo, Observación General 13, párrs. 26 y 32, y Observaciones Finales Azerbaiyán E/1998/22, párrs. 340 y 354. Es relevante señalar, por ejemplo, que en el caso de Honduras y el huracán *Mitch* señalado *supra*, el Comité solicitó al Estado que en el siguiente informe periódico le proporcionara información acerca de los progresos alcanzados para proporcionar viviendas adecuadas a los grupos "vulnerables y marginalizados que resultaron damnificados por el huracán *Mitch*". Ver Observaciones Finales Honduras E/C.12/Add.57, párr. 43.

[94] Ver, por ejemplo, Observación General 14, párr. 48, y Observación General 17, párr. 27.

mera "presunción" de incumplimiento). De esta manera, es posible concluir que para el Comité existiría un umbral mínimo del cual los Estados no podrían descender, ni siquiera en el evento de que se vean enfrentados a circunstancias externas que obstaculicen el cumplimiento pleno de las obligaciones impuestas por el Pacto[95]. El Comité ha llegado incluso a señalar que un Estado Parte "no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas (...) que son inderogables"[96].

En esta misma línea, los Principios de Limburgo relativos a la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[97] establecen expresamente que "los Estados Parte están obligados, sin reparar en el nivel de desarrollo económico, de asegurar el respeto de un mínimo de subsistencia de los derechos para todos".

Asimismo, las Directrices de Maastricht consideran que existiría una violación al Pacto si el Estado fracasa en satisfacer lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado como los niveles esenciales de satisfacción de cada uno de los derechos. Estas *Directrices* destacan además, que este mínimo esencial se aplica sin consideración de la disponibilidad de recursos de los países y cualquier otro factor o dificultad[98].

Por su parte, la Declaración de Quito también enfatiza la obligación de los Estados de garantizar niveles esenciales de los derechos, indicando que esta obligación "rige aun en períodos de limitaciones graves de recursos, causadas por procesos de ajuste, de recesión económica o por otros factores"[99].

En suma, las medidas regresivas que atenten al "contenido mínimo" de los derechos establecidos en el Pacto, no podrán ser justificadas y por

[95] Observación General 3, párr. 10.

[96] Observación General 14, párr. 47. En mi opinión, el Comité no es claro al indicar que obligaciones básicas son "inderogables". Esta afirmación podría sugerir que existen otras obligaciones del Pacto que sí podrían ser derogadas. Sin embargo, lo cierto es que el PIDESC, a diferencia, por ejemplo, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 4, PIDCP), no contempla ninguna cláusula de derogación. Por ende, ninguna norma del PIDESC es susceptible de ser "derogada". Consideramos que esta afirmación se refiere más bien a que bajo ninguna circunstancia estas obligaciones básicas o mínimas pueden incumplirse. En la Observación General 15, el Comité utiliza otra expresión: se refiere a que las obligaciones básicas no pueden "suspenderse" (Observación General 15, párr. 42). Este lenguaje tampoco parece del todo preciso.

[97] Los Principios de Limburgo fueron adoptados por un grupo de expertos de derecho internacional, en un simposio convocado por la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra, Suiza), la facultad de derecho de la Universidad de Limburgo (Países Bajos) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, de la Universidad de Cincinnati (Ohio, USA), celebrado en Maastricht del 2-6 de junio de 1986.

[98] Directriz 9.

[99] Ver sección IV, 29, letra c.

lo tanto serán consideradas una violación al Pacto. A través de los años, el Comité ha ido precisando este contenido mínimo de los derechos, proporcionando listas, más o menos exhaustivas de las "obligaciones mínimas" que tienen los Estados respecto de los derechos consagrados en el Pacto[100]. La doctrina también ha hecho un aporte significativo en este sentido[101]. Sin perjuicio de estos avances, debemos reconocer que aún se debate acerca de cómo se determina este contenido mínimo esencial de cada derecho y si este contenido mínimo es o no diferente en cada país dependiendo de sus recursos, por lo tanto, sería importante que en el futuro el Comité continúe su labor de determinación de este contenido mínimo.

V. La supervisión que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales realiza del cumplimiento de las obligaciones de "realización progresiva"

A pesar de la importancia que el Comité le ha dado en sus Observaciones Generales a la obligación de adoptar medidas progresivas y de no tomar medidas regresivas[102], lo cierto es que en la práctica, durante el examen de los informes periódicos no ha sido estricto en supervisar el cumplimiento por parte de los Estados de estas obligaciones.

Aunque en ocasiones, cuando recibe información acerca de medidas regresivas, el Comité solicita al Estado una justificación al respecto (ya sea en la "lista de cuestiones" o durante el "diálogo constructivo"), ello no lo hace de manera sistemática ni rigurosa. Además, aun cuando concluye que se han adoptado medidas regresivas deliberadas, tiende a ser muy suave en sus recomendaciones a los Estados. Por ejemplo, examinando el

100 El Comité ha proporcionado una lista de obligaciones básicas con respecto, por ejemplo, al derecho a la educación (Observación General 13, párr. 57); derecho a la salud (Observación General 14, párr. 43); derecho al agua (Observación General 15, párr. 37); derecho a la protección de los intereses morales y materiales que corresponde por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor (Observación General 17, párr. 39); y el derecho al trabajo (Observación General 18, párr. 31).

101 Ver, por ejemplo, Chapman, A y Russell, S., *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, 2002; Örücü, E., *The Core of Rights and Freedoms: The Limit of Limits*, en Campbell, T.; Goldberg, D.; Mclean, S. y Mullen, T. (eds.), *Human Rights: From Rhetoric to Reality*, Blackwell, New York, 1986, ps. 37-59; Alston, P., *Out of the Abyss: the Challenges of Confronting the New UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, en "HRQ", vol. 9, 1987, ps. 331-381.

102 Ya desde 1991, en su Observación General 3, el Comité señaló de manera enfática que las medidas regresivas son *prima facie* contrarias a las obligaciones del Pacto. Asimismo, desde 1999, el Comité incorporó en su "Modelo para redacción de observaciones generales sobre derechos específicos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", a las "medidas regresivas" como ejemplo de violaciones a los derechos sustantivos del Pacto, estableciendo la necesidad de incorporar este acápites en la redacción de futuras observaciones generales. Ver, E/2000/22 Anexo IX, sección 5.

informe de Mauricio, el Comité constató que se había impuesto el pago de derechos de matrícula en la enseñanza terciara (superior), lo que calificó de un "retroceso deliberado"[103], sin embargo, omitió incluir en la sección de "sugerencias y recomendaciones" mención alguna a esta situación. De manera similar, examinando el informe inicial de Nigeria, el Comité lamentó que "las autoridades hayan vuelto a imponer el pago de las matrículas escolares en algunos Estados e impongan el pago, antes inexistente, de los servicios de atención de la salud en los hospitales"[104]. El Comité también lamentó el hecho de que se hubiera producido un "aumento espectacular de los gastos de matrículas universitarias", así como el cierre de algunas universidades[105]. Sin embargo, a pesar de reconocer que se habían tomado estas medidas claramente regresivas en materia del derecho a la educación y a la salud, y que el tema fue discutido durante el "diálogo constructivo" con los representantes estatales, sin que éstos hayan justificado las medidas adoptadas[106], el Comité no incluyó en sus Observaciones Finales recomendación alguna al respecto.

En ocasiones, el Comité juega un rol más riguroso. Por ejemplo, examinando el tercer informe periódico de Alemania, el Comité tomó nota, con preocupación, del "aumento de las tasas universitarias, pese a que el artículo 13 del Pacto pide la introducción progresiva de una enseñanza superior gratuita"[107]. Consecuentemente, el Comité le recomendó al Estado que "evite los aumentos de las tasas universitarias, en cumplimiento del artículo 13 del Pacto"[108].

Lo cierto es que, en muchas ocasiones, la falta de una minuciosa supervisión por parte del Comité se debe a la limitada capacidad que tiene, a través del sistema de informes periódicos, para determinar si los Estados han o no tomado medidas regresivas, y para evaluar las posibles justificaciones por parte de los Estados. Para realizar este tipo de evaluación es necesario un examen complejo, que requiere no sólo de tiempo, sino también tener acceso a datos estadísticos e información empírica que, en la gran mayoría de los casos, están fuera del alcance del Comité durante el examen de los informes estatales.

Un ejemplo ilustrativo de las dificultades que debe enfrentar el Co-

103 Observaciones Finales Mauricio E/1995/22, párr. 181.

104 Observaciones Finales Nigeria E/1999/22, párr. 124.

105 Observaciones Finales Nigeria E/1999/22, párr. 126. Como lo hizo presente un miembro del Comité durante el "diálogo constructivo", durante el año 1997, el Gobierno había introducido una política que incrementaba los costos de matrícula universitaria en un 1.000 por ciento. Ver Sr. Thapalia, E/C.12/1998/SR.8, párr. 59.

106 Ver, por ejemplo, Sr. Riedel, en E/C.12/1998/SR.8, párr. 62.

107 Observaciones Finales Alemania E/1999/22, párr. 321.

108 Observaciones Finales Alemania E/1999/22, párr. 336.

mité al examinar si el Estado ha tomado o no medidas regresivas deliberadas se presentó durante el examen del tercer informe periódico del Canadá. En este caso, el Comité recibió información de que el Estado había adoptado una serie de medidas regresivas que afectaban el disfrute de los derechos establecidos en el Pacto, en particular respecto de grupos en situación desventajosa[109]. Para evaluar la información recibida, el Comité debía determinar el efecto que había producido la sustitución del "Plan de Asistencia Pública del Canadá" (CAP, por sus siglas en inglés) por un nuevo programa denominado "Transferencia en Materia de Salud y Programas Sociales del Canadá".

Evaluar si este cambio de sistema constituía una medida regresiva resultaba bastante difícil y requería de conocimientos detallados de ambos sistemas. Durante el "diálogo constructivo", el Estado alegó que las nuevas medidas no eran de carácter regresivo, sino que implicaban más bien una mejora cualitativa de los programas (si bien no cuantitativa en lo que respecta a la población beneficiada). Asimismo, el Estado argumentaba que el CAP no establecía un nivel específico de asistencia y, por ende, no establecía estándares de protección, de tal manera que pudiera considerarse que el nuevo sistema implicaba una medida regresiva[110]. Después de un examen muy meticuloso, el Comité rechazó los argumentos del Estado, que alegaba que no existían estándares previos, y concluyó que el nuevo sistema eliminaba los estándares impuestos por el sistema anterior y, por ende, imponía una medida de carácter regresivo que no había sido justificada por la delegación canadiense[111].

Es importante señalar que, en este caso, la capacidad de análisis del Comité se vio asistida por la activa participación de organizaciones de la sociedad civil durante las sesiones, y por la presentación de ambos informes paralelos, que hacían expresa mención a medidas regresivas[112]. Es altamente probable que, sin la información adicional entregada por la sociedad civil, el Comité no habría podido determinar la existencia de una medida regresiva, puesto que a esta conclusión no era posible arribar sólo con una comparación de la descripción de ambos sistemas contenida en el informe estatal.

Es muy probable que la flexibilidad o falta de rigurosidad del Comité en la supervisión del cumplimiento de la obligación de no adoptar medidas regresivas se deba a las limitaciones inherentes del sistema de informes periódicos. En efecto, la información que recibe el Comité es, en mu-

109 Observaciones Finales Canadá E/1999/22, párrs. 394-396.

110 Ver, por ejemplo, Sr. Mundie (Canadá), en E/C.12/1998/SR.47, párrs. 7 y 18, y Sr. Moher (Canadá), en E/C.12/1998/SR.47, párr. 34.

111 Observaciones Finales Canadá E/1999/22, párr. 394.

112 Ver por ejemplo, E/C.12/1998/NGO/4 y E/C.12/1998/NGO/5.

chas ocasiones, de carácter general y no contiene la suficiente precisión que le permita un análisis adecuado de la situación. Para evaluar si un programa o política pública ha tenido un efecto regresivo, muchas veces se requiere, por ejemplo, conocer cuál era el estado de disfrute de los derechos con anterioridad a que se adoptara la medida, y cuál es el nivel de disfrute o ejercicio de los derechos con posterioridad a la misma. Para ello, se necesita tener acceso a datos estadísticos precisos e información empírica que, en la gran mayoría de los casos, los Estados no proporcionan en sus informes periódicos, ni tampoco en sus respuestas a la "lista de cuestiones" ni durante las sesiones públicas[113].

Además de carencias en la información que recibe, el Comité también tiene una limitación de tiempo considerable. Recordemos que el Comité, en pleno, sólo tiene tres sesiones de tres horas cada una (más dos o tres horas que el Comité destina para la discusión privada de sus observaciones[114]) para poder examinar, concluir y elaborar sus observaciones respecto al cumplimiento por parte del Estado de todos los derechos contenidos en el Pacto. De esta forma, el tiempo que tiene el Comité para indagar acerca de medidas deliberadamente restrictivas y su posible justificación es muy escaso.

A pesar de las dificultades que tiene el Comité para realizar una evaluación apropiada de la existencia y justificación de medidas regresivas a través del sistema de informes periódicos, debemos ser enfáticos en señalar que esto no significa que el Comité no deba mejorar su práctica. En el marco de las limitaciones existentes, el Comité debería ser más riguroso y consistente en la supervisión del cumplimiento de la obligación de no regresión.

Asimismo, de adoptarse un protocolo facultativo al PIDESC que establezca un sistema de "comunicaciones" o "quejas" que permita el estudio de casos concretos[115], el Comité podrá y deberá realizar una supervisión

113 Además, muchas veces esta información tampoco es entregada por las organizaciones no gubernamentales, cuando presentan informes alternativos o paralelos o participan en las sesiones públicas en Ginebra.

114 E/2005/22, párr. 30.

115 La idea de elaborar un protocolo facultativo al PIDESC para reforzar su sistema de supervisión tiene una larga data. Se inició por el Comité en 1990. En 1997 el Comité presentó un borrador de protocolo facultativo (E/CN.4/1997/105) a la Comisión de Derechos Humanos. En 2001, la Comisión nombra un experto independiente "encargado de examinar la cuestión de un proyecto de protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" (Resolución 2001/30). En 2002, la Comisión decidió establecer un "grupo de trabajo, de composición abierta con miras a estudiar las opciones relativas a la elaboración de un protocolo facultativo" al PIDESC (Resolución 2002/24). A la fecha se han realizado tres sesiones del grupo de trabajo (2004, 2005 y 2006). Los informes del grupo de trabajo están disponibles en *www.ohchr.org/english/issues/escr/group.htm* (última revisión: febrero 2006).

más rigurosa de las obligaciones derivadas de la noción de "realización progresiva". En efecto, verificar la existencia de medidas regresivas es posible y pertinente en el marco de casos individuales. El análisis de casos concretos de violación daría al Comité la oportunidad de solicitar la información que sea necesaria y eventualmente contar con la participación de peritos o expertos que ayuden en la determinación. Asimismo, el examen de casos concretos también brindaría a los Estados la posibilidad de entregar datos más específicos que permitan justificar una política o programa con efectos regresivos.

En general, el mayor acceso a la información y la posibilidad de estudiar los efectos de una medida en una situación concreta facilitaría enormemente la evaluación que debe realizar el Comité. La determinación de si una medida regresiva ha sido contraria a las obligaciones impuestas por el PIDESC, ciertamente, nunca será una tarea fácil, pero no es una tarea imposible de realizar.

En este sentido, es importante destacar que la tarea de supervisar que no se adopten medidas deliberadamente regresivas que afecten el disfrute de derechos económicos, sociales y culturales no es ajena a la labor de tribunales domésticos[116]. Tribunales nacionales aplican la prohibición de medidas regresivas incluso cuando ello les requiera examinar los resultados de complejas políticas públicas. En este sentido, resulta ejemplar, dada la complejidad de la evaluación que tuvo que llevar acabo, la decisión de la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia T-025[117].

Esta sentencia, se refiere a la acumulación de 109 acciones de tutela interpuesta por personas desplazadas, reclamando la violación de una serie de derechos constitucionales tanto de carácter civil y político como económico, social y cultural. A pesar de que el examen de este caso requería de un alto nivel de conocimiento técnico respecto de los efectos de varias políticas públicas adoptadas por el Estado en materia de protección de las personas desplazadas –en especial aquellas medidas vinculadas con el disfrute de sus derechos económicos, sociales y culturales–, la Corte no evadió su responsabilidad y decidió examinar si dichas políticas públicas habían o no sido de carácter regresivo.

En su sentencia, la Corte señaló que las normas constitucionales relativas a los derechos económicos, sociales y culturales imponían al Estado dos tipos de obligaciones. Por un lado, el deber "de dar cumplimiento a sus obligaciones constitucionales de satisfacción progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales básicos de la población". Y, por otro lado, el "deber de abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas,

116 Sobre el particular pueden, verse las contribuciones de diferentes autores en este mismo volumen.

117 Sentencia de 22 de enero de 2004. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

programas o medidas ostensiblemente regresivos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a agravar la situación de injusticia, de exclusión o de marginación que se pretende corregir, sin que ello impida avanzar gradual y progresivamente hacia el pleno goce de tales derechos".

Aunque en su sentencia la Corte reconoció que varios componentes de la política de protección de los desplazados tenían una dimensión programática y su realización estaba sujeta a la disponibilidad de recursos, consideró que ello no significaba que el Estado pudiera sin limitación alguna adoptar medidas que, en la práctica, implicaban un retroceso, o que pudieran incumplirse eternamente. En consecuencia, la Corte concluyó que había existido una violación a la obligación de no regresión y condenó al Estado[118].

La prohibición de adoptar medidas regresivas, ha sido reiterada en varias ocasiones por la Corte Constitucional colombiana, incluso refiriéndose a las obligaciones asumidas por Colombia al ser un Estado parte del PIDESC. En efecto, en el año 2003, en otro fallo relativo a la protección de las personas desplazadas, la Corte señaló[119]:

> "... ni el Presidente de la República ni el Congreso podrían expedir válidamente normas que impliquen regresiones en la política pública de atención a desplazados, en lo relativo a la realización de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en la Carta Política; pues ello iría en contravía de la principal obligación de resultado que se deriva del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)".

En suma, reconocemos que existen ciertas limitaciones intrínsecas en el sistema de informes periódicos establecido bajo el PIDESC, que obstaculizan un adecuado monitoreo del cumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones derivadas de la noción de "realización progresiva". Sin embargo, creemos que los avances logrados por el Comité dando precisión al contenido y alcance de estas obligaciones daría sus frutos de adoptarse un sistema de quejas o comunicaciones. Conociendo de un caso individual, el Comité tendría acceso a una mayor información que le permitirá evaluar si ciertas medidas regresivas, que afectan la situación de una víctima concreta, son o no contrarias al Pacto.

118 Es relevante señalar que, en cumplimiento de este fallo, el gobierno colombiano ha debido adoptar un nuevo programa público de atención a las personas desplazadas e incrementar dramáticamente el presupuesto destinado para su atención.

119 Sentencia T-602/03 del 23 julio 2003. Magistrado ponente: Jaime Araujo Rentaría.

VI. Observaciones finales

A través de sus observaciones, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha ido definiendo el sentido y alcance de la noción de "realización progresiva" contenida en el artículo 2.1, PIDESC –norma similar a aquellas contenidas en artículo 26 de la Convención Americana y el artículo 2.1 del Protocolo de San Salvador.

Del trabajo del Comité se desprende que esta noción da lugar a dos obligaciones implícitas: a) la obligación de mejorar continuamente el disfrute de los derechos; y b) la obligación de abstenerse de tomar medidas "deliberadamente" regresivas.

El Comité no sólo ha precisado qué se debe entender por medidas regresivas "deliberadas", sino que también ha llegado a dar ejemplos bastante concretos de este tipo de medidas. Asimismo, ha sido enfático en señalar que en el caso de violaciones a las obligaciones derivadas de la noción de "realización progresiva" corresponde al Estado la carga de la prueba, delimitándose con bastante detalle cuáles son los elementos que el Estado ha de justificar.

Desgraciadamente, a pesar de esta clara determinación del sentido y alcance de la noción de "realización progresiva", durante el examen de los informes periódicos el Comité no ha supervisado el cumplimiento de estas obligaciones de manera rigurosa. Esta falencia podría explicarse en parte por las limitaciones que presenta un sistema de supervisión a través de informes periódicos.

En efecto, un sistema de supervisión de cumplimiento de un tratado internacional basado exclusivamente en el examen de informes periódicos presentados por los Estados, no le da al Comité acceso a la suficiente información técnica, necesaria para determinar si ha existido o no una violación de las obligaciones derivadas del principio de "realización progresiva". De la manera en que está establecido, este sistema tampoco le brinda a los Estados la posibilidad de justificar adecuadamente la toma de medidas regresivas.

Sin embargo, los avances logrados por el Comité en la determinación del sentido y alcance de estas obligaciones, permiten concluir que una debida supervisión del cumplimiento de las obligaciones de "realización progresiva" puede llevarse acabo a través del examen de casos individuales. De esta manera, de adoptarse un protocolo facultativo al PIDESC, que faculte al Comité a conocer de quejas individuales, se eliminarían los mayores obstáculos y se facilitaría la posibilidad de que el Comité lleve a cabo una evaluación más detallada, mejorando así la supervisión del cumplimiento de la prohibición de medidas regresivas deliberadas.

Obviamente, este tipo de determinación nunca será una tarea fácil, pero las dificultades de carácter técnico no podrían ser utilizadas por el Comité –ni por otro órgano de carácter judicial o cuasi-judicial– para excusarse de llevar acabo su labor de supervisión o vigilancia del cumplimiento de las obligaciones de los Estados Parte.

Parte II

La prohibición de retroceso en Colombia*

Rodolfo Arango**

Sumario: I. Introducción; II. Clarificación conceptual; III. Jurisprudencia colombiana sobre la prohibición de retroceso; IV. Concepción discursiva de los DESC: test de constitucionalidad; V. Conclusiones.

I. Introducción

La jurisprudencia constitucional colombiana se ha visto ante el reto de reconocer el carácter fundamental de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC) sin permitir que al mismo tiempo se desconozcan las competencias legislativas en la materia, se presente un desbordamiento del gasto público del Estado o se paralice el ejecutivo. Tal desafío ha sido enfrentado mediante dos doctrinas en apariencia contradictorias: la progresividad de los DESC y la protección de su contenido esencial.

La doctrina de la prohibición de retroceso, que se deduce directamente del principio de progresividad de los DESC, constituye un buen caso para explorar la más adecuada conceptualización de los derechos fundamentales, tema que abarca desde problemas filosóficos sobre el lenguaje de los derechos (teorías deontológicas o teleológicas de los derechos[1]), problemas teórico constitucionales (teoría interna vs. teoría externa de los derechos[2]) y problemas metodológicos sobre la forma de precisar el núcleo esencial de los DESC[3] sin desconocer su carácter progresivo.

Para un importante e influyente sector de la doctrina de los derechos fundamentales, los DESC son de desarrollo progresivo y deben ser entendidos como normas objetivas dirigidas al Estado, pero no como derechos propiamente dichos (Böckenförde 1993; Laporta 2004). El lenguaje utilizado en el PIDESC[4] o en la Convención Americana sobre Derechos Hu-

* Una versión inicial de este escrito fue presentada y discutida en el III Congreso Nacional y I Internacional de Derecho Constitucional organizado por la Universidad de Nariño, Pasto (Colombia), abril 2006.

** Profesor de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia. Conjuez de la Corte Constitucional colombiana.

1 Sen 2002, Halpin 2005.

2 Alexy 1997: 115 y siguientes.

3 Arango y Lemaitre 2003.

4 PIDESC, art. 2.1: "*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 inter-

manos[5], al referirse a ellos –tomar las medidas que estén al alcance según la disponibilidad de recursos para realizar progresivamente los derechos–, confirmaría tal intuición: los DESC serían normas programáticas que comprometen a los Estados, no derechos subjetivos. Según este enfoque, el desarrollo de los DESC depende de la decisión política interna. Así las cosas, no habría contenido esencial que garantizar, sino mandatos dirigidos al legislador para que camine en una dirección. Y no podría ser de otra forma en una sociedad democrática libre y soberana, donde es la decisión de las mayorías la encargada de la dirección política de la economía con miras a la consecución de las metas sociales. Por el contrario, los derechos civiles y políticos sí serían derechos con contenido deontológico (Habermas 1996) que imponen restricciones indirectas a la acción del Estado, en la modalidad de reglas. Las limitaciones a los derechos se entenderían como hipótesis de hecho, constitutivas de excepciones a la regla que protege verdaderas posiciones de principio. En conclusión, los DESC tendrían el vestido mal puesto: no serían derechos, sino metas políticas.

Para un sector minoritario (Alexy 1997, Abramovich/Courtis 2002; Arango 2005), en cambio, los DESC pueden entenderse como principios a realizarse en la mayor medida posible según las circunstancias fácticas y normativas concretas. Tal concepción coincide con la concepción de los derechos según Alexy, a saber, como principios o máximas de optimización. Según este enfoque, el carácter gradualista y progresivo de los derechos en general, y de los DESC en particular, no les restaría su carácter deontológico ni la fuerza jurídica. Los derechos no se comportan como reglas, sino como principios que deben ser optimizados. A esta concepción se objeta que flexibiliza los derechos; vacía su contenido deontológico mínimo y lo hace relativo a la discrecionalidad de los jueces que en cada caso fijan el contenido esencial, en desmedro de las competencias legislativas; reduce el campo de maniobra política de los gobiernos elegidos popularmente; y vulnera los principios democráticos.

nacionales, 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*"; art. 11.1: "Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. *Los Estados Parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho,* reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento".

[5] Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 2: "Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, *los Estados Partes se comprometen a adoptar,* con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, *las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*".

La prohibición de retroceso de los DESC en la jurisprudencia constitucional colombiana supera la aparente contradicción entre la progresividad y el contenido esencial de los DESC. Tal y como ha sido interpretada y aplicada por los jueces nacionales, la prohibición de retroceso revela una estructura argumentativa y discursiva de los derechos, apuntalada con un lenguaje de contenidos mínimos. El estudio de la jurisprudencia sobre la prohibición de retroceso permite construir un test escalonado de control constitucional para la defensa de los DESC en la práctica. Una teoría discursiva del derecho como la adoptada por la Corte Constitucional muestra cómo pueden conciliarse y hacerse compatibles la progresividad de los DESC y su contenido esencial, sin que sea necesario conservar el lenguaje de los "núcleos esenciales", el cual puede ser reemplazado sin perdida práctica alguna (Prieto 2003: 230 y ss.). Esta tesis es la que me propongo demostrar a continuación. Dividiré mi demostración de la tesis de la concepción discursiva de los DESC en tres apartes: I. Clarificación conceptual; II. Jurisprudencia colombiana sobre la prohibición de retroceso; y III. Concepción discursiva de los DESC.

II. Clarificación conceptual

La Corte Constitucional en ejercicio del control abstracto normativo, por vía de acción pública ciudadana de inconstitucionalidad, y por vía de la acción de tutela para la protección individual de derechos fundamentales vulnerados o amenazados en casos concretos, ha ido construyendo una estructura de análisis de constitucionalidad que aplica a la evaluación de las actuaciones públicas que afectan los DESC. Antes de exponer algunos casos representativos de lo que ha sido la construcción de dicha doctrina (apartado II) y luego de presentar lo que consideramos es una concepción discursiva del principio de no retroceso de los DESC –que incluye como corazón un test de constitucionalidad– (apartado III) es necesario hacer algunas clarificaciones conceptuales.

Los jueces constitucionales colombianos utilizan indistintamente las expresiones de prohibición de retroceso (que aquí se prefiere en forma aleatoria a las otras alternativas), de regreso, de regresividad, de medidas regresivas de los DESC. Tal advertencia es importante a la hora de diseñar la búsqueda de sentencias sobre el tema. Además, la jurisprudencia asocia directamente el prinicipio de progresividad de los DESC con la prohibición de retroceso, por lo cual la manera más fácil de localizar decisiones sobre dicha prohibición es utilizar como término de referencia el principio de progresividad. Podría afirmarse que la prohibición de retroceso es la expresión más clara del carácter normativo, y por tanto vinculante, del principio de progresividad.

La segunda clarificación remite al contenido y es semántica. ¿Son los DESC de desarrollo progresivo o tienen un núcleo esencial? La respuesta parece ser disyuntiva porque ambos extremos en principio se excluyen. De aceptarse que los DESC dependen para su realización de circunstancias normativas y fácticas, son concebibles casos de anulación absoluta de los

mismos en circunstancias extremas –por ejemplo, un *tsunami*–. Esto contraría, no obstante, la doctrina del contenido esencial, la cual prohíbe el desconocimiento de mínimos materiales. A la inversa, si se acoge la doctrina del contenido esencial y se asegura así un contenido deontológico a los DESC –de forma que sean al mismo tiempo verdaderas "cartas de triunfo" contra la mayoría–, entonces se estaría incurriendo en una especie de "intuicionismo moral", ajeno a la progresividad. En términos de la doctrina alemana, nos encontramos ante la teoría interna de los derechos, según la cual su contenido se encuentra *ab initio* prefigurado, lo que permite su defensa como reglas, siendo las excepciones los casos de mera apariencia de derechos[6].

Sin querer dar respuesta definitiva a la contradicción progresividad/contenidos esenciales, baste aquí con afirmar que el camino teórico propuesto es el de superar el lenguaje ontológico de los derechos para reemplazarlo por una concepción deliberativa o discursiva que no le tenga temor a argumentar en favor o en contra de posiciones normativas para las cuales hay razones válidas y suficientes y cuyo no reconomiento injustificado ocasiona un daño inminente a la persona (Arango 2005: 298). En adelante intentaremos, inspirados en esa concepción, reconstruir discursivamente la protección brindada por los jueces constitucionales a los DESC al interpretar y aplicar la prohibición de retroceso.

III. Jurisprudencia colombiana sobre la prohibición de retroceso

En este apartado nos referimos a algunas sentencias paradigmáticas sobre la prohibición de retroceso, con especial atención de la jurisprudencia del último lustro.

III. 1. El principio de progresividad y prohibición de retroceso

Con la promulgación de la Constitución de 1991, la Corte inauguró la defensa de los contenidos mínimos de los DESC. En Sentencia T-426 de 1992, protegió el derecho a la seguridad social de un anciano ordenando la respuesta a su caso en 48 horas luego de años de ingentes esfuerzos del interesado por cobrar su pensión. Lo hizo acudiendo a la doctrina del derecho al mínimo existencial, primer antecedente que distinguió entre contenido esencial y prestaciones de desarrollo progresivo. Pero sería sólo en 1997 cuando enunció claramente el prinicipio de progresividad en

[6] Por su parte, la doctrina del carácter progresivo, gradual y contextual equivale a la llamada teoría externa de los derechos, según la cual su contenido, en casos de colisión con otros principios de igual jerarquía, sólo puede determinarse por vía de una ponderación que atienda las circunstancias fácticas y normativas del caso. Volviendo al ejemplo extremo, de presentarse el *tsunami* habría que aceptar, en esas circunstancias, que quizá algunos de los DESC –lo que vale igualmente para los derechos civiles y políticos– no serían protegidos, temporalmente, ni siquiera en su contenido esencial.

los siguientes términos: "... el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto[7]. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional"[8].

La Corte Constitucional relaciona el principio de progresividad de los derechos sociales con el recorte a la libertad de configuración legislativa en materia de derechos sociales. Alcanzado un determinado nivel de protección, en principio todo retroceso está prohibido. Tal consecuencia se enuncia bajo la forma de una presunción de inconstitucionalidad. Toda medida posiblemente regresiva de los derechos sociales se presume contraria a la Constitución y se somete, por tanto, a un control estricto por parte de los jueces constitucionales. Además, la carga de la argumentación para desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad de la medida adoptada recae en la autoridad pública.

Un caso reciente sirve para ejemplificar lo que ha sido la aplicación del principio de progresividad. El municipio de Palmira (Valle del Cauca) otorgaba un subsidio para la construcción de vivienda. Ello en desarrollo del programa de gobierno presentado por el alcalde elegido durante el período 2001-2003. Una mujer fue beneficiada por el otorgamiento del subsidio y suscribió un contrato para la construcción de su vivienda. No obstante, por dificultades económicas, el municipio redujo el subsidio inicialmente fijado. La afectada interpuso una acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad y la vivienda digna. La Corte Constitucional le concedió la tutela y ordenó el pago integral del subsidio[9]. Al examinar las razones esgrimidas por la autoridad pública para reducir el subsidio de vivienda, la Corte adujo que si bien la difícil situación financiera de la administración municipal podría ser una razón válida para adoptar una medida de claro carácter regresivo, en el caso concreto la administración no había logrado satisfacer dicha carga argu-

[7] Al respecto, ver entre otras, las Sentencias C-251 de 1997, Fundamento 8, SU-624 de 1999; C-1165 de 2000, y C-1489 de 2000.

[8] Corte Constitucional, Sentencia C-671 de 2002, MP: Eduardo Montealegre Lynett.

[9] Sentencia T-1318 de 2005, Magistrado: Humberto Sierra Porto. Sostuvo la Corte que "la cláusula de no retroceso en materia de derechos económicos, sociales y culturales (...) en definitiva supone que una vez logrados ciertos avances en la concreción de los derechos económicos, sociales y culturales en medidas de carácter legislativo o reglamentario, las condiciones preestablecidas no pueden ser desmejoradas sin el cumplimiento de una rigurosa carga justificativa por las autoridades competentes".

mentativa porque la crisis financiera existía con anterioridad al inicio del proyecto de vivienda y la administración había cometido errores en la planeación y ejecución del proyecto, errores no atribuibles a los beneficiarios del subsidio.

Obsérvese la estructura argumentativa del control ejercido por la Corte: una vez puesto en funcionamiento el proyecto de vivienda, la prohibición de retroceso del derecho a la vivienda digna sólo podía ser exceptuada mediante razones válidas y suficientes; la crisis financiera constituye, *prima facie*, una razón válida, pero no es suficiente si tal crisis obedece a hechos cuya responsabilidad por el retroceso recae en cabeza de la administración.

III. 2. Prohibición de retroceso y principio de confianza legítima

El anterior caso sirvió igualmente a la Corte para sostener que existe una estrecha conexión entre la prohibición de retroceso del derecho social con el principio de confianza legítima[10], "pues en última instancia ambos presentan un elemento común cual es el respeto por parte de las autoridades estatales del marco jurídico o fáctico previamente creado para la satisfacción de derechos prestacionales".

III. 3. Prohibición de retroceso en procesos de ajuste estructural

Lamentablemente la Corte Constitucional parece no haber estado a la altura de su doctrina en materia del principio de progresividad de los DESC en casos de procesos de ajuste estructural adelantados por el Estado no pocas veces como consecuencia de los requerimientos de las entidades de crédito internacional. A tales procesos de adelgazamiento del Estado en su planta de personal y sus funciones, la Corte ha opuesto la prohibición de retroceso pero en una versión matizada. En Sentencia C-038 de 2004, sostuvo que a "fin de armonizarla [la norma laboral] con el mandato de progresividad, las nuevas disposiciones que reduzcan la protección a los trabajadores pueden tener aplicación inmediata, *si aparece claro que el fin constitucional que se persigue y que eventualmente podría justificar un retroceso en la protección de los derechos sociales, hace necesario aplicar la medida a los contrato en curso*" (destacado agregado). Desaparece sorpresivamente en esta sentencia la presunción de inconstitucionalidad de las medidas regresivas de los DESC y la carga de argumentación en cabeza de la autoridad pública. ¿Dónde quedaron la presunción de inconstitucionalidad de las medidas regresivas y la carga de la argumentación en cabeza de las autoridades públicas? Al parecer, la Corte cedió ante las consecuencias de declarar inconstitucional buena parte de la reforma del Estado y con-

[10] El principio de confianza legítima tiene un amplio desarrollo en la jurisprudencia constitucional. Para abarcar su estudio puede consultarse la página web de la Corte Constitucional: *www.constitucional.gov.co*.

validó medidas regresivas con el argumento de que la imperiosidad de los fines de la ley aparecía evidente.

Pero no todo el trabajo de control en procesos de ajuste estructural es negativo. En algunos casos, aunque la mayoría de carácter individual, la Corte ha impedido el despido de trabajadores justificado exclusivamente en la supresión de instituciones estatales. Esta fue la decisión en la Sentencia T-1030 de 2005. Una ciudadana interpuso acción de tutela contra el Instituto Nacional de Adecuación de Tierras –INAT– en liquidación, a fin de obtener el amparo transitorio de sus derechos, los cuales consideraba vulnerados por esta entidad al suprimir su cargo de la planta de personal. La entidad demandada argumentó que la desvinculación de la demandante obedeció a la supresión y liquidación del instituto en desarrollo del programa de renovación de la estructura de la administración pública. La Corte reiteró en esta oportunidad la Sentencia de unificación SU-388 de 2005[11] que dio prioridad al deber de protección laboral reforzada a sujetos de especial protección (en este caso, madres cabeza de familia) sobre la necesidad de reforma y reestructuración del Estado.

En la misma dirección del fallo de tutela, la Corte Constitucional en Sentencia C-991 de 2004[12], declaró inconstitucionales enunciados normativos de la ley 812 de 2003, mediante los cuales se establecían límites temporales a la figura del retén social, por considerarlas contrarias a la cláusula de progresividad. Sostuvo que "si en términos generales los retrocesos en materia de protección de los derechos sociales están prohibidos, tal prohibición *prima facie* se presenta con mayor intensidad cuando se desarrollan derechos sociales de los cuales son titulares personas con especial protección constitucional".

El caso de personas víctimas del desplazamiento interno, como se verá más adelante, es quizá la aplicación más importante del enunciado deber de protección para sujetos de especial protección.

III. 4. Prohibición de retroceso y proceso decisiorio racional

En comentada sentencia, la Corte Constitucional tuteló los derechos de personas discapacitadas a las cuales, luego de muchos años de iniciado el servicio de transporte masivo Transmilenio en la ciudad de Bogotá, no les había sido garantizado el acceso a los *buses* alimentadores del sistema.

[11] La Sentencia SU-388 de 2005 unificó la jurisprudencia relativa a la protección del retén social para las madres cabeza de familia desvinculadas de sus empleos (caso Telecom).

[12] La Corte Constitucional indicó aquí que la limitación introducida por la ley 812 de 2003 a la protección reforzada a los padres o madres cabeza de familia y a las personas con discapacidad representa un retroceso importante respecto de lo estipulado por la ley 790 de 2002 y, en consecuencia, viola la prohibición de retroceso en el nivel de protección de los derechos sociales alcanzado.

La Sentencia T-595 de 2002 ordenó a la administración pública que, en un plazo perentorio, garantizara el acceso de los demandantes al servicio de transporte. La Corte se refirió, también en esta oportunidad, a la exigibilidad de derechos con una marcada mención programática, dejando en claro que la progresividad se predica del goce efectivo del derecho y exige, entre otros, el deber de adoptar decisiones "sustentadas en un proceso decisorio racional que estructure una política pública susceptible de ser implementada, de tal manera que los compromisos democráticamente adquiridos no sean meras promesas carentes de toda vocación de ser realizadas". Es así como a la presunción de inconstitucionalidad de los retrocesos, la carga de argumentación en cabeza del Estado y el control estricto de las medidas adoptadas se suman *la exigencia de una política pública*[13] y la exigencia de su *sustentación en un proceso decisorio racional*. Claramente tal requisito tiene relación estrecha con un principio constitucional que enhebra la interpretación constitucional en materia de control estricto, a saber el principio de razonabilidad (ver *infra*), que a su vez impone requisitos adicionales a la adopción de medidas restrictivas de los DESC. En el caso de Trasmilenio, la Corte formula una subregla constitucional que permite hacer exigibles los DESC en su dimensión programática: "... si las autoridades encargadas no han tomado medidas efectivas que aseguren avances en la realización de las prestaciones protegidas por los derechos constitucionales, gradualmente van incurriendo en un incumplimiento cuya gravedad aumenta con el paso del tiempo"[14].

[13] Para la Corte, la progresividad supone la exigencia de una política pública encaminada a realizar las metas sociales del Estado. Sostiene en la citada sentencia que "la progresividad de ciertas prestaciones protegidas por un derecho requiere que el Estado incorpore en sus políticas, programas y planes, recursos y medidas encaminadas a avanzar de manera gradual en el logro de las metas que el propio Estado se haya fijado con el fin de lograr que todos los habitantes puedan gozar efectivamente de sus derechos".

[14] La doctrina completa de la Corte reza: "Así entendida la progresividad adquiere su pleno alcance constitucional. Tomar los derechos en serio exige, también, tomar la progresividad en serio, como lo han precisado los organismos internacionales competentes. En primer lugar, la progresividad se predica del goce efectivo del derecho y por lo tanto no justifica excluir grupos de la sociedad de la titularidad del mismo. En la medida en que ciertos grupos sociales, por sus condiciones físicas, culturales o socioeconómicas, sólo pueden gozar plenamente de una prestación amparada por un derecho si el Estado adopta políticas que comprometen recursos públicos y exigen medidas de orden administrativo, el carácter progresivo de estas prestaciones impide que el Estado sea completamente indiferente a las necesidades de tales grupos puesto que ello equivaldría a perpetuar su situación de marginamiento, lo cual es incompatible con los principios fundamentales en que se funda una democracia participativa. En segundo lugar, la progresividad de ciertas prestaciones protegidas por un derecho requiere que el Estado incorpore en sus políticas, programas y planes, recursos y medidas encaminadas a avanzar de manera gradual en el logro de las metas que el propio Estado se haya fijado con el fin de lograr que todos los habitantes puedan gozar efectivamente de sus derechos. En tercer lugar, el Estado puede a través de sus órganos competentes definir la magnitud de los compromisos que adquiere con sus ciudadanos con miras a lograr dicho objetivo y, también, puede determinar el ritmo con el cual avanzará en el cumplimiento de tales compromisos. Sin embargo, estas decisiones públicamente adoptadas deben ser serias, por lo cual han de estar sustentadas en un proceso decisorio *racional* que estructure una política pública susceptible de ser implementada, de tal manera que los compromisos democráticamente adquiridos no sean meras promesas carentes de toda vocación de ser realizadas. Así, cuando tales compromisos han sido plasmados en leyes y representan medidas indispensables para asegurar el goce efectivo de derechos fundamentales, los interesados podrán exigir por vía judicial el cumplimiento de las prestaciones correspondientes".

III. 5. Prohibición de retroceso y principio de proporcionalidad

La ley de flexibilización laboral (ley 789 de 2002) recortó los derechos y garantías laborales por lo cual fue demandada por inconstitucional. Aun cuando la Corte declaró ajustadas a la Carta varias disposiciones demandadas, adicionó para el caso de los derechos laborales tres condiciones para admitir medidas regresivas de derechos sociales: que no desconozcan derechos adquiridos; que respeten los principios constitucionales del trabajo; y que sean proporcionales[15]. En estricto sentido, la sentencia no avanza mucho respecto a las condiciones para exceptuar la prohibición de retroceso, más si se observa la decisión de exequibilidad de la ley de flexibilización, donde se recortaron garantías laborales a cambio de la creación de nuevos puestos de trabajo que nunca se dio. Las dos primeras condiciones poco agregan a la progresividad de los DESC, ya que de cualquier forma le está impedido al legislador desconocer derechos adquiridos o los principios constitucionales. Sólo el tercer término, la exigencia de que las medidas regresivas sean proporcionales, representa un avance de explicitación frente a la doctrina anterior, aunque limitado si se tiene en cuenta que en materia de la presunción de inconstitucional de las medidas regresivas, la Corte aplica un control estricto, lo cual supone el análisis de proporcionalidad.

Un caso posterior de ese mismo año muestra en detalle la aplicación del principio de proporcionalidad en el control constitucional de medidas regresivas en materia de salud. En Sentencia T-739 de 2004, la Corte en-

[15] Dice la Corte, en Sentencia C-038 de 2004, "que las reformas laborales que disminuyen protecciones alcanzadas por los trabajadores son constitucionalmente problemáticas por cuanto pueden afectar el principio de progresividad. Ellas podrían vulnerar la prohibición *prima facie* de que no existan medidas regresivas en la protección de los derechos sociales. Por ende, la libertad del legislador al adelantar reformas laborales de este tipo dista de ser plena, pues no sólo (i) no puede desconocer derechos adquiridos sino que además (ii) debe respetar los principios constitucionales del trabajo y (iii) las medidas deben estar justificadas, conforme al principio de proporcionalidad. Esto significa que las autoridades políticas, y en particular el legislador, deben justificar que esas disminuciones en la protección alcanzada frente a los derechos sociales, como el derecho al trabajo, fueron cuidadosamente estudiadas y justificadas, y representan medidas adecuadas y proporcionadas para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia...".

contró suficientemente justificado el traslado de pacientes con diabetes de la ciudad de residencia a otra ciudad que tuviera una unidad médica adecuada para prestar el servicio de hemodiálisis, pese que los interesados demandaban la desmejora de sus derechos a la vida digna, la salud y la seguridad social. La Corte sustentó su decisión de la siguiente manera: "*Prima facie*, el hecho de disponer la atención de los demandantes en la ciudad de Santa Marta impone condiciones menos favorables (...), por lo cual, se estaría ante una política pública contraria al principio de progresividad al derecho a la salud. Sin embargo, la Corte también advierte que el ente accionado demostró que esta decisión tuvo sustento en motivos suficientemente fundados y que estaban basados en la obligación de conservar las condiciones de seguridad médico científicas para la atención de sus pacientes con afecciones renales, las cuales están estrechamente relacionadas con la debida protección del derecho fundamental a la vida en condiciones dignas de los accionantes. Además, *no existían otras posibilidades de atención menos gravosas que el traslado de los pacientes* a Santa Marta, puesto que la única unidad renal ubicada en Riohacha era, precisamente, la que fue descalificada por la auditoria, por lo que no había otra opción distinta a reubicar a los usuarios al centro urbano más cercano. Así las cosas, la medida adoptada por el Seguro Social no es contraria al principio de progresividad" (destacado agregado).

Es de celebrar la aplicación del principio de proporcionalidad, en particular sus subprincipios de necesidad –i. e., mediante el test de inexistencia de medidas alternativas menos lesivas– y propocionalidad en sentido estricto –la amenaza al derecho a la vida era mayor que la limitación del derecho a acceder al servicio de salud más cercano–. No obstante, la Corte ha debido conceder la tutela de los derechos para precisar que el traslado sería temporal mientras se dispone de una unidad de diálisis que supla las necesidades de la ciudad de Riohacha, para lo cual ha debido establecer un plazo razonable. Ello porque a largo plazo la carga impuesta a las personas en situación de debilidad manifiesta, consistente en trasladarse de una ciudad a otra, resultaría desproporcionada.

III. 6. Prohibición de retroceso y principio de razonabilidad

En ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional declaró contraria a la Carta Política una disposición normativa de la ley 715 de 2001 que destinaba como aporte del Estado al régimen subsidiado[16] de salud un cuarto de punto (0.25) de lo aportado por los afiliados al régimen contributivo[17]. La Corte, en Sentencia C-040 de 2004, llegó a la conclusión de que la medida legislativa revisada era inconstitucional por violar los principios de universalidad y progresividad

16 Régimen de solidaridad para quienes no tienen capacidad de pago.

17 Régimen de contribución de quienes tienen capacidad de pago.

del derecho a la salud. En esta ocasión, la Corte hizo explícito que la prohibición de regreso puede violarse no sólo por "echar reversa" en las conquistas ya alcanzadas, sino también por "quedarse quieto" frente al mandato de ampliación de la cobertura del servicio de salud hasta alcanzar su universalidad. En esta sentencia se adicionan tres condiciones más al test de constitucionalidad sobre la prohibición de regreso: el principio de cota inferior o mínima, el principio de ampliación progresiva y el principio de prioridad del gasto público social sobre otras asignaciones[18].

Citando una jurisprudencia anterior[19], la Corte puntualizó que "salta a la vista que a menores recursos y mayores necesidades insatisfechas en salud, dadas las circunstancias económico-sociales que vive el país, en lugar de aumentar la cobertura de la Seguridad Social, así como la calidad del servicio, se verán necesariamente afectados en forma negativa, en desmedro del bienestar de quienes más requieren de la solidaridad de los asociados y de la actividad positiva del Estado por encontrarse en situación de debilidad por sus escasos o ningunos recursos económicos...". Sale a relucir aquí la prohibición de descender, por razones de política fiscal, por debajo de una cota inferior o mínima que asegure el cumplimiento del Estado del deber positivo de especial protección a las personas en situación de desventaja.

Adicionalmente, la Corte encontró que la norma legal desconoce el artículo 366 de la Constitución, según el cual el "gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación". Para la Corte, "la norma acusada, con el argumento de la 'racionalización del gasto público', disminuyó drásticamente los aportes del presupuesto nacional con destino a las necesidades de salud de los sectores más pobres de la población colombiana, deconociendo con ello el principio de igualdad. Dijo la Corte que dicho precepto [el demandado] desconoce el deber estatal de ampliar progresivamente la cobertura en materia de afiliación al régimen subsidiado y de esa manera cercena la posibilidad de que se den las condiciones para que toda la población pobre se beneficie del servicio de salud, meta ésta que aún no se ha logrado y por lo mismo impide constitucionalmente que se establezcan porcentajes fijos de contribución para esa finalidad".

18 En esta ocasión, la Corte sostuvo: "No puede predicarse progresividad de una disposición que no sólo establece un porcentaje invariable sino que no tiene en cuenta las circunstancias de la población pobre cuya gran mayoría todavía no ha ingresado al régimen subsidiado en salud". En Sentencia C-130 de 2002, la Corte había precisado ya que "si bien el desarrollo progresivo de la seguridad social para lograr la cobertura total de los servicios de salud para todos los habitantes del territorio colombiano debe hacerse gradualmente, para lo cual los recursos existentes en un momento dado juegan un papel determinante, esto no puede ser obstáculo para lograr esa meta en el menor tiempo posible, pues de no cumplirse con prontitud se estarían desconociendo los fines esenciales del Estado y, por ende, en flagrante violación de los artículos 48 y 49 del Estatuto Supremo".

19 Sentencia C-1165 de 2000.

III. 7. Prohibición de regreso y deber de evaluación sistemática e integral de la medida

El gobierno del presidente-candidato Álvaro Uribe Vélez logró pasar una ley en el Congreso de la República para extender el impuesto al valor agregado (IVA) a los productos de la canasta familiar, de forma que el control fiscal fuera más eficiente que en el régimen de tarifas diferenciales y de productos no gravados. Demandada la medida legislativa, la Corte, en Sentencia C-776 de 2003, fijó un claro límite al poder impositivo del Estado en defensa del derecho fundamental al mínimo vital y a la subsistencia digna. Pero además, privilegió un enfoque sistemático e integral de las normas acusadas y sus implicaciones. Para la Corte "la decisión de gravar todos los bienes y servicios de primera necesidad, sin que mediaran consideraciones acerca de las implicaciones concretas de la imposición del respectivo gravamen sobre cada uno de éstos a la luz de los principios que rigen el sistema tributario, fue *indiscriminada* y careció de la deliberación pública mínima para admitir constitucionalmente la extensión de la base del IVA en contra de los argumentos que previamente habían explicado las exclusiones y exenciones de los bienes y servicios de primera necesidad para promover la igualdad real y efectiva".

III. 8. Prohibición de retroceso y aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos

Para terminar no podíamos dejar de mencionar una sentencia que representa un importante precedente para la doctrina de la prohibición de retroceso de los DESC. Ello porque aplica en extenso el derecho y la doctrina internacionales sobre los derechos humanos de la población víctima del desplazamiento por la existencia de un conflicto armado. En la Sentencia T-025 de 2004, la Corte precisa aún más la larga lista de condiciones para admitir la constitucionalidad de medidas regresivas de los DESC, entre otras, el respeto a su núcleo esencial y el deber de atender los parámetros del derecho internacional cuando está de por medio la dignidad y la autonomía de las personas. De nuevo, si bien este examen de condiciones podría entenderse ya contenido en el control estricto de las medidas regresivas y el respeto de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, la sentencia hace explícitos y distingue los contenidos mínimos a satisfacer en cualquier tiempo frente a las víctimas del desplazamiento, e impone claras las cargas argumentativas a las autoridades que pretendan justificar un retroceso en el nivel de protección de los DESC, sobre todo tratándose de personas que gozan de la especial protección del Estado.

En su tarea de precisar el control sobre las medidas restrictivas de los DESC, la Corte delimita el alcance de los derechos mínimos de la población desplazada. Para ello distingue entre el núcleo esencial de sus derechos constitucionales fundamentales y la satisfacción de deberes prestacionales

de cumplimiento inmediato de conformidad con los compromisos internacionales del Estado en la materia[20].

La Corte Constitucional formula, además, una subregla constitucional contentiva de una hipótesis fáctica mínima y sus consecuencias normativas, de la cual deriva interpretativamente los derechos mínimos de la población desplazada. Es de advertir que la subregla constitucional presupone la existencia de un estado de cosas inconstitucional, o sea, la masiva y recurrente violación de derechos fundamentales[21]. Tal subregla establece:

> "Cuando un conjunto de personas definido y determinable por el propio Estado de tiempo atrás no pueda gozar de sus derechos fundamentales debido a un estado de cosas inconstitucional, las autoridades competentes no pueden admitir que tales personas mueran o continúen viviendo en condiciones evidentemente lesivas de su dignidad humana, a tal punto que esté en serio

[20] La Corte basa la mencionada distinción con el siguiente argumento: "Para definir el nivel mínimo de satisfacción de los derechos constitucionales de las personas desplazadas, debe hacerse una distinción entre (a) el respeto por el núcleo esencial de los derechos constitucionales, de ciertos deberes prestacionales derivados de los derechos reconocidos a nivel internacional y constitucional en cabeza de los desplazados fundamentales de los desplazados, y (b) la satisfacción, por parte de las autoridades. / En cuanto a lo primero, es claro que las autoridades *en ningún caso* pueden obrar de forma tal que terminen por desconocer, lesionar o amenazar el núcleo esencial de los derechos fundamentales constitucionales de las personas desplazadas –en la misma medida en que no pueden actuar de manera tal que afecten el núcleo esencial de los derechos de ninguna–. / En cuanto a lo segundo, observa la Sala que la mayor parte de los derechos reconocidos por la normatividad internacional y la Carta Política a las personas desplazadas imponen a las autoridades, por las circunstancias mismas en que se encuentran los desplazados, claras obligaciones de carácter prestacional, que necesariamente implicarán un gasto público –lo cual no obsta para clasificar algunos de tales derechos como fundamentales, puesto que según lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación, tanto los derechos fundamentales como los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión prestacional a cargo del Estado como ya se anotó–. En criterio de la Corte, *los derechos de marcado contenido prestacional que forman parte del mínimo que siempre ha de ser garantizado a todos los desplazados son aquellos que guardan una conexidad estrecha con la preservación de la vida en circunstancias elementales de dignidad como seres humanos distintos y autónomos* (arts. 1, 11, 12, 13, 14, 16 y 17, CP). Es allí, en la preservación de las condiciones más básicas que permiten sobrevivir con dignidad, donde se debe trazar un límite claro entre las obligaciones estatales de imperativo y urgente cumplimiento frente a la población desplazada, y aquellas que, si bien tienen que ser satisfechas, no tiene la misma prioridad, lo cual no significa que el Estado no deba agotar, al máximo posible, su capacidad institucional en asegurar el goce pleno de todos los derechos de los desplazados, como ya se dijo persona que se encuentre en el territorio colombiano. En esa medida, no pueden los desplazados ser objeto de acciones por parte de las autoridades que atenten, por ejemplo, contra su integridad personal o contra su libertad de expresión".

[21] Existe una amplia jurisprudencia sobre estados de cosas inconstitucionales. Al respecto basta acceder a la página web de la Corte Constitucional, *www.constitucional.gov.co.*

peligro su subsistencia física estable y carezcan de las oportunidades mínimas de actuar como seres humanos distintos y autónomos".

Con fundamento en esta subregla, la Corte precisa el contenido mínimo prestacional que siempre debe ser satisfecho por el Estado según las obligaciones internacionales y la compilación de criterios para la interpretación y aplicación de medidas para atender a la población desplazada contenida en los Principios Rectores[22].

[22] Dice la Corte: "Tales derechos mínimos que integran el mínimo prestacional inmediatamente exigible son: 1. El derecho a la vida, en el sentido que establece el artículo 11 CP y el Principio 10. / 2. Los derechos a la dignidad y a la integridad física, psicológica y moral (artículos 1 y 12 CP), tal y como se particularizan en el Principio 11. / 3. El derecho a la familia y a la unidad familiar consagrado en los artículos 42 y 44 CP y precisado para estos casos en el Principio 17, especialmente aunque sin restringirse a ellos, en los casos de familias conformadas por sujetos de especial protección constitucional -niños, personas de la tercera edad, disminuidos físicos, o mujeres cabeza de familia-, quienes tienen derecho a reencontrase con sus familiares. / 4. El derecho a una subsistencia mínima como expresión del derecho fundamental al mínimo vital, según está precisado en el Principio 18, lo cual significa que *"las autoridades competentes deben proveer a las personas desplazadas, así como asegurar el acceso seguro de las mismas, (a) alimentos esenciales y agua potable, (b) alojamiento y vivienda básicos, (c) vestidos apropiados, y (d) servicios médicos y sanitarios esenciales." También se dispone que las autoridades deberán realizar esfuerzos especiales para garantizar la participación plena de las mujeres en condición de desplazamiento en la planeación y la distribución de estas prestaciones básicas.* Este derecho debe leerse también a la luz de lo dispuesto en los Principios 24 a 27 (...), ya que es a través de la provisión de asistencia humanitaria que las autoridades satisfacen este deber mínimo en relación con la subsistencia digna de los desplazados. Esta asistencia humanitaria se refiere tanto a la ayuda humanitaria de emergencia, que se presta al producirse el desplazamiento, como a los componentes de asistencia mínima durante las etapas de restablecimiento económico y de retorno (...) / 5. El derecho a la salud (artículo 49 CP) cuando la prestación del servicio correspondiente sea urgente e indispensable para preservar la vida y la integridad de la persona ante situaciones de enfermedad o heridas que les amenacen directamente y prevenir las enfermedades contagiosas e infecciosas, de conformidad con el Principio 19. Ahora bien respecto de los niños y niñas se aplicará el artículo 44 y en relación con los menores de un año, se aplicará el artículo 50 CP / 6. El derecho a la protección (artículo 13 CP) frente a prácticas discriminatorias basadas en la condición de desplazamiento, particularmente cuando dichas prácticas afecten el ejercicio de los derechos que se enuncian en el Principio 22. / 7. Para el caso de los niños en situación de desplazamiento, el derecho a la educación básica hasta los quince años (artículo 67, inciso 3, CP). Precisa la Sala que, si bien el Principio 23 establece como deber del Estado proveer la educación básica *primaria* a la población desplazada, el alcance de la obligación internacional que allí se enuncia resulta ampliado por virtud del artículo 67 Superior, en virtud del cual la educación será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad, y debe comprender como mínimo un año de preescolar y nueve de educación básica. (...) / 8. En relación con la provisión de apoyo para el autosostenimiento (artículo 16 CP) por vía de la estabilización socioeconómica de las personas en condiciones de desplazamiento –obligación estatal fijada por la Ley 387 de 1997 y deducible de una lectura conjunta de los Principios Rectores, en especial de los Principios 1, 3, 4, 11 y 18, considera la Corte que el deber mínimo del Estado es el de *identificar*

Sobre la aplicación del derecho internacional como criterio de control estricto de toda aquella medida que constituya un retroceso frente al nivel de protección ya alcanzado en materia de derechos sociales, la Corte precisó:

> "... el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (...) ha señalado las condiciones para la adopción de medidas que puedan llegar a implicar un retroceso (...)
> Estas cuatro condiciones pueden ser aplicadas a todos los derechos que tengan una marcada dimensión prestacional, en razón de las condiciones específicas en que se encuentran sus titulares, y se pueden resumir en los siguientes parámetros. Primero, *prohibición de discriminación* (por ejemplo, no se podría invocar la insuficiencia de recursos para excluir de la protección estatal a minorías étnicas o partidarios de adversarios políticos); segundo, *necesidad de la medida* lo cual exige que sean estudiadas cuidadosamente medidas alternativas y que éstas sean inviables o insuficientes (por ejemplo, se han explorado y agotado otras fuentes de financiación); tercero, *condición de avance futuro* hacia la plena realización de los derechos de tal forma que la disminución del alcance de la protección sea un paso inevitable para que, una vez superadas las dificultades que llevaron a la medida transitoria, se retome el camino de la progresividad para que se logre la mayor satisfacción del derecho (por ejemplo, señalando parámetros objetivos que, al ser alcanzados, reorien-

con la plena participación del interesado, las circunstancias específicas de su situación individual y familiar, su proveniencia inmediata, sus necesidades particulares, sus habilidades y conocimientos, y las posibles alternativas de subsistencia digna y autónoma a las que puede acceder en el corto y mediano plazo, con miras a definir sus posibilidades concretas para poner en marcha un proyecto razonable de estabilización económica individual, de participar en forma productiva en un proyecto colectivo, o de vincularse al mercado laboral, así como emplear la información que provee la población desplazada para identificar alternativas de generación de ingresos por parte de los desplazados. (...) / 9. Finalmente, en relación con el derecho al retorno y al restablecimiento, las autoridades están obligadas a (i) no aplicar medidas de coerción para forzar a las personas a que vuelvan a su lugar de origen o a que se restablezcan en otro sitio; (ii) no impedir que las personas desplazadas retornen a su lugar de residencia habitual o se restablezcan en otro punto del territorio, precisándose que cuando existan condiciones de orden público que hagan prever un riesgo para la seguridad del desplazado o su familia en su lugar de retorno o restablecimiento, las autoridades deben advertir en forma clara, precisa y oportuna sobre ese riesgo a quienes les informen sobre su propósito de regresar o mudarse de lugar; (iii) proveer la información necesaria sobre las condiciones de seguridad existentes en el lugar de retorno, así como el compromiso en materia de seguridad y asistencia socioeconómica que el Estado asumirá para garantizar un retorno seguro y en condiciones dignas; (iv) abstenerse de promover el retorno o el restablecimiento cuando tal decisión implique exponer a los desplazados a un riesgo para su vida o integridad personal, en razón de las condiciones de la ruta y del lugar de llegada por lo cual toda decisión estatal de fomentar el regreso individual o colectivo de personas desplazadas a su lugar de origen, o su restablecimiento en otro punto geográfico, debe estar precedida por un estudio sobre las condiciones de orden público del lugar al cual habrán de volver, cuyas conclusiones deberán comunicarse a los interesados en forma previa al acto de retornar o restablecerse".

tarían la política pública en la senda del desarrollo progresivo del derecho); y cuarto, *prohibición de desconocer unos mínimos* de satisfacción del derecho porque las medidas no pueden ser de tal magnitud que violen el núcleo básico de protección que asegure la supervivencia digna del ser humano ni pueden empezar por las áreas prioritarias que tienen el mayor impacto sobre la población. Pasa la Corte a definir tales mínimos".

El caso de los desplazados permite, entre otras cosas, incluir a la lista de condiciones para no declarar inconstitucional una medida regresiva de los DESC la prohibición de la discriminación y la certeza del avance futuro, en el cual la disminución de la protección se conceptualiza como un paso inevitable en la senda del desarrollo progresivo. Las otras dos condiciones ya se encuentran contenidas en los requisitos de respeto a los principios de razonabilidad y proporcionalidad y de prohibición de traspasar la cota mínima o inferior de protección de los derechos (núcleo o contenido esencial).

IV. Concepción discursiva de los DESC: test de constitucionalidad

Hemos sostenido más arriba que la jurisprudencia constitucional sobre la prohibición de retroceso de los DESC permite demostrar la tesis de la concepción discursiva de los DESC. A continuación presentamos un test de argumentación escalonada para luego mostrar cómo, en efecto, la reconstrucción racional de la argumentación constitucional en forma de test de constitucionalidad refleja la concepción discursiva de los derechos. Y ello porque el legislador podrá ejercer su libertad de configuración, pero dentro del marco constitucional que exige la progresividad de los DESC y prohíbe, salvo argumentos de gran peso, el retroceso del nivel de realización alcanzado.

El test escalonado de constitucionalidad a utilizar por el juez en el control de medidas presuntamente regresivas de los DESC tiene la siguiente estructura:

Test de constitucionalidad de medidas regresivas de DESC

1. Existencia de medida que interfiere negativamente en el ámbito de un DESC (+)

2. Prohibición de retroceso de los DESC aplicada vía la presunción de inconstitucionalidad (+)

3. Se exceptúa la prohibición (desvirtuando la presunción) si se cumplen las siguientes condiciones:
   - 3.1. Validez de las razones que justifican la medida (+)
     - 3.1.1. La crisis financiera invocada no existe al momento de reconocer subsidio (+)
     - 3.1.2. La administración no es la responsable exclusiva de la crisis (+)
     - 3.1.3. Los errores no son predicables del beneficiario del subsidio (+)
     - 3.1.4. El despido no se basa exclusivamente en la supresión del cargo (entidad) (+)
   - 3.2. Suficiencia de las razones que justifican la medida
     - 3.2.1. La medida cumple con el principio de razonabilidad:
       - 3.2.1.1. No discrimina a persona o grupo específico (+)
       - 3.2.1.2. Existe una política pública para el desarrollo progresivo del derecho (+)
       - 3.2.1.3. La política pública se ejecuta dentro de un plazo razonable (+)
       - 3.2.1.4. La medida restrictiva se sustenta en un proceso decisorio racional (+)
     - 3.2.2. La medida cumple con el principio de proporcionalidad:
       - 3.2.2.1. Persigue un fin imperioso (+)
       - 3.2.2.2. Es necesaria (inexistencia de alternativas menos lesivas) (+)
       - 3.2.2.3. Es estrictamente proporcional (beneficio protección > magnitud limitación) (+)
   - 3.3. No afectación de personas con especial protección constitucional (+)
     - 3.3.1. Se cumplen los deberes específicos de protección especial (+)
     - 3.3.2. Se adoptaron las acciones afirmativas requeridas por la condición subjetiva (+)
   - 3.4. La medida permite la realización efectiva del derecho (+)
     - 3.4.1. No hay omisión absoluta (+)
     - 3.4.2. La medida permite la ampliación de la cobertura de la prestación (+)
     - 3.4.3. La medida permite el aumento de la calidad de la prestación (+)
   - 3.5. No desconocimiento de cota mínima o inferior
     - 3.5.1. No se desconoce contenido esencial del derecho (= no existe caso trágico) (+)
     - 3.5.2. Se protegió el núcleo esencial del derecho fundamental (=3.8.1.1) (+)
     - 3.5.3. El retroceso es un paso inevitable hacia la progresividad futura (+)
   - 3.6. Prioridad del gasto público social sobre otras asignaciones
     - 3.6.1. Se respeto la prioridad del gasto público social (+)
   - 3.7. Evaluación sistemática e integral del impacto de la medida
     - 3.7.1. Evaluación sistemática de impacto no muestra violación de progresividad tributaria (+)
     - 3.7.2. Evaluación integral de impacto no muestra violación de progresividad tributaria (+)
   - 3.8. Cumplimiento de los parámetros del derecho internacional
     - 3.8.1. Se atendieron las normas del PIDESC
       - 3.8.1.1. Se protegió el núcleo esencial del derecho fundamental (+)
       - 3.8.1.2. Se cumplió el deber prestacional mínimo de cumplimiento inmediato (+)
       - 3.8.1.3. Se adoptaron las medidas hasta el máximo de los recursos disponibles (+)
       - 3.8.1.4. Se justificaron las medidas frente a la totalidad de los derechos del Pacto (+)
       - 3.8.1.5. Se aplicaron las medidas tras el examen exhaustivo de las alternativas (=3.2.2.2) (+)
     - 3.8.2. Se atendieron los parámetros (Directivas) del Comité del PIDESC (+)
   - 3.9. Carga de la argumentación en cabeza de Estado
     - 3.9.1. Fue asumida por la autoridad pública (+)
     - 3.9.2. Fue satisfecha en el grado exigido en el caso concreto (+)

4. Declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad de la medida objeto de control

Las condiciones generales numeradas del 3.1 a 3.9 deben cumplirse en su totalidad para concluir la constitucionalidad de una medida regresiva de los DESC. Los numerales de más de dos dígitos tienen en ocasiones carácter ilustrativo, por lo que no todas son de necesario cumplimiento.

La prueba de fuego para la concepción de los DESC radica en el punto 3.5 que refiere a la garantía del núcleo o contenido esencial de los DESC. Surgen sobre el particular dos interpretaciones. Según la primera, de aceptarse que se trata en efecto de un contenido material inamovible e intangible, no podría entonces aceptarse el principio de progresividad en estricto sentido, salvo que se presuponga que el progreso material nunca puede retroceder. Ello porque el núcleo esencial sería siempre absoluto, mientras que la progresividad es relativa a las condiciones normativas y fácticas. Tal interpretación es inadmisible en una sociedad democrática porque presupone un intuicionismo moral en la determinación de los contenidos mínimos. Para una segunda interpretación, la cual se acoge aquí, el lenguaje esencialista sólo refleja un arcaísmo del pasado propio de doctrinas comprehensivas del mundo (Rawls 1996), incompatibles con el pluralismo y la necesidad de soluciones éticas generalmente compartidas por personas con diferentes convicciones valorativas. El concepto de núcleo o contenido esencial de los DESC puede comprenderse hoy en día como una función de justificación: representa un límite de defensa de los derechos que sólo puede ser flanqueado con argumentos de mucho peso. En principio, tal límite no puede ser desconocido salvo que se trate de circunstancias tan extremas que sea imposible evitar razonablemente el sacrificio del derecho fundamental. Se trata del caso trágico, donde de cualquier manera se acabará afectando definitivamente un derecho, como cuando en el naufragio sólo flota una tabla que resistirá a una persona y dos luchan por ella. En vista de la acumulación de saber y riqueza en el mundo, de estructuras de cooperación y acción colectiva, tal situación extrema es improbable. Vistas así las cosas, es posible aceptar que el contenido esencial de los derechos en general, y de los DESC en particular, puede sufrir un retroceso en su garantía, siempre y cuando tales retrocesos sean puntuales y estrictamente necesarios para asegurar la realización progresiva futura.

En este orden de ideas, el concepto de núcleo o contenido esencial de los DESC puede abandonarse y ser sustituido por una concepción discursiva de los derechos subjetivos expresada en términos de posiciones normativas y razones para la acción (Arango 2005). No debemos tenerle temor a argumentar sin el apoyo de un lenguaje metafísico como el expresado en la doctrina del contenido esencial.

V. Conclusiones

Hemos hecho una corta excursión por la jurisprudencia constitucional colombiana sobre la prohibición de retroceso de los DESC. Partimos de un problema teórico sobre la más adecuada conceptualización de los derechos en general y de los DESC en particular, para luego mirar las implicaciones prácticas de tal conceptualización en las sentencias del último lustro sobre la materia en el país. Del recorrido por la jurisprudencia constitucional extrajimos una estructura argumental con la cual construimos un test de constitucionalidad de las medidas regresivas de los DESC. Se trata de un test argumentativo escalonado para asegurar la progresividad en la realización efectiva de los DESC. Pretendemos que dicho test sirva a la protección de estos derechos. Sin duda, tal propuesta es susceptible de crítica, discusión y mejora. Es claro, además, que dada la diferenciación de estructura y contenido de cada uno de los DESC, el test se aplica en forma aproximada y debe ser complementado mediante condiciones propias a cada derecho, tal y como los ha venido desarrollando la doctrina internacional sobre la materia.

Bibliografía

Abramovich, Victor y Courtis, Christian (2002), *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.

Alexy, Robert (1997), *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Arango, Rodolfo (2005), *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.

Arango, Rodolfo/Lemaitre, Julieta (2003), *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital*. Bogotá: Centro de Investigaciones Sociojurídicas-CIJUS, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. Estudios Ocasionales.

Böckenförde, E.-W. (1993), *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos.

Laporta, Francisco (2004), *Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema*, en: Jerónimo Betegón Carrillo (coord.) et al., *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid, ps. 297-326.

Habermas, Jürgen (1996), *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.

Halpin, Andrew (2005), *Derecho, utilitarismo y moralidad. Observaciones preliminares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Estudios de Filosofía y Derecho nº 8.

Prieto Sanchís, Luis (2003), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Rawls, John (1996), *Liberalismo político*. Barcelona: Crítica.

Sen, Amartya K. (2002), *Economía del bienestar y dos aproximaciones a los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Estudios de Filosofía y Derecho, nº 2.

Progresividad y prohibición de regresividad en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en Argentina

Luis Campos y Gabriela Kletzel*

Sumario: I. Introducción; II. La obligación de desarrollo progresivo de los derechos sociales y la prohibición de regresividad; III. La regulación normativa de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales; IV. El análisis constitucional de la Ley de Riesgos del Trabajo; V. A modo de conclusión: acerca de las proyecciones de la jurisprudencia de la CSJN.

I. Introducción

Las políticas socioeconómicas implementadas por la Argentina durante la década de los 90 se caracterizaron por un paulatino y sostenido desmantelamiento de las instituciones características del Estado de bienestar.

Ello contribuyó a profundizar el patrón de acumulación instaurado por la dictadura militar a partir de 1976, cuyas características económicas fueron plasmadas en reformas normativas que flexibilizaron "de entrada y de salida" al contrato de trabajo y condujeron a una profunda precarización del empleo dependiente.

Las modificaciones a la legislación laboral, de esta manera, dejaron de orientarse a la protección de los derechos de los trabajadores, para transformarse en una herramienta al servicio de la acumulación capitalista[1].

El proceso de reducción de los niveles de protección de la legislación laboral fue convalidado jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, llegando al extremo de sostener que el orden público económico debía prevalecer sobre el orden público laboral[2].

* Luis Ernesto Campos es Director del Programa DESC del CELS y miembro del Observatorio de Derecho Social de la CTA. Gabriela Kletzel es abogada (UBA) y miembro del Área de Litigio y Defensa Legal del CELS. Los autores agradecen los aportes y observaciones realizados por Pablo Ceriani, Laura Pautassi y José Tribuzio.

[1] El proceso de mercantilización de las relaciones sociales dista de abarcar exclusivamente al derecho del trabajo, extendiéndose hacia la totalidad de las instituciones de política social. Similar fenómeno puede encontrarse, entonces, en materia de salud, educación, seguridad social, etc. Ver Pautassi, Laura, *Políticas sociales: ¿Fin del modelo?*, en Centro de Estudios Legales y Sociales, *Derechos Humanos en Argentina, Informe 2002*, Siglo XXI, Buenos Aires, p. 293.

[2] Esta tesis fue sostenida por la CSJN en el caso "López, Antonio Manuel c/Explotación Pesquera de la Patagonia S.A. s/accidente - acción civil", del 10/6/1992. Allí la Corte, apartándose de la jurisprudencia hasta entonces reinante en el fuero laboral, convalidó la aplicación de una tasa de interés mínima a los créditos laborales, en aras de mantener la estabilidad económica del conjunto de la sociedad. En la misma línea, en "Rodríguez, Juan c/Embotelladora Argentina", del 15/04/93, la Corte limitó la responsabilidad solidaria de los contratistas respecto de las obligaciones laborales de sus

La modificación de la composición de la Corte a partir de 2003, en parte debida a las consecuencias de la pérdida de legitimidad de sus anteriores integrantes[3], trajo consigo un cambio en la tendencia jurisprudencial referida a los derechos sociales.

En este sentido, los recientes pronunciamientos de la Corte en materia de legislación laboral y seguridad social, a los que haremos referencia en este trabajo, han retomado la tradición de reconocer jurisprudencialmente los principios fundantes del derecho del trabajo, a la vez que han incorporado argumentos propios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En este contexto, el objetivo de este trabajo consistirá en analizar la utilización, por parte de la CSJN, de la obligación de progresividad y prohibición de regresividad, a la luz de su reciente jurisprudencia en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Las razones de esta elección radican en que se trata de un caso paradigmático dentro de las reformas legislativas regresivas implementadas en la década de los 90. En efecto, como veremos posteriormente, la normativa sobre accidentes y enfermedades laborales dictada a partir de 1995 se orientó a favorecer las potencialidades de acumulación del capital, y redujo sustancialmente el nivel de protección normativa de los derechos laborales.

A su vez, dicha legislación fue objeto de un pormenorizado tratamiento jurisprudencial por parte de la CSJN, por lo que el análisis de estos pronunciamientos permitirá vislumbrar las potencialidades de utilizar la obligación de progresividad y prohibición de regresividad en el marco del análisis constitucional de la legislación local.

Para realizar este análisis, en primer lugar haremos una breve referencia a los alcances teóricos de este estándar. Posteriormente, detallaremos la evolución legislativa del sistema de protección de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en Argentina. Por último, analizaremos la jurisprudencia reciente de la CSJN, haciendo especial hincapié en la aplicación de dicho principio a la normativa en materia de accidentes y enfermedades laborales, y a las potencialidades futuras de los criterios receptados por la Corte.

subcontratistas, argumentando "el perjuicio para la economía nacional por las indudables repercusiones que ello tendría en las inversiones".

[3] El profundo proceso de crisis social, económica e institucional que desembocó en el estallido de fines de 2001 incluyó un fuerte cuestionamiento a la legitimidad de la CSJN. La totalidad de sus integrantes fueron sometidos a un juicio político, que si bien no logró la mayoría especial requerida para destituir a los jueces del máximo tribunal, sentó las bases de un proceso de recambio que, a fines de 2005, alcanzó a más de la mitad de los miembros del tribunal. Ver *Una Corte para la democracia I y II*, documentos elaborados por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), la Fundación Poder Ciudadano, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) y la Unión de Usuarios y Consumidores, disponibles en Internet, en *www.cels.org.ar*.

II. La obligación de desarrollo progresivo de los derechos sociales y la prohibición de regresividad

La Argentina incorporó la obligación de progresividad y prohibición de regresividad a su ordenamiento constitucional en el año 1994, con la inclusión de los tratados internacionales de derechos humanos en el artículo 75.22 de la Constitución nacional[4].

El artículo 2.1 del PIDESC expresa el principio de progresividad en los siguientes términos: "Cada uno de los Estados Parte 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"[5].

En este sentido, la obligación que contraen los Estados de mejorar progresivamente las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales da cuenta, por un lado, de una idea de realización progresiva de los derechos en cuestión[6] y, por el otro, de la asunción de la prohibición de adoptar políticas y, en consecuencia, normas jurídicas que deterioren el nivel de goce de los derechos económicos, sociales y culturales al tiempo de constituirse en parte del instrumento in-

[4] Entre los tratados internacionales que poseen jerarquía constitucional y receptan este principio, se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH). El referido principio también está consagrado en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Protocolo de San Salvador), instrumento del que la Argentina también es parte.

[5] Art. 2.1, PIDESC. Los arts. 1 y 26 del Protocolo de San Salvador y de la CADH, respectivamente, contienen disposiciones similares. En este sentido, el conjunto de obligaciones genéricas que los Estados asumen en relación con la totalidad de los derechos sociales se integra además, entre otras, con la obligación de adoptar medidas inmediatas, la obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos y con la prohibición de discriminación. Véase Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2003, cap. 2.

[6] En este punto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Comité DESC), órgano de aplicación y contralor del PIDESC, ha sabido destacar que "el hecho de que el pacto prevea que la realización requiere un cierto tiempo, o en otras palabras, sea progresiva, no debe ser malinterpretado en el sentido de privar a la obligación de todo contenido significativo" y que "la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser del pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Parte con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo" (La indole de las obligaciones de los Estados Parte, Observación General 3, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 5ª sesión, párr. 9, ONU Doc.E/1991/23, 1990).

ternacional respectivo, o tras cada avance sucesivo en los alcances de la protección. Se entiende así que, en tanto y en cuanto el Estado se ha obligado a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente ha asumido la proscripción de disminuir los niveles de protección de los derechos vigentes o de derogarlos, léase, ha asumido la prohibición de regresividad.

En esta línea se inscribe a su vez el texto constitucional argentino que, a partir de su reforma en 1994, postula entre las atribuciones del Congreso Nacional las de "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados vigentes sobre derechos humanos"[7].

La doctrina especializada destaca como uno de los elementos esenciales de la obligación de progresividad el deber de no adoptar cursos regresivos de acción, es decir aquellos que tengan "por objeto o por efecto la disminución del estado de goce de los derechos económicos, sociales o culturales"[8]. De esta manera, el Estado "tiene el deber de encaminarse hacia la plena efectividad de los derechos, por lo que viola la idea de progresividad su inacción, su irrazonable demora y/o la adopción de medidas que impliquen el retroceso de tales derechos"[9].

Tal como destacan Abramovich y Courtis[10], la obligación de progresividad y no regresividad se presenta como una limitación que los tratados de derechos humanos pertinentes y, eventualmente, la Constitución, imponen sobre los Poderes Legislativo y Ejecutivo a las posibilidades de restricción de los derechos sociales, y resulta así uno de los parámetros de juicio de las medidas adoptadas por el Estado en materia de estos derechos, que resulta directamente aplicable por el Poder Judicial.

En este sentido, se ha establecido que las medidas regresivas acarrean una presunción de invalidez[11], siendo únicamente válidas cuando han sido enteramente justificadas bajo escrutinio estricto. De esta manera, la verificación del carácter regresivo de una norma acarrea la necesidad de efectuar un control riguroso de la razonabilidad y legitimidad de la disposición y conlleva, de antemano, una presunción de ilegitimidad del retroceso dispuesto, quedando a cargo del Estado la alegación de las razones que justificarían la medida.

En esta línea, en palabras del Comité DESC, "cualquier medida deliberadamente regresiva requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone"[12].

Esto implica que el Estado sólo estará en condiciones de justificar la regresividad de una medida comprobando que la legislación que propone, pese a determinar retrocesos en los alcances de algún derecho, implica un avance, de tenerse en cuenta la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC. Esta restricción invalida la posibilidad de que el Estado haga uso de argumentos genéricos de política pública, disciplina fiscal o se refiera a otros logros financieros o económicos, obligándolo a señalar en concreto qué otros derechos económicos, sociales y culturales, y no cualquier otro derecho, se vieron favorecidos por la medida adoptada[13].

[7] Art. 75.23 de la Constitución nacional, incorporado con la reforma constitucional de 1994. Este artículo se relaciona, a su vez, con el art. 75.19, que consagra el principio de justicia social. Para un análisis conjunto de las disposiciones de los arts. 75.19 y 75.23 de la Constitución nacional, ver Gianibelli, Guillermo y Zas, Oscar, *Estado social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales*, en "Contextos". nº 1, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, ps. 175 y siguientes.

[8] Véase Melish, T., *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: manual para la presentación de casos*, SERGRAFIC, Quito, 2003.

[9] Melish, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, cit. En idéntico sentido, véase la Declaración de Quito acerca de la Exigibilidad y Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina y el Caribe, adoptada el 24 de julio de 1998, párr. 29.d.

[10] Abramovich y Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 95.

[11] Declaración de Quito, *supra* nota 9, párr. 29.d.

[12] Observación General 3, *supra* nota 6, párr. 9, y con referencia expresa al derecho al trabajo, El derecho al trabajo, Observación General 18, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 35ª sesión, párr. 21, ONU Doc. E/C.12/2005 del 24 de noviembre de 2003). En la misma línea, se ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al establecer que los Estados miembros deberán adoptar "todas las medidas necesarias para garantizar que la observancia de los derechos económicos, sociales y culturales no sea disminuida en ningún aspecto con el transcurso del tiempo" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, cap. III, p. 22, rec. 2, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc.9, rev.1, 1999).

[13] La jurisprudencia argentina ha sabido destacar la imposibilidad de alegar restricciones presupuestarias para justificar violaciones a derechos sociales. En esta línea, se ha establecido que "las leyes, los decretos y reglamentos, como toda otra norma, deben propender al bienestar general (...) y no es posible aceptar la invocación de problemas presupuestarios y de estructura administrativa como suficiente justificativo para poner en peligro la vida y la salud de un ciudadano (...) pues aceptar esa excusa como válida, implicaría reconocer que la escala de valores aplicada antepusiera un aspecto meramente material a uno de fondo de relevancia superior como son los derechos consagrados por nuestra Constitución, a la alimentación, a la salud y a la vida..." ("Sales, Andrés Julio y otros contra Estado Nacional - Ministerio de Trabajo sobre amparos y sumarísimos", Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social nº 9, Sentencia de 27 de octubre de 2004). A su vez, en un caso referido al derecho a la salud se expresó que "el Estado nacional, no puede utilizar como argumento una cuestión de emergencia para justificar la no provisión de medicamentos en tiempo oportuno y en contradicción a lo que él mismo se ha obligado...", *so pena* de incurrir en responsabilidad internacional ("A. V. y otros c/Estado Nacional s/amparo", Juzgado Civil y Comercial Federal nº 7, Secretaría nº 14, Sentencia de 27 de febrero de 2004).

Finalmente, en tanto y en cuanto la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos ha sido establecida "en las condiciones de su vigencia", esto es, tal como rigen en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación[14], la obligación de progresividad y prohibición de regresividad se convierte en un elemento central a los fines del análisis constitucional de las modificaciones de los marcos regulatorios de los derechos económicos, sociales y culturales. A continuación reseñaremos su aplicación concreta referida al sistema normativo que regula los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en Argentina.

III. La regulación normativa de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales

La evolución legislativa en materia de accidentes y enfermedades laborales profesionales distingue dos etapas bien diferenciadas. Por un lado, el período comprendido entre 1915 y 1995; por el otro, los años transcurridos desde 1995 hasta la actualidad.

III. 1. Legislación sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: 1915-1995

El análisis de la primera etapa permite afirmar que la Argentina fue uno de los primeros países latinoamericanos que estableció un sistema legislativo para reparar los daños padecidos por los trabajadores a raíz de enfermedades o accidentes originados con motivo o en ocasión de una relación laboral.

En el año 1915 fue sancionada la ley 9.688, que estableció la responsabilidad de los empleadores por los accidentes o enfermedades originados por el hecho o en ocasión del trabajo, y reguló en forma integral los mecanismos y cuantías de reparación[15].

Como uno de sus aspectos centrales, el artículo 17 de la ley 9.688 reconoció a los trabajadores el derecho a reclamar, alternativamente, la indemnización especial establecida en la ley o la que pudiera derivarse de la aplicación del derecho común, ya sea por dolo o culpa del empleador.

En el primero de los casos, la ley establecía la presunción de responsabilidad del empleador aunque limitada en su monto, por lo que supuestos de aplicación eran más amplios y menores los requerimientos probatorios. Por el contrario, en el reclamo basado en el derecho común, los supuestos de procedencia eran menores y la exigencia probatoria mayor,

[14] Cf. CSJN, "Giroldi, Horacio David y otro s/recurso de casación", Sentencia de 7 de abril de 1995, y "Bramajo, Hernán", Sentencia de 12 de septiembre de 1996.

[15] Ver art. 1, ley 9.688, y las leyes modificatorias 12.631, 15.448 y 18.913.

pero allí el trabajador podía acceder a una reparación integral del daño, que incluía elementos tales como el daño moral, estético, la vida de relación, el derecho a la integridad personal, la protección de la honra y la integridad[16].

Posteriormente, la incorporación en el Código Civil de los supuestos de responsabilidad objetiva mediante la aplicación de la teoría del riesgo creado[17] provocó la apertura de esta discusión en el ámbito laboral, que fue resuelta favorablemente por vía jurisprudencial[18].

El sistema establecido por la ley 9.688 fue modificado con la sanción de la ley 24.028 en el año 1991. Si bien en dicha ocasión se introdujeron importantes reformas, la nueva ley continuó reconociendo el derecho del trabajador a optar entre la indemnización especial allí establecida o la reparación integral que pudiera corresponderle por aplicación del derecho común[19].

En cuanto a la forma de pago de las indemnizaciones, originalmente la ley 9.688 previó un sistema de pagos periódicos, que fue reemplazado por un pago único en el año 1971 (Decreto ley 19.233), sistema que se mantuvo sin mayores modificaciones hasta el año 1995[20].

III. 2. Legislación sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: 1995-2005

En el año 1995 fue sancionada la ley 24.557 (en adelante, Ley de Riesgos del Trabajo o LRT). Esta ley no sólo fijó nuevas reglas para el es-

[16] Ver Maza, Miguel Á.. y Guerrero, Agustín A. A., *Recomendaciones para una urgente reforma a la ley 24.557 sobre Riesgos del Trabajo*, Lexis nº 0003/400326, en *www.lexisnexis.com.ar.*

[17] La ley 17.711, de 1968, incorporó este supuesto de responsabilidad objetiva en el art. 1.113 del Código Civil.

[18] En el ámbito de la justicia nacional, el fallo plenario nº 169 de la CNAT, "Alegre, Cornelio c/Manufactura Algodonera Argentina", del 14 de octubre de 1971, estableció que "en caso de haberse optado por la acción de derecho común a que se refiere el art. 17 de la ley 9.688, es aplicable el art. 1.113 del Código Civil, modificado por la ley 17.711". Ver Vázquez Vialard, Antonio, *Análisis de la LRT a los cinco años de su aplicación*, en "Revista de Derecho Laboral", 2001-2, Ley de Riesgos del Trabajo I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 27.

[19] El art. 16 de la ley 24.028 disponía que "el trabajador o sus causahabientes, según el caso, podrán optar entre los derechos e indemnizaciones que le corresponden según el sistema de responsabilidad especial que se establece en esta ley o los que pudieran corresponderle según el derecho civil. Sin embargo, ambos sistemas de responsabilidad son excluyentes y la iniciación de una acción judicial o la percepción de cualquier suma de dinero en virtud de uno de ellos, importa la renuncia al ejercicio de las acciones y derechos y al reclamo de las indemnizaciones que pudieran corresponderle en virtud del otro". De esta manera, se mantuvo la posibilidad de recurrir a la ley especial o de optar por la aplicación de la normativa civil, recepcionando a su vez el criterio jurisprudencial que reconoció la aplicación de la doctrina del riesgo creado a los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales.

[20] Foglia, Ricardo, *Sobre la forma de pago periódica de algunas prestaciones dinerarias de la LRT*, en "Jurisprudencia Argentina", IV número especial, 2004, ps. 43-44.

tablecimiento y cobro de las indemnizaciones derivadas de accidentes y enfermedades laborales, sino que modificó de raíz el paradigma que regulaba este sistema de reparación de daños.

En cuanto a las razones que dieron origen al nuevo sistema, los fundamentos del proyecto de ley insertan a la LRT en el marco del programa de reformas estructurales implementadas en Argentina en la década de los 90, destinado a "recuperar la capacidad de crecimiento y desarrollo, sobre la base de la modernización de las instituciones económicas y sociales"[21]. De esta manera, nociones tales como "previsibilidad económica" y "costos laborales" se convirtieron en ejes centrales de la legislación laboral[22].

Al respecto, Vasilachis de Gialdino analiza la normativa de accidentes y enfermedades laborales teniendo en cuenta las representaciones sociales "creadas para justificar la reducción de derechos adquiridos arduamente por los trabajadores". En este sentido, señala que la inclusión de la palabra *riesgos*, en la denominación de la norma, induce a suponer no la protección de la salud del trabajador con respecto a las condiciones de trabajo, sino que refiere a los riesgos que pueden afectar al capital de la empresa en el supuesto de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Lo mismo sucede con la palabra "costos" que antes aludía a los costos sociales (consecuencia de la pérdida de la salud física, mental y social del trabajador) y ahora, tanto en las noticias de la prensa escrita como en las normas que se dictan para regular la relación de trabajo, refiere al costo económico y la necesidad de su previsibilidad para las empresas[23].

Realizar una comparación exhaustiva del tratamiento legislativo de accidentes y enfermedades laborales antes y después de la LRT excedería,

[21] Para un desarrollo extenso de los fundamentos oficiales del proyecto de Ley de Riesgos del Trabajo, ver Giordano, O.; Torres, A. y Bettiol, M., *Riesgos del trabajo. La modernización de las instituciones laborales en Argentina*, Fundación de Trabajo, t. I-II, Buenos Aires, 1996. Estos autores señalan que en la medida que las instituciones laborales "no se adecuen a las necesidades que imponen los mercado volátiles y agresivamente competitivos y a cambios tecnológicos vertiginosos, se constituyen –independientemente de los objetivos que en su momento justificaron su aplicación– en una traba para la generación de empleos. Esta es la razón medular por la cual se justifica revisar, a la luz de los nuevos escenarios, el andamiaje regulatorio que condiciona el funcionamiento del mercado de trabajo" (p. 19).

[22] En este proceso no puede dejar de mencionarse la creación, a partir de la ley 24.557, de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (ART). Se trata de empresas privadas, con fines de lucro, encargadas de pagar las indemnizaciones o rentas por las incapacidades o muertes por causas laborales, desligándose los empleadores de las consecuencias de los infortunios laborales. En su gran mayoría las ART fueron controladas por el sector financiero de la economía que, en cierto sentido, fue el principal beneficiario de la sanción de la LRT.

[23] Vasilachis de Gialdino, I., *La construcción de representaciones sociales en torno a la Ley de Riesgos del Trabajo*, en VIII Congreso de Política Social, Laboral y Previsional, FAES: 305-325, Buenos Aires, 1996.

con creces, los objetivos y alcances de este trabajo[24]. En consecuencia, haremos referencia a dos de los principales aspectos que fueron analizados por la CSJN en su reciente jurisprudencia: a) el derecho de recurrir, alternativamente, a la indemnización emergente de la ley especial, o a las reparaciones derivadas de la aplicación del derecho común a fin de obtener una reparación integral; y b) la forma y plazos de pago de los daños padecidos por el trabajador infortunado.

Con relación a la posibilidad de optar entre la indemnización establecida en la legislación especial y la derivada de la aplicación del derecho común, el artículo 39.1 de la ley 24.557 dispuso que "las prestaciones de esta ley eximen a los empleadores de toda responsabilidad civil, frente a sus trabajadores y a los derechohabientes de éstos, con la sola excepción de la derivada del artículo 1072 del Código Civil".

Como consecuencia de esta disposición, el trabajador perdió el derecho de recurrir al derecho civil a los fines de acceder a una reparación integral por las consecuencias dañosas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, con la sola excepción del dolo por parte del empleador. De esta manera, sólo subsiste la posibilidad de acceder a una indemnización tarifada, sin que pueda alegarse la existencia de otros daños susceptibles de ser reparados.

A su vez, la redacción original de la ley 24.557 dispuso que para el caso de incapacidades mayores a un 20%, la indemnización resultante sería abonada por medio de una renta mensual vitalicia, cuya suma total no podría en ningún caso superar un monto fijo preestablecido[25].

En lo que sigue haremos referencia a los principales argumentos constitucionales esgrimidos por la doctrina y la jurisprudencia para descalificar el sistema de la ley 24.557, para luego adentrarnos en la utilización de la

[24] Al respecto, puede consultarse Ackerman, M., *La ley sobre riesgos del trabajo y la responsabilidad civil del empleador* en *Derecho del trabajo*, Buenos Aires, 1996; Goldín, A., *El trabajo y los mercados. Sobre las relaciones laborales en la Argentina*, Eudeba, Buenos Aires, 1997; Pautassi, L., *Derechos sociales y democracia. La reforma en el sistema de políticas sociales en Argentina*, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 1999 (mimeo).

[25] Ver arts. 14 y 15 ley 24.557. Al respecto, en el mes de diciembre de 2000 el gobierno nacional dictó el decreto 1278/00 que, sin conmover la lógica de la ley 24.557, impuso modificaciones importantes a los montos y modalidades de pago de las prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Se trató, en este caso, de un intento legislativo de preservar el sistema frente a un importante activismo jurisprudencial contrario a su constitucionalidad. En efecto, si bien al momento de implementarse estas modificaciones no existía ningún pronunciamiento de la CSJN sobre la constitucionalidad de la ley 24.557, no menos cierto es que existían numerosos pronunciamientos judiciales de tribunales inferiores que cuestionaban diversas disposiciones de esta ley por reputarlas contrarias a los derechos consagrados en la Constitución nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos.

obligación de progresividad y no regresividad, por parte de la CSJN, en oportunidad de fallar en los casos "Gorosito"[26], "Aquino"[27] y "Milone"[28].

IV. El análisis constitucional de la Ley de Riesgos del Trabajo

IV. 1. Un intento de "convalidación jurisprudencial" de la LRT: el caso "Gorosito"

Los primeros pronunciamientos contrarios a la constitucionalidad de la ley 24.557 provinieron de los tribunales de trabajo de la provincia de Buenos Aires[29]. A partir de entonces, se desencadenó una sucesión de fallos, provenientes de innumerables juzgados, tribunales y cortes locales que analizaron, en su gran mayoría críticamente, el nuevo sistema de reparación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales[30].

Sin embargo, la CSJN recién analizó un aspecto de fondo de la LRT a comienzos de 2002, en el caso "Gorosito". En dicha ocasión, la Corte convalidó la constitucionalidad de la LRT, en tanto imposibilitaba a los trabajadores recurrir a las disposiciones del derecho común para obtener una reparación integral por las consecuencias derivadas de accidentes y enfermedades laborales.

Las particularidades de este caso, y su relación con los fallos dictados por la Corte durante el año 2004, hacen necesario un análisis en detalle de sus alcances e implicancias.

En primer lugar, es necesario señalar que en el caso "Gorosito" la Corte no pudo efectuar un análisis comparativo de las consecuencias de la aplicación de ambos marcos regulatorios. En efecto, se trató de una discusión abstracta, por cuanto el tribunal de origen había decretado la inconstitucionalidad del artículo 39 de la ley 24.557 como medida previa al dictado de la sentencia sobre el fondo. De esta manera, la Corte carecía de los elementos mínimos para verificar si, en el caso llevado a su conocimiento, se habían elevado o disminuido los niveles de protección de los derechos de los trabajadores.

26 CSJN, "Gorosito, Juan c/Riva S. A. s/daños y perjuicios", Sentencia de 1 de febrero de 2002.

27 CSJN, "Aquino, Isacio v. Cargo Servicios Industriales S. A.", Sentencia de 21 de septiembre de 2004.

28 CSJN, "Milone, Juan A., v. Asociart S. A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo", Sentencia de 26 de octubre de 2004.

29 Ackerman, Mario, *Extemporaneidad y abstracción en la declaración de inconstitucionalidad del artículo 39 de la LRT por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires*, en "Revista de Derecho Laboral", 2002 - 1, Ley de Riesgos del Trabajo II, p. 27, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002.

30 Un extenso compendio de fallos sobre la ley 24.557 se encuentra en Ackerman, Mario y Maza, Miguel Ángel, *Ley sobre riesgos del trabajo. Aspectos constitucionales y procesales. Digesto jurisprudencial y normativo*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999.

En segundo lugar, la Corte evitó confrontar la disposición del artículo 39 de la ley 24.557 con las obligaciones estatales provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a pesar de la jerarquía constitucional ya receptada en el artículo 75.22 de la CN. De esta manera, no realizó ninguna mención expresa a la obligación de progresividad y, especialmente, a la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales.

Por cierto que la Corte no se privó de expresar que "nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentaciones y que la derogación de una ley común por otra posterior no afecta derecho alguno emanado de la Constitución nacional"[31]. Como complemento de este principio, puntualizó que el derecho a recurrir a las disposiciones del derecho común, y por ende acceder a una reparación plena, era susceptible de ser limitado (e incluso eliminado mediante su sustitución por otro sistema cerrado) por una decisión de política legislativa[32].

A pesar de los deseos de quienes defendían la constitucionalidad de la ley 24.557[33], la doctrina sentada por la Corte en "Gorosito" estuvo muy lejos de clausurar el debate constitucional al respecto.

En este sentido, los tribunales inferiores continuaron desarrollando argumentos destinados a contrastar las disposiciones de la LRT a la luz de la Constitución nacional y los tratados internacionales de derechos humanos[34].

La principal derivación de "Gorosito" consistió en postergar el análisis constitucional de la LRT para el momento que los jueces se pronunciaran sobre el fondo de la cuestión. De esta manera, se promovió la comparación entre las consecuencias de aplicar, a casos concretos, el sistema previsto en la nueva ley o la reparación integral emergente de la aplicación del derecho común.

Como veremos a continuación, éste fue el camino seguido por la CSJN, en su nueva composición, a partir de los fallos "Aquino" y "Milone"[35].

31 CSJN, "Gorosito", cons. 7.

32 CSJN, "Gorosito", cons. 5, 6 y 16. Los alcances de la doctrina sentada por la CSJN en el caso "Gorosito", por ende, se limitan a afirmar, por un lado, que el Estado está facultado a modificar los regímenes normativos y, por el otro, a postular que no es posible predicar en abstracto la existencia de afectaciones a derechos de raigambre constitucional por lo que el análisis constitucional debe ser realizado caso por caso.

33 Ver, por ejemplo, el editorial del diario "La Nación" del 9 de febrero de 2002.

34 En el ámbito de la CNAT la mitad de las salas continuaron insistiendo con la inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24.557. Ver, al respecto, Ojeda, Raúl, *Repercusiones jurisprudenciales del fallo "Gorosito vs. Riva"*, en "Revista de Derecho Laboral", número extraordinario 2003, ps. 67 y siguientes.

35 Dejaremos deliberadamente al margen de nuestro trabajo el análisis del caso "Castillo, Angel c/Cerámica Alberdi S. A.", fallado por la CSJN el 7 de septiembre de 2004, también referido a la ley 24.557. En dicho caso la Corte declaró la inconstitucionalidad de las normas que establecían la competencia federal en materia de reclamos por

IV. 2. La obligación de progresividad y la prohibición de regresividad en la jurisprudencia de la CSJN: los casos "Aquino" y "Milone"

Tal como destacáramos anteriormente, tras variar la composición de la Corte Suprema de Justicia argentina durante el período 2003-2004, su jurisprudencia parece haberse volcado hacia una mayor recepción de los estándares internacionales de derechos humanos y, entre ellos, de la obligación de desarrollo progresivo en materia de derechos sociales[36]. Los casos "Aquino" y "Milone" constituyen interesantes ejemplos de esta tendencia. Es de destacar que, amén de haberse decidido durante el mismo año, ambos comparten además otra singular característica: la impugnación constitucional de la Ley de Riesgos del Trabajo.

IV. 2. 1. Sobre la exclusión de la reparación integral por la vía del derecho común: el caso "Aquino"

Isacio Aquino, de 29 años de edad, fue víctima de un serio accidente en 1997 al caer de un techo de chapa de unos diez metros de altura en el que se encontraba trabajando en el emplazamiento de una membrana, sin que se le hubiera provisto elemento de seguridad o mecanismo de protección alguno. Producto del siniestro quedó imposibilitado de realizar cualquier actividad, en su especialidad o en cualquier otra, al padecer una incapacidad del 100% de la llamada total obrera.

El eje del caso fue la constitucionalidad del artículo 39, párrafo 1, de la ley 24.557, en tanto excluye, a diferencia de las regulaciones anteriores en la materia (art. 17 de la ley 9.688 y art. 16 de la ley 24.028), la opción para el trabajador damnificado por un accidente de trabajo o enfermedad profesional de reclamar a su empleador una indemnización plena –salvo caso de dolo– derivada de la aplicación del régimen de responsabilidad del Código Civil argentino[37].

enfermedades profesionales y accidentes de trabajo. Si bien se trató de un importante precedente en materia de acceso a la justicia, ya que recurrir a los tribunales locales resulta mucho más sencillo que plantear los reclamos en el ámbito federal, lo cierto es que en dicha ocasión la Corte no realizó ningún análisis referido a la aplicación de los principios del derecho internacional de los derechos humanos a su análisis constitucional.

[36] A pesar de la mayor receptividad evidenciada por el Alto Tribunal en materia de estándares de derechos humanos, no puede dejar de hacerse notar que tal predisposición no se ha plasmado en todos los casos en los que, en su nueva integración, ha sido llamada a intervenir. Un ejemplo en este sentido ha sido la sentencia dictada el 27 de septiembre de 2005 en el caso "Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c/Provincia de Salta y otro s/acción declarativa de certeza", donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidó la decisión del Gobierno de Salta de someter a consulta popular vinculante el derecho a la propiedad comunitaria de las tierras tradicionales de una comunidad indígena de la provincia.

[37] La relevancia práctica de esta cuestión reside en que la ley 24.557 no admite otro daño que no sea la pérdida de la capacidad de ganancias por el trabajador, mientras que el reclamo fundado en el derecho común se integra con elementos tales como el daño moral, estético, la vida de relación, el derecho a la integridad personal, la protección de la honra y la integridad, del nivel de vida adecuado, de la familia y de la propiedad privada. Véase Asociación por los Derechos Civiles, *La Corte y los derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003-2004*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2005, p. 403; Mark, Mariano, *Nuevas tendencias jurisprudenciales de la Corte en materia de Derecho del trabajo*, en "Jurisprudencia Argentina", IV número especial, 2004, p. 28; y Grisolía, Julio A., *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Lexis nº 5610/006035, en *www.lexisnexis.com.ar*.

Tanto en primera como en segunda instancia, la justicia nacional del trabajo declaró la inconstitucionalidad de la disposición, al entender que el régimen indemnizatorio de la Ley de Riesgos del Trabajo resultaba marcadamente insuficiente y no conducía a la reparación plena e integral que ha de garantizarse al trabajador de acuerdo con el artículo 14 *bis* del texto constitucional y otras normas de instrumentos internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional conforme el artículo 75.22 de la Constitución nacional.

La Corte Suprema de Justicia evaluó la normativa cuestionada a la luz de los principios y derechos constitucionales afectados y sostuvo que en el caso la aplicación del artículo 39 de la ley 24.557 resultaba inconstitucional.

Al respecto, la Corte entendió que la disposición en cuestión desnaturalizaba el principio *alterum non ladere* del que emana el derecho a la reparación integral en materia de daños, así como el principio protectorio en materia laboral y, en consecuencia, "el derecho a condiciones dignas y equitativas de labor" que surge del artículo 14 *bis* de la Constitución nacional.

Seguidamente, la Corte realizó una comparación entre el sistema existente desde 1915 hasta 1995, y el sistema vigente desde entonces, concluyendo que en el caso se había verificado una reducción en el nivel de protección del derecho en cuestión.

Es en el marco del voto de los jueces Zaffaroni y Petracchi[38] donde se abordan con mayor extensión las implicancias de la concesión de jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos frente al tema bajo análisis[39] y, consecuentemente, se analiza expresamente la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Así, se estipula:

[38] La sentencia se compone de los siguientes votos: el voto de los jueces Zaffaroni y Petracchi; el voto de los jueces Belluscio y Maqueda (al que adhiere el juez Boggiano); y, finalmente, el voto de la juez Highton de Nolasco.

[39] Courtis, C., *La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud en la Argentina*, en Abramovich, V., Courtis, C. y Bovino, A. (comp.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)*, Editores del Puerto, Buenos Aires (en prensa).

"... es un hecho notorio que la LRT al excluir la vía reparatoria del Código Civil, eliminó para los accidentes y enfermedades laborales un instituto tan antiguo como este último (...) que los cuerpos legales específicos no habían hecho más que mantener, como fue el caso de la ley 9.688 de accidentes de trabajo, sancionada en 1915. Ahora bien, *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 éste 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' (artículo 2.1) (...) Luego, se siguen del citado artículo 2.1 dos consecuencias: *por un lado, los estados deben proceder 'lo más explícita y eficazmente posible' a fin de alcanzar dicho objetivo; por el otro, y ello es particularmente decisivo en el* sub lite, *'todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo a este respecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos del que se disponga'*"[40] (destacado agregado).

A continuación, haciéndose eco de las palabras del Comité DESC, los ministros aseveran que existe "una fuerte presunción" que contraría la

[40] Del voto de los jueces Zaffaroni y Petrachi en "Aquino", cons. 10. Aunque sin referirse expresamente al principio de progresividad y no regresividad, los restantes votos se pronuncian en un sentido similar. Así, la juez Highton de Nolasco sostiene "Que es un hecho notorio que la ley de riesgos del trabajo, al haber excluido la vía reparatoria del Código Civil –con excepción de la derivada del art. 1072– eliminó, para los accidentes y enfermedades laborales, un instituto tan antiguo como este último, que los cuerpos legales específicos no habían hecho más que mantener, como fue el caso de la ley 9.688, sancionada en 1915. Tal exclusión resulta censurable en la medida en que traduce el abandono de los preceptos constitucionales de protección al trabajador, que se ve privado, por su sola condición de tal, de acceder a la justicia en procura del amparo de sus derechos que, paradójicamente, tienen expreso y especial reconocimiento en la Ley Fundamental y en los pactos de igual jerarquía que le acceden" (cons. 12); mientras que los jueces Belluscio y Maqueda, con la adhesión del juez Boggiano, postulan "Que, desde otro ángulo, es un hecho notorio que la LRT, al haber excluido la vía reparadora del Código Civil (con excepción de la derivada del art. 1072) eliminó, para los accidentes y enfermedades laborales, un instituto tan antiguo como este último (v. *Fallos:* 123:379), que los cuerpos legales específicos no habían hecho más que mantener, como fue el caso de la ley 9.688 de accidentes, sancionada en 1915 (art. 17). Sin perjuicio de que tal exclusión no resulta en principio censurable, sí lo es –como se advirtió en los considerandos precedentes– en la medida en que se invoque y demuestre que el desarraigo del principio general que aquella vía reglamenta, comporta un menoscabo sustancial al derecho a la adecuada reparación. Para esta Corte, es justo y razonable que la legislación contemple el abanico de intereses y expectativas que pone en juego la relación laboral con motivo de un accidente o enfermedad, en términos que atiendan, equilibradamente, a todos los actores comprometidos en ese trance. Empero, esto es así bajo la inexcusable condición de que los medios elegidos para el logro de dichos fines y equilibrios resulten compatibles con los principios, valores y derechos humanos que la Constitución nacional enuncia y manda respetar, proteger y realizar; lo cual no ha sucedido en el caso (cf. arts. 28 y 75, inc. 22, Constitución nacional)" (cons. 10).

posibilidad de que aquellas medidas que impliquen un retroceso en el marco de protección de un derecho social, resulten compatibles con las obligaciones impuestas por el PIDESC. Con el fin de enfatizar esta posición, el voto hace expresa mención a los desarrollos que, en relación con la obligación de progresividad y prohibición de regresividad, surgen tanto de sentencias de tribunales constitucionales de otros países[41], como de observaciones generales de comités de supervisión de los pactos internacionales y hasta de las recomendaciones finales de esos comités frente a informes estatales[42].

Los jueces Zaffaroni y Petracchi consideran que la ley 24.557 no sólo no se enrola en la línea de la obligación que prescribe el PIDESC de lograr el desarrollo progresivo en el reconocimiento y plena realización de los derechos sociales sino que, por el contrario, implica un marcado retroceso en los alcances de la protección de derechos tales como el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo y el derecho a la salud, al excluir la posibilidad de optar por reclamar sobre la base de las normas del Código Civil, que reconocía el régimen anterior de accidentes y enfermedades laborales.

Los ministros referidos concluyen así que "si el régimen anterior al de la LRT había demostrado su fracaso para promover una reparación integral y oportuna a quien sufre las consecuencias del siniestro, como lo asevera el varias veces citado mensaje del Poder Ejecutivo [que acompañó el proyecto de la LRT] (...) *lo cierto es que su reemplazo (...) importó un franco retroceso del predicado carácter integral por vía del* **artículo** *39, inciso 1*"[43] (destacado agregado).

IV. 2. 2. Sobre el pago de la indemnización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en la forma de renta periódica:

el caso "Milone"

Juan Milone, taxista de 55 años de edad, sufrió un accidente que –entre los distintos padecimientos que le fueran detectados y que le generaran una incapacidad laboral del 65%– le provocó la pérdida de visión de su ojo izquierdo, quedando así imposibilitado para reubicarse laboralmente.

[41] El voto incluye en este punto, citas de la jurisprudencia de la Corte de Arbitraje Belga, del Tribunal Constitucional de Portugal y del Consejo Constitucional Francés.

[42] Se realiza también expresa mención a las Observaciones Generales 3, 14 y 15 del Comité DESC y a sus Observaciones Finales al tercer informe periódico de Alemania (E/C.12/1/Add.29, párr. 22)

[43] Del voto de los magistrados Zaffaroni y Pettrachi en "Aquino", cons. 13. Por su parte, la juez Highton de Nolasco parece también enrolarse en esta postura, aunque sin referirse directamente a la prohibición de regresividad: "... las normas *sub examine* exteriorizan un retroceso en la concepción humanista que exalta la calidad intrínseca del trabajo como expresión de la persona, consagrada –entre otros documentos– en la Declaración Universal de Derechos Humanos" (cons. 15).

De acuerdo con el texto del artículo 14.2 de la ley 24.557, en caso de incapacidades superiores al 20% el damnificado percibirá como prestación una renta periódica[44].

Disconforme con la solución que a su respecto surge de la ley 24.557, Milone presentó un reclamo judicial contra Asociart. S.A., la aseguradora de riesgos del trabajo que entendía en el caso, por el que exigió que su indemnización se efectivizara en un pago único. Argumentó que el sistema de renta periódica implicaba la pérdida de una verdadera disponibilidad del dinero, que sería parcializado y desnaturalizado así en su objetivo reparador.

En palabras de la Corte Suprema, la cuestión central en debate radicó "en determinar si el artículo 14.2.b (...) es compatible con la Constitución nacional o no"[45].

La Corte entendió que el objetivo de la LRT de "reparar los daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales"[46] no lograba plena satisfacción con el régimen indemnizatorio de renta periódica, en tanto y en cuanto este sistema de pago podía conducir a "resultados opuestos a los objetivos legales a los que debe servir y a un apartamiento de la tendencia a aproximarse a las efectivas necesidades que experimentan los damnificados"[47]. Amén de volver a referirse a la vulneración del principio protectorio, la Corte realizó un raconto de los antecedentes históricos de la norma al efecto de demostrar que con anterioridad ya se había reparado en que el régimen en cuestión preveía un menor resguardo de los derechos de los damnificados, lo que había llevado, entre otras modificaciones, a abandonar el sistema de renta de la ley 9.688 en forma definitiva a comienzos de la década de los 70.

A la vez, la Corte Suprema de Justicia argentina vuelve a hacerse eco de la obligación de progresividad y prohibición de regresividad, siendo, en esta oportunidad, cinco los ministros que se valen de él para fundar la inconstitucionalidad de la norma cuestionada[48]. En esta línea, se establece:

[44] Esta renta se calcula sobre la base del salario percibido y del porcentaje de discapacidad laboral. Esto pues, el art. 14. 2 continúa indicando: "... una renta periódica (...) cuya cuantía será igual al 70% del valor mensual del ingreso base multiplicado por el porcentaje de incapacidad".

[45] CSJN, "Milone", cons. 3.

[46] Art. 1.b, ley 24.557.

[47] CSJN, "Milone", cons. 5.

[48] La Corte también se refiere a la vulneración del derecho a la igualdad y prohibición de discriminación en tanto y en cuanto "el sistema de pura renta periódica regulado por el original art. 14.2.b importa un tratamiento discriminatorio para los damnificados víctimas de las discapacidades más severas (superiores al 20% e inferiores al 66%) en tanto a quienes sufren una minusvalía de rango inferior les reconoce una indemnización de pago único..." (CSJN, "Milone", cons. 8).

"Una interpretación conforme al texto constitucional indica que la efectiva protección al trabajo dispuesto por el artículo 14 *bis* se encuentra alcanzada y complementada, en las circunstancias *sub examine*, por *el mandato del* artículo *75, inciso 23, norma que paralelamente asienta el principio de no regresión en materia de derechos fundamentales.* Así lo preceptúa también el principio de progresividad asentado en el artículo 2.1 del citado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en concordancia con su artículo 11, inciso 1, por el que los Estados han reconocido el derecho de toda persona a 'una mejora de las condiciones de existencia'"[49] (destacado agregado).

Tal análisis responde, en este caso, a que las prescripciones de los regímenes anteriores en esta materia contemplaban un pago único. En este sentido, la ley 24.028 sancionada en 1991 –léase, cinco años después de que el PIDESC entrara en vigencia para la República Argentina– prescribía tal posibilidad, siendo luego dejada de lado por la ley 24.557. De esta manera, a criterio del máximo tribunal argentino, con la adopción con carácter absoluto del sistema de reparación dineraria mediante renta periódica, se produce un pronunciado retroceso en el alcance de la protección del derecho al trabajo y del derecho a la salud y se vulnera, en consecuencia, la obligación de desarrollo progresivo que existe en cabeza del Estado argentino.

Por el voto de cinco de sus integrantes, el Tribunal decidió declarar la inconstitucionalidad de la norma y disponer, entonces, que la indemnización se pagara en una única cuota.

V. A modo de conclusión: acerca de las proyecciones de la jurisprudencia de la CSJN

Los pronunciamientos realizados por la CSJN en los casos analizados poseen una proyección que trasciende los límites de su aplicación al análisis constitucional de las prescripciones de la ley de riesgos del trabajo[50].

En efecto, por primera vez desde su constitucionalización en 1994, la Corte ha comenzado a delinear los criterios hermenéuticos que deberán guiar la utilización de la obligación de progresividad y la prohibición de regresividad en el análisis del ordenamiento infraconstitucional.

[49] CSJN, "Milone", cons. 6.

[50] Por cierto que sus efectos sobre el régimen de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales han sido sumamente importantes. En efecto, se ha consolidado el criterio jurisprudencial de analizar constitucionalmente las prescripciones de la ley 24.557 a la luz de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. A su vez, existe en la actualidad un proceso de consultas tendientes a modificar la normativa existente en materia de accidentes y enfermedades laborales. En este punto, no puede dejar de señalarse que si se pretende diseñar un sistema capaz de resistir nuevos cuestionamientos de tipo constitucional, el marco regulatorio delineado por el legislador deberá necesariamente tener en cuenta los criterios fijados por la CSJN en sus pronunciamientos.

En primer lugar, es importante destacar la interpretación armónica que la Corte realiza entre los artículos 2.1 del PIDESC y los artículos 75.19 y 75.23 de la Constitución nacional, cuyos efectos son extrapolables a la totalidad de los derechos sociales, reconocidos tanto en la Constitución nacional como en los tratados internacionales de derechos humanos.

En este sentido, la Corte ha señalado cuáles deben ser las pautas para efectuar dicho análisis. En pocas palabras, se trata de realizar un test de no regresividad en materia de derechos sociales, es decir, de efectuar una comparación entre la protección que el sistema normativo actual confiere al derecho en cuestión, y los niveles de tutela garantizados por el ordenamiento jurídico anterior. Verificado un retroceso legislativo en el marco de protección, la norma infraconstitucional se encontrará en un grave conflicto con la obligación de progresividad y prohibición de regresividad, y sólo podrá ser justificada en situaciones excepcionales y con referencia a la totalidad de los derechos sociales.

Más aún, la Corte también consagra la existencia de una "presunción de invalidez" de toda norma regresiva en materia de derechos sociales. De esta manera, fija un criterio para la utilización conjunta de los principios de progresividad, irreversibilidad y razonabilidad en el análisis constitucional: en materia de derechos sociales debe presumirse la inconstitucionalidad de toda norma regresiva del nivel de protección consagrado en una norma anterior[51].

En segundo lugar, resulta auspicioso que el Alto Tribunal comience a desandar la madeja jurisprudencial construida durante la década de los 90, que significó la convalidación de serias divergencias infraconstitucionales respecto del modelo constitucional vigente en nuestro país[52].

En efecto, resulta paradójico que en forma contemporánea a la reforma constitucional de 1994, que otorgó jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos, la CSJN haya convalidado medidas deliberadamente regresivas en materia de derechos sociales.

Por el contrario, la postura de la Corte en los fallos analizados importa recuperar parte del terreno perdido, y establece pautas precisas para el análisis constitucional que resultarán aplicables a todos los casos donde se encuentren en juego los derechos económicos, sociales y culturales[53].

51 Tribuzio, José, *La legalidad condicionada en la nueva jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina*, en "Derecho Laboral", nº 217, Montevideo, 2005, p. 98, quien destaca, respecto de la nueva jurisprudencia de la CSJN, que "lo nuclear no es tanto la conclusión a la que llega la CSJN en el caso particular, sino las reglas que diseña a tal fin, extrapolables a cualquier otra situación donde se encuentren en juego derechos de los trabajadores".

52 Ver Gianibelli y Zas, *Estado social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales*, cit., ps. 208 y siguientes.

53 Al respecto, se ha expresado que los fundamentos de estas sentencias, por su transcendencia, se expandirán a todo el ordenamiento laboral (Gianibelli, Guillermo, *El sistema de protección de derechos de la Organización Internacional del Trabajo y sus efectos sobre el ordenamiento interno*, en Abramovich, Courtis y Bovino (comps.), cit.

En este sentido, la aplicación de la obligación de progresividad y prohibición de regresividad se ha transformado en un límite constitucional a los procesos de mercantilización de las relaciones sociales[54], por cuanto estos sólo serán válidos si importan avances en los niveles de garantía y satisfacción de los derechos sociales. Se trata, en fin, de adoptar medidas tendentes a que el Estado subordine política y jurídicamente al "mercado", para que éste tribute a la realización de los derechos humanos, adaptándose a los moldes fundamentales que representan la Constitución nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos[55].

54 Acerca del proceso de desmercantilización iniciado como consecuencia de los cambios políticos y sociales experimentados por Argentina luego de diciembre de 2001, véase el excelente documento *Tiempo de Derechos. Propuestas para la construcción de un derecho social en democracia*, elaborado por Héctor Omar García, Guillermo Gianibelli, Horacio David Meguira, Moisés Meik y Enrique M. Rozenberg, disponible en *www.cta.org.ar/base/IMG/pdf/TIEMPO_de_DERECHOS.pdf*.

55 Cf. CSJN, "Vizzoti, Carlos c/AMSA S. A.", Sentencia de 14 de septiembre de 2004, cons. 11.

El desarrollo de los derechos a la seguridad social y la prohibición de regresividad en Argentina

Horacio González*

Sumario: I. Indivisibilidad de los derechos humanos; II. Los derechos sociales: derechos flexibles; III. De la emergencia social a la emergencia del Estado; IV. La excepción: el derecho a la salud; V. El principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales; VI. El "deber de realización del Estado social"; VII. Mandatos del constituyente; VIII. Las obligaciones del Estado en materia de seguridad social; IX. Los derechos a la seguridad social en la interpretación de la Corte Suprema en el caso "Chocobar"; X. Normas supraconstitucionales; XI. Los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos; XII. Aplicación de la doctrina referida a la progresividad de los derechos sociales; XIII. Una vuelta a las fuentes constitucionales del derecho de la seguridad social; XIV. Un retroceso significativo; XV. El caso "Cinco pensionistas", de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; XVI. El Informe 03/01, caso 11.670, "Menéndez, Caride y otros", Argentina, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

I. Indivisibilidad de los derechos humanos

En la doctrina constitucional se acostumbra a distinguir, por un lado, los derechos individuales clásicos, que son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado, derechos a acciones negativas (omisiones) del Estado, de los derechos sociales, que son, principalmente, derechos a acciones positivas del Estado. Dentro de estos últimos encontramos los derechos a la seguridad social. Abarcan, como todos los derechos fundamentales, aspectos esenciales de la vida y la dignidad de las personas, relacionadas con estados de necesidad, tales como los derechos previsionales, asistencia médica, asignaciones familiares, desempleo, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

La clásica distinción entre derechos civiles y políticos y los sociales, o derechos económicos, sociales y culturales, y la contraposición entre obligaciones negativas y obligaciones positivas, contribuyó históricamente a disminuir el reconocimiento por los poderes públicos de los derechos sociales no sólo en cuanto a su naturaleza sino, también, en cuanto a las posibilidades de tutela judicial.

La existencia de dos pactos internacionales en lugar de uno revela su distinto tratamiento[1], como dos "categorías" diferentes de derechos, dotados de medidas de implementación distintas.

* Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y abogado del Comité de Acción Jurídica de la Central de los Trabajadores Argentinos (CAJ-CTA).

[1] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966 (en adelante, PIDCP) y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966 (en adelante, PIDESC).

Al referirse a este tema, Cançado Trindade[2] destaca que también hay derechos civiles y políticos que requieren de la "acción positiva" del Estado. Evoca el autor la importancia de la I Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, realizada en Teherán en 1968, donde se proclamó la indivisibilidad de los derechos humanos, afirmando que la realización plena de los derechos civiles y políticos sería imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su aplicación del PIDESC, recurre al principio de indivisibilidad o interdependencia de los derechos humanos al afirmar que "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"[3].

Para Häberle, "la intensificación de las prestaciones estatales, como las que se ofrecen en caso de necesidad, enfermedad y desempleo, todas ellas 'pequeñas libertades', son, sin embargo, *conditio sine qua non* para la realización de las grandes libertades políticas que reseña la Ley Fundamental"[4].

II. Los derechos sociales: derechos flexibles

La Constitución argentina, además de legislar sobre los derechos de defensa clásicos, ha incorporado a su texto en 1957, a través del artículo 14 *bis*, importantes derechos a prestaciones, luego ampliados y fortalecidos en 1994 por la recepción con jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, un nuevo capítulo de derechos y garantías y por las directivas expresas –al legislador ordinario– contenidas en el artículo 75 de la Constitución nacional.

Sin embargo, a pesar de la riqueza de las normas constitucionales e internacionales vigentes, los derechos sociales no son considerados, en la mayoría de los casos, por los jueces como derechos subjetivos exigibles sino como normas programáticas, sujetas a su configuración legal.

Se interpreta el texto constitucional desde la perspectiva de una constitución burguesa típica, de Estado de derecho, orientado, en forma preferente, hacia los derechos de defensa. La mayoría de las veces no se toman en cuenta las transformaciones del Estado, la ampliación de sus

[2] Cançado Trindade, Antonio, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, ps. 98-99.

[3] *Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos*, recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, Documento del Centro de Información de Naciones unidas, p. 65.

[4] Häberle, Peter, *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 170.

funciones, que a su vez se tradujeron en cambios en la norma constitucional, que requiere su actualización a través de la interpretación judicial.

La eficacia de los derechos a prestaciones es un tema todavía pendiente en los países de América Latina[5].

Es indudable que existe, de acuerdo al texto constitucional argentino, *un deber del legislador de "realización del Estado social"*. El cumplimiento de las cláusulas constitucionales implica dar respuesta a las demandas de la sociedad mediante prestaciones estatales.

Una simple lectura del artículo 75 de la Constitución confirma esa apreciación. En su texto se desarrollan las atribuciones-deberes del legislador ordinario con una fuerte orientación social.

Si el legislador omite o restringe arbitrariamente, sin razones objetivas, el cumplimiento de ese deber de realización, cualquier persona estaría en condiciones de exigir su concreción en el caso concreto.

Tratándose de los derechos sociales es donde encontramos el nivel más bajo de realización y, simultáneamente, el mayor grado de intervención del legislador y de la Administración.

Es evidente que la temática abordada nos coloca frente a asuntos más complejos –más allá de lo estrictamente jurídico– que tienen que ver con la necesidad de resolver problemas de redistribución de la riqueza y, en ese caso, su "explosividad" política es obvia.

No se trata de una mera cuestión de asignación de recursos presupuestarios la que está en juego, también existen valoraciones jurídicas que llevan al intérprete a apreciar la jerarquía de unos derechos en desmedro de otros.

Conviene recordar que no sólo los derechos sociales requieren de recursos para su concreción, los derechos clásicos de defensa también exigen para su garantía de ingentes gastos del presupuesto del Estado.

Los "derechos a prestaciones" en sentido amplio, en la terminología empleada por Alexy, abarcan todos aquellos derechos que requieren de una acción del Estado[6].

Para los grupos económicos y sociales dominantes o hegemónicos, en el mundo globalizado, los "derechos a prestaciones", a diferencia de lo que

[5] Adrián O. Goldín dice que "desde una perspectiva que trasciende límites regionales y con matices e intensidades diversas parece tener dimensión universal, es necesario, en primer lugar, considerar el fenómeno de un cierto debilitamiento del derecho social..." (ver *Sobre las causas de la inefectividad del derecho social; el caso argentino*, en "Derecho del Trabajo", 2005-B-1/045, Buenos Aires).

[6] Al referirse a la clasificación Robert Alexy dice que "los derechos a prestaciones (en sentido amplio) pueden ser divididos en tres grupos: 1) derechos a protección; 2) derechos a organización y procedimiento; y 3) derechos a prestaciones en sentido estricto" (cf. *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 430).

ocurría con los derechos de defensa, pueden quedar librados en manos de lo que resuelva una mayoría parlamentaria.

Ferrajoli señala que la carencia de límites para el poder económico y para el poder político contradice hoy el paradigma del Estado constitucional de derecho y se traduce en un regreso a la ley del más fuerte. Por un lado, se señala que en el mecanismo de producción las leyes son descalificadas como trabas inútiles al decisionismo gubernativo y al desarrollo productivo y, por el otro, el "absolutismo de la mayoría y absolutismo del mercado, al sumarse a la descalificación de la política, de la esfera pública y del Estado social, se resuelven en una ruptura del pacto constitucional fundado en la tutela de la igualdad y en la satisfacción de los derechos vitales de todos y en particular de los sujetos más débiles"[7].

Uno de los principales argumentos a favor de los derechos sociales es el argumento de la libertad. Es suficientemente conocida la expresión de que la libertad jurídica sin la libertad fáctica carece de todo valor, pero también que numerosos titulares de derechos sociales no encuentran respuesta a sus necesidades en el mercado y dependen para su goce de acciones estatales.

De ahí la importancia que asume en la concreción de los derechos la jurisprudencia de los tribunales. Tanto cuando exigen el cumplimiento de las obligaciones del Estado frente al ataque a los derechos individuales, como cuando tienen que resolver la operatividad de derechos sociales y exigir la ejecución de acciones positivas de los poderes públicos.

Se considera que los derechos constitucionales pueden ser materia de restricciones por la existencia de normas de nivel constitucional o infraconstitucional. Así, en nuestro sistema constitucional, los jueces han declarado reiteradamente que no existen derechos absolutos, todos los derechos pueden ser materia de restricciones en tanto no excedan el límite de lo razonable.

Los derechos sociales se han visto amenazados no sólo por el accionar de los particulares y la omisión de los poderes públicos, sino también por las necesidades del propio Estado. En esa situación no han tenido una protección judicial adecuada frente a la legislación de emergencia dictada en beneficio del Estado.

Durante el predominio del neoliberalismo y el "fundamentalismo" del mercado, el trabajador y sus derechos dejaron de tener el carácter de sujetos de preferente atención.

Los derechos sociales han sufrido un doble embate. Por un lado, los jueces se limitan a un reconocimiento formal de su existencia y, por el otro, el legislador omite su reglamentación positiva y cuando interviene lo hace para poner vallas o bloquear su progreso.

[7] Ferrajoli, Luigi, *El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad*, en Ibáñez, Perfecto Andrés (comp.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996, p. 22.

A ello se suma la actividad u omisión de la Administración que ha sido un agente importante en la desnaturalización de los derechos de segunda generación.

III. De la emergencia social a la emergencia del Estado

El restablecimiento de la democracia en América Latina –luego de años de dictaduras militares– no estuvo acompañado por el fortalecimiento de los derechos sociales sino paradójicamente, con distintos alcances e intensidad según los países, por el retroceso en la eficacia de los derechos, en particular los referidos a la seguridad social. La expansión de la teoría de la emergencia del Estado fue respaldada en Argentina por la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia, a través de distintos fallos, que convalidaron la alteración sustancial de los derechos de los jubilados y pensionados.

Las pautas fijadas por la Corte, desde los inicios del Estado de bienestar keynesiano, a principios de 1930[8], para convalidar la emergencia social, fueron ampliadas al extremo, ahora, para convalidar una emergencia distinta, la del Estado. El sujeto necesitado no era ya los grupos sociales desprotegidos o más débiles de la sociedad –locatarios, arrendatarios rurales, deudores hipotecarios, pequeños productores, desocupados– sino que el Estado pasaba a ser el destinatario y beneficiado de las medidas de excepción.

A ello se sumó una peculiar interpretación de la división de poderes que en el enfoque de la Corte Suprema de Justicia de los 90 es una "categoría histórica" que no puede significar el desmembramiento del Estado[9]. Desde este punto de vista prevalece una visión de la división de poderes como método, claramente separada de su visión como garantía. La primera interpretación favorece la concentración del poder en el Ejecutivo; la segunda, la protección de los derechos constitucionales.

Adquiere especial relevancia, en la confrontación de los derechos sociales con las normas de emergencia, la interpretación del Tribunal de la división de poderes y su peculiar enfoque de la misma que reconoce un activismo limitado de los jueces respecto de la tutela de los derechos de los ciudadanos.

En materia de derechos sociales, la tradición jurídica laboralista reconocía el carácter protectorio de la función jurisdiccional. La interpretación del artículo 14 *bis* de la Constitución nacional, que comprende los dere-

[8] Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "Avico", *Fallos*: 172:21, 1934. Debía tratarse de una emergencia cierta, declarada por ley, responder a un interés general, existir proporcionalidad entre los medios elegidos y los fines perseguidos, la medida debía ser transitoria y tener plazo.

[9] *Fallos:* 313:1513, 1990.

chos y libertades de los trabajadores, de los gremios y de la seguridad social, era el ámbito de desarrollo de una justicia protectoria.

La caracterización del Estado de derecho como Estado social de derecho no es una preferencia o valoración subjetiva, sino que constituye una decisión del constituyente, un verdadero mandato, dictado en interés de la colectividad, al cual debe atenerse o adecuar su conducta el legislador. El legislador ordinario no puede crear, a través de su actividad normativa, una "segunda Constitución", diferente y en contradicción con la primera pues ello implicaría una reforma material de la Constitución. La Constitución, por sí misma, representa una garantía frente al legislador. Si no se reconoce esa garantía se produce el fenómeno de la expulsión o "vaciamiento" de los derechos fundamentales de la constitución, como ocurrió con la Constitución de Weimar durante el nacionalsocialismo[10].

Sin embargo, el Tribunal Superior, en nuestro país, abandonó una tradición jurídica de protección de los derechos fundamentales de las personas, en beneficio de las necesidades del Estado que deja de ser "árbitro" en los conflictos sociales y de derechos entre las diversas "partes" de la sociedad, y pasa a ser el principal beneficiario de la legislación de emergencia. A ello no es indiferente el cambio en la relación de fuerzas en la sociedad, a favor del capital y en desmedro del trabajo.

En Argentina –destaca Lorenzetti– "las instituciones se deterioran constantemente (...) La exclusión social aumenta, con lo cual sucumben los contratos de riesgos colectivos: la seguridad social se derrumba y hay cada vez más personas fuera del sistema"[11].

Adquiere peculiar desarrollo la aplicación de la doctrina de la emergencia en lo referente a los derechos de la seguridad social. Se admite una mayor intensidad en la restricción de estos derechos que en los clásicos derechos individuales liberales. Un ejemplo claro de esta tendencia judicial fue la sentencia dictada por la Corte en el caso "Chocobar"[12].

En todos los casos, se considera que los derechos sociales, para ser operativos, requieren de una previa configuración o reglamentación por el legislador y, por ende, presentan un grado de provisoriedad. Esta cuestión referida a la posición jurídica que ocupan los derechos sociales, en el ordenamiento constitucional, había sido tema de amplio debate en la doctrina europea entre las dos guerras mundiales.

Los derechos sociales constituirían –para una parte de esa doctrina que influyó en la Argentina– derechos flexibles o maleables. Es el sentido que les da Schmitt, al referirse al "abuso" que el uso de las palabras "derecho fundamental" comporta. Decía que "en un Estado burgués de derecho no pueden ser considerados como derechos fundamentales más que los derechos de libertad del hombre individual, porque sólo ellos pueden corresponder al principio básico de distribución del Estado burgués de derecho: esfera de libertad ilimitada en principio; facultad estatal de intervención, limitada en principio. Todos los otros derechos, por muy importantes que se consideren y por muy fuertes que sean las garantías y solemnidades con que se incluyan en la regulación de la Ley constitucional, no pueden ser nunca más que derechos limitados, en principio"[13].

Sostiene esta opinión el hecho de que la realización de los "derechos a prestaciones" depende, en definitiva, de opciones políticas y de política económica. A su vez esas opciones, a favor o en contra de los derechos sociales, no se toman en un marco abstracto sino concreto, y están supeditadas a las relaciones de fuerzas de los grupos y clases sociales que luchan para obtener mayores recursos y una mejor distribución de los mismos. Es por ello que Barcellona los denomina "derechos imperfectos" y como tales "son una variable dependiente del proceso económico"[14].

Los derechos sociales, como todos los derechos del hombre, son el resultado de luchas sociales, de los conflictos que dividen a las sociedades y les dan identidad a los distintos actores sociales y de las políticas públicas de los gobiernos para contener el disenso o expresar el acuerdo entre las distintas "partes" de la sociedad.

La interpretación de Schmitt es la que prima en los jueces de la Corte Suprema de Justicia, en la década de los 90 del siglo pasado, respecto de la vigencia de la mayoría de los derechos sociales. En todos los casos prevalece el derecho del Estado, que actúa en una suerte de representación colectiva de la sociedad, para supeditar su vigencia.

Así se reconoce el derecho del Estado de reducir el salario de los agentes estatales; derogar convenciones colectivas de trabajo por decreto; transformar el carácter universal de la seguridad social en asistencial y focalizada; suspender sin plazo la movilidad de las jubilaciones y pensiones; limitar discrecionalmente las asignaciones familiares y el seguro de desempleo; sustituir la legislación de accidentes de trabajo por un seguro comercial de riesgos de trabajo bloqueando a los trabajadores el acceso a una

[10] Sobre este tema puede leerse con interés el análisis sobre el contenido y límites de los derechos fundamentales frente a la actividad del legislador realizado por Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2003, ps. 43 y siguientes

[11] Lorenzetti, Ricardo L., *Nunca más: emergencia económica y derechos humanos*, en "La Ley", 30/12/2002, p. 2. Dice que en Argentina "la realidad empírica muestra que el grupo que accede al poder no concibe otra manera que estar en todas las instituciones; de tal modo, los contrapesos institucionales son sólo formales, ya que hay una serie de acuerdos básicos que hacen exista un interés homogéneo", p. 2, nota 16.

[12] Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "Chocobar, Sixto C. c. Caja Nacional de Previsión del Estado y Servicios Públicos", 27/12/96, *Fallos:* 319:3241, 1996.

[13] Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982, p. 184.

[14] Barcellona, Pietro, *Los sujetos y las normas*, en Oliva, Enrique (comp.), *Problemas de legitimación del Estado social*, Trotta, Madrid, 1991, p. 34.

reparación integral, salvo en caso de dolo del empleador; aplicar topes confiscatorios a las indemnizaciones laborales y a las jubilaciones.

IV. La excepción: el derecho a la salud

Una excepción al tratamiento disvalioso dado por los jueces de la Corte en los 90 a los derechos sociales es la operatividad reconocida a las garantías judiciales enderezadas a efectivizar el derecho a la salud, como prolongación del derecho a la vida[15]. Se lo vincula, en lo referente a la intensidad de su protección, a un clásico derecho individual, aunque depende para su realización de acciones positivas del Estado.

La Corte utiliza, cuando analiza la ingerencia u omisión estatal respecto de los derechos sociales, los mismos estándares elaborados para convalidar situaciones definidas como de emergencia social. En todos los casos predomina un control amplio de razonabilidad y de "deferencia" hacia las medidas de los poderes públicos. Como dije antes, el tratamiento dado al derecho a la salud constituye una excepción a esta regla. En el primer caso, se aceptaba la posibilidad de retrogradar derechos, en el segundo, cuando se probaba una amenaza o lesión al derecho a la salud, impera un criterio restrictivo favorable a acentuar su exigibilidad.

Cuando está en juego la salud de las personas, los jueces parten de definidas pautas axiológicas, en virtud de las cuales el Estado debe cumplir las obligaciones que surgen de los tratados internacionales de derechos humanos, garantizando la vigencia del derecho mediante acciones positivas que no son renunciables.

En los fallos "Asociación Benghalensis" y "Campodónico de Beviacqua"[16], la Corte hizo una aplicación amplia de los tratados internacionales de derechos humanos y del principio de progresividad haciendo operativa la obligación del Estado de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales a través de acciones positivas.

Así, se ha determinado la responsabilidad del Estado frente a situaciones en que están comprometidas la vida y la salud; el derecho de toda persona de disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental; la obligación del Estado de procurar su satisfacción, desarrollando planes de acción para garantizar la efectividad de los derechos[17]; la asunción por el Estado de sus obligaciones "hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos"[18].

Estos estándares tan claros, que surgen del bloque constitucional vigente, sin embargo, no se aplicaron cuando se trató de juzgar la compatibilidad constitucional de las intervenciones de los poderes públicos en la mayoría de los derechos sociales y de la seguridad social impuestas por la legislación de emergencia a favor del Estado.

Sin embargo, no toda la tendencia judicial en materia de salud es positiva. En el caso "Ramos"[19], en donde estaban en juego diferentes derechos, entre ellos el de la salud, el Alto Tribunal retrajo su actividad de pro-

15 "Superada la etapa de considerar implícitos como garantías constitucionales los derechos a la vida y a la salud, el art. 75, inc. 22, de la Carta Magna –que confirió jerarquía constitucional a numerosos documentos internacionales en materia de derechos humanos– vino a introducir de manera explícita –vía, por ejemplo, el art. 12, punto 2, ítem c, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (v. ley 23.313)– la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias para la 'prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas...' (cf., además los arts. 25, párr. 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; IX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y 10 del Protocolo de San Salvador, en especial, su ap. 2, ítems b, c y d; entre otras disposiciones del derecho internacional en la materia)" (dictamen del procurador general de la nación, 29 de febrero de 2000, que hace suyo la mayoría de la Corte en "Hospital Británico de Buenos Aires c. M. S. y A. S., 13/03/2001, en "Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal", nº 29, octubre 2003, p. 41).

16 En el caso "Asociación Benghalensis y otros c/Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986", el 1/6/2000, la Corte condenó al Estado a dar cumplimiento a las obligaciones a su cargo de asistir, tratar y suministrar medicamentos a las personas enfermas de SIDA, mientras que en el caso "Campodonico de Beviacqua, Ana C. c/Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social-Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoclásicas", el 24/10/2000, hizo lugar al amparo condenando al Estado a entregar las dosis necesaria de fármacos para atender a un niño que sufría un grave padecimiento óseo. Reiteró la obligación de la autoridad pública de garantizar el derecho a la preservación de la salud, comprendido dentro del derecho a la vida con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que tienen las jurisdicciones locales y las obras sociales o las entidades de medicina prepaga, haciendo una amplia reseña de los tratados internacionales.

17 Art. 12 del PIDESC. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dijo en la Observación General 14 (2000), punto 31, que "la realización progresiva del derecho a la salud a lo largo de un determinado período no debe interpretarse en el sentido de que priva de todo contenido significativo las obligaciones de los Estados Parte. Antes al contrario, la realización progresiva significa que los Estados Parte tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12".

18 Art. 2.1 del PIDESC. Ver los fallos citados en la nota 16 cuya doctrina ha sido ratificada en sentencias más recientes por el Tribunal Superior en su actual integración.

19 Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "Ramos, Marta R. y otros c/Pcia. de Buenos Aires y otros s/amparo", *Fallos:* 325:396, 2002. La actora se presenta por derecho propio y representación de sus ocho hijos menores reclamando que la Nación y la Provincia les garantizaran los derechos constitucionales a una alimentación sana, la salud, la educación, y una vivienda digna suministrándole una cuota alimentaria que les permitiera satisfacer sus necesidades básicas y vivir dignamente. Para ello invocaba los principios enunciados en la Constitución nacional, los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución de la provincia de Buenos Aires.

tección, reiterando la mayoría una postura restrictiva respecto del amparo, señalando que no se cumplían en la acción intentada los recaudos de la ley siendo inadmisible la vía (Moliné O'Connor, Belluscio y López), remitiendo a la demandante al ámbito de los planes asistenciales del Estado nacional y provincial, y señalando que la dramaticidad del cuadro social descripto no puede ser resuelta por la Corte, dado que no es de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le esta encomendado, ni asignar recursos presupuestarios pues no es a ella a quien la Constitución encomienda la satisfacción del bienestar general en los términos del artículo 75, incisos 18 y 32, de la Constitución nacional[20].

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

El artículo 14 *bis* de la Constitución nacional y los tratados internacionales de derechos humanos imponen una función rectora al Estado en materia de derechos sociales. Considera Cornaglia que el principio de progresividad tenía ya raigambre constitucional en el artículo 14 *bis*, pero la Corte recién lo reconoció en la causa "Aquino" para corregir la regresión de las disposiciones de la ley 24.557 que los violentaron[21].

A partir de la jerarquía constitucional de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, la prohibición de regresividad forma parte de nuestro derecho constitucional.

Consideramos que la prohibición de regresividad y el criterio de razonabilidad, en relación con el principio de igualdad material, son pautas esenciales para juzgar sobre la validez de las normas que tienen pretensión reglamentaria o restrictiva de los derechos constitucionales. Lorenzetti destaca en Argentina "la existencia de una generalizada falta de efectividad y de una tendencia a la restricción fundada en las razones generales o emergenciales"[22].

El estándar constitucional de razonabilidad, previsto en el artículo 28 de la Constitución nacional, prohíbe que los principios, derechos y garantías reconocidos por la Ley Fundamental puedan ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. La limitación de derechos sólo puede surgir de la propia Constitución o establecerse por ley, "en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática"[23], respetando una adecuada proporcionalidad y el desarrollo progresivo de los derechos[24].

Conforme el bloque constitucional vigente (texto de la Constitución más los tratados internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional), cuando el Estado sanciona una legislación o reglamentación que avanza sobre el núcleo esencial de un derecho, o tiene carácter regresivo de los derechos reconocidos a las personas, los jueces deben aplicar criterios de control más estricto.

La prohibición de regresividad, contemplada en los tratados internacionales de derechos humanos y el principio de razonabilidad, junto con la escala de valores, fijada por los mencionados documentos internacionales, deben tenerse en cuenta por el juez al analizar la naturaleza constitucional de una intervención u omisión en el cumplimiento de los derechos a prestaciones.

En la doctrina constitucional alemana (Kruger, Durig, Stein) se elaboraron las ideas del contenido esencial de los derechos fundamentales. El contenido esencial de un derecho es aquel más allá del cual se hace irreconocible el tipo de derecho protegido, al faltarle sus caracteres mínimos definitorios. El legislador ordinario no puede, al regular las instituciones de la seguridad social y el reconocimiento de sus derechos, actuar en forma tal que desborde su contenido esencial.

Al referirse a la aplicación de la doctrina de la razonabilidad por los tribunales españoles, Nieto dice que "la clave de la razonabilidad es el ar-

[20] Por su parte los jueces Petracchi y Bossert, en su voto en forma conjunta, y Vázquez, en forma individual, coinciden en rechazar por improcedente la acción de amparo y señalan a la actora un camino alternativo diciendo que su situación se encuadraba en las previsiones de la ley 23.746 (B.O. 24/10/1989) reglamentada por el decreto 2360/1990 (B.O. 13/11/1990) que instituye una pensión mensual, inembargable y vitalicia para las madres que tuvieren siete o más hijos, cualquiera fuese la edad o estado civil. En su disidencia, los ministros Fayt y Boggiano admiten el amparo y haciéndose cargo de las limitaciones señaladas por la mayoría dicen que frente a un caso concreto no podía negarse la posibilidad de solicitar judicialmente dar satisfacción a sus derechos más primarios. Sostienen que dar curso a la acción de amparo posibilita la efectiva preservación de los derechos invocados, dando operatividad a los derechos humanos constitucionalmente consagrados y no generar situaciones que sólo conducirían a interpretarlas como extremos fundantes de responsabilidades patrimoniales del Estado (cons. 6, *in fine*).

[21] Ricardo J. Cornaglia, *Correcciones por inconstitucionalidades del tarifarismo y el principio de progresividad. Análisis de la reciente jurisprudencia de la Corte en materia laboral*, en "La Ley", 20/10/2004, p. 4.

[22] Ibídem, p. 3.

[23] Cf. art. 4 del PIDESC.

[24] Cf. art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, Convención Americana), y art. 2.1 del PIDESC. La Corte, en el caso "Rolón Zappa, Víctor F. S/jubilación", 30/09/86, en "La Ley", 1986-E-151, había dicho que "esta Corte ya se ha pronunciado –en su actual composición– acerca de la invalidez constitucional de las normas legales y reglamentarias cuya aplicación conduce, como en el *sub lite*– a una desproporcionada reducción de los haberes previsionales, con claro apartamiento de los derechos constitucionales consagrados en los arts., 14 *bis* y 17 de la Constitución nacional".

bitrio", el arbitrio es el instrumento que le permite al juez ponderar la razonablidad de una solución[25].

Por su parte, Parejo destaca que a la teoría de la irreversibilidad de los derechos se le ha opuesto el argumento basado en la dependencia de los recursos económicos del Estado social. Dice que "la necesidad de contrarrestar el indudable peso que tiene esta argumentación ha llevado a Hesse a limitar la garantía derivada del principio social al núcleo esencial (empleando aquí la misma técnica seguida para la construcción de la garantía institucional directamente derivada del texto constitucional) de las regulaciones sociales establecidas, obligando así a distinguir en las mismas entre unos componentes elementales y básicos (garantizados) y otros suplementarios propios o imputables a la coyuntura económica y sujetos, por tanto, a los avatares de esta, de lo que resulta su disponibilidad para el legislador ordinario; distinción ésta que parece haber sido recogida por el Tribunal Constitucional (BVerfge 5,198;35,236;40,133)"[26].

No podemos soslayar que el análisis del cumplimiento de los derechos sociales tienen directa relación –en lo que se refiere a su eficacia y desarrollo– con la relación de fuerzas que exista en la sociedad, entre los grupos económicos que controlan el proceso productivo, los trabajadores y los movimientos sociales.

La obligación del Estado argentino de favorecer el "desarrollo progresivo" de los derechos económicos, sociales y culturales surge claramente del artículo 2.1 del PIDESC y del artículo 26 de la Convención Americana. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales lo reconoce en la Observación General (1990), en cuanto afirma que "el concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo"[27].

25 Nieto, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 351.

26 Parejo Alfonso, Luciano, *Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983, ps. 54-55. Sobre el mismo tema señala, con relación a la Constitución española: "A nuestro juicio, el planteamiento de la cuestión en términos de reversibilidad-irreversibilidad no es enteramente correcto. Cualquier política legislativa que tuviera por objeto global la reducción o la supresión por sí misma de los derechos de contenido social ya reconocidos por el ordenamiento habría de ser calificada –sin perjuicio, naturalmente, de la prueba del vicio de inconstitucional (...) por contradicción frontal con los principios constitucionales".

27 *Manual de preparación de informes sobre derechos humanos*, Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas-UNITAR, Naciones Unidas, Nueva York, 1992, comentario al Pacto Internacional de DESC por Philip Alston, p. 41. El propio Comité de DESC reconoce que "la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes". Agrega que "sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo", punto 9 de la Observación General 3.

Abramovich y Courtis describen la obligación de no regresividad como "la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los DESC de los que gozaba la población una vez adoptado el tratado internacional respectivo"[28].

Para el tratamiento de la jerarquía de estos derechos es útil analizar la doctrina judicial estadounidense, desarrollada a partir de 1937, sobre las libertades preferidas. Los jueces empezaron a usar un doble estándar de control que transfiere al Estado la prueba de la razonabilidad de la legislación restrictiva. En EE.UU. se aplicó, por ejemplo, la inversión de la carga de la prueba en materia de discriminación. Quien alegaba la existencia de una norma discriminatoria o que establecía una desigualdad debía probarla. Si lo hacía, inmediatamente, se presumía la ilegitimidad de la medida diferenciadora.

Aplicando estos lineamientos para juzgar una legislación que se califica como regresiva de los derechos a la seguridad social, corresponde a quien alega tal carácter probar que la norma tiene esa cualidad. En tal caso, probada la misma, se transforma la situación presumiéndose la invalidez de la norma. A partir de ello es el Estado el que debe demostrar que, aun siendo regresiva, la norma está justificada[29].

En Argentina, los jueces, en algunas circunstancias, han considerado que la restricción del derecho debe ser proporcional al interés que la justifica. Así han dicho que debe existir un "interés estatal urgente" para sostener la legitimidad de la distinción, entre nacionales y extranjeros, en lo que hace al goce de los derechos –explican los jueces Petracchi y Bacqué[30]

28 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1997, p. 297.

29 En EE.UU., al análisis de los casos de las libertades preferidas se aplica un "escrutinio estricto", siendo la exigencia de la carga de la prueba para el Estado muy alta, caso contrario y aun en caso de duda el juez debe inclinarse por la inconstitucionalidad. Señala Alberto B. Bianchi que "desde comienzos de la década de 1940 la jurisprudencia de la Corte de Estados Unidos ha tomado rumbos muy distintos en el control de constitucionalidad cuando se trata de leyes de regulación económica y cuando se trata de leyes que restringen derechos personales" (cf. *Control de constitucionalidad. El proceso y la jurisdicción constitucionales*, Ábaco, Buenos Aires, 1992, p. 414).

30 Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "Repetto, Inés M. c/Pcia. de Buenos Aires", 8/11/1988, en "La Ley", 1989-B-351 y siguientes. La Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo del reglamento general de escuelas privadas que establece el requisito de ser argentino para ejercer la docencia en carácter de titular o suplente de un establecimiento de enseñanza privada por contraponerse con el art. 20 de la Constitución Nacional, que establece que "los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano".

en el caso "Repetto"– y no es suficiente a ese fin que la medida adoptada sea razonable[31].

Una vez acreditada la regresividad de las medidas adoptadas estaría a cargo del Estado probar su necesidad imperiosa. Al aplicar las pautas desarrolladas por la Corte argentina en "Repetto" al caso de la regresividad, dicen Abramovich y Courtis que "cabe al Estado la carga de demostrar la estricta necesidad de la medida. Esto supone la demostración por parte del Estado de: a) la existencia de un interés estatal permisible; b) el carácter imperioso de la medida, y c) la inexistencia de cursos de acción alternativos menos restrictivos del derecho en cuestión"[32].

En el ámbito de la doctrina internacional de los derechos humanos, todas las medidas regresivas exigen un análisis cuidadoso, debiendo demostrar el Estado su necesidad y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto de aprovechamiento pleno del "máximo de los recursos de que se disponga"[33].

Las medidas regresivas de derechos fundamentales o que limitan libertades de las personas deben ser juzgadas con un criterio estricto y no gozar de presunción de legitimidad. Los poderes públicos deben demostrar la necesidad imperiosa de la medida[34].

[31] Por su parte en el caso "María Arena" (en "La Ley", 1990-C-14) dijeron, al convalidar una medida del Servicio Penitenciario Federal que obligaba a las personas que concurrían a visitar internos a someterse a una requisa invasiva de la intimidad en el caso de las mujeres, que son "legítimas las medidas fuertemente limitativas de la libertad individual cuando aquéllas tienden a preservar un interés estatal vital".

[32] Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, p. 109.

[33] Cf. Observción General 3: "... todas las medidas de carácter deliberadamente regresivo (...) requerirán la consideración más cuidadosa" (punto 9); a su vez la Observación General 13 dice que si adopta "alguna medida regresiva, el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga el Estado Parte" (punto 45); Observación General 14: "... corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y 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" (punto 32).

[34] Como señala Luciano Parejo Alfonso, ha sido K. Hesse quien "ha intentado una mayor consistencia del principio [social], a través de la teoría de la irreversibilidad (...) Una vez que ha tenido lugar la conformación legal o reglamentaria (...) del principio, éste determina la inconstitucionalidad de toda medida regresiva que afecte el contenido esencial de las regulaciones establecidas, es decir, la irreversibilidad –al menos en su contenido esencial– de las conquistas sociales alcanzadas" (*Estado social y administración pública*, cit., p. 54).

Corresponde a quienes tienen la tarea de actualizar la Constitución –tanto los órganos de gobierno como la sociedad– ampliar la protección de los derechos cuando las limitaciones alcanzan a sectores de la sociedad cuyos derechos básicos no son respetados por el Estado[35].

El Estado Parte del PIDESC no puede justificar su intervención en los mencionados derechos mediante afirmaciones genéricas sobre necesidades del Estado, fiscales, económicas o financieras. Debe probar que otros derechos previstos en el PIDESC se vieron favorecidos por la medida interventora. Tampoco puede hacerlo en su exclusivo interés, sino que la medida debe estar en armonía con el desenvolvimiento de los restantes derechos.

Interpreta el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que el PIDESC establece una prohibición absoluta de medidas regresivas respecto de cualquier derecho comprendido en el Pacto. El dictado de normas que vulneren el contenido mínimo esencial de esos derechos implica violar el Pacto. Así, en referencia al derecho a la salud, que se puede extender por analogía a otros derechos económicos, sociales o culturales limitados, dijo que "los Estados Parte tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto"[36].

Ya hace treinta años la Corte Argentina sostenía que, en materia de derechos sociales, rige la regla *in dubio pro justitia socialis* a la que le asignó naturaleza constitucional[37].

[35] Dice Peter Häberle "que el ciudadano tiene que tomar parte activa en la positivización de las libertades existentes en el Estado y en la sociedad, contribuyendo a asegurarlas y afianzarlas, siendo todo ello precisamente uno de los objetivos primordiales que tiene encomendados en su papel de intérprete constitucional" (*Pluralismo y Constitución*, cit., p. 103).

[36] Observación General 14, punto 43.

[37] "... tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: *in dubio pro justitia socialis*. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el 'bienestar', esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad (...) las leyes de materia previsional deben interpretarse conforme a la finalidad que con ellas se persigue, lo que impide fundamentar una interpretación restrictiva (*Fallos:* 263:400; 265:256; 267:196; 279:389). No sólo, pues, la interpretación analógica restrictiva de un derecho social –en el caso, previsional– contraría a la uniforme jurisprudencia de esta Corte, concordante con la doctrina universal (el 'principio de favorabilidad, *Gunstigkeitprinzip*, que formularon los autores alemanes a partir de la Constitución de Weimar), sino que también se contrapone a la hermenéutica de las leyes que surgen –según lo mostramos– del 'objetivo preeminente' de 'promover el bienestar general' que la Constitución se propone obtener para todos los habitantes del suelo argentino" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "Berçaitz, Miguel Ángel s/jubilación", 13/9/1974, *Fallos*:289:430).

El principio de no regresividad, el estándar de razonabilidad y la regla *in dubio pro justitia socialis* fijan claros límites a la actividad del Estado.

La norma nacional es regresiva cuando la efectividad del derecho social que se reglamenta es menor que el que había alcanzado antes de la sanción de la norma. El juicio de comparación, en el caso de los derechos sociales, permite desarrollar una serie de principios que son aplicables para establecer el carácter regresivo o no de la nueva norma respecto de la anterior.

La denegación o la violación de los derechos económicos, sociales y culturales pueden materializarse de diferentes formas y alcanzar distintos grados de intensidad. La pobreza extrema en que cayó más del cincuenta por ciento de la población argentina, a principios del presente siglo, es un claro ejemplo de ello[38]. Esta pérdida de vigencia alcanzó a todos los derechos sociales, en un contexto de pronunciada regresividad, violando el principio de indivisibilidad de los derechos humanos. Las leyes 24.241 y 24.463, que introdujeron reformas estructurales al sistema provisional argentino, fueron un claro ejemplo de normas regresivas de los derechos y garantías judiciales de los beneficiarios del sistema.

VI. El "deber de realización del Estado social"

En el derecho laboral rigen principios tales como el de la primacía del régimen más favorable para el trabajador, la nivelación de la desigualdad económica y social y la precedencia de los derechos colectivos sobre los individuales.

Baylos destaca que "la consecución de la igualdad material requiere la construcción de un tipo de Estado que se defina como organizador social y que diseñe una política de bienestar generalizada como programación integrada y sistemática de ese proceso de reducción de las desigualdades económicas y sociales que se traduce técnicamente en la atribución de derechos subjetivos de los ciudadanos a la prestación pública de satisfacción de necesidades y que garantiza la no-exclusión de capas importantes de la población"[39].

[38] En ese sentido ha dicho Antonio A. Cançado Trincade, en obra citada, que "la denegación o violación de los derechos económicos, sociales y culturales, materializada, v. gr., en la pobreza extrema, afecta a los seres humanos en todas las esferas de su vida (inclusive civil y política), revelando así de modo evidente la interrelación o indivisibilidad de sus derechos. La pobreza extrema constituye, en última instancia, la negación de todos los derechos humanos. Cómo hablar de derecho de libre expresión sin el derecho a la educación; cómo concebir el derecho de ir y venir (libertad de circulación) sin derecho a una vivienda; cómo contemplar el derecho de participación en la vida pública sin el derecho a la alimentación; cómo referirse al derecho a la asistencia judicial sin tener presente, al mismo tiempo, el derecho a la salud, y los ejemplos se multiplican", p. 120.

[39] Cf. Baylos Grau, Antonio, *Igualdad, uniformidad y diferencia en el Derecho del trabajo*, en "Revista de Derecho Social", nº 1, Bomarzo, Albacete, 1998, ps. 19-20.

En la Constitución argentina rigen en materia de seguridad social, entre otros principios, el carácter integral (universalidad subjetiva y objetiva) e irrenunciable de los beneficios, la movilidad de las jubilaciones y pensiones, organización del seguro social con autonomía económica y financiera de las entidades nacionales o provinciales, participación de los interesados en la administración de las entidades, la protección integral de la familia y el acceso a una vivienda digna.

El artículo 14 *bis* impone la obligación al Estado de establecer un sistema de protección social que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un sistema de seguridad social.

El sistema constitucional consagra la seguridad social como un derecho y, también, como garantía institucional. Se trata de organizar un régimen público cuya preservación es indispensable para asegurar los principios y derechos constitucionales conformando un núcleo irreductible para el legislador. La seguridad social en su desenvolvimiento histórico ha desarrollado determinados rasgos que le son propios y que la hacen reconocible como tal.

Los distintos subsistemas que integran el sistema de la seguridad social tienen por finalidad dar respuesta adecuada a estados de necesidad esenciales para la vida y dignidad de las personas y, por ende, deben contar con una fuerte protección que la libre de alteraciones que puedan desnaturalizar su esencia.

Es por ello, que el legislador ordinario no puede por su propia decisión modificar la naturaleza de la seguridad social transformándola en otra cosa. No puede reemplazarla por un sistema de seguros individuales que bajo el nombre de seguridad social tenga una naturaleza y fines diferentes.

Este proceso se vivió en Argentina –en la década de los 90 del siglo pasado– cuando se dictaron las leyes 24.241, 24.463, 24.457 y 24.700 que alteraron, en forma sustancial, las bases y fines de la seguridad social en materia previsional, de accidentes de trabajo y asignaciones familiares.

Las citadas normas legales significaron un notorio retroceso legislativo en los derechos sociales de las personas, incompatibles con el bloque constitucional vigente, permitiendo la transformación de la seguridad social en un sistema meramente asistencial y residual.

El origen de la institución está vinculado con el nacimiento y expansión del Estado de bienestar que, entre otros fines, se propuso "desmercantilizar" la seguridad social mientras que las reformas legislativas citadas precedentemente estaban dirigidas en un proceso contrario, devolviendo al mercado las necesidades sociales. La desfiguración de la seguridad social en instituciones mercantiles (seguros privados) organizadas en la forma de sociedades anónimas, con finalidad de lucro y orientadas al fortalecimiento del mercado de capitales, nada tienen que ver con las razones y fundamentos que dieron lugar a su nacimiento.

El origen de la seguridad social, como todos los derechos humanos, fue el resultado de largos años de luchas y demandas sociales que se fueron ampliando para mejorar las condiciones de vida de las personas[40].

En el sistema constitucional argentino el nuevo bloque constitucional atribuye al Estado el deber de realizar gradualmente la igualdad material, aplicando criterios de justicia social, equidad, solidaridad y no discriminación (artículos 14 *bis*, 16, 43 y 75, incisos 2, 8, 18, 19, 22 y 23), estableciendo:

1) Es función del Estado organizar y financiar la seguridad social, de carácter público y obligatoria para cubrir las necesidades y contingencias de todas las personas.

Es el Estado el encargado de garantizar y "otorgar" los derechos a la seguridad social, siendo las personas sus beneficiarios, pero no alcanza sólo con su actividad, sino que se requiere de la organización de la sociedad, del ejercicio activo de los derechos colectivos de "participación" por parte de los ciudadanos en la vida económica y social, tipificados, entre otros derechos, en la libertad política y sindical, el derecho de huelga, la negociación colectiva, autonomía económica y financiera de las entidades nacionales o provinciales de la seguridad social, administración por los interesados con participación del Estado de las personas públicas no estatales, iniciativa legislativa y consulta popular.

En el nivel del desarrollo actual de los contenidos sociales y democráticos del Estado de derecho, los derechos sociales son una parte inescindible de los derechos humanos fundamentales del hombre.

El principio rector, para tomar posición a favor o en contra de la exigibilidad de los derechos a prestaciones, pasa por reconocer, como dice Alexy, que "los derechos fundamentales son posiciones tan importantes que su otorgamiento o no-otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria"[41]. Ello de por sí define que no pueden ser materia de reforma sustancial por vía legislativa o administrativa.

Analizando la jurisprudencia de la Corte, en situaciones declaradas como de emergencia del Estado y de intervención en los derechos sociales, se encuentra que rara vez los jueces profundizan en las razones que llevaron a la declaración de emergencia: si la emergencia es cierta o espuria, en las ventajas o desventajas de los medios utilizados, en la responsabilidad del Estado, siendo muy tenue o inexistente el control de los actos de gobierno.

Sobre este tema, señala Albanese que durante los estados de emergencia se pueden y deben analizar las causas que los determinaron (frente a la posibilidad de la inexistencia real de la supuesta emergencia), el tiempo de duración, las medidas dictadas, los principios obligatorios reconocidos y supervisar el respeto a los derechos humanos[42].

En la Argentina, las medidas de emergencia fueron utilizadas –en las últimas dos décadas– para limitar en forma sustancial los derechos y las garantías judiciales de los beneficiarios del sistema provisional. Esta política del Estado se inició durante el gobierno del presidente Alfonsín, mediante el dictado de decretos de necesidad y urgencia que suspendieron el cumplimiento de las sentencias judiciales, los procedimientos judiciales y los reclamos administrativos de orden provisional (Decretos 2196/1986 y 648/1987).

2) La Constitución marca, entre otros fines a conseguir, la universalidad (integralidad), en sus aspectos objetivo y subjetivo, de la seguridad social. Para su logro deben tenerse en cuenta las circunstancias económicas, los recursos disponibles y las necesidades sociales. Su evolución puede ser más rápida o más lenta, pero no admite retrocesos significativos.

En la actualidad se hace necesario ampliar la acción protectoria de la seguridad social, contemplando nuevas contingencias con nuevas prestaciones. Uno de los fenómenos que requieren mayor atención es el de la elevada tasa de desempleo, subempleo, empleo no registrado, en "negro", la pérdida de cobertura provisional de los trabajadores por no reunir los años de aportes exigidos por la ley y las limitaciones de las asignaciones por hijo. La implementación de nuevos sistemas de protección social permitiría llenar los "huecos" que deja la seguridad social tradicional. En ese aspecto son terminantes las directivas dadas al legislador ordinario, en los incisos 19 y 23 del artículo 75 de la Constitución, respecto a "la generación de empleo" y la necesidad de adoptar "medidas de acción positiva

[40] Al referirse a este tema dice Gøsta Esping-Andersen que "la ampliación de los derechos sociales se ha considerado siempre la esencia de la política social; nosotros inspirados por las contribuciones de Karl Polanyi, hemos preferido considerar los derechos sociales en términos de su capacidad para la 'desmercantilización'. El criterio relevante para los derechos sociales debe ser el grado en que éstos permiten a la gente que sus niveles de vida sean independientes de las puras fuerzas del mercado. Es en este sentido en el que los derechos sociales disminuyen el status de los ciudadanos como mercancías" (cf. *Los tres mundos del Estado de bienestar*, Alfons el Magnanim, Generalitat Valenciana-Ivei, Valencia, 1993, p. 20).

[41] Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 432.

[42] Albanese, Susana, *Estado de emergencia. Jurisdicción internacional en materia de protección del derecho de propiedad*, en el volumen monográfico *La Emergencia económica, 2da. parte*, en "Revista de Derecho Público", vol. 2002-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002. Agrega que en el ámbito de la Convención Americana, "se sostiene que son tres las causales que podrían dar origen a la declaración del estado de emergencia. En primer lugar, la existencia de un conflicto armado; en segundo lugar, la existencia de un peligro público y, finalmente, la existencia de una emergencia que amenace la independencia o la seguridad del Estado. Durante las emergencias el control judicial constituye una garantía para la efectiva vigencia de los derechos humanos. Esta supervisión incluye las causas que originan el estado de emergencia en el contexto de las medidas que se adopten acerca de la suspensión del ejercicio de determinados derechos por constituir obligaciones impostergables para la efectiva vigencia del Estado de derecho", p. 58.

que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato (...) en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

Hasta la fecha, la Corte no ha examinado en ningún caso la adecuación constitucional del "modelo de la seguridad social" implementado durante la década de los 90. Lo ha hecho en casos aislados y puntuales, descalificando normas que implicaban una retrogradación del procedimiento judicial (art. 24 de la ley 24.463) en los casos "Barry" y "Hussar"[43], una frustración de la movilidad jubilatoria (art. 7, ap. 1, ley 24.463), primero en "Chocobar" y, luego, en "Sánchez"[44], más recientemente los topes confiscatorios (art. 9, ley 24.463) en "Tudor"[45], y restricciones a la reparación integral de los daños ocasionados por accidentes de trabajo (art. 39, párr. 1, ley 24.557). Pero no ha ingresado en una consideración más amplia que se refiera a la adecuación o compatibilidad de las reformas a la seguridad social con el bloque constitucional vigente.

No lo ha hecho, y probablemente no lo haga en el futuro, autolimitado el Tribunal por la doctrina de las cuestiones políticas y el carácter excepcional de la declaración de inconstitucionalidad, considerando que es tarea exclusiva del legislador su revisión.

3) La relación que se establece entre el orden público económico y el orden constitucional clarifica cuán cerca o lejos estamos de la existencia de una sociedad democrática.

En el tratamiento de los derechos de segunda generación[46], tiene singular importancia establecer una articulación adecuada entre Constitución y economía; entre la política presupuestaria de los legisladores y el derecho constitucional. Cuando se trata de asignar recursos para hacer frente a prestaciones positivas se acentúa el desfasaje habitual entre norma y realidad que acompaña a todos los sistemas constitucionales. Muchas veces ese desfasaje se traduce, en la práctica, en subordinación del derecho a las necesidades económicas del Estado.

La doctrina judicial en Argentina no ha superado –todavía– una visión "minimalista" de los derechos sociales que constituyen, según esta perspectiva, un mero programa de acción que el legislador puede cumplir

[43] *Fallos*: 319:2151 y 2215, 1996.

[44] Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "Sánchez, María del Carmen c. Anses s/reajustes varios", CS, 17/5/2005.

[45] Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "Tudor, Enrique José c/Anses", 19/8/2004.

[46] La primera generación de derechos humanos corresponde a los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales integran la segunda generación y el derecho a la paz, a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el derecho al desarrollo y el derecho al patrimonio común de la humanidad los de tercera generación. Cf. Rey Cantor, Ernesto y Rodríguez Ruiz, María Carolina, *Las generaciones de los derechos humanos*, 2ª ed., Página Maestra, Bogotá, 2003.

o no. Sólo las libertades públicas se moverían en el terreno del derecho constitucional, en tanto que los derechos sociales sólo pueden ser recogidos programáticamente, adquiriendo carácter de prestaciones exigibles cuando son desarrollados por vía legislativa. Su desarrollo es una variable dependiente del proceso económico, pero también, de la capacidad de influir en la toma de decisiones por parte de las fuerzas sociales.

Los jueces mantienen una postura vacilante, que oscila entre su reconocimiento como derechos, en algunos casos, y el mero carácter programático, carente de fuerza imperativa en otros –sujeto, la mayoría de las veces, a la discrecionalidad de los poderes públicos–.

4) Es cierto que no es posible hablar de un modelo único de seguridad social teniendo en cuenta el texto del documento constitucional y la evolución histórica de la institución. La Constitución argentina en este punto es flexible, y admite actualizaciones dentro de cánones establecidos de evolución de la seguridad social hacia nuevos ámbitos o técnicas. Así, la reforma constitucional de 1994, al incorporar con jerarquía constitucional los tratados internacionales de derechos humanos, consolida la tendencia a ampliar el modelo bismarckiano hacia una protección que comprenda a todas las personas, como un verdadero "derecho de ciudadanía". Julia López López llama "escuela de la ciudadanía" a los que argumentan "que el establecimiento de un derecho a los beneficios de un Estado de bienestar es algo que requiere la justicia. Esta escuela afirma que dejar a los mercados funcionar libremente sin un complemento conduce a una inseguridad radical y produce una gran desigualdad. Una clara función del Estado de bienestar es eliminar estas desigualdades"[47].

La seguridad social es una función del Estado, garantía institucional que expresa la obligación de mantener los rasgos esenciales que hacen reconocible al sistema y otorgan libertad de configuración al legislador dentro de ciertos límites fijados por el constituyente.

Ninguna referencia hace a los seguros privados, que tienen otro régimen legal basado en la lógica del contrato privado y financiado con fondos privados y a cargo de los asegurados. Las fórmulas privadas de aseguramiento están situadas "extramuros del sistema de Seguridad Social"[48].

El régimen legal de los seguros sociales se diferencia radicalmente del régimen contractual de los seguros privados, no sólo por sus notas de universalidad, carácter público y obligatorio, sino también porque en todos

[47] López López, Julia, *La coordinación comunitaria de los sistemas de protección social de los países miembros*, en López López, Julia (coord.), *Seguridad social y protección social: temas de actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 39.

[48] Ver el trabajo de García-Perrote Escartin, Ignacio, *Antecedentes normativos y aparición del sistema de seguridad social en España. La Constitución española*, en de la Villa Gil, Luis Enrique (dir.), *Derecho de la seguridad social*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 61.

los institutos de la seguridad social no existe la relación dual entre asegurado y empresa propia del régimen contractual, en tanto las mismas empresas, los trabajadores y el Estado participan en su financiación.

Pero también es cierto que el texto constitucional prioriza como instrumento de protección el "seguro social obligatorio", descartando, indudablemente, la protección social a través del seguro privado.

Respecto del modelo adoptado por el constituyente, la Corte Suprema de Justicia dijo en el caso "Spota", hace más de 25 años, al referirse al artículo 14 *bis* de la Constitución, que el mismo ha establecido expresamente "la obligatoriedad del seguro social", señalando que "la exigencia del aporte se justifica no sólo por elementales principios de solidaridad que requieren la necesaria contribución para el mantenimiento de la estabilidad económico-financiera de las respectivas instituciones sociales (Fallos, t. 256, p. 67), sino también por la existencia de una relación jurídica justificante entre los beneficiarios del régimen y los obligados a contribuir (Fallos, t. 250, p. 510; t. 258, p. 315), situación que se da en el presente caso con mayor fuerza que en la de los precedentes citados, por pertenecer el recurrente al personal de la institución universitaria a cuya obra social pretende desafiliarse". Agrega en el considerando 9, segundo párrafo, que "la materia de que aquí se trata y que forma parte de los derechos y garantías enunciados en el art. 14 *bis* de la Constitución nacional, rebasa los cuadros de la justicia conmutativa que regula, sobre la base de una igualdad estricta y aritmética, las prestaciones interindividuales, para insertarse en el marco y las pautas propias de la clásicamente llamada justicia social, cuya primera y fundamental exigencia radica en la obligación de quienes forman parte de una determinada comunidad de contribuir al mantenimiento y estabilidad del bien común propio de ella, sin el cual se tornan ilusorios o no alcanzan plena satisfacción los derechos y las virtualidades auténticamente humanas de los integrantes de aquélla"[49].

5) El campo de aplicación de la emergencia económica del Estado tuvo, en los derechos sociales, uno de los terrenos más propicios para su experimentación. Un punto importante del debate pasa por la delimitación de los ámbitos de actuación reconocidos al legislador ordinario. ¿Son los derechos sociales bienes constitucionales que no pueden ser desconocidos o limitados en su contenido esencial por la legislación infraconstitucional, o admiten amplitud de configuración legislativa? En este último caso, ¿cuáles son los alcances de la misma? ¿Existe un deber del legislador ordinario de "realización del Estado social" en el sistema constitucional argentino?

Para develar la respuesta a estos interrogantes es conveniente recurrir al propio texto constitucional. El artículo 14 *bis*, que contiene una rica síntesis de derechos fundamentales reconocidos a los trabajadores como sujetos titulares de las prestaciones positivas y de libertades negativas a cargo del Estado, ha sido actualizado y ampliado por la incorporación, con jerarquía constitucional, de los tratados internacionales de derechos humanos[50].

Las líneas directrices, referidas a la vigencia efectiva de los derechos sociales, están fijadas en el propio texto de la Constitución y en los instrumentos internacionales incorporados, con idéntica jerarquía, por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución nacional. Sin embargo, en los 90 predominó una jurisprudencia de la emergencia que llevó en la práctica al desconocimiento de la naturaleza y jerarquía constitucional de los derechos a la seguridad social.

Una lectura de la citada norma, cuando dice que los tratados, incorporados con jerarquía constitucional, "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos" indica, según la Corte en "Chocobar", que "los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir" (cons. 12 *in fine*).

En función de ello afirmaron los jueces de la Corte en el caso "Chocobar" que el derecho a la movilidad jubilatoria debe ser analizado como un conjunto armónico y sistemático desprendiéndose de ello que la "atención a los recursos 'disponibles' del sistema puede constituir una directriz adecuada a los fines de determinar el contenido económico de la movilidad jubilatoria, en el momento de juzgar sobre el reajuste de las prestaciones o de su satisfacción" (cons. 11 *in fine*, del fallo citado).

A partir de esta interpretación, sostuvieron que el alcance de la garantía de la movilidad de las jubilaciones y pensiones está supeditada a los

[49] Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "Spota, Alberto A.", 25/7/78, *Fallos:* 300:836.

[50] La lectura del 14 *bis* nos aclara las dudas, cuando dice: "El trabajo en sus distintas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador" tales y cuales derechos, "queda garantizado a los gremios" y, finalmente, que "el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable" y en función de ello "la ley establecerá" una serie de instituciones y prestaciones. Todo con un grado de imperatividad ineludible e impostergable en su realización por el Estado. En este punto, Bidart Campos opina que existen grados de imperatividad según cómo esté formulado el derecho. En los casos a los que nos referimos en el texto, "la ley y el Estado deben hacer lo allí formulado programáticamente para dar satisfacción a los derechos aludidos en el artículo", dudando en cambio sobre su alcance cuando la norma confiere directamente el derecho a la "vivienda digna" (con el cargo de proveerla a quien por sí no la alcanza) cuando expresa que la ley establecerá el acceso a dicha vivienda (no expresando explícitamente que todos los habitantes gozarán del "derecho" a disfrutarla); cf. Bidart Campos, Germán, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1987, p. 242.

"recursos disponibles" del sistema (cons. 11); el principio de proporcionalidad del haber previsional y su carácter sustitutivo no constituyen principios constitucionales vinculados a la operatividad de la cláusula de la movilidad, habiendo sido utilizados dicen, en tal sentido, por la Corte durante más de cuarenta años para resolver conflictos interpretativos de carácter infraconstitucional (cons. 24). Diferencian la índole y finalidad de los derechos de la seguridad social de los créditos nacidos al amparo de relaciones contractuales de derecho privado: las relaciones jurídicas de derecho público, provenientes de leyes jubilatorias, tienen naturaleza asistencial (cons. 41) y, finalmente, el principio de irretroactividad de las leyes no se aplica a las leyes de previsión social, sino solamente a los derechos y obligaciones que rigen las relaciones de las personas en el derecho privado (cons. 13, del voto del juez Boggiano).

Con respecto al sistema de movilidad de los haberes previsionales posteriores a la vigencia de la ley 24.463 (30/3/1995), reconocen los jueces de la Corte las facultades del Congreso para establecer la reglamentación respectiva, destacando que la reforma constitucional de 1994 ha incorporado con jerarquía constitucional, como complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la parte dogmática de la Constitución, los derechos consagrados en ciertos tratados internacionales, que en el caso vinculan los beneficios sociales a las concretas posibilidades de cada Estado, siendo idóneas para interpretar el alcance de la movilidad del artículo 14 *bis* de la Constitución nacional[51]. La lectura del citado fallo nos permite afirmar que la Corte estableció una clara dependencia de los derechos de la seguridad social de la economía[52] y admitió una amplia intervención de los poderes públicos en los derechos de las personas.

VII. Mandatos del constituyente

La aplicación de un criterio de interpretación armónica y sistemática del bloque constitucional nos permite descubrir una serie de principios

[51] En forma crítica a la posición de la Corte, enunciada en "Chocobar", Germán Bidart Campos decía que "no debemos olvidar que también la Corte había acuñado la pauta de que por la naturaleza alimentaria de las jubilaciones y pensiones, su monto debía reemplazar al del salario que el beneficiario percibía si hubiera proseguido en su actividad laboral. Todo ello evidencia con suficiente objetividad que la movilidad de las prestaciones de la seguridad social, si bien no tenía ni tiene en la norma constitucional un indicador numérico o porcentual, sienta un principio imperativo y axial que, aun no habiendo inflación, exige aplicabilidad, precisamente para que la remuneración de activos y pasivos guarde la proporcionalidad razonable que entre sí impone la naturaleza sustitutiva de los beneficios previsionales en relación con el sueldo o salario en actividad" (cf. *El orden socioeconómico en la Constitución*, Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 430).

[52] Al comentar la decisión de la Corte en "Chocobar" dice Agustín Gordillo que es "un claro fallo de jurisprudencia de intereses..." (cf. *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte General*, 8ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, ps. XII-28, nota 14.5.

orientadores y de derechos subjetivos exigibles aplicables en materia de seguridad social, a partir de los cuales podemos apreciar la progresividad o regresividad de las medidas adoptadas por los Estados.

En la Constitución histórica, el Preámbulo establecía líneas directrices referidas a la necesidad de "afianzar la justicia" y "promover el bienestar general" y entre las atribuciones del Congreso figuraba la de "dar pensiones" (anterior art. 67, ahora inc. 20 del art. 75). Por su parte, el Poder Ejecutivo "concede jubilaciones, retiros, licencias y pensiones conforme a las leyes de la Nación" (ahora art. 99, inc. 6, antes art. 86).

En 1957 se incorpora el artículo 14 *bis*, que da basamento constitucional a la seguridad social, al que hicimos referencia anteriormente, y autoriza a sostener que desde ese momento existe un compromiso del Estado de desenvolvimiento progresivo de los derechos a la seguridad social.

Finalmente, con la reforma constitucional de 1994, se perfila, en un marco más amplio, la obligación de "realización del Estado social" a que aludíamos en el punto anterior.

El artículo 75, inciso 19, de la Constitución establece un mandato imperativo para el legislador ordinario vinculado a la seguridad social: "Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social (...), a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores". A su vez, en el inciso 23 del citado artículo, se distinguen cuatro grupos, con derecho a medidas de acción positiva, que garanticen la igualdad de trato y el pleno goce de los derechos, a cargo del Estado: niños, ancianos, mujeres y discapacitados. En el segundo párrafo del citado inciso se establece la obligación de dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo y de la madre.

Desarrollo humano, progreso económico con justicia social, generación de empleo y formación profesional; igualdad de trato y pleno goce de los derechos, medidas de acción positiva: se alude a principios y valores muy precisos, que deben guiar la actividad del legislador ordinario. No se trata de formulaciones genéricas e imprecisas, vacías de contenido, sino, por el contrario, directivas que debe tener presente el Congreso en toda su actividad legislativa.

Se reconocen, entre otros derechos, el derecho al desarrollo humano y el derecho al progreso económico, con justicia social[53], que tienen indudable trascendencia para el logro de la eficacia de los derechos sociales.

[53] Dice Bidart Campos que "el desarrollo económico es una condición necesaria pero no suficiente para el desarrollo humano", en *El orden socioeconómico en la Constitución*, cit., p. 297. En el art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al afirmar el derecho a la seguridad social, se lo vincula con el deber de cada Estado, habida cuenta de la organización y los recursos, de dar *"satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales*, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad". A su vez, el art. 25 establece el derecho de toda persona a "un nivel de vida adecuado que

Destaca Bidart Campos que en el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) se propone como índice estadístico, en reemplazo del que mide el Producto Bruto Interno (PBI), un Índice de Desarrollo Humano (IDH). También merece reconocimiento un índice que mida la efectividad de los derechos humanos[54]. El citado índice tiene en cuenta la expectativa de vida, la alfabetización, el nivel de escolarización y la renta *per capita*. En el 2005, a pesar de la vertical caída de todos los índices, con un periodo de recesión y depresión económica sin antecedentes, que culminó en la crisis de 2001 y 2002, la Argentina estaba situada en el puesto treinta y cuatro del mundo en relación al IDH, ocupando el primer lugar en América Latina[55].

Para hacer efectivos estos derechos, vinculados al desarrollo integral de la persona, y poder cumplir con las directivas fijadas en el artículo 75, incisos 19 y 23, de la Constitución nacional, la asignación de recursos pasa a ser una directriz fundamental.

Desde una perspectiva asistencialista "focalizada", no acorde con el criterio de reconocimiento universal de los derechos, sólo el grupo de personas vulnerables merecen ayuda; desde una interpretación amplia de los derechos humanos, todas las personas, de acuerdo al texto de los tratados, pueden exigir la concreción de medidas positivas, que aseguren el derecho al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social.

La lectura de los tratados internacionales de derechos humanos, incorporados con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22) permite sacar algunas conclusiones sobre la aplicación del criterio de los recursos disponibles. Así, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos encontramos que los Estados Parte se han comprometido a "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" (art. 26), en la Convención sobre los Derechos del Niño se dispone, respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, que los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para darle efectividad a los derechos reconocidos en la Convención, "hasta el máximo de los recursos que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional" (art. 4).

le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial (...) la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo *derecho a los seguros* en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad" (destacado agregado).

54 Bidart Campos, *El orden socioeconómico en la Constitución*, cit., p. 297.

55 Ver "La Nación", 7/9/2005, *www.lanacion.com.ar*.

Pero es en el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (PIDESC) donde el tema aparece tratado con mayor claridad y amplitud, estableciéndose el compromiso de los Estados Parte de hacer efectivos lo derechos reconocidos en el Pacto, en forma progresiva "hasta el máximo de los recursos de que disponga" (art. 2.1).

La pauta "hasta el máximo de los recursos" no admite dudas, ni interpretaciones regresivas[56]. Los derechos sociales tienen por principal función asegurar la participación en los recursos sociales de los distintos miembros de la comunidad. Es un requisito necesario para asegurar condiciones de libertad e igualdad.

Los derechos a la seguridad social son derechos humanos fundamentales y como tales gozan de una preferencia que implica el deber de los gobiernos de asignarles el máximo de recursos disponibles para su realización. Todo ello, luego de una evaluación objetiva, de tal manera que al distribuir los ingresos y gastos del presupuesto se coloquen, en primer lugar, el cumplimiento de las necesidades insatisfechas más valiosas y a partir de allí, en un sentido descendente, los menos valiosos.

En el sistema político, la actividad financiera pública es un instrumento para hacer efectivas las instituciones constitucionales. La Constitución establece algunos principios constitucionales financieros: no hay ingresos ni gastos sin ley, e igualdad, equidad y solidaridad (arts. 4, 16, 75, inc. 2, 8, 19, 22 y 23 de la Constitución nacional). La actividad financiera del Estado no puede contradecir el fin que le es propio: darle efectividad a los derechos y a las instituciones en el marco del principio de razonabilidad (arts. 28 y 33 de la Constitución nacional).

A pesar de tan claras disposiciones constitucionales, podemos comprobar que se ha producido una mutación en las jerarquías del orden jurídico: muchas veces la efectividad de los derechos declarados por la Constitución depende de que decida la ley de presupuesto.

La mayoría de los jueces de la Corte Suprema sostuvo en "Chocobar", en su momento, con relación a la garantía de la movilidad de las prestaciones previsionales (art. 14 *bis* de la Constitución nacional), que esta cláusula no especifica el procedimiento a seguir para el logro del objetivo propuesto en cuanto a la evolución del haber, dejando librado el punto al criterio legislativo, e interpretó que el alcance de la movilidad está sujeto a la directriz de los recursos disponibles en el sistema previsional, a los fines de su cumplimiento.

56 No comparte esta posición Jorge Rodríguez Manzini, quien advierte sobre una inteligencia errónea del texto, "del cual se ha querido extraer (...) una suerte de principio fundamental del derecho del trabajo, enunciado como principio de progresividsd que obstaría al dictado de normas legales o reglamentarias –e incluso convencionales– que implicaran una modificación de condiciones laborales establecidas en disposiciones anteriores en sentido desfavorable al trabajador" (*Derechos fundamentales y relaciones laborales*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 8, nota 10).

Sin embargo, en la Convención Constituyente que introdujo el artículo 14 *bis*, al referirse a la movilidad de las jubilaciones, el convencional Martella dijo que se deseaba una jubilación móvil "para mantener a las personas jubiladas o pensionadas con una asignación que les suponga siempre el mismo *standard* de vida"[57]. Otros legisladores adhirieron a la idea de que deben seguir "el ritmo del costo de la vida, equiparación de sus asignaciones a los funcionarios y/o agentes en actividad". Resultaba clara la voluntad del legislador constitucional, cuando se dictó la norma, de garantizar la movilidad de las prestaciones previsionales.

A diferencia de otros sistemas constitucionales, que han dejado amplia libertad de configuración al legislador, el argentino, a partir de la reforma de 1994, define un modelo fuerte de seguridad social que las normas infraconstitucionales deben respetar y hacer efectivas gradualmente.

A pesar de la presencia de esos principios constitucionales, la Corte realizó en "Chocobar" una interpretación diferente de la directriz de los recursos disponibles, que alteró en forma sustancial la vigencia del derecho a la movilidad de los jubilados y pensionados y la amplitud de los derechos a la seguridad social. Con esta decisión se afectó el núcleo irreductible o esencial del derecho a la movilidad.

Sostenemos que el Estado no puede fijar un tope arbitrariamente cuantificado de jubilación. Los recursos deben ser asignados tomando en cuenta la escala de valores que surge de los principios definidos en el bloque constitucional vigente. Ello implica respetar el compromiso asumido de promover el desarrollo gradual de los derechos, haciendo extensiva e intensiva su vigencia dentro de lo disponible y posible[58].

Al establecer el orden axiológico debemos priorizar lo más valioso, en una escalera descendente hacia lo menos valioso. Determinar, en un momento dado, qué es lo más valioso implica un esfuerzo interpretativo para asegurar la cobertura de las necesidades básicas que se vinculan a los derechos sociales.

El Estado es el responsable y debe asignar un máximo de recursos suficientes, dentro del gasto público –medio– para hacer posible el desarrollo progresivo de los derechos sociales[59]. Si bien el nuevo texto constitucional establece la obligación de dictar un régimen de seguridad social, especial e integral, en protección del niño en situación de desamparo y de la madre, y se determinan grupos de protección preferida, no hay duda de que los citados principios y valores deben leerse en conjunto con todos los derechos fundamentales, y son válidos y aplicables para toda la política social del Estado.

Es evidente que en la decisión del constituyente estaba muy presente la necesidad de orientar las prioridades en la tarea de gobierno. El legislador ordinario debe tener en cuenta estas directivas y realizar, en cada momento, un cotejo que le permita resolver en forma armónica y respetuosa de la fuerza normativa de la Constitución, las distintas alternativas que se le presentan, en la asignación de los recursos económicos.

Así, en el citado artículo 75, en los incisos 2 y 8, se establecen pautas para la distribución de fondos entre la nación y la provincias y para la sanción del presupuesto general de la nación que deben tenerse en cuenta. Equidad y solidaridad son los criterios delineados por el constituyente, dando prioridad a un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional. Estos principios adquieren mayor vigor en tiempos de crisis, y son los jueces los encargados de darle operatividad a los derechos en esas circunstancias, sobre todo cuando el legislador es inoperante[60].

Los derechos a la seguridad social, en su nueva configuración en el bloque constitucional vigente, no sólo integran y tienen jerarquía de derechos constitucionales sino que, luego de la reforma de 1994, pueden ser considerados como derechos preferidos, formando parte del derecho a la vida de las personas[61]. Esto significa que debemos materializar su constitucionalización como derechos fundamentales del hombre, en el mismo rango de los derechos civiles y políticos.

[57] Diario de Sesiones, t. II, p. 1.249.

[58] Al referirse al tema, Bidart Campos dice que se puede presuponer que "el máximo disponible es el máximo que razonablemente surge de una evaluación objetiva, con la que al distribuir los ingresos y gastos de la hacienda pública se prioriza lo más valioso y se escalona, a partir de allí, lo menos valioso" (*El orden socioeconómico en la Constitución*, cit., p. 343).

[59] Las medidas que debe adoptar el Estado no se agotan en las legislativas. La frase "por todos los medios apropiados tiene un significado más amplio, debiendo ofrecer recursos judiciales (...) y otros recursos efectivos", Observción General 3.

[60] Destaca Robert Alexy, al referirse al grado del ejercicio de los derechos fundamentales sociales en tiempos de crisis económica, que "justamente en tiempos de crisis, parece indispensable una protección iusfundamental de las posiciones sociales, por más mínima que ella sea", siendo los jueces los que tienen posibilidades ya sea cuando constatan la violación de la Constitución, "a través de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución" (cf. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., ps. 496-497).

[61] Al redefinir los derechos fundamentales, Luigi Ferrajoli, en contraposición a lo que él denomina situaciones jurídicas, los caracteriza "como aquellos derechos cuya garantía es igualmente necesaria para satisfacer el valor de las personas y para realizar su igualdad. A diferencia de los derechos patrimoniales –del derecho de propiedad a los derechos de crédito– los derechos fundamentales no son negociables y corresponden a 'todos' y en igual medida, en tanto que condiciones de la identidad de cada uno como persona y/o como ciudadano" (cf. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 908).

[62] Se incorporan al nuevo bloque de constitucionalidad los tratados internaciona-

Los derechos sociales, establecidos en el artículo 14 *bis* y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, que hoy tienen jerarquía constitucional, y en los convenios internacionales de la OIT (con jerarquía supralegal), constituyen derechos a reclamar prestaciones positivas del Estado[62]. En esta perspectiva forman parte de las condiciones constitutivas de la igualdad y del valor de la persona.

VIII. Las obligaciones del Estado en materia de seguridad social

Existe por un lado un derecho a la seguridad social como derecho humano fundamental de toda persona y una obligación del Estado a realizar prestaciones positivas exigibles[63]. Dado su carácter público y obligatorio, la seguridad social forma parte de las responsabilidades asumidas por el Estado. La misma se expresa en el alcance del concepto "otorgará" como una obligación exigible y no como una concesión graciosa de los poderes públicos (art. 14 *bis* de la Constitución).

La seguridad social está protegida en su existencia por la Constitución, a través de la garantía institucional, que limita sensiblemente la libertad del legislador. A diferencia de otros sistemas más débiles desde el punto de vista constitucional –como es el caso español– la Constitución argentina garantiza expresamente una serie de derechos subjetivos de los cuales son titulares todas las personas por formar parte de la sociedad. No se trata de derechos de configuración legal sino constitucional.

La totalidad de las instituciones reconocidas por la OIT en el Convenio 102[64], relativo a la norma mínima de la seguridad social (1952), que no ha sido ratificado por la mayoría de los países de América Latina[65], forman parte de la seguridad social. Así las prestaciones por asistencia médica, prestaciones monetarias por enfermedad, prestaciones de desempleo, de vejez, accidente de trabajo y enfermedad profesional, familiares, invalidez y sobrevivientes. A ello agregamos en una ampliación de la lista de contingencias como el derecho al "acceso a una vivienda digna", la obligación vinculada a la "generación de empleo" y la protección de los grupos de personas que requieren una protección especial, como las mujeres, los niños, los ancianos y las personas con discapacidad, conforme lo establecen los artículos 14 *bis* y 75, incisos 19 y 23, de la Constitución. En nuestro sistema forma parte de los derechos-deberes de los ciudadanos ("interesados") la participación en la administración de los organismos de la seguridad social.

El sistema de seguridad social, en los países europeos de la posguerra, constituye el núcleo o corazón del Estado social y democrático de derecho[66]. Si bien nuestra Constitución histórica es de origen liberal, configurando un Estado liberal de derecho, no menos cierto es que en su desarrollo histórico y las sucesivas incorporaciones normativas y la interpretación judicial fueron modificando la naturaleza del Estado hacia un Estado social y democrático de derecho.

Es fundamental definir el alcance de los principios y derechos fijados en la Constitución para evaluar los límites que tiene el legislador ordinario en el desarrollo de sus funciones. En nuestro sistema constitucional no existe una amplitud tan grande de configuración legal como en otras constituciones. A pesar de ello, la reforma estructural de las instituciones protectorias, en los 90, se encaró "desmantelando" la seguridad social y "arrasando" con los principios y derechos constitucionales, actuando el legislador con una amplitud total, sin respetar límites y recurriendo el Poder Ejecutivo a los decretos de necesidad y urgencia como instrumento para "acelerar" la reforma de la seguridad social.

No se respetó la técnica de la garantía institucional que obliga a definir el concepto de seguridad social para saber cuál es el límite que no debe ser rebasado.

IX. Los derechos a la seguridad social en la interpretación de la Corte Suprema en el caso "Chocobar"

La sentencia de la Corte en el caso "Chocobar" tuvo graves consecuencias en lo que hace a la vigencia efectiva de los derechos humanos de los jubilados[67].

les (art. 75, inc. 22), reconociendo expresamente los derechos a la seguridad social en la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuando establece que toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social (art. 22). En el mismo sentido, cf. el art. XV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 4.1 y 5.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6) y el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 9 y 12), donde expresamente dicen que los Estados Parte reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso el seguro social.

63 Dice Ignacio García Perrote al analizar la jurisprudencia constitucional sobre seguridad social que la Constitución española recoge y consagra en el art. 41 "la evolución que han experimentados los sistemas contemporáneos de Seguridad Social, de tal suerte que la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad se concibe como una 'función del Estado', rompiéndose en buena parte la correspondencia prestación-cotización propia del seguro privado, superada por la dinámica de la función protectora de titularidad estatal (SSTC 103/1983 y 65/1987)" (*Los laudos arbitrales de las elecciones sindicales*, Lex Nova, Valladolid, p. 57).

64 *Instrumentos internacionales en materia de seguridad social*, Secretaría General de la OISS, Madrid, 1996, ps. 173 y siguientes.

65 Sólo lo han ratificado en América Latina: Bolivia, Costa Rica, Ecuador, México, Perú y Venezuela. Ver *www.ilo.org*.

66 Joaquín Aparicio Tovar dice que "hoy, los sistemas de seguridad social, así como el resto de los derechos sociales, muchos de ellos reconocidos por las constituciones nacionales, constituyen uno de los rasgos distintivos del modo europeo de estar en sociedad" (cf. *Introducción al derecho social de la Unión Europea*, Bomarzo, Albacete, 2005, p. 21).

67 En idéntico sentido se expresa Germán J. Bidart Campos cuando dice que "ni la ley ni la jurisprudencia de la Corte en el caso 'Chocobar' responden a los cánones

La Corte enfrentó y contradijo sus propios precedentes, la Constitución nacional y los tratados internacionales de derechos humanos. Diez años antes, la Corte, en su integración con cinco miembros, había dicho al referirse a la amplitud de configuración que se reconocía al legislador ordinario que "La latitud de las facultades que se ha reconocido al legislador para organizar los sistemas jubilatorios y establecer las condiciones con sujeción a las cuales se acuerdan los beneficios derivados de aquellos (Fallos:247:551; 258:315; la Ley 116-270), deben entenderse condicionadas a que esas facultades se ejerciten dentro de los límites razonables, o sea de modo que no hiera de manera sustancial los derechos emergentes de la seguridad social acordados a las personas comprendidas en los regímenes jubilatorios"[68].

Al momento de dictarse el fallo "Chocobar" –27/12/1996– las prestaciones previsionales estaban virtualmente congeladas desde la sanción de la ley 23.928, denominada ley de convertibilidad. Durante el período transcurrido entre el 1/4/1991 al 31/3/1994 no se había otorgado ningún aumento a los jubilados y, con la aplicación del AMPO[69] –en septiembre de 1994–, apenas se reconoció un 3,28% en concepto de actualización de los haberes previsionales. Pero, es a partir de la sanción de la ley 24.463, denominada de "solidaridad previsional", que se supedita la movilidad jubilatoria a la asignación de recursos presupuestarios, dejándose en manos del legislador su reglamentación.

Se limitan las pautas de movilidad jubilatoria para el período 1/4/1991 al 31/3/1995 al 13,78%, no pudiendo, en ningún caso, exceder los haberes jubilatorios los porcentajes establecidos por las leyes de fondo (70 al 82% del sueldo en actividad). El fallo de la Cámara de Seguridad Social había aplicado el índice general de las remuneraciones que reconocía casi un 60%, para ese mismo período, sin ningún tipo de limitación. Debe recordarse que el 3,28% para el período 4/1994 al 3/1995 fue otorgado por aplicación del AMPO.

En relación al sistema de movilidad de los haberes, con posterioridad a la sanción de la ley 24.463 (31/3/1995), la Corte reconoce las facultades del Congreso de la Nación para reglamentarla, por lo que desestima el planteo de inconstitucionalidad del artículo 7, inciso 2, de la citada ley. Sólo declara la inconstitucionalidad del artículo 7, apartado 1, inciso b, de la ley 24.463 ("solidaridad previsional"), en cuanto a la movilidad que corresponde desde el 1/4/1991 hasta el 31/3/1994, en que entró en vigencia el régimen de la ley 24.241; ordenando que por ese período en que no se había reconocido aumento en los haberes, deberá ser aplicada, por cada año, una movilidad del 3,28%, por ser ésta una variación de igual extensión cuantitativa que la experimentada por el AMPO, estimada por las Resoluciones de la Secretaría de Seguridad Social Nº 9/94, 26/94 y 171/94, hasta que comenzó a regir el nuevo régimen instituido por el artículo 7, inciso 2, de la ley 24.463.

La subsistencia de una situación de virtual congelamiento de las prestaciones previsionales hasta la fecha, con la excepción de los aumentos de los mínimos jubilatorios y un 10% para los haberes menores de $1.000, pone en tela de juicio la vigencia de la garantía de la movilidad jubilatoria contemplada en el artículo 14 *bis* de la Constitución nacional.

Se mantiene una pérdida importante del valor adquisitivo de las prestaciones provisionales a raíz del proceso inflacionario, luego de la salida de la convertibilidad.

La Corte, en "Chocobar", sostuvo que el legislador constituyente no se inclinó por la adopción de pauta o referencia concreta vinculada con la depreciación de la moneda por lo que "configuró una nítida reserva para que el legislador reglamentara la movilidad sin imponerle una versión uniforme del alcance de la garantía declarada, reconociéndosele al Congreso de la Nación plenas facultades para el dictado de normas infraconstitucionales que realizase sobre la conveniencia y posibilidad del sistema que correspondería implementar como razonable tutela de la cláusula introducida en la Carta Magna" (cons. 10, *in fine*).

En la interpretación de la Corte se reconoce una amplia capacidad de configuración al legislador –un "cheque en blanco"– que implica una verdadera intervención en el derecho a la movilidad jubilatoria. Esta interpretación deja vigente el texto pero vacía su contenido[70]. Según el citado precedente, la movilidad puede ser modificada o suspendida en su aplicación, adaptada a la evolución de las concepciones políticas, jurídicas, sociales y económicas que imperen en la comunidad en un momento dado.

La Corte revisa, en el citado fallo, conceptos tales como proporcionalidad entre los haberes de actividad y pasividad y la naturaleza sustitutiva que se le asigna a este último. Al respecto dice que dichos conceptos fueron enunciados por el Tribunal a partir de la interpretación de textos legales que reglamentaron la garantía constitucional de la movilidad, pero no surgen de la garantía misma. Sostiene que fueron sacados de cauce y situados como única conclusión aceptada del texto constitucional. En los fundamentos se incurre en una interpretación desapegada de la norma, con la vista puesta, exclusivamente, en sus resultados económicos, en el interés del Estado, que acota la movilidad a un mecanismo indexatorio.

constitucionales en la materia. A la inversa, con los que estos estipulan en la aplicación del orden socioeconómico a la seguridad social" (cf. *El orden socioeconómico en la Constitución*, cit., p. 431).

68 Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "Volonté, Luis Mario s/jubilación", 22/3/1985, en "La Ley", 1985-E-401.

69 Unidad que medía la movilidad de los haberes jubilatorios de acuerdo con el art. 160 de la ley 24.241.

70 Una ajustada mayoría de cinco jueces de la Corte (Nazareno, Vázquez, Moliné O'Connor, Boggiano y López) sustentó la nueva doctrina previsional.

Recuerda la Corte que la reforma de 1994 incorpora con jerarquía constitucional, como complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la primera parte de nuestra Carta Magna, los derechos consagrados en ciertos tratados internacionales. Cita el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 26 de la Convención Americana, y dice que las citadas normas sirven como referencias para interpretar el alcance de la movilidad aludida en el artículo 14 *bis* de la Constitución nacional, en cuanto de allí se desprende que la "atención a los recursos disponibles del sistema pueda constituir una directriz adecuada a los fines de determinar el contenido económico de la movilidad jubilatoria, en el momento de juzgar sobre el reajuste de las prestaciones o de su satisfacción" (cons. 11, *in fine*).

Esta interpretación produce una desfiguración del derecho a la movilidad que se complementa con la que realiza de los tratados internacionales, entendiendo que el mencionado derecho se encuentra sujeto a la directriz de los recursos disponibles. En el caso en examen, las cláusulas de los tratados internacionales de derechos humanos se utilizan, no para desarrollar en forma gradual los derechos, sino en un sentido regresivo. El criterio expuesto contradice abiertamente el principio de una "progresiva efectividad" de los derechos establecido en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de las pautas fijadas en el artículo 2.1 del PIDESC, y –como habíamos visto antes– el artículo 14 *bis* de la Constitución.

La mayoría de la Corte se aleja de una interpretación armónica de los tratados internacionales de derechos humanos y del texto histórico de la Constitución. Realiza una interpretación formal y aislada del artículo 26 de la Convención Americana, sin tomar en cuenta el conjunto de las normas del PIDESC, el contenido valorativo y su designio de progreso. Tampoco coteja las disposiciones del PIDESC con el resto de los principios que emanan de los restantes tratados internacionales de derechos humanos que contienen disposiciones sobre la asignación de recursos[71].

Se observa una interpretación alternativa de los textos internacionales que guardan relación con las necesidades del Estado. El artilugio utilizado le permite desconocer la garantía de la movilidad e intenta cerrarle el camino para el futuro dejándola librada al arbitrio absoluto del Congreso[72].

[71] Al comentar los principios del orden jurídico supranacional con fuerte contenido valorativo dice Gordillo "que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (CSJN, *Fallos:* 281:146; del discutido caso 'Chocobar', 'Doctrina Judicial', 1997-1-755, ver la frase del cons. 12 que, en todo caso es *obiter dicta*, como casi todo el fallo)" (*Tratado de derecho administrativo*, t. I, *Parte General*, 4ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1997, ps. VI-31, nota 83).

[72] Néstor Pedro Sagüés caracteriza la doctrina del "uso alternativo del derecho" diciendo que "propone el llamado 'uso indirecto' de la norma, esto es, su empleo según los

X. Normas supraconstitucionales

Los jueces de la Corte sostienen que la ley 23.928 prescribe que en ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, variaciones de costos o repotenciación, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con posterioridad al 1 de abril de 1991 (art. 7). Afirman que la ley 23.928 significó: 1) un paso audaz para superar una crisis prolongada implementando un mecanismo de desindexación de la economía; 2) que fue sancionada dentro de una *situación declarada como de emergencia, en la cual los derechos patrimoniales pueden ser suspendidos o limitados de manera razonable, en aras del bien general de la comunidad, en tanto no se altere su sustancia* (cons. 27, párr. 2 y 3).

Dicen que el método establecido por la ley 18.037 para llevar a cabo la modalidad de los haberes configura una de las distintas alternativas –de fuente legal– para llevar a cabo la actualización de créditos por depreciación monetaria que, al igual que las restantes, ha sido derogada por los artículos 7, 10 y 13 de la ley 23.928. En la postura de la Corte la ley de convertibilidad se transforma en un norma supraconstitucional que deroga el derecho a la movilidad establecido por el artículo 14 *bis* de la Constitución nacional.

La mayoría entiende que el método de movilidad de la ley 18.037 fue derogado por la ley de convertibilidad, no subsistiendo ningún mecanismo de movilidad, para los jubilados, hasta tanto no reglamente la garantía el Congreso. Es evidente que la derogación del régimen de movilidad de la ley general de jubilaciones y pensiones, tal como lo entiende la Corte, debía haber sido expreso e inmediatamente reemplazado por otro, para asegurar la vigencia de la garantía constitucional –con mayor razón si la Corte admite la subsistencia de la movilidad de los regímenes especiales que se establecen en relación a pautas de sueldos en actividad, pues de lo contrario estamos ante una clara violación del derecho de igualdad establecido en el artículo 16 de la Constitución nacional[73].

fines políticos del intérprete, con objetivos distintos de los concebidos por su autor" (cf. *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 85). La diferencia reside –en cuanto al origen histórico del método– en que no sería la emancipación económica y social de las clases sometidas la finalidad, sino las necesidades del Estado.

[73] "Por ello, la movilidad reconocida por el texto en cuestión" (art. 160.1, ley 24.241) debe ser interpretada como únicamente dirigida a las prestaciones que no estaban comprendidas en el régimen general de jubilaciones y pensiones y, por ende, sujetas a estatutos especiales que implementaban un sistema especial y distinto para la movilidad de los haberes" (cons. 32, párr. 3). Mientras a la mayoría de los jubilados se le desconoce la movilidad, un sector –entre ellos los funcionarios del Estado, personal del Congreso, servicio exterior, personal de la Administración Pública, docentes, jueces, etcétera– tendrían garantizado el derecho. Esa interpretación no responde a ningún estándar de razonabilidad, es directamente aberrante, pues se está reconociendo a unos lo que se desconoce a otros, en una clara discriminación social.

La realidad es que, durante el período comprendido entre el mes de abril de 1991 al mes de marzo de 1994, los haberes jubilatorios estuvieron congelados, incumpliéndose por el organismo previsional la garantía constitucional. Para ese mismo período, la Corte Suprema de Justicia reconoce que la variación del nivel general de las remuneraciones (art. 53 de la ley 18.037) alcanzó un 58,19% y las pautas del salario básico del convenio de la industria de la construcción alcanzaron una variación del 30%.

Como ya señalamos, la denominada desindexación de la economía nada tenía que ver con la movilidad de las jubilaciones y pensiones que no podía ser, bajo ningún aspecto suprimida. La doctrina de la emergencia que se invoca tiene, en el caso del régimen previsional, carácter permanente, e implica el desconocimiento de derechos establecidos en la Constitución nacional. A pesar de ello, la Corte sostiene que la ausencia de movilidad durante el período en cuestión no afecta la garantía constitucional reconocida por el artículo 14 *bis* de la Constitución nacional. Trae en su apoyo una antigua sentencia de la Corte, anterior a la incorporación del artículo 14 *bis*, "Tiburcio López"[74], que contiene, según la mayoría dos conceptos esenciales para dilucidar la presente cuestión.

En primer lugar, en cuanto las finanzas de la institución fallan, cualquiera sea la causa, "una reforma general y reconstructiva impuesta por la necesidad de volver a poner las cosas en su quicio, equilibrando los egresos con los ingresos, que eche mano del recurso extremo de reducir los beneficios, actuales y futuros, dentro de una proporcionalidad justa y razonable, haciendo así efectivo el principio de solidaridad en que descansan estas instituciones, no puede ser objetada como arbitraria e inconstitucional. Lo justifica –en el enfoque de la Corte– el interés público y la impone la conservación de patrimonio común de los afiliados (conf. tratados citados en el consid. 11)"[75]. El Tribunal acude a un fallo de 1937, anterior a la expansión de las políticas de seguridad social a mediados de los 40, anterior al reconocimiento constitucional de los derechos a la seguridad social y por supuesto, a la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos.

En segundo lugar, en cuanto a la afectación de los derechos adquiridos, recuerda que antes ha reconocido que los haberes pueden limitarse de acuerdo con exigencias superiores o de interés colectivo, siempre que no resulten sustancial y arbitrariamente alterados. Sostiene que mientras las obligaciones de fuente contractual, de derecho privado, tienen la protección que consagra la inviolabilidad de la propiedad privada, las relaciones jurídicas provenientes de leyes jubilatorias son de derecho público y de manifiesto carácter asistencial, de lo cual deriva que no es forzoso que

74 Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "Tiburcio López y otros c/Pcia. De Tucumán" (*Fallos:* 179: 394, 1937).

75 Cons. 38. Es decir, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

exista una estricta proporcionalidad entre los aportes recibidos y las prestaciones acordadas por las cajas. El principio dominante en materia jubilatoria es el de solidaridad.

Esta interpretación desigual, en jerarquía e intensidad de tutela, de la propiedad de las prestaciones provisionales, quiebra el derecho a la igual protección y refuerza los derechos económicos de los grupos sociales dominantes, quedando los derechos sociales sujetos a los vaivenes políticos, los cambios y reformas realizadas por la Administración o una mayoría parlamentaria.

La afirmación de la mayoría de los jueces de que las leyes jubilatorias son de manifiesto carácter asistencial minimiza o empequeñece los derechos provisionales, siendo incompatible con una interpretación conforme la constitución del artículo 14 *bis*. Es también contradictoria con el carácter integral e irrenunciable de los beneficios de la seguridad social, y con el reconocimiento de la seguridad social como un derecho humano fundamental en los términos de los tratados internacionales de derechos humanos.

El voto de la minoría de la Corte (integrada por los jueces Fayt, Petracchi, Belluscio y Bossert) está en línea con el espíritu del artículo 14 *bis* de la Constitución nacional, y refirma el derecho a la movilidad jubilatoria cuando dice que "no es el mero reajuste por inflación medido con relación a un índice periódico, que se vincula con alguna de las variables económicas, sino que es una previsión de orden constitucional que tiene un profundo contenido humanitario y social". Recuerda, a partir de esa caracterización, que la movilidad no responde meramente al criterio de mantener la equivalencia de las prestaciones, a través del reconocimiento de la actualización por desvalorización monetaria, como en el caso de la ley 21.864 y equivalentes. Se trata de un derecho subjetivo exigible, que el Estado debe garantizar, destinado al mejoramiento de la calidad de vida del jubilado como parte de la comunidad, y no, en el mejor de los casos, a su mera conservación.

Es justamente durante ese período que analiza la Corte (1991/1994) cuando se produce un crecimiento del producto bruto interno del 8% anual, que no se reflejó en la participación en su distribución entre los jubilados. En los regímenes previsionales públicos basados sobre criterios de reparto y de solidaridad, en los distintos países, se contempla el aumento de las pensiones y la movilidad por encima del criterio indexatorio, teniendo en cuenta la participación de los ancianos en el crecimiento económico y la variación de los salarios[76].

76 En España, a partir de la ley 24/1997, la discrecionalidad que tenía el Gobierno para llevar a cabo la "revalorización" es sustituida "por el mecanismo de revalorización automática en función del índice de precios al consumo". Ver Valverde, Maria García, *La cuantía de las prestaciones en el sistema de seguridad social español*, Comares, Granada, 2003, ps. 160 y siguientes.

El fallo que analizamos es un reflejo de la crisis de legalidad constitucional del país. La ley no rige igual para todos: el imperio de la ley no alcanza a los jubilados plenamente. No tienen la misma protección los derechos patrimoniales; la gran propiedad de un empresario, un financista o un inversor externo que, en este caso, la pequeña propiedad de un jubilado, su haber jubilatorio.

A su vez, el Tribunal deja sin efecto el criterio sentado en "Rolón Zappa", defiriendo al Congreso la determinación de la existencia de deterioro patrimonial de los organismos previsionales y la adopción de los remedios para su restablecimiento, y adopta como criterio decisorio el contexto y las consecuencias económicas que podrían devenir del fallo. En esta misma línea de interpretación del fallo, Gordillo menciona el caso "Chocobar" como un ejemplo del peso en las decisiones judiciales de los argumentos no escritos, que en algunos casos sobrepasan a los escritos; la Corte dejó atrasar, sin resolver, mas de setenta mil expedientes de reajustes de haberes jubilatorios porque tuvo en cuenta las consecuencias económicas que se derivarían de la sentencia judicial[77].

Todos los jueces de la Corte coinciden en desestimar la inconstitucionalidad del artículo 7, inciso 2, de la ley 24.463 respecto a las facultades del Congreso para reglamentar la movilidad de los haberes provisionales con posterioridad a la vigencia de la ley de "solidaridad provisional". El juez Boggiano agrega, en su voto, que "no corresponde emitir pronunciamiento alguno, toda vez que la parte no ha señalado el perjuicio que su aplicación le ocasiona" (cons. 23), apreciación con la que coinciden los jueces Belluscio, Petracchi y Bossert (cons. 66)[78].

XI. Los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos

Como decíamos antes, la Convención Americana, en su artículo 26, al referirse a los derechos económicos, sociales y culturales, señala el compromiso de los Estados Parte de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. A su vez en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador"[79], se establece la obligación de los Estados Parte de adoptar medidas "hasta el máximo de los recursos disponibles" 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", no pudiendo "restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de la legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado" (art. 4), ni establecerse restricciones y limitaciones "al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos" (art. 5).

A esta disposición de la Convención Americana y del Protocolo de San Salvador se suma el artículo 4 de la Convención sobre Derechos del Niño, que expresamente establece que "en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Parte adoptaran esas medidas (para dar efectividad a los derechos) hasta el máximo de los recursos de que dispongan...".

La resolución de las situaciones de crisis económicas y sociales debe hacerse dentro del Estado de derecho, sin lesionar los derechos de los ciudadanos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos[80] ha dicho que, si bien la suspensión de garantías constitucionales constituye una situación excepcional, ello no significa que la misma "comporte la supresión temporal del Estado de derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad, a la que en todo momento deben ceñirse", y que "el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de derecho son inseparables".

En ningún caso los problemas vinculados con la vida económica o social del país pueden justificar la suspensión de derechos. En el PIDESC, que cuenta con jerarquía constitucional, no existe norma alguna sobre estados de excepción. Es concluyente la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el sentido de que un "Estado Parte no puede nunca, ni en ninguna circunstancia, justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43 *supra*, que son inderogables"[81].

77 Gordillo, Agustín, *Introducción al Derecho*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, cap. V, p. 25, disponible en *www.gordillo.com*.

78 En este tema, el juez Fayt también coincide con la postura de la mayoría, resaltando que la Constitución exige que las jubilaciones y pensiones sean móviles, "por lo que deben considerarse prematuras las impugnaciones constitucionales desplegadas contra la validez del art. 7, inc. 2, de la ley 24.463". Agrega que "la sola incertidumbre acerca del modo en que se concretará la movilidad en el futuro revela el carácter conjetural del agravio y la inexistencia de un gravamen actual, lo cual cancela la competencia de la Corte en este sentido. Ello, sin perjuicio de los eventuales planteos que ante una demostración concreta de lesión a las garantías constitucionales en juego, pudieran efectuarse en lo sucesivo" (cons. 26, párr. 2).

79 Adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988, ratificado por Argentina el 23 de octubre de 2003.

80 Corte IDH, OC-0/87.

81 Comité DESC, Observación General 14, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12, PIDESC)" (2000), párr. 47, *in fine*. El párrafo 43 citado confirma las obligaciones básicas de los Estados Parte en materia de salud. Dice, expresamente, que

Existe un núcleo duro de los derechos que no puede ser alterado por la emergencia[82]. Si bien el artículo 27 de la Convención Americana excluye el derecho de propiedad de aquellos derechos o garantías que no pueden ser materia de suspensión bajo ningún concepto, establece una serie de pautas que surgen del texto en forma expresa, y otras que surgen de las sentencias u opiniones consultivas de la Corte Interamericana, que los Estados Partes deben respetar al declarar una emergencia:

a) *Principio de necesidad,* dado que debe ser imprescindible "en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado" (27.1, Convención Americana) o "en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la Nación" (art. 4, PIDCP);

b) Debe tratarse de una situación de *gravedad extrema* que justifique la suspensión, y no de un medio para aumentar y legitimar simples medidas de gobierno;

c) *Temporalidad* de las medidas, "en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación";

d) *Proporcionalidad,* es decir, adecuación de medios y fines. Así, la Corte Interamericana ha dicho que son ilegales las medidas "si se prolongaran más allá de sus límites temporales, si fueran manifiestamente irracionales, innecesarias o desproporcionadas, o si para adoptarlas se hubiere recurrido en desviación o abuso de poder"[83];

e) *Respeto del Estado de derecho y de la legalidad:* dijo la Corte Interamericana que la emergencia no implica que "comporte la suspensión temporal del Estado de derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento debe ceñirse"[84];

f) *Prohibición de discriminación,* fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social (art. 27.1, Convención Americana);

"un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído en virtud del art. 12. Si la limitación de recursos imposibilita el pleno cumplimiento por un Estado de las obligaciones que ha contraído en virtud del Pacto, dicho Estado tendrá que justificar no obstante que se ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones señaladas". Ver asimismo, Observación General 15, párr. 40. A su vez, en los "Principios de Limburgo" (1986) y en las "Pautas de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales" (1997) se señala que "es aplicable [a las obligaciones esenciales] con indiferencia de la disponibilidad de recursos del país en juego o de otros factores y dificultades", en *Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights,* pauta 9.

82 Cf. Gialdino, Rolando E., *Estados de excepción o de emergencia en el derecho internacional de los derechos humanos y estado de sitio. ¿Una nueva norma constitucional?,* en "La Ley", 2004-A-1323.

83 Corte IDH, OC-8/87, "El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías", 30 de enero de 1987, Serie A, Nº 8, párrs. 38-39.

84 Corte IDH, OC-6/86, "La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", 9 de mayo de 1986, Serie A, Nº 6, párr. 32.

g) *Obligación de información* a los demás Estados Parte en la Convención de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, los motivos de la misma y la fecha de la terminación de la suspensión (art. 27.3, Convención Americana).

La doctrina de la Corte en materia previsional, elaborada a partir de "Chocobar", que mantuvo en suspenso el derecho a la movilidad jubilatoria *sine die,* tuvo continuidad en una serie de fallos que confirmaron la tendencia de primacía de criterios económicos por sobre la escala de valores constitucionales, en abierto desconocimiento de los derechos de los jubilados. Así en "Heit Rupp"[85], revocó una sentencia que reconocía que desde el 1/4/1995 subsistía una "situación análoga" a la examinada por la Corte en "Chocobar", para el período anterior –1/4/1991 al 31/3/1995– por lo que prolongó el método de ajuste hasta que el Parlamento cumpliera "con el mandato auto asignado en el artículo 7, apartado 2, de la ley 24.463". diciendo que "en el referido caso 'Chocobar' y en numerosas causas análogas resueltas posteriormente, esta Corte ha reafirmado las atribuciones con que cuenta el Congreso de la Nación para reglamentar el artículo 14 *bis* de la Constitución nacional y, en particular, para establecer el modo de hacer efectivo ese derecho a partir de la vigencia de la ley 24.463, que remite a las disposiciones de la ley de presupuesto, por lo que ha rechazado los planteos de invalidez del citado artículo 7, inciso 2, basados en agravios conjeturales que no alcanzaban a demostrar el perjuicio concreto ocasionado por dicho sistema a los interesados".

En "Baudou"[86], remitiéndose a "Chocobar", sostuvo que dado que el artículo 53 de la ley 18.037 "había sido derogado por la ley de convertibilidad 23.928", ello conduce "a idéntica conclusión respecto del mecanismo de actualización de remuneraciones (art. 49 de la ley 18.037). Esta última norma, por lo tanto, no es aplicable cuando el cese de servicios es posterior al 31 de marzo 1991" (cons. 2). Asimismo, en "Perletto"[87], convalidó la aplicación de los artículos 16, 17 y 22 de la ley 24.463 que autorizaba a la autoridad previsional (ANSeS) a plantear, en cualquier etapa del juicio la limitación de recursos, postergando su tratamiento para la

85 Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "Heit Rupp, Clementino c/Administración Nacional de la Seguridad Social", 16/9/1999, *Fallos*: 322:2226.

86 Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "Baudou, Osvaldo Jorge c/INPS-Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles s/ reajustes por movilidad", 31/8/1999.

87 Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "Perletto, Ricardo Alberto c/ANSeS s/reajustes varios", 5/2/2002. En este período se produjo un claro retroceso respecto de la jurisprudencia elaborada por la Corte en el caso "Pietranera, Josefa y otros c/Gobierno de la Nación s/desalojo", 7/9/1966, que había significado un avance importante en el cumplimiento de las decisiones de los jueces, condenatorias del Estado, "en defensa del imperio del derecho".

etapa de ejecución y del artículo 22 de la misma norma legal referido al plazo de cumplimiento de las sentencias.

Finalmente, en "González, Herminia"[88] revocó la sentencia de la Sala II, de la Cámara Federal de Seguridad Social, que había declarado de oficio la inconstitucionalidad del artículo 19 de la ley 24.463, apartándose de la doctrina sentada en "Chocobar" y del efecto vinculante de la jurisprudencia. La Corte rechazó los agravios de la jubilada, sobre la pauta de movilidad que corresponde desde el 1/4/1991, diciendo que la cuestión encontraba adecuada respuesta en el citado fallo, en el que se reconocieron las facultades del Congreso para reglamentar la garantía del artículo 14 *bis* de la Constitución nacional y se fijó la interpretación de las leyes 23.928 y 24.463. Agregó que no había sido ajena a la decisión "el examen de los diversos factores sociales y económicos que proyectaban su incidencia sobre la materia, los que han sido sopesados puntualmente para preservar la efectiva operatividad de la cláusula de movilidad –desde la derogación del artículo 53 de la ley 18.037 hasta que comenzó a regir el régimen contemplado en los artículos 32 y 160, párrafo 1, de la ley 24.241– a la luz de las circunstancias históricas vinculadas con el debate y las normas incorporadas a la Ley Suprema en la reforma de 1994".

Previamente, con la sanción de la ley 24.463, llamada de "solidaridad previsional", el legislador ordinario había abandonado los principios contemplados en el artículo 14 *bis* de la Constitución nacional y la reforma de 1994, imponiendo una legislación de emergencia permanente para los afiliados al sistema jubilatorio. Enumeramos, a título meramente ejemplificativo algunas medidas que colocan en suspenso el conjunto de los derechos y garantías de los jubilados: reemplazo de la garantía constitucional estatal al sistema de la seguridad social, de carácter integral e irrenunciable, por un nuevo sistema denominado de "reparto asistido", que traduce la voluntad de transformar el régimen previsional público en un régimen asistencial; derogación del derecho constitucional a "jubilaciones y pensiones móviles" sujeto a la directriz de los recursos disponibles que se determinará anualmente a través de la ley de presupuesto; violación del principio de "igualdad de armas" estableciendo un procedimiento judicial y de derechos, en favor de la Administración, que la colocan en una situación de absoluta superioridad frente a los beneficiarios; diferimiento *sine die* del pago de las sentencias condenatorias contra la ANSeS, subordinadas a la asignación de recursos presupuestarios; disciplinamiento de los tribunales a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación[89], y creación de un recurso ordinario, contra todas las sentencias de los tribunales inferiores, ante la Corte en materia previsional.

[88] Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "González, Herminia del Carmen c/ANSeS s/reajustes por movilidad", 21/3/2000.

[89] Ver Horacio Ricardo González, *Reformas al régimen de previsión social y la Constitución Nacional*, en "El Derecho", Buenos Aires, 23/5/1995.

Claramente enfrentada con las reformas provisionales, la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social hizo –rápidamente– una evaluación negativa de las reformas de los 90 al decir que "la abrupta caída de las bolsas de valores del sudeste asiático y los problemas de la economía del Este y Centro europeos que repercutieron en forma negativa sobre la 'economía real' de los países emergentes, encierra un elemento de juicio esencial para 'aquilatar la eficacia' de los nuevos sistemas de seguridad social cuya finalidad debiera ser –precisamente– preservar a las personas de su influjo lacerante y desvastador"[90].

XII. Aplicación de la doctrina referida a la progresividad de los derechos sociales

La Corte Suprema de Justicia de la Argentina, en su nueva integración, ha restablecido principios fundamentales en materia de seguridad social que habían sido abandonados a partir de los fallos "Chocobar" y "Gorosito"[91].

En el caso "Castillo"[92], al confirmar la inconstitucionalidad del artículo 46, inciso 1, de la ley 24.557, que obligaba a recurrir las resoluciones de las comisiones médicas provinciales ante la justicia federal, ratificó la doctrina constitucional sobre el carácter excepcional del fuero federal y, simultáneamente, abrió el interrogante sobre la pertenencia o no al campo de la seguridad social de la Ley de Riesgos del Trabajo (LRT), al decir que "desde otra perspectiva, las alegaciones de la recurrente en torno de la inserción de la Ley de Riesgos del Trabajo en el terreno de la seguridad social nada aporta a favor de su postura, por cuanto las normas de esa disciplina, supuesto que el presente régimen sustancial cayere dentro de su ámbito, se encuentran *ratione materia* expresamente inscriptas en el varias veces citado artículo 75, inciso 12" (cons. 6, párr. 4).

[90] Cámara Nacional Federal de la Seguridad Social, Sala II, caso "González, Herminia del c/ANSeS", 20/11/1998, cons. 7, párr. 6, en "Derecho del Trabajo", LIX-A-304, Buenos Aires.

[91] Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "Gorosito, Juan R. c/Riva S. A. y otros", 1/2/2002, en "La Ley", 18/2/2002. En este caso la mayoría de la Corte (Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, Boggiano y López) había defendido la aplicación de un "principio de regresividad", manifestando que no existe un derecho adquirido "al mantenimiento de leyes o reglamentaciones y que la derogación de una ley común por otra posterior no afecta derecho alguno emanado de la Constitución nacional..." (cons. 7). No existe tampoco un principio de garantía constitucional que reglamente en general la reparación de daños (cons. 8). El único requisito que la Corte "ha impuesto a la validez de las modificaciones legislativas consiste, precisamente, en su razonabilidad sin que los jueces, bajo pretexto de tal examen, se arroguen la facultad para decidir sobre el mérito ni sobre la conveniencia de la legislación sobre la materia (*Fallos*: 290:247, en "La Ley", 1975-A-337, entre muchos otros)" (ver cons. 9).

[92] Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "Castillo, Ángel S. c/Cerámica Alberdi S. A.", 7/9/2004, en "Derecho del Trabajo", 2004-B-1280, Buenos Aires.

El tema es por demás polémico, pues consideramos que está en tela de juicio la adecuación constitucional de las reformas estructurales a la seguridad social llevadas adelante en los 90, y que en su mayor parte se mantienen en pie.

Unos días después, en el caso "Vizzoti"[93], la Corte descalificó la limitación a la base salarial de la indemnización por despido sin justa causa (art. 245 de la LCT), considerando que sólo debe aplicarse hasta el 33% de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable, pues de lo contrario se consentiría un instituto que incumple con el deber del artículo 14 *bis* de la Constitución nacional, en cuanto a que el trabajo "gozará de la protección de las leyes" y que éstas asegurarán al trabajador "protección contra el despido arbitrario" y "condiciones dignas equitativas de labor", contrariando el principio de razonabilidad del artículo 28 de la Ley Suprema. Los jueces destacaron que los derechos constitucionales tienen un contenido que emana de la propia Constitución, pues "de lo contrario, debería admitirse una conclusión insostenible y que, a la par, echaría por tierra el mentado control: que la Constitución Nacional enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resultá más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último" (cons. 8, párr. 4). Destacan que, de acuerdo con el artículo 14 *bis*, el trabajador "es sujeto de preferente tutela" (cons. 9, párr. 1).

En el caso "Aquino"[94], la Corte revisó la doctrina del caso "Gorosito", referida a la validez del artículo 39.1 de la ley 24.557, declarando su inconstitucionalidad en cuanto eximía al empleador de responsabilidad civil mediante la prestación prevista en el artículo 15, inciso 2, segundo párrafo de la LRT. La Corte sostiene que resulta fuera de toda duda "que el propósito perseguido por el legislador, mediante el artículo 39, inciso 1, no fue otro que consagrar un marco reparatorio de alcances menores que los del Código Civil" (cons. 6 del voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni). Advierten que el citado artículo no se adecua a los principios humanísticos insertos en la Constitución nacional y que se desprenden de los artículos 19 y 14 *bis*. En particular, dicen que este último artículo "no ha tenido otra finalidad que hacer de todo hombre y mujer trabajadores, sujetos de preferente tutela constitucional".

Recuerdan el deber del Estado de "proteger" y los antecedentes que registra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto de las "obligaciones positivas" de los Estados, siendo deber del Congreso "conferir al principio *alterum nom laedere* toda la amplitud que éste ameri-

[93] Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "Vizzoti, Carlos Alberto c/AMSA SA", 14/9/2004, en "Derecho del Trabajo", 2004-B-1211, Buenos Aires.

[94] Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S. A.", 21/09/2004, en "Derecho del Trabajo", 2004-B-1286, Buenos Aires.

ta, y evitar la fijación de limitaciones que, en definitiva, implican 'alterar' los derechos reconocidos por la Constitución nacional (art. 28)" (cons. 9). Los jueces mencionados hacen hincapié en los compromisos asumidos por el Estado a través de los tratados internacionales de derechos humanos y, en particular, destacan la contradicción entre el "retroceso legislativo" que implica la exclusión de la vía reparadora de la norma respecto del "principio de progresividad" contemplado en el artículo 2.1 del PIDESC y artículo 26 de la Convención Americana. También señalan que se encuentra en contradicción con el principio de justicia social reconocido por nuestra jurisprudencia en el caso "Berçaitz", el artículo 75, inciso 19, de la Constitución nacional y los tratados internacionales de derechos humanos. Concluye en este punto que "la LRT no ha tendido a la realización de la justicia social".

Proponen un control más estricto de los "medios elegidos" por el legislador para el logro de los fines enunciados y supeditan su validez (la de los medios) a que "resulten compatibles con los principios, valores y derechos humanos que la Constitución nacional enuncia y manda respetar, proteger y realizar a todas las instituciones estatales" (cons. 13, tercer párrafo)[95].

Finalmente, en el caso "Milone"[96], la Corte confirma una sentencia que había declarado la inconstitucionalidad del original artículo 14.2.b. de la ley 24.557, condenando a la accionada a pagar en forma íntegra y en un pago único la indemnización por accidente, en cuanto considera que un sistema de renta periódica para los damnificados víctimas de las incapacidades más severas "no satisface los requerimientos de asegurar una condición de labor equitativa de acuerdo al artículo 14 *bis* de la Constitución nacional, vale decir, justa, toda vez que por su rigor termina desinteresándose de la concreta realidad sobre la que se debe obrar" (cons. 6, párr. 1, del voto de los jueces Petracchi, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco).

Recuerdan en este fallo que los principios elaborados a partir del artículo 14 *bis* se integran al actual artículo 75, incisos 22 y 23, del texto constitucional, por lo que los derechos económicos, sociales y culturales "exigen una tutela y promoción permanentes con el objeto de lograrse plena vigencia". A su vez, sostienen que el artículo 75, inciso 23, citado, "asienta el principio de no regresión en materia de derechos fundamenta-

[95] Dice que desde antiguo ha resuelto que las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional "cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagren una manifiesta iniquidad" (*Fallos*: 299:428,430, cons. 5 y sus numerosas citas)", cons. 14, párr. 1, en Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S. A.", 21/9/2004, en "La Ley", 29/9/2004, p. 49.

[96] Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "Milone, Juan A. c. Asociart S. A. ART", 26/10/2004, en "La Ley", 29/10/2004.

les" vinculado con el "principio de progresividad" asentado en el artículo 2.1 del PIDESC, "en concordancia con su artículo 11, inciso 1, por el que los Estados han reconocido el derecho a toda persona 'a una mejora continua de las condiciones de existencia'" (cons. 6, *in fine*).

En un fallo posterior, la Suprema Corte de Buenos Aires se hizo eco de la nueva doctrina invocando, entre otros argumentos, la progresividad para "derribar el valladar impuesto en la aplicación de la doctrina de la responsabilidad que dimana de las normas del derecho civil"[97].

XIII. Una vuelta a las fuentes constitucionales del derecho de la seguridad social

La primera señal del cambio de las tendencias judiciales en previsión social fue el fallo de la Corte en el caso "Itzcovich"[98]. El voto de la mayoría (Petracchi, Fayt, Highton de Nolasco) sostuvo que el examen de validez del artículo 19 de la ley 24.463[99] debía hacerse a la luz de la experiencia recogida durante los casi diez años de vigencia. Fijan en el fallo aludido una serie de pautas perfectamente aplicables a casos en que se controvierte el carecer regresivo de medidas en materia de previsión social, que luego van a ser ampliadas en el caso "Sánchez".

a) Importancia del *análisis empírico para apreciar la validez de las normas que con el transcurso del tiempo pueden devenir inconstitucionales:* la evidencia empírica demuestra que la vigencia del artículo 19 de la ley 24.463 tuvo como consecuencia "una gran expansión en el ámbito de competencia de la Corte, tanto en el aspecto cuantitativo como en la diversidad de temas fácticos y jurídicos que ha debido abordar, con la consiguiente alteración del rol que venía cumpliendo como intérprete final de la Constitución nacional para adaptar su funcionamiento, cada vez en mayor medida, al de un tribunal de instancia común" (cons. 8). A eso se agrega que el organismo previsional no ha utilizado en forma apropiada la vía procesal bajo análisis. Aclaran que la circunstancia de haber acatado hasta el presente la jurisdicción reglada, que el Poder Legislativo le asignó mediante el recurso ordinario, no la inhabilita a declarar que, ahora, "ha devenido indefendible, pues no se adecua a los fines tomados en consideración para su sanción y en su aplicación práctica compromete el rol institucional del máximo tribunal y causa graves perjuicios a los justiciables en una etapa de la vida en que la tutela estatal resulta imprescindible" (cons. 10, segundo párrafo). El artículo 19 de la ley 24.463 carece de racionalidad y por ello declaran su invalidez, haciendo mención a la necesidad de simplificar y poner límites temporales a la decisión final de controversias de índole previsional (voto de la mayoría);

b) El *cobro en tiempo oportuno de las prestaciones previsionales debe cotejarse a la luz del principio de igualdad formal y sustancial y de no discriminación* (arts. 16 y 75, inc. 23, de la Constitución nacional). A ello se suma el respeto de los principios de las convenciones internacionales, conforme artículo 75, inciso 22, con jerarquía constitucional (Convención Americana, art. 25, y Corte Interamericana, caso "Las Palmeras", Sentencia del 6/12/2001, Serie C, N° 90, párrs. 58 y siguientes). El artículo 19 de la ley 24.463 contraviene estas disposiciones constitucionales "en cuanto carga a un sector ostensiblemente discriminado de la sociedad con el deber de aguardar una sentencia ordinaria de la Corte Suprema para cobrar créditos que legítimamente le pertenecen y que han sido reconocidos por dos instancias judiciales, colocándolos en situación de notoria desventaja y disparidad con cualquier otro acreedor (...) que no se encuentran obligados a aguardar una sentencia ordinaria de la Corte Suprema de Justicia para hacer efectivo su crédito y que, dadas las especiales características del crédito, no sólo afecta su derecho constitucional de propiedad sino su propio derecho a la vida, a la salud y a la dignidad propia de ésta como atributo de la persona" (voto de Zaffaroni y Argibay, cons. 15).

c) Según los jueces Zaffaroni y Argibay, el artículo 2 de la Convención Americana impone a los Estados Parte dos tipos de obligaciones: *suprimir normas y prácticas, y expedir normas y desarrollar prácticas conducentes a las observancias de las garantías previstas en la Convención* (cons. 17, *in fine*);

d) Aplicación de *criterios de adecuación e idoneidad, necesidad, proporcionalidad de los medios en relación con los derechos, intereses y valores que el Estado debe proteger* (ver cons. 30 del voto de Zaffaroni y Argibay);

e) *Derecho de acceso a la justicia de todas las personas:* consideración de los ancianos "como un grupo particularmente vulnerable" (art. 75, inc. 23, párr. 1) que el legislador debe respetar, considerando que el artículo 19 de la ley 24.463 desmejora su posición jurídica y "constituye una diferencia negativa en perjuicio del grupo constituido por las personas ancianas en el ámbito de las acciones judiciales" (cons. 11/12 del voto de Lorenzetti).

El 17 de mayo de 2005, la Corte dictó un fallo de indudable trascendencia en el plano constitucional de la seguridad social. No hay duda que

97 Ver cons. 3, del voto del juez Roncoroni, citando los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "han vuelto a colocar al trabajador como sujeto de una tutela constitucional preferente, en relación a una temática como la de riesgos de trabajo, donde se cubre uno de los aspectos esenciales que hacen a la problemática laboral cual es la indemnidad del trabajador, sin perder de vista la progresividad (art. 14 *bis* y 19 de la Constitución Nacional y la 39.3 de la local)". Ver sobre este tema el fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, caso "Yaman, Gabriel R. c/Du Pont Argentina S. A.", 11/5/2005, y la nota al fallo de Ricardo J. Cornaglia, *La tímida e inicial invocación del principio de progresividad en un fallo de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en que se declara la inconstitucionalidad de la ley 24.557*, en "La Ley", junio 2005, ps. 498 y siguientes.

98 Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "Itzcovich, Mabel c/ANSeS s/reajustes varios", 29/03/2005.

99 Art. 19: "La sentencia definitiva de la Cámara Federal de la Seguridad Social será apelable ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por recurso ordinario, cualquiera fuere el monto del juicio. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación serán de obligatorio seguimiento por los jueces inferiores en las causas análogas" (Adla, LV-C, 2913).

el caso "Sánchez" es importante por lo que resuelve y por las reglas de interpretación que fija para el futuro, pero también por los temas que deja sin resolver.

"Sánchez" deja sin efecto el precedente "Chocobar", en lo que se refiere al régimen de movilidad aplicable, para el período comprendido entre el 1 de abril de 1991 y el 30 de marzo de 1995, de modo que transforma en mayoritaria la posición de la minoría en el citado fallo judicial.

El voto de los jueces Zaffaroni y Argibay lo dice con todas las letras: "El argumento central en que se apoyó la sentencia 'Chocobar' presenta falencias de tal magnitud que hacen imposible a esta Corte mantenerlo, aun cuando es perfectamente consciente de que su abandono afecta la continuidad que deben tener las reglas afirmadas en los precedentes del Tribunal"[100].

La mayoría de ocho votos de los jueces de la Corte colocan los derechos de la seguridad social en línea con la garantía constitucional, prevista en el artículo 14 *bis* de la Constitución nacional, declarando el derecho del jubilado a que se mantenga el ajuste por movilidad hasta el 30 de marzo de 1995, según las variaciones registradas en el índice del nivel general de las remuneraciones. Coinciden los jueces en un punto central: la ley de convertibilidad 23.928 no derogó el régimen de movilidad de las jubilaciones previsto en el artículo 53 de la ley 18.037 como reglamentación de la garantía establecida en el artículo 14 *bis* de la Constitución nacional.

Los jueces Fayt, Belluscio y Petracchi, que junto con Bossert habían integrado el voto de la minoría en "Chocobar", se remiten, en lo fundamental, a las razones expresadas en su disidencia en el citado caso.

Las líneas centrales del fallo las podemos sintetizar en la vuelta a los principios constitucionales de la seguridad social inspirados en la doctrina del caso "Berçaitz", donde la Corte había declarado que el objetivo preeminente de la Constitución es lograr el "bienestar general", lo cual significa decir "la justicia en su más alta expresión"[101], esto es, la justicia social.

Los derechos sociales garantizados en el artículo 14 *bis* de la Constitución nacional, como el derecho a una retribución justa, un salario mínimo vital y móvil –"dirigidos a garantizar alimentación y vivienda, educación, asistencia sanitaria y, en definitiva, una vida digna"– tienen su

[100] Cons. 3 del voto citado en el caso "Sánchez".

[101] Cons. 12 del voto de la mayoría en el caso "Aquino". En el precedente "Berçaitz, Miguel Ángel c. Instituto Municipal de Previsión Social", la Corte, en una sentencia en la que se percibe la influencia de Arturo Sampay, definió el contenido de la justicia social, que consiste en "ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y de los recursos con que ésta cuenta con vista a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización". El fallo otorga rango constitucional al principio *in dubio pro justitia sociales*, aplicable en especial a los sectores sociales más necesitados. Ver "Trabajo y Seguridad Social ", 1975-96, Buenos Aires.

correlato "en las jubilaciones y pensiones móviles que deben ser garantizadas a los trabajadores cuando entran en pasividad"[102].

Los principios básicos de interpretación constitucional de la seguridad social que podemos extraer del análisis del caso "Sánchez" son los siguientes:

a) Reconocimiento de la "naturaleza sustitutiva" de las prestaciones previsionales, "necesidad de mantener una proporción justa y razonable entre el haber de pasividad y la situación de los activos", consecuencia del carácter integral que la Ley Suprema reconoce a todos los beneficios de la seguridad social[103];

b) Rechazo de "toda inteligencia restrictiva de la obligación que impone al Estado otorgar 'jubilaciones y pensiones móviles', según el artículo 14 *bis* de la Constitución nacional y los fines tuitivos que persiguen las leyes reglamentarias en esta materia";

c) Reconocimiento del valor de las directivas dadas al legislador ordinario por el constituyente, en el artículo 75, inciso 23, de la Constitución nacional, que lo obliga a *legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos* reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos en particular a los ancianos;

d) La Constitución nacional exige *que las jubilaciones y pensiones sean móviles*, aunque no establece un mecanismo especial para hacer efectiva dicha exigencia, siendo obligación del legislador fijar el contenido concreto a dicha garantía teniendo en cuenta la protección especial otorgada por la Ley Fundamental al conjunto de los derechos sociales[104];

e) Se reconoce que los tratados internacionales promueven el *desarrollo progresivo de los derechos humanos*, "y sus cláusulas no pueden ser entendidas como una modificación o restricción de derecho alguno establecido en la primera parte de la Constitución nacional (art. 75, inc. 22)"[105]. En ese sentido, el estándar de los "recursos disponibles" (arts. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 26 de la Convención America-

[102] Cons. 5 del voto de la mayoría en el caso "Sánchez".

[103] En el caso "Berçaitz", la Corte había dicho que "la jubilación constituye la prolongación, después de la cesación regular y definitiva de la actividad social laboral del individuo, de la remuneración como débito de la comunidad por el servicios que él le ha prestado". Agrega, citando otros precedentes, que "el principio básico que sustenta el sistema previsional argentino es el de la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el haber de pasividad y el de actividad" (*Fallos:* 263:400; 265:256; 267:196; 279:389), revista citada, p. 96.

[104] Ver sobre este tema el considerando en el precedente "Berçaitz", cuando señala que las prestaciones "deben ser actualizadas permanentemente para compensar la continua desvalorización que en nuestra época experimentan los signos monetarios, perjudicando a los vastos sectores de la sociedad cuyas únicas rentas son entradas periódicas fijas en dinero", revista citada, p. 96.

[105] Cons. 6 del voto de la mayoría en el citado fallo.

na) –también el artículo 9 (derecho de toda persona a la seguridad social) y 1 ("hasta el máximo de los recursos disponibles") del Protocolo Adicional a la Convención Americana, "Protocolo de San Salvador" en materia de derechos económicos, sociales y culturales– debe ser una pauta que debe evaluar cada país al tiempo de establecer "nuevos o mayores beneficios destinados a dar satisfacción plena a los compromisos asumidos por esos documentos, más no importa disculpa alguna para desconocer o retacear los derechos vigentes (cf. art. 29 de la Convención citada)"[106];

f) El mandato constitucional debe ser apreciado a la luz de los criterios que la Corte Interamericana expresó en la causa "Cinco pensionistas", es decir, los jubilados adquirieron un derecho a que su beneficio se rigiera por el régimen jubilatorio a que se acogieron y un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión de acuerdo a su legislación interna[107];

g) *La movilidad no guarda relación con la indexación o actualización monetaria sino con el salario de los activos,* descartándose el carácter graciable o asistencial de la previsión social. El contenido de la "garantía de la movilidad no se aviene con disposiciones que establecen la inmovilidad absoluta de los beneficios por un término incierto (*Fallos*: 293:551; 295:674; 297:146), ni con aquellas en que el mecanismo de movilidad se traduzca en un desequilibrio de la razonable proporcionalidad que debe existir entre la situación del trabajador activo y el jubilado, en grado tal que pudiera calificarse de confiscatoria o injusta desproporción con la consecuente afectación de la naturaleza sustitutiva de la prestación (*Fallos*: 300:616; 304:180; 611,770,953"[108];

h) *Obligación del legislador de reglamentar la garantía de la movilidad,* descartándose la omisión, y desvinculación del aumento de las jubilaciones de la mera existencia de inflación y vinculándola al aumento de los salarios (cons. 4, del voto de los jueces Zaffaroni y Argibay). Afirman que el artículo 53 de la ley 18.037 "no estaba limitado a compensar el efecto de la inflación sino a regular los incrementos en el haber jubilatorio cualquiera fuese la razón que determinara el aumento de los salarios, sea o no la inflación".

[106] Cons. 6 del voto de la mayoría. A su vez, los jueces Zaffaroni y Argibay dicen que la vinculación de beneficios sociales con recursos disponibles *"nunca puede entenderse como una directriz para limitar el contenido económico* de la movilidad jubilatoria. Semejante interpretación seguida en el voto mayoritario del fallo 'Chocobar', se encuentra expresamente vedada por la cláusula de salvaguarda contenida en el art. 29.b, que impide aplicar la Convención en el sentido de 'limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados'" (cons. 7, párr. 1).

[107] Cons. 12 del voto del juez Maqueda.

[108] Cons. 7, *in fine,* del voto citado en la nota precedente.

i) *Importancia del debate en la Convención Constituyente de 1957 para interpretar el artículo 14 bis de la Ley Fundamental* cuyo contenido ha sido ratificado por la reforma de 1994 (cons. 6, primera parte del voto del juez Maqueda);

j) *La movilidad jubilatoria no se aviene* "con disposiciones que establecen la inmovilidad absoluta de los beneficios por un término incierto" (*Fallos:* 293: 551; 295:674; 297:146).

Como déficit importante del fallo se puede anotar que limita los alcances de la movilidad jubilatoria –la reconocida por el artículo 53 de la ley 18.037– para el período comprendido entre el 1 de abril de 1991 y el 30 de marzo de 1995, modificando en ese sentido el fallo "Chocobar", que reconocía una movilidad jubilatoria mínima del 13,78% para ese mismo período. Pero abre un interrogante para el futuro al reiterar la doctrina de que las leyes dictadas con posterioridad al otorgamiento del beneficio pueden modificar la movilidad jubilatoria de la ley del cese, en la medida en que no sean confiscatorias o arbitrarias[109].

El artículo 160 de la ley 24.241 fue derogado por la ley 24.463, de "solidaridad previsional", junto con el régimen de movilidad que fijaba el texto original de la ley 24.241. Sobre la inmovilidad de las jubilaciones desde el 31 de marzo de 1995 en adelante, nada nos dice el fallo "Sánchez"[110], quedando vigente lo dispuesto en el artículo 7, inciso 2, de la ley 24.463, que supedita la garantía constitucional de la movilidad a los recursos que asigne el legislador a través de la ley de presupuesto.

Aparece como una sombra al respecto el *obiter dictum* del juez Maqueda, cuando dice que "el régimen de movilidad para el período posterior a la vigencia de la ley 24.463, será el que determine la ley de presupuesto, sin que quepa emitir pronunciamiento alguno en ausencia de demostración sobre el perjuicio que ocasione su aplicación"[111].

XIV. Un retroceso significativo

Esta apreciación de aspectos negativos del fallo "Sánchez", que se desprendía del voto de Maqueda y de la falta de tratamiento del tema por los demás jueces, se ve confirmada en el fallo "Brochetta"[112], dando razón a nuestras prevenciones y respuesta al interrogante planteado por Cipolleta.

La mayoría de la Corte revoca una sentencia de la Cámara Federal de Seguridad Social, que había reconocido el derecho de un jubilado a percibir sus haberes de conformidad con la ley 22.955, dentro de cuyo régimen

[109] Cf. Cipolleta, Graciela E., *El fallo "Sánchez". ¿Un cambio de criterio o solo la interpretación de los alcances de un texto derogado?,* en "La Ley", 24/5/2005, p. 6.

[110] No sabemos si la cuestión no fue planteada en el juicio por el jubilado y por lo tanto no fue materia de la *litis.*

[111] Cons. 18.g del voto del juez Maqueda.

especial se había jubilado, con una movilidad de la prestación provisional del 82% del sueldo en actividad, del último cargo desempeñado por la persona en organismos estatales. Los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Lorenzetti consideran que a partir del 30/3/1995 la movilidad jubilatoria se rige por el artículo 7, inciso 2, de la ley 24.463, es decir, por los recursos presupuestarios que asigne el Congreso para hacerla efectiva. El fallo judicial desconoce que el Congreso ha incurrido en una grosera omisión de naturaleza inconstitucional durante diez años, que ha frustrado la garantía de la movilidad, en mayor medida que la comprobada por la misma Corte, para el período comprendido entre el 1/4/1991 y el 30/3/1995, en "Sánchez".

Los agravios del organismo provisional están relacionados con la extensión de la pauta de movilidad dispuesta en la sentencia que suscitan –dicen los jueces– el examen de cuestiones análogas a las resueltas en las causas "Casella" y "Pildain"[113]. Agregan que el cambio de criterio en el caso "Sánchez", respecto a lo resuelto en "Chocobar", no incide en la solución, pues las prestaciones reconocidas por la ley 22.955 permanecieron al margen de la pauta de ajuste del artículo 53 de la ley 18.037, de modo que no está en juego la subsistencia de este último régimen después del dictado de la ley de convertibilidad. Se remiten a la doctrina del caso "Casella"[114], en donde la Corte, en la integración anterior, había resuelto que la ley 22.955, por la cual se había jubilado la actora, fue derogado por el artículo 11 de la ley 23.966, a partir del 31/12/1991, y no fue incluido entre los regímenes que la ley 24.019 dispuso restablecer. Reconocen que los beneficiarios de las prestaciones otorgadas con anterioridad conservaron el derecho a la movilidad originaria; pero a partir del 30/03/1995 la movilidad de la prestación quedó alcanzada por los artículos 7, inciso 2, y 11, inciso 1, de la ley 24.463 que la remite sobre el tema a los que establezcan las leyes de presupuesto, "sin que pueda invocarse un derecho adquirido a que el haber siga siendo determinado para el futuro por las mismas reglas vigentes al tiempo del cese en la actividad *(Fallos:* 308:885, 311:1213, 320:2825 y sus citas)".

Reiteran que si bien el derecho a los beneficios previsionales, una vez acordado, integra el patrimonio de su titular y no puede ser desconocido por una ley posterior, dicha protección no alcanza en igual grado a la cuantía de los haberes, "toda vez que pueden ser limitados en lo sucesivo en la medida en que intereses superiores así lo requieran y sólo cuando la resolución no resulte confiscatoria o arbitrariamente desproporcionada (*Fallos*: 300:616, 3023:1155, 312:194, 319:3241, 320:2825, 324:1177). En el *sub lite* es aplicable dicha doctrina, pues no se ha demostrado el perjuicio concreto que ocasiona al interesado el sistema que pretende desplazar".

Entre los fallos invocados por la Corte en "Casella", al cual se remite la mayoría en "Brochetta", están los casos "Chocobar" y "Heit Rupp". Es decir, que para la mayoría de los jueces de la Corte se mantienen vigentes, para el período posterior al 30/3/1995 hasta la actualidad, los criterios fijados en ambos fallos: a) está en manos del Congreso hacer operativa la movilidad jubilatoria y b) debe probarse el perjuicio que le ha ocasionado al jubilado la falta de reglamentación del artículo 14 *bis* de la Constitución nacional. A un lado quedaron los argumentos sobre la aplicación, el criterio de proporcionalidad y el carácter sustitutivo de los haberes provisionales conforme la interpretación del artículo 14 *bis*, y mucho más lejos la necesidad de un escrutinio estricto del incumplimiento del Congreso de la Nación durante más de diez años. La prueba del perjuicio sufrido surge del "acelerado envilecimiento de las jubilaciones y pensiones, dentro del actual marco de la acentuada pérdida de valor adquisitivo de salarios y haberes previsionales" al que se refirió la Corte en "Postiglione"[115]: es tan notoria y pública, luego de la salida de la convertibilidad, que basta para acreditarla una mera lectura de cualquiera de los índices económicos que publica el INDEC (peón industrial, variación salarial, precios del consumidor). Cualquiera de los índices que citamos supera ampliamente el perjuicio sufrido por el congelamiento de los haberes durante la vigencia de la ley de convertibilidad en el período comprendido entre el 1/4/1991 al 30/3/1995.

El otro fallo que citan es "Pildain", donde habían confirmado su pronunciamiento sobre el alcance de la movilidad de la ley 22.955 y la aplicación al caso del sistema establecido en el artículo 7, inciso 2, de la ley 24.463, para los períodos posteriores a la fecha de su entrada en vigor (30 de marzo de 1995) (cons. 3). En cuanto al plazo y modalidades del cumplimiento de la sentencia se remiten a lo resuelto en el caso "Perletto".

Discrepan con la posición de la mayoría los jueces Zaffaroni y Argibay –quienes confirman la sentencia de la cámara–, si bien no ingresan en el tema de fondo, es decir, la omisión del legislador en reglamentar la movilidad jubilatoria en los últimos diez años. Los jueces disidentes señalan que la ley 24.463 es una ley general que reformó el sistema previsional, también general, de la ley 24.241 que, por ende, alcanza a las personas comprendidas en la ley 22.955, pero ello no ocurre en el caso de la actora, que adquirió el derecho a jubilarse dentro del régimen de la ley 22.955, conservando la movilidad del 82% del sueldo en actividad en virtud de su restablecimiento por el artículo 4, segunda parte, de la ley 24.019.

112 Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "Brochetta, Rafael Anselmo c/ANSeS s/reajustes varios", 8/11/2005.

113 Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "Pildain, José Miguel c/ANSeS s/reajustes varios", 30/9/2003.

114 Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "Casella, Carolina c/ANSeS s/ reajustes por movilidad", 24/4/2003.

115 Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "Postiglione, Roberto Severio c/Poder Ejecutivo Nacional s/amparos y sumarísimos", 18/12/2002.

Zaffaroni se remite a su voto en disidencia en la causa "Redondo de Negri"[116], donde sostuvo que la "movilidad consagrada por la ley 22.955 –en virtud de lo dispuesto por el artículo 4 de la ley 24.019– quedó al margen del sistema general reglamentado por las leyes 24.241 y 24.463" (cons. 13). Recordó que "el derecho a las prestaciones previsionales se rige en lo sustancial, salvo disposición en contrario, por la ley vigente al momento de producirse el hecho generador del beneficio, esto es, la que rige al momento del cese o fallecimiento del afiliado (*Fallos*: 274:30; 276:255; 280:328; 285:121; 311:140; 318:491, entre muchos otros) por lo que tales condiciones no son susceptibles de modificación ulterior. Otra inteligencia importaría modificar indebidamente uno de los elementos que constituyen el status jubilatorio en forma incompatible con las garantías reconocidas por los artículos 14 *bis*, 17 y 18 de la Constitución nacional (*Fallos*: 307:906; 313:730)" (cons.14).

La emergencia del Estado, que castigó en forma preferente los derechos de los jubilados, no ha sido –todavía– superada. Con la sanción de la ley 24.463, de "solidaridad previsional", todavía vigente[117], se consumó la subordinación de los derechos de la seguridad social a la ley de presupuesto[118], transformando en vacío o hueco el derecho humano a la movilidad de las jubilaciones y pensiones. Resta conocer, a través de futuros fallos, cómo se van a aplicar los principios constitucionales restablecidos por la Corte en "Sánchez" y que tuvieron un retroceso en "Brochetta", y en qué medida el Alto Tribunal será capaz de dar por terminado el período de emergencia indefinida que se abrió en los últimos veinte años para los jubilados y que a la fecha se mantiene.

El "modelo de seguridad social" establecido en los 90 –contradictorio con el establecido en el texto constitucional– sobrevive en la actualidad. En el caso del sistema previsional, a través de las leyes 24.241 y 24.463, que constituyen normas regresivas respecto del sistema de garantías y de protección social vigente en Argentina hasta su reforma.

XV. El caso "Cinco pensionistas", de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo oportunidad de tratar, por primera vez, sobre la vigencia y cumplimiento por los Estados

[116] Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "Redondo de Negri, Irma Haydee c/ANSeS s/reajustes varios", 8/11/2005.

[117] En el importante caso "Itzcovich", la Corte declaró la inconstitucionalidad del art. 19 de la ley 24.463 que obligaba a los tribunales inferiores a seguir la doctrina de la Corte en materia previsional –derogado, luego, por el Congreso por la ley 26.025–.

[118] Dice Walter F. Carnota en su nota al fallo "Sánchez", *Volver a las fuentes del derecho constitucional de la seguridad social*, en "La Ley", 20/5/2005, p. 1, que a través de sucesivos fallos la Corte extendió la doctrina del caso "Chocobar". Así, cita "Cordaro, Pascual" (*Fallos:* 321:624, 1998), respecto de las leyes especiales, y "Heit Rupp" que refirmó las atribuciones del Congreso para reglamentar el art. 14 *bis* de la Constitución nacional.

de los derechos a la seguridad social en la causa "Cinco pensionistas"[119]. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte Interamericana una demanda contra el Estado de Perú originada en la denuncia nº 12.034, recibida el 1/2/1998.

En la demanda se planteaba la condena del Estado por la violación del derecho de propiedad (art. 21) y de la protección judicial (art. 25), ambos de la Convención Americana en perjuicio de los cinco pensionistas. Pero, también, la vulneración del derecho al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, en perjuicio de los cinco pensionistas peruanos, constituyendo el artículo 5 del decreto-ley 2.572 un retroceso no justificado, respecto del grado de desarrollo del derecho a la seguridad social alcanzado por los citados pensionistas (art. 26, Convención Americana), en relación a las obligaciones previstas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, debido a la modificación del régimen de pensiones y el incumplimiento de las sentencias a favor de una serie de pensionistas peruanos. El Estado peruano había reducido la pensión a que tenían derecho los denunciantes en casi un 80%.

Al pronunciarse, la Corte destacó que el carácter de derecho adquirido de la pensión fue resuelto tanto por la Constitución del Perú como por el Tribunal Constitucional. Hay que tener presente –dijo– el artículo 29.b de la Convención, en el sentido de que ninguna disposición de ésta puede ser interpretada para "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados". Del mismo modo, la Corte interpreta el artículo 21 en el sentido de proteger el derecho de los cinco pensionistas a recibir una pensión de cesantía nivelada de acuerdo al decreto-ley 20.530 como un derecho adquirido, de conformidad a la Constitución peruana, o sea un derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas. Habiéndose cumplido los términos y condiciones fijados en el citado decreto ley, los pensionistas adquirieron un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, de conformidad con el decreto-ley 20.530 y en los términos del artículo 21 de la Convención Americana[120].

En el considerando 116 de la sentencia refiere que "si bien el derecho a la pensión nivelada es un derecho adquirido, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, los Estados pueden poner limitaciones al

[119] Corte IDH, caso "Cinco pensionistas c. Perú", Sentencia del 28/2/2003, Serie C, Nº 98.

[120] La Corte ha definido los "bienes" en el caso "Ivcher Bronstein c. Perú", sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C, Nº 74, párr. 122, como "aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor".

goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social. En el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (montos de las pensiones) los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados". La Corte establece una clara vinculación entre el artículo 5 del "Protocolo de San Salvador" y el artículo 21 de la Convención. Constata que el Estado, al haber cambiado arbitrariamente el monto de las pensiones que venían percibiendo, y al no haber dado cumplimiento a las sentencias judiciales, violó el artículo 21 de la Convención. También comprueba la violación de los principios de protección judicial establecidos por el artículo 25 de la Convención Americana.

En cuanto a la denuncia por incumplimiento del artículo 26 de la Convención Americana, la desestima en el caso. La Comisión Interamericana había sostenido en la demanda que "la obligación establecida en el artículo 26 de la Convención implica que los Estados no pueden adoptar medidas regresivas respecto al grado de desarrollo alcanzado, sin perjuicio de que en supuestos excepcionales y por aplicación analógica del artículo 5 del Protocolo de San Salvador, pudieran justificarse leyes que impongan restricciones y limitaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, siempre que hayan sido promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, y que no contradigan el propósito y razón de tales derechos" (punto 142.b de la sentencia). La Comisión Interamericana manifestaba, también, que el Estado peruano no había alegado ni probado que el retroceso legislativo se hubiera fundado en dichos fines, y que no se contradijeran con el mismo el propósito y razón de tales derechos.

La Corte Inteamericana funda su negativa a declarar la violación del artículo 26 de la Convención Americana, en que los derechos económicos, sociales y culturales tiene una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo "se debe medir (...) en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente" (punto 147 de la sentencia)[121].

Finalmente, la Corte dice que el Estado violó los artículos 21 y 25 de la Convención, por haber incumplido el deber general establecido en el artículo 1.1 de respetar los derechos, y el artículo 2, al haberse abstenido por "un largo período de tiempo" de adoptar el conjunto de medidas necesarias para dar pleno cumplimiento a las sentencias y hacer efectivos los derechos de propiedad y protección judicial.

121 En el mismo sentido se pronuncia el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en su Observación General 3: "La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del art. 2 del Pacto)" (1990), párr. 9.

En su voto concurrente, el juez Sergio García Ramírez destaca que el tema resulta novedoso para la jurisdicción interamericana, que no ha tenido oportunidad de entrar de lleno en cuestiones económicas, sociales y culturales. Menos aun ha podido pronunciarse acerca del sentido que posee la denominada progresividad de los citados derechos contemplados en el artículo 26 de la Convención y en el Protocolo de San Salvador. Por su parte, el juez Carlos Vicente de Roux Rengifo sostiene que comparte la decisión de la Corte de abstenerse de declarar violado el artículo 26 de la Convención Americana, pero que sus razones son distintas a las expuestas en el considerando 147 de la sentencia. No coincide con el razonamiento según el cual "sólo sería procedente someter el test del artículo 26 las actuaciones de los Estados que afecten al conjunto de la población", que no tiene asidero en la Convención "porque la Corte no puede ejercer una labor de monitoreo general sobre la situación de los derechos humanos, ya sean los civiles y políticos, ya sean los económicos, sociales y culturales. El Tribunal sólo puede actuar frente a casos de violación de derechos humanos de personas determinadas, sin que la Convención exija que éstas tengan que alcanzar determinado número".

En opinión de González Campaña, la sentencia de la Corte Interamericana en "Cinco pensionistas" guarda relación con la causa "Chocobar", donde la Corte argentina "sostuvo que los montos de los beneficios previsionales pueden ser disminuidos para el futuro cuando razones de orden público o interés nacional así lo justifiquen, mientras la reducción no resulte confiscatoria o arbitrariamente desproporcionada", mientras la Corte Interamericana sostiene que el Estado "sólo puede limitar el derecho adquirido al goce de la jubilación mediante leyes formales, promulgadas de acuerdo con la Constitución, con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, que además deben satisfacer tres requisitos: a) que la restricción al derecho de propiedad se haga mediante indemnización justa y por razones de utilidad pública; b) que previamente se realice un procedimiento administrativo con respeto a las garantías adecuadas; y c) que se respete, en todo caso, por sobre las decisiones de la Administración, las determinaciones que adopten los tribunales de justicia"[122].

La violación de los derechos humanos de los jubilados argentinos fue tratada, también, por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas con relación a la violación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En sus observaciones el Comité manifestó que "nota con preocupación la extensión de la privatización del programa de pensiones. En particular, el artículo 16 de la ley 24.463 que permite al gobierno reducir y eventualmente no pagar

122 Ver González Campaña, Germán, *El final de la doctrina "Chocobar". La reducción de jubilaciones por emergencia previsional frente a la Corte Interamericana*, en "La Ley" 2003-D-453.

pensiones invocando apremios económicos". Recomendó al Estado argentino "asegurar que su sistema de seguridad social garantice a los trabajadores una pensión mínima adecuada, que no debiera ser unilateralmente reducida ni diferida, especialmente en tiempos de apremios económicos", y que "derogue el artículo 16 de la ley 24.463 (...) de modo de garantizar el pago completo de todas las pensiones"[123].

XVI. El Informe 03/01, Caso 11.670, "Menéndez, Caride y otros", Argentina, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

No hay duda de que la sentencia dictada en la causa "Cinco pensionistas" por la Corte Interamericana compromete en mayor medida, si fuera posible, al Estado argentino a resolver en forma positiva el caso "Menéndez, Caride y otros", si quiere evitar que la Comisión presente una denuncia ante la Corte Interamericana por violación de los derechos humanos de los jubilados. A su vez, la Corte argentina tendrá que revisar, en forma íntegra, la doctrina del caso "Chocobar", como lo hizo parcialmente en el caso "Sánchez", y la validez de la normas de emergencia que subsisten en materia previsional por aplicación de la denominada emergencia económica del Estado.

Coincidimos con la apreciación que realiza González Campaña: las medidas de reducción de los salarios de los empleados públicos y las jubilaciones están en contradicción con decisiones de la Corte Interamericana. En tanto no se cumplen los requisitos del debido procedimiento administrativo previo, ley formal que declare de utilidad pública o interés social e indemnice justamente a los afectados, se "viola el artículo 21 de la Convención Americana, haya o no envilecimiento de la moneda o cualquier otro nuevo recaudo que vislumbre el derecho judicial local"[124]. Se trata de derechos adquiridos en el caso a percibir una determinada jubilación o pensión otorgada bajo un régimen legal determinado, que no puede ser disminuido en forma arbitraria o irrazonable. Esta disminución se produce tanto en los casos en que se rebajan los haberes como cuando por la omisión del Estado en aplicar pautas de movilidad van perdiendo valor adquisitivo.

En nuestra opinión, el caso "Chocobar" tiene mayor gravedad que la cuestión resuelta en "Cinco pensionistas", dado que involucra la violación de los derechos económicos, sociales y culturales de prácticamente la totalidad de los jubilados argentinos. Esta situación motivó una denuncia, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en marzo de 2005, por varias víctimas, entre ellas el dirigente de los jubilados del Estado, Amancio Pafundi, quien impugna el proyecto de ley que luego fuera

123 Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales. Argentina, 25/11/99/SR.36, párr. 18, *www.un.org/esa*.

124 Cf. González Campaña, *El final de la doctrina "Chocobar"*, cit., p. 11.

sancionado como 24.463 por resultar violados las garantías judiciales (art. 8), la propiedad privada (art. 21), la igualdad ante la ley (art. 24) y el derecho a un recurso judicial efectivo (art. 25.2), y los deberes de los Estados de respetar los derechos (art. 1.1) y de adoptar medidas para hacerlos efectivos (art. 2), establecidos en la Convención Americana, además de los derechos a la salud y al bienestar (art. XI) y a la seguridad social en relación con el deber de trabajar y aportar a la seguridad social (arts. XVI, XXXV y XXXVII) de la Declaración Americana por parte del Estado argentino. Todos los peticionarios habían reclamado al ANSeS el reajuste de sus jubilaciones o pensiones, alegando que la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención se materializaba por el retraso en dictar sentencias definitivas para la determinación de sus derechos: los reajustes de haberes provisionales; la postergación de la ejecución de las sentencias y la ejecución inadecuada de las mismas de tal manera que confiscan su propiedad. También alegaban la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana por los artículos 5, 7, 16, 22 y 23 de la ley 24.463, que permite postergar la ejecución de las sentencias judiciales favorables con el argumento de la falta de recursos presupuestarios, con lo que se ha incumplido con el deber de adoptar medidas para hacer efectivos los citados derechos.

El Defensor del Pueblo[125] también denunció la privación de jurisdicción a que se veían sometidos los jubilados argentinos por la demora de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en dictar sentencia en más de 70.000 causas.

Todos estos temas fueron debatidos en el caso 11.670, "Amílcar Menéndez, Juan Manuel Caride y otros" contra Argentina, celebrándose la primera audiencia, entre los peticionarios y el Estado, en Washington, el 9 de octubre de 1996[126]. Luego de la citada audiencia, la Corte argentina dictó dos sentencias, en relación a los temas debatidos en la misma, declarando la inconstitucionalidad del artículo 24 de la ley 24.463 en el caso "Hussar" y luego, en el caso "Corcovar", el 27 de diciembre de 1996, la inconstitucionalidad del artículo 7, apartado 1, de la citada norma legal. En ese estado, el Defensor del Pueblo desistió de su denuncia prosiguiendo la misma los peticionarios.

125 Previamente, la Corte argentina había decidido que el Defensor del Pueblo no estaba legitimado para pedir un pronto despacho a favor de los afectados en defensa de derechos de incidencia colectiva por la demora en dictar sentencia en los reclamos de reajuste de haberes jubilatorios. Esta postura restrictiva de la Corte mereció la crítica de distintos autores y se originó en el caso "Frías Molina, Nélida N. c/Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos", 12/9/1996, *Fallos*: 319:1828, en "La Ley", 1997-A-67, con nota de Humberto Quiroga Lavié.

126 CIDH, Caso 11.670, "Amilcar Menéndez, Juan Manuel Caride y otros", Informe 03/01, 19 de enero de 2001.

Finalmente, la Comisión Interamericana produjo el Informe 3/01, aprobado el 19/1/2001, declarando admisible las peticiones de jubilados argentinos en cuanto se refiere a las presuntas violaciones de los derechos previstos en los artículos 1.1, 2, 8.1, 21, 24 y 25.2.c de la Convención Americana –garantías judiciales y a la protección judicial efectiva, a la propiedad privada, igualdad ante la ley, deber de los Estados de respetar los derechos y adoptar medidas para hacerlos efectivos y de los derechos consagrados en el artículo XI (a la salud y al bienestar) y considerados conjuntamente los artículos XVI, XXXV y XXXVII (a la seguridad social en relación con el deber de trabajar y aportar a la seguridad social) de la Declaración Americana. En el caso, las denuncias de 47 peticionarios fueron declaradas admisibles.

El caso se encuentra, desde el 18/10/2003, en proceso de solución amistosa, habiéndose comprometido el Estado no sólo a cumplir con los reclamos de los peticionarios, sino también, en forma sucesiva, a resolver la situación similar de violación de derechos humanos en que se encuentran la mayoría de los jubilados, derogando los artículos 16, 17, 19, y 23 y modificando el artículo 22, todos de la ley 24.463, y adecuando el régimen legal a los principios reconocidos en la Convención Americana.

El alcance y resolución de los diversos temas que originaron la denuncia tiene indudable importancia, dado que la solución amistosa implica la participación de los tres poderes del Estado. Esto es así, dado que las respuestas abarcan al Poder Judicial por la demora irrazonable en resolver casos judiciales[127], al Poder Legislativo –que debería derogar legislación incompatible con las Convenciones–, y al Poder Ejecutivo –que, a través de los organismos estatales pertinentes, debería dictar normas y liquidar expedientes para reparar los agravios–.

El Estado se ha comprometido, como señalamos antes, a derogar varios artículos de la ley 24.463 ("solidaridad previsional")[128] que implican un claro retroceso legislativo respecto de las garantías y protección judicial vigentes con anterioridad a la sanción de la citada ley.

La legislación dictada en Argentina, durante el período analizado en este trabajo, implicó un claro retroceso legislativo en los derechos y garantías de seguridad social, en perjuicio del conjunto de los beneficiarios del sistema previsional. Aun colocándonos en la postura restrictiva que la Corte Interamericana insinúa en el caso "Cinco pensionistas", respecto de la violación –en el plano individual y colectivo– del derecho al desarrollo progresivo de los derechos económicos sociales y culturales, podemos decir que se violó el estándar diseñado en la citada sentencia, que mide la creciente cobertura de los citados derechos. En Argentina, el retroceso abarcó al conjunto de los derechos sociales, influyendo sobre el conjunto de la población "teniendo presentes los imperativos de la equidad social": no se trata de un limitado grupo de jubilados afectados, sino que es representativa "de la situación general prevaleciente".

El contexto de una emergencia permanente de los derechos y garantías judiciales de los jubilados argentinos fue materia principal de la primera denuncia, efectuada en marzo de 1995 por distintos peticionarios, cuando estaba por sancionarse la ley 24.463. Un cotejo de la legislación en materia social, dictada en la década del 90 del siglo pasado, con los derechos garantizados por la Constitución argentina y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, nos permite apreciar, nítidamente, la violación sistemática de la obligación de progresividad y, por ende, de la prohibición de regresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, con particular referencia a los derechos a la seguridad social.

[127] La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió favorablemente el reclamo de uno de los peticionarios en la causa "Tudor, Enrique J. c/ANSeS s/amparo", 19/8/2004, en "La Ley", 06/10/2004, declarando la inconstitucionalidad del art. 19 de la ley 24.463 ("Itzcovich"), incluida en el proceso de solución amistosa. Unos días después, el Congreso derogó el citado art. 19. No hay duda de que el caso "Sánchez", resuelto por la Corte el 17/5/2005 dio respuesta implícita a los agravios formulados por los jubilados contra la sentencia "Chocobar".

[128] Entre otros, se reclama la derogación de los arts. 16, 17, 19, 22 y 23 de la ley 24.463, que establecen privilegios exorbitantes a favor del Estado, quebrantando el principio de igualdad e implicando una clara discriminación de los jubilados. Al comentar los arts. 16 y 22 de la citada norma legal dice Horacio G. Corti que "estas disposiciones legislativas expresan descarnadamente un nuevo principio jurídico: los derechos reconocidos se encuentran protegidos si y solo si hay recursos suficientes para ello. Es decir: las obligaciones públicas no son irrestrictas, sino que dependen de la cantidad de recursos disponibles. Enunciado de manera general, el principio viene a postular que el sistema constitucional de los derechos individuales posee una validez condicionada, al ser dependiente de los recursos públicos asignados mediante la legislación presupuestaria. Aceptar este principio implica limitar los efectos de las decisiones judiciales, pues aun cuando se ratifique jurisdiccionalmente la legitimidad de un derecho, su ejercicio se encuentra subordinado a las previsiones que haya efectuado la ley de presupuesto" (cf. *Crítica y defensa de la supremacía de la Constitución*, en "La Ley", 1997-F-1033).

Reformas regresivas de la Constitución en Perú: un caso de regresividad no autorizado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Javier Mujica Petit y Joss Opie*

Sumario: I. Introducción; II. Las leyes; III. La naturaleza jurídica del régimen pensionario establecido por el Decreto ley 20.530; IV. Jurisprudencia nacional e internacional; V. El derecho a la seguridad social y su desarrollo progresivo en el derecho peruano e internacional; VI. Las leyes 28.389 y 28.449: violatorias del derecho nacional e internacional; VII. Las leyes 28.389 y 28.449: una limitación o restricción ilegítima al derecho a la seguridad social y a su desarrollo progresivo; VIII. Conclusión.

I. Introducción

En el presente artículo se analiza la compatibilidad de las leyes 28.389 y 28.449, dictadas por el Congreso del Perú el año 2004, con respecto a las obligaciones internacionales del Estado peruano contraídas en relación al derecho a la seguridad social y su deber de asegurar el desarrollo progresivo del mismo. Las indicadas leyes modificaron la Constitución política del Perú de 1993 y posteriormente el régimen pensionario de los funcionarios públicos regulado por el Decreto ley 20.530.

En el apartado II del artículo, se resume el contenido de las leyes. En el apartado III, se explica la naturaleza del régimen pensionario establecido por el Decreto ley 20.530, el mismo que preveía el derecho de sus beneficiarios a una pensión nivelada. En el apartado IV, se describen algunos de los intentos estatales, previos a la aprobación de las leyes, para modificar el régimen del Decreto ley 20.530, y las respuestas del Tribunal Constitucional (TC) peruano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de tal pretensión.

En el apartado V, el artículo desarrolla los alcances y contenido de los derechos a la seguridad social y al desarrollo progresivo del mismo, reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales pertinentes. En el apartado VI, se analiza la forma como las leyes antes referidas violaron el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), los artículos 10 y 70 de la propia Constitución del Perú, y el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el apartado VII de este texto, finalmente, se analiza la conformidad de estas leyes con el derecho nacional e internacional y, en particular con referencia a la sentencia del TC peruano del 12 de junio de 2005 (Exp.

* Javier Mujica Petit es abogado y responsable del Programa de Derechos Humanos del Centro de Asesoría Laboral del Perú. Joss Opie es un abogado neozelandés, especializado en derechos humanos. Se ha desempeñado como colaborador del Centro de Asesoría Laboral del Perú.

050-2004-AI/TC; 051-2004-AI/TC; 004-2004-PI/TC; 007-2005-PI/TC; 009-2005-PI/TC), mediante la cual el indicado TC sostuvo la constitucionalidad de tales leyes. El artículo pretende mostrar que las leyes no constituyen una limitación o restricción legítima al derecho a la seguridad social y al desarrollo progresivo de éste y, por ende, son violatorias de los derechos humanos de los pensionistas del régimen del Decreto ley 20.530.

II. Las leyes

La ley 28.389[1] establece lo siguiente:

1. La modificación del artículo 11[2] de la Constitución para instituir la administración unitaria de los regímenes pensionarios a cargo del Estado[3];

2. La modificación del artículo 103[4] de la Constitución para establecer expresamente que el principio jurídico aplicable para analizar la retroactividad de las leyes es el de los Hechos Cumplidos,[5] y no el de la intangibilidad de los Derechos Adquiridos[6];

[1] Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 17 de noviembre de 2004.

[2] El texto original del art. 11 de la Constitución antes de la reforma: "El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento".

[3] El texto actual del art. 11 de la Constitución, de conformidad con la reforma constitucional aprobada mediante la ley 28.389, es el que sigue: "El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento. La ley establece la entidad del gobierno nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado".

[4] El texto original del art. 103 de la Constitución, antes de ser modificado por art. 2 de la ley 28.389: "Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas. Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho".

[5] Según la definición empleada por el "Plan de Acción de los sistemas de pensiones en el Perú", documento elaborado por el Ministerio de Economía y Finanzas del Perú, en coordinación con la Oficina de Normalización Previsional y la Superintendencia de Banca y Seguros, octubre 2004, p. 31. Ver en *www.mef.gob.pe/propuesta/PENSIONES/doc/plan_acciones2004_2008.pdf*: "El principio de los derechos adquiridos consiste en continuar aplicando la norma anterior a los derechos ya adquiridos de las relaciones existentes a la fecha de expedición de una nueva norma. En contraposición, la teoría de los hechos cumplidos sostiene que 'una nueva norma pasa a regir inmediatamente los hechos no cumplidos de las relaciones existentes, a partir de la oportunidad en que ella entre en vigencia'. En consecuencia ello permitiría que normas legales posteriores permitan modificar las relaciones existentes".

[6] El nuevo texto del art. 103 de la Constitución, de conformidad con la reforma constitucional aprobada mediante la ley 28.389, reza de la siguiente forma (art. 2 de la ley 28.389): "Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por las diferencias de las personas. *La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias y relaciones jurídicas existentes* y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho" (destacado agregado).

3. La sustitución de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución[7] para suprimir la protección otorgada a los derechos adquiridos en materia pensionaria y, en particular, suprimir constitucionalmente el régimen de nivelación otorgado en el Perú al régimen de pensiones y compensaciones de los servidores civiles del Estado, actualmente regulado por el Decreto ley 20.530[8];

4. El cierre del régimen pensionario del Decreto ley 20.530 (de modo que no estén permitidas nuevas incorporaciones o reincorporaciones al régimen);

5. La aplicación inmediata de las nuevas reglas pensionarias (establecidas por la ley 28.449) a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado;

6. La aplicación progresiva de topes a las pensiones que excedan de una Unidad Impositiva Tributaria (en adelante, UIT); y

[7] El texto original de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, hasta antes de la reforma constitucional introducida por la ley 28.389, rezaba así: "Los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos, se establezcan, *no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los decretos leyes 19.990 y 20.530 y sus modificatorias*" (destacado agregado).

[8] El nuevo texto de la Primera Disposición Final y Transitoria, de conformidad con la reforma constitucional aprobada mediante la ley 28.389, es el siguiente: *"Declárase cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto ley 20.530.* En consecuencia a partir de la entrada en vigencia de esta Reforma Constitucional: 1. No están permitidas las nuevas incorporaciones o reincorporaciones al régimen pensionario del Decreto ley 20.530; 2. Los trabajadores que, perteneciendo a dicho régimen, no hayan cumplido con los requisitos para obtener la pensión correspondiente, deberán optar entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones. Por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda. *No se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria. La ley dispondrá la aplicación progresiva de topes a las pensiones que excedan de una Unidad Impositiva Tributaria.* El ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de nuevas reglas pensionarias será destinado a incrementar las pensiones más bajas, conforme a ley. *Las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación.* Autorízase a la entidad competente del Gobierno Nacional a iniciar las acciones legales correspondientes para que se declare la nulidad de las pensiones obtenidas ilegalmente, salvo los casos definidos por sentencias con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado expresamente sobre el fondo del asunto o que las respectivas acciones hubieran prescrito" (destacado agregado).

7. El requisito según el cual las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, serán regidos por los criterios de "sostenibilidad financiera" y no de nivelación.

La ley 28.449[9] establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto ley 20.530, de conformidad con la ley 28.389. La ley 28.449 determina lo siguiente (después de adecuado su texto por el TC mediante la sentencia):

1. Un monto máximo mensual (en adelante, el tope) de las pensiones de cesantía, invalidez y sobrevivientes del régimen de pensiones regulado por el Decreto ley 20.530, fijado en dos UIT;

2. La prohibición de la nivelación de pensiones con las remuneraciones y con cualquier ingreso previsto para los empleados o funcionarios públicos en actividad;

3. Nuevas reglas para el reajuste de pensiones y para el cálculo de las nuevas pensiones;

4. La modificación de las normas relativas a las pensiones de sobrevivientes;

5. El establecimiento del Ministerio de Economía y Finanzas como la entidad administradora de las pensiones; y

6. La transferencia de los recursos que se ahorren como consecuencia de la aplicación del tope al Fondo para la Asistencia Provisional. Con estos recursos se financiará el aumento[10] de las pensiones menores a Soles (en adelante, S/.) 800,00 mensuales.

III. La naturaleza jurídica del régimen pensionario establecido por el Decreto ley 20.530

El régimen previsional de los servidores civiles del Estado fue regulado por el Decreto ley 20.530[11], expedido el 26 de febrero de 1974. La característica central de este régimen consistía en el derecho de sus beneficiarios a nivelar sus pensiones con el haber del funcionario en actividad que desempeña la misma o análoga función a la que desempeñaron hasta su cese, permitiendo así que éstas conservaran su valor adquisitivo real.

El régimen de nivelación fue integrado en la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución Política de 1979 (en adelante "la Constitución de 1979"). Al dictarse la Constitución (de 1993), su Primera Disposición Final y Transitoria estableció lo siguiente:

9 Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 30 de diciembre de 2004.

10 De acuerdo con la Cuarta Disposición Transitoria de la ley 28.449, las pensiones menores a S/.415,00 se incrementarán hasta dicho monto; se incrementarán las pensiones mayores a S/.415,00, pero no superiores a S/.750,00 mensuales, en S/.100,00; y se incrementarán pensiones mayores a S/.750,00, pero no superiores a S/.800,00 mensuales, en S/.50,00.

11 Ver *www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/leyes/20.530.pdf.*

"Los nuevos regímenes sociales obligatorios que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos se establezcan, *no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los Decretos leyes 19.990 y 20.530 y sus modificatorias*" (destacado agregado).

A través de esta vía, la Constitución garantizó el respeto de los derechos adquiridos en materia pensionaria dentro del régimen del Decreto ley 20.530, consagrando salvaguardas a favor de éstos frente a cualquier reforma legal que pretendiera, de una u otra manera, afectarlos o disminuirlos.

No obstante la nitidez de las mencionadas disposiciones constitucionales, en varias ocasiones, especialmente a partir de 1990, y con mayor intensidad luego del golpe de Estado ocurrido en el Perú el 5 de abril de 1992, el Estado pretendió desconocer el derecho a la nivelación pensionaria antes señalado, introduciendo "topes" o montos máximos a las pensiones. Invariablemente, no obstante, la Corte Suprema de Justicia o el TC calificaron a tales normas como inconstitucionales, las inaplicaron y ordenaron la restitución a los pensionistas de su derecho a una pensión nivelada.

A continuación, consideremos parte de esta jurisprudencia, y también la jurisprudencia internacional producida sobre el tema.

IV. Jurisprudencia nacional e internacional

IV. 1. El Tribunal Constitucional

Una de las normas que pretendió desconocer el derecho a la nivelación fue el Decreto legislativo 817[12] (en adelante "DL 817"), mediante el cual se impuso topes a las pensiones del régimen del Decreto ley 20.530, incluyendo las pensiones adquiridas antes de su entrada en vigencia.

Alrededor de 30.000 pensionistas de dicho régimen interpusieron una acción de inconstitucionalidad contra el DL 817, motivando con ello la Sentencia del TC del 23 de abril de 1997 (Exp. 008-96-I/TC)[13]. En esta Sentencia, el TC aseveró lo siguiente[14]:

12 El DL 817 fue promulgado el 22 de abril de 1996, y publicado en el diario oficial "El Peruano" el 23 de abril del mismo año con el nombre de "Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado". Su Sexta Disposición Complementaria señaló lo siguiente: "El tope a que se refiere el art. 2, numeral 3 de la ley 26.667 aplicable a las pensiones derivadas del régimen provisional del Decreto ley 20.530 queda fijado en el sueldo de un Congresista. Esta disposición entrará en vigencia a partir del 1 de julio de 1996". Ver en *www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/DecretosLegislativos/00817.pdf.*

13 Puede consultarse dicha sentencia en *www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00081996-AI%200009-1996-AI%200010-1996-AI%200015-1996-AI%200016-1996-AI.html.*

14 El fundamento 18 de la Sentencia del TC (Acción de Inconstitucionalidad contra el Decreto ley 817, Exp. 008-96-I/TC).

"Siendo el principal efecto de la incorporación al régimen del Decreto ley 20.530, 1) tener la calidad de pensionista del mismo, 2) tener la facultad de adquirir derecho a pensión al alcanzar quince años de servicios el hombre y doce y medio la mujer, las mismas que se regulan conforme a lo establecido por el artículo 5 del mismo, y 3) tener el derecho a una pensión nivelable, con los requisitos establecidos en el antes referido Decreto ley, todos estos constituyen entonces, derechos adquiridos conforme lo establece la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente (...)
Como resulta evidente *la imposición de topes atenta flagrantemente contra los derechos adquiridos de aquel grupo de personas que tienen bajo el criterio antes mencionado un derecho adquirido*, razón por la cual la Sexta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 es inconstitucional" (destacado agregado).

Más aún, la mencionada sentencia del TC dictaminó que gozaban de derechos adquiridos en materia pensionaria no sólo quienes al dictarse el DL 817 tenían la condición de jubilados o cesantes en el régimen del Decreto ley 20.530, sino también quienes, a esa fecha, hubieran cumplido los requisitos fijados por la ley para acceder a una pensión nivelable. Al respecto, expresó el TC lo siguiente[15]:

"Es así, que aquellos que se encontraban bajo el amparo del régimen del Decreto ley 20.530, que hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 817, ya hubieran cumplido con los requisitos señalados por la norma, esto es, haber laborado veinte o más años de servicios; tienen derecho a una pensión nivelada, conforme lo dispuso en su oportunidad el Decreto ley 20.530 y sus modificatorias".

Como conclusión, el TC declaró[16]:

"La aplicación retroactiva de la Sexta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 es inconstitucional, por cuanto viola el artículo 103 de la Constitución y atenta contra los derechos adquiridos de quienes estén sujetos al régimen previsional del Decreto ley 20.530" (destacado agregado).

IV. 2. Hechos cumplidos vs. derechos adquiridos en materia pensionaria

El TC señaló en su oportunidad, a este respecto, que la Constitución adoptó la Teoría de los Hechos Cumplidos como regla para el conjunto del

15 El fundamento 19 de la Sentencia del TC (Acción de Inconstitucionalidad contra el Decreto ley817, Exp. 008-96-I/TC).

16 El fundamento 27 de la Sentencia del TC (Acción de Inconstitucionalidad contra el Decreto ley 817, Exp. 008-96-I/TC).

sistema, y la de los Derechos Adquiridos como excepción para el ámbito pensionario[17]. Respecto de los derechos adquiridos en materia pensionaria además expresó[18]:

"Estamos ante una situación de excepción que permite que un conjunto de normas sean aplicadas ultraactivamente, por reconocimiento expreso de la disposición constitucional, a un grupo determinado de personas, quienes mantendrán sus derechos nacidos al amparo de una ley anterior, aunque la misma haya sido modificada posteriormente".

En cuanto al alcance de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, el TC señaló[19]:

"*Una correcta interpretación de tal disposición no puede ser otra que la de consagrar, a nivel constitucional, los derechos adquiridos en materia pensionaria por los pensionistas sujetos a los regímenes de los Decretos leyes 19.990 y 20.530* [lo que cabe sólo porque aquélla] permite, de modo excepcional, que un conjunto de normas se apliquen ultraactivamente" (destacado agregado).

En adición a lo anterior, el TC estableció precisiones importantes respecto de lo que debería interpretarse como un derecho adquirido en materia pensionaria, señalando que estos derechos son "los que han sido incorporados en el patrimonio jurídico de los pensionistas"[20] o "aquellos que han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no puede privarnos aquél de quien los tenemos"[21].

Bajo esta perspectiva, durante toda la década de los años 90, el TC consideró incompatibles con la Constitución prácticamente todas aquellas modificaciones legislativas que pretendían la aplicación inmediata de restricciones sobre derechos ya adquiridos en materia pensionaria (salvo aquellas que afectaban a futuros derechos no adquiridos)[22].

17 El TC sostuvo que "'la Constitución consagra la teoría de la aplicación inmediata de la norma' cuando establece 'la obligatoriedad de la vigencia de las leyes, desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial', por su art. 109, en concordancia con el art. III del Título Preliminar del Código Civil". El fundamento 10 de la Sentencia del TC (Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto ley 25.967, Exp. 007-96-I/TC).

18 El fundamento 10 de la Sentencia del TC (Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto ley 25.967, Exp. 007-96-I/TC).

19 Los fundamentos 15 y 17 de la Sentencia del TC (Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto ley 25.967, Exp. 008-96-I/TC).

20 El fundamento 10 de la Sentencia del TC (Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto ley 25.967, Exp. 007-96-I/TC).

21 El fundamento 15 de la Sentencia del TC (Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto ley 25.967, Exp. 008-96-I/TC).

22 Véanse, por ejemplo, "El nuevo Sistema de cálculo, se aplicará sólo y únicamente a los asegurados que con posterioridad a la dación del Decreto ley 25.967, cum-

IV. 2. A. Disponibilidad presupuestal

En cuanto a los aspectos de disponibilidad presupuestal y garantía de los derechos adquiridos en materia pensionaria, es preciso hacer una acotación especial. La Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución expresa:

> "El Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra, con arreglo a las previsiones presupuestarias que éste destine para tales efectos, y a las posibilidades de la economía nacional".

Esta prescripción constitucional fue interpretada por quienes propugnaban una reversión de los niveles de protección de los derechos adquiridos en materia provisional como una suerte de condicionalidad jurídica, en cuya virtud el pago de tales pensiones y su cuantía podían ser variadas (incluso para degradarlas) de acuerdo con la disponibilidad de recursos existentes en materia presupuestal.

Frente a ello, el TC señaló[23]:

> "En este contexto, el *'reajuste'* de las pensiones no puede entenderse como una autorización para disminuirlas a quienes tienen ya el derecho adquirido, sino de 'incrementarlas', a fin de garantizar el derecho a una vida digna de quienes son sus titulares. Ello se deriva de una interpretación concordante con la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que establece la aplicación progresiva de aquellas disposiciones constitucionales –como la Segunda– que requieren nuevos o 'mayores gastos'. *Y, como es obvio, 'progresividad' en la aplicación de cláusulas, como es el caso de las pensiones, que requieren, a fin de cumplir con el mandato del 'reajuste periódico', de 'mayores gastos públicos', no puede nunca interpretarse como sinónimo de 'regresividad', y ni siquiera como mantenimiento del statu quo*" (destacado agregado).

Con ello, el marco de interpretación constitucional ofrecido por el TC reflejaba dos cuestiones esenciales. En primer lugar, la vinculación entre medios ("el reajuste") y fines ("garantizar el derecho a una vida digna de quienes son sus titulares"); y en segundo lugar, la tendencia progresiva del derecho humano a la seguridad social, en particular su protección contra toda forma injustificada o arbitraria de regresión.

plan con los requisitos señalados por el régimen previsional del Decreto ley 19.990". El fundamento 12 de la Sentencia del TC (Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto ley 25.967, Exp. 007-96-I/TC); y "el Decreto Legislativo 817 solamente puede aplicarse a hechos y situaciones jurídicas que se configuran a partir de su entrada en vigencia". El fundamento 13 de la Sentencia del TC (Acción de Inconstitucionalidad contra el Decreto ley 817, Exp. 008-96-I/TC).

[23] El fundamento 14 de la Sentencia del TC (Acción de Inconstitucionalidad contra el Acción de inconstitucionalidad contra la ley 27.617, Exp. 002-2003-AI/TC).

IV. 3. La jurisdicción internacional y el caso "Cinco pensionistas"

Para hacer valer sus derechos adquiridos en materia pensionaria, cinco pensionistas del régimen del Decreto ley 20.530 se vieron obligados a acudir a la CIDH[24] y a la Corte Interamericana[25].

Los cinco pensionistas habían trabajado para la Superintendencia de Banca y Seguros ("la SBS"), una entidad del Estado (con rango de organismo constitucional autónomo y fuente de financiamiento independiente del Presupuesto General de la República). Todos ellos habían adquirido el derecho a una pensión nivelable de cesantía de conformidad con el régimen del Decreto ley 20.530, después de haber prestado servicios por más de 20, 30 y, en algún caso, 40 años a la administración pública. La nivelación de sus pensiones, con arreglo al monto de lo percibido por quienes desempeñaban la misma función que éstos hasta su cese en la SBS, se produjo de manera sucesiva y periódica hasta que, en 1992, la SBS suspendió el pago de una de las pensiones, y redujo el monto de las otras en aproximadamente el 78%.

En octubre de 1992 se dictó el Decreto ley 25.792 con el objeto de formalizar el atropello y homologar las pensiones de éstos con las que el Ministerio de Economía y Finanzas pagaba a sus ex trabajadores. En respuesta, los cinco pensionistas interpusieron acciones de amparo, que fueron resueltas en su favor por la Corte Suprema de Justicia a partir de 1994. Sin embargo, la SBS se negó a cumplir con las sentencias que los favorecían, e incluso con sus propias resoluciones administrativas, dictadas con posterioridad a las primeras –justamente para su cumplimiento– todas las cuales habían ordenado o resuelto que se les pagara a los indicados pensionistas sus pensiones niveladas. Este hecho los obligó a reanudar su lucha judicial, pero esta vez a través de Acciones de Cumplimiento, todas las cuales fueron igualmente declaradas fundadas desde 1998. No obstante, las sentencias proferidas tampoco fueron acatadas por la SBS.

A fines de enero de 2002, el Congreso peruano derogó, a través de la ley 27.650, el precepto del Decreto ley 25.792 que impedía la nivelación de las pensiones de los cinco pensionistas. Como consecuencia de ello, la SBS finalmente pagó a los pensionistas (sin los intereses correspondientes) los reintegros de los montos que éstos habían dejado de percibir entre 1992 y el año 2002. Desenlace que claramente tuvo que ver, como fue adelantado *supra*, con el hecho de que en 1998, los cinco pensionistas habían llevado su caso a la CIDH, alegando que el Estado había violado sus derechos reconocidos por la Convención Americana.

[24] Informe 23/01, caso 12.034 (Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Alvarez Fernandez, Reymer Bartra Vásquez y Maximiliano Gamarra Ferreira), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 5 de marzo de 2001, en adelante "Informe de Fondo".

[25] Caso "Cinco pensionistas", Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, Nº 98, Sentencia de 28 de febrero de 2003, en adelante "Cinco pensionistas".

IV. 3. A. El Informe de Fondo de la CIDH

En su Informe de Fondo, la CIDH consideró que el derecho de los cinco pensionistas a una pensión nivelada se había incorporado como "un bien integrante del patrimonio" de los cinco pensionistas, y notó que la Constitución (de entonces) y el TC también reconocieron este "derecho adquirido"[26]. Por lo tanto, la CIDH consideró que, al disminuir el monto de las pensiones niveladas de los cinco pensionistas, el Estado había violado el artículo 21 de la Convención Americana (que reconoce el derecho a la propiedad privada)[27].

En relación al incumplimiento de las acciones de amparo a favor de los pensionistas, la CIDH consideró que el Estado había violado el artículo 25 de la Convención Americana (Protección Judicial)[28].

Refiriéndose al artículo 26 de la Convención Americana, la CIDH notó[29] que en su Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador, se señaló[30]:

> "Si bien el artículo 26 no enumera medidas específicas de ejecución, dejando que el Estado determine las medidas administrativas, sociales, legislativas o de otro tipo que resulten más apropiadas, expresa la obligación jurídica por parte del Estado de encarar dicho proceso de determinación y de adoptar medidas progresivas en este campo. El principio del desarrollo progresivo establece que tales medidas se adopten de manera tal que constante y consistentemente promuevan la plena efectividad de esos derechos".

Además, la CIDH reiteró[31] la afirmación hecha en su Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú, indicando[32]:

> "El carácter progresivo con que la mayoría de los instrumentos internacionales caracteriza las obligaciones estatales relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales implica para los Estados, con efectos inmediatos, la obligación general de procurar constantemente la realización de los derechos consagrados sin retrocesos. Luego, los retrocesos en materia de derechos económicos, sociales y culturales pueden configurar una violación, entre otras disposiciones, a lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención Americana".

Con base en este análisis, la CIDH determinó que el Decreto ley 25.792 constituyó un retroceso con respecto al derecho a la seguridad social de los cinco pensionistas, razonando que con ocasión de este Decreto, los pensionistas pasaron a percibir aproximadamente una quinta parte del monto que habían venido percibiendo antes[33]. Asimismo, la CIDH consideró que este retroceso era injustificado, porque el Estado no había alegado ni probado que lo implementó con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática[34]. Por lo tanto, la CIDH dictaminó que el Estado había violado el artículo 26 de la Convención Americana en perjuicio de los cinco pensionistas[35].

Por lo tanto, la CIDH recomendó que el Estado tomara varias medidas para reparar e indemnizar a los cinco pensionistas. No obstante, dado que transcurridos más de seis meses de formuladas estas recomendaciones el Estado no había cumplido cabalmente con estas recomendaciones, el 4 de diciembre de 2001, la CIDH sometió ante la Corte Interamericana una demanda contra el Estado.

IV. 3. B. La Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En su Sentencia, la Corte Interamericana concordó con la CIDH, al señalar que el derecho a recibir una pensión de jubilación constituía un derecho adquirido, por cuanto la Constitución así lo reconocía expresamente. La Corte Interamericana expresó en este sentido que[36]

> "En este orden de ideas, el artículo 21 de la Convención protege el derecho de los cinco pensionistas a recibir una pensión de cesantía nivelada de acuerdo al Decreto ley 20.530, en el sentido de que se trata de un derecho adquirido, de conformidad con lo dispuesto en la normativa constitucional peruana, *o sea, de un derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas*" (destacado agregado).

Y asimismo, que[37]

> "A la luz de lo señalado en la Constitución Política del Perú, de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional peruano, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención –el cual prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos–, y mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de

26 Informe de Fondo, párrs. 45-46.

27 Informe de Fondo, párr. 52.

28 Informe de Fondo, párrs. 68 y 75.

29 Informe de Fondo, párr. 85.

30 OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, 24 abril 1997, p. 25.

31 Informe de Fondo, párr. 86.

32 OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 59 rev. 2 de junio de 2000, párr. 11 (cap. VI).

33 Informe de Fondo, párrs. 92-93.

34 Informe de Fondo, párr. 94.

35 Informe de Fondo, párr. 95: "... tal Decreto [25.792] constituyó un retroceso no justificado respecto al grado de desarrollo del derecho a la seguridad social que habían alcanzado [los cinco pensionistas]".

36 "Cinco pensionistas", párr. 102.

37 "Cinco pensionistas", párr. 103.

protección de derechos humanos, esta Corte considera que, desde el momento en que [los reclamantes] pagaron sus contribuciones al fondo de pensiones regido por el Decreto ley 20.530, dejaron de prestar servicios a la SBS y se acogieron al régimen de jubilaciones previsto en dicho decreto-ley, adquirieron el derecho a que sus pensiones se rigieran en los términos y condiciones previstas en el mencionado decreto ley y sus normas conexas. En otras palabras, los pensionistas adquirieron un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, de conformidad con el Decreto ley 20.530 y en los términos del artículo 21 de la Convención Americana"[38].

Respecto a la posibilidad de imponer limitaciones al goce de este derecho, la Corte Interamericana precisó claramente las condiciones que debía respetar tal pretensión[39]:

> "Si bien el derecho a la pensión nivelada es un derecho adquirido, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social. *En el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las pensiones), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados*. Por su parte, el artículo 5 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante 'Protocolo de San Salvador') sólo permite a los Estados establecer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 'mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos'. *En toda y cualquier circunstancia, si la restricción o limitación afecta el derecho a la propiedad, ésta debe realizarse, además, de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 21 de la Convención Americana*" (destacado agregado).

Por ende, la Corte Interamericana interpretó que el derecho a la propiedad privada alcanzaba a la titularidad de los derechos consagrados legalmente. De acuerdo con este criterio, las pensiones nivelables de los pensionistas del régimen del Decreto ley 20.530, al constituir un derecho integrado al patrimonio de sus titulares (tal como había sido señalado previamente por el TC), constituían recursos económicos que eran de propiedad de estos pensionistas. Por lo tanto, cualquier acción del Estado tendente a menoscabar el acceso a estas pensiones o su disfrute en la forma

[38] La Corte ha definido los "bienes" como "aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor". Caso "Ivcher Bronstein" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, Nº 74, 6 de febrero de 2001, párr. 122).

[39] "Cinco pensionistas", párr. 116.

en la que fueron previstas legalmente constituía una violación del derecho a la propiedad privada[40].

Al referirse a la alegación de la CIDH conforme a la cual el Estado había violado el artículo 26 de la Convención Americana en perjuicio de los cinco pensionistas, la Corte Interamericana no expresó un desacuerdo con las conclusiones generales de la CIDH sobre el principio de progresividad, sino que consideró inadecuada su aplicación a los cinco pensionistas. En la opinión de la Corte Interamericana, éstos –por su número y cuantía de las pensiones que percibían– no constituían un grupo representativo de la sociedad peruana[41] (se discute *infra* este aspecto del fallo de la Corte Interamericana en más detalle). Con arreglo a este criterio, la Corte Interamericana resolvió no pronunciarse sobre la alegación de la CIDH de que el Estado había violado el artículo 26 de la Convención Americana.

IV. 4. La reforma constitucional: un último intento

Como se ha visto, todos los intentos del Estado antes de la aprobación de las leyes para quitarles a los pensionistas su derecho adquirido a una pensión nivelable fueron declarados violatorios de la Constitución y la Convención Americana. A través de las sentencias del TC y de la Corte Interamericana, así como del Informe de Fondo de la CIDH, se demostró que la Constitución y la Convención Americana amparaban tal derecho.

En este contexto, el Estado debería haber modificado significativamente sus planes para la reforma del régimen pensionario del Decreto ley 20.530, asegurando el respeto de los derechos adquiridos. Sin embargo, en vez de hacer eso, el Estado tomó la decisión, una vez más, de privar de sus derechos adquiridos a los pensionistas por medio de una reforma constitucional.

No obstante ello, el hecho de que un acto sea legítimo según el derecho interno de un Estado[42], no lo protege de incurrir en responsabilidad internacional si tal acto viola las obligaciones internacionales libremente contraídas por ese mismo Estado. Para discernir si este es el caso, se analizará a continuación las obligaciones internacionales del Estado (y los correspondientes derechos de todas las personas sometidas a su jurisdicción) respecto al derecho a la seguridad social.

[40] La Corte Interamericana también determinó que el Estado peruano violó los arts. 25 (Protección Judicial), 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) en perjuicio de los cinco pensionistas.

[41] "Cinco pensionistas", párr. 147.

[42] Al decir eso no se concede que son legítimos la reforma constitucional a través de la ley 28.389 ni la ley 28.449.

V. El derecho a la seguridad social y su desarrollo progresivo en el derecho peruano e internacional

V. 1. Las normas nacionales e internacionales

La Constitución, la Convención Americana[43], el Protocolo de San Salvador[44] y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC)[45] reconocen y definen el derecho a la seguridad social y al desarrollo progresivo de este derecho.

De acuerdo con estos instrumentos, el Estado peruano tiene la obligación de garantizar a toda persona (es decir, a cada individuo) que esté sujeta a su jurisdicción el libre y pleno ejercicio del derecho a la seguridad social[46]. Este derecho es progresivo[47], y su propósito es elevar la calidad de la vida del titular del derecho, para que éste pueda llevar una vida digna y decorosa[48]. Para asegurar este derecho a cada individuo sobre su jurisdicción, el Estado no puede discriminar por ningún motivo, incluyendo la posición económica de la persona en cuestión[49].

El Estado puede establecer restricciones o limitaciones al derecho a la seguridad social, pero únicamente dentro de los límites que establecen la Convención Americana[50], el Protocolo de San Salvador y el PIDESC. Esto significa que cualquier limitación al derecho a la seguridad social será ilegítima si no es establecida mediante una ley:

1. promulgada con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática;

2. que no contradiga el propósito y razón del derecho a la seguridad social, o en otras palabras, que no sea incompatible con la naturaleza de éste[51].

Además, sólo se podrá restringir el goce de este derecho cuando no haya otras opciones. Del mismo modo, cualquier limitación al derecho a la seguridad social tendrá que ser proporcionada; es decir, que entre varias opciones para alcanzar este objetivo deberá escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido[52]. Al afirmar esto, sostenemos

[43] El Perú ratificó la Convención Americana el 28 de julio de 1978.

[44] El Perú ratificó el Protocolo de San Salvador el 4 de junio de 1995.

[45] El Perú ratificó el PIDESC el 28 de abril de 1978.

[46] Los arts. 10, 11 y 44 de la Constitución; los arts. 1 y 26 de la Convención Americana; el art. 9 del Protocolo de San Salvador; y el art. 9 del PIDESC. Véanse también los arts. 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH). La DUDH fue ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de su proclamación el 10 de diciembre de 1948. El Perú votó a favor de la proclamación.

[47] Por ejemplo, el art. 10 de la Constitución establece: "El Estado reconoce el *derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social*, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida" (destacado agregado); el art. 26 de la Convención Americana determina: "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" (destacado agregado); el art. 1 del Protocolo de San Salvador establece: "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" (destacado agregado); y el art. 2.1 del PIDESC dictamina: "Cada uno de los Estados Parte 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" (destacado agregado).

[48] El art. 10 de la Constitución y el art. 9 del Protocolo de San Salvador.

[49] El art. 2.2 de la Constitución; el art. 1.1 de la Convención Americana; el art. 3 del Protocolo de San Salvador; y el art. 2.2 del PIDESC: "Los Estados Parte en el presente Pacto se *comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna* por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, *posición económica*, nacimiento o cualquier otra condición social..." (destacado agregado).

[50] El art. 29 de la Convención Americana.

[51] El art. 5 del Protocolo de San Salvador y el art. 4 del PIDESC. Por ejemplo, el art. 5 del Protocolo de San Salvador establece: "Los Estados Parte sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo *mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos*" (destacado agregado).

[52] "La Colegiación Obligatoria de Periodistas", Opinión Consultiva 5/85 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 13 de noviembre de 1985; en adelante, OC-5/85), en la cual la Corte Interamericana afirmó: "Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el art. 10 de la Convención Europea, concluyó que 'necesarias', sin ser sinónimo de 'indispensables', implica la 'existencia de una' [*sic*] necesidad social imperiosa y que para que una restricción sea 'necesaria' no es suficiente demostrar que sea 'útil', 'razonable' u 'oportuna' (Eur. Court H. R., The Sunday Times case, judgment of 26 April 1979, Serie A, Nº 30, párr. 59, ps. 35-36). Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la 'necesidad' y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el art. 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. *Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el art. 13 garantiza y no limiten más*

que lo que declaró la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva 5/85 (en relación a las limitaciones permitidas de acuerdo con el artículo 13 de la Convención Americana) se aplica en general a todas las restricciones permitidas por las disposiciones de la Convención Americana y los otros instrumentos internacionales relevantes[53].

Aunque no hay disposiciones en la Convención Americana, el Protocolo de San Salvador o el PIDESC que establezcan un requisito explícito de necesidad para que una limitación al derecho a la seguridad social sea permitida, como sí la hay en el artículo 13 de la Convención Americana, afirmar que cualquier restricción al pleno goce de un derecho reconocido debe ser necesaria y proporcional[54] es consistente con lo que establece el artículo 32 de la Convención Americana[55].

Es evidente que no se puede calificar como una "justa exigencia del bien común", tal como exige el artículo 32 de la Convención Americana, la imposición de limitaciones innecesarias o desproporcionadas. Este criterio no sólo se corresponde con la interpretación más favorable a la persona humana, cuya defensa y el respeto de su dignidad constituyen el fin supremo de la sociedad y del Estado, de acuerdo con lo establecido en el

de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el art. 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo (The Sunday Times case, *supra*, párr. 62, p. 38; ver también Eur. Court H.R., Barthold judgment of 25 March 1985, Serie A, Nº 90, párr. 59, p. 26)" (destacado agregado).

53 En su OC-5/85, la Corte Interamericana analizó la palabra "necesaria" con referencia al art. 13 de la Convención Americana. El art. 13.2 de la Convención Americana (relativo a la Libertad de Pensamiento y de Expresión) determina: "El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente [Libertad de Pensamiento y de Expresión] no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y *ser necesarias* para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas" (destacado agregado).

54 Véase también el análisis de Borowski acerca del principio de proporcionalidad, que él considera está compuesto por tres subprincipios: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Una medida estatal, según Borowski, no es necesaria, y por lo tanto no proporcional, "si su finalidad puede ser alcanzada por otro medio por lo menos igualmente eficaz, y que a la vez no restrinja el derecho fundamental afectado o lo restrinja con una intensidad menor" (Borowski, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, ps. 129-130). Luego, al analizar la estructura de los derechos fundamentales de prestación y la prohibición de protección deficiente, Borowski confirma que el principio de proporcionalidad se aplica para analizar la legitimidad de medios que tengan el efecto de restringir un derecho fundamental de prestación (ps. 162-166).

55 El art. 32 de la Convención Americana declara: "1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona *están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común*, en una sociedad democrática" (destacado agregado).

artículo 1 de la Constitución, sino que resulta más compatible con el objeto y fin de la Convención Americana. Estos son, de acuerdo con su Preámbulo:

> "... la consolidación de un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre, y la creación de condiciones *que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos"* (destacado agregado).

Ella constituye, además, la interpretación más consistente con la afirmación formulada por la Corte Interamericana, en el sentido de que "la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos"[56].

Cabe agregar, asimismo, que los Estados están impedidos de interpretar las disposiciones de la Convención Americana, el Protocolo de San Salvador o el PIDESC para restringir o menoscabar derechos humanos fundamentales u otros goces reconocidos o vigentes en un país, con el pretexto de que los instrumentos internacionales no los reconocen o los reconocen en menor grado que en la jurisdicción interna[57]. Les es vedado, asimismo, invocar las disposiciones de su derecho interno, incluyendo su Constitución, para justificar su no reconocimiento, o el reconocimiento en menor grado, de un derecho protegido por un instrumento internacional del cual son, como es el caso del Perú, Estado Parte[58].

Asimismo, la obligación que el Perú tiene de garantizar y adoptar medidas para desarrollar progresivamente el derecho a la seguridad social, hasta que éste sea plenamente efectivo, tiene que ser interpretada[59] de

56 "Caso del Tribunal Constitucional" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, Nº 71, Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 89); Caso "Godínez Cruz" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, Nº 5, Sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 174); y Caso "Velásquez Rodríguez" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, Nº 4, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 165). Véase también la reafirmación de eso en "Cinco Pensionistas", párr. 126.

57 El art. 29 de la Convención Americana, el art. 4 del Protocolo de San Salvador y el art. 5.2 del PIDESC.

58 El art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, Convención de Viena), que determina: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 46". El Perú ratificó la Convención de Viena el 14 de septiembre de 2000.

59 En este sentido, recordemos que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución declara: "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan en conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú". Véanse también el art. 55 de la Constitución: "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional". Además, el art. 3

buena fe, y entendida esta obligación a la luz del sentido corriente de este término, y teniendo en cuenta el objeto y fin de los instrumentos internacionales que la establecen y reconocen[60].

V. 2. La opinión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas

Para entender aun mejor el contenido de las obligaciones del Estado en relación al derecho a la seguridad social y al desarrollo progresivo de éste, es pertinente tomar en cuenta la opinión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (en adelante, Comité DESC) expresada en sus Observaciones Generales[61]. En su Observación General 3[62], el Comité DESC analizó la índole de las obligaciones de los Estados Partes conforme párrafo 1 del artículo 2 del PIDESC[63] y estableció las siguientes prescripciones:

de la Constitución afirma: "La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

60 El art. 31 de la Convención de Viena, que afirma: "Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin".

61 En sus Observaciones Generales, el Comité DESC dilucida su entendimiento en cuanto a los derechos y obligaciones establecidos en el PIDESC y su percepción de las dificultades que enfrentan los Estados al intentar aplicarlos.

62 Véase *www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CESCR+Observacion+general+3.Sp?Open Document.*

63 "... [párrafo] 9. La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del art. 2 es la de adoptar medidas 'para lograr progresivamente (...) la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]'. La expresión 'progresiva efectividad' se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. *El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que [se logra] la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo.* Por una parte, se requiere 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 otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Parte con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Éste impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas 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 del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.* 10. Sobre la base de la extensa experiencia adquirida por el Comité, así como por el organismo que lo precedió durante un período de más de un decenio, al examinar los informes de los Estados Parte, *el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos.* Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. *Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser.* Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del art. 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias 'hasta el máximo de los recursos de que disponga'. Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas. 11. *El Comité desea poner de relieve, empero, que, aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes*" (destacado agregado).

1. Cada Estado Parte del PIDESC tiene una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles esenciales de cada uno de los derechos;

2. Aun si el Estado consigue asegurar estos niveles esenciales, todavía tiene la obligación de tomar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos;

3. Esta obligación puede ser descompuesta en dos sentidos: el deber estatal de tomar medidas en aras de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos, y su deber correlativo de alcanzar de hecho esa plena efectividad;

4. La no satisfacción de los niveles esenciales de los derechos es, *prima facie*, una violación de las obligaciones del Estado Parte. En tal situación, el Estado está obligado a probar que "ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer" como prioridad, las obligaciones mínimas;

5. Cada retroceso en el grado de protección de los derechos protegidos (aunque tales retrocesos no representen en sí mismos un descenso estricto del nivel esencial de protección) constituye también, *prima facie*, una violación del PIDESC, porque representa una violación de la obligación de desarrollo progresivo establecida por este último. Le cabe al Estado en este caso también la obligación de justificar el retroceso (o restricción o limitación). Ello sólo podrá hacerse si:

a. Ésta es conforme con lo dispuesto en los instrumentos internacionales con respecto a las restricciones o limitaciones; y

b. Cuando la situación económica del Estado justifica reducir el grado de protección ya obtenido, considerando los recursos disponibles y la manera como el Estado los aprovecha.

6. No obstante lo anterior, aun cuando resultara justificable un retroceso, sea en el cumplimiento de sus obligaciones mínimas o respecto del desarrollo progresivo del derecho hasta su plena efectividad, el Estado todavía tiene la obligación de asegurar "el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes";

7. De acuerdo con la obligación de desarrollo progresivo de los derechos hasta su plena efectividad, una vez superada la situación que hizo necesario el retroceso, el Estado está obligado a reanudar el incremento del grado de protección, más allá de los niveles esenciales y hasta la plena efectividad del derecho.

Lo expuesto coincide con las afirmaciones autorizadas de expertos en derecho internacional, expresadas en las Directrices de Maastricht sobre las Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Directrices de Maastricht[64]); los Principios de Limburgo sobre la

[64] Véanse, por ejemplo, párr. 9: "Un Estado incurre en una violación del Pacto cuando no cumple lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denomina una obligación mínima esencial de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos (...) Por ejemplo, incurre *prima facie* en una violación del Pacto un Estado Parte en el cual un número significativo de personas se ven privados de alimentos esenciales, atención básica de salud, habitación y vivienda mínima o las formas más básicas de enseñanza". Estas obligaciones mínimas esenciales son aplicables independiente de la disponibilidad de recursos en el país de que se trate o cualquier otro factor o dificultad"; y párr. 13: "Un Estado que afirma que no puede cumplir con su obligación por motivos ajenos a su control, tiene la responsabilidad de comprobar que esto es el caso. Por ejemplo, el cierre temporal de una institución de enseñanza debido a un terremoto constituiría una circunstancia ajena al control del Estado, mientras que la eliminación de un régimen de seguridad social sin contar con un programa de sustitución adecuado, demostraría la falta de voluntad política, de parte del Estado, de cumplir con sus obligaciones". Las Directrices de Maastricht también dna ejemplos de cómo un Estado puede violar sus obligaciones según el PIDESC. En el párr. 14, se expone: "Las acciones directas de los Estados o de otras entidades no reguladas adecuadamente por el Estado pueden resultar en violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales. A continuación se mencionan algunos ejemplos de dichas violaciones: a. La anulación o suspensión de cualquier legislación que sea necesaria para seguir ejerciendo un derecho económico, social y cultural que esté vigente en ese momento; b. La denegación activa de estos derechos a determinados individuos o grupos mediante cualquier forma de discriminación legislada o impuesta; (...) d. La aprobación de cualquier legislación o política que sea claramente incompatible con las obligaciones legales preexistentes relativas a estos derechos, salvo cuando esto se hace con el propósito y efecto de aumentar la igualdad y mejorar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos más vulnerables; e. La adopción de cualquier medida que sea intencionalmente regresiva y que reduzca el nivel de protección de cualquiera de estos derechos; f. La obstaculización o interrupción intencional de la realización progresiva de un derecho previsto en el Pacto, salvo cuando el Estado actúa dentro de los parámetros de una limitación estipulada en el Pacto o debido a la falta de recursos disponibles o fuerza mayor...".

Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Principios de Limburgo[65]); y la Declaración de Quito acerca de la Exigibilidad y Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) en América Latina y el Caribe (en adelante, Declaración de Quito[66]).

VI. Las leyes 28.389 y 28.449: violatorias del derecho nacional e internacional

VI. 1. La violación del artículo 9 del Protocolo de San Salvador

Como se ha acotado *supra*, el Protocolo de San Salvador reconoce el derecho a la seguridad social en su artículo 9. Declara, además, que "en caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes".

El texto del artículo 9, por lo tanto, requiere que cuando fallezca el beneficiario, todas las prestaciones que éste tenía derecho a recibir en materia de seguridad social sean transferidas a sus dependientes. El texto no contiene ninguna disposición que permita la reducción de estas prestaciones.

No obstante, de acuerdo con las nuevas reglas en la ley 28.449, solamente les corresponden a los/as viudos/as cincuenta por ciento (50%[67]) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante[68]. A los huérfanos, solamente les corresponde un má-

[65] Véanse, por ejemplo, párr. 27: "Al determinar la adecuación de las medidas adoptadas para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto, se tendrá en cuenta el acceso y uso equitativos y eficaces de los recursos disponibles"; y párr. 49: "Las leyes que limitan el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales no serán arbitrarias, irrazonables o discriminatorias".

[66] Véanse, por ejemplo, párr. 29.d: "[El Estado tiene la] obligación de progresividad y su correlativa prohibición de regresividad: el Estado tiene el deber de encaminarse hacia la plena efectividad de los derechos, por lo que viola la idea de progresividad su inacción, su irrazonable demora y/o la adopción de medidas que impliquen el retroceso de tales derechos. Es prohibido al Estado la implementación de políticas regresivas, entendiendo por tales aquellas que tengan por objeto o como efecto la disminución del estado de goce de los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido: d. 1. Las normas reglamentarias aparentemente regresivas conllevan una presunción de invalidez que obliga al Estado a justificarlas plenamente bajo condiciones de escrutinio estricto. d. 2. La progresividad implica que los Estados fijen de manera inmediata estrategias y metas para lograr la vigencia plena de los DESC, con un sistema verificable de indicadores que permitan una supervisión desde los sectores sociales. La progresividad implica la aplicación inmediata de los contenidos mínimos de los DESC para garantizar una vida digna y unas condiciones mínimas de subsistencia".

[67] Sin embargo, si la pensión o cesantía no supere la remuneración mínima vital, la viuda tendrá el derecho de recibir cien por ciento de la pensión o cesantía; véase el art. 7 de la ley 28.449 (que sustituye el texto del art. 32.a del Decreto ley 20.530).

[68] El art. 7 de la ley 28.449 (que sustituye el texto del art. 32 del Decreto ley 20.530).

ximo de cuarenta por ciento (40%) del monto de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera podido percibir su madre o padre[69].

Por lo tanto, estas disposiciones violan el artículo 9 del Protocolo de San Salvador, por determinar que les corresponde a los sobrevivientes del beneficiario menos del 100% de las prestaciones a las que éste tenía derecho.

VI. 2. La violación del derecho a la propiedad privada

Las leyes violan el derecho de propiedad de los pensionistas, garantizados tanto por el artículo 70 de la Constitución como por el artículo 21 de la Convención Americana. Como se ha visto previamente, el artículo 3 de la ley 28.389 determina que no se podrá prever, en las nuevas reglas pensionarias, la nivelación de las pensiones con las remuneraciones. El artículo 4 la ley 28.449 prohíbe, por su parte, la nivelación de las pensiones. A través de estas leyes, el Estado ha quitado a los pensionistas el derecho a una pensión nivelada que, al momento de cumplir con los requisitos del sistema de pensiones del Decreto ley 20.530, habían incorporado en su patrimonio.

En el fundamento 97 de la Sentencia, el TC señaló que si bien la pensión es parte del patrimonio del titular, no es parte de su propiedad porque, entre otras cosas, "no puede ser objeto, por ejemplo, de determinados actos de libre disposición (compra-venta, permuta, donación, entre otros), ni es susceptible, como es evidente, de expropiación".

Al pronunciarse de este modo, el TC pareció ignorar que el artículo 886 del vigente Código Civil peruano define los bienes "muebles" de la siguiente manera:

> "Son muebles: 1) Los vehículos terrestres de cualquier clase. 2) Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación. 3) Las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal. 4) Los materiales de construcción o procedentes de una demolición si no están unidos al suelo. 5) Los títulos valores de cualquier clase o los instrumentos donde conste la adquisición de créditos o de derechos personales. 6) Los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares. 7) *Las rentas o pensiones de cualquier clase*. 8) Las acciones o participaciones que cada socio tenga en sociedades o asociaciones, aunque a éstas pertenezcan bienes inmuebles. 9) Los demás bienes que puedan llevarse de un lugar a otro. 10) Los demás bienes no comprendidos en el artículo 885" (destacado agregado).

Y, como el jurista Enrique Bernales Ballesteros advierte: "Como se sabe en el régimen jurídico peruano la propiedad se constituye sobre bienes inmuebles o muebles, adquiridos por las vías legales establecidas"[70].

Siendo así, es difícil entender el razonamiento del TC respecto de que las pensiones no son parte de la propiedad de sus titulares.

Asimismo, al declarar que las pensiones no son amparadas por el derecho de propiedad, el TC contradice directamente a la Corte Interamericana. Como se ha visto, en el caso "Cinco pensionistas", la Corte Interamericana determinó que cuando los pensionistas cumplieron con los requisitos del Decreto ley 20.530, éstos adquirieron un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión[71].

Si antes de la reforma constitucional constituía una violación del artículo 21 de la Convención Americana reducir el valor de las pensiones de los que ya habían adquirido el derecho a estas pensiones en conformidad con el Decreto ley 20.530, tendría también que ser una violación del mismo artículo 21 la eliminación del derecho a la nivelación de éstas o el establecimiento de topes a las mismas a través de leyes (lo que también tiene el efecto de reducir el valor de las pensiones).

El argumento esgrimido por el TC respecto del alcance de esta reforma de la Constitución para justificar la expropiación producida no protege al Estado de haber incurrido en responsabilidad internacional por la violación del artículo 21 de la Convención Americana[72]. Como afirmó la Corte Interamericana en el caso "Cinco pensionistas", cualquier limitación prevista sobre el derecho a la propiedad tendría que haber sido realizada de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 21 de la Convención Americana[73].

En el artículo 21.1 y 2 de la Convención Americana, se lee que

> "1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
> 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, *excepto mediante el pago*

69 El art. 7 de la ley 28.449, modificado por el TC (que sustituye el texto del art. 35 del Decreto ley 20.530).

70 Bernales Ballesteros, Enrique, *La pretendida constitucionalización de los hechos cumplidos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, p. 12.

71 "Cinco pensionistas", párr. 102.

72 Como se ha notado *supra*, el art. 27 de la Convención de Viena declara que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". Además, la Corte Interamericana ha determinado que "la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado". "Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de leyes Violatorias de la Convención", Opinión Consultiva 14/94 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 9 de diciembre de 1994, párr. 50; en adelante, OC-14/94).

73 "Cinco pensionistas", párr. 116.

de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley" (destacado agregado).

El principio contenido en la Convención Americana es muy similar al precepto del artículo 70 de la Constitución peruana, que afirma:

"El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. *A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.* Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio" (destacado agregado).

Entonces, aun si fuera necesario para el Estado, actuando en favor del bien común o del interés social, reducir el valor de las pensiones de los cesantes y jubilados (privándolos de su propiedad), de acuerdo con el artículo 21.2 de la Convención Americana y el artículo 70 de la Constitución, los pensionistas tendrían un derecho a recibir una justa indemnización por esta expropiación.

El aval de tal expropiación sin requerir previamente que el Estado pague una indemnización justa a quienes son directamente agraviados por la medida, como lo ha hecho el TC, implica una autorización y, aun peor, una legitimización de la confiscación arbitraria de la propiedad ajena; violándose con ello la Convención Americana y la Constitución.

VII. Las leyes 28.389 y 28.449: una limitación o restricción ilegítima al derecho a la seguridad social y a su desarrollo progresivo

VII. 1. El derecho a la seguridad social y al desarrollo progresivo: derechos de titularidad individual

Es importante entender que el derecho a la seguridad social y al desarrollo progresivo de éste, igual que los demás derechos humanos, son derechos que adhieren, en el sentido de inherencia, al individuo. En este apartado, fundamentamos por qué ambos derechos son de titularidad individual, para después criticar los análisis de la Corte Interamericana en "Cinco pensionistas" y el TC en la Sentencia, los cuales dejan de apreciar este aspecto crucial. Luego, abordamos las razones porque las leyes restringen o limitan ilegalmente ambos derechos.

El artículo 10 de la Constitución peruana reconoce el derecho universal y progresivo de "toda persona" a la seguridad social[74]. En el ámbito internacional, el Perú se ha comprometido a garantizar el libre y pleno ejercicio de todos los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana a "toda persona" (es decir, todo ser humano) que esté sujeta a su jurisdicción. Al ratificar el Protocolo de San Salvador, el Perú ha reconocido el derecho a la seguridad social y al desarrollo progresivo de éste (arts. 1 y 9) como derechos de "toda persona". Los artículos 1 y 9 del PIDESC, al reconocer los mismos derechos, hacen referencia, otra vez, a la expresión "toda persona" para sindicar a los titulares de los mismos.

Eso significa que, como señala la Declaración de Quito (acerca de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC), el derecho a la seguridad social y al desarrollo progresivo de este derecho constituyen, como los demás DESC, derechos plenamente exigibles por los individuos (aunque también puedan ser exigidos por colectivos sociales)[75].

VII. 1. A. El fallo de la Corte Interamericana en "Cinco pensionistas" con respecto a la alegación de la violación del artículo 26 de la Convención Americana

Como el derecho a la seguridad social y al desarrollo progresivo de éste son derechos que adhieren al individuo, y son exigibles por el individuo, es preocupante el aspecto del fallo de la Corte Interamericana en el caso "Cinco pensionistas" en relación a la alegación de la CIDH que el Estado había violado el artículo 26 de la Convención Americana en perjuicio de los cinco pensionistas.

La respuesta de la Corte Interamericana a esta alegación fue[76]:

74 Véase también la conclusión de Borowski: "Los derechos fundamentales prestacionales son derechos subjetivos en todo su ámbito de protección. A favor de esta conclusión también habla el hecho de que los derechos fundamentales apuntan a proteger al individuo" (*La estructura de los derechos fundamentales*, cit., ps. 151-152).

75 Asimismo, el art. 11 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece la obligación de los Estados Parte para adoptar "todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra *la mujer* en la esfera del empleo a fin de asegurar *a la mujer*, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: (...)

e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas..." (destacado agregado).

Cabe agregar también que el art. 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño declara:

"1. Los Estados Parte reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.

2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la *situación del niño* y de las personas que sean responsables del mantenimiento *del niño*, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha *por el niño* o en su nombre" (destacado agregado).

76 "Cinco pensionistas", párr. 147.

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

Razonando así, la Corte Interamericana se negó a pronunciarse sobre la violación o no del principio del desarrollo progresivo del derecho a la seguridad social, y, con ello, de la violación o no del artículo 26 de la Convención Americana en el caso que había sido sometido a su jurisdicción.

Es importante resaltar, en este aspecto, que actualmente se ventila ante la CIDH un amplio número de peticiones, promovidas en representación de algunos miles de pensionistas peruanos. Todas estas peticiones son relativas al incumplimiento de sentencias judiciales que ordenaron restituir el derecho a la nivelación de las pensiones de éstos. Estas peticiones demuestran al menos dos cosas:

1. Los cinco pensionistas eran claramente representativos de una clase amplia de personas que comparten un mismo tipo de agravio a sus derechos humanos; y

2. Las violaciones padecidas por éstos, en vez de reflejar una situación excepcional, aludían a un mismo patrón sistemático de conductas contrarias al derecho a la seguridad social y al deber de progresividad en su realización, que es inherente a todos los DESC.

Además, si esta jurisprudencia de la Corte Interamericana (aunque sea solamente *obiter dicta*) fuera aceptada y aplicada en el futuro (como parece que lo fue por el TC), ella representaría un retroceso en la protección de los DESC en la región. No existe ninguna disposición de los instrumentos internacionales que reconocen y protegen los DESC que determine que una violación de éstos (incluyendo el derecho al desarrollo progresivo de los DESC) solamente será justiciable únicamente en los casos en que se pueda probar que un colectivo "representativo" ha padecido tal violación.

En este sentido, hay que recordar el artículo 44 de la Convención Americana, que determina:

"*Cualquier persona* o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte" (destacado agregado).

Así las cosas, de acuerdo con la Convención Americana, cuando se presente un caso a la Corte Interamericana, alegando la violación del desarrollo progresivo de un DESC, corresponderá a la Corte determinar si hubo tal violación o no en perjuicio del peticionario o peticionarios, no

con respecto a un grupo de personas no representado en la petición o a una sociedad en general. Tal fue el enfoque correcto de la CIDH, al considerar en su Informe de Fondo sobre el caso el "derecho al desarrollo progresivo del derecho a la seguridad social de los señores Torres Benvenuto, Mujica Ruiz-Huidobro, Álvarez Fernández, Bartra Vázquez y Gamarra Ferreyra"[77], y al determinar que el Decreto ley 25.792 –dictado para impedir el ejercicio de su derecho a la nivelación de sus pensiones de vejez– "constituyó un retroceso no justificado respecto al grado de desarrollo del derecho a la seguridad social que habían alcanzado los señores Torres Benvenuto, Mujica Ruiz-Huidobro, Álvarez Fernández, Bartra Vázquez y Gamarra Ferreyra conforme al Decreto ley 20.530"[78].

Adoptar el razonamiento de la Corte Interamericana, y no el enfoque de la CIDH, sería, efectivamente, negar o limitar la capacidad de "cualquier persona" para presentar una petición alegando una violación de cualquiera de los derechos reconocidos en la Convención Americana. Si no es necesario pertenecer a un grupo representativo para que la Corte Interamericana determine si hubo o no una violación de un derecho civil y político, ¿por qué lo es necesario en el caso de una alegación de una violación del derecho al desarrollo progresivo de los DESC?

Fallar de esta manera es incorporar otro criterio o requisito en la Convención Americana que no se encuentra en sus disposiciones. Además, hacer que sea más difícil probar una violación del desarrollo progresivo de un DESC que un derecho civil y político[79] reduce la protección de los DESC y atenta contra el principio que todos los derechos humanos son iguales y igualmente exigibles[80]. Finalmente, es una interpretación que,

[77] Informe de Fondo, párr. 94.

[78] Informe de Fondo, párr. 95.

[79] Llevando lo que afirmó la Corte Interamericana en el párr. 147 de "Cinco pensionistas" a su conclusión lógica, para establecer la violación del derecho al desarrollo progresivo de un DESC, el peticionario tendría que pertenecer a "un grupo representativo", mientras que para establecer la violación de un derecho civil o político, sólo le cabría al peticionario o a la CIDH demostrar que el peticionario mismo padeció tal violación.

[80] En este contexto, es importante resaltar el voto concurrente del juez Sergio García Ramírez en "Cinco pensionistas", en el cual se afirmó: "*Habrá ocasión, pues, de subrayar de nueva cuenta la jerarquía de esos derechos* [los derechos económicos, sociales y culturales que contempla el art. 26 de la Convención Americana y recoge el Protocolo] *que no tienen menor rango que los civiles y políticos.* En rigor, ambas categorías se complementan mutuamente y constituyen, en su conjunto, el 'estatuto básico' del ser humano en la hora actual. El Estado, comprometido a observar sin condición ni demora los derechos civiles y políticos, debe aplicar el mayor esfuerzo a la pronta y completa efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, disponiendo para ello de los recursos a su alcance y evitando retrocesos que mermarían ese 'estatuto básico'.

Este caso no ha permitido avanzar en tan relevante tema, por las razones aducidas al final del capítulo IX de la Sentencia. Empero, en ésta figuran algunas consideraciones, formuladas brevemente, que conviene destacar. Una de ellas es la manifestación explíci-

por hacer más difícil su protección, tiende a vaciar el contenido de la obligación de desarrollo progresivo de los derechos hasta su plena efectividad. Así, tal interpretación es equivocada[81].

VII. 1. B. La Sentencia del TC

En su consideración de la constitucionalidad de las leyes, el TC se equivocó de la misma manera que la Corte Interamericana cuando analizó la violación del derecho a la seguridad social y al desarrollo progresivo del mismo desde la perspectiva de los pensionistas en general, y no desde la perspectiva individual de los pensionistas que padecieron esta violación.

Para el TC:

> "Debe tenerse presente, por otro lado, que se trata de un principio [el de progresividad] netamente objetivo y no subjetivo, *motivo por el cual la reforma cuestionada, que impacta sobre un grupo de pensionistas no representativos cuantitativamente en materia de seguridad social, no es inconstitucional per se.* Si la reducción objetiva y proporcional de las pensiones de la minoría se ha previsto en línea de equidad con el propio derecho a una pensión de acuerdo *con el principio de dignidad humana de la mayoría, el principio de progresividad no estará afectado* (...)
>
> Por ello, no se vulnera tal principio cuando se busca la justicia e igualdad entre los pensionistas al amparo de una idea democrática de justicia común. *No se puede beneficiar a un grupo minoritario de pensionistas en detrimento de la mayoría de ellos*[82].
>
> *Indudablemente, tal opción [la erradicación del derecho a la nivelación] implica una regresión en el caso de los titulares más beneficiados (los menos), pero en modo alguno podría considerarse que el principio de progresividad se encuentre comprometido, pues significa un avance para los más perjudicados (la mayoría)*"[83].

En estos párrafos, el TC afirma que no se viola el principio de progresividad cuando los derechos de la minoría a la seguridad social son reducidos, si se puede probar que esta reducción favorece a la mayoría. Hay dos problemas con este análisis.

Primero, implica que la perspectiva desde la cual se debe considerar si existe una violación o no del derecho a la seguridad social y del desarrollo progresivo es la de la mayoría, y no la del individuo. No obstante, como se ha sostenido previamente, esta interpretación es inconsistente con la ley peruana e internacional, las cuales determinan que el derecho a la seguridad social y al desarrollo progresivo de éste –al margen de su concurrente expresión colectiva– son derechos con titularidad individual.

Segundo, aunque una modificación del régimen de pensiones regulado por el Decreto ley 20.530 pudiera ser considerada necesaria por otros motivos, en ningún caso la violación del derecho de un grupo de sus beneficiarios sería justificable sólo porque la violación supuestamente "significa un avance para los más perjudicados (la mayoría)". Por el contrario, el Estado sólo está autorizado a justificar una reducción del nivel de desarrollo logrado respecto a la realización del derecho indicado con acuerdo a lo dispuesto en los instrumentos internacionales de derechos humanos respecto de las restricciones o limitaciones autorizadas sobre los mismos.

A continuación, analizaremos lo que el TC debería haber hecho si hubiera actuado más cuidadosamente; esto es, apreciando si las leyes constituyeron restricciones legítimas, de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos. Es oportuno recordar que, según la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, el TC estaba obligado a interpretar el derecho a la seguridad social –reconocido en artículo 10 de la Constitución– en conformidad con los tratados ratificados por el Perú.

VII. 2. Las leyes 28.389 y 28.449: ¿restricciones legítimas?

Es incuestionable que, al aprobar las leyes, el Estado limitó el goce y ejercicio del derecho a la seguridad social de los pensionistas del Decreto ley 20.530 (por anular el derecho a la nivelación y por establecer topes). Además, como reconoce el TC (pero sólo en relación a los "titulares más beneficiados"), las leyes implicaron un retroceso en el grado de protección que éstos tenían, y por tanto operaron contra el principio de desarrollo progresivo de los derechos que tenían adquiridos.

Súmese a lo anterior, también, que las leyes discriminan (algo que es, *prima facie*, prohibido[84]) entre los pensionistas del Decreto ley 20.530, al otorgar mayores beneficios a los que reciben las pensiones más bajas, sin

ta hecha por la Corte de que *'los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva'. Entiendo que esa dimensión individual se traduce en una titularidad asimismo individual: de interés jurídico y de un derecho correspondiente, que pudieran ser compartidos, por supuesto, con otros miembros de una población o de un sector de éste (...)*

La existencia de una dimensión individual de los derechos sustenta la denominada 'justiciabilidad' de aquellos, que ha avanzado en el plano nacional y tiene un amplio horizonte en el internacional" (destacado agregado).

[81] Se recuerda, como citado *supra*, en el párr. 9 de la Observación General 3, al analizar el concepto de progresiva efectividad, el Comité DESC señaló que "el hecho de que [se logra] la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo". Por analogía, son equivocadas todas las interpretaciones que tiendan a privar o priven la obligación de desarrollo progresivo hasta la plena efectividad de su contenido significativo.

[82] La Sentencia, Fundamento 49.

[83] La Sentencia, Fundamento 64.

[84] El art. 2.2 de la Constitución, el art. 1 de la Convención Americana, el art. 3 del Protocolo de San Salvador, y el art. 2.2 del PIDESC prohíben la discriminación por, entre otras cosas, posición económica o cualquier otra índole o condición social.

un aumento correspondiente para los otros, y al establecer topes a las pensiones que exceden de dos UIT.

Conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es al Estado a quien corresponde la carga de la prueba para justificar toda limitación o retroceso que afecte a los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción[85]. Consideraremos a continuación, una a una, las condiciones establecidas, tanto en el Protocolo de San Salvador y el PIDESC como en la jurisprudencia y opinión experta internacional[86], que deben cumplirse para que una limitación o retroceso en este campo sea justificable. Criticamos, además, las justificaciones de la reforma ofrecidas por el Estado y aceptadas por el TC.

VII. 2. A. Promulgación de las leyes

¿Fueron las leyes promulgadas con el objeto de preservar[87] el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradiga el propósito y razón del derecho a la seguridad social, o que no sea incompatible con la naturaleza de éste?

El bienestar general

"El bienestar general" es un término muy parecido al de "bien común", utilizado en el artículo 32 de la Convención Americana y analizado por la Corte Interamericana en su OC-5/85[88]. Es razonable por ello, y

[85] Por ejemplo, véanse párrs. 9 y 10 de la Observación General 3 del Comité DESC; párr. 13 de las Directrices de Maastricht; y el párr. 29.d.1 de la Declaración de Quito.

[86] Descriptas en la Parte V *supra*.

[87] Se advierte que las palabras "el objeto de preservar el bienestar general" son del art. 5 del Protocolo de San Salvador. El art. 4 del PIDESC utiliza términos un poco distintos, en la medida que determina que una limitación sólo es legítima "en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y *con el exclusivo objeto de promover el bienestar general*" (destacado agregado).

[88] En los párrs. 66-67 de la OC-5/85. la Corte declara: "66. Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. *En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana (...)*

67. No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de 'orden público' y 'bien común', ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. *A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el 'orden público' o el 'bien común' como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para*

por los propios términos de las disposiciones que versan sobre las restricciones legítimas y el artículo 32 de la Convención Americana, sostener que para que una medida sea considerada como algo que preserva o promueve el bienestar general, se tiene que tratar de una medida que "fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas, y preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona", como sustentó la Corte Interamericana. Por otro lado, hay que tener en cuenta que los Estados están prohibidos de invocar el "bienestar general" para desnaturalizar o privar de contenido real a un derecho garantizado por la Convención Americana u otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

El Estado argumentó que las leyes sí han constituido medidas para promover el bienestar general; y lo hizo delante el TC (que lo aceptó[89]), afirmando que la reforma[90]:

> "... responde a razones de equidad social y sostenibilidad financiera, dada la necesidad de subsistencia del régimen, *así como la mejora de la situación de la mayor parte de los pensionistas* del Decreto ley 20.530 y, fundamentalmente, *de todo el sistema pensionario* como parte integrante de la seguridad social" (destacado agregado).

Hay que analizar bien esta afirmación. De acuerdo con la Cuarta Disposición Transitoria de la ley 28.449, los pensionistas que reciben menos de S/. 800 verán sus pensiones incrementadas[91]. Aunque es evidente que

desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a de la Convención). *Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las 'justas exigencias' de 'una sociedad democrática' que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención*" (destacado agregados).

[89] La Sentencia, fundamento 114, en el cual el TC afirma que "la intervención del legislador ha sido objetiva, razonable y proporcional, puesto que con tal reforma se consiguió un fin constitucionalmente legítimo, urgente, necesario y posible, cual es otorgar la pensión de manera equitativa entre las personas".

[90] La Sentencia, B. Contestaciones de demanda, Respecto al Expediente 0050-2004-AI/TC.

[91] No obstante, es importante notar el fundamento 159 de la Sentencia, en el cual el TC afirma: "Por su parte, el cuarto párrafo de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, al regular el ahorro presupuestal, señala que aquel será destinado a incrementar las pensiones más bajas. *Si bien esta última disposición no puede ser interpretada en el sentido de que la totalidad de dicho ahorro se destine específicamente a elevar las pensiones (aunque sí su parte más significativa),* en la medida que la razón fundamental de la reforma constitucional consiste en optimizar el derecho a la pensión, lo que sí resulta imperativo es que la totalidad de dichos fondos se destine a mejorar el sistema de seguridad social, lo cual implica, entre otros muchos aspectos, gastos en infraestructura y logística de salud, compra de más y mejores medicamentos, capacitación del personal de

esto sí representa una mejora en el grado de protección que estos pensionistas tienen actualmente, la Sentencia no menciona si el Estado suministró estadísticas para indicar cuántos pensionistas que reciben menos de S/. 800 verían sus pensiones incrementarse. A pesar de ello, el TC tomó como válido el argumento.

Sin embargo, si tal categoría de personas no representaba la mayoría sobre el total de pensionistas adscriPtos al régimen de pensiones del Decreto ley 20.530, es imposible aseverar que la reforma mejora la situación de "la mayor parte de los pensionistas". Además, sin la prueba de esta constatación, es sorprendente que el TC la aceptara tan ligeramente, principalmente cuando –según el Comité DESC– las medidas intencionalmente regresivas tenían que ser consideradas muy cuidadosamente para asegurar que no violasen las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos[92].

Además, como se ha visto, la reforma ha cambiado el criterio que se aplica para determinar los reajustes de las pensiones. Así, en vez de efectuarse los reajustes del monto de las pensiones de acuerdo con la aplicación del principio de nivelación, éstos se sujetarán a las siguientes reglas:

1. Para los pensionistas con 65 años de edad o más, los reajustes se aplicarán anualmente en conformidad con la propuesta que formule el Ministerio de Economía y Finanzas, "teniendo en cuenta las variaciones en el costo de vida anual y la capacidad financiera del Estado"; y

2. Para los pensionistas menores de 65 años de edad, tales reajustes se producirán "periódicamente", en conformidad de "las previsiones presupuestales y las posibilidades de la economía nacional"[93].

Esto significa que, en vez de poder contar con un reajuste determinado por la nivelación (un criterio objetivo), los pensionistas del régimen del Decreto ley 20.530 quedan a la merced (principalmente los pensionistas menores de 65 años de edad[94]) de la voluntad del Estado, que ya ha demostrado estar dispuesto a quitarles sus derechos adquiridos. Con criterios como los de "la capacidad financiera del Estado" o "las posibilidades de la economía nacional" (tan amplios, vagos y subjetivos), será muy fácil para el Estado negar a los pensionistas el más mínimo aumento[95]. En otras palabras, la reajustabilidad del valor adquisitivo de sus pensiones –y con ello su capacidad de conservar su nivel de vida– quedará sujeto a criterios muy susceptibles de ser usados de manera abusiva.

Por otra parte, aunque los que recibían menos de S/. 800 ahora van a recibir más, de acuerdo con las nuevas reglas todos los pensionistas del régimen de pensiones del Decreto ley 20.530 se encuentran más desprotegidos que antes. En vez de contar con la garantía de obtener incrementos periódicos a través de la nivelación automática de sus pensiones, dichos pensionistas tienen ahora sólo la mera posibilidad de verse beneficiados con reajustes positivos, con la condición de que tales reajustes sean "posibles" en el contexto de la capacidad financiera del Estado. Y se supone que tal capacidad será determinada al criterio del mismo Estado, en conformidad con los intereses políticos reinantes a la hora de hacer el reajuste.

En conclusión, aunque la reforma pudiera significar un avance para los pensionistas que recibían menos de S/. 800, en todos los otros sentidos significa un retroceso generalizado para todos los pensionistas del reformado régimen del Decreto ley 20.530 en comparación con el régimen anterior.

La "inequidad" del Decreto ley 20.530

En su contestación a las demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra la reforma constitucional, el Estado argumentó, entre otras cosas:

1. que la reforma responde a razones de equidad social; y

2. que con la reforma se alcanzaría el objetivo principal del sistema pensionario: esto es, que todos tengan acceso a una pensión y que ésta ascienda a un monto razonable.

El TC aceptó estos argumentos. Para ello, sostuvo que el sistema anterior a la reforma benefició "a un grupo minoritario de pensionistas en detrimento de la mayoría de ellos"[96]. Eso, porque –como afirmó el Esta-

salud y mejora de sus honorarios, etc.". Por lo tanto, este fundamento pone dudas en cuanto a que el ahorro beneficiará a las pensiones más bajas.

92 Párr. 9 de la Observación General 3 del Comité DESC.

93 La ley 28.449, art. 4.a y b.

94 Se nota que en el fundamento 141 de la Sentencia, el TC considera que este problema no es tan importante, y resuelve: "Por ello, que la sostenibilidad financiera del Estado sea un criterio que debe ser considerado al momento de realizar el reajuste periódico de las pensiones de las personas menores de sesenticinco años, no significa que tal criterio pueda impedir que el reajuste tenga lugar. *Se trata tan sólo de un factor que condiciona el quantum del reajuste pero no la obligatoriedad de su realización periódica*, la cual no podrá extenderse por intervalos de tiempo irrazonable, máxime si la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución ordena que el ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de las nuevas reglas pensionarias sea destinado a incrementar las pensiones más bajas". Pero, eso no resuelve el problema ya resaltado, que es que la reforma establece un criterio mucho más inseguro al respeto de cuando se hará el reajuste, y al respeto del *quantum* del reajuste, que existía en el régimen antes de la reforma.

95 Se reconoce que el criterio de "las posibilidades de la economía nacional" no es una innovación. Se encuentra lo mismo en la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución citada *supra*: ("El Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra, con arreglo a las previsiones presupuestarias que éste destine para tales efectos, y *a las posibilidades de la economía nacional*"). Pero, antes de la reforma el derecho a la nivelación se encontraba protegido por la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Por eso, el criterio de "las posibilidades de la economía nacional" no podía suprimir o diminuir el derecho a la nivelación, y había que interpretarlo sujeto al requisitos del Decreto ley 20.530, incluyendo el derecho a una pensión nivelada.

96 La Sentencia, fundamento 49.

do– "la pensión más alta del régimen del Decreto ley 20.530 es veintiséis veces mayor que la más baja a (...) obviamente, la ausencia de equidad al interior del régimen es manifiesta"[97]. Con las nuevas reglas, las pensiones más altas "sólo serán siete veces mayores"[98] que las pensiones más bajas. Además, el TC sostuvo que "la aplicación inmediata de normas también es trascendente para que las desigualdades que atentan directamente contra la equidad pensionaria puedan ser revertidas"[99].

No se ve, sin embargo, cómo el nuevo diferencial (7 versus 26) puede, objetivamente, considerarse más justo que el anterior; y tampoco por qué lo que es "justo" en el régimen de pensiones no lo es también en el de remuneraciones respecto del cual –efecto espejo– las primeras se nivelaban antes de la reforma.

Si el financiamiento del sistema anterior de la reforma del Decreto ley 20.530 hubiera sido financiado por completo por el Estado, o si todos los pensionistas hubieran contribuido en la misma proporción a los fondos de pensiones de sus respectivas entidades o reparticiones públicas, se podría sostener que sería injusto que algunos reciban más que otros. Pero no fue así.

Como se aprecia en la declaración[100] de Guillermo Álvarez Hernández a la Corte Interamericana en el caso "Cinco pensionistas", durante los treinta y seis años que trabajó en la SBS, aportó regular y sistemáticamente al fondo de pensiones de ésta. El porcentaje del salario que se aportaba a dicho fondo de pensiones variaba entre el 8%, el 12% y el 15% para los cargos más altos de la SBS. Es decir que no solamente los que ganaban más aportaban más en términos reales al fondo (siendo sus salarios mayores, aunque fuera el mismo porcentaje que otros pensionistas que contribuían al fondo, el monto contribuido fue mayor), sino que también los que ocuparon cargos altos aportaban con un porcentaje mayor de su salario (y entonces aportaron más en este sentido también).

No es injusto que reciba más la persona que aportó más, o contribuyó más, que la que contribuyó menos. Tomemos el ejemplo de una compañía que tiene dos socios, el primero de los cuales contribuyó con el 80% del capital (y entonces tiene 80% de las acciones), y el otro con el 20% del capital (y entonces cuenta con el 20% de las acciones). Es difícil afirmar que sería injusto que el primero reciba un porcentaje mayor (e incluso significativamente mayor) de las ganancias que el segundo. Usualmente, lo injusto es invertir más para recibir igual o menos que el que invirtió menos, no al contrario.

[97] La Sentencia, fundamento 60.

[98] La Sentencia, fundamento 93.

[99] La Sentencia, fundamento 93.

[100] "Cinco pensionistas", p. 18.

Es aún más injusto disminuir el retorno esperado de los que invirtieron más, cuando éstos hicieron esta inversión con la garantía (no solamente a través de una promesa o de un contrato, sino de disposiciones con rango de ley o disposiciones de rango constitucional) de que recibirían un retorno mayor.

La promoción de la igualdad

En el fundamento 68 de la Sentencia, el TC afirma que

> "No obstante, no se puede negar que es también un deber del Estado social y democrático de derecho promover en los colectivos sociales la igualdad individual entre sus miembros. Es que la Constitución no sólo reconoce a la igualdad en sentido formal, sino también material; motivo por el cual la reforma constitucional parte de reconocer que la igualdad material se identifica con asuntos pensionarios; es decir, con una justa distribución de los bienes sociales y materiales y, sobre todo, con la posibilidad de contar con las mismas oportunidades para conseguirlos. De ahí que sea una exigencia del Estado social y democrático de derecho corregir las desigualdades pensionarias hasta propiciar la igualdad objetiva y proporcional. *Por ello, es constitucionalmente legítimo que el Estado, a través de medidas de igualación positiva, propenda a la igualdad material entre las personas*" (destacado agregado).

No estamos en desacuerdo con los principios que expresa el TC en estos fundamentos, sino con la aplicación de los mismos. No se corrige, por ejemplo, la escasez de vivienda decente en el Perú quitándoles a los propietarios de mayores terrenos su tierra, sin compensación, para redistribuirlo de una forma más igualitaria. Tampoco se corrige la desigualdad que existe entre los ingresos de los más y menos beneficiados por medio de un impuesto retroactivo sobre las ganancias o ahorros de los mejores ubicados (que es, efectivamente, lo que hace la reforma constitucional)[101]. ¿Por qué entonces es justificado hacerlo en materia pensionista? Y si fuera justificado, ¿por qué no hacerlo en todos los demás órdenes?

Aun más, hay que descartar la justificación de la reforma según la cual el régimen sólo beneficiaba a un 3,5% de la totalidad de pensionistas el régimen del Decreto ley 20.530[102], y por lo tanto, debería ser modificado para que se pueda beneficiar a todos los pensionistas. Como dicta el artículo 12 de la Constitución, "los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles". Es decir que no se puede mezclar los fondos de re-

[101] O, como se dice en inglés, *two wrongs don't make a right* (no se corrige una injusticia haciendo otra injusticia).

[102] La Sentencia, B. Contestaciones de demanda, a. Respecto al Expediente 0050-2004-AI/TC: "Así, al cerrarse un régimen desfinanciado se garantiza el principio de universalidad y el principio de eficacia, previstos por la ley de reforma, dejando de beneficiarse sólo a un 3,5% de la totalidad de pensionistas".

gímenes *diferentes*, tomar recursos de un fondo para aumentar otro, o para aumentar el presupuesto nacional, cualquiera que fuera la motivación de esta pretensión. Siendo intangibles los fondos del régimen del Decreto ley 20.530, y siendo además un régimen independiente de los demás regímenes, no interesa si el régimen beneficiaba o no a un porcentaje grande o pequeño de la totalidad de los pensionistas existentes en el Estado. El mismo razonamiento se aplica a la afirmación del Estado acerca de que "la inequidad entre el régimen del Decreto ley 20.530 y otros regímenes pensionarios, e incluso al interior del primero, justifican la opción adoptada por la ley de reforma constitucional"[103].

El desprecio a los derechos adquiridos

La reforma atenta no solamente contra los derechos de los pensionistas, sino también contra la institución de la ley; es decir, el Estado de derecho. Así como las leyes violan el derecho a la propiedad, violan también los derechos adquiridos de los pensionistas del Decreto ley 20.530 a una pensión nivelada; y no se debería subestimar la gravedad de tal violación.

La importancia de respetar los derechos adquiridos es enfatizada en las páginas 283, 285 y 286 de la Enciclopedia Jurídica Omeba (t. VII, año 1979):

> "[283] ... según una teoría (...) la retroacción de la ley debe detenerse, para respetarlos, ante los 'derechos adquiridos', al amparo de la legislación anterior, *salvo las supremas exigencias del orden público* (...)
> [285] En el derecho interno, constituye una norma de gran importancia y reposa en un doble fundamento: *una idea de justicia, que protege al titular de un derecho adquirido*, de conformidad a una determinada norma, no pudiendo ser menospreciado el sacrificio impuesto por una actividad determinada y, en segundo lugar, una razón de paz social. *No podría existir una sociedad regularmente organizada, si las situaciones creadas de conformidad a determinadas normas, fueran a cada momento vulneradas o desconocidas*. Se trata de un elemento de defensa de la sociedad frente al legislador desaprensivo, oponiendo una valla a su [*sic*] facultadas de dictar leyes. Estas no deben ser retroactivas, salvo en los casos en que los bienes jurídicos o tutelares sobrepasen a aquellos que se vulneran (...)
> [286] El respeto de los derechos adquiridos, es un principio muy antiguo, pero cuya aplicación era más instintiva que científica. Los estatutarios mencionan esta concepción, pero sin atribuirle un sentido técnico, sino estableciendo que la solución contraria a la propuesta, *revela una total injusticia, puesto que sería despojar a una persona de un derecho sobre el cual contaba*" (destacados agregados).

[103] La Sentencia, B. Contestaciones de demanda, b. Respecto al Expediente 0051-2004-AI/TC.

Entonces, un concepto central de la justicia es la protección de los derechos adquiridos. No garantizar los derechos legalmente obtenidos, y dejar que se les quite a sus titulares sin compensación, es un abuso[104]. Además, el socavamiento de la seguridad jurídica, que es una consecuencia necesaria de la violación de derechos adquiridos, especialmente cuando se la hace sin compensar a los titulares, tiende a destruir la confianza en el Estado de derecho.

Una sociedad justa, en la cual impera el Estado de derecho, es aquella que garantiza los derechos adquiridos de los individuos que forman parte de ella. Es injusto, por ello, quitarles a los pensionistas el derecho que tenían adquirido a la nivelación, por el que habían hecho sacrificios, tanto para adquirirlo como para conservarlo; y, sobre todo, con el cual contaban para asegurar su nivel de vida, dignidad y decoro[105]. Parece aun

[104] Por otra parte, no se puede argumentar, como hace el TC en el fundamento 67 de la Sentencia, que los pensionistas están cometiendo un abuso cuando reclaman su derecho a una pensión nivelada: "... cuando los pensionistas pretenden que se mantenga un sistema de reajuste pensionario sobre la base de una nivelación, no están buscando otra cosa que utilizar ventajosamente su derecho a la pensión, con el propósito de asimilarlo al sistema remunerativo bajo una cuestionable fórmula de 'célula viva'. Este Colegiado no puede ni debe avalar intento alguno de abuso en el ejercicio del derecho a la pensión". ¿Cómo puede ser un abuso que uno reclame lo que la ley le había garantizado?

[105] Por ejemplo, véase la declaración de Carlos Torres Benvenuto ("Cinco pensionistas", párr. 83), en la cual sostiene: *"Con su pensión cubría los gastos de su hogar, la manutención, alimentación, educación y salud de toda su familia*, la cual está conformada por sus seis hijos, de los cuales uno de ellos todavía depende económicamente de él. Pensaba seguir manteniendo a su familia cobrando la pensión del régimen del Decreto ley 20.530, el cual le faculta tener una pensión conocida en el Perú como la 'célula viva', la cual consiste en que se cobra lo que gana la persona que desempeña ese cargo en actividad; esto significa una pensión nivelada. *El testigo efectuó aportes de su salario para recibir una pensión al cesar en sus labores*. La SBS creó un fondo de pensiones en el año 1943, con el cual se cubrían las pensiones de los trabajadores de esa institución. En 1982 la SBS cambió su régimen laboral, el cual en ese momento era público, y acogió un régimen privado. Sin embargo, no se dio un cambio de régimen laboral de todos los empleados; hubo un dispositivo que estipulaba que el que quería acogerse al cambio lo podía hacer y el que no quería se quedaba en el régimen vigente. *Se dio una opción de cambiar de régimen o de permanecer en el del Decreto ley 20.530. El testigo permaneció en el régimen antiguo con un salario reducido. Permanecer en el régimen antiguo significaba conservar el derecho de pensión con las remuneraciones del personal activo* (...). Las consecuencias económicas que le ocasionó la reducción de su pensión fueron grandes, ya que tuvo que vender su auto, pedir préstamos a amigos y al final tuvo hasta que vender su casa y trasladarse a un apartamento. *Redujo gastos, alimentos, medicinas, colegio de sus hijos, fue una situación catastrófica*. Con respecto a los colegios de sus hijos en esa época, la pensión que recibía era menor de lo que pagaba en el Colegio San Agustín de Lima, Perú, que es el colegio en donde se han educado sus hijos" (destacado agregado).

Véase también la declaración de Guillermo Álvarez Hernández ("Cinco pensionistas", p. 18), en la cual se afirma: "Al personal que venía laborando bajo el régimen pú-

más injusto privar de sus derechos adquiridos a personas que trabajaron la mayor parte de sus vidas laborales para el Estado; que planificaron su jubilación con la expectativa razonable (porque estaba garantizada por ley) de recibir un monto seguro cada mes, que aumentaría (para evitar los efectos de la inflación) de una manera verificable, para el cual –además– efectuaron diligente y puntualmente sus contribuciones de acuerdo con la ley.

Disminuir el valor de las pensiones de personas que han obedecido las reglas previamente establecidas, principalmente cuando, a causa de su vejez, no están en condiciones de obtener otros ingresos o regresar a trabajar, parece instintivamente injusto y reprensible.

En este sentido, es pertinente tomar nota de la referencia que la Corte Interamericana hizo en el caso "Loayza Tamayo"[106] respecto del concepto de "proyecto de vida". La Corte Interamericana dispuso que

> "149. En el caso que se examina, no se trata de un resultado seguro, que haya de presentarse necesariamente, sino de una situación probable –no meramente posible– dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos. Esos hechos cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito.

blico se le dio la opción de permanecer en su régimen, con sus remuneraciones y su expectativa jubilatoria, o la opción de cambiar de régimen laboral y pasar al régimen privado [nótase que en el párr. 104.b de la Sentencia, la Corte Interamericana afirma que 'las personas que desempeñan iguales o similares labores a las que ejercían los cinco pensionistas pueden estar sometidas a dos regímenes distintos, el de actividad pública y el de actividad privada, *y sus remuneraciones varían, según que estén sujetos a uno u otro, siendo notoriamente más elevada la del segundo régimen que la del primero*']. El testigo y los demás pensionistas presuntas víctimas se quedaron en el régimen del Decreto ley 20.530, lo que significa que no cambiaron de régimen. Durante los treinta y seis años trabajados en la SBS el testigo aportó al fondo de pensiones de ésta. El porcentaje de salario que se aportaba variaba entre el 8%, el 12% y el 15% para los cargos más altos de la SBS. El cargo del testigo era uno de los más altos de dicha institución. *Mientras desempeñaba su cargo pensaba que cuando se jubilara se iba a mantener con la pensión que le correspondía de acuerdo con la ley* (...).

Con la pensión, el testigo efectuaba los pagos de manutención de su hogar, el estudio de sus hijos, el seguro médico familiar y otros gastos y situaciones. *Además de la pensión, no tenía otros ingresos para mantenerse porque a su edad es difícil conseguir otro ingreso.* La disminución de la pensión le trajo como consecuencia daños económicos, psicológicos y morales. Su familia tuvo que reducir el presupuesto mensual. Su hijo estudiaba en la Universidad del Pacífico, que es una universidad privada, y tuvo que cambiarse a la Universidad Garcilazo de la Vega, la cual es una universidad estatal. *Anímicamente él y su familia sufrieron consecuencias a causa de la disminución en la pensión*" (destacado agregado).

[106] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, Nº 42 (Reparaciones), 27 de noviembre de 1998, Parte XII, párrs. 144-154.

> 150. En tal virtud, es razonable afirmar que los hechos violatorios de derechos impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado, y por ende alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo. En otros términos, el 'daño al proyecto de vida', entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. *Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses.*
> 151. Por todo ello, es perfectamente admisible la pretensión de que se repare, en la medida posible y con los medios adecuados para ello, la pérdida de opciones por parte de la víctima, causada por el hecho ilícito" (destacado agregado).

Bajo estos parámetros, se afirma que la reforma constitucional y las nuevas reglas impuestas por la ley 28.449 atentan gravemente contra el "proyecto de vida" de los pensionistas del régimen de pensiones regulado por el Decreto ley 20.530. Al disminuir sus pensiones, e imponerles nuevas y adversas condiciones de vida, tales pensionistas han sido forzados a cambiar los planes y expectativas razonables que tenían para conservar, o incluso mejorar, sus niveles de vida como jubilados.

Bienestar general: un resumen

Por las razones expuestas, no es sostenible argumentar que la reforma del régimen del Decreto ley 20.530 preserva la plena realización de los derechos implicados, ni que fortalezca las instituciones democráticas. Al violar los derechos adquiridos de varios cientos de miles de personas; al implementar un retroceso en el grado de protección de todos los pensionistas del indicado régimen; y al distorsionar los principios de la redistribución y la equidad para legitimar un impuesto retroactivo y discriminatorio a los pensionistas, el Estado ha hecho todo lo contrario. Motivo por el cual la reforma no puede ser considerada como una medida que tiene el objeto de preservar o promover el bienestar general.

El propósito y razón de ser, o la naturaleza, del derecho a la seguridad social

Como ha sido definido por el artículo 9 del Protocolo de San Salvador, el derecho a la seguridad social es, *inter alia*, lo que protege a la persona contra las consecuencias de la vejez, asegurándole una vida digna y decorosa. Pero, en el Perú, se ha añadido otro concepto. Éste es, como se ve en el artículo 10 de la Constitución, que el derecho a la seguridad social sirve, además, "para la elevación" de la calidad de vida de toda persona. Entonces, se puede razonar que, en el Perú, el propósito, la razón de ser y la naturaleza del derecho a la seguridad social son: "1) asegurar

a la persona una vida digna y decorosa; y 2) elevar la calidad de vida de la persona"[107].

Hay que preguntarse, entonces, si la reforma constitucional implementada por el Estado para anular los derechos adquiridos de los pensionistas del régimen del Decreto ley 20.530 afectó o no esta naturaleza.

Para el TC, la erradicación del derecho a la nivelación se justifica porque, entre otras cosas, la nivelación no hace parte del "contenido esencial" del "derecho fundamental a la pensión"[108]. Este contenido esencial, de acuerdo con el TC, está compuesto de tres elementos[109]:

a. el derecho de acceso a una pensión;
b. el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella; y,
c. el derecho a una pensión mínima vital.

Al afirmar que la nivelación no hace parte del contenido esencial del "derecho a la pensión", y de considerar que el derecho es "a una pensión mínima vital", el TC se olvida del hecho de que el derecho a la seguridad social, tanto en el ámbito interno como el ámbito internacional, es un derecho:

1. con titularidad individual, que sirve para que el titular pueda llevar una vida digna y decorosa y elevar la calidad de la misma;

2. que el Estado tiene la obligación de desarrollar progresivamente, hasta su plena efectividad (lo que implica la prohibición de retrocesos, a menos que éstos sean justificados de acuerdo con la Convención Americana, el PIDESC y el Protocolo de San Salvador).

Entonces, para determinar el contenido esencial del "derecho a la pensión" en el caso de los pensionistas del Decreto ley 20.530, el TC debería haber considerado el contenido esencial del derecho a la seguridad social *de los pensionistas del Decreto ley 20.530*, no el de la sociedad peruana en general[110].

Para los pensionistas del Decreto ley 20.530, es plenamente argumentable que la nivelación hace parte del contenido esencial del derecho a la seguridad social que el Estado les garantizó a través del Decreto ley 20.530, a cambio de contribuciones económicas efectuadas a lo largo de toda su vida laboral.

Sin la garantía del derecho a la nivelación de las pensiones reconocida por el Decreto ley 20.530, la valoración del derecho hubiera sido inferior. En consecuencia, es posible suponer que si el Estado no hubiera ofrecido esta garantía como parte del régimen, los pensionistas (entonces trabajadores en actividad) hubieran escogido contribuir a otro sistema de pensiones, sabiendo que el grado de protección que recibirían al cabo de su vida laboral sería menor.

Además, como ya se ha sostenido, la nivelación inherente al régimen del Decreto ley 20.530 constituye la garantía que tuvieron los pensionistas de que iban a recibir no sólo un monto seguro cada mes, sino un monto que aumentaría (para evitar los efectos de la inflación) de una manera simple de verificar y de, en el caso de ser incumplido, demandar. De esta manera, el principio de nivelación inherente al derecho que tenían reconocido fue la base con la cual los pensionistas contaron para planear sus futuras jubilaciones[111]. Sin esta garantía, formulada por el Estado, ha-

[107] Aunque el concepto de la "elevación de la calidad de vida" no se encuentra explícitamente en, por ejemplo, el Protocolo de San Salvador o el PIDESC, eso no puede ser un motivo para no reconocerlo. Como se ha explicado, el art. 4 del Protocolo de San Salvador, el art. 5.2 del PIDESC y el art. 29.b de la Convención Americana prohíben la restricción de un derecho vigente en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el instrumento internacional no lo reconoce o lo reconoce en menor grado, o la interpretación del instrumento internacional para limitar el goce de cualquier derecho reconocido por la ley interna de un Estado.

[108] Es discutible que la Constitución reconozca un "derecho fundamental a la pensión". El derecho fundamental que la Constitución reconoce es el derecho "a la seguridad social", estando garantizado por el art. 10 de la Constitución. Como afirma Marcial Rubio Correa (*Para conocer la Constitución de 1993*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2004, p. 80), el derecho a la seguridad social "consiste en un conjunto de medidas de amparo y atención de las necesidades personales en materia de salud, vivienda, previsión de accidentes, pensiones por incapacidad para el trabajo, viudez, orfandad etc. La finalidad de estas medidas es lograr que la sociedad como conjunto se ocupe de atender a quienes están en necesidad urgente que no pueden satisfacer ni por sí mismos ni con la ayuda de sus familias". El art. 11 de la Constitución, al que el TC se refiere (véase el fundamento 53 de la Sentencia) para sustentar su tesis de que existe un derecho fundamental a la pensión, es más bien un art. que establece cómo el Estado garantizará el derecho a la seguridad social que se reconoce en el art. 10 (como determina el art. 11, "a través de entidades públicas, privadas o mixtas"). Es decir que, no hay un derecho fundamental a la pensión, sino un derecho fundamental a la seguridad social. El derecho a la seguridad social puede incluir una pensión, si ésta fuera necesaria para salvaguardar, por ejemplo, las necesidades personales en materia de salud. Pero puede incluirlo, como no: por ejemplo, en el caso de las prestaciones de salud de carácter preventivo (vacunación, educación en salud, etc.) o de rehabilitación.

[109] La Sentencia, fundamento 107.

[110] Eso es conforme al propio criterio enunciado por el TC (Manuel Anicama Hernandez, Exp. 1417-2005-AA/TC, párr. 22) según lo cual "si bien es cierto que la exactitud de aquello que constituye o no el contenido protegido por parte de un derecho fundamental, y, más específicamente, el contenido esencial de dicho derecho, *sólo puede ser determinado a la luz de cada caso concreto...*" (destacado agregado).

[111] En el fundamento 134 de la Sentencia, el TC declara: "Es sabido que algunos pensionistas del régimen del Decreto ley 20.530 percibían pensiones muy superiores a 2 UITs y habían forjado su expectativa de vida personal y familiar sobre la garantía del derecho adquirido que les concedía el régimen constitucional derogado. Por ello, la aplicación inmediata del nuevo tope implicaría una variación marcadamente abrupta, incompatible con el principio de seguridad jurídica que debe informar a la reforma del ordenamiento jurídico.

brían probablemente tomado otras providencias para asegurar su calidad de vida como jubilados. Y si no tomaron estas providencias, fue porque, como declaró Guillermo Álvarez Hernández a la Corte Interamericana en "Cinco pensionistas": "En ningún momento pensó que el monto de estas pensiones pudiera ser reducido, ya que en la ley de pensiones se establecía cómo debían nivelarse éstas"[112].

Así las cosas, la anulación del derecho de la nivelación representó la supresión de una condición sin la cual se pone en peligro la posibilidad de los pensionistas del Decreto ley 20.530 de mantener el nivel de vida que tenían hasta antes de la reforma, el mismo que les permitía sobrellevar una vida con dignidad y decoro. Para todos, además, se verá anulada la posibilidad de elevar su calidad de vida, que es un elemento de su derecho a la seguridad social, como determina el artículo 10 de la Constitución.

Vistas así las cosas, la nivelación de sus pensiones constituía un elemento esencial del derecho a la seguridad social de cada uno de los pensionistas del Decreto ley 20.530. Por lo tanto, el Estado estaba prohibido de negárselo a los pensionistas. Dicho en los términos de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú: el contenido de la reforma implementada no le estaba permitida al Estado peruano porque ésta limita o restringe el derecho a la seguridad social de los pensionistas del Decreto ley 20.530 en una forma que contradice el propósito de este derecho y es incompatible con su naturaleza[113].

Así como de una interpretación sistemática de la Segunda y la Décimo Primera Disposiciones Finales y Transitorias de la Constitución se deriva que el reajuste de las pensiones debe ser periódico y progresivo, de manera tal que los egresos de las fuentes presupuestales del Estado se manejen bajo criterios de razonabilidad y previsibilidad, los mismos criterios deben tenerse en cuenta a efectos de reducir el monto de las pensiones en los supuestos en los que éstas resulten excesivamente altas, sin que en ningún caso puedan ser reducidas por debajo del nuevo tope máximo previsto en el ordenamiento (2 UITs).

La ley 28.449 resulta compatible con dicho criterio, pues si bien su art. 3 fija el monto máximo de las pensiones del régimen del Decreto ley 20.530, la Tercera Disposición Transitoria establece que dicho tope se aplicará a partir de su vigencia, pero de manera progresiva. En tal sentido, declara:

'Las pensiones superiores al valor de dos (2) UIT vigentes a la fecha de promulgación de la presente ley, se reducirán anualmente a razón de dieciocho por ciento (18%) hasta el año en el que dicha pensión alcance el tope vigente correspondiente'".

Lamentablemente, la reducción progresiva de las pensiones superiores al valor de dos UIT no resuelva el problema señalado, porque la mayoría de los pensionistas no estarán en condiciones (a causa de su vejez) para volver a trabajar con el propósito de aumentar su pensión hasta el monto que hubieran percibido de acuerdo con las reglas del Decreto ley 20.530 antes de la reforma.

[112] Declaración de Guillermo Álvarez Hernández, "Cinco pensionistas", p. 17.

[113] Otra manera de abordar este asunto es por el principio de *estoppel*. Según la Corte Internacional de Justicia, se encuentra el principio entre los principios generales

Por lo tanto, la reforma viola los derechos humanos de estos pensionistas. Consecuentemente, en conformidad con los artículos 1 y 2[114] de la Convención Americana, el Estado tiene la obligación de derogar la

del derecho internacional (North Sea Continental Shelf Case, Separate Opinion of Judge Fouad Ammoun, ICJ Rep. [1969]; ps. 120-121). Véase también la aplicación del principio por la Corte Interamericana en el caso "Neira Alegria y Otros" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, Nº 13, Sentencia de 11 de diciembre de 1991, párr. 26, Excepciones Preliminares). En el Informe 72/03, Petición 12.159 (Gabriel Egisto Santillan, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 22 de octubre de 2003, nota al pie de la p. 5, Admisibilidad), la CIDH explicó el principio en la siguiente forma: "En Derecho Internacional el principio del *estoppel* es un concepto en evolución. A pesar de la gran variedad de definiciones en la doctrina y en la práctica, las siguientes características son generalmente aceptadas como sus elementos esenciales: 1) una situación creada por la actitud de una parte, 2) una conducta seguida por la otra parte basada directamente en aquella actitud, y 3) una imposibilidad de quien adoptó la primera actitud de alegar contra la misma o de manifestarse en sentido contrario aun si con esto no produce un detrimento o perjuicio para la otra parte. El efecto típico de esta doctrina es que está prohibido a las partes, independientemente de su verdad o precisión, adoptar posturas diferentes, subsecuentes, sobre la misma materia".

Si aplicáramos a la reforma constitucional y las nuevas reglas para el Decreto ley 20.530, los tres elementos del principio de estoppel, tal como fueron definidos por la CIDH, el análisis seria el siguiente:

1. Se genera una situación por la actitud adoptada por una parte: en este caso, al establecerse el régimen del Decreto ley 20.530, el Estado proporcionó a un grupo específico de personas la oportunidad de adquirir el derecho a una pensión nivelada periódicamente, conforme los haberes de los funcionarios en actividad de las instituciones públicas en que laboraron, sin topes. Además, el Estado garantizó doblemente, en la Constitución de 1979 y en la de 1993, que una vez adquirido este derecho, sería protegido.

2. Se genera una conducta seguida por la otra parte basada directamente en aquella actitud: de acuerdo con las reglas del Decreto ley 20.530, los pensionistas que hicieron sus contribuciones a los fondos de pensiones del Decreto ley 20.530, con las proporciones de sus salarios exigidos por la ley, de buena fe, adquirieron el derecho a una pensión nivelable, sin topes.

3. Se genera la imposibilidad de que quien adoptó la primera actitud alegue contra la misma o se manifieste en sentido contrario, aun si con esto no se produce un detrimento o perjuicio para la otra parte: como fue el Estado que estableció el régimen del Decreto ley 20.530, estableció constitucional y legalmente el principio de nivelación de las pensiones, y aceptó las contribuciones de los pensionistas dirigidas a la prosecución de dicho fin, le es prohibido, por el principio de *estoppel*, de desconocer, anular, o contrariar el derecho adquirido de los pensionistas a una pensión nivelada, sin topes. Al hacer eso (por la reforma constitucional y las nuevas reglas del Decreto ley 28.449), el Estado perjudicó a estos pensionistas.

[114] El art. 1 de la Convención Americana (Obligación de Respetar los Derechos) señala que:

"1 Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

reforma y la ley 28.449 que la desarrolla, reinstituyendo el pleno goce del derecho a la seguridad social que los pensionistas habían disfrutado antes de la reforma.

VII. 3. La satisfacción de estándares mínimos no agota las obligaciones del Estado

Cabe señalar que, aún en el supuesto de que, al asegurar los tres elementos que el TC ha definido como contenido esencial del derecho para los que no han adquirido el derecho a una pensión nivelada[115], el Estado estuviera cumpliendo con su obligación de asegurar estándares mínimos de protección del derecho de seguridad social para estas personas, la garantía de estos estándares o elementos mínimos no significaría que el Estado estaría cumpliendo con su obligación de desarrollo progresivo del derecho a la seguridad social.

Al definir el contenido esencial del derecho a la pensión como solamente el derecho a una pensión mínima, el TC ignora el derecho al desarrollo progresivo que se encuentra contenido tanto en el artículo 10 de la Constitución, como en los instrumentos internacionales que se refieren a los DESC en general y a la seguridad social en particular. De la misma manera en que no puede privarse arbitrariamente al titular del derecho a la seguridad social de una pensión mínima, tampoco puede privársele del derecho al desarrollo progresivo de los niveles de protección a su calidad de vida por medio de pensiones más elevadas que una pensión mínima. Además, alcanzados niveles superiores de protección, a través del incremento de estas pensiones, los mismos no pueden ser degradados (regresionados) sin perjuicio de violar el deber de progresividad que es inherente al derecho.

Así las cosas, el contenido esencial del "derecho fundamental a la pensión", como lo llama el TC, tiene que contemplar más que la pensión mínima. Eso es para que se proteja efectivamente el derecho al desarrollo progresivo de no sólo quienes han alcanzado un mayor grado de protección que el mínimo esencial, sino también el derecho al desarrollo progresivo de quienes todavía no han alcanzado más que el mínimo esencial.

El art. 2 de la Convención (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) determina:

"Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

115 Como citado *supra*:, el derecho de acceso a una pensión; el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella; y el derecho a una pensión mínima vital.

Ello es parte de la obligación que tiene el Estado de adoptar medidas, 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 del derecho a la seguridad social[116]. Al limitarlo a un estándar mínimo, el TC se niega a reconocer todas las consecuencias que derivan de un derecho que –como el aludido– ha sido reconocido constitucionalmente y, además, por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que significa que se encuentra internacionalmente garantizado, en particular en cuanto concierne a su *desarrollo progresivo* y *plena efectividad*. Eso es *ultra vires* el Estado y *ultra vires* la potestad del TC[117].

Además, aun en el supuesto negado de que fuera posible sostener que la reforma no contradice la naturaleza del derecho de los pensionistas del Decreto ley 20.530 a la seguridad social y su desarrollo progresivo, o que promoviera el bienestar general, todavía no se ha probado que fuera necesaria y proporcionada.

VII. 4. Retroceso de protección en materia pensionaria

¿Era necesaria la violación de los derechos adquiridos de los pensionistas en el sentido que no había otras opciones? ¿Fue proporcionado el retroceso operado en el grado de protección en materia pensionaria existente? ¿Justificaba la situación económica del Estado la limitación y retroceso infringidos al derecho existente? O, en otras palabras, ¿fue justificable reducir el grado de protección del que poseían los derechos afectados, considerando los recursos disponibles y la manera en que el Estado los aprovechaba?

La respuesta es no. No se ha probado que la reforma en su totalidad fuera necesaria, y que no habría sido posible para el Estado limitar la reforma a "aquellos trabajadores del Estado que son beneficiarios del régimen pensionario del Decreto ley 20.530 y que no han consolidado o adquirido su derecho a la nivelación de pensiones hasta antes de que entre en vigencia la modificación constitucional"[118], como pidieron los pensionistas.

En varios pasajes de la sentencia del TC, se afirma que la reforma fue imprescindible[119]. Además, al contestar las demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra las leyes, el Estado aseveró que

116 PIDESC, art. 2.1.

117 El fundamento 39 de la Sentencia, entre otros fundamentos, versa sobre "la imposibilidad de afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales".

118 La Sentencia, A. Demandas: b. Respecto al Expediente 0051-2004-AI/TC.

119 Por ejemplo, La Sentencia, B. Demandas a. Respecto al Expediente 0050-2004-AI/TC. "Que la reforma responde a razones de equidad social y sostenibilidad financiera, dada la necesidad de subsistencia del régimen, así como la mejora de la situación de la mayor parte de los pensionistas del Decreto ley 20.530 y, fundamentalmente,

"Cuando las altas pensiones de unos impiden a otros alcanzar pensiones razonables se está contrariando el principio fundamental de existencia del sistema pensionario del Estado, por lo tanto, estas normas debían reformarse o modificarse"[120].

Más allá de las indicadas afirmaciones, no se encuentra ni en la Sentencia del TC, ni en el Informe Defensorial 085 (al que el TC se refirió en el fundamento 19 de su Sentencia, aparentemente como una justificación de la urgencia de reforma constitucional), firmes pruebas de que el régimen estaba en crisis, que estaba al borde del colapso, o que fuera plenamente insostenible para el Tesoro Público efectuar los aportes necesarios para la conservación de los derechos adquiridos de los pensionistas[121].

Hay gráficos en la Sentencia del TC que muestran el costo anual para el Estado del régimen[122] y la distribución del indicado costo anual en relación con los distintos regímenes de pensiones públicos[123]. Estos gráficos muestran que el costo del Decreto ley 20.530 es mayor que el costo de varios otros regímenes. Pero, como se ha argumentado, no se puede comparar regímenes sustancialmente diferentes desde una perspectiva puramente cuantitativa. Además, ninguno de los indicados gráficos demuestra que el costo del Decreto ley 20.530 fuera a derrumbar el sistema pensionario. Se afirma que la situación era esa, pero no se probó. Asimismo, si bien la Defensoría del Pueblo, en su Informe Defensorial 085, declaró que "los regímenes pensionarios públicos se encuentran en una grave crisis", tampoco proporcionó ninguna estadística que sustentara su afirmación.

Es muy importante resaltar también lo que expresó la misma Defensoría del Pueblo respecto de las diferentes perspectivas que se perfilaban

de todo el sistema pensionario como parte integrante de la seguridad social"; B. Demandas c: Respecto a los Expedientes 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC y N. 009-2005-PI/TC. "Que la reforma del régimen pensionario del Decreto ley 20.530 era necesaria por razones sociales, administrativas y fiscales"; el fundamento 19 de la Sentencia, citando el Defensoría del Pueblo, Informe Defensorial 085. *La situación de los sistemas públicos de pensiones de los Decretos leyes 19.990 y 20.530: los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral* (Lima, abril de 2004, p. 13) "resulta indispensable efectuar una reforma integral en el ordenamiento pensionario del país con el objeto de asegurar su viabilidad y garantizar que los afiliados tengan la oportunidad de acceder a pensiones que les garantice niveles de vida acordes con su dignidad humana".

120 La Sentencia, fundamento 58.

121 Los cuales, por cierto, no habrían sido necesarios si el Estado hubiera hecho efectivos los aportes que estaba obligado hacer por mandato de su propia ley y no hizo, no se hubiera apropiado o malversado tales fondos, o hubiera administrado y fiscalizado mejor el régimen (se discutirá *infra* la responsabilidad del Estado en este respecto).

122 La Sentencia, fundamento 60.

123 La Sentencia, fundamento 89.

frente a las causas de los problemas que enfrentaban los sistemas públicos de pensiones[124]:

"La situación anteriormente descrita aunada a la indebida disposición por los sucesivos gobiernos de los fondos del Seguro Social del Perú, primero, y del Instituto Peruano de Seguridad Social, después, para fines ajenos y en cuantía incalculable, es un factor muy relevante en el desencadenamiento de la crisis que afectaba al sistema a inicios de la década de los 90 (...)
Frente a ello, surgieron dos enfoques que diferían acerca de sus causas y, por tanto, de la viabilidad de la superación de la crisis acotada, así como de los medios para lograrla. Para unos, la situación podía corregirse mediante algunas modificaciones legislativas, una mejor gestión administrativa, una voluntad política distinta del gobierno, etc. Para otros, en cambio, la cuestión era insalvable y sólo cabía otorgar un mayor margen de acción a la empresa privada en la cobertura de la salud y de las pensiones. Queda claro que esta última tesis fue la que terminó imponiéndose cuando se instaló el régimen de Fujimori a mediados de 1990".

Es evidente que el Estado ha adoptado el punto de vista de los que opinaban que "la cuestión era insalvable" y, además de otorgar mayores poderes a la empresa privada en el tema, ha resuelto hacer una reforma radical del régimen 20.530 en detrimento de los derechos adquiridos. Pero no ha sido suficientemente explicado por qué el Estado adoptó esta actitud, o por qué rechazó la perspectiva de los que opinaban que era posible resolver la situación a través de otras medidas, como la implementación de una mejor administración. Tampoco hay detalles de estas opiniones opuestas.

Todo esto no indica necesariamente que el régimen de pensiones del Decreto ley 20.530 no estuviera en crisis, o que no fuera necesaria una reforma. Pero, como declara el Comité DESC, "todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo (...) requerirán la consideración más cuidadosa..."[125].

El Estado estaba obligado a justificarlas "plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga". Aun más, no es suficiente, como declaró la Corte Interamericana en su OC-5/85, que la reforma cumpliera "un propósito útil u oportuno". El Estado se encontraba obligado a demostrar un interés público imperativo y preponderante para que una restricción fuera legal. Dados los elementos de juicio disponibles, es imposible afirmar que el Estado haya hecho eso.

124 Defensoría del Pueblo, Informe Defensorial 085. *La situación de los sistemas públicos de pensiones de los Decretos leyes 19.990 y 20.530: los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral* (Lima, abril de 2004, p. 7).

125 Observación General 3, párr. 9.

Además, a la luz de lo que sostuvo en su oportunidad la Defensoría del Pueblo, hacía falta investigar menos ligeramente las razones por las cuales se quedó "desfinanciado"[126] el régimen. Según su Informe Defensorial 085, no cabía duda de donde residía la responsabilidad de tal desfinanciamiento, y la cuestión no era de poca relevancia[127]:

> "Al respecto, es de apreciarse que el fracaso de dichos sistemas tiene, sin duda, en el Estado a su principal responsable; pues éste fue quien se apropió de los inmensos fondos, no pagó las contribuciones de los trabajadores a su cargo, ni fiscalizó eficazmente las de los demás empleadores. Asimismo, es el Estado quien imprimió una pésima gestión administrativa y financiera al sistema".

Esta afirmación de la Defensoría del Pueblo es sumamente grave. Si la tomamos como cierta, significa que el Estado no sólo no cumplió con sus obligaciones legales según el Decreto ley 20.530, sino que, además, violó el artículo 12 de la Constitución que determina que "los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles"[128]. Pero, y eso es de sorprender, no se abordó esta cuestión en la Sentencia del TC, ni en los gráficos que éste utilizó para indicar el supuestamente elevado costo del régimen para el Estado[129] o la inequidad entre las pensiones más altas y las más bajas[130], ni tampoco en los demás gráficos y estadísticas que aparecen en la Sentencia.

El TC afirmó que "en la mayoría de casos, los aportes que los pensionistas han realizado durante sus años de actividad son claramente insuficientes para financiar los beneficios que perciben (ver Gráfico 1[131] [que muestra 'el Costo Anual del Decreto ley 20.530 y pensionistas [sic] hasta finales del año 2003'])"[132]. Sin embargo, tomando en cuenta la información de la Defensoría del Pueblo, es posible afirmar que no es que los aportes de los pensionistas fueran insuficientes (lo que parece un intento de echarles la culpa a los pensionistas), sino que las acciones y omisiones ilegales –y a veces delictivas– del Estado constituían la raíz del problema. No obstante, al afirmar lo citado arriba, el TC no tomó en cuenta este aspecto fundamental.

Hay que recordar que los pensionistas no hicieron más que cumplir con lo que el Estado había aprobado. Quien incumplió masiva y sistemáticamente con las contribuciones establecidas por ley fue el propio Estado que dictó las normas que las instituían como una precondición de financiamiento y sustentabilidad del régimen pensionario establecido. Es injusto, por ello, que, si los fondos se agotaron por este motivo, fueran los pensionistas –víctimas del latrocinio– quienes tuvieran que pagar por el incumplimiento de obligaciones legales, la violación de la Constitución y la mala administración por parte del Estado, y no el propio Estado[133].

[126] En el fundamento 60 de la Sentencia, el TC afirma: "Este Tribunal, en un pronunciamiento anterior, ha declarado que el referido régimen previsional *es un sistema inherentemente desfinanciado*, pues, en la mayoría de casos, los aportes que los pensionistas han realizado durante sus años de actividad son claramente insuficientes para financiar los beneficios que perciben" (destacado agregado).

[127] Defensoría del Pueblo, Informe Defensorial 085. *La situación de los sistemas públicos de pensiones de los Decretos leyes 19.990 y 20.530: los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral* (Lima, abril de 2004, p. 13).

[128] En el fundamento 43 de la Sentencia, el TC se refiere a "las garantías sociales en favor del pensionista", y declara: "Ello es así porque todos los pensionistas han contribuido con su trabajo a la creación de la riqueza nacional, para que, al momento de la redistribución de la misma, tengan una razonable participación, mediante el goce solidario de su derecho a la pensión, en base a un sistema eficiente de seguridad social que les permita satisfacer sus necesidades básicas dignamente". Esta afirmación puede ser considerado contraria al art. 12 de la Constitución, que establece que los fondos pensionarios no son parte de la riqueza nacional en el sentido de ser recursos sobre cuales el Estado tiene una amplia discreción, sino son fondos intangibles para el Estado. Es importante notar en este respecto que el art. 12 de la misma Carta preserva lo que la Constitución de 1979 ya había dispuesto en su art. 14: "Una institución autónoma y descentralizada, con personería de derecho público y con fondos y reservas propios aportados obligatoriamente por el Estado, empleadores y asegurados, tiene a su cargo la seguridad social de los trabajadores y sus familiares.

Dichos fondos no pueden ser destinados a fines distintos de los de su creación, bajo responsabilidad" (destacado agregado).

Además, los pensionistas no contribuyeron a los fondos del Decreto ley 20.530 para que tuvieran la garantía de una "razonable participación". Contribuyeron a ello para que recibieran, en su vejez, una pensión nivelada y todos los demás beneficios establecidos por el régimen.

[129] La Sentencia, fundamentos 60 y 90.

[130] La Sentencia, fundamento 93.

[131] Es oportuno señalar que el Gráfico n° 1 da una falsa impresión. Puede ser que el costo al Estado del régimen del Decreto ley 20.530 es más elevado que lo del SNP. Pero eso no toma en cuenta el hecho de que los sistemas fueron regidos por reglas distintas y requerían aportes diferentes: los trabajadores en actividad adscriptos al régimen de pensiones regulado por el Decreto ley 20.530 aportaron varias veces más que sus pares en el Sistema Nacional de Pensiones regulado por el Decreto ley 19.990. Por eso, los dos regímenes pensionarios no son directamente comparables. Lo mismo aplica a la comparación que el TC hizo entre la ley de jubilación de trabajadores mineros y el Decreto ley 20.530 en el fundamento 63 de la Sentencia.

[132] La Sentencia, fundamento 60.

[133] En el fundamento 58 de la Sentencia, se cita la afirmación del Estado acerca de que "era necesario restablecer el tratamiento igualitario de los regímenes pensionarios, toda vez que existe una manifiesta iniquidad que se evidencia en las diferencias existentes entre el régimen del Decreto ley 20.530 y otros regímenes que dependen, en mayor o menor medida, de recursos públicos provenientes de los impuestos que pagan todos los peruanos". Asimismo, en el fundamento 63 de la Sentencia, el TC describe como fue objeto el régimen del Decreto ley 20.530 a modificaciones sucesivas (...) que en algunas oportunidades desvirtuaron el régimen inicial y extendieron sus alcances a si-

Consideremos lo que habría ocurrido si el Decreto ley 20.530 hubiera sido un contrato entre los pensionistas y una empresa privada. Si los pensionistas hubieran cumplido con los términos del contrato, y el fondo se hubiera agotado por causa no imputable a éstos, la empresa igualmente tendría la obligación de cumplir con el contrato y pagar a los pensionistas lo que el contrato determinara. No podría la empresa modificar unilateralmente los términos del contrato para pagar menos, o resolver unilateralmente el contrato (a menos que el contrato le otorgara este derecho). No podría la empresa, tampoco, recurrir al Poder Legislativo para cambiar los términos del contrato en su favor, porque modificar los términos del contrato por ley representaría una violación del artículo 62 de la Constitución. Si todo eso sería ilegal para una empresa privada, ¿qué es lo que lo hace justificable cuando la misma acción es producida por el Estado?

VII. 4. A. La necesidad y proporcionalidad de la reforma: un resumen

No se encuentra en la fundamentación de las leyes, ni en la Sentencia del TC, pruebas suficientes que demuestren que la reforma fue necesaria y proporcional.

VII. 5. La obligación de lograr progresivamente la plena efectividad del derecho a la seguridad social

Además, aun si fuera justificable el retroceso sobre el grado de protección del derecho a la seguridad social producido por la reforma constitucional efectuada, cuando se resolviera la situación que hizo necesario el retroceso (en este caso, el supuesto de crisis alegado), el Estado tendría que recomenzar a aumentar el grado de protección más allá de los niveles esenciales hasta la plena efectividad del derecho para todos los pensionistas; y, en particular, para quienes se vieron afectados por la pérdida de su derecho adquirido a la nivelación de sus pensiones.

La obligación de adoptar medidas para el logro progresivo de la plena efectividad del derecho a la seguridad social es continua y permanente. Esto es así porque, como afirma la CIDH[134], en los pasajes ya citados *supra*, "el principio del desarrollo progresivo establece que tales medidas [administrativas, sociales, legislativas o de otro tipo que resulten más apropiadas] *se adopten de manera tal que constante y consistentemente promuevan la plena efectividad* de esos derechos", de modo que los Estados tienen *"la obligación general de procurar constantemente la realización de los derechos consagrados* [económicos, sociales y culturales] sin retrocesos"[135].

tuaciones anteriormente no previstas en él". Pero no se deja claro quién es el responsable de esta situación y de las modificaciones introducidas. La respuesta, sin embargo, es clara: el Estado.

134 OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, 24 abril 1997, p. 25.

135 OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, párr. 11 (capítulo VI). Más aún, cuando incluso en las situaciones extremas contempladas en el art. 27 de la Convención Americana (Suspensión de Garantías), se prevé que "1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, *en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención*, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social" (destacado agregado).

Por analogía, restricción del derecho a la seguridad social o a su desarrollo progresivo debería ser estrictamente limitada a las exigencias de la crisis, y anulada cuando se superara ésta, con mayor razón si no se trata de una situación tan drástica como las previstas en el artículo 27°.

No obstante, aunque entra en contradicción con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, el cierre definitivo y no temporal del régimen del Decreto ley 20.530, así como la anulación y no suspensión del derecho a la nivelación, indican que el Estado no tiene ninguna intención de tomar medidas para reinstituir el grado de protección que los pensionistas del Decreto ley 20.530 tenían antes de la reforma.

VIII. Conclusión

La reforma de los artículos 11 y, 103 y de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución peruana, igual que las nuevas reglas establecidas por la ley 28.449, violaron los derechos a la seguridad social y a su desarrollo progresivo con respecto a los pensionistas peruanos sujetos al régimen de pensiones del Decreto ley 20.530.

El Estado peruano no puede invocar la Constitución reformada para disminuir o suprimir los derechos internacionalmente reconocidos de personas sujetas a su jurisdicción. Aun si fuera posible sostener que la Constitución reformada no amparara el derecho adquirido de los pensionistas a una pensión nivelable, sin topes, los instrumentos internacionales como la Convención Americana, el Protocolo de San Salvador y el PIDESC continúan protegiéndolo hasta que el Estado pruebe que la anulación del derecho y el establecimiento de topes sean legítimos de conformidad con los criterios establecidos en estos instrumentos.

En nuestra opinión, el Estado no ha probado la legalidad de la regresividad que la reforma constitucional y las nuevas reglas representan en relación al derecho a la seguridad social y su desarrollo progresivo. Además, la anulación de los derechos adquiridos de los pensionistas del Decreto ley 20.530, y por lo tanto la expropiación de su propiedad, sin ofrecer ninguna compensación, demuestra un desprecio a la seguridad jurídica y al Estado de derecho.

Por estas razones, es sumamente preocupante que el TC peruano haya aprobado la reforma constitucional, particularmente cuando la reforma va directamente en contra de la jurisprudencia del mismo TC sobre el

tema antes de la reforma, y en contra de la jurisprudencia de la CIDH y la Corte Interamericana en el caso "Cinco pensionistas".

A través de las últimas décadas, se ha visto una tendencia creciente de reducir cada vez más el rol del Estado, particularmente en relación a la provisión y garantía de los DESC, y los servicios sociales correspondientes. Tenemos que ver el caso de los pensionistas del Decreto ley 20.530 no como un caso aislado, sino como representativo de esta regresividad generalizada. Visto así, podemos entender la importancia de hacer que el Estado cumpla con los derechos de los pensionistas del Decreto ley 20.530, en vez de violarlos. Si el Estado peruano puede reducir significativamente el grado de protección que estos pensionistas tenían garantizado por ley, sin justificarlo adecuadamente ni ofrecer indemnización, ¿podemos nosotros sentirnos seguros de que nuestros derechos serán respetados?

Derechos sociales y principio de no regresividad en España

Gerardo Pisarello*

Sumario: I. Introducción, **II.** La posición de los derechos sociales y sus garantías en la Constitución española de 1978; **III.** Otros principios estructurales que inciden en la configuración constitucional de los derechos sociales; **IV.** El debate sobre la no regresividad de los derechos sociales; **V.** Conclusiones: la no regresividad en la "conciencia social dominante".

I. Introducción

Las líneas que siguen pretenden explorar algunos alcances del principio de *no regresividad* en materia de derechos sociales en el sistema constitucional español. La tesis central que se intentará defender es que a pesar del extendido discurso de la Constitución como *norma vinculante* y como *límite* al legislador, dicho mandato ha operado en un sentido débil debido, entre otras razones, al excesivo peso otorgado a la idea de "apertura" constitucional, a la libre configuración legislativa y a la "reserva de lo económicamente posible" en materia de políticas sociales.

En todo caso, se procurará mostrar también cómo la propia doctrina y la jurisprudencia constitucional ofrecen elementos para una utilización más exigente del principio de no retroceso arbitrario. Sobre todo, a través del control de proporcionalidad de las políticas públicas y, en general, del reconocimiento de un "contenido mínimo" infranqueable para todos los derechos sociales.

En términos expositivos, el trabajo se divide en cuatro partes. En la primera, se analiza la posición que los derechos sociales ocupan en la Constitución española (en adelante, CE) así como las garantías que se derivan de la misma. En la segunda, se explican algunos principios constitucionales estructurales que complementan esa posición y que resultan centrales para entender el posible alcance del mandato de no regresividad. En la tercera, se exponen las principales críticas dirigidas al principio de no regresividad de las conquistas sociales y algunos de los argumentos que permitirían rebatirlas. Finalmente, se aventuran algunas conclusiones acerca del papel que este principio podría desempeñar en el perfeccionamiento del sistema constitucional.

II. La posición de los derechos sociales y sus garantías en la Constitución española de 1978

El análisis de la posición de los derechos sociales en el sistema constitucional español exige algunas líneas previas acerca del contexto en el que se aprobó y desarrolló la CE de 1978.

* Profesor del Departamento de Derecho Constitucional de la Universitat de Barcelona. Colaborador del Observatori DESC, Barcelona, España.

En 1975, el Estado español había heredado de la dictadura franquista el gasto público social más bajo de lo que sería la Unión Europea (sin contar los recientemente ingresados países del Este). Hija de esa coyuntura, la CE se planteó abordar una tarea paradójica: construir un Estado social de derecho, genuinamente universalista, en un contexto caracterizado por el inicio de la crisis del llamado Estado de bienestar[1].

El contenido final del texto constitucional no es ajeno a este escenario. La tensión que suponía impulsar un proyecto "social" en un contexto "post-social" se refleja, entre otros factores, en el carácter debilitado con el que se consagran los derechos sociales en relación con el resto de derechos "fundamentales", así como en el particular equilibrio que se mantiene entre principios, deberes y derechos "sociales" y principios, deberes y derechos "de mercado"[2].

Durante la gestión socialdemócrata de la segunda mitad de los años 80 e inicios de los 90 tuvieron lugar algunos avances en materia social (el gasto en este rubro pasó del 15% del PIB, en 1982, al 23,4%, en 1993). Sin embargo, a partir de 1993 España se ha venido alejando de manera creciente de los estándares sociales promedio de la Unión Europea[3]. En consecuencia, se trata es de establecer en qué medida la decisión constituyente "originaria" y su desarrollo infraconstitucional han impedido o simplemente acompañado ese retroceso, y en qué medida podrían contribuir a revertirlo.

Desde una perspectiva dogmática, los derechos sociales ocupan diferentes posiciones dentro del Título I de la CE. Esta ubicación en el texto, como se verá, guarda estrecha relación con los mecanismos previstos para su tutela.

De los derechos sociales laborales, el derecho a la sindicación (art. 28) y a la huelga (art. 29) se encuentran consagrados en la Sección I del Capítulo II del Título I (arts. 15-29). El derecho al trabajo (art. 35), por su parte, se reconoce como derecho y como deber en la Sección II del mismo Capítulo II (arts. 30-38)[4]. Entre los derechos sociales no laborales, sólo el derecho a la educación (art. 27) se encuentra recogido entre los derechos de protección calificada de la Sección I del Capítulo II del Título I (arts. 15-29). Pero el grueso de derechos y principios sociales no laborales está consagrado en el Capítulo III del Título I (arts. 39-52), bajo el epígrafe "Principios rectores de la política económica y social".

En algunos casos, el Capítulo III utiliza literalmente la expresión "derechos" para calificar los intereses y necesidades que allí se protegen. Así, por ejemplo, cuando se refiere al "derecho" a la protección de la salud (art. 43), a un medio ambiente adecuado (art. 45), o a una vivienda digna y adecuada (art. 47)[5]. En el mismo Capítulo III[6], así como en el Título VII de la CE dedicado a Economía y Hacienda[7], se establecen además una serie de "principios" y "mandatos sociales" dirigidos a orientar la actuación de los poderes públicos.

La relación entre la posición de los derechos y los mecanismos de protección que se les asigna se refleja principalmente en los artículos 53 y 54 de la CE. Allí se establecen diferentes tipos de garantías, que se desarrollarán a continuación.

I. 1. La reserva de ley

El desarrollo legislativo podría considerarse la principal garantía de todos los derechos constitucionales. De la lectura del artículo 53.1 y del artículo 81 de la CE, se desprende que los "derechos fundamentales y las libertades públicas" sólo podrán ser "regulados" por ley orgánica y no mediante un instrumento normativo de diferente rango[8].

[1] Ver, entre otros, Añón, María José y García Añón, José (coord.), *Lecciones de derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, ps. 36 y siguientes.

[2] La consagración como derechos fundamentales del derecho a la propiedad privada, a la herencia (art. 33) y a la libertad de empresa, en el marco de una economía de mercado (art. 38) constituye un primer límite al desarrollo de políticas sociales. Sin embargo, también debe tenerse en cuenta que los primeros podrán delimitarse de acuerdo a su "función social" (art. 33) y que los segundos se garantizarán de acuerdo a las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación (art. 38).

[3] Ver Navarro, V., *El subdesarrollo social de España. Causas y consecuencias*, Anagrama, Barcelona, 2006, ps. 41 y siguientes.

[4] En rigor, debe agregarse también el art. 25.2, que establece el derecho del condenado a pena de prisión a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la seguridad social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

[5] El art. 47 establece también el derecho de "la comunidad" a participar "en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos".

[6] Entre los "principios" y "mandatos" sociales dirigidos a los poderes públicos que contiene el Capítulo III del Título I se encuentran la protección: de la familia (art. 39), del pleno empleo (art. 40); de un régimen público de seguridad social (art. 41); de la salud pública (art. 43); de los recursos naturales y del medio ambiente (art. 45); de la utilización del suelo de acuerdo con el interés general (art. 47); de las personas con discapacidades (art. 49); de los ciudadanos de la tercera edad (art. 50); de los consumidores y usuarios (art. 51).

[7] Otro rasgo, en efecto, de la CE como Constitución "post-social", es que muchos principios y mandatos sociales que podrían haberse incluido en el Título I, y que incluso podrían haberse redactado como derechos subjetivos, se encuentran desplazados al menos protegido Título VIII. Así, por ejemplo, el art. 128 establece que toda la riqueza del país "en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad" está subordinada al interés general; o el art. 129, que consagra el deber de los poderes públicos de establecer formas de participación de los interesados en la seguridad social, así como los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a los medios de producción.

[8] Las leyes orgánicas son un instrumento normativo previsto para regular ciertas materias consideradas relevantes (derechos fundamentales, Estatutos de Autonomía, régimen electoral, organización del Poder Judicial, etc.) y requieren, desde el punto de vista formal, ser aprobadas por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados en el trámite de votación final.

Aunque no de manera unívoca, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha tendido a interpretar restrictivamente la reserva de ley orgánica, limitándola a los derechos contenidos en la Sección I del Capítulo II –derechos civiles y políticos, fundamentalmente–. Igualmente, la ha limitado a la regulación de los aspectos "sustanciales" de los derechos concernidos o a sus elementos "básicos"[9].

Una parte de la doctrina, en cualquier caso, considera que también el contenido básico de los derechos sociales está cubierto por una reserva general de ley, de modo que la regulación de su régimen esencial estaría encomendado, bien al legislador estatal, bien al legislador autonómico.

I. 2. El contenido esencial de los derechos

El artículo 53.1 de la CE también prevé que la regulación legal del ejercicio de los derechos deberá respetar su contenido esencial, esto es, el núcleo indisponible sin el cual los derechos resultarían impracticables o irreconocibles[10].

A pesar de que el artículo 51.3 sólo se refiere a los derechos reconocidos en el Capítulo II, existe un cierto acuerdo en que todos los derechos constitucionales, incluidos los sociales, disponen de un "contenido mínimo" protegido frente a intervenciones que los desvirtúen[11]. Una función similar puede atribuirse a la noción de "garantía institucional", según la cual los poderes públicos tienen el deber de preservar ciertas instituciones sociales "en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar"[12].

I. 3. Protección jurisdiccional objetiva: el control abstracto de constitucionalidad

El Tribunal Constitucional (TC) tiene competencia exclusiva para declarar la inconstitucionalidad de leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. Sólo ciertos órganos de relevancia política –el presidente de gobierno, el defensor del pueblo, 50 diputados, 50 senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las comunidades autónomas y, en su caso, las asambleas de las mismas– pueden activar al TC mediante el recurso de inconstitucionalidad.

De este modo, si bien el legislador es el responsable primario por el desarrollo de los derechos y de las políticas sociales, el TC puede actuar como "legislador negativo" –anulando preceptos constitucionales– e incluso dirigir recomendaciones al Parlamento. También es el órgano encargado de estipular a quién corresponde regular un determinado aspecto de un derecho en caso de conflictos de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas.

I. 4. Protección jurisdiccional subjetiva: recursos jurisdiccionales ordinarios y especiales en caso de violación

Sólo el derecho a no ser discriminado del artículo 14 y aquellos reconocidos en la Sección I del Capítulo II del Título I[13] disponen, además, de dos vías especiales de protección jurisdiccional: 1) el recurso preferente y sumario, que es una especie de amparo judicial ordinario, y 2) el recurso de amparo constitucional (art. 53.2, CE)[14].

En principio, las violaciones de derechos fundamentales cometidas por particulares quedan fuera de la cobertura del amparo constitucional. Sin embargo, si un derecho lesionado por un particular no fuera reparado en sede judicial por la inaplicación o por una aplicación errónea de los preceptos constitucionales, sería posible, dentro de ciertos límites, recurrir al TC por vía indirecta por vulneración de la tutela judicial efectiva (art.

[9] Para un debate más detenido sobre estas cuestiones, ver Barceló, Mercè, *La ley orgánica. Ámbito material y posición en el sistema de fuentes*, Atelier, Barcelona, 2004, ps. 47-71.

[10] Sobre la noción de contenido esencial, pueden verse, entre otras, las señeras Sentencias 11/1981 o 37/1981 del Tribunal Constitucional.

[11] Es conocida la tesis de Ignacio de Otto según la cual "la garantía del contenido esencial tiene valor declarativo y no constitutivo: no añade ningún límite de los límites distinto al que resulta del propio valor constitucional de los derechos fundamentales. Por eso la garantía del contenido esencial no es privativa de los derechos fundamentales, sino común a cualquier norma constitucional". Ver *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la CE*, en Martín-Retortillo, L. y De Otto, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.

[12] Así, por ejemplo, en la Sentencia 26/1987 (FJ 4) y 76/1988 (FJ 4) del Tribunal Constitucional.

[13] El derecho a la vida y a la integridad física (art. 15); el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16); el derecho a la libertad personal y a la seguridad (art. 17); el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18); el derecho a la residencia y a la libre circulación (art. 19); el derecho a la libre expresión y a la libertad de información (art. 20); el derecho de reunión (art. 21); el derecho de asociación (art. 22); el derecho de participación en los asuntos públicos (art. 23); el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24); el derecho a la legalidad penal (art. 25); el derecho a la educación (art. 27); el derecho a la libertad de sindicación (art. 28) y el derecho de petición (art. 29). El derecho de amparo también se reconoce de manera expresa a la objeción de conciencia (art. 30), a pesar de encontrarse en la Sección II del Capítulo II.

[14] El carácter preferente del amparo judicial tiene que ver con la urgencia del procedimiento, así como con su capacidad para desplazar otros que puedan sustanciarse en otros tribunales. La sumariedad, por su parte, afecta a ciertas limitaciones procesales y a la restricción de las estrategias de defensa que las partes pueden utilizar. El amparo constitucional, por su parte, se consagra como un recurso extraordinario y de naturaleza subsidiaria que tiene por objeto la reparación de lesiones a los derechos protegidos cometidas por los poderes públicos.

24, CE). Se trataría de una transposición de la llamada "finta alemana", que permite interponer un recurso de amparo, no contra el particular, sino contra la sentencia del Poder Judicial que no protege el derecho, por tratarse de un acto de poder público[15].

Además de estos recursos especiales, otras de las vías utilizadas por los tribunales laborales, administrativos y civiles para tutelar los derechos constitucionales son las medidas cautelares de protección o reparación, así como los diferentes mecanismos de responsabilidad civil y patrimonial de la administración pública.

La doctrina y la jurisprudencia dominantes tienden a considerar la exigibilidad jurisdiccional como una característica exclusiva de los derechos personalísimos civiles y políticos. A la difusión de este prejuicio contribuye sin duda la confusa redacción del artículo 53.3 de la CE. Según este precepto, el reconocimiento, respeto y protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, "informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos". Sin embargo, "sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen".

Se ha dicho que este artículo consagra la no justiciabilidad de los derechos sociales y su carácter no fundamental, en suma, en el sistema constitucional español[16]. Sin embargo, esta opinión es discutible[17]. En la práctica, los derechos sociales han resultado protegidos, por "conexión", en numerosos recursos de amparo judicial y constitucional[18], contra los poderes públicos y, de manera indirecta, contra particulares en el ámbito de la vivienda, el empleo, la sanidad o la educación. Se han beneficiado de medidas cautelares e incluso han generado reclamos por responsabilidad en la prestación de servicios tanto ante la administración como ante los tribunales ordinarios.

I. 5. La protección del defensor del pueblo

Junto a las garantías legislativas y jurisdiccionales, el artículo 54 de la CE prevé una garantía institucional adicional: la figura del defensor del pueblo. El defensor del pueblo es considerado un "alto comisionado de las Cortes generales" y tiene a su cargo defender los derechos contenidos en el Título I –incluidos los derechos sociales– y supervisar, con este propósito, la actuación de la administración. Puede recibir quejas y realizar recomendaciones a las autoridades y funcionarios de las administraciones. También presenta un Informe anual a las Cortes en relación con su actuación. Algunas comunidades autónomas prevén la existencia de figuras equivalentes con competencias similares.

III. Otros principios estructurales que inciden en la configuración constitucional de los derechos sociales

Además de la posición específica que los derechos sociales ocupan en el Título I de la CE y de las garantías que de allí se derivan, su configuración constitucional se encuentra condicionada por una serie de *principios estructurales* centrales para entender su vínculo con el mandato de no regresividad.

a) El primero de estos principios estructurales es el del *Estado social*, tomado de la Ley Fundamental de Bonn, y contemplado en el artículo 1.,1, CE. Este principio cobra sentido y se complementa con el *principio de igualdad material* recogido en el artículo 9.2, según el cual "corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". Aunque ninguna de estas dos cláusulas tiene eficacia jurídica "autónoma", han sido centrales en las argumentaciones a favor de

15 Aunque este supuesto indirecto también tiene algunas limitaciones. Ver Bilbao Urbillos, J. M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; Estrada, Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad del Externado, Bogotá, 2000.

16 Algunos autores concluyen que los derechos sociales no serían siquiera genuinos derechos constitucionales. Es la radical posición, por ejemplo, de Jiménez Campo, Javier, *Art. 53: protección de los derechos fundamentales*, en Álzaga, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. IV, Edesa, Madrid, 1996.

17 Una interpretación más garantista que la tradicional podría sostener, por ejemplo, que el art. 53.3 se refiere a los "principios" del Capítulo III, pero no a los "derechos" –a la vivienda, a la salud, a la seguridad social– en él contenidos. Igualmente podría afirmar que "informar" la práctica judicial equivale a poder servirse de ella. Que los principios rectores sólo puedan hacerlo "de acuerdo" con lo que dispongan "las leyes que los desarrollen" es algo que ocurre, al cabo, con todos los derechos, incluidos los civiles y políticos: mientras más clara y minuciosa sea la configuración legal de su contenido, mayores serán las posibilidades de hacerla valer ante un tribunal (lo que no quiere decir que en ausencia de ley previa el derecho quede vacío). Ver, en un sentido similar a éste, Escobar Roca, G., *Los derechos constitucionales dispersos como derechos subjetivos: el ejemplo del medio ambiente*, en *Estudios de derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1997, ps. 673-674.

18 Por ejemplo: en un recurso de amparo nacido de un proceso civil de filiación extramatrimonial, el Tribunal Constitucional (STC 7/1994) protegió la vulneración de un principio rector –el deber de los poderes públicos de posibilitar la investigación de la paternidad (art. 39, CE)– en conexión con la tutela judicial efectiva (art. 24, CE). Sobre la utilización de principios rectores o derechos sociales para reforzar por "conexión" el amparo de otros derechos "fundamentales", ver Prieto Sanchís, L., *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, en Añon, M. José (ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, PUV-Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, ps. 111 y siguientes.

la existencia de un principio constitucional de no regresividad en materia de derechos sociales[19].

b) En segundo término, la CE consagra el *principio de respeto de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad* (art. 10.1) y el *principio de apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, recogido en el artículo 10.2.

Ambas cláusulas encierran un especial potencial garantista, a pesar de lo cual han funcionado de manera asimétrica tratándose de derechos civiles y políticos y de derechos sociales. Así, por ejemplo, el TC ha invocado el principio de dignidad de la persona para sostener que todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, gozan de ciertos derechos constitucionales mínimos que ninguna ley puede limitar o recortar[20]. Sin embargo, ha excluido a los derechos sociales de ese núcleo básico, por considerar que su relación con la dignidad de la persona no era igualmente "estrecha"[21].

Del mismo modo, el TC ha delimitado el contenido "reactivo" de muchos derechos consagrados en la CE teniendo en cuenta convenios que protegen derechos civiles y políticos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de 1966, o el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950[22]. Sin embargo, no ha utilizado con la misma asiduidad convenios específicos sobre derechos sociales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de 1966, o la Carta Social europea, de 1961 (revisada en 1996)[23].

19 Comenzando, como se dirá luego, por la señera Sentencia 81/1982 del Tribunal Constitucional.

20 Así, en su Sentencia 107/1984.

21 Para una crítica de este punto de vista, Pisarello, G., *Los derechos sociales de la población inmigrada: razones para una comunidad plural e inclusiva*, en Pisarello, G. y Valiño, V. (coords.), *Sur o no Sur. Los derechos sociales de las personas inmigradas*, Icaria, Barcelona, 2006. Sobre el papel del principio de dignidad de la persona en el reconocimiento de los derechos de los extranjeros, ver, más ampliamente, Gutiérrez Gutiérrez, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2005.

22 Aunque el convenio recoge básicamente derechos civiles y políticos "clásicos", el Tribunal Constitucional ha utilizado preceptos suyos y jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo que, por "conexión", comportan la protección de derechos de contenido social. Así, en su Sentencia 119/2001, el Tribunal Constitucional acogió la línea jurisprudencial establecida en el caso "López Ostra c. España", de 1994, y sostuvo que "en determinados casos de especial gravedad, ciertos daños ambientales, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio en los términos del art. 8.1 del Convenio de Roma" (FJ 6).

23 Más atención, en cambio, han recibido por parte de la jurisprudencia constitucional los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

c) Un tercer término central en la arquitectura de la CE es el *principio autonómico*. Este principio expresa la descentralización política del Estado y sitúa al modelo español en una suerte de camino intermedio entre los Estados federales y los regionales. En virtud del mismo, tanto el Estado central como las comunidades autónomas disponen de títulos competenciales transversales y específicos para intervenir en materia de derechos sociales, lo que pueden hacer, como es evidente, en términos garantistas o regresivos[24].

Según el artículo 149.1.1 de la CE, el Estado central tiene competencia exclusiva sobre la regulación de las "condiciones básicas" que garanticen la igualdad entre todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Junto a ese título competencial horizontal, el legislador estatal dispone de otros títulos específicos que, junto a los propios principios rectores del Capítulo III del Título I, lo autorizan a incidir en la regulación de derechos sociales constitucionales[25].

El TC ha sostenido, en todo caso, que ninguno de estos preceptos habilita un desarrollo exhaustivo e idéntico en todo el territorio de los derechos constitucionalmente previstos. Así, la mayoría de las comunidades autónomas ha asumido, al amparo de la CE y de sus propios Estatutos de Autonomía, competencias en materia de asistencia y seguridad social (arts. 148.20 y 149.17), vivienda (148.3), educación (148.17 y 149.30) o sanidad (148.21 y 148.16).

24 También las entidades locales disponen de algunas competencias en materia de prestaciones sociales básicas. La Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, de 1985, reconoce a los municipios, sobre todo a los más poblados, competencias en materia de prestación de servicios sociales y de promoción y reinserción social (arts. 25.2, apartado K; y 26.1, apartado C). Aunque estas prestaciones suelen variar de territorio en territorio, existen instrumentos de intervención, como los Planes Concertados para el Desarrollo de Prestaciones Básicas de Servicios Sociales, que permiten coordinar a los diferentes niveles de la administración pública y garantizar al menos un contenido mínimo en las prestaciones otorgadas.

25 Con frecuencia, en efecto, el Estado central justifica su intervención en este ámbito con títulos competenciales más específicos: el establecimiento de las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13); la institución de las bases y la coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16); la fijación de la legislación básica y del régimen económico de la seguridad social (art. 149.1.17); el desarrollo de la legislación básica sobre protección del medio ambiente (art. 149.1.23). A veces, por su parte, ha apoyado estas actuaciones con la invocación del principio de igualdad material (art. 9.2), del derecho a la protección a la salud (art. 43) a un medio ambiente adecuado (art. 45) o a la vivienda (art. 47). Para un análisis más exhaustivo, ver Cabellos, M. A., *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2001, ps. 213 y siguientes.

Establecer un vínculo unívoco entre nivel competencial y garantismo social no es sencillo[26]. Aunque existe un difundido prejuicio que considera al Estado central como el espacio "natural" de tutela de los derechos sociales, sus intervenciones no siempre maximizan su protección. A veces, como en el caso del derecho a la educación, los excesos del legislador estatal han privado a las comunidades autónomas de capacidad de actuación y han propiciado situaciones abiertamente regresivas[27]. Otras, como en el caso del derecho a la salud, esa regresividad ha sido el producto, no tanto de la falta de reconocimiento de competencias normativas, como de la no transferencia de los servicios y recursos para hacerlas efectivas[28].

d) Finalmente, es esencial para entender la configuración constitucional de los derechos sociales el *principio de integración europea*. En virtud del mismo, el ordenamiento español reconoce el efecto directo y la primacía de la normativa de la Unión Europea (UE) sobre la legislación estatal en aquellos ámbitos en los que se haya producido una cesión de competencias[29]. Ese principio de primacía incide en muchos ámbitos ligados a la

[26] La descentralización en materia de políticas sociales ha sido con frecuencia utilizada como excusa para la privatización de recursos y para erosionar los mecanismos de solidaridad existentes entre diferentes territorios. En muchos estados federales y descentralizados, sin embargo, las entidades subestatales gozan de competencias para ir más allá, aunque no para restringir el contenido "básico" de los derechos garantizado por el Estado central. Así, y como se ha visto con frecuencia en el caso español, la descentralización también ha sido un instrumento valioso de democratización del acceso a los servicios públicos y de contención de políticas regresivas impuestas en el ámbito estatal. Ver una introducción al respecto en Sáenz Royo, E., *Estado social y descentralización política: una perspectiva constitucional comparada entre Estados Unidos, Alemania y España*, Civitas, Madrid, 2003; Aparicio, M. A. (ed.), Castellà, J. M. y Expósito, E. (coords.), *Derechos y libertades en los Estados compuestos*, Atelier, Barcelona, 2006.

[27] El reconocimiento de derechos sociales a las personas extranjeras ofrece algún ejemplo interesante al respecto. En 2000, el gobierno conservador del Partido Popular introdujo una reforma regresiva a la ley de extranjería que dejaba a los menores extranjeros de entre 16 y 18 años sin derecho a la educación no obligatoria –que comprende la formación profesional– y al sistema público de becas y ayudas. El gobierno de la Comunidad Autónoma de Cataluña intentó suplir esa restricción y emitió un decreto que extendía a los menores extranjeros, con o sin permiso de residencia, ese y otros derechos educativos. El gobierno del Partido Popular impugnó este Decreto ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y el precepto que reconocía la prestación fue anulado (STSCJ 1233/2004, de 4 de noviembre). Haciendo caso omiso a lo previsto en diversos tratados de derechos humanos y en la propia CE, el Tribunal consideró que el gobierno de Cataluña había invadido competencias en materia de extranjería y de educación que correspondían al Estado central.

[28] Sobre la inequidad de los fondos en relación con su renta y población que las comunidades autónomas reciben del gobierno estatal para atender sus prestaciones sanitarias, ver Navarro, *El subdesarrollo social de España. Causas y consecuencias*, cit., ps. 58 y siguientes.

[29] El art. 93 de la CE dispone que "mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución". Una parte importante de la doctrina ha considerado que este artículo es un título insuficiente para continuar transfiriendo competencias a un ordenamiento cuyas pretensiones formalmente constitucionales son cada vez mayores. De hecho, la incorporación del principio de integración europeo es uno de los elementos del debate sobre la reforma constitucional hoy en curso. Ver, en todo caso, lo dicho por el Tribunal Constitucional en su Declaración 1/2004 sobre las eventuales contradicciones entre la CE y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma en octubre de 2004.

garantía de derechos sociales. Al menos desde el Acta Única Europea de 1986 y del Tratado de Maastricht de 1991, el "núcleo" normativo del derecho originario y derivado europeo se orienta, fundamentalmente, a la garantía de la libertad de circulación de capitales, servicios y mercancías, y al cumplimiento de los criterios del llamado "Pacto de Estabilidad y Crecimiento"[30]. Aunque no es este el sitio para argumentar con detalle sobre esta cuestión, es evidente que estos principios no favorecen una implementación expansiva de derechos sociales[31]. Ello explica que, al menos desde los años 90, la "Constitución económica europea" pueda considerarse un factor decisivo en la erosión de ciertas políticas sociales en el Estado español así como en su acelerado proceso de alejamiento de los estándares consagrados, por ejemplo, en los países del norte del continente[32].

IV. El debate sobre la no regresividad de los derechos sociales

Las consideraciones anteriores permiten situar mejor el debate sobre la no regresividad en el sistema constitucional español. La función "reactiva", en realidad, es una de las atribuidas a los principios y derechos sociales contenidos en la CE. Con frecuencia se ha atribuido a estas cláusulas un triple valor: a) como cláusulas de habilitación, b) como mandatos

[30] El Pacto de Estabilidad y Crecimiento, vinculante para todos los países de la zona europea, no se plantea objetivos sociales de ningún tipo. En cambio, prevé estrictos criterios monetaristas basados en la contención de la inflación y del gasto público. Estos criterios –en la medida en que inhiben, por ejemplo, los aumentos salariales, y determinan una presión a la baja sobre los gastos sociales– reducen notablemente el ámbito de lo política y constitucionalmente "decidible" en el interior de cada Estado.

[31] Ver algunas reflexiones al respecto en Joeges, C., *¿Qué tiene de social-demócrata la Constitución económica europea?*, en "Revista Española de Derecho Constitucional", nº 73, Madrid, 2005; y Maestro Buelga, G., *Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea*, en "Revista Española de Derecho Europeo", nº 7, 2000.

[32] Lamentablemente, ninguna de estas cuestiones fueron objeto de reflexión por parte del Tribunal Constitucional en la aludida Declaración 1/2004. El Tribunal se limitó a establecer que existía una compatibilidad "general" entre el tratado constitucional europeo y el principio del Estado social y democrático de derecho recogido en el art. 1.1., sin entrar en consideraciones de fondo acerca del impacto que un texto con pretensiones constitucionales de ese tipo podía tener sobre la configuración de la "Constitución social" interna.

positivos de optimización y c) como mandatos negativos, precisamente, de no regresividad.

a) El valor *habilitador* de los derechos y principios sociales supone, ante todo, una *autorización* al legislador para que impulse políticas limitadoras de derechos como la propiedad privada (art. 33, CE) o la libertad de empresa (art. 38, CE) que de otro modo resultarían inconstitucionales[33].

b) Su valor *optimizador*, a su vez, comporta una *obligación positiva* para el legislador, que le impele a desarrollar, hasta el máximo de sus posibilidades jurídicas y fácticas, el contenido de estos derechos y principios[34].

c) Su eficacia *reactiva*, finalmente, estaría ligada a la función anterior: el legislador tendría, una vez desarrollado el contenido de ciertos derechos sociales, la *obligación negativa* de no imponer restricciones arbitrarias al mismo.

Usualmente, se considera que la función que más dificultades plantea es la de optimización, en la medida en que la obligación positiva de desarrollar un derecho suscita, en caso de incumplimiento absoluto, el espinoso tema de la "inconstitucionalidad por omisión"[35]. Sin embargo, cuando el desarrollo es parcial, la situación es más compleja. Si una omisión absoluta puede considerarse una vulneración del mandato positivo de optimización, una omisión relativa que comporte el desarrollo insuficiente o defectuoso de un derecho social, podría reputarse, como se dirá luego, un supuesto de regresión arbitraria, y por tanto, prohibida.

En sentido estricto, en todo caso, el mandato de no regresividad ha sido tematizado como corolario del derecho a la seguridad jurídica o, en general, del valor de la Constitución como límite normativo al poder.

Tras la aprobación de la CE, en efecto, una parte de la doctrina se inclinó por la tesis de la irreductibilidad, más o menos matizada, de las conquistas sociales[36]. Esta reflexión fue "importada" de la doctrina alemana, que había planteado el tema a propósito de la Ley Fundamental de Bonn (LFB). Konrad Hesse, por ejemplo, fue uno de los primeros en sugerir que, aunque la LFB no incluía un mandato de realización del Estado social con un contenido y una dirección determinados, una vez que éste hubiera sido fijado por vía legal o reglamentaria, toda medida regresiva que afectara el contenido mínimo, esencial, de tales regulaciones, estaría viciada de inconstitucionalidad[37].

En Portugal, otra experiencia constitucional influyente en la española, Gomes Canotilho defendió la inclusión en la Constitución de un principio de "prohibición de retroceso social o de evolución reaccionaria". En virtud del mismo, una vez consagrados legislativamente, los derechos sociales pasarían a constituir, simultáneamente, una garantía institucional, objetiva, y un derecho subjetivo[38].

Tanto las propuestas de Hesse como las de Canotilho fueron objetadas con el argumento de que sólo eran posibles en épocas de bonanza económica, pero no ante situaciones de recesión o de "vacas flacas"[39]. Sin embargo, uno y otro insistieron en la idea de que el contenido social mínimo debía operar incluso en épocas de crisis. Para el autor portugués, el principio de no regresividad debía entenderse como una expresión del *principio de confianza* y de *seguridad* de los ciudadanos frente a derechos en cierto modo "adquiridos" en el ámbito económico y social[40].

[33] En su Sentencia 88/1994, por ejemplo, el Tribunal Constitucional debía decidir si la imposición de una prórroga forzosa al propietario arrendador de un piso suponía una desnaturalización del derecho de propiedad. Teniendo en cuenta la situación económica del arrendador y la del arrendatario, consideró que el art. 47 de la CE (derecho a la vivienda) y el art. 39.1 (que exige que los poderes públicos velen por la protección del domicilio familiar y por la familia en sí) convertían la prórroga forzosa en una delimitación razonable del derecho de propiedad, que en ningún caso lo desnaturalizaban.

[34] Sobre el valor de los principios y los mandatos de optimización, ver, entre otros, Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996.

[35] A pesar de que, muy temprano, en su Sentencia 15/1982, el Tribunal Constitucional sostuvo que "la dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar un derecho reconocido en ella", la reacción general de la doctrina española ante el instituto de la inconstitucionalidad por omisión ha sido más bien escéptica. Ver, por todos, la ortodoxa posición de Pérez Royo, J., *Inconstitucionalidad por omisión*, en Aragón, M. (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, t. I, Civitas, Madrid, 1999, ps. 66 y siguientes.

[36] Una buena introducción al debate sobre la irreversibilidad en la doctrina española puede verse, entre otros, Ojeda Marín, A., *Estado social y crisis económica*, Editorial Complutense, Madrid, 1996, ps. 91 y siguientes.

[37] Las tesis de Hesse y la polémica por ellas suscitada fueron recogidas en el ámbito español, ver Parejo Alfonso, L., *Estado social y administración pública*, Civitas, Madrid, 1983. ps. 54 y siguientes.

[38] Gomes Canotilho, J. J., *Derechos, derechos; tribunales, tribunales*, en "Revista de Estudios Políticos", nº 60-61, Madrid, 1988, p. 828.

[39] Sobre el escepticismo de la doctrina alemana respecto del valor impeditivo de los derechos sociales constitucionales y su recepción en la doctrina española, ver García Macho, R., *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda digna*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, ps. 58 y siguientes.

[40] Este punto de vista habría sido validado por el propio Tribunal Constitucional portugués cuando en su Sentencia 39/1984 declaró la inconstitucionalidad de un Decreto ley del Gobierno "subrepticiamente aniquilador" del Servicio Nacional de Salud. El Tribunal portugués sostuvo entonces: "Desde el momento en que el Estado cumple (total o parcialmente) las tareas impuestas en orden a la realización de un derecho social, el respeto constitucional de éste deja de consistir (o deja sólo de consistir) en una obligación positiva, para transformarse o pasar a ser también una obligación negativa. El Estado, que estaba obligado a actuar para dar satisfacción al derecho social, pasa a estar obligado a abstenerse de atentar contra la implementación dada al derecho social" (Gomes Canotilho, *Derechos, derecho*, cit., p. 828).

Algunas de estas ideas fueron expuestas con cierto entusiasmo por la doctrina española en los primeros años de vigencia del texto constitucional. López Guerra fue uno de los primeros en sostener, a partir del valor normativo de la Constitución, que más que forzar un avance, ésta impedía un retroceso en las realización del Estado social. Las disposiciones sociales constitucionales, en consecuencia, venían a "congelar" las ventajas alcanzadas, pero sólo frente a modificaciones regresivas: actuaban, en otros términos, como normas rígidas resistentes a toda reforma *in pejus*[41].

En el ámbito laboral, Aparicio Tovar sostuvo, por su parte, que la reducción de los niveles de protección alcanzados convertiría "la vida en una permanente insatisfacción frágilmente mantenida, lo que sin duda es poco acorde con el pregonado Estado social de derecho". Y frente a quienes argüían que los recortes eran inevitables en tiempos de crisis económicas mantenía que era precisamente entonces cuando más necesarios resultaban[42].

Otros, en fin, como Beltrán Aguirre, defendían que admitir la regresión en materia de derechos sociales suponía aceptar el aumento de la desagregación y la desigualdad social, dos elementos incompatibles con la definición del Estado español como Estado social y con el compromiso de los poderes públicos, recogido en el artículo 9.2 de la CE, de "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y los grupos en que se integra sean reales y efectivas"[43].

Los autores que animaban este punto de vista podían invocar, en los primeros años de andadura del TC, las Sentencias 81/1982 (FJ 3) y 98/1983 (FJ 2). De ellas se deducía, por ejemplo:

> "Dado el carácter social y democrático que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los artículos 9.2 y 35 de la Constitución de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas y la promoción a través del trabajo (...) debe entenderse que *no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas*" (STC 81/1982, FJ 3; el énfasis es mío).

Al intentar delimitar las "razones suficientes" que justificarían la reducción o el endurecimiento de las condiciones de acceso a ciertas prestaciones sociales, algunos autores invocaban, en sintonía con criterios luego sostenidos por el Comité de DESC de Naciones Unidas, el mejor reparto

41 Ver López Guerra, L., *Un Estado social*, en De Esteban, J. y López Guerra, L., *El régimen constitucional español*, t. I, Labor, Barcelona, 1980, ps. 313 y siguientes.

42 Aparicio Tovar, J., *La seguridad social y la protección de la salud*, Civitas, Madrid, 1988, ps. 102 y siguientes.

43 Beltrán Aguirre, J. L., *El régimen jurídico de la acción social pública*, HAEE/ IVAP, Oñati, 1992, ps. 191 y siguientes.

de las prestaciones disponibles o la extensión de la cobertura a un mayor número de beneficiarios[44].

A pesar de su aparente razonabilidad, la tesis de la no regresividad nunca fue hegemónica. La decidida apuesta de las mayorías legislativas tanto socialdemócratas como conservadoras por políticas de contención del gasto social obsesionadas por el equilibrio presupuestario, y por políticas de "flexibilización" laboral obcecadas en abaratar el despido, encontraron rápido acomodo en la mayoría de la doctrina y en la jurisprudencia constitucional[45].

III. 1. Argumentos contra la no regresividad: la apertura constitucional, la libertad de configuración legislativa y la reserva de lo económicamente posible

Un primer argumento esgrimido contra el principio de no regresividad fue el de la apertura de la Constitución. Según este punto de vista, la Constitución sería, más que un orden *dirigente*[46], un *marco abierto* cuya defensa no podría confundirse con el desarrollo o el respeto de un modelo social ya presente *in nuce* en el texto constitucional[47].

Esta idea de apertura constitucional, estrechamente ligada a la noción de pluralismo político (art. 1.1) estaría recogida en el *dictum* de la temprana Sentencia 11/1981 del TC. En opinión del Tribunal, la CE sería: "Un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo". Según este principio, la interpretación de la CE no consistiría en "cerrar el paso a las (diferentes) opciones o variantes (posibles)", ya que éstas "no están pre-

44 Así, por ejemplo, Aznar López, M.; Niño Raez, E. y Orozco Jiménez, F., *La ley de pensiones desde la perspectiva constitucional*, en "Revista Española del Derecho de Trabajo", nº 23, Madrid, ps. 384 y siguientes. En su Observación General 3, el Comité DESC de Naciones Unidas establece la prohibición de adoptar medidas "deliberadamente regresivas" que carezcan de "justificación suficiente" en relación con la "totalidad de derechos" previstos por el PIDESC. En su Observación General 4, referida al derecho a una vivienda adecuada, dispone por su parte que "un deterioro general en las condiciones de vida y vivienda que fuera directamente atribuible a las decisiones de política general, a las medidas legislativas de los Estados parte y a falta de medidas compensatorias concomitantes, contradiría las obligaciones dimanantes del Pacto".

45 La precarización del empleo, consentida por la ley 32/1984, de 2 de agosto, fue un aviso temprano en esa dirección.

46 La noción de Constitución "dirigente", pensada para poner de relieve la densidad normativa de las Constituciones sociales frente al legislador, fue popularizada por J. J. Gomes Canotilho. Ver, *Constituiçao dirigente e vinculaçao do Legislador*, Coimbra, 1982.

47 Sobre la idea de Constitución como un marco procedimental que deja un amplio margen a la configuración legislativa, ver, entre otros, Alexy, R., *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Pulido, C. B., Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2004, ps. 23 y siguientes.

viamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo" (FJ 7).

Esta concepción de la Constitución como un orden "abierto" y "plural" dejaría un amplio margen para la libre configuración legislativa. Dicho margen operaría de manera singular tratándose de derechos sociales y obligaría, por tanto, a flexibilizar el principio de no reversibilidad en esa materia. Sobre todo si se tiene en cuenta que la propia CE admite, por ejemplo, que los recursos deben distribuirse de manera "equitativa" y que esa asignación puede verse atenazada por exigencias propias de la "estabilidad económica" (arts. 31.2 y 40, CE).

En un intento, precisamente, de moderar el alcance del principio de no regresividad para hacerlo compatible con el pluralismo político, Parejo sostiene que si bien sería inconstitucional, por vulneración de los artículos 1.1 y 9.2 de la CE "cualquier política legislativa que tuviera por objeto global la reducción o supresión por sí misma de los derechos de contenido social ya reconocidos por el ordenamiento", siempre resultaría posible una reconfiguración de los mismos a partir de una "política socioeconómica distinta"[48]. Satrústegui, por su parte, plantea que es necesario distinguir las leyes que "desatiendan" las obligaciones estatales que imponen los principios rectores del Capítulo III de la imposibilidad de modificar la política social reduciendo o condicionando algunas de sus prestaciones[49].

El propio TC ha dado cobijo en sus decisiones a esta interpretación débil del principio de no regresividad, sobre todo cuando considera que está en juego la "reserva de lo económicamente posible". Así, la categoría de derechos de configuración legal le ha servido para recordar que, especialmente en materia de derechos sociales, el legislador goza de una amplia capacidad de modulación cuando concurran circunstancias económicas "imperativas para la viabilidad y eficacia" de dichos derechos (STC 44/2004, FJ 4)[50]. La conciencia de estos límites, a su vez, le ha conducido a asumir un explícito *self-restraint* en la materia y a declarar, en más de una ocasión, su propósito de "no interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema" (v. gr., las STC 184/1993, FJ 6; y 213/2005, FJ 4).

48 Parejo Alfonso, *Estado social*, cit., ps. 89 y siguientes.

49 Ver López Guerra, L.; Satrústegui, M. *et al.*, *Derecho constitucional*, vol. I., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, ps. 365 y siguientes.

50 En su Sentencia 197/2003 (FJ 3), el Tribunal Constitucional sostiene que las situaciones de necesidad que justifican el reconocimiento de derechos sociales "han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en el que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales".

III. 2. Argumentos a favor de la no regresividad: la proporcionalidad de las restricciones y el contenido mínimo indisponible

La asunción de una concepción generosa de la "apertura" constitucional y la marcada propensión del TC a la deferencia legislativa en cuestiones sociales han impedido, en definitiva, que el principio de no regresividad pueda operar de manera consistente en el sistema constitucional español. Sin embargo, podrían apuntarse dos vías indirectas, reconocidas también por la jurisprudencia constitucional, capaces de activar este mandato en términos más exigentes: el control de proporcionalidad de las políticas públicas *prima facie* regresivas y la determinación de un "contenido mínimo" infranqueable para todos los derechos sociales.

La posibilidad de controlar la razonabilidad o la proporcionalidad de las políticas legislativas es un rasgo central del constitucionalismo contemporáneo. La exigencia de razonabilidad en las actuaciones públicas, en realidad, puede verse como un sucedáneo del principio de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3, CE). Así, por ejemplo, cuando el Tribunal Constitucional declara su propósito de no intervenir en cuestiones que puedan "alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema", lo hace dejando a salvo la posibilidad de controlar aquellas medidas que "estén desprovistas de toda justificación objetiva y razonable" (STC 184/1993, FJ 6).

Ello explica que aunque la CE no obligue al legislador a una concreción determinada de sus cláusulas sociales, una vez que éste las desarrolla no puede hacerlo de manera "regresiva", excluyendo a personas o grupos en situación idéntica o incluso más grave desde el punto de vista de la necesidad de protección.

De ese modo, cuando el legislador –valiéndose incluso de la cláusula de igualdad material del artículo 9.2– introduce tratamientos normativos diferenciados con el pretendido propósito de favorecer a personas o grupos en situación de vulnerabilidad, el Tribunal Constitucional se reserva la posibilidad de controlar si la distinción legislativa en cuestión es razonable o si, por el contrario, se está ante una medida arbitraria, que establece límites en exceso gravosos o desmedidos para otros derechos o que vulneran el principio de no discriminación establecido en el artículo 14 de la CE (STC 200/2001, FJ 4; y 88/2005, FJ 5).

En ordenamientos como el alemán y, más recientemente, el español, es ampliamente aceptado que los tribunales puedan evaluar la regresividad de una medida determinada teniendo en cuenta, entre otros elementos[51]:

a) Su *legitimidad*; esto es, si sus fines mediatos o inmediatos son legí-

51 Para un panorama más amplio sobre esta cuestión, ver el excelente trabajo de Pulido, C. B., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003; Alexy, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, cit.

timos desde el punto de vista constitucional y, sobre todo, si no persiguen ningún bien constitucionalmente proscrito; b) su *idoneidad*, es decir, si se trata de una medida adecuada o al menos congruente con los fines que asegura perseguir[52]; c) su *necesidad*; esto es, su carácter indispensable frente a otras alternativas menos gravosas o perjudiciales para los derechos afectados; d) su *proporcionalidad en sentido estricto*; es decir, su carácter equilibrado y razonable por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que para otros bienes o valores en conflicto.

El TC, ciertamente, se ha mostrado "autocontenido" en la utilización de estos parámetros de control, sobre todo cuando ello pudiera suponer un choque frontal con opciones legislativas relevantes en materia económica[53]. Sin embargo, ha ido perfeccionando su alcance en un sentido que no excluye, de antemano, un uso más fecundo de los mismos en relación con políticas sociales *a priori* regresivas[54].

Nada de esto supone, en todo caso, que las virtualidades del principio de no regresividad se agoten con el control de proporcionalidad de las políticas públicas. Así, es posible sostener que incluso si una medida superara el test de proporcionalidad, podría reputarse inconstitucional si afectara el contenido "indisponible" del derecho social en cuestión tanto en su amplitud como en las condiciones para su disfrute. El contenido mínimo del derecho y la prohibición de "desfigurarlo" o "vaciarlo", se convertirían

[52] En el ya célebre caso "Grootboom", de 2000, el Tribunal Constitucional sudafricano presentó una aplicación interesante del control de idoneidad de las políticas sociales, ligándolo a su capacidad de prever soluciones para los grupos más vulnerables y para las situaciones más urgentes. Ver el comentario de Abramovich, V. y Courtis, C., *La justiciabilidad del derecho a la vivienda en la reciente jurisprudencia sudafricana*, en "Jueces para la democracia", nº 40, Madrid, 2001, ps. 71 y siguientes.

[53] Un ejemplo paradigmático al respecto puede encontrarse en la STC 213/2005, en la que el TC considera "razonable" y no "discriminatorio" que la Ley General de Seguridad Social prevea una prestación por desempleo parcial en caso de reducción de jornada y de salario por "regulación de empleo" y que no lo haga, en cambio, en caso de reducciones definitivas por modificación sustancial del contrato de trabajo.

[54] Por ejemplo, en sus Sentencias 55/1996 (sobre el régimen penal de la prestación sustitutoria), 66/1995 (sobre una concentración de trabajadores de banca) y 161/1997 (sobre el delito consistente en rehusar someterse al test de alcoholemia), el Tribunal Constitucional ha intentado afinar el alcance del juicio de necesidad, esencial para determinar el carácter regresivo o no de una medida. De lo que se trataría, en su opinión, es de determinar si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de medidas que el legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la existencia de medios alternativos menos gravosos y restrictivos de los derechos para una consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador. Ver González Beilfuss, M., *Últimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad*, en "Revista Jurídica de Catalunya", nº 4, Barcelona, 2002, ps. 179 y siguientes.

así en un umbral que ninguna medida regresiva podría rebasar, aunque se tratara de una decisión en principio "proporcional"[55].

El TC español se ha hecho eco de esta idea de indisponibilidad negativa al caracterizar al "contenido esencial" como una "barrera infranqueable" (STC 6/1981, FJ 4) o como un "núcleo indisponible" (STC 37/1981, FJ 2) o "irreductible" (STC 101/1991, FJ 2). Imágenes, todas ellas, alusivas a un reducto "interno" del derecho frente al que la acción del legislador debería detenerse.

Igualmente, refiriéndose al artículo 41 de la CE sobre el derecho a la seguridad social, el TC ha sostenido que dicho precepto "consagra en forma de garantía institucional un régimen público cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo (...) un núcleo o reducto indisponible por el legislador". Naturalmente, dicho núcleo es un concepto dinámico, que no puede establecerse en abstracto ni de una vez y para siempre. De ahí que el Tribunal apele a su preservación "en términos [que resulten] recognoscibles para la imagen que [del derecho o de la institución en cuestión] tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar" (STC 26/1987, FJ 4; y 76 1988, FJ 4).

Esta evanescente invocación de la "conciencia social", o lo que sería lo mismo, del "sentido común dominante", no puede leerse sino como una invitación a un permanente cuestionamiento de la lectura que de ellos realizan los órganos institucionales, comenzando por el legislador. Ello no quiere decir, sin embargo, que el juicio definitivo en torno a la regresividad o no de una medida deba realizarse en sede jurisdiccional, cabiendo alternativas que, sin perder su carácter conflictivo, pudieran resultar más dialógicas o bilaterales[56].

Por ejemplo, cuando el TC ha considerado que una disposición resulta "irrazonable", e incluso "regresiva", por vulnerar el principio de igualdad formal, se ha planteado distintas alternativas reparadoras que reflejan, a su vez, diversas percepciones acerca de cómo debería funcionar la división de poderes ante la vulneración positiva de un derecho[57]. Así, ha

[55] Es lo que mantienen, por ejemplo, las llamadas "teorías absolutas" del contenido esencial, para las que existe un núcleo absolutamente protegido del derecho en relación con el cual ni siquiera caben limitaciones "proporcionales". Ver, entre otros, Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Garzón Valdés, E., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, ps. 288 y siguientes.

[56] Puede encontrarse un muestrario de estas posibles "soluciones bilaterales" en Aja, E. (coord.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador de la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998.

[57] Sobre la posibilidad de control de las omisiones relativas, sobre todo por posibles vulneraciones al principio de igualdad, ver González Beilfuss, M., *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000; Díaz Revorio, F. J., *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

optado por: 1) anular la disposición que prevé la prestación o beneficio en cuestión por considerarla un "privilegio" discriminatorio; 2) disponer una igualación "hacia arriba", ordenando la extensión de la prestación o beneficio a los sujetos arbitrariamente excluidos (sentencias aditivas de prestación); y 3) reenviar la cuestión al legislador, estableciendo los principios que éste debería observar para reparar la omisión o para evitar la nulidad de la norma en cuestión (sentencias interpretativas, aditivas de principio, recomendaciones y mandatos al legislador, etcétera)[58].

Ninguno de estos mecanismos –ni ningún otro, al cabo, de tipo institucional– serviría para frenar a un legislador empeñado en el desmantelamiento de derechos y políticas sociales. Sin embargo, permitiría a los tribunales activar un diálogo garantista, y no siempre condescendiente, con los órganos políticos, contribuyendo así a identificar, a deslegitimar y, eventualmente, a reparar incumplimientos que de otro modo hubieran sido considerados opciones incontrolables y, por tanto, impunes.

V. Conclusiones: la no regresividad en la "conciencia social dominante"

Desde inicios de los años 90, el Estado español se ha venido alejando de manera sensible de los estándares sociales reconocidos en los países más avanzados de Europa, sin que la retórica en torno al valor normativo de la Constitución haya hecho demasiado para impedirlo. Las tempranas manifestaciones a favor de la existencia, en la CE, de un mandato de no regresividad en materia social, se fueron pronto diluyendo en lecturas en exceso generosas de la "apertura constitucional", de la libertad de configuración legislativa y de la limitada capacidad de la jurisdicción constitucional para incidir en la "reserva de lo económicamente posible".

Esta actitud de máxima deferencia frente a las políticas sociales, cualquiera sea su signo, no es, como se ha intentado mostrar, un elemento estructural e insuperable de los actuales Estados constitucionales. Por el contrario, como el propio caso español revela, los tribunales disponen de diversos instrumentos para instar a los poderes públicos a argumentar mejor su actuación en materia de derechos sociales, obligándolos a probar, como exige el PIDESC, que están realizando *todos los esfuerzos posibles*, y *hasta el máximo de recursos* humanos, naturales, tecnológicos, informativos y financieros a su alcance, para satisfacerlos. Dos de esos instrumentos son el control de proporcionalidad y razonabilidad de las políticas públicas y la tutela del "contenido mínimo" y de la "garantía institucional" inherentes,

[58] En su Sentencia 221/1991, el Tribunal Constitucional sostuvo que "si bien no cabe, por lo general, mesurar *ex constitutione*, la falta de celo y presteza del legislador [para corregir las situaciones en las que] una desigualdad de hecho no se traduce en una desigualdad jurídica, la concurrencia de esta última por la pervivencia en el ordenamiento de una discriminación no rectificada en un lapso de tiempo razonable, habrá de llevar a la calificación como inconstitucionales de los actos que la mantengan" (FJ 5).

tanto a los derechos sociales como a las instituciones públicas –educativas, sanitarias, habitacionales, de seguridad social– que los hacen posibles.

Naturalmente, la promoción de estos mecanismos no se hace pensando en una irrealista –y acaso indeseable– reedición invertida del "Tribunal Lochner", que se dedicara, de manera sistemática, a anular o a inaplicar las decisiones de un legislador pertinazmente antisocial[59]. De lo que se trataría, en términos más modestos, es de pensar algunas de las herramientas que un tribunal sencillamente garantista podría hacer valer, en defensa del valor normativo de los derechos sociales, contra las sutiles pero persistentes actuaciones regresivas de los poderes políticos de turno.

Esta moderada actitud defensiva, cuya importancia en la actual crisis del Estado social no puede desdeñarse, involucra a los poderes públicos, pero de manera especial a los propios sujetos de los derechos sociales[60]. Como el propio TC español ha sugerido, lo que está en juego en estos casos es, después de todo, la preservación de la "imagen" que la "conciencia social dominante" tiene de los derechos en un lugar y un momento determinado.

Que esa "conciencia social" llegue a ser una "conciencia" exigente, dispuesta a convertir en intolerables y regresivas medidas que en un momento dado pretenden pasar por "razonables", es una cuestión que excede lo que un tribunal, e incluso una mayoría legislativa, pueden conseguir. Pero en ella se juega, sin duda, la posibilidad de concretar la igualdad y la libertad reales con las que la Constitución asegura comprometerse[61].

[59] *Tribunal Lochner* fue una de las denominaciones recibidas, a partir de un famoso *leading case* de 1904, por la Corte Suprema estadounidense, que entre 1934 y 1936 declaró inconstitucionales más de una decena de leyes "sociales" e "intervencionistas" impulsadas por el presidente F. D. Roosevelt. La imagen de un *Tribunal Lochner* "al revés" alude a un eventual tribunal de inclinaciones "sociales" que actuara como freno de un poder político obstinadamente "antisocial".

[60] Así, de Cabo, C., *Las fuentes del derecho: apunte sistemático*, en *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, UNAM, México, 1997, p. 300.

[61] Sostiene el investigador V. Navarro que aunque las causas del "subdesarrollo" del Estado social español son variadas, "se pueden reducir a una: el escaso poder que las clases populares han tenido en la historia de nuestro país". A ello habría que agregarle "el escaso poder que las mujeres tienen en España. El poder de clase y el poder de género son las causas del subdesarrollo social y (...) de la polarización social en nuestro país" (*El subdesarrollo en España*, cit., ps. 25-26). Tener en cuenta estos factores permite relativizar –aunque no desde luego desatender– el papel de las mediaciones jurídicas.

La prohibición de retroceso en los derechos sociales fundamentales en Brasil: algunas notas sobre el desafío de la supervivencia de los derechos sociales en un contexto de crisis*

Ingo Wolfgang Sarlet**

Sumario: I. Algunas notas preliminares: prohibición de retroceso y seguridad jurídica; II. Posibles manifestaciones de la prohibición de retroceso; III. Fundamentación jurídico-constitucional de la prohibición de retroceso social en Brasil, especialmente en materia de derechos sociales; IV. Dignidad de la persona y mínimo existencial como criterios materiales para el establecimiento del alcance del principio de la prohibición de retroceso; V. Consideraciones finales.

I. Algunas notas preliminares: prohibición de retroceso y seguridad jurídica

Antes de adentrarnos en los contornos conceptuales de lo que entendemos por prohibición de retroceso, importa tener siempre presente la premisa de que la problemática de la prohibición de retroceso guarda íntima relación con la noción de seguridad jurídica. Así, conviene recordar que, exista (o no) mención expresa en el ámbito del derecho positivo a un derecho a la seguridad jurídica, desde hace mucho, al menos en el ámbito del pensamiento constitucional (y especialmente en el contexto de lo que ha venido a designarse como "neoconstitucionalismo"[1]) contemporáneo, se enraizó la idea de que un auténtico Estado de derecho es siempre también un Estado de seguridad jurídica[2], ya que, de lo contrario, tam-

* Publicado en Maria Elena Rodríguez Ortiz (org.), *Justiça Social: uma questão de direito*, DP&A Editora-Fase, Río de Janeiro, 2004, ps. 45-80. Traducción y edición de Christian Courtis.

** Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad y del Programa de posgrado en Derecho (Maestría y Doctorado) de la Pontificia Universidad Católica de Río Grande do Sul (Porto Alegre, Brasil), y de la Escuela Superior de la Magistratura de Río Grande do Sul. Juez en Río Grande do Sul, Brasil.

[1] Sobre el significado de la expresión "neoconstitucionalismo" y de sus diversas manifestaciones, ver el reciente estudio de Paolo Comanducci, *Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico*, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2003, ps. 75 y siguientes.

[2] No es casual que el Tribunal Constitucional Federal alemán, en una sentencia reciente, reiteró su ya consagrada doctrina de que la seguridad jurídica constituye uno de los elementos nucleares del principio del Estado de derecho, en el sentido de que el particular se encuentra protegido contra leyes retroativas que afecten sus derechos adquiridos, evitando que vea frustrada su confianza en el orden jurídico –ya que seguridad jurídica significa, en primer lugar, protección de la confianza que, a su vez, posee jerarquía constitucional (BverfGE –Recopilación Oficial de las Decisiones del Tribunal Constitucional Federal–, vol. 105, 2002, p. 57). En Brasil, vale destacar la opinión de Celso Antonio

bién el "gobierno de las leyes" (por el hecho mismo de constituir la expresión de la voluntad política de un grupo) puede convertirse en despotismo y resultar en toda suerte de iniquidades.

En efecto, la doctrina constitucional contemporánea ha considerado que la seguridad jurídica es una expresión inseparable del Estado de derecho, de tal suerte que la seguridad jurídica pasó a tener el estatus de subprincipio concretizador del principio fundamental y estructurante del Estado de derecho[3]. Así, más allá de asumir la condición de derecho fundamental de la persona humana, la seguridad jurídica constituye simultáneamente un principio fundamental del orden jurídico estatal y aun del propio orden jurídico internacional –como atestiguan las diversas manifestaciones de este principio en los distntos instrumentos supranacionales–.

Parece igualmente evidente que el derecho a la seguridad no se limita a estas dimensiones, y abarca, más allá de un derecho a la seguridad jurídica y social, un derecho general a la seguridad, en el sentido de un derecho a la protección (por medio de prestaciones normativas y materiales) contra actos –del poder público y de otros particulares– que violen los diversos derechos personales –aún más cuando no se habla sólo de un Estado liberal (y, por ende, eminentemente formal) de derecho, sino de un auténtico Estado democrático (material) de derecho[4]. Esto surge tanto de una serie de disposiciones expresas y específicas del texto constitucional (entre las que destaca la formulación genérica adoptada por el constituyente brasileño en artículo *5, caput,* de la Constitución federal de 1988), cuanto del reconocimiento de deberes generales y especiales de protección que resultan directamente de la dimensión jurídico-objetiva de los

Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo,* 15ª ed., San Pablo: Malheiros, ps. 112 y siguientes, quien señala que, aunque no pudiera ser identificado con ninguna disposición constitucional específica, el principio de seguridad jurídica "pertenece, sin embargo, a la esencia del propio derecho, en especial de un Estado democrático de derecho, de tal suerte que forma parte del sistema constitucional como un todo".

[3] Cf., entre muchas otras, las contribuciones de José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição,* 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999, ps. 252 y siguientes; Helmuth Schulze-Fielitz, *Kernelemente des Rechtsstaatsprinzips,* en Horst Dreier (org.), *Grundgesetz Kommentar,* vol. II, Tubinga: Mohr Siebeck, 1998, ps. 184 y siguientes; Michael Sachs, *Das Rechtsstaatsprinzip,* en Michael Sachs (org.), *Grundgesetz Kommentar,* Múnich: C.H. Beck, 1996, ps. 641 y siguientes. En Brasil, ver el ya citado Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo,* ps. 112 y siguientes.

[4] Sobre la evolución del Estado liberal al Estado democrático de derecho (pasando por el Estado social de derecho), así como respecto del contenido y significado de cada tipología individualmente considerada, ver José Luís Bolzan de Morais, *Do direito social aos interesses transindividuais,* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, ps. 65 y ss. Para una visión garantista del Estado de derecho, ver también, Sérgio Cademartori, *Estado de direito e legitimidade. Uma abordagem garantista,* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

derechos fundamentales, en su condición de expresiones de un orden de valor comunitario y que, en su aspecto subjetivo, llevó a destacada parte de la doctrina a reconocer la existencia de correspondientes derechos a la protección[5].

En efecto, la plena e incontrolada disposición de los derechos y de los proyectos de vida personales por parte del orden jurídico acabaría por transformarlos (y, por ende, a sus titulares y autores) en simple instrumentos de la voluntad estatal, resultado manifiestamente incompatible aun con una visión estrictamente kantiana de la dignidad[6]. Además, es necesario tener en cuenta especialmente que el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales han sido consensualmente considerados como una exigencia inseparable de la dignidad de la persona humana (así como de la misma noción de Estado de derecho), ya que los derechos fundamentales (al menos en principio, y con intensidad variable) constituyen explicitaciones de la dignidad de la persona, de tal suerte que en cada derecho fundamental se hace presente un contenido o, por lo menos, alguna proyección de la dignidad de la persona[7]. Por lo tanto, la protección de los derechos fundamentales –al menos en lo que concier-

[5] Sobre este tema (deberes de protección y derecho a la protección, como expresión de una doble dimensión objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales) ver, en particular, el paradigmático ensayo de Robert Alexy, *Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen,* en *Der Staat* nº 29, 1990, ps. 49 y ss., como también los desarrollos de la teoría de los deberes de protección efectuados por el mismo autor en su ya clásico e indispensable *Theorie der Grundrechte,* 2ª ed., Francfort del Meno: Suhrkamp, 1994, ps. 410 y ss. (existe traducción al castellano, *Teoría de los derechos fundamentales,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997). En la doctrina brasileña, ver nuestro *A eficácia dos direitos fundamentais,* 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, ps. 145 y ss., así como el reciente e importante ensayo de Daniel Sarmento, *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria,* en Ricardo Lobo Torres y Celso Albuquerque Mello (orgs.), *Arquivos de direitos humanos,* vol. IV, Río de Janeiro: Renovar, 2002, ps. 63 y siguientes.

[6] Conviene no olvidar que, para Immanuel Kant, *Fundamentos da metafísica dos costumes,* en *Os pensadores - Kant (II),* San Pablo: Abril Cultural, 1980, ps. 134 y ss., la persona humana constituye un fin en sí misma y, por ende, no puede ser empleada como simple medio de la voluntad propia y ajena. Así, desde luego se verifica que, en la concepción de Kant (de gran influencia en el pensamiento filosófico, político y jurídico contemporáneo), la cosificación y la instrumentalización de la persona humana se encuentra evidentemente prohibida, aunque –de acuerdo con el oportuno recordatorio de Ronald Dworkin, *El domínio de la vida. Uma discusión acerca del aborto, la eutanásia y la libertad individual,* Barcelona: Ariel, 1998, p. 310–, esto no signifique que en alguna hipótesis las personas puedan ser colocadas en situación de desventaja.

[7] Aquí vale traer a colación la opinión de Dominique Rousseau, *Les libertes individuelles et la dignité de la personne,* París: Montchrestien, 1998, p. 70, al señalar que los derechos fundamentales adquieren vida y sentido por medio de la dignidad de la persona, mientras que ésta no se realiza ni toma forma efectiva sino por los derechos fundamentales.

ne a su núcleo esencial y/o a su contenido en dignidad[8]– sólo será posible cuando se garantice un mínimo de seguridad jurídica.

En cuanto al alcance de la seguridad jurídica, la dignidad de la persona humana no exige sólo una protección frente a actos de cuño retroactivo (esto, claro, cuando esté en juego una efectiva o potencial violación de la dignidad en alguna de sus manifestaciones), sino que incluye –esta es la tesis que sustentaremos– una protección contra las medidas regresivas, aunque no puedan considerarse propiamente como retroactivas, ya que no afectan derechos adquiridos, actos jurídicos perfectos o la cosa juzgada. Basta recordar aquí la posibilidad de que el legislador, sea por medio de una reforma constitucional, sea por una reforma en el plano legislativo, suprima determinados contenidos de la Constitución o revoque normas legales destinadas a la reglamentación de disposiciones constitucionales, en especial en materia de derechos sociales, aunque lo haga con efectos meramente prospectivos. Así, nos topamos con la noción de lo que ha sido "bautizado" por la doctrina, –entre otros términos– como prohibición (o veda) de retroceso[9], y nos aproximamos al objeto de este estudio.

II. Posibles manifestaciones de la prohibición de retroceso

Si tomamos la idea de la prohibición de retroceso en un sentido amplio, puede constatarse que nuestro orden jurídico, aun cuando no usara ese rótulo, ya consagró esa noción, al menos en algunas de sus dimensiones. En efecto, la ya mencionada garantía constitucional de los derechos adquiridos, de los actos jurídicos perfectos y de la cosa juzgada, así como las demás limitaciones constitucionales a los actos retroactivos y aun las garantías contra restricciones legislativas de los derechos fundamentales[10], constituyen una decisión clara del constituyente en pro de una ve-

[8] Conviene recordar aquí que no existe una convergencia necesaria entre el contenido de dignidad de la persona y el núcleo esencial de los derechos fundamentales, ya que la garantía del núcleo esencial (que posee una función autónoma) puede ir aún más allá de la protección asegurada por el contenido de dignidad de la persona, dependiendo del derecho fundamental que esté en juego.

[9] Cf., respecto de la multiplicidad terminológica, José Vicente dos Santos Mendonça, *Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo*, en Gustavo Binenbojm (coord.), *Revista de direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. XII, *Direitos Fundamentais*, Río de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 218.

[10] Respeito de los límites a la restricción legislativa de los derechos fundamentales existe abundante y valiosa doctrina en el Brasil. Vale citar las contribuciones específicas de Suzana Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasilia: Brasília Jurídica, 1996; Gilmar Ferreira Mendes/Inocêncio Mártires Coelho/Paulo Gustavo Gonet Branco, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, Brasília: Brasilia Jurídica, 2000; Jairo Gilberto Schäfer, *Direitos Fundamentais: proteção e restrições*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

da al retroceso, al menos en estas hipótesis. De igual manera, la protección contra la acción del poder constituyente reformador, en especial en lo que hace a los límites materiales de la reforma, constituye igualmente una relevante manifestación en favor del mantenimiento de determinados contenidos de la Constitución, particularmente de todos aquellos que integran el núcleo material del orden constitucional o –para quienes dudan de la existencia de límites implícitos– al menos de aquellas disposiciones (y sus respectivos contenidos normativos) expresamente consideradas insuprimibles por nuestro constituyente[11]. De todos modos, ambas constelaciones, pese a su relevancia y a pesar de que abarcan una expresiva parcela de situaciones que involucran la problemática de las medidas regresivas del poder público (en especial, aunque no exclusivamente, las producidas en la esfera legislativa), no agotan el espectro de situaciones necesitadas de protección frente al retroceso.

En efecto, en línea con los desarrollos del derecho constitucional extranjero y, particularmente, frente a la experiencia de la práctica normativa (aunque no exclusivamente en esta esfera), es cada vez más frecuente constatar la existencia de medidas inequívocamente regresivas que no llegan a tener carácter propiamente retroactivo, por el hecho de que no afectan posiciones jurídicas ya consolidadas en el patrimonio de su titular, o que, de modo general, no alcanzan a situaciones anteriores. Así, por paradójico que esto pueda parecer a primera vista, el retroceso también puede ocurrir mediante actos con efectos prospectivos. Basta recordar aquí la hipótesis –tal vez la más común si se consideran las referencias hechas por la doctrina y la jurisprudencia– de la concreción por el legislador infraconstitucional del contenido y de la protección de los derechos sociales, especialmente (pero no exclusivamente) en su dimensión positiva: ello nos remite directamente a la noción de que el contenido esencial de los derechos sociales debe ser interpretado a partir de la definición legislativa de los elementos nucleares del nivel prestacional, lo que, a su vez, desemboca inevitablemente en el ya anunciado problema de la prohibición de retroceso social.

En suma, la cuestión central planteada en el contexto específico de la prohibición de retroceso es la de saber si y hasta qué punto puede el legislador infraconstitucional (así como los demás órganos estatales, en su

[11] Respecto del contenido de los límites materiales a la reforma constitucional y del alcance da su protección, en el sentido de que esta protección no puede ser absoluta, ya que el constituyente brasileño prohibió sólo la abolición efectiva o tendencial, que, en principio, no impide ajustes o aun algún tipo de flexibilización, siempre que se respete el núcleo esencial del principio y/o derecho protegido, ver nuestro *A Eficácia dos Direitos fundamentais*, 3ª ed., especialmente ps. 371 y siguientes, como también *Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição: contributo para uma leitura constitucionalmente adequada*, en *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* (director y fundador: Paulo Bonavides), nº 1, enero/junio de 2003, Belo Horizonte: Del Rey, ps. 631-680.

caso) volver atrás en lo que se refiere a la implementación de los derechos sociales fundamentales, así como de los objetivos establecidos por el constituyente –por ejemplo, en el artículo 3 de la Constitución de 1988– en el ámbito de las normas de cuño programático (o impositivo, si se prefiere esa terminología)[12], aun cuando no lo haga con efectos retroactivos o cuando no esté en juego una alteración del texto constitucional.

Es necesario, con todo, no confundir el problema de la concreción legislativa de los derechos sociales fundamentales –pese a sus inequívocas similitudes y sus aspectos comunes– con el del mantenimiento de los niveles generales de protección social alcanzados en el ámbito del Estado social, ya que esta problemática abarca toda y cualquier forma de reducción de las conquistas sociales, aun cuando fueran realizadas única y exclusivamente en el plano de la legislación infraconstitucional que plasma el principio de la justicia y del Estado social que, junto con el principio del Estado de derecho y con el principio democrático, encontró amplio y expreso reconocimiento en nuestra Constitución (bastaría aquí recordar los fundamentos y objetivos de nuestra República, tal como son enunciados en los artículos 1 a 3 de nuestra Ley Fundamental). En este contexto, podría indagarse sobre la posibilidad de desmontar, parcial o totalmente (y aun con efectos prospectivos), el sistema de seguridad social (incluyendo los parcos beneficios del ámbito de la asistencia social, y los servicios y prestaciones asegurados en el ámbito de nuestro precario Sistema Único de Salud), el acceso a la enseñanza pública y gratuita, la flexibilización de los derechos y garantías de los trabajadores, entre tantas otras hipótesis que podrán ser referidas aquí a título ilustrativo, y que demuestran bien en qué medida esta problemática nos resulta próxima y está constantemente en el orden del día.

Desde luego, a la luz de lo que se ha dicho, huelgan las consideraciones sobre la posibilidad de que las medidas tomadas con efectos prospectivos representen un grave retroceso, no sólo (aunque también lo incluyan) bajo la óptica de los derechos de cada persona considerada en su individualidad, como para el orden jurídico considerado como un todo. Más allá de eso, se percibe nítidamente la amplitud y complejidad de la temática[13] relativa a una prohibición de retroceso, especialmente (aunque no exclusivamente) en el ámbito de aquello que, en otra oportunidad, denominamos "eficacia protectora" de los derechos fundamentales[14]. También merece destacarse que no estamos frente a un fenómeno que se manifieste sólo en el terreno de los derechos sociales fundamentales (hecho que, considerando una acepción amplia de la prohibición de retroceso, ya surge de la protección otorgada a los derechos adquiridos en general y a la protección sobre la base de las así denominadas "cláusulas pétreas" de la Constitución). De todos modos es necesario reconocer –ante los ejemplos citados con carácter especulativo en el párrafo anterior– que es en el terreno de las normas que establecen objetivos de justicia social y, por sobre todo, en el de los derechos sociales fundamentales[15], donde la problemática ha alcanzado su mayor repercusión, y sobre el que también nosotros centraremos nuestra atención, especialmente cuando se ponen en juego las nociones de seguridad jurídica, protección de la confianza y dignidad de la persona en el ámbito de la prohibición de retroceso. Con todo, antes de iniciar ese camino, dedicaremos unas palabras a la efectiva posibilidad de admitir, a la luz del derecho constitucional positivo brasileño, una protección contra el retroceso en la acepción más limitada aquí propuesta y que, para efectos de una delimitación en relación con las demás dimensiones referidas, denominaremos "prohibición de retroceso en sentido estricto" y que –de modo semejante al propuesto recientemente por José Vicente Mendonça– será analizada a través del prisma de la dogmática jurídico-constitucional[16].

[12] Desde luego, para disipar cualquier malentendido, seguimos entendiendo que el reconocimiento de la existencia de normas de carácter programático (en sus diversas manifestaciones) no significa en ningún caso que estas normas estén desprovistas de eficacia, siendo, además, siempre inmediatamente –y por ende, directamente– aplicables en la medida da su eficacia. Así, también la recepción de la distinción entre normas de eficacia plena y normas de eficacia limitada (categoría en la cual se encuadran, en principio, las normas de carácter programático) se debe al hecho de que existen diferencias considerables en lo concerniente a las "cargas para tornar eficaces" las normas constitucionales, en el sentido de que éstas –aunque tengan siempre eficacia y aplicabilidad (directa)– podrán no generar siempre los mismos efectos o, por lo menos, no en la misma extensión. No siendo nuestro propósito desarrollar aquí el punto, remetimos a nuestro *A eficácia dos direitos fundamentais*, ps. 280 y ss. Específicamente respecto de las normas programáticas, véase la obra de Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *Normas constitucionais programáticas. Normatividade, operatividade e efetividade*, San Pablo: Revista dos Tribunais, 2001; así como la reciente contribución de José Carlos Vasconcellos dos Reis, *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*, Río de Janeiro: Renovar, 2003.

[13] Entre la doctrina brasileña más reciente, ver la contribución de José Vicente dos Santos Mendonça, *Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo*, ps. 205 y ss., quien señala la ausencia de uniformidad terminológica en la doctrina, y destaca, aunque sobre la base de un criterio distinto al adoptado aquí, algunas de las diversas y posibles acepciones de la problemática (especialmente ps. 218 y siguientes).

[14] Cf. nuestro *A Eficácia dos Direitos fundamentais*, ps. 361 y siguientes.

[15] No discutiremos aquí la conceptualización de los derechos sociales fundamentales. Remitimos para ello a nuestro *Os Direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*, en Ingo Wolfgang Sarlet (Org). *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, ps. 146 y siguientes.

[16] Cf. José Vicente dos Santos Mendonça, *Vedação de retrocesso: o que é e como perder o medo*, ps. 218 y ss., quien se refiere a otras acepciones posibles de la prohibición de retroceso. Nótese que nuestra concepción de la prohibición de retroceso en sentido estricto, aunque sea próxima, no coincide exactamente con la interpretación adoptada por el citado procurador de la República, ya que éste restringe la prohibición de retroceso en sentido estricto al terreno de los derechos sociales. Según nuestro entender, la prohibición de retroceso en sentido estricto no se manifesta únicamente en la esfera de los de-

III. Fundamentación jurídico-constitucional de la prohibición de retroceso social en Brasil, especialmente en materia de derechos sociales

III. 1. Algunas premisas para el análisis

La creciente inseguridad en el ámbito de la seguridad social (entendida aquí en sentido amplio), surgida de una demanda cada vez mayor de prestaciones sociales (aún más en sociedades marcadas por el incremento de la exclusión social) y de un paralelo decrecimiento de la capacidad prestacional del Estado y de la sociedad[17], es reveladora, a su vez, de la importancia que asume la discusión en torno de los niveles posibles de preservación (y, por tanto, de protección) de las precarias conquistas sociales ya alcanzadas. Así, también podemos (y debemos) preguntarnos cuán segura es (y puede ser), a final de cuentas, la seguridad social[18]. Tampoco requiere mayores comentarios la afirmación de que tal cuestionamiento tiene estrecha relación con la problemática de la seguridad jurídica y con la garantía (y garantía significa seguridad) de una existencia digna para todos. Aunque la interpretación dominante parece ser justamente la de que una supresión pura y simple de los sistemas de seguridad social, sin ningún tipo de compensación no sería, en principio, admisible –de modo que nadie la ha defendido seriamente –al menos abiertamente, dejando a salvo alguna excepción–, la problemática relativa a la protección constitucional de las conquistas en la esfera de la justicia social permanece en el centro de la atención[19]. En otras palabras, es necesario investigar cómo y en qué medida los derechos sociales fundamentales y, de modo general, los sistemas de protección social en el ámbito de la concreción de los derechos sociales y del principio fundamental de la justicia social, pueden ser asegurados contra una supresión y/o contra restricciones[20].

Conviene recordar al lector[21] que, mientras la discusión en torno de la reducción (y hasta del desmontaje completo) del Estado social del derecho y de los derechos sociales que le son inherentes presenta proporciones mundiales, no puede olvidarse que las dimensiones de la crisis y las respuestas reclamadas en cada Estado individualmente considerado son inexorablemente diversas, aunque puedan constatarse puntos en común. También son diferentes, por otro lado, las soluciones encontradas por cada orden jurídico para enfrentar el problema –diferencias que no se limitan a la esfera de la naturaleza de los instrumentos, sino que incluyen, de modo especial, la intensidad de la protección otorgada por éstos a los sistemas de seguridad social, lo que, de acuerdo a la evidencia, no puede obviarse en las líneas que siguen, de manera tal que también la temática de la prohibición de retroceso reclama un tratamiento constitucionalmente adecuado. Tal enfoque –necesariamente diferenciado y contextualizado– asume rasgos aún más coyunturales cuando nos damos cuenta de que la Constitución brasileña se inserta en un ambiente significativamente distinto del que corresponde al constitucionalismo europeo: su carácter de Constitución sustantiva y dirigente, sumado al hecho –recordado por Lenio Streck– de que las promesas de la modernidad no fueron siquiera mínimamente cumplidas entre nosotros, y que el Estado democrático (y social) de derecho brasileño, en su condición de Estado de justicia material, no pasa de ser un simulacro[22], hacen que la discusión acerca de la prohi-

rechos sociales fundamentales (o de las normas programáticas en materia de justicia social en general), sino que se relaciona con la posibilidad de limitar la auto-reversibilidad de medidas del poder público que hayan concretado derechos fundamentales en general, aunque el problema tenga indudablemente mayor relevancia en el campo de los derechos sociales y aunque éste haya sido el enfoque priorizado en este estudio.

17 Cf., entre otros, Bernd Schulte, *Wie sicher ist die soziale Sicherung? Internationalvergleichende Perspektive*, en B. Riedmüller/M. Rodenstein (org.), *Wie sicher ist die soziale Sicherheit?*, Frandfort del Meno: Suhrkamp, 1989, ps. 323-324. Sobre las causas de la crisis ver también Pierre Rosanvallon, *A Crise do Estado-Providência*, ps. 13 y siguientes.

18 Esta misma pregunta constituye precisamente el título de una de las obras aquí citadas, Bernd Riedmüller/Martin Rodenstein (orgs.), *Wie sicher ist die soziale Sicherheit?*, Francfort del Meno: Suhrkamp, 1989.

19 Al respecto, ver Eberhard Eichenhofer, *Der verfassungsrechtliche Schutz von sozialversicherungsrechtlichen Anrechten in der Bundesrepublik Deutschland, Italien und den USA*, en *ZIAS* 1988, ps. 239 y siguientes; Otto Depenheuer, *Wie sicher ist verfassungsrechtlich die Rente? – vom liberalen zum solidarischen Eigentumsbegriff*, en *AÖR* nº 120 (1995), ps. 417 y ss.; Karl Jürgen Bieback, *Verfassungsrechtlicher Schutz gegen Abbau und Umstrukturierung von Sozialleistungen*, Berlín-Nueva York: Walter de Gruyter, 1997. En literatura en lengua portuguesa encontramos, a favor de una prohibición al de retroceso al menos relativa en la esfera social, especialmente José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999, ps. 320 y siguientes.

20 Nótese que la protección contra un eventual retroceso, aun en el campo de los derechos fundamentales, no sólo incluye los derechos de carácter prestacional (positivo), aunque en esta esfera sea más común y más impactante en relación con sus consecuencias, sino que también alcanza la protección de otros derechos sociales, bastando aquí mencionar los derechos de los trabajadores (buena parte de los cuales son, en primer lugar, derechos de defensa [negativos]).

21 Remitimos aquí a las consideraciones hechas en nuestro estudio anterior sobre el tema (*O Estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade*, en *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, nº 17, 1999, ps. 111 y siguientes), en el cual, de todos modos, centramos nuestra atención en la presentación de la "solución" germánica, con algunas consideraciones de derechos comparado.

22 En este contexto se inserta la discusión respecto de la "supervivencia" del constitucionalismo dirigente, tal cual fuera sustentado, originariamente, por el ilustre constitucionalista de Coimbra, José Joaquim Gomes Canotilho (en su obra *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra: Coimbra Editora, 1982), justamente en función de la revisión crítica llevada a cabo por el propio Gomes Canotilho en diversos trabajos más recientes, especialmente a partir de la década de 1990, en lo que hace a algunas premisas centrales de sus antigua tesis, bastando aquí remetir al lector al prefacio redac-

bición de retroceso en la esfera de los derechos sociales se torne absolutamente obligatoria e impostergable. De todos modos, antes de efectuar una propuesta nacional y constitucionalmente adecuada al respecto, vale lanzar una breve mirada a otras experiencias en la materia.

III. 2. Una mirada sobre el derecho extranjero: breve presentación de las experiencias portuguesa y alemana en materia de prohibición de retroceso

En la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera se constata, de manera general, una postura relativamente favorable al principio de prohibición de retroceso social, aunque no pueda decirse que exista un consenso al respecto de esta problemática. En el ámbito de la doctrina constitucional portuguesa, que ha ejercido una significativa influencia sobre nuestro propio pensamiento jurídico, lo que se percibe es que, de modo general, los defensores de la prohibición de retroceso, entre los cuales merece destacarse el nombre del prestigioso constitucionalista Gomes Canotilho, sostienen que después de su concreción a nivel infraconstitucional, los derechos sociales fundamentales asumen, simultáneamente, la condición de derechos subjetivos a determinadas prestaciones estatales y de una garantía institucional, de modo que no se encuentran más en la (plena) esfera de disponibilidad del legislador, en el sentido de que los derechos adquiridos ya no pueden ser reducidos o suprimidos, bajo pena de flagrante infracción al principio de protección de confianza (deducido directamente, a su vez, del principio del Estado de derecho), lo que, por su parte, implica la inconstitucionalidad de todas las medidas que inequívocamente amenacen el nivel de prestaciones ya alcanzado[23]. Esta prohibición de retroceso, de acuerdo con Gomes Canotilho y Vital Moreira, puede ser considerada una de las consecuencias de la perspectiva jurídico-subjetiva de los derechos sociales fundamentales en su dimensión prestacional, que, en este contexto, asumen la condición de verdaderos derechos de defensa contra medidas de cuño regresivo, que tengan por objeto su destrucción o reducción[24].

Esta misma concepción encontró acogida también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Portugal, que, algún tiempo ya (Sentencia 39, de 1984), declaró la inconstitucionalidad de una ley que había derogado buena parte de la Ley del Servicio Nacional de Salud, bajo el argumento de que con esta derogación el legislador vulneró el derecho fundamental a la salud (art. 64, Constitución de la República portuguesa), aún más si se tenía en cuenta que éste debía ser realizado justamente mediante la creación de un servicio nacional, general y gratuito de salud (art. 64.2, Constitución de la República portuguesa[25]), posición ésta que, en líneas generales, fue confirmada por el mismo Tribunal Constitucional al reconocer, recientemente, la inconstitucionalidad de la exclusión –por medio de ley, y aun dejando a salvo los derechos adquiridos– de las personas de entre 18 y 25 años del beneficio de un ingreso mínimo de inserción, que había sustituido el ingreso mínimo garantizado que contemplaba a esa franja de edades[26]. En este contexto, es necesario subrayar que una declaración de inconstitucionalidad en el ámbito de la prohibición retroceso social no se torna necesaria sólo frente a una derogación, sino

tado para la segunda edición de la obra citada. Sin ser el caso de adentrarse en esta controversia, lo que se verifica es que los cambios en el ámbito del pensamiento del profesor Gomes Canotilho deben ser encuadrados sin duda en su debido contexto, ya que ni el texto de la Constitución portuguesa de 1976 guarda el mismo perfil revolucionario y dirigente que le fue originariamente atribuido, ya que fue objeto de varias y relativamente profundas revisiones, en especial frente a la entrada de Portugal en la Unión Europea y, por ende, su encuadramiento en un orden jurídico supranacional. Por eso también nosotros –aunque de modo no necesariamente coincidente con el de otros autores– seguimos sustentando que el paradigma de la Constitución dirigente aún cumple un papel relevante en el ámbito del constitucionalismo brasileño y presenta –aún hoy (y tal vez por eso mismo)– una importancia potencial que debe ser explorada. Respecto de esa temática, ver, además de la indispensable contribución de Lenio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, especialmente ps. 106 y ss., la opinión de de Gilberto Bercovici, *A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*, en *Revista de Informação Legislativa*, nº 142, Brasília: Senado Federal, abril/junio de 1999, ps. 35-51; así como la oportuna compilación organizada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, *Canotilho e a Constituição Dirigente*, Río de Janeiro: Renovar, 2002, obra que reúne aportes de diversos autores barsileños y presenta una discusión sobre el tema desarrollada con el mismo Gomes Canotilho.

23 Cf. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., ps. 474-475.

24 Cf. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, cit., 1982, p. 374, opinión que, en este punto, no ha sido objeto de mayor reformulación en obras posteriores del renombrado constitucionalista. Ver también José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 131.

25 Ver, al respecto, José Casalta Nabais, *Os Direitos Fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, en Boletim do Ministério da Justiça, nº 400 (1990), ps. 40-41, que se refiere a la estabilidad de los derechos sociales fundamentales concretados legislativamente, subrayando, de todos modos, que el Tribunal no llegó a tomar partido expresamente a favor de una prohibición de retroceso social. Siempre en relación con esta decisión paradigmática, se señala que la circunstancia de que el Tribunal sólo consideró vedada la derogación de la Ley del Servicio Nacional de Salud, de manera tal únicamente se consideró prohibida la restauración de una omisión inconstitucional, afirmándose, en este contexto, que una simple reducción o alternación del nivel de concreción y realización del derecho a la salud hubiera sido aprobada por el Tribunal (en este sentido, ver João Caupers, *Os direitos Fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, Coimbra: Almedina, 1985, p. 43). En Brasil, a partir de la referida sentencia del Tribunal Constitucional de Portugal y de los desarrollos doctrinarios portugueses, ya habíamos abogado por el necesario reconocimiento de una eficacia prohibitiva del retroceso en ocasión de la primera edición de nuestro *A eficácia dos direitos fundamentais* (1998); en el mismo sentido Lenio Luiz Streck, igualmente en la primera edición de su ya clásico *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

26 Cf. Sentencia (Acórdão) del Tribunal Constitucional nº 509/2002, del 19/12/2002.

también cuando nos enfrentamos a una afectación legislativa al contenido del derecho social fundamental concretado por el legislador[27].

También en Alemania –donde, valga recordarlo, la doctrina y jurisprudencia portuguesa han encontrado una fuerte inspiración– existe desde hace mucho un elevado grado de consenso respecto del reconocimiento de algunas manifestaciones de la prohibición de retroceso en la esfera de la seguridad social, dentro de las que se destaca la expresiva producción doctrinaria y jurisprudencial sobre el tema, al menos desde el incremento de los ajustes llevados a cabo en el ámbito de la ya referida crisis del Estado social[28].

Aunque no sea el caso de embarcarnos aquí en todo su amplitud, en la discusión sobre la prohibición de retroceso social en Alemania, vale destacar que allí, a pesar de que ni siquiera existe en el plano constitucional una protección expresa de los derechos adquiridos, tanto la doctrina como el Tribunal Constitucional Federal siempre dieron cabida a la protección (aunque no ilimitada) tanto del derecho adquirido como de las propias expectativas de derechos (aunque con menor intensidad en este caso), dimensiones que, como ya he señalado, integran una comprensión amplia de la prohibición de retroceso. Más allá de eso, en el ámbito de una jurisprudencia considerada como un referente, especialmente en lo que hace a la creatividad de la solución, el Tribunal Constitucional Federal reconoció, en una serie de decisiones, que la garantía de la propiedad alcanza también la protección de posiciones jurídico-subjetivas de naturaleza pública (entre las que se destacan los derechos de prestación concretados legislativamente en el ámbito de la seguridad social). A pesar de una serie de críticas, existe actualmente un determinado grado de consenso en esta esfera[29].

Como bien ha demostrado Peter Badura, a partir del concepto funcional de propiedad desarrollado por Martin Wolff en la época de Weimar, la garantía de la propiedad, más allá de su protección en términos de derechos reales, alcanzó también una función de conservación de derechos, ofreciendo al individuo seguridad jurídica relativa a los derechos patrimo-

27 En este sentido, Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, vol. IV, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 351, que igualmente se posiciona a favor de la prohibición de retroceso social y, de modo más contundente, Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 327.

28 Respecto del tema, ver especialmente y por todos, Rolf-Ulrich Schlencker, *Soziales Rückschrittsverbot und Grundgesetz*, Berlin: Duncker & Humblot, 1986, quien aboga, en una monografía considerada referencial, por la existencia de una prohibición de retroceso relativa en materia de derechos sociales. Respecto de la "solución" alemana en la materia ver también nuestro *O Estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade*, cit., ps. 111 y siguientes.

29 Cf. Hans-Jürgen Papier, *Anmerkungen zu Art. 14 GG*, en Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, vol. II, Múnich: C.H. Beck, 1994, p. 77.

niales reconocidos por el orden jurídico, además de proteger la confianza depositada en el contenido de sus derechos[30].

El Tribunal Federal Constitucional adoptó esta interpretación, considerando que la protección por medio de la garantía de la propiedad tiene como presupuesto la circunstancia de que al titular del derecho se le atribuye una posición jurídica equivalente a la de propiedad privada y que, en el caso de una supresión sin compensación alguna, ocurriría una colisión frontal con el principio del Estado de derecho[31], lo que, especialmente a partir de la inclusión en el ámbito de la protección de la garantía de la propiedad de derechos patrimoniales en la esfera de la seguridad social, acabó llevando a una ampliación del concepto de propiedad vigente en el derecho privado, del cual el concepto constitucional de propiedad vino a desprenderse casi completamente[32].

Cabe señalar, sin embargo, que no todos los derechos patrimoniales de naturaleza pública (ni siquiera todos los derechos sociales) fueron considerados protegidos por la garantía de la propiedad, ya que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, presentada aquí en apretadísima síntesis, deben satisfacerse algunos requisitos: a) a la posición jurídica individual (esto es, al derecho subjetivo a la prestación social) debe corresponder una contraprestación personal de su titular, que no puede ser irrelevante –aunque no es indispensable una equivalencia absoluta entra la prestación estatal y la contrapartida persona, bastando que la pretensión del particular no esté basada única y exclusivamente en una prestación unilateral del Estado–[33]; b) debe tratarse de una posición jurídica de naturaleza patrimonial, que pueda ser considerada como de goce privado para su titular, lo que ocurre cuando el titular del derecho

30 Cf. Peter Badura, *Eigentum*, en E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (orgs.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2ª ed., Berlín: Walter de Gruyter, p. 347. No entraremos quí en la discusión (planteada especialmente en la doctrina privatista) en torno de una concepción funcional de la propiedad, ni de la gradual afirmación, al menos en el ámbito del derecho brasileño, de una visión que podríamos denominar "existencial" de la propiedad, como revelan, entre otros, los paradigmáticos estudios de Gustavo Tepedino, *Temas de Direito Civil*, Río de Janeiro: Renovar, 1999; Ricardo Aronne, *Propriedade e domínio*, Río de Janeiro: Renovar, 1999; y Luiz Edson Fachin, *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, Río de Janeiro: Renovar, 2001.

31 Sobre la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal en esta materia, ver, entre otros, Walter Leisner, *Eigentum*, en Josef Isensee/Paul Kirchhof (org.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. VI, Heidelberg: C. F. Mueller, 1992, p. 1.069.

32 Ésta es la oportuna opinión de Brunn Otto Bryde, *Anmerkungen zu Art. 14 GG*, en Ingo von Münch/Philip Kunig, *Grundgesetz- Kommentar*, vol. I, 4ª ed., Múnich: C. H. Beck, 1992, p. 830.

33 Cf. *BverfGE* (Recopilación Oficial de las Decisiones del Tribunal Constitucional Federal), vol. 69, ps. 272 y 301.

puede partir de la premisa de que se trata de una posición jurídica personal, propia y exclusiva, caracterizada por una esencial disponibilidad por parte de su titular[34]; c) La prestación debe servir a la garantía de la existencia de su titular, ya que la propiedad también protege las condiciones necesarias para una vida autónoma y responsable, especialmente si se considera que la mayor parte de los ciudadanos alcanza su seguridad existencial menos por medio del patrimonio privado mobiliario y/o inmobiliario, que por resultado de su trabajo y, por lo tanto, por medio de sus posiciones jurídico-subjetivas patrimoniales[35].

En el ámbito de estos tres presupuestos y de su incremento gradual, así como de la ampliación del contenido social de la propiedad vinculada con ellos[36], la protección de las posiciones jurídico-subjetivas patrimoniales de derecho público fue considerablemente robustecida, y alcanza una parte considerable de las prestaciones que integran el sistema público de seguridad social (especialmente jubilaciones, pensiones, segurdo de desempleo, seguro contra accidentes de trabajo, etcétera), además de alcanzar aun las expectativas de derechos, especialmente aquellas posiciones que, mediante el cumplimiento de otras condiciones (por ejemplo, un cierto plazo de espera y/o de carencia), se tornan plenamente exigibles[37]. Por otra parte, han sido excluidas de la protección las prestaciones de cuño rehabilitador y secundario, sin contraprestación respectiva[38], así como las prestaciones discrecionales, que no están fundadas en una posición jurídica similar a la de la propiedad privada, de modo que debe tratarse de prestaciones obligatorias[39].

A pesar de las diversas y relevantes críticas formuladas en relación con la solución preconizada por el Tribunal Constitucional Federal, que no pueden ser presentadas y discutidas íntegramente aquí[40], y aun considerando la existencia de otras formas de protección contra el retroceso reconocidas y desarrolladas en la doctrina y jurisprudencia constitucional germánica (como es el caso de las alternativas fundadas en la protección de la confianza, en el principio de isonomía y en la dignidad de la persona humana)[41], lo que importa, a efectos de esta exposición, es la constatación de la importancia que se le ha atribuido a la prohibición de retroceso, aún más extensa que la protección de los derechos adquiridos, en órdenes constitucionales donde no existe una previsión de tal prohibición y donde –conviene subrayar este aspecto– los niveles de protección social son muy superiores a los nuestros. Que también en Alemania (y, por lo demás, en la esfera europea) tal protección no sea absoluta y en qué medida –y bajo qué presupuestos– sea considerado constitucionalmente legítimo algún tipo de retroceso, volverá a ser tratado más adelante, aunque sin mayor profundización.

III. 3. Algunas objeciones en relación con el reconocimiento de una prohibición de retroceso en materia de derechos sociales

Contra el reconocimiento, en principio, de una prohibición de retroceso en la esfera de las conquistas sociales, se acostumbra a esgrimir especialmente el argumento de que ésta choca contra el hecho de que el contenido del objeto de los derechos sociales fundamentales no se encuentra, por regla, definido al nivel de la Constitución, siendo, además, indeterminable sin la intervención del legislador, de manera tal que éste deberá disponer de una libertad casi absoluta de configuración en este terreno, que, a su vez, incluye la autonomía para volver atrás en lo que hace a sus propias decisiones, libertad ésta que, sin embargo, se encuentra limitada por el principio de la protección de la confianza y por la necesidad de justificación de las medidas reduccionistas[42].

34 Cf. nuevamente *BverfGE*, vol. 69, ps. 272, 300-301.

35 Cf. *BVerfGE*, vol. 53, ps. 257 y 294.

36 Tal evolución del contenido social de la garantía de la propiedad ha sido destacada por Walter Leisner, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. VI, p. 1070.

37 En este sentido *BVerfGE*, vol. 53, ps. 257, 289-90.

38 Cf. Rudolf Wendt, *Anmerkungen zu Art, 14 GG*, en Michael Sachs (org.), *Grundgesetz*, Múnich: C. H. Beck, 1996, p. 492.

39 Cf. Hans-Jürgen Papier, en Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, vol. II, p. 94.

40 Entre estas críticas se destaca la objeción según la cual la protección por medio de la garantía de la propiedad es insuficiente, por no incluir una serie de posiciones subjetivas relevantes en la esfera de la protección social, y es además demasiado relativa, ya que es amplia la posibilidad de intervenciones sobre la propiedad. En este sentido, ver Hans-Jürgen Papier (ob. cit., p. 94), quien sostiene que, además de asegurar una protección relativa, el recurso supletorio a la garantía de la propiedad como fundamento constitucional para una protección de las posiciones subjetivas patrimoniales de derecho público es incluso innecesaria, ya que la especial fuerza jurídica de los derechos públicos subjetivos surge de otras normas constitucionales. Entre la literatura más reciente, puede verse el estudio crítico de Harald Bogs, *Art. 14 GG (Eigentum) als Vertrauensschutz-Basisnorm für Rentenversicherte?*, en Franz Ruland/Bernd Baron von Maydell/Hans-Jürgen Papier (org.), *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats - Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C. F. Müller, 1998, ps. 65-83, quien desarrolla especialmente la idea de que existen caminos más eficaces para la protección de los derechos subjetivos en la esfera de la seguridad social que el ofrecido por la garantía de la propiedad.

41 Cf. nuestro *O Estado social de direito, a proibição de retrocesso*, ps. 124 y siguientes.

42 Éste es el pensamiento de Miguel Afonso Vaz, *Lei e reserva de lei. A causa da lei na Constituição portuguesa de 1976*, Porto, 1992, ps. 383 y siguientes, aunque el autor no llega a negar toda manifestación de la prohibición de retroceso, ya que hace mención a la protección de la confianza y a la necesidad de justificación para la adopción de medidas regresivas en el ámbiito de la legislación infraconstitucional. En esa misma línea, ver Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasilia: Brasília Jurídica, 1996, p. 163, para

Tal concepción, al menos en nuestro parecer, no puede ser acogida, so pena de otorgar al legislador el poder de disponer (de modo demasiado libre) del contenido esencial de los derechos sociales fundamentales, especialmente en lo que hace a su concreción legislativa, ya que en el plano del cambio constitucional formal ya se dispone de protección (que tampoco es absoluta, aunque está reforzada), asegurada por los límites a la reforma de la Constitución, temática que no será desarrollada aquí. De la misma manera, no hay cómo acoger –por lo menos no integralmente, en particular en lo que hace a sus consecuencias– la crítica sostenida, entre nosotros, por Roger Stiefelman Leal, que llega a admitir –frente a la incapacidad prestacional del poder público (en el ámbito de los límites establecidos por la "reserva de lo posible") la posibilidad de una total supresión de una determinada legislación que concreta los derechos sociales o las políticas públicas en este campo[43].

En efecto, al admitir una ausencia de vinculación mínima del legislador (así como de los órganos estatales en general) al núcleo esencial ya concretado en la esfera de los derechos sociales y de las imposiciones constitucionales en materia de justicia social, se estaría aceptando un fraude a la Constitución, ya que el legislador –que al leislar en materia de protección social está cumpliendo un mandato del constituyente– podría pura y simplemente deshacer lo que hizo en estricto cumplimiento de la Constitución. Para emplear aquí la enseñanza de Jorge Miranda (que, de todos modos, admite una prohibición de retroceso sólo relativa): el legislador no puede eliminar simplemente las normas (legales) que concretan derechos sociales, *pues eso equivaldría a sustraer la eficacia jurídica de las normas constitucionales, ya que el cumplimiento de un mandato constitucional acaba por convertirse en una prohibición de destruir la situación instaurada por el legislador*[44].

Además, mediante la supresión pura y simple del propio núcleo esencial legislativamente concretado de determinado derecho social (especialmente de los derechos sociales vinculados al mínimo existencial) se afecta, en muchos casos, la propia dignidad de la persona humana, lo que desde luego se revela como inadmisible, aún más si se considera que en el terreno de las prestaciones mínimas (que constituyen el núcleo esencial mínimo judicialmente exigible de los derechos a prestaciones) para una

quien "la admisión de un principio de prohibición de retroceso social, entendido como una garantía de los derechos sociales ante la ley, entra en conflicto con el principio de autonomía del legislador, dado que el nivel de determinación constitucional de esos derechos parece ser inexistente".

43 Cf. Roger Stifelman Leal, *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*, artículo publicado en la página del Programa de Posgrado de derecho de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul, accesible en *www.orion.ufrgs.br/mestredir/doutrina/leal2.htm*.

44 Cf. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, vol. IV, ps. 397 y siguientes.

vida digna no puede prevalecer ni siquiera la objeción de la "reserva de lo posible", ni la alegación de una eventual ofensa al principio democrático y a la separación de poderes[45].

III. 4. Principales argumentos a favor del reconocimiento de un principio implícito de prohibición de retroceso en el orden constitucional brasileño

Si a partir de las consideraciones precedentes ya se podría admitir, aun entre nosotros, la incidencia de una eficacia prohibitiva del retroceso, y sin que se pretenda rastrear aquí todas las dimensiones de la cuestión, a través de un análisis exhaustivo de toda la doctrina y jurisprudencia disponible[46], importa, con todo, emprender la tentativa de construir una argumentación suficientemente robusta y constitucionalmente adecuada para el reconocimiento de un principio de prohibición de retroceso también en el orden jurídico constitucional brasileño. En el plano doctrinario, iniciamos con la siempre oportuna enseñanza de Luís Roberto Barroso, que, en cierto modo, representa la interpretación que (a pesar de algunas posiciones reticentes) ha dominado –cada vez más– nuestro escenario jurídico. Para el notable constitucionalista carioca, "por este principio, no expreso, pero que surge del sistema jurídico-constitucional, se entiende que si una ley, al reglamentar un mandato constitucional, instituye determinado derecho, él se incorpora al patrimonio jurídico de la ciudadanía y no puede ser suprimido absolutamente"[47]. En líneas generales, lo que se percibe es que la noción de prohibición de retroceso ha sido reconducida por muchos a la noción que José Afonso da Silva presenta como un derecho subjetivo negativo, en el sentido de que es posible impugnar judicialmente toda medida que se encuentre en conflicto con el tenor de la Constitución (incluso con los objetivos establecidos en las normas de cuño programático), así como rechazar medidas legislativas que sustraigan supervinientemente a una norma constitucional el grado de concretiza-

45 Sobre este punto remitimos a nuestro *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., ps. 287 y siguientes. En el mismo sentido, a favor del reconocimiento de un derecho subjetivo individual a una determinada prestación social, ver, entre otros, especialmente Andreas Krell, *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, ps. 37 y ss.; Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, ps. 246 y ss., y, más recientemente, Marcos Maselli Gouvêa, *O controle judicial das omissões administrativas*, Río de Janeiro: Forense, 2003.

46 Para un análisis más detenido de las diversas posiciones de la doctrina (especialmente brasileña y portuguesa) remitimos al estudio de S. Mendonça, *Vedação do retrocesso*, cit., ps. 218 y siguientes.

47 Cf. Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 5ª ed., Río de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

48 En este sentido, ver, entre otros, además de la ya referida opinión de Luís Roberto Barroso, la ya clásica (y mantenido en ediciones más recientes de su obra) de Jo-

ción anterior que le fue otorgado por el legislador[48]. En suma, reiteramos aquí la enseñanza de Gomes Canotilho y Vital Moreira: las normas constitucionales que reconocen derechos sociales de carácter positivo implican una prohibición de retroceso, ya que "una vez dada satisfacción al derecho, éste se transformó, en esa medida, en derecho negativo, o derecho de defensa, es decir, en un derecho a que el Estado de abstenga de atentar contra él"[49].

A partir de esta perspectiva, y sin pretender agotar o profundizar en toda la gama de razones pasibles de ser referidas, se verifica que, en el ámbito del derecho constitucional brasileño, el principio de prohibición de retroceso (en su dimensión más estricta aquí tratada) surge –como ya fue señalado– de modo implícito del sistema constitucional, en particular de los siguientes principios y argumentos de carácter jurídico-constitucional:

a) Del principio del Estado democrático y social de derecho, que impone un parámetro mínimo de seguridad jurídica, que incluye necesariamente la protección de la confianza y el mantenimiento de un nivel mínimo de continuidad del orden jurídico, además de una seguridad contra medidas retroactivas y, al menos en cierta medida, contra actos de carácter regresivo de modo general.

b) Del principio de la dignidad de la persona humana que, exigiendo la satisfacción –por medio de prestaciones positivas (y, por ende, derechos sociales fundamentales)– de una existencia digna para todos, tiene como efecto, en su perspectiva negativa, la inviabilidad de medidas que no alcance este parámetro.

c) Del principio de la máxima eficacia y efectividad de las normas definitorias de derechos fundamentales, contenido en el artículo 5, parágrafo 1 de la Constitución brasileña, que incluye necesariamente la maximización de la protección de los derechos fundamentales. En efecto, la indispensable optimización de la eficacia y efectividad del derecho a la seguridad jurídica (y, por ende, también del principio de seguridad jurídica) reclama que se dé al mismo la mayor protección posible, lo que, a su vez, exige también una protección contra medidas de carácter regresivo, incluso en la acepción aquí desarrollada.

d) Las manifestaciones específicas y expresamente previstas en la

sé Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2ª ed., San Pablo: Revista dos Tribunais, 1982 , ps. 147, y 156 y ss.; Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, vol. IV, ps. 397-399; Lenio Luiz Streck, *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, ps. 31 y ss.; así como Ana Paula de Barcellos, *A eficácia dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*, Río de Janeiro: Renovar, 2002, ps. 68 y ss., quien sostiene que se tratar de un desdoblamiento de la eficacia negativa de los principios constitucionales. Más recientemente, ver S. Mendonça, *Vedação do retrocesso*, ps. 218 y ss., quien niega que se trate de una cuestión vinculada únicamente con la eficacia negativa de la normas constitucionales.

[49] Cf. Joaquim José Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, p. 131.

Constitución, en lo que hace a la protección contra medidas de carácter retroactivo (en la cual se encuadra la protección de los derechos adquiridos, de la cosa juzgada y del acto jurídico perfecto) no dan cuenta del universo de situaciones que integran la noción más amplia de seguridad jurídica, que, por otro lado, encuentra fundamento directo en el artículo *5, caput*, de la Ley Fundamental brasileña y en el principio del Estado social y democrático de derecho.

e) El principio de la protección de la confianza, en su condición de elemento nuclear del Estado de derecho (además de su íntima conexión con la propia seguridad jurídica) impone al poder público –aun (pero no exclusivamente) como exigencia de la buena fe en las relaciones con los particulares– el respeto por la confianza depositada por los individuos en relación con una cierta estabilidad y continuidad del orden jurídico como un todo y de las relaciones jurídicas específicamente consideradas.

f) Los órganos estatales, especialmente como corolario de la seguridad jurídica y de la protección de la confianza, se encuentran vinculados no sólo por las imposiciones constitucionales en el ámbito de su concreción en el plano infraconstitucional, sino que están sujetos a una cierta autovinculación en relación con sus actos anteriores[50]. Ésta, a su vez, alcanza tanto al legislador como a los actos de la administración y, en cierta medida, a los actos de los órganos jurisdiccionales, aspecto que, de todos modos, merece mayor desarrollo del que permiten los límites del presente estudio.

g) Negar reconocimiento al principio de la prohibición de retroceso significaría, en última instancia, admitir que los órganos legislativos (así como el poder público de modo general), a pesar de estar incuestionablemente vinculados por los derechos fundamentales y por las normas constitucionales en general, disponen del poder de tomar libremente sus decisiones aun en flagrante falta de respeto a la voluntad expresa del Constituyente[51]. En efecto, como bien recuerda Luís Roberto Barroso,

[50] Cf., entre otros, Harmut Maurer, *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*, en Josef Isensee/Paul Kirchhof (org.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III, Heidelberg: C. F. Muller, ps. 244 y ss., aunque el autor –así como la doctrina y la jurisprudencia en general– sean bastante restrictivos en lo que hace a la admisión de una autovinculación del legislador, temática que aquí no desarrollaremos, pero que ha sido objeto de una cierta discusión en Alemania, bajo la rúbrica de una vinculación sistémica del legislador, desarrollada esencialmente a la luz del principio de igualdad. En este sentido, ver, entre otros, Uwe Kischel, *Systembindung des Gesetzgebers und Gleichheitssatz*, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 124, 1999, ps. 174-211.

[51] Tal punto de vista sólo podría ser sostenido, en tesis, si se parte de la premisa de que los derechos sociales no pueden (ni siquiera en lo que hace a su contenido esencial) ser definidos a nivel constitucional –esto es lo que parece proponer Manuel Afonso Vaz, *Lei e reserva de lei*, cit., ps. 383-384, contrariando sin embargo la misma lógica del sistema jurídico-constitucional, particularmente en lo que hace a la función de concreción ejercida por el legislador y los demás órganos estatales.

mediante el reconocimiento de la prohibición de retroceso se pretende impedir la frustración de la efectividad constitucional, ya que, en la hipótesis en la que el legislador derogue el acto que dio concreción a una norma programática o tornó viable el ejercicio de un derecho, estaría acarreando un retorno a una situación de omisión (inconstitucional, podríamos agregar) anterior[52]. Precisamente en este contexto, se inserta también la argumentación deducida por los votos conductores (especialmente del entonces magistrado Vital Moreira) del ya referido *leading case* del Tribunal Constitucional de Portugal, acerca del Servicio Nacional de Salud, sosteniendo que "las tareas constitucionales impuestas al Estado en sede de derechos fundamentales en el sentido de crear ciertas instituciones o servicios, no obligan sólo a crearlos, obligan también a no abolirlos unas vez creados", aduciendo que "después de haber sancionado una ley requerida por la Constitución para realizar un derecho fundamental, está prohibido al legislador derogar esa ley, reponiendo el estado de cosas anterior. La existencia de la institución, servicio o instituto jurídico creados por ella pasa a estar constitucionalmente garantizada. Una nueva ley puede venir a alterarlos o a reformarlos dentro de los límites constitucionalmente admitidos; pero no puede extinguirlos o derogarlos".

A partir de lo expuesto, se verifica que la prohibición de retroceso, aun en la acepción más restrictiva postulada aquí, también resulta directamente del principio de maximización de la eficacia de (todas) las normas de derechos fundamentales. Por vía de consecuencia, el artículo 5, parágrafo 1, de la Constitución brasileña, impone la protección efectiva de los derechos fundamentales no sólo contra la actuación del poder de reforma constitucional (en combinación con el art. 60, que dispone el respeto a los límites formales y materiales a las reformas constitucionales), sino también contra el legislador ordinario y los demás órganos estatales (ya que las medidas administrativas y las decisiones jurisdiccionales también pueden atentar contra la seguridad jurídica y la protección de la confianza), que, por ende, además de tener el mandato permanente de desarrollar y concretar de manera eficiente los derechos fundamentales (incluso, y de modo particular, los derechos sociales), no puede –en ninguna hipótesis– suprimir pura y simplemente o restringir de modo que invada el núcleo esencial del derecho fundamental o atentar, de otro modo, contra las exigencias de la proporcionalidad.

Si a favor del reconocimiento, en principio, de una prohibición de retroceso en materia de derechos fundamentales no parecen subsistir mayores dudas, ya que cada vez son más aisladas las voces que se posicionan contrariamente al instituto (aún más frente al elenco –no exhaustivo– de argumentos mencionados), también es verdad que hay, aún, considerable espacio para la controversia en lo que concierne a la amplitud de la protección otorgada por el principio de la prohibición de retroceso social. En efecto, si es correcto apuntar la existencia de un elevado grado de consenso (al menos en la doctrina y jurisprudencia nacional y, de modo general, en el espacio europeo) en cuanto a la existencia de una protección contra el retroceso, es igualmente cierto que tal consenso alcance el reconocimiento de que tal protección no pude asumir un carácter absoluto, en especial en lo que hace a la concreción de los derechos sociales a prestaciones. Más allá de ese consenso (en el sentido de que existe una prohibición relativa de retroceso en materia de derechos sociales), existe una intensa discusión en torno de la amplitud de la protección contra el retroceso, siendo significativas las diferencias de entendimiento registradas en el ámbito doctrinario y jurisprudencial, pero también en el terreno de las soluciones adoptadas por el derecho positivo en cada orden jurídico individualmente considerado.

En este sentido, Vieira de Andrade –que, conviene decirlo, adopta una posición relativamente cautelosa en esta materia (mucho más cautelosa y restrictiva que la sustentada en el presente ensayo)– llama la atención acerca de que la prohibición de retroceso social no puede ser considerada una regla general, bajo pena de colocar seriamente en riesgo la indispensable autonomía de la función legisferante, ya que no se puede considerar al legislador como órgano de mera ejecución de las decisiones constitucionales[53]. Además –siempre de acuerdo con Vieira de Andrade– una prohibición absoluta de retroceso social acabaría por otorgar a los derechos sociales fundamentales a prestaciones concretados legislativamente una eficacia más reforzada que la atribuida a los derechos de defensa en general, ya que éstos pueden ser restringidos por el legislador, mientras se preserve su núcleo esencial. El autor subraya, aun, que el derecho constitucional portugués consagró justamente la juridicidad reforzada de los derechos, libertades y garantías[54]. En Brasil, aunque partiendo un referente distinto en términos de derecho constitucional positivo y de su respectivo contexto socioeconómico, vale señalar la opinión de Andreas Krell, al apuntar –en la misma línea de Vieira de Andrade en relación con la prohibición de retroceso– que la aplicación de esta teoría, en caso de prohibir la disminución de los derechos sociales individuales para asegu-

[52] Cf. Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, cit., ps. 158-159. En este contexto, asume relevancia la controversia respecto de los límites del control de la actividad legislativa por el Poder Judicial, vinculada, a su vez, a la cuestión de la legitimidad de los órganos jurisdiccionales para tal control, temática que evidentemente no puede ser desarrollada aquí y sobre la cual existe existe vasta y calificada doctrina nacional y extranjera.

[53] Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, ps. 307-309.

[54] Cf. Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais*, cit., p. 309.

rar intereses públicos urgentes y relevantes, podría llevar a una protección mayor de los derechos sociales en relación con los derechos de libertad[55].

Bastaría esta línea argumentativa para reconocer (aun cuando en Brasil no se puede acoger la tesis de un régimen jurídico diferenciado y reforzado de los derechos de defensa[56]) que no se puede abordar la prohibición de retroceso como regla general principio de naturaleza absoluta, ya que no sólo resulta insustentable la reducción de la actividad legislativa a ejecución pura y simple de la Constitución, sino también porque el hecho de que esta solución radical, en caso de considerarse aceptable, acabaría por conducir a una especie de transmutación de las normas infraconstitucionales en derecho constitucional, además de hacer inviable el propio desarrollo de este último[57]. Más allá de eso, resulta evidente que la admisión de una prohibición absoluta de retroceso –especialmente en el sentido estricto aquí postulado– haría inexorablemente procedentes las críticas formuladas por sus adversarios. Así, la prohibición de retroceso asume (como creo ha sido suficientemente fundamentado) rasgos de verdadero principio constitucional fundamental implícito, que puede ser reconducido tanto al principio del Estado de derecho (en el ámbito de la protección de la confianza y de la estabilidad de las relaciones jurídicas inherentes a la seguridad jurídica), como al principio del Estado social, en su condición de garantía del mantenimiento de los grados mínimos de seguridad social alcanzados, siendo, por otro lado, corolario de la máxima eficacia y efectividad de las normas de derechos sociales fundamentales y del derecho a la seguridad jurídica, así como de la propia dignidad de la persona humana.

Si se toma en cuenta que la prohibición de retroceso social, por no tratarse de una regla general y absoluta, sino de un principio, no admite solución basada sobre la "lógica de todo o nada" (en el sentido de las enseñanzas de Dworkin, Alexy y Canotilho[58]), aceptando determinadas reducciones en el ámbito de las conquistas sociales a nivel infraconstitucional, está prohibida, desde luego, su supresión pura y simple. En efecto, vale reproducir, en este contexto, la opinión de Gomes Canotilho, quien sostiene que el núcleo esencial de los derechos sociales ya realizado y efectivizado por el legislador se encuentra constitucionalmente garantizado contra medidas estatales que, en la práctica, resulten en la anulación, derogación o aniquilación pura y simple de ese núcleo esencial, de tal suerte que la libertad de configuración del legislador y la auto-reversibilidad inherente encuentran limitaciones en el núcleo esencial ya realizado[59]. Más allá de que tal concepción pueda servir como punto de partida para el análisis de la problemática del alcance de la protección contra el retroceso en materia de derechos sociales, nos parece útil efectuar alguna profundización, en especial en lo que hace a la vinculación del problema a las nociones de dignidad de la persona y de la garantía de las condiciones materiales mínimas para una vida digna, lo que será objeto de nuestra atención en el próximo apartado.

IV. Dignidad de la persona y mínimo existencial como criterios materiales para el establecimiento del alcance del principio de la prohibición de retroceso

La dinámica de las relaciones sociales y económicas, en especial en lo que concierne a las demandas de determinada sociedad en materia de seguridad social y, en consecuencia, en términos de prestaciones sociales aseguradas por el poder público, demuestra por sí sola la inviabilidad de sostener una prohibición absoluta de retroceso en materia de derechos sociales. Si sumamos estos factores a la variabilidad e inestabilidad de la capacidad prestacional del Estado y de la propia sociedad (de cualquier Es-

55 Cf. Andreas Krell, *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha - os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 40.

56 Téngase en cuenta que la Constitución brasileña de 1988, a diferencia de la portuguesa y de la española, no trazó un régimen jurídico diferenciado entre los derechos de defensa y los derechos sociales a prestaciones. En esto, para un mayor desarrollo, ver nuestro *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*, cit., ps. 150 y ss. Los derechos sociales son, por ende, igualmente fundamentales, en sentido formal y material, lo que no impide que tal fundamentalidad se manifieste de modo diversificado en el plano de la eficacia y de la efectividad.

57 En este sentido ver también Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais*, cit., p. 308; y también Caupers, *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, cit., p. 44, quien, a pesar de estar a favor de la prohibición de retroceso social, comparte la oponión de que la protección de los sistemas prestacionales existentes no puede ser mayor que la concedida a los derechos de libertad (derechos de defensa).

58 No por eso admitimos integralmente todos los aspectos de la teoría normativa de Alexy, especialmente en lo que hace a la distinción entre principios y reglas, ya que –en línea con la propuesta formulada por Juarez Freitas, *A interpretação sistemática do direito*, 3ª ed., San Pablo: Malheiros, 2002, ps. 54 y ss., y 140 y ss., también las reglas pueden sufrir algún tipo de ponderación (jerarquización), en el sentido de no estar sujetas inexorablemente a una lógica de "todo o nada", especialmente por el hecho de que detrás de una antinomia entre dos (o más) reglas se encuentra siempre una antinomia de principios. Sin pretender avanzar aquí en esta discusión (para lo que remitimos a la obra del ilustre jurista gaúcho), lo que importa es la comprensión de que los principios, de hecho y en un cierto sentido, constituyen mandatos de optimización y requieren de la ponderación y armonización con otros principios (y reglas, cuando sea el caso) en el ámbito del sistema jurídico. Trazando una visión crítica de la teoría de los principios, ver, también, la reciente contribución de Humberto Bergman Ávila, *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, San Pablo: Malheiros, 2003.

59 Cf. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 327.

tado y sociedad, como surge de la experiencia vivenciada en casi todos los rincones del planeta[60]) como un todo, especialmente en un contexto de crisis económica e incremento de los niveles de exclusión social (que, a su vez, resulta en el aumento de la demanda de protección social), acompañado de problemas en la esfera de la recaudación de recursos que puedan dar cuenta de los reclamos en la esfera de la protección social, da cuenta igualmente de que el reconocimiento de un principio de prohibición de retroceso no podría –como ha sido destacado suficientemente en las páginas precedentes– resultar en una veda absoluta de cualquier medida que tenga por objeto la promoción de ajustes, y eventualmente hasta de alguna reducción o flexibilización en materia de seguridad social, donde estuvieran realmente presentes los presupuestos para hacerlo.

Visto esto, importa avanzar en lo que hace a la construcción de algunos criterios materiales que hagan viable una solución constitucionalmente adecuada y ecuánime en el ámbito del establecimiento de límites a la aplicación del principio de prohibición de retroceso. En este contexto, la primera noción a ser rescatada es la del núcleo esencial de los derechos sociales fundamentales que sean objeto de una medida regresiva. Como ya se ha destacado suficientemente, el legislador (así como el poder público en general) no puede, una vez concretado determinado derechos social en el plano de la infraconstitucional, aun cuando la medida tenga efectos meramente prospectivos, volver atrás y, mediante una supresión o relativización (en el sentido de una restricción), afectar el núcleo esencial legislativamente concretado de determinado derecho social constitucional-

60 Es ilustrativa, en este contexto, la crisis relativamente aguda vivida, ya hace un buen tiempo pero con ritmo creciente, en Alemania, donde se intensifican los clamores en pro de una reforma general de la Ley Fundamental, acusada, en diversos círculos (incluso en el medio académico) de estar tornando ingobernable el país (ver, al respecto, el amplio y bien documentado reportaje publicado por el importante periódico *Der Spiegel*, en su edición del 12/05/2003, con el sugestivo título *Die verstaubte Verfasung*, que podría traducirse como *La Constituición polvorienta*). Téngase en consideración, con todo, que aunque una significativa parcela de las reformas en marcha envuelva el sistema de seguridad social y la problemática del ajuste fiscal y del déficit público, lo que más ha preocupado a los críticos es la inviabilidad práctica de cambios con la rapidez necesaria, teniendo en cuenta el intricado y paralizante sistema federal, la repartición de competencias, el intricado sistema partidario y la complejidad del proceso legislativo, además de la posibilidad de que pequeños bloques partidarios y representantes de las provincias o regiones impidan la aprobación de proyectos esenciales para el saneamiento del país y para el reinicio del crecimento económico. No discutiré aquí si este discurso (igualmente difundido entre nosotros) ha de prevalecer íntegramente, pero el ejemplo sirve para demostrar en qué medida la cuestión de la reforma del Estado y de las instituciones, en un contexto social, político y económico altamente explosivo e influlenciado por la globalizacióm económica, representa un fenómeno de proporciones mundiales y no puede ser ignorado simplemente en el terreno jurídico y jurisdiccional, especialmente en el ámbito de la discusión en torno de la prohibición de retroceso.

mente asegurado. Así, como ya surge del propio texto, es en primera línea el núcleo esencial de los derechos sociales el que vincula al poder público en el ámbito de una protección contra el retroceso y que, por ende, se encuentra protegido.

Que tal núcleo esencial se encuentra directamente conectado al principio de la dignidad de la persona humana, en especial (tratándose de derechos sociales prestacionales) al conjunto de prestaciones materiales indispensables para una vida con dignidad, constituye una de las tesis centrales aquí sostenidas, sin ninguna pretensión de originalidad. Más allá de eso, la noción de mínimo existencial, comprendida, a su vez, en el sentido de incluir el conjunto de prestaciones materiales que aseguran a cada individuo una vida con dignidad, que necesariamente sólo podrá ser una vida saludable, que corresponda a parámetros mínimos de calidad[61], nos revela que la dignidad de la persona actúa como directriz jurídico-material tanto para la definición del núcleo esencial, como para la definición de lo que constituye la garantía del mínimo existencial, que, en el sentida de abundante doctrina, incluye mucho más que la garantía de la mera supervivencia física, y no puede ser restringido, por ende, a la noción de un mínimo vital o a una noción estrictamente liberal de un mínimo suficiente para asegurar el ejercicio de las libertades fundamentales[62]. En este mismo sentido, sólo para ilustrar la cuestión sobre la base de la experiencia reciente vivida en una sociedad y en un orden jurídico no muy distante (en diversos sentidos), la doctrina y el Tribunal Constitucional de Colombia, a pesar de la terminología adoptada (mínimo vital) ha reconocido, ya hace algún tiempo, un derecho innominado (sería mejor la designación de "implícito") a un mínimo vital, considerado como la garantía de un mínimo de condiciones materiales para una vida digna[63]. Partiendo

61 Nos remitimos aquí nuevamente a nuestro concepto de la dignidad de la persona, tal como ha sido ya citado en este ensayo, destacando que una vida digna es necesariamente una vida saludable. A tal concepto se aproxima la noción recientemente sostenida por Luis Fernando Barzotto, *A democracia na Constituição*, San Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, especialmente ps. 175 y ss., al referise a una "buena vida" como objetivo y fundamento del Estado democrático de derecho en la Constitución de 1988.

62 Respecto de la noción de mínimo existencial, remitimos al indispensable y pionero estudio de Ricardo Lobo Torres, *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*, en *Revista de Direito Administrativo*, nº 177, 1989, ps. 29 y ss., más allá de que el autor –a partir de un profundo análisis especialmente de la doctrina estadounidense y alemana– se incline aparentemente a favor de una noción tendencialmente liberal (aunque no necesariamente reduccionista) de mínimo existencial, ya que destaca correctamente el papel de la dignidad de la persona en la construcción del concepto de mínimo existencial. Entre las contribuciones más recientes, es menester referir el ya citado estudio de Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, especialmente ps. 247 y siguientes.

63 Respecto de la evolución de la jurisprudencia constitucional colombiana en materia de reconocimiento y protección de un derecho a las condiciones mínimas para

del presupuesto de que las prestaciones estatales básicas destinadas a la garantía de una vida digna para cada persona constituyen, tal como ya fue recordado, incluso un parámetro necesario para la justiciabilidad de los derechos sociales prestacionales, en el sentido de derechos subjetivos definitivos que prevalecen aún frente a otros principios constitucionales (como es el caso de la "reserva de lo posible" (y la conexa reserva parlamentaria en materia presupuestaria) y de la separación de poderes, sólo para mencionar los que han sido más citados por la doctrina, resulta evidente –y aún más si se tiene en consideración la dimensión negativa (o defensiva) de los derechos sociales (en este sentido, no sólo los derechos a prestaciones[64])– que este conjunto de prestaciones básicas no puede ser suprimido o reducido (por debajo de su contenido relacionado con la dignidad de la persona), ni siquiera poniendo a salvo los derechos direitos adquiridos, ya que afectar el núcleo material de la dignidad de la persona (en su doble dimensión positiva y negativa) seguirá siendo una violación injustificable del valor (y del principio) máximo del orden jurídico y social.

Con esto también se percibe nítidamente que la prohibición de retroceso, en el sentido aquí tratado, representa, en realidad, una protección adicional otorgada por el orden jurídico-constitucional, que va más allá de la protección tradicionalmente concedida por las figuras del derecho adquirido, de la cosa juzgada, y de las demás prohibiciones específicas de las medidas retroactivas. Así, incluso para hacer honor a las evidentes diferencias entre actos de carácter retroactivo y medidas prospectivas, no se podría conceder, al menos en principio, tratamiento similar a ambas situaciones.

una vida con dignidad, ver la reciente y rica contribución de Rodolfo Arango y Julieta Lemaitre (dirs.), *Jurisprudencia constitucional sobre el mínimo vital*, Bogotá: Ediciones Uniandes, 2002.

64 Téngase en cuenta aquí que, a pesar de las críticas incisivas formuladas por Flávio Galdino, *O Custo dos Direitos*, en Ricardo Lobo Torres (org), *Legitimação dos direitos humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, ps. 139 y ss. (especialmente a partir de la p. 173), siempre reconocemos (aunque tal vez sin suficiente énfasis) la interrelación entre derechos negativos y positivos, así como el hecho de que los derechos positivos poseen una dimensión negativa (y la prohibición de retroceso es uno de los aspectos que mejor da cuenta de esta circunstancia). Por otro parte, conviene no olvidar que al priorizar el criterio de la eficacia jurídica (y no propiamente el de la efectividad, a pesar de estar íntimamente relacionado con el primero) acabamos sustentando –y así lo seguimos entendiendo– que el hecho de que todos los derechos tienen una dimensión positiva (como bien enfatiza Flávio Galdino, en la línea de Holmes y Sunstein), en el sentido de que también para proteger el derecho de propiedad y la libertad de expresión el poder público necesita disponer de todo un aparato judicial, policial, etcétera, que implica inversiones de orden económico (aspecto que nunca negamos, ya que sería negar lo obvio), no impide la posibilidad de qualquer juez (independientemente de una dimensión positiva y económicamente relevante) desde ya y sin ninguna intermediación del legislador, asegure –en cualquier proceso– el goce y/o la protección de los derechos denominados (por esta razón) como negativos o defensivos.

A partir de lo expuesto, y adhiriendo aquí a la postura paradigmática de Juarez Freitas, se verifica que también en el ámbito de la indispensable jerarquización (o ponderación, como prefiera buena parte de la doctrina) que debe realizarse en cada hipótesis concreta en que estuviera en juego una medida regresiva –ya que igualmente en el terreno de la aplicación del principio de prohibición de retroceso no hay cómo escapar de una interpretación tópico-sistemática (inexorablemente jerarquizadora)–, importa optar siempre (ya que ésta no será la única respuesta hermenéutica, pero probablemente sea la mejor) por la solución más compatible con la dignidad de la persona humana[65].

Justamente tal premisa (aunque no expresamente presentada a partir de la misma forma de fundamentación), se encuentra en la base de la reciente y ya referida sentencia del Tribunal Constitucional de Portugal (Sentencia 509/2002), respecto a la inconstitucionalidad (por violación del principio de la prohibición de retroceso) del Decreto de la Asamblea de la República que, al sustituir el antiguo ingreso mínimo garantizado por un nuevo ingreso social de inserción, excluyó del goce del beneficio (manteniendo incluso los derechos adquiridos) a las personas de entre 18 y 25 años. En términos generales y, para lo que aquí interesa, la decisión, aunque no unánime, entendió que la legislación derogada, atinente al ingreso mínimo garantizado, concretó el derecho a la seguridad social de los ciudadanos más carenciados (incluyendo a los jóvenes de entre 18 y 25 años), de manera tal que la nueva legislación, al excluir del nuevo ingreso social de inserción a las personas de esa franja de edades, sin previsión y/o mantenimiento de ningún tipo de protección social similar, significaría un retroceso en el grado de realización ya alcanzado por el derecho a la seguridad social, al punto de violar el contenido mínimo de ese derecho ya que, alcanzado el contenido nuclear del derecho a un mínimo de existencia digna, y no existiendo otros instrumentos jurídicos que puedan asegurarlo con un mínimo de eficacia. Es de destacar, aun, que el Tribunal Constitucional portugués reiteró pronunciamientos anteriores, reconociendo que en el ámbito de la concreción de los derechos sociales el legislador dispone de amplia libertad de configuración, pudiendo decidir respecto de los instrumentos y sobre el monto de los beneficios sociales a ser prestados, *bajo el presupuesto de que, en todo caso*, la elección legislativa asegure, con un mínimo de eficacia jurídica, la garantía del derecho a un mínimo de existencia digna para todos los casos[66].

Más allá de lo expuesto, conviene subrayar que, en la fundamenta-

65 Cf. la opinión, presentada aquí en apretadísima síntesis, de Juarez Freitas, *A interpretação sistemática do direito*, cit., en especial ps. 207 y siguientes.

66 Para quien desee profundizar el análisis, vale la pena revisar la fundamentación íntegra de la ya citada Sentencia nº 509/2002, Proceso nº 768/2002, decidida por el Tribunal Constitucional de Portugal el 19/12/2002.

ción del pedido preventivo de fiscalización de la constitucionalidad de la norma, efectuado por el presidente de la República, quedó asentado "aun cuando se sustente en una justificación objetivamente comprobable y de base constitucional, el Estado no puede afectar o suprimir prestaciones existentes de manera arbitraria, discriminatoria, con eventual violación de principios constitucionalmente consagrados, como son el principio de confianza propio del Estado de derecho o, más específicamente, en el caso, el principio de igualdad o el principio de universalidad en la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales".

Del análisis de la paradigmática decisión citada, que armoniza con la argumentación desarrollada a lo largo del presente texto, resulta que una medida de carácter regresivo, para no violar el principio de la prohibición de retroceso, debe, además de contar con una justificación de rango constitucional, salvaguardar –en todos los casos– el núcleo esencial de los derechos sociales, en especial en aquello que hace a las prestaciones materiales indispensables para una vida con dignidad para todas las personas, ya que –como bien revela el caso examinado– también deberá ser respetado el principio de universalidad de la titularidad y del ejercicio de los derechos fundamentales, por lo menos de aquellos que poseen un contenido de dignidad de la persona humana. De manera tal que no hay, de hecho, cómo sostener que el reconocimiento de una prohibición de retroceso en materia de derechos sociales (en los términos expuestos) resultaría en una aniquilación de la libertad de configuración del legislador, que, por lo demás –importa recordar esta circunstancia– nunca fue ni podrá ser ilimitada en el contexto de un Estado constitucional de derecho, como bien revelan los significativos límites impuestos en el terreno de las restricciones legislativas al ejercicio de los derechos fundamentales. Además, no puede olvidare jamás que una violación del mínimo existencial (aun teniendo en cuenta el núcleo esencial legislativamente concretado de los derechos sociales) significará siempre una violación de la dignidad de la persona humana y por esta razón será siempre desproporcionada y, por ende, inconstitucional[67].

Considerando que el núcleo esencial de los derechos fundamentales, inclusive sociales, no siempre corresponde a su contenido de dignidad (que podrá ser variable, dependiendo del derecho fundamental en juego) es menester admitir aun la inconstitucionalidad de medidas que –incluso cuando no afecten directamente la dignidad de la persona humana– invadan inequívocamente el núcleo esencial. Resulta evidente que también en

67 Respecto de la dignidad de la persona humana como límite de las restricciones a los derechos fundamentales, ver mi trabajo *A dignidade da pessoa humana*, cit., p. 119 y ss. Sobre el principio de proporcionalidad y la función de la dignidad de la persona humana en este contexto, ver, entre otros, Heinrich Scholler, *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha*, en *Revista Interesse Público*, nº 2, 1999, ps. 93-107.

el ámbito de la prohibición de retroceso importa tener siempre presente la circunstancia de que el contenido del mínimo existencial para una vida digna se encuentra condicionado por las circunstancias históricas, geográficas, sociales, económicas y culturales en cada lugar y momento que estuviese en juego, y va aquí asumido como presupuesto de nuestro análisis.

Además, se debe tener en cuenta que la dignidad de la persona humana y la correlativa noción de mínimo existencial, a pesar de su trascendental y decisiva relevancia, no son los únicos criterios a considerar en el ámbito de la aplicación del principio de prohibición de retroceso: importa recordar aquí las nociones de seguridad jurídica y protección de la confianza, igualmente referidas en la decisión comentada. Así –aunque no desarrollaremos estos aspectos–, es cierto que también en la esfera de la prohibición de retroceso tal como la hemos postulado, la noción de seguridad jurídica presupone la confianza en la estabilidad de una situación legal actual[68]. En efecto, a partir del principio de protección de la confianza, la eventual intervención restrictiva en el ámbito de posiciones jurídicas sociales exige, por ende, una ponderación (jerarquización) entre la agresión (daño) provocado por la ley restrictiva de la confianza individual y la importancia del objetivo perseguido por el legislador para el bien de la colectividad[69].

Que tales cuestiones –conforme fuera dicho– nos remiten nuevamente al principio de proporcionalidad, pero también tienen que ver con el principio de isonomía, los cuales deben ser igualmente observados en este contexto, salta a los ojos aunque no se pueda dedicarle aquí mayor espacio. Para nuestro propósito, basta con que se haga referencia, con particular énfasis, en el hecho de que tanto el principio de protección de la confianza, como los principios de proporcionalidad e isonomía, exigen no sólo la adopción de reglas razonables de transición, sino también la imposición de soluciones suficientemente diferenciadas y proporcionadas aun en el ámbito interno de las reglas de transición.

68 Cf. Boecken, *Der verfassungsrechtliche Schu*, cit., p. 80.

69 Cf., entre otros, Katzenstein, *Die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 862, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. En este contexto, Hans-Jürgen Papier, *Der Einfluss des Verfassungsrechts auf das Sozialrecht*, en Bernd Baron von Maydell/Franz Ruland (org.), *Sozialrechtshandbuch*, 2ª ed., Neuwied/Berlin: Luchterhand, 1996, p. 120. Recuerdo que en el ámbito de la ponderación de bienes e intereses a ser realizada en cada caso, la regulación legislativa será inconstitucional sólo cuando se verifique que la confianza del individuo en la continuidad de la situación legal actual puede considerarse como prevalente frente a los perseguidos por el legislador con las alteraciones propuestas, destacando, aun, que tales criterios asumen un papel secundario en la determinación de la constitucionalidad de las medidas retroactivas. Tal fórmula ha sido frecuentemente empleada por el Tribunal Constitucional Federal alemán (especialmente desde *BVerfGE* 24, ps. 220, 230 y ss.), en el sentido de que importa ponderar, en cada caso, entre la extensión del daño a la confianza del individuo y el significado de la medida adoptada por el poder público para la comunidad.

Además de todo lo expuesto, vale recordar la ya citada lección de Hartmut Maurer (más allá de que éste no haya explorado con mayor énfasis la cuestión de la prohibición de retroceso en el sentido aquí propuesto) al afirmar que la seguridad jurídica acaba por significar igualmente una cierta garantía de continuidad del orden jurídico, que evidentemente no se asegura exclusivamente con la limitación de medidas estatales típicamente retroactivas[70]. Que el principio de la prohibición de retroceso actúa como relevante factor aseguratorio también de un patrón mínimo de continuidad del ordenamiento jurídico nos parece, sin embargo, un dato elemental más a ser tomado en cuenta, que sólo refuerza las demás dimensiones exploradas en este estudio.

V. Consideraciones finales

Conscientes de que dejamos muchas cuestiones abiertas y renunciando, desde luego, a avances mayores en el examen de la fascinante problemática que nos ocupa, esperamos, de todos modos, haber logrado éxito al menos en la tarea de consignar algunas de las posibilidades de desarrollo que el tema ofrece. En síntesis, creemos haber conseguido demostrar tanto el estrecho vínculo entre el problema de la prohibición de retroceso social y el derecho a la seguridad jurídica, como la posibilidad y necesidad del reconocimiento, también en el ámbito del derecho constitucional brasileño, de una protección de los derechos sociales fundamentales contra un retroceso. Por otra parte, quedó evidenciado que la optimización de la eficacia y efectividad de un derecho a la seguridad (incluyendo la seguridad jurídica y social) reclama –también– una cierta protección contra medidas del poder público que vengan a aniquilar o reducir de modo desproporcionado y/o ofensivo a la dignidad de la persona (ya que las dos situaciones no siempre son coincidentes) los niveles ya concretados de protección social. Además, si se presta atención especialmente a los alarmante niveles de exclusión social y a los correspondientes reclamos de protección contra medidas que erosionen aún más los deficitarios niveles de seguridad social hoy vigentes entre nosotros, es posible afirmar –con énfasis– que el análisis sobrio y constitucionalmente adecuado de la temática tratada en este ensayo (que no posee más que carácter exploratorio) asume carácter primordial.

En este contexto, nos parece que uno de los desafíos principales a enfrentar también en el ámbito de la prohibición de retroceso es el de la adecuada jerarquización entre el derecho a la seguridad jurídica (que no posee –conviene subrayarlo– una dimensión puramente individual, ya que

70 Cf. Maurer, *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*, cit., ps. 243 y ss., quien señala, aun, la existencia de una distinción entre la protección de la confianza y la garantía de continuidad del orden jurídico, aspecto que no desarrollaremos aquí y respecto del cual no existe consenso, ni siquiera en la doctrina alemana.

constituye un elemento nuclear del orden objetivo de valores del Estado de derecho como tal) y la igualmente fundamental necesidad de, siempre en pro del interés comunitario, proceder a los ajustes que comprobadamente se hicieran indispensables, ya que la posibilidad de cambios constitucionalmente legítimos y que correspondan a las necesidades de la sociedad como un todo (y también para la persona individualmente considerada) carga también en sí un componente de seguridad que no puede ser desconsiderado.

En el embate entre el paradigma del Estado social intervencionista y altamente regulador y la nefasta tentativa de implantar un Estado minimalista a imagen de los proyectos globalizantes del modelo económico y de la ideología neoliberal, el correcto manejo de la prohibición de retroceso en la esfera de los derechos sociales fundamentales podrá constituir una importante herramienta jurídica para la afirmación del Estado necesario, del cual nos habla Juarez Freitas[71]. Recordando aquí la opinión de Cármen Lúcia Antunes Rocha, en el sentido de que la dignidad corresponde al "corazón del patrimonio jurídico-moral de la persona humana"[72], se verifica que será justamente necesario el Estado apto para asegurar –de modo eficiente– nunca menos que una vida con dignidad para cada individuo y, por ende, una vida saludable para todos los integrantes (individual y colectivamente considerados) del cuerpo social.

71 Sobre la noción de "Estado necesario", ver Juarez Freitas, *Estudos de direito administrativo*, San Pablo: Malheiros, 1995, ps. 31 y siguientes.

72 Cf. Cármen Lúcia Antunes Rocha, *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*, en *Revista Interesse Público*, nº 4, 2000, p. 32.

Los límites constitucionales a las medidas regresivas de carácter social en Alemania: una aproximación al análisis doctrinal

Ana María Suárez Franco*

Sumario: I. Aclaraciones introductorias; II. La realización progresiva de los derechos sociales en el derecho alemán; III. Los límites de las medidas regresivas; IV. Conclusión.

I. Aclaraciones introductorias

El análisis de los límites a las medidas sociales de carácter regresivo en el derecho constitucional alemán requiere partir, como mínimo, de tres aclaraciones iniciales: 1) la Ley Fundamental alemana –a diferencia de lo que sucede en la mayoría de las constituciones latinoamericanas[1]– no prevé *expresamente* en su normativa los derechos sociales –lo que sí sucede en las constituciones de algunos de sus estados federados como Bavaria o Hessen–; 2) la República Federal Alemana está regida por el principio del Estado social, según lo establece el artículo 20.1 de la Ley Fundamental[2]; y 3) el Estado alemán, en cumplimiento efectivo del principio del Estado social, ha alcanzado muy altos estándares de protección y garantía de los derechos sociales, los cuales superan con creces los estándares mínimos exigidos por el derecho internacional. Más allá de las prestaciones básicas de la seguridad social en materia laboral, de pensiones o seguridad médica, el derecho social alemán ha desarrollado, en su cuerpo legislativo, subsidios para la infancia, subsidios para las personas de la tercera edad, un seguro de desempleo, subsidios de vivienda, subvenciones a personas inválidas, y un especial sistema de promoción a la educación

* Abogada por la Universidad Javeriana de Colombia, candidata a Doctora en Derecho por la Universidad de Mannheim (Alemania). Coordinadora del trabajo en el Programa de Justiciabilidad del Derecho a la Alimentación en FIAN Internacional, Heidelberg-Alemania.

[1] En efecto, la mayoría de las constituciones latinoaméricanas incluyen directamente dentro de su catálogo de derechos, bien por incorporación directa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, amplios catálogos de derechos sociales, económicos y culturales. Es de notar que esta simple consagración constitucional debería dejar fuera de discusión la obligatoriedad de los derechos sociales en dichos países. Cosa diferente sucede en Alemania, donde la mayor parte de las discusiones se genera por la ausencia de la inclusión de los derechos sociales de una manera explícita en su carta dogmática.

[2] "Artículo 20 [Fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia]: (1) La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y *social*".

superior[3], que está acompañado de diversos estímulos, como reducciones especiales en el sistema de precios para transporte, deportes o actividades culturales, y un sistema tributario concebido bajo un criterio solidario.

En primer lugar, en relación con la no incorporación de un catálogo específico de derechos sociales en la Constitución alemana, es pertinente aclarar que este vacío en ningún caso se ha constituido en un obstáculo para el reconocimiento, por parte del Tribunal Constitucional, de la existencia de los derechos sociales como derechos adscriptos a la Carta Fundamental, con rango constitucional[4]. En este sentido se han desarrollado jurisprudencialmente los derechos a un mínimo vital, al trabajo, a la seguridad social, a la educación o a una vivienda simple, como derechos mínimos y exigibles judicialmente[5].

En segundo lugar, este reconocimiento de los derechos sociales como derechos con rango constitucional se ha derivado del principio del Estado social y ha encontrado su fundamentación racional en la imposibilidad de ejercer los derechos fundamentales, explícitamente reconocidos en la Constitución, si no existe una libertad fáctica. Este argumento sobre el vínculo de conexidad entre los derechos sociales y las libertades fundamentales fue explicado por Peter Häberle en 1962, en su obra sobre el contenido esencial de los derechos[6], y ejemplificado claramente por Robert Alexy en su *Teoría de los derechos fundamentales*[7], al citar la sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre la educación superior, en la cual dicho organismo judicial sostuvo que no es posible ejercer la libertad de aprendizaje si el Estado no genera puestos de estudio asequibles para los estudiantes que cumplan con las condiciones de madurez necesarias para acceder a dichas plazas.

En tercer lugar, el alto nivel de protección social de los derechos sociales en Alemania hace que la discusión sobre las medidas de carácter regresivo en materia social se desarrollen a un nivel más amplio que el que podrían tener en los países en vías de desarrollo. En efecto, mientras en Alemania los derechos mínimos por lo general se encuentran garantiza-

[3] Los costos de matrícula de aproximadamente 80 Euros semestrales en el 2005 son una suma representativa. Actualmente se está estudiando la incorporación de un costo de matrícula superior para estudiantes de educación superior en elgunos estados federados.

[4] Como se podrá observar en la jurisprudencia citada a lo largo de este documento.

[5] Al respecto conviene analizar la jurisprudencia citada en este texto y entre otras las sentencias: BverfGE 59, 231; 50, 57; 100, 271; 40, 121; 44, 353; 45, 187; 75, 348; 82, 60; 87, 153; 91, 93; 99, 216; BverwGE 80, 349. NJW 93, 2192.

[6] Häberle, Peter, *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Müller, Heidelberg, 1983.

[7] Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Nomos, Baden Baden, 1994, p. 400, a propósito de la sentencia *numerus clausus* sobre el derecho a la educación superior.

dos en la ley, de manera que no se puede hablar de un *statu quo* de violación del contenido mínimo o esencial de los derechos sociales, en los países en vías de desarrollo la realización de estos derechos para los grupos vulnerables de la población aún no se cumplen, de manera que las medidas regresivas en sí no son una simple disminución de estándares de protección ya alcanzados, sino que por lo general implican *per se* la negación del contenido esencial del derecho.

No obstante las diferencias anteriores, consideramos que el estudio de la discusión en Alemania se hace útil, en la medida en que aporta un conocimiento sobre los límites y criterios reconocidos en la jurisprudencia constitucional y la doctrina, para determinar la constitucionalidad de las medidas de carácter regresivo en materia social.

Antes de entrar en la discusión anunciada, vale aclarar que el presente texto no pretende abarcar de manera sistemática y general el tema, sino brindar al lector un panorama sobre la forma como algunos de los autores han encarado la discusión sobre la adopción de medidas regresivas en las épocas de "vacas flacas" (o *knappe Kasse*), con fundamento en el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

II. La realización progresiva de los derechos sociales en el derecho alemán

Es a partir del principio del Estado social, junto con el argumento de la libertad fáctica, que se reconoce la obligación de realización de los derechos sociales como un deber constitucional para las autoridades públicas. En este contexto se desarrolla lo que podría identificarse con el principio de progresividad de los derechos sociales, adoptado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos[8]. En efecto, y según lo reconoce Konrad Hesse, el principio del Estado social exige que las ramas del poder público adopten todas las medidas requeridas para el cumplimiento de los objetivos sociales. Según Hesse, el acogimiento de esta fórmula del Estado social implica que el Estado no solamente deba respetar y proteger a sus ciudadanos, sino que se vuelva aún más planeador, más director, más prestador, más repartidor, y que deba posibilitar en mayor medida la vida individual y social de los ciudadanos, tarea que le es adjudicada directamente por la Constitución. Esta labor implica un deber social del ente estatal frente a sus miembros de brindar asistencia social, previsión social y satisfacción de determinados servicios sociales. Esta obligación genera igualmente ciertos deberes para los miembros frente a otros miembros y frente al Estado mismo[9].

[8] Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2.1.

[9] Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, nueva impresión, 20ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 1999, p. 94 (traducciones de la autora).

El cumplimiento de estas tareas de previsión y de protección social es un mandato del Estado de derecho, que constituye una obligación jurídicamente vinculante para todas las ramas del poder público. "El obrar de los poderes del Estado en la configuración y protección de estas tareas debe servir sobre todo al logro del objetivo de asegurar una existencia más digna para las personas, bajo la vigencia del principio de igualdad, con el objetivo del logro de un orden más social y más justo"[10].

Como lo ejemplifica Hesse, para los desempleados la libertad de trabajo no tiene ningún valor. La libertad de aprendizaje y la libertad para escoger una profesión sólo sirven a aquellos que están en la situación financiera para pagar dicha formación, y para quienes hay plazas de estudio a disposición. El derecho a la propiedad sólo tiene un significado real para aquellos que poseen una vivienda. En este orden de ideas esas libertades deben ser más que libertades sin contenido, y por tanto implican un contenido que va más allá de una simple prohibición de intervención del Estado: el cumplimiento de una serie de actividades de carácter positivo que posibiliten su disfrute real. En ese sentido, cada sistema requiere ser más planeador, más promotor y debe tener más medidas de política social y económica, de política cultural y educacional, de políticas para la familia y la salud, las cuales caracterizan al Estado social[11].

En síntesis, esta descripción de Hesse pone en claro que el principio del Estado social comprende una obligación de las ramas del poder público de realizar progresivamente los derechos sociales de las personas en su contenido prestacional. De no entenderse así, la ausencia de dicho contenido de los derechos dejaría sin razón de ser las libertades consagradas como derechos fundamentales en la Ley Fundamental.

Otros autores renombrados, como Robert Alexy, en su *Teoría de los derechos fundamentales*[12], o Peter Häberle[13], en su obra sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, desarrollan la forma en la que los derechos sociales se incorporan a la Constitución alemana, y presentan su argumentación sobre la medida en que éstos obligan a las ramas del poder público, sobre la base de derechos objetivos contenidos en la Ley Fundamental, como la obligación de los poderes públicos de proteger la dignidad humana (art. 1.1), y la cláusula del Estado social de derecho (arts. 20.1, 28.1), así como los principios de libertad fáctica e igualdad material[14].

10 Ibídem, p. 95.

11 Ibídem.

12 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, citado.

13 Ver nota 6.

14 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., ps. 397 y siguientes.

La discusión sobre los derechos sociales, especialmente en lo que se relaciona con la actividad positiva del Estado para su garantía, fue especialmente activa en Alemania durante los años 70 y a comienzos de los 80[15]. Para ilustrar su reconocimiento como derechos de rango constitucional, Alexy parte del análisis de tres importantes sentencias del Tribunal Constitucional[16], en las que los derechos sociales no sólo son reconocidos como simples derechos objetivos, sino como reales derechos subjetivos:

a. La sentencia sobre asistencia social del año 1951. Si bien en la decisión judicial el Tribunal aun es conservador y sostiene que el artículo 1.1 de la Constitución no obliga a la protección ante la necesidad material, y expresa que el artículo 2.2 no le otorga al individuo un derecho a la seguridad social por parte de los organismos del Estado, posteriormente expresa en la misma decisión –y esto es lo importante– que lo anterior en ningún caso implica que el ciudadano no tenga un derecho a la seguridad social. La obligación del legislador en cuanto a la realización del Estado social de derecho no implica *per se* el surgimiento de derechos subjetivos, pero *cuando el legislador omite de manera arbitraria este deber constitucional, sin ningún fundamento objetivo, el individuo podrá hacer uso del recurso constitucional para la defensa de sus pretensiones*[17].

b. La sentencia sobre asistencia social para personas necesitadas de 1975 avanza en la materia. En dicha decisión, el juez constitucional dispone que la *asistencia social a personas necesitadas se sobreentiende como obligación del Estado social*. Esto incluye la asistencia social para los ciudadanos que debido a problemas físicos o mentales han visto bloqueado su desarrollo y por lo tanto no pueden mantenerse. Por este motivo, *el Estado debe asegurarles unas condiciones mínimas para una vida digna*[18].

c. La tercera sentencia sobre el derecho a la educación reconoce la existencia de dos derechos en relación con la educación superior. Por una parte, el derecho de las personas que cumplan los requisitos para escoger un instituto de educación superior a exigir una plaza de estudio, es decir el derecho a participar de las instituciones educativas y, por la otra, el *derecho a la creación de nuevos puestos de estudio*. En la sentencia, el Tribunal fundamenta su decisión en el principio de igualdad. El derecho a escoger profesión u oficio y el principio del Estado social y reconoce que, teniendo el Estado un monopolio de hecho de la educación, se encuentra en posición de garantizar la realización de los derechos humanos, lo cual incluye la función de *aumentar las capacidades de educación*[19].

15 Ver Borowsky, Martin, *Grundrechte als Prinzipien*, Nomos, Baden Baden, 1998.

16 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 397.

17 BVerfG 1,97 104 ss.

18 BVerfGE 40,121 (133).

19 BVerfGE 33,303 (331s.)

El análisis de estas tres decisiones judiciales permite dilucidar cómo el Tribunal acepta que el Estado alemán se encuentra en la obligación de dirigir sus labores hacia una mayor cobertura de los derechos sociales, bien porque debe cubrir las necesidades un mínimo existencial de las personas que se encuentren en posiciones desfavorecidas, bien porque está en la obligación de generar más plazas estudiantiles que permitan realizar el derecho a la educación de las personas maduras para ingresar a un estudio superior.

A manera de complemento, citando a Alexy, en cuanto a su modelo de derechos sociales cabe destacar que este autor resalta que la complejidad de estos derechos se deriva de la dificultad que conlleva la determinación de las obligaciones que implican para el Estado, en la medida en que cubren un gran ámbito de posibilidades de realización, y por cuanto entre ellos hay una gran gama de posibilidades de gradación en su obligatoriedad, que va desde los derechos sociales vinculantes[20], subjetivos y definitivos, como los derechos de estándar mínimo, hasta otros derechos sociales que no son vinculantes: son simples derechos objetivos o derechos *prima facie*[21].

Para el autor es claro que los derechos de estándar mínimo (que incluyen el derecho a un mínimo vital, el derecho a una vivienda simple, a una educación escolar, a una formación profesional y a una atención médica mínima) en cualquier caso son derechos definitivos[22], vinculantes y subjetivos, puesto que son necesarios para el cumplimiento de la libertad fáctica. Su carácter definitivo no es discutible pues, además de la garantía de la libertad, su reconocimiento como derechos fundamentales sólo afecta en una mínima medida el principio de división de las ramas del poder público, el principio democrático, así como las libertades de los otros individuos. Para Alexy es claro que las obligaciones derivadas de dichos derechos mínimos no pueden incumplir las prestaciones que éstos imponen[23].

[20] Se entienden como derechos vinculantes aquellos cuya violación puede ser demandada ante la jurisdicción constitucional. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 456.

[21] Alexy distingue en su teoría de los derechos fundamentales entre los derechos u obligaciones definitivos, es decir aquellos que constituyen una verdadera regla y cuyo incumplimiento nunca puede ser justificado, y derechos u obligaciones *prima facie*, que son aquellos que se deben cumplir bajo la reserva de lo posible; es decir, aquellos de cuyo cumplimiento, en principio obligatorio, se puede excluir el Estado cuando no existen las condiciones fácticas y jurídicas para su cumplimiento. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., ps. 454 y ss. Ver Borowsky, Martin, *Grundrechte als Prinzipien-Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte* (La diferenciación entre posición *prima facie* y posición definitiva como principio de construcción fundamental de derechos fundamentales), Nomos, Baden Baden, 1998.

[22] Lo cual significa que son exigibles, y para cuyo incumplimiento no sirve como causal justificativa la reserva de lo posible. Ibídem nota anterior.

[23] Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 466.

Por otra parte, reconoce Alexy que los derechos sociales *prima facie*, es decir aquellos cuya exigencia depende de las posibilidades fácticas y jurídicas, tienen un ámbito más amplio que los derechos de estándar mínimo, pero en todo caso son verdaderos derechos, puesto que generan una obligación jurídica para el Estado. Estos derechos sólo pueden ser incumplidos por el Estado cuando las condiciones fácticas o jurídicas impiden su adecuada realización. En caso de ser así, corresponderá a los poderes públicos la carga de la prueba sobre aquella imposibilidad de cumplimiento.

Los derechos *prima facie* no se pueden considerar como meros objetivos programáticos, ya que mientras en estos últimos el Estado no tiene el deber de explicar su incumplimiento, en los primeros la justificación es exigible. Adicionalmente, un derecho *prima facie*, cuando no existen razones aceptables para su incumplimiento, puede convertirse en una obligación definitiva[24].

Así las cosas, los derechos sociales –en sus categorías mas "duras" como los derechos definitivos, o en las menos estrictas, como los derechos *prima facie*– constituyen verdaderas obligaciones para el Estado frente a sus gobernados.

En síntesis, tras la visión panorámica anterior es posible afirmar que tanto la jurisprudencia como la doctrina en Alemania reconocen[25] la realización de los derechos sociales como un deber del Estado, el cual por lo menos en lo que se relaciona con las obligaciones positivas del Estado en relación con estos derechos implica que el Estado deba hacer todo lo posible para su realización, en busca de procurar una vida más digna a los individuos. Este mandato de realización implica, por supuesto, un elemento de realización progresiva.

III. Los límites de las medidas regresivas

Es claro que en tiempos de bienestar económico, la realización progresiva de los derechos sociales es una obligación estatal. La pregunta es entonces: ¿qué sucede con ese mandato de realización de los derechos sociales, los cuales por lo menos en su contenido prestacional dependen en un alto grado de las erogaciones financieras del Estado, en épocas de crisis económica? ¿Cómo se puede compatibilizar el mandato de realización de los derechos sociales con los procesos de desmonte y reestructuración del Estado requeridos en muchas ocasiones para mantener el ejercicio eficiente de la administración pública? ¿Cómo se puede determinar si una medida de carácter regresivo en materia social es o no constitucio-

[24] Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 47.

[25] Ver Böckenförde, Ernst-Wolfgang (comp.), *Wehling, Gerd [Corrección.]: Rechtspolitischer Kongress "5, 1980, Saarbrücken": Soziale Grundrechte*, Müller, Heidelberg- Karlsruhe, 1981.

nal? ¿En qué medida existe una prohibición de retroceso en las prestaciones sociales del Estado?

A continuación se presentan algunas ideas fundamentales, que se basan en el análisis de medidas regresivas –especialmente en el campo de la seguridad social–, y que no son más que la descripción e integración de ideas expuestas principalmente por dos autores: Karl-Jürgen Bieback y Volker Neumann[26].

Si bien la doctrina es reacia a reconocer la existencia de una prohibición *absoluta* a las medidas regresivas –idea que se fundamenta en la libertad que tiene y requiere el legislador para determinar la forma más adecuada para el cumplimiento de su función constitucional–, los autores consultados son contundentes cuando expresan la existencia de unos *límites* específicos de carácter constitucional[27]. Estos límites no sólo exigen el respeto a determinados y claros principios constitucionales, sino también imponen la proporcionalidad entre el beneficio que supuestamente representan dichos recortes para el bienestar general, y el sacrificio impuesto a los perjudicados por las medidas.

Para determinar dichos límites, la doctrina se ha referido principalmente a la protección de la confianza y la protección del derecho a la propiedad. Sin embargo, por considerar estos dos criterios como insuficientes, también se han invocado otros principios constitucionales y derechos fundamentales, tal como se desarrollará más adelante.

Según sostiene Karl-Jürgen Bieback, los recortes y la reestructuración del sistema de prestaciones sociales del Estado han sido frecuentemente objeto de decisiones del Tribunal Constitucional y de la doctrina. Bieback sostiene en general que el límite más reconocido, el derecho de propiedad, no es el más efectivo, dado que desconoce la naturaleza solidaria de la seguridad social, por basarse en una concepción de la propiedad muy liberal. Es por esto que expone la necesidad de encontrar límites más adecuados, con fundamento en los principios generales y formales de la Constitución y en los derechos fundamentales[28].

[26] Esta parte de la exposición se basa en el análisis que del tema hacen principalmente los dos autores citados, lo cual no descarta la existencia de otras posiciones al respecto. Los mencionados autores y sus obras son: Neumann, Volker, *Der Grundrechtsschutz von Sozialleistungen in Zeiten der Finanznot, NSZ* 1998 Revista 9, 1998, bajo *www.rsw.beck.de*; y Bieback, Karl-Jürgen, *Verfassungsrechtlicher Schutz gegen Abbau und Umstrukturierung von Sozialleistungen*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1997. Al respecto, se puede consultar la obra más antigua de Schlenker, Rolf-Ulrich, *Soziales Rückschrittsverbot und Grundgesetz*, Duncker & Humbolt, Berlín, 1986. Los textos originales son en alemán, y las traducciones o interpretaciones son de la autora.

[27] Neumann, *Der Grundrechtsschutz von Sozialleistungen in Zeiten Finanznot*, cit., p. 401. En Internet bajo *www.rsw.beck.de*. Ver, también, Schlenker, Rolf-Ülrich, *Soziales Rückschrittsverbot und Grundgesetz*, Dunker & Humbolt/Berlin, 1986.

[28] Vale la pena aclarar que la idea del autor no es desconocer la necesidad de una protección constitucional de los derechos sociales ante las medidas regresivas, sino ampliar el abanico de posibilidades de protección. Por su parte, otros autores como Neumann, *Der Grundrechtsschutz von Sozialleistungen in Zeiten der Finanznot*, cit., ps. 401 y 410, intenta hacer un análisis del mismo problema pero para destacar las posibilidades que representa la protección por vía de la garantía de propiedad, llegando al final a una conclusión similar a la de Bieback, según la cual en cualquier caso el derecho de propiedad protege los derechos adquiridos en materia previsional, los tiempos de aporte exigidos y el seguro de desempleo.

En principio, el autor parte de dos puntos fundamentales: por un lado, la necesidad de protección de la confianza de los ciudadanos en la existencia de prestaciones importantes y concretas de carácter vital y, por otro, la consagración constitucional de disposiciones de las cuales se deriva para el Estado la obligación de configurar un sistema prestacional de carácter social. La pregunta es en qué forma estas dos pautas esenciales constituyen límites a las medidas de recorte o reestructuración.

III. 1. Naturaleza de las medidas de recorte

Si se habla de medidas de recorte, hay que partir de analizar cuál puede ser su naturaleza. Para Bieback, entre las medidas regresivas se encuentran: el desmonte absoluto de programas de subsidios, la introducción de condiciones de aseguramiento más exigentes –que pueden terminar eliminando la protección para quienes no han pagado los aportes, quienes han pagado aportes muy bajos o a quienes no han pagado aportes de manera continua–, medidas que comprimen directamente los círculos cobijados por los seguros o disminuyen la protección a quienes tenían períodos sin aportar, medidas que exigen mayor tiempo de aportes, medidas de disminución de las prestaciones sociales –que pueden tener lugar cuando no se ajustan los montos que debían ser proporcionales al ingreso–, medidas que disminuyen prestaciones complementarias al salario o aquellas en que se exige el aporte del trabajador para el acceso a determinadas prestaciones, como la seguridad médica o la renta, cuando esto no era exigido por el sistema, medidas que incorporan procedimientos administrativos más gravosos que traban el acceso a las prestaciones, de forma tal que ante el desconocimiento de determinados conceptos jurídicos o procedimientos especiales, ciertos grupos poblacionales quedan excluidos del acceso a algunas prestaciones, recortes en las transferencias reales que se pueden derivar del desmonte de subsidios institucionales –como, por ejemplo, la disminución del trabajo social en las calles, o eliminación de puestos generados por servicios de guarderías, o de la ayuda directa a indigentes–, medidas que reducen los montos previstos para actividades de promoción del acceso al trabajo, medidas de recorte de determinadas prestaciones en prejuicio de grupos específicos –por ejemplo en el sistema de pensiones, o en el aporte estatal a los seguros de salud–, etcétera.

III. 2. Límites a las medidas regresivas

III. 2. A. Protección de la confianza

La protección contra los cambios legislativos se deriva tanto del principio de confianza, comprendido por el principio del Estado de derecho, como de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[29].

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aunque el primer senado del Tribunal Constitucional ha relajado la rígida jurisprudencia relativa a la regresividad y protección de la confianza, el segundo senado ha mantenido la vieja jurisprudencia tan rígida en la materia, unida por lo general a una fundamentación basada sobre la garantía de la propiedad. Sin embargo, Neumann sostiene que en varios casos la jurisprudencia ha utilizado la protección de la confianza como un límite autónomo, constituyendo una forma clara de protección frente a las medidas regresivas[30].

Por su parte, Bieback diferencia entre la protección de la confianza frente a medidas con efecto regresivo real y la protección frente a medidas con efecto regresivo irreal. Las medidas con efecto regresivo real son aquellas que afectan posiciones jurídicas consolidadas en materia de derechos sociales, en las cuales se afectan los derechos subjetivos adquiridos. Las medidas con efecto regresivo irreal son aquellas que producen efectos a futuro frente a posiciones jurídicas en relación con cuya conformación existe una expectativa.

La protección a los individuos contra el efecto regresivo real se produce efectivamente por vía de la confianza cuando se interviene en los ámbitos de protección reconocidos por la Constitución como derechos subjetivos. En estos casos, sólo es posible justificar la intervención por motivos obligatorios de bienestar general, siempre y cuando ésta supere la prueba de proporcionalidad bajo un método de ponderación[31].

Para la regresividad no real, es decir, aquella que se refiere a situaciones jurídicas no consolidadas en el futuro, la protección es mucho más débil, limitándose al *caso en que el daño a la confianza supere de una manera excesiva el interés perseguido por la ley*[32]. Para Bieback, la protección en el caso de la regresividad irreal por vía de la confianza es insuficiente.

En todo caso, con base en el fundamento de la confianza, si la entrada en vigor de la ley se considera decisiva, entonces *la ley sólo tendrá efectos a futuro, de manera que las prestaciones ya pagadas permanecen intactas, y sólo cambian prestaciones futuras y posibles prestaciones no causadas.*

[29] BVerGE 11, 139. Comparar con Maurer, Harmut, *Kontinuitätsgertrawähr und Vertrauensschutz*, en Isensee, Josef y Kirchhof, Paul (orgs.), *Handbuch des Staatsrechts*, CF Müller Verlag, Heidelberg, 1988, BD III § 60, ps. 211 y siguientes.

[30] Neumann, *Der Grundrechtsschutz von Sozialleistungen in Zeiten der Finanznot*, cit., p. 408. Ver también Pieroth, Bodo, *Die Neuere Rechtssprechung des BVerfGE zum Grundsatz des Vertrauensschutzes*, JZ 1990, ps. 281 y siguientes.

[31] Ver *infra*, apartado III. 2. B.

[32] BVerG 51,356 (362 ss.).

III. 2. B. La garantía de propiedad

A pesar de su posición conservadora en relación con la aplicación del principio de protección de la confianza, el Tribunal Constitucional ha logrado la protección de las prestaciones de seguridad social a partir del artículo 14 de la Ley Fundamental, que consagra la garantía de propiedad[33]. Así, todos los cambios en esta materia específica son vistos como intervenciones sobre un derecho humano, que como tales deben someterse a la prueba de proporcionalidad[34].

El derecho de propiedad del artículo 14 de la Ley Fundamental se presenta como *un mecanismo de protección frente nuevas regulaciones legales frente a los derechos adquiridos legalmente*. En este sentido decidió el Tribunal Constitucional ya en 1980, ocasión en la cual sostuvo que *las prestaciones financiadas mediante los aportes a la seguridad social gozan de la protección de la garantía de propiedad*[35].

Para el Tribunal Constitucional, el concepto de propiedad en materia de derechos sociales se fundamenta en dos argumentos. El primero es un argumento funcional, que se refiere a la forma como en la sociedad industrial moderna la relación jurídica laboral y las prestaciones de ella derivadas se constituyen en objeto de propiedad para los individuos[36]. En segundo lugar, el reconocimiento de la propiedad en materia de derechos sociales se fundamenta en el principio de equivalencia[37], especialmente por la utilidad privada que las prestaciones de ellos derivadas representan, y por el poder de disposición que sobre ellos tienen sus titulares[38].

[33] Ley Fundamental de Bonn, art. 14: "Propiedad, derecho a la herencia y expropiación. 1. La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Su contenido y sus límites serán determinados por las leyes. 2. La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común. 3. La expropiación está sólo permitida por razones de bien común. Podrá ser efectuada sólo por ley o en virtud de una ley que establezca el modo y monto de la indemnización. La indemnización se fijará considerando en forma equitativa los intereses de la comunidad y de los afectados. En caso de discrepancia sobre el monto de la indemnización, quedará abierta la vía judicial ante los tribunales ordinarios".

[34] Ver *infra*, III. 2. B.

[35] BVerfGE 69 272 (300), 72,9 (18);76,220 (235).

[36] BVerfGE 53, 257(290 f.)

[37] El principio de equivalencia se refiere a la relación que debe existir entre los aportes al sistema y las prestaciones a que dichos aportes generan derechos. En este sentido, en la medida en que un aportante al sistema de seguridad social paga determinadas sumas de dinero, se hace titular de derechos adquiridos sobre las prestaciones que el sistema se compromete a brindarle a cambio de los pagos realizados.

[38] Neumann, *Der Grundrechtsschutz von Sozialleistungen in Zeiten der Finanznot*, cit., p. 401. Ver Krause, Peter, *Eigentum an subjektiven öffentlichen rechten*, Duncker & Humblot, Berlín, 1982, ps. 47-49, citado por Neumann, *Der Grundrechtsschutz von Sozialleistungen in Zeiten der Finanznot*, cit., p. 401.

Debido a esa función especial concedida a la propiedad en este terreno, el ámbito de protección ya no se limita a los derechos subjetivos privados, sino que se extiende a los derechos subjetivos públicos, que incluyen las prestaciones sociales, las cuales garantizan parte de la existencia material de sus titulares, para asegurarles la libertad fáctica o material. De esta manera se vinculan los derechos fundamentales, la libertad material y el principio del Estado social[39].

El derecho de propiedad ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional para determinar la inconstitucionalidad de medidas regresivas. Así, por ejemplo, en el caso de dos personas que recientemente se habían suscrito al sistema de rentas y fueron sometidas poco tiempo después a condiciones desfavorables, la medida que generaba las desventajas para los afiliados se consideró inconstitucional[40]. En otro caso, se consideró como exagerado el aumento de uno a dos años del tiempo de aporte requerido para acceder al seguro de desempleo, medida que afectaba a quienes ya tenían el derecho causado, para quienes la medida introducida no se había acompañado de normas de transición[41].

Los requisitos y limitaciones para la protección por vía de la garantía de propiedad

A pesar del reconocimiento del derecho de propiedad como un límite ante las medidas regresivas, vale aclarar que no se trata de una garantía absoluta. El Tribunal Constitucional ha establecido como condición para la protección de la propiedad los siguientes requisitos: 1) que la pretensión correspondiente sea de utilidad privada del legitimado; 2) que el demandante haya sido aportante al sistema; y 3) que la prestación afectada sea de aquellas que garantizan la existencia de su titular. Profundizando más en su análisis, Bieback explica por qué la protección del artículo 14 no es suficiente para brindar protección al individuo ante *todos* los tipos de medidas regresivas. Para el efecto analiza las limitaciones que implica cada uno de los requisitos exigidos por el Tribunal, así:

– La utilidad privada (Privatnützigkeit) de la prestación

Como lo explica Neumann, la utilidad privada significa la concesión de una esfera de lo propio al individuo, lo que se tiene para sí (*zu-eigen habens*), como una especie de derecho de exclusividad[42]. Para Bieback, el mayor inconveniente que implica este requisito es la dificultad que representa demostrar la existencia de una utilidad privada en el caso de las prestaciones sociales, teniendo en cuenta su naturaleza dentro del sistema. Esta exigencia adopta como fundamento el concepto de propiedad privada en el sistema liberal tradicional, el cual resulta difícilmente aplicable en el caso de las prestaciones sociales. De la misma manera, se dificulta sostener la utilidad privada de aportes hechos a compañías de seguros privadas, caso en el cual existe duda sobre la procedencia de una protección como propiedad privada, debido a la compleja estructura de los sistemas de seguridad social, que no pueden ser catalogados como fondos colectivos, pero tampoco como propiedad privada. En efecto, los sistemas de aseguramiento manejan relaciones excesivamente complejas entre la administración y la población activa. Los aportes a los sistemas no son un activo fijo, sino una legitimación para la participación futura en el sistema prestacional, de manera que la posición es diferente a la de la propiedad privada, ya que tiene un contexto solidario. No tienen una determinación proveniente de la autonomía privada. Estas diferencias hacen que la aplicación de la figura sea realmente restrictiva. Así, deja por fuera los casos más complejos, en los que realmente se necesita una protección efectiva. Adicionalmente, no es claro qué requisitos de la seguridad social deben haber sido cumplidos para poder hablar de una propiedad susceptible de protección (tiempo de aporte, monto del aporte y otros requisitos). En cualquier caso, quien no haya cumplido con los requisitos de monto o tiempo de aporte requeridos no cuenta con la posibilidad de invocar la protección del artículo 14. *Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha reconocido la protección de la propiedad sobre prestaciones sociales en los casos en los cuales se cumple el tiempo de aportes, aunque no se cumplan otros requisitos*[43].

- Los aportes al sistema por parte del afectado

La siguiente condición es el aporte al sistema de seguridad social por parte de quien demanda la protección. Este requisito tiene como consecuencia negativa que deja desprotegidos a todos los beneficiarios de prestaciones sociales que se financian directamente con los recursos de la hacienda pública, principalmente percibidos por medio de la recaudación tributaria –tales como las prestaciones de apoyo a la educación, subsidios a niños, créditos educativos y, sobre todo, la ayuda o asistencia social–[44]. *Sin embargo, para quien ha aportado y cumple con los otros dos requisitos la protección es indiscutible.*

- El significado vital o existencial de la prestación

El tercer requisito es el significado vital o existencial de la prestación. Si bien el Tribunal no ha reconocido mucha relevancia a este criterio en

[39] Bieback, *Verfassungsrechtlicher Schutz gegen Abbau und Umstrukturierung von Sozialleistungen*, cit., p. 10.

[40] BVerfGE 71, 1 (11 ss.).

[41] Bieback, *Verfassungsrechtlicher Schutz gegen Abbau und Umstrukturierung von Sozialleistungen*, cit., p. 22.

[42] BVerfGE 69, 272 (300).

[43] BVerfGE 69(272) (305ss);72,9 (18ss) confirmada en BVerG de 4 de julio de 1995.

[44] Ver *infra*, III. 2. F. Como se explica posteriormente, la protección a este tipo de prestaciones se puede fundamentar en otros derechos y principios constitucionales.

la decisión de casos en los cuales se recurre a la propiedad como protección frente a las medidas regresivas, es importante destacar que éste denota el criterio funcional de la propiedad, y en este sentido cobra relevancia.

Si bien este requisito *reconoce la protección a todas las prestaciones que garantizan la existencia de los beneficiarios del sistema*, deja por fuera de la protección a todas aquellas prestaciones, tales como subsidios o transferencias, que pretenden promover una conducta determinada en sus receptores, sin que se requiera una situación económica precaria, como las de fomento de la construcción o de fomento de la producción o la generación de empleo o del ahorro.

La prueba de proporcionalidad de las medidas regresivas en relación con la intervención en el derecho a la propiedad

Para Neumann es claro que cualquier interferencia del Estado en el derecho de propiedad en lo relativo a las prestaciones sociales debe superar una prueba de proporcionalidad. Dicha prueba implica la ponderación entre el beneficio que se supone representan las medidas regresivas para el bienestar general y el efecto negativo que pueden conllevar para los titulares de derechos a quienes les son reducidas las prestaciones sociales, o quienes se les imponen condiciones más gravosas para su obtención.

El mencionado autor presenta una serie de factores que deben analizarse para determinar si se justifica la intervención en el derecho a la propiedad de los asegurados, frente al objetivo perseguido con las medidas regresivas. El análisis del cumplimiento de esos requisitos debe servir a la determinación de la proporcionalidad de las medidas:

a. El bienestar general debe ser el fundamento de la medida adoptada. El legislador no es absolutamente libre en el ejercicio de su poder de configuración de la ley. Vale anotar que este sacrificio a la propiedad en pro del bienestar general se deriva de su función social. *Así, a contrario sensu, protege los beneficiarios del sistema social cuando se imponen medidas que no encuentren justificación en el bienestar general.*

b. Idoneidad de la medida adoptada. La medida adoptada debe servir para el cumplimiento del objetivo de servicio al interés general. Si bien el legislador tiene una libertad de valoración en cuanto a lo que considere como la medida más idónea, en ningún caso los contenidos y límites que determine pueden impedir la función de la propiedad de garantizar la libertad personal de los titulares[45]. Es decir, debe respetar el contenido esencial del derecho de propiedad. *Este factor implica la protección frente a medidas que no responden a la naturaleza del objetivo perseguido por no ser indicadas para dicho fin.*

c. Necesidad de la medida. La medida no sólo debe servir al bienestar general, sino que debe ser necesaria para garantizarlo. Esto significa que no existen otras medidas menos gravosas que la adoptada, o que sin esa medida concreta no podría mantenerse el sistema, con su característica de servir como mecanismos de redistribución de lá riqueza. *Esta condición permite proteger a los titulares de derechos sociales cuando el perjuicio que sufren representa un sacrificio desmedido en relación con el beneficio que las mismas deberían conllevar para la sociedad.*

d. Adecuabilidad. Significa que la medida sólo puede intervenir en el derecho de los afectados en la medida de lo necesario, lo cual implica por parte del legislador una ponderación de sus costos y beneficios. En este orden de ideas, los afectados no pueden ser perjudicados de manera desproporcionada en relación con el beneficio que se persigue. En este sentido no se puede afectar la función de las prestaciones sociales de asegurar la existencia de los afiliados. La adecuabilidad también implica que las medidas regresivas deban ser acompañadas por medidas de transición por un período suficiente, que permita mantener íntegros los derechos adquiridos que de otra manera serían afectados con las medidas de recorte. En caso de ser inevitable el perjuicio mediante las medidas de transición, deberán preverse medidas de indemnización para compensar adecuadamente los perjuicios causados a los afectados en su derecho a la propiedad[46]. Este requerimiento implica que por vía del test de proporcionalidad se proteja *a perjudicados por medidas regresivas, para quienes el perjuicio en materia del derecho subjetivo es mayor que el beneficio para la comunidad en general.*

El Tribunal Constitucional ha considerado determinados cambios normativos como inconstitucionales, apoyando su decisión en el incumplimiento *del criterio de proporcionalidad*[47]. Así, por ejemplo, consideró inconstitucional una medida que eliminaba las prestaciones del seguro de desempleo a quienes omitían sin culpa los términos de inscripción, por considerar que la medida era desproporcionada[48].

La crítica de Bieback

El autor sostiene que, a pesar de los casos de protección ya mencionados, el Tribunal Constitucional ha reconocido otros casos de medidas regresivas como legítimos, o proporcionales bajo el criterio de la protección de la propiedad[49]. Entre estos casos se reconocen como justificaciones válidas de medidas de recorte: el aseguramiento de la capacidad fi-

[45] BVerfGE 14, 288 (293 ss.).

[46] BVerfGE 90, 145 (173).

[47] BVerfG 53, 257 (300 ss.), sentencia sobre compensación de beneficios y división de las rentas después del divorcio. Ver apartados III. 2. B y III. 2. H.

[48] BVerfGE 74, 203 (213 ss., 217). En este caso, la inconstitucionalidad también se fundamentó en el artículo 3 de la Ley Fundamental, que contiene de la cláusula de igualdad.

[49] Ver Bieback, *Verfassungsrechtlicher Schutz gegen Abbau und Umstrukturierung von Sozialleistungen*, cit., ps. 27 y siguientes.

nanciera prestacional de la hacienda pública[50], el fortalecimiento del principio de equivalencia entre los aportes realizados y las prestaciones recibidas[51], la concentración de las prestaciones en los aportantes mas antiguos[52], la repartición de los recursos entre los grupos más débiles[53], y la situación de ruptura y nuevo reordenamiento de los nuevos Estados federados (tras la unificación)[54].

Bieback critica el análisis del Tribunal, al sostener que, con tal generosidad, el legislador casi siempre podría encontrar una explicación para las medidas de recorte. Además sostiene la necesidad de una creación dogmática sobre el contenido esencial del derecho a la propiedad en relación con las prestaciones sociales, que fije los límites a la intervención del Estado. Al no existir reglas suficientemente claras –las anteriores son bastante amplias– en relación con la prueba de proporcionalidad de las medidas en relación con las intervenciones a este derecho, la protección se torna débil. En efecto, habitualmente las autoridades encuentran las justificaciones en el ahorro público, sin ponderar realmente la existencia de medidas menos perjudiciales para las personas cuyos derechos se ven afectados, de manera que al final los derechos de los interesados se ven prácticamente subordinados de forma automática y sin un estudio concienzudo de la situación en relación con el interés general. Por otra parte, cuando el Estado impone las medidas de recorte, olvida las justificaciones políticas que dio al momento de su implementación, y busca otras razones que justifican la reestructuración[55].

Si bien la jurisprudencia no ha sido tan clara, el autor considera que se hace necesario determinar a partir de un análisis jurisprudencial lo que se ha reconocido como núcleo duro del derecho de propiedad en la protección ante las medidas de recorte. Es menester establecer por lo menos un nivel o estándar mínimo de protección.

Uno de los casos de protección indiscutible que el autor identifica como núcleo duro de protección en su estudio de la jurisprudencia es el de la *protección otorgada a personas que ya han cumplido un tiempo de aportes para acceder a una prestación*, como por ejemplo el seguro de desempleo, cuando el tiempo de aportes exigido se prolonga. En estos casos, el juez constitucional ha reconocido la protección a quienes ya habían cumplido los

[50] BVerfGE 76(220)(238ss);75,78(100);70,101(112);64,87(97);58,81(110).

[51] BVerfGE69,272;70,101(113);72,84.

[52] BVerfGE75,78(103).

[53] BVerfGE87,1(41).

[54] BVerfGE84,133(152);85,360(375).

[55] Bieback, *Verfassungsrechtlicher Schutz gegen Abbau und Umstrukturierung von Sozialleistungen*, cit., p. 22.

tiempos más favorables, a quienes no se les podía exigir más tiempo del que inicialmente les correspondía[56].

Más allá de esto, Bieback considera que *un núcleo de protección indiscutible puede ligarse igualmente a la existencia de una utilidad privada y al vínculo de la prestación con la seguridad de la subsistencia del receptor de la misma*, elementos que se derivan de los requisitos establecidos para el acceso a la protección[57]. *Igualmente se debe otorgar una protección mínima para garantizar el cumplimiento de obligaciones objetivas de protección, como la protección a las personas vulnerables* (*Sozial Schwachen* –literalmente "débiles sociales"–) *y del principio de igualdad*[58].

Para Bieback, la protección por vía del derecho de propiedad no resulta suficiente. En efecto, se trata de una protección poco flexible, para la cual se encuentran frecuentemente excusas políticas que han sido reconocidas como válidas por el Tribunal. Esta protección se apega a los principios de la propiedad en su concepto liberal, y desconoce –e incluso amenaza– la naturaleza y estructura de los derechos sociales. Para aclarar su postura, el autor afirma que la protección por vía de la propiedad no abarca todos los problemas que se generan con los recortes sociales, especialmente en los casos en que las prestaciones no se ajustan con el paso del tiempo, o cuando se dejan marginados los grupos de no aportantes, o se reduce la redistribución. La protección por vía del derecho de propiedad tiende a desconocer el carácter público de la seguridad social, convirtiéndola casi en un simple seguro, equivalente a los seguros privados, de manera que se dejan excluidos de protección otro tipo de prestaciones sociales que no dependen de los aportes, reconocidas como prestaciones de cooperación, que son aquellas que pretenden, por ejemplo, promover la formación de los aportantes, actividades de prevención, de rehabilitación. Igualmente se dejan desprotegidos los objetivos de redistribución que pretenden otorgar una previsión social de riesgos independientemente del pago de un aporte pecuniario. En efecto, el criterio del aporte implica que se corra el peligro de fortalecer a las personas con capacidad de pago y de debilitar a quienes no están en capacidad de aportar (persona con discapacidad, jóvenes, amas de casa, desempleados de largo plazo), desvirtuándose el principio solidario que informa a la seguridad social[59]. Es por este motivo que se debe argumentar con base en otros principios constitucionales.

Por su parte, Neumann considera que la garantía de propiedad representa un mecanismo de protección bastante útil, por lo menos en lo que

[56] BVerfGE 72,9(18ss).

[57] Bieback, *Verfassungsrechtlicher Schutz gegen Abbau und Umstrukturierung von Sozialleistungen*, cit., p. 22.

[58] Ibídem.

[59] Bieback, *Verfassungsrechtlicher Schutz gegen Abbau und Umstrukturierung von Sozialleistungen*, cit., p. 24.

se refiere a la *protección de las prestaciones derivadas de la seguridad social, campo en el cual la posición jurídica que se deriva de este derecho es claramente objeto de protección constitucional. Igualmente coinciden ambos autores en que esta garantía sin duda protege el aseguramiento de la existencia*[60].

III. 2. C. Protección sobre la base la obligación de protección a la familia y a las mujeres

Un deber especial de protección se encuentra estatuido en el artículo 6, párrs. 1 y 4, de la Ley Fundamental, que establecen la obligación estatal de *protección a la familia y el derecho de cada madre* a exigir protección y asistencia de la comunidad, obligaciones que han sido reconocidas jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional en las sentencias sobre *compensación de las cargas a la familia en los impuestos y los subsidios para los niños, así como en el sistema de pensiones*[61]. El Tribunal igualmente ha reconocido la *protección especial a las mujeres*, sobre la base del artículo 3, párr. 2, de la Ley Fundamental, para el ajuste de las relaciones económicas en las relaciones conyugales[62].

Esta protección legal constituye un límite frente a las medidas regresivas. Ese límite debe ser respetado por el legislador. Si hay medidas que violen la obligación de protección a la familia, los poderes del Estado no pueden relativizar esa protección con fundamento en ciertas desventajas del Estado o la sociedad, sino que deben dejar de lado las medidas perjudiciales[63]. En efecto, el Estado tiene una responsabilidad de configuración social de su sistema prestacional, y no puede fundamentar medidas discriminatorias o marginadoras refiriéndose a la economía o la sociedad o a la equivalencia entre aportes y beneficios[64].

Según sostiene Bieback, de esa obligación de protección se desprenden además para el legislador la carga de *argumentar y justificar* las medidas que modifiquen la protección preexistente, en virtud de la función de defensa contra las intervenciones del Estado que cumplen los derechos fundamentales.

[60] Neumann, *Der Grundrechtsschutz von Sozialleistungen in Zeiten der Finanznot*, cit., ps. 404 y siguientes. Ver también Schnapp, Friedrich E., *Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Bestandschtz sozialrechtlicher Rechtspositionen*, en *Mitteilungen der Landesversicherungsanstalt Oberfranken und Mittelfranken*, 1993, ps. 515 y siguientes.

[61] BVerfGE 82, 60 y 87,1.

[62] BVerfGE 89, 276 (285); 85,191(207).

[63] BVerfGE 87, 1 y ss.

[64] Bieback, *Verfassungsrechtlicher Schutz gegen Abbau und Umstrukturierung von Sozialleistungen*, cit., p. 29.

III. 2. D. El deber general de protección estatal a los grupos vulnerables o socialmente débiles[65]

Igual valor tiene la *protección a grupos de personas especiales*, que ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en numerosas oportunidades, entre los cuales se encuentran las *víctimas de la guerra y perseguidos políticos*[66], *personas con discapacidad*[67], *personas que en general están sometidas a una carga socia predominante*[68] *(como madres solteras, personas desempleadas por largo tiempo), personas por nacer*[69], *personas desprotegidas carentes de recursos (por ejemplo, huérfanos o ancianos)*[70].

Estas personas se encuentran en posición de exigir una protección especial del Estado, dentro del grupo general de las personas necesitadas de protección, en la medida en que se encuentran en una situación social y económica más débil en relación con la mayoría de los ciudadanos.

En este sentido, el Tribunal Constitucional decidió, en un caso relativo al derecho de terminación de una relación laboral en el servicio público en los nuevos estados alemanes, tras la unificación. En su decisión, el Tribunal reconoció el amplio poder de regulación del legislador, pero igualmente se expresó sobre la proporcionalidad de las medidas y los límites que de ésta se derivan para la protección de personas de la tercera edad, de grupos especiales de trabajadores, personas con discapacidad y mujeres embarazadas[71].

III. 2. E. La protección del mínimo vital (Existentzminimum)

De los derechos fundamentales se ha deducido, en la jurisprudencia alemana, la existencia de un mínimo vital. Si bien en algunas decisiones el Tribunal se ha abstenido de derivar una obligación positiva del Estado de otorgar prestaciones en casos de necesidad material[72] en aplicación del

[65] Bieback, *Verfassungsrechtlicher Schutz gegen Abbau und Umstrukturierung von Sozialleistungen*, cit., p. 31, se refiere específicamente a los "socialmente débiles". Hemos adoptado el término "vulnerables" por acoplarse más a la terminología vigente en la discusión entre los hispanohablantes, y especialmente en el derecho internacional público. Vale anotar que esta denominación en alemán incluye también a personas que son protegidas por el Estado mediante asistencia social debido a sus condiciones de desempleo.

[66] BVerfGE 27, 253 (270, 283 y ss.); 41, 126 (150); 53, 164; 84, 90.

[67] BverfGE 40, 121.

[68] BverfGE 27, 283; 35, 236.

[69] BverfGE 75, 348; E 45, 376, en relación con la protección de la madre.

[70] BverfGE 56, 139.

[71] BverfGE 84, 133 (152); 85, 360 (375).

[72] BverfGE 1, 97(104) así como 78, 350 (360).

artículo 1.1 de la Ley Fundamental[73], en otros lo ha hecho de manera clara[74], pero sin un contenido específico. Así, se reconoce en gran parte de la doctrina y la jurisprudencia, que el Estado tiene como mínimo la obligación constitucional de lograr una vida digna para sus ciudadanos, lo cual en palabras de Bieback no se refiere a un ingreso mínimo substancial preestablecido, sino a la decisión política de regulación de un mínimo existencial social y estatal en la regulación de ley de ayuda social (*Bundessozialhilfegesetz*)[75]. Ese mínimo existencial en la legislación alemana no es simplemente una suma fija que pondera las necesidades básicas y se actualiza según el alza de precios, sino que corresponde a los niveles salariales de cada estado federado. Se conforma con la suma de una medida absoluta, que es el costo de la canasta familiar, y una medida relativa, que es el salario promedio en el estado federado correspondiente[76].

Concluye Bieback que, incluso en casos de grandes crisis económicas, el legislador debe lograr mecanismos y soluciones bajo criterios sociales, especialmente para la protección de personas necesitadas. Adicionalmente, existe un derecho subjetivo a la consideración de la necesidad especial de protección, que se deriva del artículo 3.1 de la Ley Fundamental, que prohíbe la discriminación. Ese derecho subjetivo es relativo y exige una consideración especial en relación con otros que requieren un nivel de protección menor[77]. Para Bieback, se trata de un derecho social de defensa contra las intervenciones del Estado, lo cual implica que *no son constitucionalmente justificables medidas que afectan el mínimo existencial de esos grupos vulnerables*[78].

[73] Ley Fundamental de Bonn, art. 1 (protección de la dignidad humana, vinculación del poder estatal a los derechos fundamentales): "1. La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo el poder público. 2. El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda la comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo...".

[74] BverfGE 48, 346 (361); BverfGE 45, 187 (228); BverfGE 40, 121 (133) 43, 19 ff.; 82, 60 (80, 85), entre otras. En la literatura se pueden consultar a este respecto: Breuer, Rüdiger, *Grundrechte als Anspruchsnormen*, en Bachof, Otto; Heigl, Ludwig y Redeker, Konrad (comps.), *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung*, Festg. aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des BVerwG, 1978, ps. 89 y ss., y 95 y ss.; Lorenz, Dieter, *Recht auf Leben und Körperliche Unversehrheit*, en Isensee, Josef y Kirchhof, Paul (orgs.), *Handbuch des Staatsrechts*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, B.VI, 1989, § 128, N. 52. En general, en relación con el tema del mínimo vital, Zacher, Franz, *Das Sozial Staatsziel*, en Isensee, Josef y Kirchhof, Paul (orgs.), *Handbuch des Staatsrechts*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, B.I, 1987, ps. 1045 y 1062; Neumann, Volker, *Menschenwürde und Existezminimu*, NVwZ, 1995, ps. 426 y siguientes.

[75] Bieback, *Verfassungsrechtlicher Schutz gegen Abbau und Umstrukturierung von Sozialleistungen*, cit., p. 32.

[76] Ver Pichau, David, *Wie mißt man Armut?*, en Liebfried, Stephan y Voges, Wolfgang (comps.), *Armut in Modernen Wohlfahrtsstaat*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1992, p. 63; Neumann, ob. cit., p. 402.

[77] Por aplicación del principio de igualdad material.

[78] Para Bieback, adicionalmente y en virtud del principio de igualdad, un estándar mínimo alcanzado para un sector implica que el Estado deba lograr estándares mínimos similares en otros sectores, la ampliación de los cuidados y la efectivización de los sistemas de prestaciones sociales a favor de los grupos especiales de protección ya existentes, la atención al cumplimiento de condiciones acordes a las exigencias sociales en los deberes de aseguramiento, el manejo de los monopolios del Estado, o de los sistemas de precios, todo lo cual no es más que una expresión del principio de progresividad. Bieback, *Verfassungsrechtlicher Schutz gegen Abbau und Umstrukturierung von Sozialleistungen*, cit., p. 34.

[79] BSG 66 (275) (281).

[80] BVerfGE 81 (242) (255); 84, 133 (154); 85, 360 (379).

III. 2. F. La libertad de profesión

Como lo sostiene Neumann, cuando se analiza la discusión sobre las medidas de promoción del trabajo –las cuales, según lo aclara Bieback, quedan desprovistas de protección bajo el argumento de la garantía de propiedad–, es posible enfrentar la cuestión sobre la base del artículo 12 de la Ley Fundamental, que dispone la *libertad de profesión, el aseguramiento del patrimonio laboral y la capacidad laboral*. Mientras el artículo 14 protege la propiedad sobre lo adquirido, el artículo 12 protege la libertad de profesión y protege la actividad profesional. El artículo 14 protege el pasado y el 12 se refiere al presente y el futuro en materia de derechos sociales. De esta manera se genera la argumentación necesaria para cobijar, bajo el artículo 12, las prestaciones sociales destinadas a promocionar el trabajo o desempeño de un oficio o profesión, independientes de los aportes a un sistema de seguridad social.

En consonancia con lo anterior, una decisión del Tribunal Federal Social dejó claro que es posible derivar del artículo 12 una dimensión prestacional. Si bien el artículo 12 no ampara pretensiones específicas a una financiación estatal de la formación, este derecho determinaría una orden de desarrollo legal para las prestaciones que se derivan de este derecho[79]. Como consecuencia de esto, las medidas que regulen lo relativo a las profesiones deben cumplir con las exigencias del principio de proporcionalidad. Así las cosas, para el Tribunal la dirección del Estado en cuanto a las profesiones, más que la simple imposición de cargas a los individuos, debe tener como consecuencia la configuración de un sistema prestacional estatal. En este sentido, el artículo 12 no sólo garantiza una interpretación legal conforme a la Constitución, sino que ordena que la ley promueva la realización de los derechos fundamentales, y genera una protección concreta de las profesiones[80]. Este reconocimiento tiene como consecuencia que no se pueda discutir que las prestaciones de la ley

para la promoción del trabajo deban proteger y promover la actividad profesional[81].

Esta protección implica que cualquier medida regresiva que afecte el derecho consagrado en el artículo 12 de la Ley Fundamental, deberá ser justificado y analizado conforme a las reglas propias para las intervenciones en los derechos –es decir, deberán atender los requerimientos de proporcionalidad, de una manera análoga a la descrita en relación con el derecho de propiedad del artículo 14–.

Neumann sostiene, igualmente, que deberá tenerse en cuenta que la actividad profesional y el puesto de trabajo también tienen una función de aseguramiento de la existencia, así como la tienen las prestaciones para la promoción de la actividad profesional de la Ley de Promoción del Trabajo. Bajo esta premisa se puede hablar también de la protección constitucional de prestaciones sociales, que ya no dependen de los aportes económicos de los afiliados, sino que son directamente dependientes del presupuesto nacional[82].

III. 2. G. Protección constitucional efectiva de los principios constitucionales objetivos a los sistemas e instituciones sociales. La protección por vía del principio del Estado social

El Tribunal Constitucional ha derivado de los derechos fundamentales y el principio del Estado social la tarea y obligación del Estado de garantizar para todos los campos importantes en peligro el trabajo y los sistemas de seguridad que dependen de ellos. En este sentido, decidió que *los sistemas de seguridad social de la salud estarían asegurados constitucionalmente* y que *una notoria desmejoría constituiría una violación del principio del Estado social*[83]. En el mismo sentido, estableció que el seguro de desempleo no es más que una implementación de dicho principio, de manera que un reemplazo adecuado en los casos de falta de salario por desempleo sería un mandato constitucional del Estado social[84]. También el seguro de accidentes[85], el seguro previsional[86] y el derecho tributario social[87] son concretizaciones del principio del Estado social.

En su sentencia referente al seguro de accidentes, el Tribunal reconoce que hay una función mínima de aseguramiento del sistema de seguridad social, lo cual denota nuevamente su condición de contenido esencial, que puede ser usado como límite de protección ante las medidas regresivas. Como consecuencia, cuando hay recortes a los aportantes promedio en la seguridad social, éstos deben respetar por lo menos el mínimo vital establecido para la asistencia social del no aportante, con sus diversos componentes absolutos y relativos, y requiere como mínimo que se calcule luego de un examen de las necesidades del aportante.

De hecho, la jurisprudencia y la doctrina han reconocido que la relación de conexión entre aporte y prestación cuenta con una protección especial[88].

Así, bajo los principios objetivos de la Constitución, y especialmente bajo el principio del Estado social de derecho, se deriva *una protección especial ante medidas regresivas, por lo menos en cuanto al mínimo vital, para los grupos de protección especial por su situación de vulnerabilidad, pero igualmente para quienes han hecho aportes al sistema*, a quienes como mínimo se les deberá garantizar las prestaciones sociales en la misma medida que a los grupos no aportantes. En este último caso, y como aplicación del principio de igualdad, para el cálculo se deberá tener como punto de referencia relativo la equivalencia entre los aportes y las prestaciones recibidas.

III. 2. H. El principio de igualdad

La mayoría de las sentencias del Tribunal Constitucional relacionadas con derechos sociales se fundamentan principalmente en el artículo 3, párr. 1, de la Ley Fundamental[89], el cual se sirve recíprocamente del principio del Estado Social[90]. Como desarrollo de estas disposiciones, el Tribunal Constitucional destacó que su labor de guarda constitucional no sólo se refería al control de la utilización del superávit, sino también y especialmente a cuidar la administración de los recursos en situaciones de escasez. En este sentido, reconoció en sentencias más recientes que se requiere una prueba más estricta cuando el legislador interviene en libertades en el campo de los derechos fundamentales, es decir, en la protección de las prestaciones sociales de conformidad con los artículos 12 o

81 Neumann, ob. cit., p. 408.

82 Ibídem.

83 BverfG 40, 65 ss. (56).

84 BVerfGE 51, 115 (125).

85 BVerfGE 45, 376 ss. (387).

86 BVerfGE 10, 354 ss.; BVerfGE 18, 257 ss.;BVerfGE 44, 70 ss.

87 BVerfGE 13, 347; BverfGE 27, 131 ss.; BVerfGE 29, 412 ss.. hasta 82, 60 ss. y BVerfGE 82, 60 (81); 87, 1 (35 ss.).

88 BVerfGE 92, 53 (71 ss.), Kokemoor, Axel, *Versicherungsübergreifende Equivalänz in der Sozialversicherung*, SGb.1996.

89 Ley Fundamental de Bonn, art. 3 (igualdad ante la ley): "1. Todas las personas son iguales ante la ley. 2. El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de los derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes. 3. Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido por causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma su patria o su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado por causa de un impedimento físico".

90 Ver Sachs, Michael, *Die Auswirkungen des allgemeinen Gleichheitssatzes auf das Sozialrecht in der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts*, VSSR 1994, ps. 33 y siguientes.

14 de la Ley Fundamental[91], *o cuando el tratamiento desigual puede afectar de manera directa a las personas en el campo de sus libertades protegidas*[92].

El anterior planteamiento no sólo implica la obligación del Estado de lograr igualdad entre iguales en el sistema, sino también la protección a grupos especiales. Este último tipo de protección implica que deben hacerse algunas diferenciaciones especiales en cuanto a la protección a dichos grupos, en razón de su posición vulnerable, especialmente al momento de la realización de medidas de recorte. En este sentido, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Social Federal (*BundessozialGericht*) dejaron sin efecto el intento del legislador por dejar sin seguro de desempleo a los estudiantes –que habían adquirido este derecho por el simple hecho de ser estudiantes–, concediendo así protección constitucional a este grupo de personas por la vía del derecho a la igualdad del artículo 3.1 de la Ley Fundamental[93]. En este mismo sentido, se reconocieron límites esenciales a la prohibición de establecer discriminaciones indirectas a mujeres en materia de derecho social[94]. En síntesis, puede sostenerse que el *principio de igualdad también constituye un límite a las medidas regresivas en materia social.*

Más concretamente, el legislador debe abstenerse de contradecir el principio de igualdad, bien sea mediante la eliminación de prestaciones a determinados grupos que merecerían una protección especial, o mediante la extensión injustificada y arbitraria de las prestaciones a los grupos de su preferencia. En cualquier caso, la extensión de beneficios o de desventajas sólo podrá ser declarada como contraria a derecho cuando se demuestre que el legislador realmente pretendía un tratamiento desigual injustificado, o cuando la inconstitucionalidad se pueda apoyar en la violación de otras normas fundamentales adicionales al artículo 3.1 de la Ley Fundamental. En efecto, cuando se dé un tratamiento desigual a dos grupos en condiciones similares, las diferencias deben ser de tal dimensión y de tal peso que se pueda justificar un tratamiento diferente. De lo contrario, una medida regresiva que sobrecarga a un grupo y deja al otro en condiciones favorables sin una justificación adecuada, podrá considerarse como contrario a la Constitución.

En cualquier caso, como lo destaca Neumann, la utilización del principio de igualdad será útil para evitar abusos o para medir la constitucionalidad de medidas regresivas utilizadas por el legislador para evitar abusos típicos. En este orden de ideas, se puede mencionar el caso en que se

91 Ver *supra*, III. 2. B y III. 2. F.

92 BVerfGE 60, 16 (43); en el mismo sentido, 61, 42 (63); 64, 158 (169); 82, 60 (89).

93 BVerfGE 74, 9 y ss.; BSGE 46, 89.

94 Ver Fuchsloch, Christine, *Das Verbot der Mittelbaren Geschlechtdiskriminierung*, en Bieback, *Verfassungsrechtlicher Schutz gegen Abbau und Umstrukturierung von Sozialleistungen*, cit., p. 38.

introdujo una medida que eliminaba el seguro de desempleo para los estudiantes porque se consideró que ellos preferirían dedicarse al estudio, que buscar o aceptar un trabajo. El Tribunal Constitucional manifestó dudas acerca de que este fuera un peligro típico en el caso de los estudiantes, y ordenó eliminar la norma que los excluía del seguro de desempleo. Como consecuencia de esta decisión, se puede concluir que en el caso de medidas regresivas adoptadas por la existencia de un peligro de abuso, el abuso debe ser un caso típico claramente identificado, y la actuación conforme a la norma, una excepción[95].

III. 2. I. Principios de aporte-prestación, igualdad y necesidad. Procesos transparentes y racionales

El punto central de la protección ante medidas de reestructuración y recorte de prestaciones sociales versa sobre la seguridad por medio de la redistribución. La justicia de la política distributiva se basa en tres principios: el principio de aporte y prestación, el principio de igualdad y el principio de necesidad. Sin embargo, el contenido de esos principios no es claro ni generalmente aceptado. De todas maneras, para Bieback, la protección debe basarse, políticamente, en estos tres principios interconectados. Y, en todo caso, los cambios en el sistema de prestaciones sociales deben ser fundamentados constitucionalmente, y esto debe hacerse mediante procesos transparentes y racionales, que consideren a todas las personas como ciudadanos de igual categoría, que merecen igual atención y tienen los mismos intereses[96].

IV. Conclusión

Si bien la doctrina alemana se niega a reconocer de plano una protección absoluta frente a las medidas regresivas en materia social, causadas principalmente por procesos de reestructuración del Estado o de recortes presupuestales, es claro que se han reconocido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia unos límites claros a dichas medidas, las cuales en cualquier caso deberán ser racionales y obedecer al principio de proporcionalidad, en la relación entre su impacto positivo para el bienestar general y la intervención que representen en los derechos fundamentales de los afectados por las mismas.

Aunque el legislador cuente con un amplio margen de decisión en su labor de desarrollo constitucional del Estado social de derecho, dicha tarea encuentra sus límites tanto en diversos principios generales constitucionales, como el principio del Estado social de derecho, el principio de la confianza, el principio de la igualdad, los principios de transparencia y ra-

95 Cf. Neumann, ob. cit., p. 410; BVerfGE 74, 9 (27).

96 Cf. Bieback, *Verfassungsrechtlicher Schutz gegen Abbau und Umstrukturierung von Sozialleistungen*, cit., ps. 40 y siguientes.

cionalidad, como también en los derechos fundamentales, principalmente el derecho a la propiedad, pero también el derecho a la libertad profesional, el derecho a un mínimo vital y los derechos especiales de los grupos vulnerables.

En el desarrollo constitucional es posible reconocer determinados grupos de prestaciones sociales que quedan claramente protegidos ante las medidas regresivas, como las que se derivan de los derechos de quienes han aportado al sistema de seguridad social por un tiempo determinado, del derecho a un mínimo vital, de los derechos de la familia y las mujeres o de los estudiantes y de los derechos de los grupos socialmente débiles. Es claro que en estos casos, los derechos deben ser respetados y protegidos cuando se trata de derechos consolidados, y que cualquier reestructuración o recorte deberá ir acompañado de medidas de transición que protejan a quienes podrían ver afectados sus derechos adquiridos por vía de una reforma legislativa y, de ser el caso, de medidas indemnizatorias que compensen los daños que se puedan generar. Cualquier disminución del sistema prestacional por debajo del nivel de asistencia social se considera como desproporcionado.

Así las cosas, se puede afirmar que para la doctrina y la jurisprudencia alemanas los derechos sociales, también en su contenido prestacional, son objeto de protección frente a las medidas regresivas adoptadas por el legislador, protección que tiene como pilar fundamental la protección de la dignidad humana.