



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

PROYECCIONES DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD¹

Por José Humberto Sahián

I. APROXIMACIONES A LA IDEA DE PROGRESIVIDAD

1. Nociones preliminares

Uno de los principios más apreciables del Derecho Internacional de los Derechos Humanos² es el de progresividad, originariamente pensado para auxilio de los “derechos sociales”³. Aunque todos los derechos humanos *in genere* están intrínsecamente impregnados con una genérica idea subyacente de progresividad⁴, si bien en un sentido más elíptico.

Tal directriz se traduce en el deber del Estado de adoptar las medidas técnicas, económicas y legislativas para lograr sucesivamente la plena efectividad de los derechos garantizados. Bajo ese prisma, el Estado no puede darse por satisfecho con el reconocimiento de un mínimo del derecho, por el contrario, el cumplimiento debe ir en aumento y no quedarse estático.

La progresividad implica al mismo tiempo un mandato de gradualidad y de no reversibilidad en la actuación estatal.

En el sistema internacional de protección de los derechos humanos, la apuntada pauta se encuentra normativamente prevista en el art. 2.1 del PIDESC⁵. Allí se

¹ El presente trabajo es la concreción por escrito de la ponencia que se expusiera en la Sesión Especial de fecha 10 de noviembre de 2020, en la que el suscripto tuvo el honor de ser incorporado como Miembro Académico Correspondiente por Tucumán a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

² Sobre los restantes principios: HITTERS, Juan C. y FAPPIANO, Oscar L, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ediar, 2º ed., t. I, 2007, pp. 404-450.

³ RONCONI, Liliana, “Debe el Estado satisfacer los tratamientos de reproducción asistida? Un análisis a la luz del principio de proporcionalidad”, *Suplemento Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, t. D, 2010, p. 901.

⁴ GROS ESPIELL, “Los métodos de interpretación utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia contenciosa”, en AA VV, *La Corte y los Sistemas Interamericanos*, San José, Corte IDH - Nieto Nieva editor, 1994, p. 227.

⁵ 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 internacionales, especialmente económicas y

compromete a “adoptar medidas” para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos.

La expresión “adoptar medidas” no es la traducción más afortunada. Un significado más cabal del sentido de progresividad puede obtenerse de las versiones en otros idiomas. En inglés el compromiso es “*to take steps*”, en francés es “*s'engage à agir*” (se compromete a actuar).

De un modo más mediato, en el art. 11.1⁶. La regulación de la progresividad en el PIDESC fue comentada en la Observación General n° 3 de 1990 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷. También son relevantes la Observación General n° 12 (El derecho a una alimentación adecuada) punto 19; Observación General n° 13 (Derecho a la educación) punto 45; Observación General n° 14 (Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud), la que considera una prohibición absoluta de regresividad cuando la medida afecte la satisfacción de los niveles esenciales del derecho a la salud. Y ha sido examinada en otros instrumentos del Comité⁸.

A su turno, el art. 2.1 del PIDESC sirvió de base para la formulación del art. 26 de la CADH⁹ y al, levemente más generoso, art. 1 del Protocolo Adicional a la CADH

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”.

⁶ Art. 11.1: “*Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia... Y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho...*”.

⁷ Titulada “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (Artículo 11[2] del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, adoptada en el quinto período de sesiones, 1990, E/1991/23, donde se establecen pautas interpretativas del principio de progresividad. La definición original del Apartado 9 decía: “*La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 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 periodo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la 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”.*

⁸ También fue objeto de interpretación por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, en la Declaración del 21 de septiembre de 2007, identificada como E/C.12/2007/1, sobre evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos de que disponga” de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto. En el párrafo 3 se manifestó que: “*... el Comité reitera que, para lograr progresivamente la plena efectividad del Pacto, los Estados Partes habrán de adoptar medidas deliberadas, concretas y debidamente orientadas, dentro de un plazo razonablemente breve después de la entrada en vigor del Pacto para los Estados de que se trate. Las medidas incluirían ‘todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas’. Además de la legislación, el Comité entiende que las palabras ‘medios apropiados’ incluyen ofrecer recursos judiciales y de otro tipo, cuando corresponda, y adoptar medidas ‘de carácter administrativo, financiero, educacional y social’ (Observación general N° 3, párr. 7, y Observación general N° 9, párrs. 3 a 5 y 7)...*”.

⁹ Art. 26. Desarrollo Progresivo: “*Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas,*

en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador¹⁰. Asimismo, este Protocolo contiene normas semejantes a los arts. 2 y 29.b de la CADH¹¹.

La Comisión IDH¹² ha interpretado la obligación establecida en los arts. 26 de la CADH y 1 del Protocolo de San Salvador de manera coincidente al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Así las cosas, el principio de progresividad encuentra fundamento normativo explícito en instrumentos provenientes de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos.

2. Justificación como “principio”.

Esta directriz reviste naturaleza de “principio”.

Como es sabido, tanto las reglas como los principios¹³ representan enunciados deónticos que mandan, prohíben o permiten algo; pero mientras las reglas configuran de forma cerrada sus condiciones de aplicación, los principios conforman de manera abierta esas condiciones¹⁴.

Pensamientos directrices para Larenz¹⁵, mandatos de optimización, en el

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”.

¹⁰ Art. 1: “Los Estados partes 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”.

¹¹ Así los artículos 2 y 4 del Protocolo de San Salvador. El artículo 2 (Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) prescribe: “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 fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos”. A su turno, el artículo 4 (No admisión de Restricciones) dispone: “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”.

¹² Comisión IDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, cap. III; *idem* Comisión IDH, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador, OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, p. 25.

¹³ Sobre la diferencia entre principios y reglas: *Vid.* GARCÍA FIGUEROA, A., “¿Existen diferencias entre reglas y principios en el estado constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy”, en García Manrique, Ricardo -ed.-, *Derechos Sociales y Ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, 2º ed, ps. 333-370.

¹⁴ CIDONCHA MARTÍN, A., “La posición constitucional de los consumidores”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 153, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2011, ps. 127 y 135, especialmente nota al pie 35.

¹⁵ LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 465-466.

razonamiento de Robert Alexy¹⁶. Este último sigue la idea de Dworkin, quien a su vez distingue dentro del género principios entre “principios” propiamente dichos y “directrices o directrices políticas”. Estas últimas son un tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado, generalmente una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad. Y “principios” es un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, equidad o moral. En ambos casos difieren de las normas jurídicas que tienen una aplicación disyuntiva¹⁷. Partiendo de tal distingo, la idea de progresividad podría contener elementos de una u otra especie, según el caso.

Sostiene Garrido Cordobera que el constitucionalismo ha sufrido una renovación formidable en materia de los derechos fundamentales, lo que implicó una transformación en las estructuras de los sistemas jurídicos; deviniendo, hoy por hoy, insustituible la observación de los principios generales, por su capacidad para guiar racionalmente la solución de los novedosos problemas. Cafferatta relata las funciones que cumplen los principios: a) informadora; b) de interpretación; c) los principios como filtros; d) los principios como diques; e) los principios como cuña; f) los principios como despertar de la imaginación creadora; g) los principios como recreadores de normas obsoletas; h) capacidad organizativa/compaginadora de los principios; i) los principios como integradores¹⁸.

La elasticidad que concede “el principio” resulta positivamente gravitante. De este modo, el operador cuente con “normas abiertas” a las que se pueda apelar frente a situaciones no regladas. Se obtiene una técnica para sortear la obsolescencia de las normas particulares. Y el empleo de los principio, como veremos, es particularmente útil en el marco de constitucionalización del derecho, sobre todo privado.

3. Desarrollo en el Derecho Internacional

No obstante el marco normativo ut supra relatado, no puede dejar de admitirse que la Corte IDH hizo relativamente escaso uso del principio de progresividad contenido en el art. 26 de la CADH, como herramienta que le permitiese un control sobre el respeto de los derechos sociales.

De hecho, en pocas oportunidades recurrió efectivamente al art. 26 de la CADH. Incluso, en algún caso, la Corte IDH eligió invocar la violación del principio de progresividad del art. 45 de la Carta de la OEA¹⁹.

También, en vez de recurrir al art. 26 de la CADH²⁰, la Corte IDH prefirió

¹⁶ Puede verse: ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, traducción Seña, Gedise, Barcelona, 1994, pp. 165 y 185. También puede verse más reciente: ALEXY, Robert, *Ensayo sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Palestra, Lima, 2019.

¹⁷ DWORKIN, R., "Los derechos en serio", traducción de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, ps. 72-75.

¹⁸ Cfr. GARRIDO CORDOBERA, L., “El sistema protectorio y la aplicación de los principios en el proyecto de Ley de Defensa del Consumidor. Una acertada respuesta a los desafíos actuales”, LA LEY 2019-D, 870. Cita Online: AR/DOC/2032/2019.

¹⁹ Corte IDH, 24/11/2006, “Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfano y otros) v. Perú”, § 136.

²⁰ Este déficit en el empleo argumentativo del art. 26 CADH fue doctrinalmente criticado: “... genera

apoyarse en un criterio aplicado y aceptado en materia de derechos civiles: el principio *pro homine*²¹ contenido en el art. 29 de la CADH. Así, por ejemplo, el voto de la mayoría en “Furlan vs. Argentina”²², con la salvedad del voto concurrente de la ex Jueza Mey Mecóly.

El asunto paradigmático en esta materia fue “Cinco Pensionistas vs. Perú”²³. La Corte IDH abordó este asunto, al responder al reclamo sobre la inobservancia del art. 26 de la CADH. Aunque el abordaje de los DESC fue sumamente cauteloso²⁴, pues abrió un amplio “margen de apreciación” en beneficio de los Estados, a condición de que tales medidas no sean arbitrarias.

En “Acevedo Buendía y otros (‘Cesantes y Jubilados de la Contraloría’) vs. Perú” del 01/07/2009, la Corte IDH estima que “*la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas*”²⁵. Con esta expresión la Corte IDH se inclinó hacia una idea de “justiciabilidad” de la progresividad.

Luego en “Lagos del Campo vs. Perú”²⁶ la Corte IDH ratificó, respecto del derecho social a la estabilidad laboral, la vigencia de la regla de progresividad; tanto en el voto que conformó la mayoría; como en las disidencias parciales (por ejemplo de Sierra Porto).

La Corte I reiteró más recientemente el principio sub examen, en “Poblete Vilches vs. Chile”²⁷, pero en relación al derecho a la salud.

Y la definitiva consolidación del principio de progresividad vino en el caso “Cuscul Pivaral vs. Guatemala”²⁸, donde se revalidó el principio y se reafirmó el

preocupación más que honda, cuando no alarma, el criterio seguido (rectius: no seguido) por la mayoría de la Corte IDH, tanto en su integración de 2012, en Furlan y familiares, cuanto en la de 2013, con Suárez Peralta. La ausencia en el primero de toda mención del art. 26 y, en lo que interesa, de Acevedo Buendía y otros, no obstante estar en juego los derechos a la salud y a la seguridad social...” (GIALDINO, Rolando E., “Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Convención Americana sobre Derechos Humanos”, La Ley, t. E, 2013, pp. 909 y siguientes).

²¹ “... el principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el Derecho de los Derechos Humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o suspensión extraordinaria” (PINTO, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pauta para la regulación de los derechos humanos”, *La Aplicación de los Tratados de Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Buenos Aires, CELS - Editores del Puerto SRL, 1997, p. 163).

²² Corte IDH, Sentencia del 31/08/2012, “Furlan y Familiares vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”

²³ Corte IDH, Sentencia del 28/02/2003, “Cinco Pensionistas vs. Perú”, (Fondo, Reparaciones y Costas).

²⁴ Se consideró: “*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*”.

²⁵ Considerando 102. También reitera que: “... el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido”.

²⁶ Sentencia de 31 de agosto de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

²⁷ Sentencia de 8 marzo de 2018 (fondo, reparaciones y costas).

²⁸ Sentencia de 23 de agosto de 2018 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

derecho a la salud como autónomo y justiciable. En este caso, se trataban de personas con HIV, diagnosticadas entre los años 1992 y 2004, y la mayoría no había recibido ninguna atención médica. Allí se dijo que, si bien el Estado goza de un margen de actuación para el cumplimiento de sus obligaciones de progresividad, esto no podía ser interpretado como un cheque en blanco para no adoptar ninguna medida de protección, o adoptar medidas que sean tan precarias en sus alcances que dejen en una situación de desprotección a personas vulnerables.

Este precedente implicó un cambio capital de la jurisprudencia de la Corte I, porque agregó tres estándares adicionales: 1) la progresividad debe ser entendida como prohibición de inacción; 2) se incumple el postulado de progresividad cuando no se demuestra que se hayan hecho esfuerzos para llegar a la plena efectividad del derecho; y 3) debe evaluarse si el Estado puso en marcha el máximo de los recursos disponibles.

Fue la primera ocasión en que la Corte IDH abarcó, con claridad, ambas direcciones de los DESCAs: *exigibilidad inmediata y progresividad*.

A su turno, la Comisión IDH también ha indicado que la naturaleza de las obligaciones derivadas del art. 26 de la CADH supone que la plena efectividad de los derechos consagrados en dicha norma debe lograrse de manera progresiva²⁹.

La lectura del art. 26 de la CADH ha oscilado pendularmente entre aquellas visiones que históricamente han considerado a esta norma como no operativa, limitándola a una simple expresión de objetivos programáticos pero no de obligaciones legales vinculantes ni derechos justiciables; y los nuevos enfoques que se gestan a partir de un uso extensivo del principio *pro homine*, proponiéndose abrir la CADH a una suerte de justiciabilidad plena de todos los derechos económicos, sociales y culturales.

En el caso argentino, el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna le asigna jerarquía constitucional al PIDESC y a la CADH³⁰; por lo que el principio de progresividad alcanza la más elevada prelación normativa, revistiendo consecuentemente naturaleza de principio integrante del Bloque de Constitucionalidad Federal.

La CSJN ha admitido dicha regla³¹. En esa tesitura, el Supremo Tribunal argentino resolvió que: “... *el principio de progresividad... impone que todas las medidas estatales de carácter deliberadamente regresivo en materia de derechos humanos... requieran la consideración ‘más cuidadosa’, y deban justificarse plenamente, v.gr., con 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 el Estado disponga...*”³². En el caso, se invalidó un decreto de una intendencia del año

²⁹ Comisión IDH, del 27/03/2009, “Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras (Perú)”, Admisibilidad y fondo, párrafo 134.

³⁰ El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador, no se encuentra entre aquellos Tratados que gozan de jerarquía constitucional.

³¹ CSJN, Sentencia del 01/06/2000, “Asociación Benghalensis y otros c. Estado nacional”, Fallos: 323:1339.

³² CSJN, Sentencia del 18/06/2013, “Recurso de hecho deducido por la Asociación de Trabajadores del Estado en la causa Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad”. Continúa: “En este sentido se alinean conocidos antecedentes de esta Corte (‘Aquino’, cit., p. 3774/3776; ‘Madorrán’, cit., p. 2004; ‘Milone’, Fallos: 327:4607, 4619 -2004-; ‘Torrillo’, cit., p. 722; asimismo: ‘Medina, Orlando Rubén y otros c/ Solar Servicios On Line Argentina S.A.H’, Fallos: 331:250 y sus citas

2003, que había dispuesto rebajas salariales, alegando razones de emergencia económica. La inconstitucionalidad fue dispuesta, entre otros aspectos, invocando la no regresividad de derechos sociales.

4. Derecho constitucional comparado

En Latinoamérica, varios países acogen el principio de progresividad.

La Constitución de Ecuador, reformada en 2008, contiene diversas disposiciones genéricas sobre la aplicación del principio de progresividad y no regresividad³³.

La Constitución de Bolivia de 2009 también ostensiblemente garantiza la regla de progresividad³⁴; y amplía esa regla a todos los derechos constitucionalmente declarados, sin restringirla, como es común, a los derechos humanos propiamente

-2008-; `Silva, Facundo Jesús c/ Unilever Argentina S.AH', Fallos 330:5435, 5454 -2007- voto de los jueces Fayt y Petracchi; `Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS', Fallos: 328:1602, 1624/1625 -2005- voto del juez Maqueda). En términos idénticos, es dable agregar y destacar en esta oportunidad, debe entenderse el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, atinente al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, según lo expresa la señora y cercana sentencia de la Corte IDH dictada en el Caso Acevedo Buendía y otros (`Cesantes y Jubilados de la Contraloría') vs. Perú (excepción preliminar y fondo, 1-7-2009, Serie C N° 198, párr. 102/103; asimismo: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe n° 27/09, caso 12.249, Jorge Miranda Cortez y otros - El Salvador, 20-3-2009, párr. 105 y ss)... En todo caso, ha de tenerse muy presente que existe una `fuerte presunción' contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con el PIDESC, según lo proclama el mencionado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la recordada Observación general N° 18 (párr. 34), continuadora de doctrina ya enunciada en documentos análogos en otras materias (v.gr. Observación general N° 14 -párr. 32-, 15 -párr. 19-, 17 -párr. 27), así como también lo ha hecho esta Corte (`Medina', cit., p. 259 Y sus citas; v. asimismo: `Aquino', cit., p. 3775, y `Silva', cit., p. 5454). La regresividad, en suma, `contraría los postulados y el espíritu del corpus juris de los derechos humanos' (Caso Acevedo Buendía..., cit., voto del juez García Ramírez, párr. 21)...".

³³ El art. 11.8 dispone: "El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios... El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio". A su turno, el art. 340 prescribe la regla de progresividad a distintos aspectos que se vinculan con los derechos de los consumidores. Dicho dispositivo establece: "El sistema nacional de inclusión y equidad social es el conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo. El sistema se articulará al Plan Nacional de Desarrollo y al sistema nacional descentralizado de planificación participativa; se guiará por los principios de universalidad, igualdad, equidad, progresividad, interculturalidad, solidaridad y no discriminación; y funcionará bajo los criterios de calidad, eficiencia, eficacia, transparencia, responsabilidad y participación. El sistema se compone de los ámbitos de la educación, salud, seguridad social, gestión de riesgos, cultura física y deporte, hábitat y vivienda, cultura, comunicación e información, disfrute del tiempo libre, ciencia y tecnología, población, seguridad humana y transporte". El art. 423.3 reza: "La integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado. En todas las instancias y procesos de integración, el Estado ecuatoriano se comprometerá a: ... Fortalecer la armonización de las legislaciones nacionales con énfasis en los derechos y regímenes laboral, migratorio, fronterizo, ambiental, social, educativo, cultural y de salud pública, de acuerdo con los principios de progresividad y de no regresividad".

³⁴ Art. 13.I: "Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos".

dichos. Aquí, el principio de progresividad trasciende las fronteras del Derecho de los Derechos Humanos, para afincarse, de modo inmediato, en el Derecho Constitucional *strictu sensu*³⁵.

El art. 19 de la Constitución de Venezuela de 1999 garantiza genéricamente, al menos en teoría, la progresividad de los derechos humanos. Y luego, existen disposiciones concretas que amparan la progresividad respecto de determinados intereses: vivienda en el art. 82, derechos laborales en el 89.1³⁶.

En Colombia, el principio de progresividad de los derechos sociales no está reconocido en la Constitución, pero ha sido la Corte Constitucional colombiana la que, mediante su jurisprudencia, ha admitido con gran contundencia este principio. Enfáticamente, ha juzgado que: “Tomar los derechos en serio exige, también, tomar la progresividad en serio”³⁷.

A diferencia de lo reseñado, el Convenio Europeo de Derechos Humanos no cuenta con un régimen explícito sobre progresividad, como el diagramado en el sistema americano de derechos humanos. En cambio, tal principio sí aparece en el complemento de aquél, la Carta Social Europea³⁸ del Consejo de Europa. A esta progresividad se la

³⁵ Vid. VARGAS GAMBOA, Nataly V., “Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia”, *Protección Multinivel de los Derechos Humanos. Manual*, Bandeira Galindo, Urueña y Torres Pérez -coords.-, Barcelona, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013, p. 340.

³⁶ “El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen”. . . El artículo 82 reza: “Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénicas, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias. La satisfacción progresiva de este derecho es obligación compartida entre los ciudadanos y ciudadanas y el Estado en todos sus ámbitos. El Estado dará prioridad a las familias y garantizará los medios para que éstas, y especialmente las de escasos recursos, puedan acceder a las políticas sociales y al crédito para la construcción, adquisición o ampliación de viviendas”. El art. 89.1 estatuye: “Ninguna ley podrá establecer disposiciones que alteren la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales”. El art. 281.7 reza: “Son atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo: ... 7. Presentar ante los órganos legislativos municipales, estadales o nacionales, proyectos de ley u otras iniciativas para la protección progresiva de los derechos humanos”. El art. 326 establece con exagerada amplitud: “La seguridad de la Nación se fundamenta en la corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad civil, para dar cumplimiento a los principios de independencia, democracia, igualdad, paz, libertad, justicia, solidaridad, promoción y conservación ambiental y afirmación de los derechos humanos, así como en la satisfacción progresiva de las necesidades individuales y colectivas de los venezolanos y venezolanas, sobre las bases de un desarrollo sustentable y productivo de plena cobertura para la comunidad nacional. El principio de la corresponsabilidad se ejerce sobre los ámbitos económico, social, político, cultural, geográfico, ambiental y militar”.

³⁷ Sentencia T-025/2004, “Agencia Oficiosa en tutela - Asociación de desplazados”. Allí se dijo: “... 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...”. Vid. PRADA, María A., “La integración del derecho internacional en el sistema colombiano”, en Bandeira Galindo y Torres Pérez -coords.-, *Protección Multinivel de los Derechos Humanos. Manual*, Barcelona, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013, p. 382.

³⁸ Turín, 18/10/1961, versión original. En 1988 se implementó un Protocolo adicional con cuatro nuevos

reglamentó especialmente en el art. 12, respecto de la seguridad social, pero se discutió si tal progresividad también genera “no regresividad”³⁹. Dicha regulación ha sido mucho más restrictivamente diseñada e interpretada.

Para un sector de la doctrina, que no llega a alzarse como mayoritario, la técnica utilizada en el actual artículo G permite entender que sí media una cláusula de tipo “*stand still*”. Así lo sostiene, el francés Belorgé en un comentario que realiza sobre el Órgano de Control de la Carta Social Europea, que es el Comité Europeo de Derechos Sociales⁴⁰.

Por su parte, la aceptación de la prohibición de regresividad ha generado posturas encontradas en los sistemas constitucionales europeos.

En España, ha sido asentida por una fracción minoritaria de la doctrina⁴¹, pero resistida por el sector mayoritario de la dogmática española que se opone a que, de la progresividad, linealmente pueda extraerse prohibición de regresión⁴².

En Alemania tampoco se ha aprobado en plenitud la aplicación del principio de progresividad a los derechos sociales⁴³.

derechos. El 3 de mayo de 1996 en Estrasburgo se adoptó un nuevo texto, que ahora se llama Carta Social Europea (revisada), hasta alcanzar los 31 derechos sociales. No todos los países signatarios de la versión original han suscripto la “revisión”. El organismo de control es el Comité Europeo de Derechos Sociales.

³⁹ “*Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social, las Partes se comprometen: 1. a establecer o mantener un régimen de seguridad social; 2. a mantener el régimen de seguridad social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social; 3. a esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social...*”. Por su lado, el artículo G de la Carta revisada (anterior artículo 31 en la Carta de 1961), bajo la rúbrica “restricciones”, establece que: “*1. los derechos y principios enunciados en la Parte I, una vez llevados a la práctica, así como su ejercicio efectivo con arreglo a lo dispuesto en la Parte II, no podrán ser objeto de restricciones o limitaciones que no estén especificadas en las Partes I y II, salvo las establecidas por la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres. 2. Las restricciones permitidas en virtud de la presente Carta a los derechos y obligaciones reconocidos en ella no podrán ser aplicadas con una finalidad distinta de aquélla para la que han sido previstas*”.

⁴⁰ BELORGEY, Jean-Michel, “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su Órgano de Control: El Comité Europeo de Derechos Sociales”, Jimena Quesada, Luis -trad.-, *Revista de Derecho Político*, Madrid, UNED Universidad Nacional de Educación a Distancia n° 70, 2007, p. 365.

⁴¹ A favor: PISARELLO, Gerardo, “Derechos Sociales y principio de no regresividad en España”, en Courtis, Christian -comp.-, *Ni un paso Atrás. La prohibición de Regresividad en Materia de Derechos Sociales*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Del Puerto, 2006, pp. 307 y siguientes.

⁴² GARCÍA ROCA, Javier, “Taking social rights seriously: principle of financial sustainability. A budgetary impact statement”, *Annuaire International des Droit de l’Homme*, International Association of Constitutional Law. Group of Social Rights, L.G.D.J., vol. VII, 2012-2013.

⁴³ “*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 o positivo obedecer al principio de proporcionalidad, en la relación entre su impacto para el bienestar general y la intervención que representen en los derechos fundamentales de los afectados por las mismas... 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...*” (SUÁREZ FRANCO, Ana M., “Los límites constitucionales a las medidas regresivas de

En síntesis, la regla de progresividad se haya disímilmente admitida y reglada en el derecho comparado. Pero la prohibición de regresión se haya más restrictivamente admitida en el viejo continente. Esencialmente se muta la idea de irreversibilidad por la de interdicción de la intangibilidad del contenido esencial de los derechos sociales, en cuyo caso sí todo ataque está vedado.

Finalmente, en Argentina, encuentra raigambre constitucional, a partir de la reforma de 1994 e, inclusive, ha merecido consagración en ámbitos locales, por ejemplo, en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires⁴⁴.

II. NO REGRESIVIDAD

1. Acercamiento conceptual

Una de las manifestaciones que genera la pauta de progresividad, tal vez la más significativa, es la de “no regresividad”⁴⁵ o “prohibición de retroceso”⁴⁶, en virtud de la cual no pueden admitirse retracciones⁴⁷ ni fácticas ni normativas en las políticas públicas destinadas a dotar de vigencia efectiva a los derechos sociales establecidos en los Tratados de Derechos Humanos.

Es una garantía que tiende a proteger el contenido de los derechos y el nivel de goce alcanzado cada vez que el Estado⁴⁸, en cumplimiento de su obligación de progresividad, haya producido una mejora⁴⁹. En general se acepta que concurren dos campos posibles de indagación del fenómeno de la no regresividad: a) empírica, cuando el objeto de análisis se ciñe a los resultados de políticas públicas⁵⁰, y b) normativa.

carácter social en Alemania: un aproximación al análisis doctrinal”, en Courtis, Christian -comp.-, *Ni un paso Atrás. La prohibición de Regresividad en Materia de Derechos Sociales*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Del Puerto, 2006, pp. 385-386).

⁴⁴ Así: DOS SANTOS, Gabriel A., “El principio de progresividad y la problemática de su inclusión en el Derecho del Trabajo. Jerarquía constitucional. Su incorporación en la reforma de la Constitución de la Pcia. de Buenos Aires”, *Revista de Derecho del Trabajo de la Provincia de Buenos Aires*, núm. 9, julio 2016, cita: IJ-CIV-587.

⁴⁵ CARBONELL, Miguel, “Los derechos sociales: Elementos para una lectura en clave normativa”, ponencia presentada en el IX Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional “Jorge Carpizo”, realizado entre el 17 al 19 de Septiembre de 2013, en Tucumán - Argentina, Libro de ponencias, p. 296.

⁴⁶ Se conoce también al principio de no regresión como *stand still*, efecto *cliquet*, trinquete, cláusula de *statu quo*, cláusula de anti retorno, principio de no retrogresión.

⁴⁷ Se ha trazado una muy singular comparación entre el principio de no regresividad y la teoría de la evolución de Darwin (GONZÁLEZ BALLAR, Rafael, “Reflexiones para la interpretación de la no regresión”, en Peña Chacón, Mario -dir.-, *El principio de no regresión ambiental en el derecho ambiental comparado [Libro en línea]*, San José de Costa Rica, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2013, p. 77).

⁴⁸ FERNÁNDEZ, Bettina, “Garantizar la dignidad humana: una obligación de preeminencia para el Estado. Sucinto repaso por los derechos económicos, sociales y culturales”, *La Ley*, t. C, 2012, pp. 771 y ss.

⁴⁹ En la Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05), aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2005 de la Asamblea General de la OEA, la nota al art. 12 prescribe 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”.

⁵⁰ Menos presente en la faz judicial. Ver COURTIS, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en Courtis, Christian -comp.-, *Ni un paso Atrás. La Prohibición de Regresividad en Materia de Derechos Sociales*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Del

A priori, la derogación o reducción de derechos vigentes contradice el compromiso estatal asumido al suscribir los Tratados de Derechos Humanos. Es que, la no regresividad está implícita en los Pactos de Derechos Humanos como deber negativo inherente a las obligaciones positivas que acompañan a los derechos fundamentales⁵¹. Cualquier medida regresiva requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada rigurosamente⁵².

Las Directrices o Principios de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales consideraron -en el principio 14- como contradictoria con tales derechos: “*La adopción de cualquier medida que sea intencionalmente regresiva y que reduzca el nivel de protección de cualquiera de estos derechos*” (inc. e)⁵³. Equivalentes conclusiones ya habían sido alcanzadas en los “Principios de Limburgo relativos a la aplicación del PIDESC”⁵⁴.

Pero los lineamientos relatados distan de ser pacíficos en el derecho comparado. También media resistencia a consentir que la irreversibilidad de los derechos sociales, en un sentido desmedido, pueda ser consecuencia inmediata e irremediable del principio de progresividad. Así, García Roca explica que los derechos sociales presuponen un gran esfuerzo económico, por lo que su cantidad y calidad dependen inevitablemente de la sustentabilidad presupuestaria⁵⁵, lo que se percibe con

Puerto, 2006, p. 7.

⁵¹ Así Rebeca Cook, conforme cita de GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., “La aplicación de la prescripción del art. 50 LDC y el principio ‘pro consumidor’...”, en Stiglitz, Gabriel A. y Hernández, Carlos -dirs.-, *Tratado de Derecho del Consumidor*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, t. IV, 2015, pp. 87-92.

⁵² Observación General 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 9. En similar sentido, Observación General n° 4 (Derecho a una vivienda adecuada) párrafo 11; Observación General n° 12 (derecho a una alimentación adecuada) párrafo 18; Observación General n° 14 (derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud) párrafos 32, 48 y 50, entre otras.

⁵³ Suscriptas en Maastricht (Países Bajos), del 22 al 26 de enero de 1997, con motivo del Décimo Aniversario de los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del PIDESC, donde se reunió un grupo de más de treinta expertos que emitieron las directrices aludidas. También se rechaza: “... *la derogación o suspensión de la legislación necesaria para el goce continuo de un derecho económico, social y cultural del que ya se goza*” (inc. a); “*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*” (inc. d); “*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*” (inc. f).

⁵⁴ Del 2 al 6 de junio de 1986, se reunió en Maastricht un grupo de expertos en Derecho Internacional, convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo (Maastricht) y el Instituto Urban Morgan para los Derechos Humanos de la Universidad de Cincinnati (Ohio, EE.UU). El propósito de la reunión era el considerar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes del PIDESC.

⁵⁵ “*Social rights presuppose a great economic effort, so the amount and quality of the benefits received by citizens must inevitably be subject to the logic of budgetary sustainability... Social rights do not have to be necessarily ‘cheap’, but at least they must be ‘austere’...*” (GARCÍA ROCA, Javier, “Taking social rights seriously: principle of financial sustainability. A budgetary impact statement”, *Annuaire International des Droit de l’Homme*, International Association of Constitutional Law. Group of Social Rights, L.G.D.J., vol. VII, 2012-2013, pp. 213-242).

mayor claridad en épocas de crisis económicas⁵⁶.

Aunque admite el propio García Roca que algunas constituciones americanas reconocen el principio de progresividad como instrumento de interpretación constitucional y ese “desarrollo progresivo de garantías sociales parece prohibir la regresión de restricciones de beneficios sociales”⁵⁷.

Como anticipamos, con muy disímil eficacia, tal regla ha sido parcialmente asentada -respecto de los DESCAs- en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, del Tribunal Federal de Portugal, del Tribunal Supremo de Brasil, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica y de la Corte Constitucional Colombiana⁵⁸.

2. Teoría de la irreversibilidad de las conquistas sociales

Completando la idea de progresividad y no regresividad (hasta aquí expuesta esencialmente a partir del marco positivo propio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos), cabe adicionar que, en un escenario más constitucional, Konrad Hesse⁵⁹ difundió la teoría de la irreversibilidad en materia de derechos sociales⁶⁰. De acuerdo con esta idea, si bien no resulta necesariamente posible inducir de la propia Constitución el contenido sustantivo de los deberes sociales del Estado, una vez que el

⁵⁶ Así lo expone: GARCÍA ROCA, Javier, “Constitutional principles regarding the spanish social security system: a citizen’s right”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, UNED Universidad Nacional de Educación a Distancia, núm. 89, 2014, p 83. En un sentido opuesto, un sector de la doctrina tiene dicho: “... que las llamadas ‘medidas de ajuste’ derivadas de ‘crisis económicas’ y una ‘grave escasez de recursos’, hacen que los esfuerzos de las autoridades por proteger los derechos económicos, sociales y culturales adquieran una urgencia ‘mayor, no menor’, y, por el otro, que la ‘protección’ de las ‘capas vulnerables de la población’ es, precisamente, ‘el objetivo básico del ajuste económico’...” (LLORENS, María P. y PAGLIARI, Arturo S., “La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a veinte años de la reforma constitucional”, *Revista de la Facultad –UNC, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba*, vol. 2, 2014, pp. 157 y siguientes). En este último sentido, en relación al art. 14 bis de la Constitución Argentina: CSJN, Sentencia del 18 de junio de 2013, “A.T.E c/ Municipalidad de Salta s/ Recurso de Hecho”.

⁵⁷ “Some Latin American Constitutions recognize principle of progressivity as an instrument of constitutional interpretation. The progressive development of social guarantees seems to ban ‘regressive’ restraint of social benefits... we would have to admit that these norms only establish a positive obligation to develop, gradually and by progressive achievements, the full realization of these social rights ‘to the maximum of its available resources’. We should construct the principle of progressivity inside the structural limits that emerge from the available financial resources. The progressiveness of social rights has to be considered as a permanent tendency not as an absolute prohibition which cannot breach any legal regressive measure...” (GARCÍA ROCA, Javier, “Constitutional principles regarding the spanish social security system: a citizen’s right”, *op. cit.*, p. 83).

⁵⁸ Cfr: MEZZETTI, Luca, “Constitución e Igualdad. Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA)”, ponencia presentada en el IX Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional “Jorge Carpizo”, realizado entre el 17 al 19 de septiembre de 2013, en Tucumán - Argentina, Libro de ponencias, 2013, pp. 219-221.

⁵⁹ En 1978 Konrad Hesse, magistrado del *Bundesverfassungsgericht* de Karlsruhe entre 1975 y 1987, formuló la teoría de la irreversibilidad en materia de derechos sociales -*Nichtumkehrbarkeitstheorie*-, que de alguna manera otorgaba pátina doctrinal a las previsiones del PIDESC (especialmente su art. 11.1).

⁶⁰ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano, *El concepto de derecho administrativo*, Caracas, Ed. Jurídica Venezuela, 1984, p. 204; *idem* LÓPEZ GUERRA, Luis, “El estado social de derecho”, *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, Madrid, Fundación Sistema, núms. 38-39, 1980, p. 183.

legislador o la administración ha regulado los diferentes campos ordenados por la Carta Magna, toda medida regresiva que afecte el contenido esencial de las regulaciones es inconstitucional. Se trata, en definitiva, de la irreversibilidad de las conquistas sociales alcanzadas, al menos en su contenido esencial⁶¹.

La teoría de la irreversibilidad de las conquistas sociales fue declamada en Alemania, tras la sanción de la Ley Fundamental de Bonn, pero viene generando un acalorado debate, especialmente en épocas de “crisis políticas o económicas”⁶².

Desde otra perspectiva, si los derechos sociales no son directamente operativos desde la Constitución, como se estima en la mayoría de los regímenes constitucionales europeos, es porque esencialmente el constituyente ha decidido confiarle una gran discrecionalidad al legislador: la de fijar el alcance de las metas sociales programadas en la Constitución. En este punto, la doctrina de la irreversibilidad viene a poner una suerte de parcial demarcación a tan importante potestad intencionalmente confiada al legislador o a la administración.

Esa tesis fue matizada⁶³, inclusive por el propio autor, al núcleo esencial⁶⁴. Así, la creencia en la invalidez de toda medida regresiva de los derechos sociales ha sido explicada, por cierta porción de la doctrina europea, solo respecto de su contenido esencial o mínimo⁶⁵. Pero también se la predica aún respecto del “contenido adicional”

⁶¹ HESSE, Konrad, *Grunzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, CF Müller, Heidelberg y Karlsruhe, 1978, pp. 86-87.

⁶² “La incapacidad del sector público en tiempo de crisis para garantizar determinadas prestaciones, que pueden dejar de ser obligatorias, podría llegar a comportar un retorno de hecho a la beneficencia si admitimos, sin más, la reversibilidad de los derechos sociales (...) Por su parte, plantear la pura y simple irreversibilidad de los derechos sociales comporta admitir una situación de crecimiento ilimitado en la que difícilmente puede resultar concebible en un contexto de crisis y recesión económica” (AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç, “El régimen jurídico de las prestaciones de los servicios sociales”, en Esquerra Huerva, Antonio -coord.-, *Marco Jurídico de los Servicios Sociales en España*, Barcelona, Atelier Libros, 2012, pp. 63-64).

⁶³ Se han esgrimido posturas intermedias respecto de la ponderación de la teoría de la irreversibilidad de los derechos sociales. Así “... si bien es posible defender el ‘principio de irreversibilidad de las conquistas sociales’, debe existir la necesaria flexibilidad que permita acomodar las políticas sociales a las circunstancias económicas de cada momento” (MARTÍNEZ ESTAY, José I., “Los derechos sociales: Una reflexión a propósito de la Sentencia nº 976 del Tribunal Constitucional”, ponencia presentada en el coloquio sobre derechos sociales organizado por la Escuela de Derecho de la Universidad de Viña del Mar. Viña del Mar, 24 de septiembre de 2008, *Nomos*, Universidad de Viña del Mar, núm. 2, 2008, p. 289).

⁶⁴ Cfr. PONCE SOLÉ, Julio, *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2013, p. 26. Expone este autor en la página citada: “Rechazada la idea de irreversibilidad absoluta de los derechos (que se atribuye a Hesse, aunque luego se indica como este mismo autor alemán la matizó posteriormente, a resultas de la crítica mayoritaria de la doctrina de su país), tampoco se acepta la reversibilidad absoluta e incondicionada (...) Si bien, la oposición del argumento de la dependencia de los recursos económicos del Estado social por parte de la doctrina alemana llevó a Hesse a limitar la garantía al «núcleo esencial»...”.

⁶⁵ Vid. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, “Gestación, recepción y vigencia: la Teoría de la Constitución y el Derecho constitucional de Konrad Hesse”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 100, 2014, pp. 414-415. También se ha dicho que: “... una vez regulados... los derechos sociales constitucionales introducen un núcleo esencial que el legislador no puede modificar en un sentido regresivo. De este modo, se distinguen dos niveles: los elementos esenciales indisponibles y los elementos susceptibles de variación en sus conformaciones legales sucesivas” (PISARELLO, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)*

del derecho garantido, aunque, en esta hipótesis, utilizando la “proporcionalidad” como demarcación⁶⁶.

Más allá de lo relatado, debemos admitir que, en el derecho comparado, preponderantemente se desestima la idea de irreversibilidad de los derechos, cuando tiende a asumir ribetes absolutos. Dicho en otras palabras, se asiente la reversibilidad de los derechos de carácter prestacional, pero no de su contenido esencial, el que es irreductible, es decir, se muta la idea de irreversibilidad por la de interdicción de la intangibilidad del contenido esencial de los derechos fundamentales, en cuyo caso todo ataque está vedado⁶⁷; aceptándose la posibilidad de una “reconfiguración” de los derechos sociales⁶⁸.

Como atemperación de posturas extremas sobre el tópico, se ha sugerido tampoco consentir la reversibilidad absoluta e incondicionada⁶⁹, o se ha pregonado la

construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible, op. cit., p. 123, especialmente la nota 21, donde señala como paradigmática la argumentación de Konrad Hesse). También puede verse: PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado Social y administración pública*, Madrid, Civitas, 1983, pp. 53-55.

⁶⁶ “Interesa precisar que el contenido esencial o mínimo de los derechos sociales, e incluso su contenido adicional, poseen carácter de ‘conquista social irreversible’, siempre en los términos de razonabilidad y proporcionalidad” (HERREROS LÓPEZ, Juan M., “La justiciabilidad de los derechos sociales”, *op. cit.*, p. 87). Este autor cita, en similar tesitura, pero limitando la irreversibilidad al núcleo esencial, a Guillermo Escobar: “... el denominado principio de irreversibilidad de las conquistas sociales (según el cual la inclusión por el legislador de determinadas prestaciones en el contenido de un derecho impediría su supresión por el legislador futuro), sólo vale cuando lo que está en juego es el contenido mínimo o constitucional del derecho, no su contenido adicional” (*Ibidem*, p. 88).

⁶⁷ Así: TORNOS MÁS, Joaquín, “Crisis del Estado de bienestar. El papel del Derecho Administrativo”, en Piñar Mañas, José L. -coord.-, *Crisis Económica y Crisis del Estado de Bienestar. El Papel del Derecho Administrativo*, Madrid, Reus, 2014, p. 203.

⁶⁸ *Vid.* CORCHETE MARTÍN, María J., *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2001, p. 123. Respecto de la irretroactividad de las conquistas sociales, la autora citada, siguiendo a Parejo Alfonso, expresa que: “...un retroceso en la política social resultaría inconstitucional por contradecir los artículos 1.1 y 9.2 de la Constitución; ahora bien, no sería inconstitucional si a partir de una política socio-económica distinta se planteara una reconfiguración de los derechos sociales”.

⁶⁹ *Cfr.* PONCE SOLÉ, Julio, *op. cit.*, pp. 26-28; quien efectúa un detalle de las adhesiones y rechazos que ha merecido, en la doctrina española, la tesis de irreversibilidad de los derechos sociales. Siguiendo tales enseñanzas, podemos sintetizar que, en contra de la irreversibilidad, contundentes son: Santamaría Pastor y López Menudo. En cambio, otro grupo de autores ha matizado los efectos de la teoría de la irreversibilidad, sin aceptarla ni rechazarla por completo. Así puede mencionarse con distintas variantes y alcances a: Cobreros Mendoza quien ve difícil, aunque no imposible, que el Tribunal Constitucional declare inconstitucional una ley, a pesar de que contenga evidentes recortes en el estatus de la mayoría de los ciudadanos o de grupos importantes de estos. Este autor destaca que la aplicación de la legislación ordinaria debe estar presidida por un principio de interpretación restrictiva de los eventuales recortes sociales, y subraya dos hipótesis en las que el TC deberá declarar la inconstitucionalidad de la ley en cuestión: cuando la acción del legislador se dirija directamente y sin contraprestación a la supresión de conquistas que caracterizan el estatus social (lo que sería un “despojo”), y cuando, aun existiendo contraprestaciones sociales las consecuencias gravosas se hicieran recaer, en lo fundamental, sobre un conjunto de ciudadanos, en razón de que con ello se estaría violando directamente el principio de igualdad. Muñoz Machado considera que existen situaciones que están vinculadas a otros valores constitucionales, cuya eliminación es más difícil, o incluso imposible, teniendo en cuenta que, en tal caso, un derecho fundamental podría quedar lesionado o desprotegido. En esa línea, Beltrán subraya que la Constitución impide la acción del legislador encaminada directamente y sin contraprestación a la supresión pura y simple de una conquista social. Más aún, cuando se trata de prestaciones vitales para el

“reversibilidad razonable”⁷⁰.

El TC español en muy pocos asuntos se ha expedido sobre esta temática. Sí admitió, aisladamente, en virtud del Derecho de Gentes, la “irregresividad” de la seguridad social (en el caso de las pensiones), como límite al legislador, asignándole -al principio- afinamiento constitucional⁷¹; y en otros pocos casos aceptó ciertas limitaciones de los legisladores⁷². Llegó a conceder el TC que: “*En un Estado social y democrático de Derecho, cual el exigido por la C.E., no se puede privar al trabajador, sin razón suficiente para ello, de las conquistas sociales ya conseguidas*”⁷³. No obstante, en rigor, debemos reconocer que este criterio constituye una afirmación anecdótica a lo largo de la evolución jurisprudencial constitucional española⁷⁴.

Sin dudas, el caso europeo más paradigmático, a favor de la irreversibilidad de las conquistas sociales, emerge del Tribunal Constitucional de Portugal⁷⁵. Mucho más irregularmente, el *Conseil Constitutionnel* Francés hizo uso de la *cliquet anti retour*⁷⁶. Aunque, en general, la UE no cuenta actualmente con una posición doctrinaria de sustento a la tesis comentada. Tan es así que García Roca comenta que la irreversibilidad de las conquistas sociales estuvo de moda durante los años sesenta y que solo resurge de tanto en tanto, mas luego sentencia -el constitucionalista español citado-

ser humano como son las sanitario-asistenciales. Carro señala que la irreversibilidad o no regresividad de las conquistas sociales alcanzadas debería venir referida, en todo caso, a un núcleo indisponible de los derechos socioeconómicos, aunque ello no quiera decir que el legislador sea completamente libre de configurar el derecho más allá de este núcleo, pues, en su opinión, de acuerdo con los arts. 1.1 y 9.2 CE, no sería constitucional la simple supresión, sin razón alguna o fundamento suficiente, de las conquistas sociales alcanzadas. En esta última línea, Váquer destaca que el legislador goza de un amplio margen de apreciación para revisar, restringir o derogar prestaciones sociales configuradas al amparo de los derechos sociales constitucionales, pero tal margen no es ilimitado, pues será exigible una razón suficiente y una actuación no arbitraria, ni discriminatoria ni desproporcionada. Loperena por su parte, formula una cuestión frontal: si el legislativo es libre para decidir por dónde recortar, lo que merecería una contestación negativa, pues los recortes se admiten, pero bajo pauta constitucional, no con un presuntamente aséptico criterio gubernamental. Finalmente, Parejo, por un lado, señala cómo -en su opinión- sería evidente la inconstitucionalidad de toda legislación de desarrollo constitucional que, sin fundamento suficiente, esté directamente dirigida a la supresión o recorte de contenidos propios de derechos sociales establecidos previamente. Pero a la vez considera que la irreversibilidad en todo caso, por imperativo constitucional, de los desarrollos legislativos del orden económico social, supondría un inaceptable vaciamiento del principio de pluralismo político y de la cláusula de Estado democrático.

⁷⁰ ROMÁN CASTILLO, José J. y VAL ARNAL, José J. de, “Los acuerdos de Toledo: La defensa Constitucional del Estado de Bienestar”, *Proyecto Social: Revista de Relaciones Laborales*, Teruel, Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de Teruel - Universidad de Zaragoza, núm. 3, 1995, pp. 147-148.

⁷¹ STC 134/1987 de 21 de julio, f.5.

⁷² STC 65/1987, 65/1990, 128/2009, 37/1994.

⁷³ STC 81/1982, de 21 de diciembre, f.3, aunque debe aclararse que el término “conquistas sociales”, hace referencia a condiciones de “trabajo”. Esta decisión fue citada en Sentencia del TC 315/1994 de 28 de noviembre, sin embargo en ésta última la referencia lo es para circunscribir los efectos de lo resuelto en la primera al supuesto de “conquistas sociales”.

⁷⁴ COTINO HUESO, Lorenzo, *Derecho Constitucional II, Derechos Fundamentales*, Valencia, Universidad de Valencia, 2007, p. 472. (Puede verse en www.cotino.net).

⁷⁵ Ese Tribunal aplicó la prohibición de retroceso social, desde su Acuerdo 39/84, al determinar que una ley sanitaria atentaba contra estándares ya conquistados en materia de salud.

⁷⁶ En un asunto sobre asignaciones familiares, sostuvo que el legislador no podía derogar textos anteriores si ello implicaba privar de garantía legal a exigencias constitucionalmente determinadas (Consejo Constitucional de Francia, Decisión 97/393, del 18 diciembre 1997, ECLI:FR:CC:1997:97.393.DC).

que no es un principio realista ni puede ser extraído del modelo constitucional⁷⁷. En consecuencia, la aceptación de la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma, por implicar una reversión de derechos sociales concedidos, es materia hondamente controvertida.

El mayor grado de admisibilidad del control judicial de la reversibilidad legislativa de derechos sociales conquistados depende de diversos factores. Podemos especular que las características del régimen de control de constitucionalidad pueden resultar relevantes a tales efectos. En aquellos sistemas donde existe un control de constitucionalidad difuso, el costo político, económico y jurídico que significa declarar la inconstitucionalidad de una norma por violar el principio de irreversibilidad de las conquistas sociales, en tanto se ciñe al caso concreto, devendría significativamente inferior que la derogación de la norma con efecto *erga omnes*, generalmente proveniente del control de constitucionalidad concentrado. Aunque, la mayor parte de estas decisiones difícilmente no tendría una fuerza expansiva que superaría el *res inter alios iudicata*, aun cuando no se hubiera promovido por proceso colectivo.

También parecería que una mayor viabilidad de la revisión judicial de la regresión legislativa se condice con una mayor desconfianza en los poderes políticos representativos, lo que -nos atrevemos a aventurar- es más propio de los países democráticamente más endebles (fenómeno éste con mayor radicación en Latinoamérica).

Finalmente, lógico resultaría pensar que aquellas sociedades más inestables social y económicamente podrían presentar mayor preocupación en evitar la retrogradación de las fatigosamente adquiridas conquistas socio-económicas.

3. Mecanismo de control de regresividad

En general, para juzgar si se ha violentado la prohibición de regresión normativa debe confrontarse el dispositivo modificadorio con la norma que ha sido sustituida, y evaluar si la regla posterior suprime, limita o reduce derechos o beneficios concedidos por la anterior⁷⁸.

Ante ello, cuadra indagar primariamente si la sola regresividad invalida la norma. Originariamente existió resistencia a aceptar la idea de que el principio de no regresividad pudiera limitar la libertad de configuración normativa del legislador.

⁷⁷ "... the principle of irreversibility of social conquests, which was quite fashionable during sixties in Europe and resurfaces from time to time in diversed formulas both here and in Latin America. This position is neither realistic nor can it be inevitably drawn from the constitutional model..." (GARCÍA ROCA, Javier, "Constitutional principles regarding the spanish social security system: a citizen's right", *op. cit.*, pp. 73-74).

⁷⁸ COURTIS, Christian, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", *op. cit.*, p. 4. En la nota al pie 3, el autor citado refiere a la terminología utilizada por el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Salud, Paul Hunt (Informe Provisional del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, A/58/427, 10 de octubre de 2003, párrafos 5-37), quien explicita que los indicadores estructurales permiten evaluar la progresividad o regresividad normativa, y los indicadores de proceso y de evolución son aptos para analizar la progresividad o regresividad de los resultados de una política pública.

Pendularmente, luego la regla pasó a ser imaginada, en algunos ámbitos como la Corte Colombiana, como un mandamiento absoluto, que no daba posibilidad de ponderarlo con otros principios constitucionales, acarreado como consecuencia la inexorable inconstitucionalidad de las normas que contravenían la prohibición de regresión⁷⁹.

La segunda de las posibilidades recién enunciadas equivaldría a asentir una suerte de diferenciado “test objetivo de regresividad”, donde la sola constatación del retroceso normativo automáticamente conllevaría la invalidez de la norma desfavorable, sin que se admita justificativo alguno para sustentar la eficacia del nuevo dispositivo. Se trataría de un test autónomo que operaría como una especie de presunción *iuris et de iure*. No se asiente ya tan dilatado y a la vez rígido enfoque⁸⁰. Es que, si convenimos que no hay derechos absolutos, no sería razonable atribuirle tamaña cualidad al principio de no regresión, que también debe subordinarse a la proporcionalidad⁸¹.

Es por ello que se adopta una tesis intermedia de protección a través del juicio de proporcionalidad o razonabilidad intensificado, que busca la tutela más plena posible del principio de no retroceso, sin dejar de considerar el contexto económico y la evolución legislativa, imponiendo una presunción *iuris tantum* en contra de cualquier medida regresiva. Para examinar la regresión normativa, entonces, se propone un juicio de proporcionalidad o razonabilidad agravado por la prohibición de retorno⁸².

La Sala Constitucional de la Corte de Costa Rica también participa de una

⁷⁹ AGUDELO SÁNCHEZ, Luz E., “De la no regresividad de los DESC a la no regresividad ambiental: Aproximación desde el ordenamiento jurídico Colombiano”, en Bernal Crespo, Julia S. y Guzmán Mendoza, Carlos E., *Los Derechos Humanos. Una Mirada Transdisciplinar*, Barranquilla, Universidad del Norte - Grupo Editorial Ibáñez, 2014, pp. 359-360.

⁸⁰ En un fallo de la Ciudad de Buenos Aires, se ordenó garantizar la efectividad del derecho a una vivienda adecuada a través de los planes existentes o de alternativas razonables u otros programas que reconozcan al menos con igual alcance y extensión, las prestaciones otorgadas en su oportunidad (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, Sentencia del 28/12/2001, “Ortiz, Cécica y otros c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, considerando VI.2 y 3 primer párrafo). Ello parecería negar al principio de no retroceso virtualidad invalidante *per se* de la norma regresiva, e inclinarse hacia el funcionamiento del principio como un estándar agravado del análisis de la razonabilidad de la norma regresiva (CRUZ, Hugo E., “Sobre el principio de irreversibilidad”, *La Ley*, t. B, 2003, pp. 112 y siguientes).

⁸¹ “*En primera instancia el principio de no regresión no es ilimitado ni irrestricto... se encuentra condicionado por los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, así como por las reglas unívocas de la ciencia, técnica, conveniencia y la lógica (...) todas aquellas modificaciones normativas que si bien limitan, restringen, reducen, relajan y/o, flexibilizan el nivel de protección ambiental previamente adquirido, pero que cuenten con total y absoluta justificación y respaldo técnico-científico que permita determinar, con grado de certeza, la no afectación del bien jurídico tutelado, quedan descartadas como violaciones al principio de no regresión*” (PEÑA CHACÓN, Mario, “El test de regresividad ambiental”, en http://www.academia.edu/5880374/Test_de_regresividad_ambiental). También: Peña Chacón, Mario: «Test de Regresividad Ambiental», en *Revista Internacional Direito Ambiental (RIDA)*, N.º 6, Brasil).

⁸² *Vid.* SOZZO, Gonzalo, “El principio de no retroceso en el campo de la teoría jurídica: el progreso como perdurabilidad para las generaciones futuras”, en Prieur, Michel y Sozzo, Gonzalo -dirs.-, *La Non Régression en Droit de L'environnement*, Bruselas, Bruylant, 2012, pp. 84-90. *Ídem* SOZZO, Gonzalo, “El principio de no regresión del derecho ambiental en el camino de la Conferencia de Rio+20”, *Suplemento Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, diario del 28/12/2011, p. 10 (También puede verse Abeledo Perrot Online 0003/015705, p. 10). En igual sentido: COURTIS, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, *op. cit.*, pp. 38-43.

visión flexible del principio⁸³. Esta es la tesis de la Comisión IDH en “Asociación de Ex Servidores del Instituto Peruano” del 2009.

La Corte de Colombia, uno de los tribunales que más ha trabajado el tema de la regresividad, rechaza la posibilidad de un test absoluto⁸⁴. Postula que el “retroceso” normativo en materia social hace presumir *prima facie e iuris tantum* la inconstitucionalidad de la reforma⁸⁵. Ciertamente la Corte Constitucional de Colombia, en el fallo recién citado, dejó interesantes enseñanzas. En el caso se debatían diversas modificaciones laborales: monto de las indemnizaciones por despido sin causa, porcentaje de recargo por el trabajo en domingo y días festivo, etc. Allí se juzgó que un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero no puede admitirse que una mera expectativa pueda impedir el cambio legislativo. De lo contrario llegaríamos prácticamente a la petrificación del ordenamiento, pues frente a cada nueva regulación, alguna persona podría objetar que la anterior normatividad le era más favorable y no podría entonces ser suprimida. Una parte que no es usualmente citada de este fallo y que es esencial, es aquella en la que la Corte de Colombia se aparta del dictamen del Procurador, explicando -el tribunal- que “la búsqueda de reducir el desempleo” podría ser una justificación de la medida regresiva. El procurador había entendido lo contrario.

Formuladas las anteriores conclusiones, cabe recordar que el escrutinio de razonabilidad contiene tres sub dimensiones: necesidad, idoneidad y razonabilidad propiamente dicha⁸⁶. En la proporcionalidad, algunos también incluyen el juicio de

⁸³ “Este principio no supone una irreversibilidad absoluta pues todos los Estados viven situaciones nacionales, de naturaleza económica, política, social o por causa de la naturaleza, que impactan negativamente en los logros alcanzados hasta entonces y obliga a replantearse a la baja el nuevo nivel de protección” (Corte de Costa Rica, Sala Constitucional, voto 2012-13367 del 21 de setiembre del 2012).

⁸⁴ En este sentido, sentencias C-671 de 2002, C-789 de 2002, C-931 de 2004, T-1318 de 2005, entre otras.

⁸⁵ “... un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-038/2004, del 27/01/2004, Referencia: expte. D-4661, “Enrique Borda Villegas”, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.).

⁸⁶ CIANCIARDO, Juan, “Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad”, La Ley, t. B, 2009, pp. 1249 y siguientes. En otra publicación explica: “El primer subprincipio es el de adecuación, el cual establece que la norma reguladora de un derecho fundamental sea adecuada o idónea para el logro del fin que se busca alcanzar mediante su dictado. Es decir, establecido el fin que busca el legislador y el medio que emplea, debe verificarse que este último resulta apto para el logro del primero. Presupuesto el test de adecuación, el subprincipio de necesidad prescribe que el legislador escoja de entre los medios idóneos para el logro del fin que procura aquel que resulte menos restrictivo de los derechos fundamentales involucrados. Tiene lugar, como se ve, un juicio de comparación entre el medio elegido por el legislador y otros medios hipotéticos que hubiera podido elegir. La medida legislativa superará el subprincipio de necesidad sólo si es la menos restrictiva de los derechos fundamentales en juego. Una vez establecida la adecuación y necesidad de la medida legislativa, se debe determinar si es razonable ‘stricto sensu’. La definición de este tercer juicio no ofrece disputas en la doctrina y en la jurisprudencia: consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar. Esta coincidencia inicial no evita, por la generalidad del concepto, las disidencias al momento de precisar en qué consiste una ‘relación razonable’. La posición dominante concreta el juicio en un balanceo entre las ventajas y las desventajas de la medida. Con expresión ilustrativa, se habla en el derecho francés de ‘balance entre costos y beneficios’... La expresión ‘balance entre costos y beneficios’ parece indicar que será razonable toda medida que suponga un coste proporcionado con los beneficios. Por tanto, a mayores beneficios, tanto mayor es el grado de restrictividad de la norma iusfundamental afectada” (CIANCIARDO, Juan, “Máxima de razonabilidad y respeto de los Derechos Fundamentales”, La Ley, t. B, 2000, pp. 720 y siguientes).

“inalterabilidad”⁸⁷. Por cierto que, en ocasiones, los términos “razonabilidad” y “proporcionalidad” son utilizados indistintamente, aunque -dependiendo de la latitud- pueden ser empleados con distintos significados⁸⁸.

Más allá de la precisión conceptual, si se consiente que un juicio de razonabilidad o proporcionalidad agravado constituye el medio apto para examinar la legitimidad de una regresión normativa, *ergo* se admite que es viable que razones excepcionales y concurrencia de intereses generales puedan justificar una regresión⁸⁹. Aunque la ponderación de esas justificaciones excepcionales debería ser extremadamente rigurosa.

Es decir, nos encontramos en presencia de un test novedoso. El juicio de impugnación de la norma -en la hipótesis de regresión- es de tipo comparativo, debiendo el actor poner en evidencia que la norma cuestionada es menos favorable, para el titular del derecho, que aquélla sustituida. Justificado esto, será el Estado quien deberá atestiguar la razonabilidad de la regresión.

Así las cosas, cuando una norma reforma o reglamenta⁹⁰ de manera regresiva

⁸⁷ La razonabilidad se despliega en tres sub principios: el de adecuación, el de necesidad y el razonabilidad en sentido estricto, y el juicio de proporcionalidad tiene una dimensión más: la de la inalterabilidad (CIANCIARDO, Juan, “Una aplicación cuestionable del principio de razonabilidad”, *La Ley*, t. B, 2002, p. 953).

⁸⁸ Profundizar en el tópico, aunque interesante, excedería con creces los límites de este trabajo. Pueden verse distintos sentidos en: GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, Buenos Aires, La ley, 4° ed. amp. y act., t. I., 2011, pp. 426-427, quien los enuncia en una relación de género (razonabilidad) a especie (proporcionalidad). Han tratado extensamente el tema: CIANCIARDO, Juan y SACRISTÁN, Estela B., “El caso ‘avico’ y sus ecos, ochenta años después”, *La Ley*, t. C, 2014, p. 635. *Ídem* CIANCIARDO, Juan y ROMERO, Maximiliano J., “Limitaciones a los derechos constitucionales y control de razonabilidad”, en Rivera, Julio (h) -dir.-, *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. I, 2014, p. 432. CLÉRICO, Laura, “Limitaciones a los derechos constitucionales y control de razonabilidad (control de proporcionalidad)”, en Rivera, Julio (h) -dir.-, *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. I, 2014, p. 500. PRIETO SANCHÍS, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, en Bazán, Víctor -coord.-, *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. I, 2010, pp. 151-178. CAMINOS, Pedro A., “El principio de proporcionalidad: ¿una nueva garantía de los derechos constitucionales?”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, año VIII, núm. 13, 2014, pp. 53 y 72. Por su parte, Toller, siguiendo al Tribunal Constitucional Alemán, enuncia cinco *tests* particulares para analizar la validez sustancial de una norma (razonabilidad): 1) test de la existencia y contenido de la finalidad, 2) test de la constitucionalidad o legitimidad del fin, 3) test de la adecuación de los medios, 4) test de la necesidad de los medios, y 5) test de proporcionalidad de los medios. Finalmente, el autor citado añade un sexto test, cuando se analiza específicamente la alteración del contenido esencial del derecho: el test de no afectación del contenido esencial del derecho regulado (TOLLER, Fernando M., “Metodología para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales”, en Rivera, Julio (h) -dir.-, *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. I, 2014, pp. 166-167).

⁸⁹ GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., “Aplicación de los principios de no regresión, de solidaridad y pro homine. Desafío ambiental del Siglo XXI”, *La Ley*, t. F, 2014, pp. 1199 y siguientes.

⁹⁰ “*El Decreto de la Provincia del Neuquén 1184/2002, en cuanto impone recaudos y condiciones que significan una clara restricción y ‘regresión’ respecto de lo establecido a nivel federal en materia de derechos de los pueblos originarios (Ley Nacional 23.302 y el Convenio 169 de la OIT), es inconstitucional, ya que no se adecua al ‘umbral mínimo’...*” (CSJN, Sentencia del 10/12/2013, “Confederación Indígena del Neuquén c. Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad. Admisible el recurso extraordinario”).

un derecho, el Estado tiene la carga de demostrar⁹¹, bajo estricto escrutinio, su legalidad⁹².

En cuanto al estándar de reflexión, recurriendo al criterio desarrollado por la jurisprudencia estadounidense, corresponderá aplicar el escrutinio estricto (*strict scrutiny*)⁹³, donde la carga de corroboración de la administración es alta y, en caso de duda, el juez deberá inclinarse por la inconstitucionalidad, en sentido similar al considerado para las categorías sospechosas en supuesto de discriminación⁹⁴. Corresponderá al Estado la comprobación estricta de la existencia de un “interés imperioso” (*compelling interest*) que justifique la medida adoptada. En estos asuntos, no basta que el Estado demuestre sólo la legitimidad del fin y la mera racionalidad de la medida: debe justificar un plus, su imperiosa necesidad.

Las consideraciones vertidas en un proceso tramitado ante la Corte Constitucional de Colombia constituyen un excelente ejemplo de lo dicho⁹⁵. Allí se afirmó que en los casos de regresividad existe una presunción de inconstitucionalidad la cual debe ser desvirtuada por las autoridades que la adoptaron. Precisamente para tales efectos la Sala Constitucional de ese Tribunal ofició en dos ocasiones a la Alcaldía Municipal de Palmira en Colombia para que expusiera las razones que justificaban la disminución del monto de los subsidios inicialmente otorgados a los promitentes compradores de la segunda etapa de la Urbanización llamada “El Sembrador”. Dicha autoridad respondió al requerimiento esbozando dos razones para justificar la disminución de los subsidios. Ambas giraban en torno a la difícil situación financiera del ente territorial. Si bien a priori esta podría ser una razón válida para adoptar una medida de claro carácter regresivo, en el caso concreto la Corte Constitucional de Colombia creyó que no se consiguió satisfacer la carga argumentativa que correspondía a la autoridad municipal. En primer lugar porque la supuesta crisis financiera -aludida por el responsable- era anterior a la fecha del inicio del proyecto de vivienda. En cuanto a la amenaza de crisis financiera del proyecto, esgrimida como segundo argumento, sólo revelaba errores en la planeación y ejecución presupuestal a cargo del municipio, razón que tampoco fue considerada como una justificación válida para adoptar una medida regresiva en materia del derecho a la vivienda digna. Por tanto, se resolvió que el Municipio de Palmira había adoptado una medida de carácter regresivo en la materia al

⁹¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-507/08. Allí se dijo: “Ante una medida regresiva, la carga de probar que la misma no vulnera la Constitución, se traslada a la autoridad que la adopta”.

⁹² ABRAMOVICH, Víctor y ROSSI, Julieta, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos”, en Martín, Claudia, *et al.* -comps.-, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Fontamara-American University-Universidad Iberoamericana, 2004; también publicado en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, núm. 9, abril, 2007, p. 43.

⁹³ Esto es, un escrutinio más riguroso que el tradicional control de mera razonabilidad que se utiliza en un test de constitucionalidad ordinario. El escrutinio estricto supone la presunción de inconstitucionalidad de las normas analizadas, por ejemplo en el caso de “categorías sospechosas” (ELÍAS, J. S. y SÁNCHEZ BRÍGIDO, R., “Los distintos anteojos de la Corte según los derechos en juego”, en Rivera, Julio (h) -dir.-, *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. III, 2014, pp. 1415-1416).

⁹⁴ “El principio de razonabilidad es un estándar menos riguroso de constitucionalidad que el que surge de ‘las categorías sospechosas’...” (MEDINA, Graciela, “Vulnerabilidad, control de constitucionalidad y reglas de prueba. Las ‘categorías sospechosas’: Una visión jurisprudencial, *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, diario del 22/11/2016, 2016, pp. 1 y siguientes).

⁹⁵ Sentencia T-1318/05.

disminuir los subsidios de vivienda. Y que las razones esgrimidas no dieron justificación suficiente.

4. Modalidades

Siguiendo una descripción trazada por Agudelo Sánchez, podemos adelantar, sin ningún ánimo de exhaustividad, la siguiente enumeración⁹⁶ de casos que, *a priori*, representan medidas regresivas. A saber:

1.- Restricción del ámbito subjetivo de un derecho⁹⁷; por ejemplo, como aconteció en la discusión sobre la figura del bystander en el Derecho del Consumidor infra descripta.

2.- Recorte de recursos públicos destinados a la satisfacción de un derecho, sin que se haya verificado antes de la restricción, el cumplimiento de la prestación buscada. Esto se admitió en heterogéneos ámbitos: salud⁹⁸, educación⁹⁹, vivienda¹⁰⁰. Incluso se llegó a sostener que el congelamiento de fondos destinados a derechos sociales era regresivo¹⁰¹.

3.- Aumento significativo de costos o de requisitos para acceder a un derecho.

4.- Violación de la confianza legítima¹⁰².

⁹⁶ AGUDELO SANCHEZ, Luz E., “De la no regresividad de los DESC a la no regresividad ambiental: Aproximación desde el ordenamiento jurídico Colombiano”, en Bernal Crespo, Julia S. y Guzmán Mendoza, Carlos E. -eds.-, *Los Derechos Humanos. Una Mirada Transdisciplinar*, Barranquilla, Universidad del Norte - Grupo Editorial Ibáñez, 2014, pp. 336-338.

⁹⁷ Corte Constitucional de Colombia, C-444 de 2009. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-671 de 2002, donde se dijo: “*la exclusión del sistema de salud de un grupo poblacional que ya había sido incluido en el mismo, y ya había alcanzado unos niveles de protección determinados, implica un retroceso en la realización del derecho a la salud*”.

⁹⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1165/00, donde se debatía el derecho a la salud, se dijo: “*Sin lugar a duda, esa disminución de los recursos para el régimen subsidiado de salud, de ninguna manera realiza el postulado constitucional de la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social que ordena el artículo 48 de la Carta, pues 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...*”. Y esa esa misma sentencia se aclara: “*Otra sería la conclusión si por la extensión progresiva de la cobertura de la Seguridad Social ésta ya hubiera abarcado la totalidad de la población colombiana, o si se encontrara demostrado que la disminución de los recursos ocurre como consecuencia de haber disminuido el número de quienes necesitan acudir al régimen subsidiado de salud porque no pueden cotizar al régimen contributivo*”.

⁹⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-507 de 2008. Se controvertía si la disminución real de los recursos públicos destinados a promover el derecho a la educación, vulneraba la prohibición de regresividad.

¹⁰⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-493/15, en el caso se debatió si la derogación de la exención temporal del pago de un tributo por el uso del recurso hídrico, en determinados grupos sociales, implicaba una medida regresiva en materia del derecho de acceso a vivienda digna. Sentencia C-536/12, se cuestionó por regresividad una norma que fija porcentaje del 1% en proyectos de viviendas de interés social para población minusválida.

¹⁰¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-507/08: “*la norma de la ley anual del presupuesto general de la Nación que consagraba la ‘congelación’ de los recursos asignados a las universidades públicas resultaba, en principio, violatoria de la prohibición de regresividad*” (punto 5.4.4 segundo párrafo).

¹⁰² Corte Constitucional de Colombia, en la ya citada Sentencia T-507/08: “*En ciertos casos el mandato*

5.- Creación de posiciones visiblemente desiguales en relación al nivel de satisfacción del derecho.

6.- Disposición de compensaciones no efectivas o no equiparables.

7.- Afectación de contenidos mínimos, esto es, interdicción de la intangibilidad del contenido esencial del derecho.

8.- Ausencia de adopción de decisiones políticas o jurídicas fundamentales para la satisfacción del derecho.

9.- Derogación de una norma, que genera una omisión legislativa que disminuye el ejercicio de un derecho¹⁰³.

Ahora bien, también existen circunstancias que desvirtúan la ilegitimidad de la regresividad. Veamos:

1.- Cumplimiento del requerimiento de idoneidad, esto es, la medida regresiva deviene conducente efectivamente para lograr las finalidades perseguidas.

2.- Satisfacción del requisito de necesidad: dentro de las distintas alternativas posibles, la medida regresiva es necesaria para el fin propuesto.

3.- Observancia del extremo de proporcionalidad, con lo que el beneficio de la medida regresiva es superior a su costo.

4.- No afectación del contenido mínimo no disponible del derecho comprometido.

(Estas cuatro primeras, en rigor, son manifestaciones del test de proporcionalidad).

5.- La medida regresiva busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa.

6.- La disposición regresiva responde a un fin social, proporcional, de equidad¹⁰⁴.

de progresividad y la prohibición de medidas regresivas puede estar en estrecha conexión con el principio de confianza legítima, 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. También desde la perspectiva del principio de confianza legítima es reprochable el cambio intempestivo de las condiciones previamente definidas por la Administración para la satisfacción de derechos prestacionales, y a ésta en todo caso le corresponde la carga argumentativa de justificar el cambio intempestivo de las reglas de juego inicialmente acordadas”.

¹⁰³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-444/09: “... al derogar la obligación de constituir la póliza... produjo un vacío legislativo que significa una medida regresiva en materia de protección del derecho a la vivienda digna de interés social. La Corte ha encontrado que el legislador tenía la obligación de mantener la exigencia de la póliza, pues se trataba de una medida que ampliaba el espectro de protección de un derecho económico y social, por lo cual el principio de progresividad y la subsiguiente garantía de no regresividad de esta clase de derechos le impedía derogar dicha póliza, a menos que demostrara que se trataba de una medida imperiosa desde la perspectiva constitucional, cosa que no hizo. Así las cosas, concluye la Sala que está en presencia de una omisión legislativa relativa, pues la disposición demandada no contiene un elemento normativo que el legislador debía mantener en el ordenamiento”.

¹⁰⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1064/01: “todos los servidores públicos tienen un derecho constitucional a que se les mantenga el poder adquisitivo real de su salario. Sin embargo, para aquellos servidores que no devengan salarios inferiores al promedio ponderado mencionado, es razonable, en un Estado Social de Derecho y en un contexto social y económico como el considerado en el presente proceso, que su derecho sea limitado, atendiendo criterios de... equidad y proporcionalidad (...) Ello significa que los porcentajes de aumentos salariales para los servidores de las escalas superiores no puede ser igual o mayor a los de los incrementos para los de las escalas inmediatamente

7.- La mera regulación más estricta de un derecho no alcanza a generar regresividad¹⁰⁵.

En cambio, no se encuentran justificadas las medidas regresivas, en las siguientes condiciones:

- 1.- En el trámite legislativo no se discutieron las razones por las que la medida era necesaria.
- 2.- No se estudiaron otras alternativas menos gravosas.
- 3.- No existen datos precisos sobre la real afectación.
- 4.- No se encuentra vislumbrado la realización de otros derechos fundamentales.
- 5.- No hay indicadores de progreso en la realización del derecho¹⁰⁶.

III. EVOLUCION Y PROYECCIÓN

1. Origen: Derechos Sociales

Como se anticipó, el principio de progresividad y no regresión fue pensado originariamente para el perímetro de los “derechos sociales”¹⁰⁷, principalmente prestacionales (sanidad, educación, prestaciones por desempleo, pensiones).

Ahora bien, hay derechos sociales no prestacionales. Los derechos económicos y sociales han adoptado distintas formas: mandatos a los poderes públicos que, en algunos casos, se traducen en derechos prestacionales (sanidad, educación, prestaciones por desempleo, pensiones de diversa índole, entre las principales) o en regulaciones que limitan, condicionan o, en general, afectan al derecho de propiedad, por ejemplo, el derecho a la vivienda o la protección del patrimonio histórico-artístico o delimitan a la libertad de empresa, por ejemplo, la protección del medio ambiente o de los consumidores y usuarios¹⁰⁸.

Aquí la evolución presenta una primera divergencia, la adaptación de la directriz a los derechos sociales no prestacionales.

2. Tesis sumamente restrictiva

Partiendo de una interpretación lineal y exegética del régimen americano de

inferiores...”.

¹⁰⁵Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-671/02 “no toda regulación más estricta de la forma de satisfacer un derecho social implica per se un retroceso en este campo. Por ejemplo, un incremento en la cotización en seguridad social no es en sí mismo un retroceso pues no disminuye las protecciones ya alcanzadas por la población”

¹⁰⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025/04.

¹⁰⁷ Cfr. Comité DESC, Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), Doc. ONU E/1991/23, 1990, párrs. 2 y 3; Comité DESC, Observación General No. 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Doc. ONU E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, párrs. 40 a 44.

¹⁰⁸ ALBERTI ROVIRA, Enoch, “La Constitución Económica de 1978 (reflexiones sobre la proyección de la constitución sobre la economía en el XXV aniversario de la constitución española)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 71, 2004, p. 148.

derechos humanos, se verifica un alcance restringido de la directriz sub examen, porque el compromiso de los Estados para lograr la efectividad progresiva de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, se circunscribe únicamente a los derechos de esta naturaleza contenidos en la Carta de la OEA¹⁰⁹, y allí sólo hay tres disposiciones de este carácter (arts. 3, 30 y 34). Aunque afortunadamente se ha postulado una hermenéutica mucho más extensa¹¹⁰.

3. Indivisibilidad de los derechos humanos

El principio de progresividad y no regresividad normativa, a priori, deviene adaptable a los “derechos económicos, sociales y culturales”, pero no a los “derechos humanos civiles y políticos”, o al menos, con esa inteligencia y limitación nació la referida regla.

Ahora bien, la prohibición de retroceso está desbordando sus originarias fronteras, para recaer también en derechos humanos que no son subsumibles en la categoría de DESC; aunque por ahora -debemos reconocer- esta última construcción se encuentra en estado embrionario. Tal incipiente expansión procura la exportación de la regla de la “no regresividad” a los restantes derechos contenidos en los Tratados de Derechos Humanos (civiles, políticos); es decir, aún en el marco del Derecho de los Derechos Humanos, pero trascendiendo de la sub especie de los derechos económicos, sociales y culturales.

En esa tesitura, el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Rodolfo E. Pisa Escalante, en el voto separado emitido en la Opinión Consultiva OC-4/84¹¹¹, consideró que: “... *los principios de ‘desarrollo progresivo’ contenidos en el artículo 26 de la Convención, 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... 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, y viceversa...*” (párrafo 6).

En la puntualizada posición, un fallo firme e inédito, de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán aplicó el principio de no regresividad y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de la reforma introducida al Código de Procedimiento Tributario Local¹¹². La modificación legislativa disponía detraer de la jurisdicción de la Cámara de Apelaciones, a las sentencias de trance y remate dictadas en procesos de apremios (ejecución fiscal). Ante esto, se razonó que se había privado al

¹⁰⁹ Bogotá, 1948.

¹¹⁰ “*El art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y los que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta. En caso de concurrir ambos textos, se ha de armonizar los dos estándares de protección que pueden ser aplicados de manera acumulativa*” (GIALDINO, Rolando E., “Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. E, 2013, p. 909).

¹¹¹ Del 19 de enero de 1984, “Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización”.

¹¹² Modificación dispuesta por la Ley Provincial n° 8.468.

justiciable de la instancia de apelación, incurriendo en una regresión de garantías procesales. Para ello, la Corte de Tucumán rememoró también que la antigua escisión entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, se encuentra hoy relativizada, resultando necesario una interpretación dinámica de los derechos humanos, que tenga en cuenta su verdadera complejidad, de modo de lograr su mayor efectividad en lo inmediato, y prescindiendo de clasificaciones históricas que perjudiquen su construcción democrática. A partir de allí es que la Corte tucumana reflexionó que no era adecuado limitar la vigencia del principio de progresividad a los derechos económicos, sociales y culturales, correspondiendo, por el contrario, extender sus efectos a aquellos ámbitos de los derechos civiles y políticos en los cuales la mencionada pauta hermenéutica devenía compatible. Como consecuencia de ese raciocinio, se declaró la inconstitucionalidad de oficio de la narrada norma¹¹³, en base a la siguiente doctrina legal: *“Debe tacharse por inconstitucional, la norma provincial que infrinja las garantías procesales del debido proceso y el derecho de defensa en juicio consagradas por el artículo 18 de la Constitución Nacional y el principio de no regresividad que surge del artículo 26 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, que se proyecta a los Derechos Civiles y Políticos y entre ellos a las garantías procesales en el marco del principio de interdependencia e indivisibilidad de los Derechos Humanos, deviniendo en consecuencia también irrazonable”*¹¹⁴.

Para llegar a ese juzgamiento, el Cívero Tribunal Provincial también consideró que: *“La desarticulación del sistema recursivo, provocada por la reforma introducida por la Ley N° 8.468 es contraria al principio de ‘progresividad’ o ‘no regresividad’ que surge del plexo normativo supra-constitucional, vigente en el derecho nacional. Al derogar el recurso de apelación respecto de la sentencia de trance y remate e impedir por ello la casación, ha colocado al contribuyente en relación a sus derechos y garantías procesales en una situación más precaria que la que tenía, deviniendo la reforma más restrictiva que la norma anterior. El referido principio de ‘progresividad’ o ‘no regresividad’ ha sido consagrado en el artículo 26 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, vinculada a los Derechos Económicos Sociales y Culturales y se proyecta a los Derechos Civiles y Políticos que incluyen a las garantías procesales en el marco del principio de interdependencia e indivisibilidad de los Derechos Humanos”*. Dicha resolución ha sido consolidada -sin comentarios doctrinales desfavorables- en varios fallos posteriores semejantes de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán¹¹⁵, donde se continuó explicando que: *“... la prohibición de regresión, en*

¹¹³ El artículo 179 de la Ley n° 5.121, introducido por la Ley n° 8.468 disponía que: *“La sentencia de trance y remate será inapelable, quedando a salvo el derecho de la Autoridad de Aplicación de librar nueva boleta de deuda, y del ejecutado de repetir por la vía establecida al efecto en este código...”*.

¹¹⁴ Corte Suprema de Justicia de Tucumán, Sentencia n° 1121 del 20/12/2013, “Provincia de Tucumán - D.G.R.- vs. Benjamín Paz S.R.L. s/Ejecución Fiscal”. El criterio preopinante fue expuesto por los votos del Presidente de la Corte Antonio Gandur y del Vocal Daniel Posse.

¹¹⁵ Entre otros: Corte Suprema de Justicia de Tucumán: Sentencia n° 40 del 18/02/2014, “Municipalidad de San Miguel de Tucumán vs. Telecom Personal S.A. y/o representante legal s/Ejecución Fiscal”; Sentencia n° 43 del 18/02/2014, “Provincia de Tucumán -D.G.R.- vs. Iácomo Alfredo Martín s/Ejecución Fiscal”; Sentencia n° 37 del 18/02/2014 “Provincia de Tucumán -D.G.R.- vs. Brito de Lestard Carmen Estela s/Ejecución fiscal”; Sentencia n° 153 del 14/03/2014, “Provincia de Tucumán -D.G.R.- vs. Álvarez Gabriel Víctor s/ejecución fiscal”; Sentencia n° 220 del 20/03/2014, “Provincia de Tucumán -D.G.R.- vs. Faizal Sfeir Deble s/Ejecución Fiscal”; Sentencia n° 282 del 07/04/2014, “Provincia de Tucumán -D.G.R.- vs. Elementos y Materiales Industriales S.R.L. s/Ejecución Fiscal”; Sentencia n° 302 del 11/04/2014,

definitiva, constituye un coto que el derecho internacional de los derechos humanos impone a la potestad reglamentaria del respectivo Estado, vedándole la posibilidad de empeorar, disminuir o menoscabar el nivel de goce o efectividad que los derechos de marras llegaron a alcanzar en el ordenamiento jurídico interno, a partir de la asunción de la obligación internacional... en razón de ello, toda medida estatal, se trate de una ley en sentido formal o de un reglamento administrativo, que tenga un carácter regresivo, en perjuicio de cualquiera de los derechos humanos reconocidos por la normativa fundamental, deviene inválida por inconstitucional y, por ende, no puede ser aplicada por los jueces". Ese criterio ya había sido procurado, sin éxito, en otro caso anterior, de plataforma fáctica distinta¹¹⁶.

Hitters también parece consentir la extrapolación de la prohibición de retroceso más allá de los DESC *strictu sensu*. Así, al comentar críticamente el conocido fallo "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe" dictado en el caso "Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina" (del 14/02/2017), argumenta que al "cambiar" la Corte nacional su anterior jurisprudencia se ha inaplicado el principio de no

"Provincia de Tucumán D.G.R. vs. S.A. Azucarera Argentina C.E.I. s/Ejecución Fiscal"; Sentencia n° 307 del 11/04/2014 "Provincia de Tucumán -DGR- vs. Busnelli José Narciso s/Ejecución Fiscal"; Sentencia n° 331 del 28/04/2014, "Provincia de Tucumán D.G.R. vs. Azucarera del Sur S.R.L. S/Ejecución Fiscal"; Sentencia n° 335 del 28/04/2014, "Provincia de Tucumán -D.G.R. vs. Liderar General de Seguros S.A. s/Ejecución Fiscal"; Sentencia n° 361 del 30/04/2014, "Provincia de Tucumán -D.G.R.- vs. Mole José Roberto s/Ejecución Fiscal"; Sentencia n° 380 del 05/05/2014, "Municipalidad de San Miguel de Tucumán vs. Bradel del Pueblo S.R.L. s/Ejecución Fiscal"; Sentencia n° 575 del 17/06/2014, "Provincia de Tucumán -D.G.R.- vs. Liderar Compañía General de Seguros S.A. s/Ejecución Fiscal"; Sentencia n° 576 del 17/06/2014, "Provincia de Tucumán -D.G.R.- vs. Valdivieso Emilio Enrique S/Ejecución Fiscal"; Sentencia n° 697 del 05/08/2014, "Provincia de Tucumán (D.G.R.) vs. Brito Marcelo Alejandro s/Ejecución fiscal"; Sentencia n° 709 del 06/08/2014 "Provincia de Tucumán -D.G.R.- vs. Sayara S.R.L. S/Ejecución Fiscal"; Sentencia n° 720 del 12/08/2014, "Provincia de Tucumán D.G.R. vs. Azucarera del Sur S.R.L. s/Ejecución Fiscal"; Sentencia n° 734 del 14/08/2014, "Provincia de Tucumán -D.G.R.- vs. Mijasi S.R.L. s/Ejecución Fiscal"; Sentencia n° 735 del 14/08/2014, "Provincia de Tucumán -D.G.R.- vs. Mijasi S.R.L. s/Ejecución Fiscal"; Sentencia n° 742 del 15/08/2014, "Provincia de Tucumán -D.G.R.- vs. Paz Posse Ramón (H) s/Ejecución Fiscal"; Sentencia n° 927 del 23/09/2014, "Provincia de Tucumán -D.G.R.- vs. Ortiz Jorge Rubén s/Ejecución Fiscal"; Sentencia n° 1072 del 03/11/2014 "Municipalidad de la Banda del Río Salí vs. Oliveira María Elena s/Ejecución fiscal".

¹¹⁶ Un intento de aplicación del principio de no regresividad a los derechos civiles había sido ya debatido por la Corte tucumana, pero el voto que proponía esa hermenéutica quedó en minoría (Corte Suprema de Justicia de Tucumán, Sentencia n° 527 del 28/6/2012, "Credecon S.A. vs. Provincia de Tucumán D.G.R. s/ Nulidad/Revocación"). La plataforma fáctica era la siguiente: una norma legal reformadora del Código Tributario Provincial establecía un plazo de caducidad de la acción judicial contra la decisión administrativa del Fisco local, de 15 días; inferior al de noventa días hábiles judiciales que fijaba el Código de rito reformado, por lo que el voto de la minoría sostuvo que se configuraba una ilegítima regresión normativa que -en el caso concreto- comprometía el acceso a la justicia del actor. En el precedente, la disidencia resolvió declarar: "...la inconstitucionalidad del plazo de caducidad de la acción que establece el actual artículo 158 del Código Tributario Provincial, según la reforma introducida por la Ley N° 7.720, por resultar contrario a los artículos 2, 26 y 29 de la CADH". Como fundamento para ello se sostuvo que: "... tratándose de un derecho humano (tutela judicial efectiva) la validez de la reglamentación respectiva, a más del mentado principio de razonabilidad que es común tanto al derecho constitucional doméstico (cfr. art. 28 Constitución Nacional y art. 24 Constitución Tucumán) como al que emana de los instrumentos internacionales respectivos (cfr. arts. 30 y 2.2 de la CADH; y arts. 5.1, 12.3, 18.3, 19.3, 21, 22.3 y 25 del PIDCP), está condicionada por el principio de 'desarrollo progresivo'...". Es decir, se declaró aplicable a la "tutela judicial efectiva" el principio de no regresividad.

regresividad¹¹⁷, pues al limitar el poder rectificatorio de la Corte IDH, quedaría minimizada la tutela que surge de los tratados internacionales. Con lo cual, la regresión alegada por el jurista citado operaría, en rigor, sobre el derecho a la tutela efectiva.

A partir de esta atrayente lógica relatada, se concibe la prohibición de regresividad como extensible a los derechos civiles (y políticos), bajo la premisa de que el principio de progresividad es también un principio general en materia de derechos humanos.

En este punto cobra particular relevancia, a favor de la teoría ampliatoria que venimos postulando, la tendencia hacia la desaparición de las divisorias teóricas y prácticas entre los DCP y los DESC, consecuencia de la propensión hacia la indivisibilidad de los derechos humanos y, con ello, la generalización de la prohibición de retroceso.

4. Derechos Sociales Fundamentales

En una tesis dilatada, el deber de progresividad y no regresividad no sólo alcanzaría a los DESC, convencionalmente previstos en forma explícita en los Tratados Internacionales, sino que sería extensivo a todo otro derecho social de rango constitucional.

Es que, dada la incorporación constitucional del principio de progresividad, a partir de la adopción y jerarquización del PIDESC desde la reforma de 1994, bien podría concederse que la obligación de no retroceso no sólo es predicable de los derechos previstos en el propio PIDESC, sino también de todo derecho económico, social o cultural previsto en el bloque de constitucionalidad.

Varias razones abonarían ese veredicto. En primer lugar, el principio constitucional *pro homine*¹¹⁸, por el que, en caso de duda, debe escogerse la interpretación que otorgue mayor extensión a los derechos, frente a aquella hermenéutica que brinde mayores prerrogativas al Estado.

En segundo término, el carácter “complementario” que la Constitución Argentina otorga a los Tratados de jerarquía constitucional, con respecto a su parte dogmática. Esa “complementariedad” supone, como primer corolario, la no contradicción. En un primer sentido, los derechos previstos en la parte dogmática de la Constitución o de un Pacto no pueden ser interpretados en el sentido de limitar, restringir o derogar los derechos establecidos por la restante fuente. Pero es posible avanzar aún más, afirmando que el sentido de la doble protección, interna e

¹¹⁷ HITTERS, Juan C., “Control de convencionalidad. ¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores?”, *Ley*, diario del 02/08/2017, 2017, pp. 6 y 7. Añade: “*En efecto, si tenemos en cuenta que ese cuerpo jurisdiccional (CSJN) en ‘Kimel’ abrió la posibilidad de ‘dejar sin efecto sus sentencias’, resulta que ahora ha puesto en discusión ese postulado, lo que implica una regresión (no regresividad)*”. Aunque también podría pensarse que el término es empleado elípticamente. Dalla Via estima incorrecto el razonamiento que vé retroceso en “Fontevicchia” (DALLA VIA, Alberto R., “Los derechos humanos y el régimen constitucional de los tratados”, *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, diario del 08/05/2017, 2017, pp. 7 y 8).

¹¹⁸ Sobre el principio *pro homine* puede verse: TOLEDO, Pablo R., “El principio *pro homine* como una pauta hermenéutica aplicable a los límites del recurso de apelación”, *Suplemento Doctrina Judicial Procesal*, Buenos Aires, *La Ley*, noviembre, 2010, pp. 31 y siguientes.

internacional, supone una mutua correlación de los derechos y principios de distinta fuente¹¹⁹. La suma de los derechos establecidos en la parte dogmática de la Constitución y de los establecidos en los Tratados de Derechos Humanos debe interpretarse como totalidad: allí donde el estándar del derecho interno suponga un grado de protección de mayor, ello eleva el rigor de las obligaciones del Estado; inversamente, cuando el estándar internacional sea más exigente, ésta será la medida de la obligación estatal. La determinación de las obligaciones del Estado surgirá, entonces, de una comparación de los estándares interno e internacional ante cada derecho. Resulta coherente que una exigencia tal como la prohibición de regresividad resulte aplicable a todo el conjunto de derechos sociales, tanto de fuente interna como internacional.

En pos de argumentar la extensión de la obligación de progresividad y no regresividad, hasta se ha llegado a sugerir -en una tesitura harto discutible- que la propia Constitución debe interpretarse como una reglamentación interna del PIDESC. En ese escenario, los derechos sociales incorporados a la Constitución pueden ser razonados como una primera reglamentación genérica de los derechos contenidos en el PIDESC¹²⁰.

Esta exégesis ampliatoria que venimos desarrollando en este acápite parecería coincidir con la retórica formulada por la CSJN en autos “Chocobar”. Allí se juzgaron aplicables los criterios establecidos en la DUDH, la CADH y el PIDESC al derecho a las jubilaciones y pensiones móviles, prescripto por el art. 14 bis de la Constitución y no recogido en esa medida por los Tratados Internacionales, ya que en éstos se reconoce únicamente el derecho a la seguridad social, pero no se establece la nota de la movilidad de las prestaciones de seguridad social¹²¹.

¹¹⁹ “... una de las facetas sustanciales de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno se traduce en que la eficacia real del primero depende en buena medida de la fidelidad con que los derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y les den efecto. En particular respecto del derecho internacional de los derechos humanos, la creciente trascendencia que adquieren sus áreas de interacción con el derecho doméstico exige una articulación de ese binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad en pro del fortalecimiento real y no sólo declamado del sistema de derechos” (BAZÁN, Víctor, “Los Derechos Fundamentales -particularmente Económicos, Sociales y Culturales- en el Estado Plurinacional de Bolivia y ciertos desafíos que a su respecto afronta la justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 16, 2012, p. 49).

¹²⁰ “En algunos casos la relación parece evidente: por ejemplo, la ‘defensa del bien de familia’ y la ‘compensación económica familiar’ (art. 14 bis, Constitución argentina) son especificaciones de la obligación de conceder a la familia ‘la más amplia protección y asistencia posible’ (art. 10.1 PIDESC)... En otros casos, la relación puede ser más mediata, pero es igualmente plausible, por ejemplo el derecho a un ‘medio ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras’ (art. 41, Constitución argentina) especifica el derecho de toda persona ‘a un nivel de vida adecuado para sí y para su familia... y a una mejora continua de las condiciones de su existencia’ (art. 11.1 PIDESC) en relación al medio ambiente. En el mismo sentido, el derecho de los consumidores y usuarios, en la relación de consumo, ‘a la protección de su salud (y) seguridad’ (art. 42, Constitución argentina) especifica, en el caso concreto de las relaciones de consumo, el derecho de toda persona ‘al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental’ (art. 12.1 PIDESC)...” (ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 113-116. En igual sentido: Víctor Ferreres Cornella, según: PÉREZ MONTERO, María E., “Recensión de *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, vol. 4, 2003, p. 429).

¹²¹ CSJN, Sentencia del 27/12/1996, “Chocobar, Sixto C. c/Caja Nacional de Previsión para el Personal

La hermenéutica extensa, a la que aludimos, también es dable de extraer del art. 2 de la CADH, que consagra 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. Desde esta visión, no sólo no puede haber regresión respecto de los derechos consagrados en la CADH, sino que la interdicción de retroceso alcanza a aquellas normas internas necesarias para que el ejercicio de los derechos humanos del Tratado sea efectivo.

Esta lógica tiene especial cimiento en lo prescripto en el art. 29 de la CADH, que recoge el enunciado principio *pro homine*, al que se le ha estipulado un sentido intensamente próspero, a punto tal que se lo reflexiona como el criterio que dirime el conflicto “siempre a favor del ser humano”¹²², a partir de una ponderación superadora de los tradicionales métodos de solución positivistas de antinomias¹²³.

Desde otra perspectiva, la exégesis que conlleva el inciso “a” del aludido art. 29 de la CADH importa un juicio similar al de no regresividad. Así “...las interpretaciones de la Convención que lleven a suprimir derechos o a limitarlos excesivamente, ceden ante aquellas que lleven a la solución opuesta”. Tal precepto se complementa con lo prescripto por el inciso “b”, que impide que la Convención sea excusa para empeorar las condiciones de goce de los derechos establecidos por el ordenamiento interno.

A modo de síntesis, los siguientes argumentos servirían de plataforma para la interpretación ancha pregonada: a) la regla *pro homine*, b) el carácter complementario que la constitución otorga a los Tratados de jerarquía constitucional, con respecto a su parte dogmática, c) la discutida naturaleza reglamentaria interna que la propia Constitución revestiría respecto del PIDESC, y d) el texto de los arts. 2 y 29 de la CADH.

Desde un enfoque estrictamente positivista, tal raciocinio dilatado resultaría más fácil de predicar de aquellos modelos donde la Constitución contenga una enumeración de derechos sociales que, a su vez, revistan el carácter de derechos fundamentales y, además, se trate de un régimen constitucional que les asigne a los Tratados de Derechos Humanos la máxima jerarquía. Así las cosas, el razonamiento expuesto bien podría ser extensible a un sistema constitucional como el argentino, mas ello devendría más difícil de predicar de algunos modelos, donde no se satisfacen los descritos extremos.

No puede dejar de advertirse que la postura anchurosa alegada conlleva un significativo desplazamiento de competencias desde los poderes genuinamente políticos hacia el departamento judicial (que es el menos legitimado democráticamente¹²⁴) y, con

del Estado y Servicios Públicos”, voto de la mayoría, formada por los Dres. Nazareno y Moliné O’Connor, Considerandos 11 y 12, voto concurrente del Dr. Boggiano, considerando 11.

¹²² CSJN, Sentencia del 23/04/2008, “Acosta, Alejandro Esteban”, considerando n° 6.

¹²³ WEINGARTEN, Celia, “Los principios generales del derecho y los derechos de las personas”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, t. VI, 2012, pp. 198 y siguientes.

¹²⁴ Dice uno de los constitucionalistas más renombrados: “La deseada incorporación de derechos sociales (promovida, de modo habitual, por reformistas democráticos) importa la transferencia de poderes adicionales al Poder Judicial (esto es, la rama menos democrática del poder)” (GARGARELLA, Roberto, “La «sala de máquinas» de las constituciones latinoamericanas Entre lo viejo y lo nuevo”, *Nueva Sociedad*, Buenos Aires, Fundación Foro Nueva Sociedad, núm. 257, julio-agosto, 2015, p. 140).

ello, un riesgo de acercamiento a un excesivo “decisionismo” judicial y a una potencial vulneración del valor seguridad jurídica. Aunque quienes depositan su confianza en los jueces -entre los que nos contamos- presumen que ciertas aristas de la equidad e igualdad se alcanza más plenamente en este Poder contra mayoritario.

5. Expansión al constitucionalismo

Otra propensión se intensifica en una distinta trayectoria, a partir del convencimiento de que la progresividad y no regresión ya no es patrimonio exclusivo del DIDH, sino que ha penetrado en el marco constitucional. En esta lógica, el ámbito de aplicación se difunde a todos los derechos fundamentales.

La reflexión desplegada se fortalece a partir de la convicción de que la progresividad y la prohibición de regresividad no son ajenas al Derecho Constitucional. Corroborando esta última idea, en el caso “Renatre”¹²⁵ (en lo relevante para la presente investigación), la CSJN recordó que la regla de progresividad o no regresión, que veda al legislador la posibilidad de adoptar medidas injustificadamente regresivas, no sólo es un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino también una pauta que emerge de las disposiciones del propio texto constitucional argentino en la materia¹²⁶, pues durante los debates de la Convención Constituyente se dijo que “*un gobierno que quisiera sustraerse al programa de reformas sociales iría contra la Constitución, que es garantía no solamente de que no se volverá atrás, sino que se irá adelante*”¹²⁷.

Como argumento de autoridad de lo recién concluido, nos permitimos recordar que Abramovich y Courtis han reconocido que: “*la obligación de no regresividad no sólo alcanza a los derechos previstos por el PIDESC (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), sino a todo otro derecho económico, social y cultural de rango constitucional por aplicación del principio pro homine... y por el carácter complementario que la Constitución otorga a los tratados de jerarquía constitucional con respecto a su parte dogmática, lo que tiene como corolario la no contradicción*”¹²⁸. Concordantemente, Fayt enseñó que diversos principios, entre los que explícitamente se cuenta el de progresividad y no regresividad, se encumbran como directrices de derechos en materia social, sin distinguir de fuente interna o

¹²⁵ CSJN, Sentencia del 24/11/2015, “Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores c/Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción de amparo”, CSJ 906/2012 (48-R)/CS1. La CSJN dejó sin efecto un fallo de la Cámara Laboral de la Ciudad de Buenos Aires que convalidaba la ley que le quitó a los trabajadores y empleadores rurales la administración directa del seguro por desempleo correspondiente a esa actividad.

¹²⁶ *Cf.*: Fallos: 327:3753, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni, considerando 10; Fallos: 328: 1602, voto del juez Maqueda, considerando 10; Fallos: 331:2006, voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni, considerando 5°.

¹²⁷ Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, año 1957, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, t. II, 1958, p. 1060; en referencia al art. 14 bis.

¹²⁸ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., pp. 114-115; *idem* CAMELO, Gustavo, “La Constitucionalización de los derechos de los consumidores”, en Picasso y Vázquez Ferreyra -dirs.-, *Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada*, Buenos Aires, La Ley, t. III, 2011, p. 43.

internacional¹²⁹.

En el sistema constitucional argentino, nos permitimos incluir a la “cláusula del progreso y desarrollo humano” del inciso 19 del artículo 75 de la Constitución Nacional¹³⁰, como una motivación adicional en el sentido expansivo propuesto.

Si bien, la intención del constituyente no fue consagrar el principio de progresividad, este se convierte en una herramienta para el logro de la cláusula constitucional del progreso. Pero una interpretación evolutiva del concepto de cláusula de progreso hoy difícilmente pueda entender fuera de los márgenes de este principio.

Es que la idea de crecimiento económica que puede haber motivado al constituyente hoy no puede ser imaginable fuera de un contexto de “desarrollo y progreso humanos”. En esa línea, el Informe 95 sobre Desarrollo Humano del PNUD¹³¹ insiste en las alternativas que poseen los países para progresar en el sentido del desarrollo de las respectivas naciones: a) gasto en salud, educación e investigación; b) redistribución del ingreso; c) programas en gasto social bien estructurado y sostenible; d) potenciación del ser humano, en especial de la mujer; lo que, al decir de Maraniello, está contemplado en el artículo 75, inc. 19, de la Constitución Nacional¹³².

Decía el maestro alemán Hesse sobre esta última forma de pensar los derechos fundamentales que: “*la voluntad de la Constitución no es algo inmutable sino una voluntad estable cambiante, de tal modo que ante un cambio de las circunstancias cabe acudir a nuevas interpretaciones...*”¹³³.

IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Formulada la anterior delineación prospectiva, ¿en qué ramas del derecho, el principio viene gozando de una más relevante consideración?

1. Laboral

En primer lugar, sin dudas, el escenario laboral y de la seguridad social es

¹²⁹ FAYT, Carlos S., *Evolución de los derechos sociales. Del reconocimiento a la exigibilidad*, Buenos Aires, La Ley, 2007, pp. 94-95. También enumera los principios: de justicia social, *pro homine*, *pro operario*, igualdad normativa y fáctica.

¹³⁰ Se establece como atribución-deber del Congreso: “*Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento...*”

¹³¹ *Human Development Report*, Oxford Univmity Pms. Publicado para el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) por Harla S.A. de c.v. México 1995. http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_1995_es_completo_nostats.pdf.

¹³² MARANIELLO, Patricio, “Los derechos sociales y las garantías constitucionales de protección”, *Revista Argentina de Justicia Constitucional* - Número 10 - Octubre 2020, Cita:IJ-CMXIV-689.

¹³³ HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional (selección)*, Cruz Villalón, Pedro -trad.-, en Rubio Llorente, Francisco -dir.-, *Colección «Estudios Constitucionales»*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 88. Sobre el influjo de los derechos fundamentales en el Derecho Privado (lo que en estas latitudes llamamos Constitucionalización del Derecho Privado: HESSE, Konrad, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio -trad.-, Madrid, Civitas, 1995, pp. 58-59, nota 34.

donde la directriz tiene mayor afinamiento.

La CSJN ya en el 2013 en el ya mencionado “Asociación de Trabajadores del Estado”¹³⁴, invalidó, invocando no regresividad, un decreto de una intendencia que había dispuesto rebajas salariales, alegando razones de emergencia económica.

Normativamente también hay concreciones de lo dicho. En la Constitución de Buenos Aires, el art. 39 inc. 3 consagra el principio de progresividad para la materia laboral y seguridad social.

2. Salud

En segundo lugar, más modernamente, viene robusteciéndose la progresividad en relación al derecho a la salud. El referido caso “Cuscul Pivaral” de la Corte IDH es un buen ejemplo de ello.

La Sala Constitucional de la Corte de Costa Rica también viene utilizando explícitamente el principio de no regresividad al derecho a la salud desde 2007¹³⁵; en un asunto que versaba sobre cuestiones de patentes, y se debatía el potencial retraso al acceso a medicamentos.

Esto último deviene particularmente relevante en los momentos de crisis que, como consecuencia de la pandemia, nos ocupan¹³⁶. Lidia Garrido en un artículo del 23 de octubre pasado advierte que la Ley 27.573 del 06 de noviembre de 2020 de “Vacunas contra el Covid 19”, podría reducir ciertos derechos, ante los eventuales daños por “riesgo de desarrollo”¹³⁷.

Observada la cuestión, desde el prisma del principio que venimos tratando, cabría preguntarse: Si podría generar dicha ley una regresión de algunos derechos fundamentales (salud, libertad, reparación integral, etc.), o, por el contrario, las restricciones, por ejemplo causadas por la indemnidad patrimonial de los responsables conforme el art. 4¹³⁸ de la novel norma, estarían justificadas por el interés público que genera la crisis sanitaria.

¹³⁴ CSJN, Sentencia del 18/06/2013.

¹³⁵ “...conforme al principio de no regresividad, está prohibido tomar medidas que disminuyan la protección de derechos fundamentales. Así entonces, si el Estado costarricense, en aras de proteger el derecho a la salud y el derecho a la vida, tiene una política de apertura al acceso a los medicamentos, no puede -y mucho menos por medio de un Tratado Internacional- reducir tal acceso y hacerlo más restringido, bajo la excusa de proteger al comercio” (Corte de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia N° 9469-07, citada en voto 2012-13367 del 21 de setiembre del 2012).

¹³⁶ Para profundizar en el tema: Delpech, Federico F., “La aplicación del principio de no regresión en épocas de pandemia COVID-19”, ADLA2020-6, 10, AR/DOC/1678/2020.

¹³⁷ GARRIDO CORDOBERA, Lidia, “La nueva legislación para vacunas contra COVID-19: ¿quién asume los daños al consumidor y a las generaciones futuras?”, Diario del 23/10/2020, pp. 1 y ss.

¹³⁸ Artículo 4° - Facúltase al Poder Ejecutivo nacional, a través del Ministerio de Salud, a incluir en los contratos que celebre y en la documentación complementaria para la adquisición de vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra la COVID-19, conforme el procedimiento especial regulado por el decreto 260/20, su modificatorio y la decisión administrativa 1.721/20, cláusulas que establezcan condiciones de indemnidad patrimonial respecto de indemnizaciones y otras reclamaciones pecuniarias relacionadas con y en favor de quienes participen de la investigación, desarrollo, fabricación, provisión y suministro de las vacunas, con excepción de aquellas originadas en maniobras fraudulentas, conductas maliciosas o negligencia por parte de los sujetos aludidos.

3. Ambiental

El solapamiento entre salud y ambiente es cada vez más visible. La propia Corte de Costa Rica extrapola el test de inconstitucionalidad por regresión de la materia ambiental, al ámbito específico del derecho humano al agua potable¹³⁹.

Y precisamente, en tercer lugar, caben señalar los derechos ambientales, a los que se les asignó últimamente, y con relativa facilidad en el consenso, la garantía de no reversibilidad¹⁴⁰.

Esta corriente de pensamiento, que pregona la no retrocesión de los derechos ambientales, ha sido liderada por Michel Prieur¹⁴¹. A partir de ello, la prohibición de retroceso conlleva que la normativa y la jurisprudencia ambiental no deberían ser revisadas si esto implicare replegarse, con relación a los niveles de protección alcanzados con anterioridad¹⁴². Peña Chacón admite que el principio de progresividad tiene raigambre constitucional y se posiciona como una garantía sustantiva esencial de los “derechos humanos ambientales”¹⁴³. Ciertamente los principios de irreductibilidad, prohibición de reducción, segregación y exclusión en materia ambiental derivan del art. 3 de la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América, conocida como “Convenio de Washington”.

La Sala Constitucional de la Corte de Costa Rica viene asignándole una recalcada preeminencia a la temática ambiental. Así, por ejemplo, evacuó una consulta, en 2012, resolviendo que un Proyecto de Ley era inconstitucional, toda vez que se sustentaba en un estudio de impacto ambiental incompleto. Se pretendía reducir la extensión de un Refugio de Vida Silvestre, desprotegiéndose una zona de altísimo valor ecológico, y produciendo un “retroceso” en los niveles de resguardo del patrimonio natural de ese país¹⁴⁴. Este discernimiento se conservó en diversos fallos posteriores,

¹³⁹ A través del voto número 2012-8892 del 22 de junio del 2012.

¹⁴⁰ “... al ser el derecho al ambiente un derecho fundamental es tributario de las fuentes primarias del ordenamiento jurídico -Constitución, Tratados de Derechos Humanos-, siendo la no regresión un contenido insertado desde las vitamínicas pautas que en materia de derechos económicos y culturales el sistema interamericano han acercado” (Esain, José A. citado en GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., “Aplicación de los principios de no regresión, de solidaridad y pro homine. Desafío ambiental del Siglo XXI”, La Ley, t. F, 2014, pp. 1199 y siguientes).

¹⁴¹ Quien en materia ambiental asegura que: “... la vía hacia la consagración jurídica del principio de no regresión está despejada” (PRIEUR, Michel, “Prólogo”, en Peña Chacón, Mario -dir.-, *El principio de no regresión ambiental en el derecho ambiental comparado [Libro en línea]*, San José de Costa Rica, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2013, p. 10). También puede verse: PRIEUR, Michel y SOZZO, Gonzalo, *La Non Régression en Droit de Lanviremon*, Bruylant, Bruselas, 2012.

¹⁴² PEÑA CHACÓN, Mario, “El test de regresividad ambiental”, en http://www.academia.edu/5880374/Test_de_regresividad_ambiental).

¹⁴³ PEÑA CHACÓN, Mario, “El principio de progresividad del Derecho Ambiental en la Jurisprudencia Constitucional costarricense”, *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, Buenos Aires, IJ Editores, núm. 24, junio, 2017, cita IJ-CCCLXXVI-308. También PEÑA CHACÓN, Mario, “Irreductibilidad, desafectación, compensación y no regresión de áreas silvestres protegidas”, Cita: MJ-DOC-12308-AR | MJD12308.

¹⁴⁴ “Del principio de progresividad de los derechos humanos y del principio de irretroactividad de las normas en perjuicio de derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, recogido en el numeral 34 de la Carta Magna, se deriva el principio de no regresividad o de irreversibilidad de los beneficios o

hasta la actualidad¹⁴⁵.

En la materia, no puede dejar de computarse la Opinión Consultiva 23/17 sobre Medio Ambiente¹⁴⁶ en la que la Corte IDH, tal vez por primera vez, desarrolló el contenido de medioambiente sano como subsumible en el art. 26 de la CADH.

Esa opinión, en su considerando 60, da cuenta que el Grupo de Trabajo sobre el Protocolo de San Salvador¹⁴⁷ indicó que el derecho al medio ambiente sano, tal como está previsto en el referido instrumento, conlleva las siguientes cinco obligaciones para los Estados: a) garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, un medio ambiente sano para vivir; b) garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, servicios públicos básicos; c) promover la protección del medio ambiente; d) promover la preservación del medio ambiente, y e) promover el mejoramiento del medio ambiente¹⁴⁸. Hay muchas declaraciones internacionales en ese sentido: 2012, Río +20; en 2013 Bonn, etc.

En nuestro sistema legislativo argentino, al principio se lo extrae del art. 4 de la Ley General del Ambiente¹⁴⁹.

Finalmente es de subrayar que también se ha justificado la no regresividad en los derechos ambientales y de tercera generación en su naturaleza social o colectiva¹⁵⁰, y esto deviene relevante a los fines del siguiente acápite.

protección alcanzada. El principio se erige como garantía sustantiva de los derechos, en este caso, del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en virtud del cual el Estado se ve obligado a no adoptar medidas, políticas, ni aprobar normas jurídicas que empeoren, sin justificación razonable y proporcionada, la situación de los derechos alcanzada hasta entonces” (Corte de Costa Rica, Sala Constitucional, voto 2012-13367 del 21 de setiembre del 2012).

¹⁴⁵ Corte de Costa Rica, Sala Constitucional, sentencias: 2013-10.158; 2014-12887 (sobre la Ley para la Gestión Integrada del Recurso Hídrico); N° 18702-10, etc.

¹⁴⁶ De 15 de Noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia.

¹⁴⁷ El 8 de junio de 2010 la Asamblea General de la OEA por medio de la Resolución AG/RES. 2582 (XL-O/10) encomendó al Grupo de Trabajo la elaboración de un documento de indicadores de progreso sobre los derechos incluidos en el Protocolo de San Salvador (previamente la Comisión Interamericana, también por solicitud de la Asamblea General de la OEA, había elaborado un primer documento de “Lineamientos para la elaboración de Indicadores de Progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, CP/doc.4250 corr. 1). El documento con los indicadores de medición de este segundo grupo fue finalizado en noviembre de 2013 y aprobado por la Asamblea General de la OEA en junio de 2014. Cfr. Asamblea de la OEA, Resolución AG/RES. 2823 (XLIV-O/14) titulada “Adopción del Mecanismo de Seguimiento para la Implementación del Protocolo de San Salvador”, aprobada el 4 de junio de 2014, y GTPSS, “Indicadores de Progreso: Segundo Agrupamiento de Derechos”, 5 de noviembre de 2013, OEA/Ser.L/XXV.2.1, GT/PSS/doc.9/13

¹⁴⁸ Cfr. GTPSS, “Indicadores de Progreso: Segundo Agrupamiento de Derechos”, 5 de noviembre de 2013, OEA/Ser.L/XXV.2.1, GT/PSS/doc.9/13, párr. 26.

¹⁴⁹ Ver GARRIDO CORDOBERA, Lidia, “El desafío ambiental del SXXI La aplicación de los principios de no regresión, de solidaridad y pro homine”, que se encuentra entre la doctrina de la página de internet de la Academia de Derecho de Córdoba: Secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/el-desafio-ambiental-del-siglo-xxi.-la-aplicacion-de-los-principios-de-no-regresion-de-solidaridad-y-pro-homine.

¹⁵⁰ ESAÍN, José A., “Progresividad y No Regresión en el nivel de protección del ambiente”, en Peña Chacón, Mario -dir.-, *El principio de no regresión ambiental en el derecho ambiental comparado [Libro en línea]*, San José de Costa Rica, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2013, pp. 203-204.

4. Consumidor

Enseña Stiglitz que la efectiva vigencia del sistema de defensa del consumidor requiere de una tutela judicial progresiva¹⁵¹ y ha postulado la aplicación del principio de progresividad -proveniente del art. 26 de la CADH- a los derechos económicos, sociales y culturales de los consumidores¹⁵².

En tesis análoga, enfatiza Tambussi que los derechos humanos y los de los consumidores gozan de caracteres comunes y merecen el mismo tratamiento, con base precisamente en el desarrollo progresivo y no regresivo¹⁵³.

Barocelli deriva la prohibición de retroceso, del propio “principio protectorio”. A partir de esta pauta, una nueva norma, nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse un consumidor¹⁵⁴.

También abonan la extensión a los derechos de los consumidores de la regla de progresividad Villaragut y Calderón¹⁵⁵ y Garrido Cordobera¹⁵⁶.

Gherzi propició, como consecuencia del control de convencionalidad, la vigencia del principio de progresividad y no regresividad de los derechos de los consumidores; especialmente cuestionando la Ley n° 26.944 de Responsabilidad del

¹⁵¹ STIGLITZ, Gabriel, “Tutela judicial progresiva del consumidor”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, año II, 2013, pp. 183 y siguientes. En similar criterio el jurista reitera, en otra publicación, que con el nuevo Código Civil y Comercial, el Derecho del Consumidor se nutre de “regulaciones progresivas” (STIGLITZ, Gabriel, “El Derecho del Consumidor en el Código Civil y Comercial unificado. Diálogo de fuentes”, en Stiglitz, Gabriel A. y Hernández, Carlos -dirs.-, *Tratado de Derecho del Consumidor*; Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, t. I, 2015, p. 261).

¹⁵² STIGLITZ, Gabriel A., “Los principios del Derecho del Consumidor y los derechos fundamentales”, en Stiglitz, Gabriel A. y Hernández, Carlos -dirs.-, *Tratado de Derecho del Consumidor*; Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, t. I, 2015, p. 311.

¹⁵³ TAMBUSI, Carlos, “Ejecución de pagarés de consumo y diálogo de fuentes”, *Revista Código Civil y Comercial, Buenos Aires*, La Ley, 2015, pp. 205 y siguientes. Ídem TAMBUSI, Carlos E., “Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos”, *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, Lima, Universidad de Alas Peruanas, núm. 13, año XII, 2014, p. 97). Más recientemente: “... en su condición de derechos humanos, los de usuarios y consumidores se encuentran delimitados por el principio de no regresividad...”. Más adelante profundiza, respecto de los principios de no regresividad y progresividad, que: “... resulta aplicable a los derechos de los consumidores como derechos humanos de tercera generación, teniendo en cuenta además que la relación de consumo involucra valores propios de los derechos humanos como la salud, la seguridad, la dignidad, la vida, los intereses económicos... Es en su consecuencia que cualquier vuelta atrás en materia de tutela de los consumidores puede ser entendida como una clara afectación del principio supralegal antes mencionada (art. 26 CADH y 2.1 del PIDESC) e incluso, hasta generar responsabilidad internacional por parte del Estado” (TAMBUSI, Carlos E., “Elementos interpretativos y de fondo propios de los derechos humanos en las normas de consumo del Código Civil y Comercial”, en Tambussi, Carlos E. -dir.-, *Ley de Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, Hammurabi, 2017, pp. 445 y 447).

¹⁵⁴ “... si una situación anterior es más beneficiosa para el consumidor se la debe respetar, esto es, toda modificación normativa, general o particular, debe ser para ampliar y no para disminuir derechos” (BAROCELLI, Sergio S., “Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial”, *DCCyE*, La Ley, febrero, 2015, pp. 63 y siguientes).

¹⁵⁵ VILLARRAGUT, Marcelo y CALDERÓN, Maximiliano R., “El beneficio de gratuidad de la Ley de Defensa del Consumidor en la jurisprudencia de las Cámaras de Apelaciones de Córdoba”, La Ley Córdoba, Buenos Aires, -noviembre-, 2011, pp. 1047 y siguientes.

¹⁵⁶ GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., “La aplicación de la prescripción del art. 50 LDC y el principio ‘pro consumidor’...”, en Stiglitz, Gabriel A. y Hernández, Carlos -dirs.-, *Tratado de Derecho del Consumidor*, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, t. IV, 2015, pp. 87-92.

Estado, que paradójicamente diluye esa responsabilidad estatal frente a los usuarios¹⁵⁷.

La modificación en la figura del *bystander* por parte del CCyC motivó debates sobre la posible regresividad de la transformación legislativa¹⁵⁸. Algunas voces se elevaron, arguyendo que la restricción a la figura del *bystander* -dispuesta por el punto 3.1 del Anexo II de la Ley n° 26.994- conllevaba una transgresión a la prohibición de regresividad. Así, Gelcich¹⁵⁹, Barletta¹⁶⁰, Tambussi¹⁶¹, Sigal¹⁶², entre otros. Efectivamente un tramo de la doctrina se opuso a la restricción de la figura del *bystander* supuestamente dispuesta por el CCyC, por considerar que se afectaba el principio de progresividad y no regresión¹⁶³. Con énfasis, se expidió Rusconi argumentando que las reformas del CCyC a la LDC eran regresivas, especialmente la limitación del *bystander* y la alteración del régimen de la prescripción liberatoria¹⁶⁴.

Por otro lado, en los derechos supranacionales encontramos algunos ejemplos de jerarquización de la prohibición de regresividad a los derechos de los consumidores.

De forma más elíptica, en el art. 906.2 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte le impone a los Estados el deber de evitar, en el marco de la compatibilización de las medidas relativas a normalización que se adopten, la disminución de las medidas de protección a los consumidores. Aquí puede observarse una suerte de estándar mínimo. Si bien no establece cuál es la base ideal de protección a los consumidores, el Tratado prescribe que las normas que se dicten por los Estados Partes no pueden ir en desmedro del nivel de protección de los consumidores que se tenga a ese momento. En otras palabras, lo que instituye el Tratado es una prohibición de regresión.

En esa dirección, pero con mucha mayor claridad, la Resolución 36/19 del Mercosur diagrama, en su art. 1, una delineación de 14 principios aplicables a los derechos de los consumidores¹⁶⁵; y entre ellos destaca en el inciso 1 a la progresividad y

¹⁵⁷ GHERSI, Carlos A., “Las relaciones del manual del usuario con la ley de derechos del consumidor, el Código Civil y Comercial de la Nación y la ley de responsabilidad del Estado”, en La Ley Online AR/DOC/1445/2015.

¹⁵⁸ Ver la descripción del problema en: Sahián, Jospé H., “Dimensión Constitucional de la tutela a los consumidores, La Ley, Buenos Aires, 2017, pp. 261-270

¹⁵⁹ Se ha dicho que se trata de una “regresividad inconstitucional” (GELCICH, Marcelo G., “Derogación del bystander: inoperante restricción a los derechos del consumidor”, *Errenews*, Erreius, Buenos Aires, núm. 2285, diario del 11/12/2015, 2015, p. 12).

¹⁶⁰ BARLETTA, Alejandro H., “La eliminación del ‘bystander’ en el Proyecto de Código Civil y Comercial del año 2012”, *Revista jurídica UCES*, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Buenos Aires, núm. 18, 2014, p. 39.

¹⁶¹ TAMBUSI, Carlos E., “Encomio del ‘bystander’”, *Microjuris*, Buenos Aires, 9-may-2013, MJ-DOC-6264-AR.

¹⁶² SIGAL, Martín, “Contratos de consumo”, en Rivera, Julio C. y Medina, Graciela –dirs.-, *Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 731.

¹⁶³ Se explican las distintas posturas en: CHAMATROPULOS, Demetrio A., “Defensa del Consumidor”, en Chomer, Héctor y Sicoli Silvio, *Derecho Comercial*, Buenos Aires, La Ley, t. IV, 2015, p. 74.

¹⁶⁴ RUSCONI, Dante, “La ‘privatización’ del Derecho del Consumidor (por el Código Civil y Comercial de la Nación)”, en *www.http://danterusconi.blogspot.com.ar/*, 03/11/2015.

¹⁶⁵ “Art. 1 - Se reconoce la vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado. El sistema de protección del consumidor se integra con las normas internacionales y nacionales, y tiene el objetivo de tutelar al consumidor, rigiéndose por los siguientes principios: 1. Principios de progresividad y no regresión. Los Estados Partes adoptarán medidas apropiadas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos de los consumidores que se derivan de las normas internacionales y

no regresión.

Y lo que ha marcado un punto de inflexión, en nuestro microsistema, es la reciente Resolución 310/2020 SCI del 10/09/2020 que adoptó como derecho interno la Resolución Mercosur 36/19. Aunque no llega a la jerarquía de derecho común, habida cuenta la competencia administrativa del órgano que promulgó la norma, se erige como un laudable instrumento que, a la luz del art. 42 de la CN y de los arts. 1097 y 1098 del CCyC, indudablemente tendrá un positivo efecto expansivo, y hasta tiene la potencialidad de revolucionar el Derecho del Consumidor argentino.

La tendencia legislativa se orienta prístinamente en ese sentido¹⁶⁶. Y de hecho,

nacionales, sin retroceder en los estándares de tutela alcanzados en los niveles normativos de protección ni en la implementación de la política de protección del consumidor, considerando los costos y beneficios de las medidas que se propongan; 2. Principio de orden público de protección. El sistema de protección del consumidor es de orden público; 3. Principio de acceso al consumo. El sistema de protección del consumidor busca garantizar el acceso al consumo de productos y servicios de calidad; 4. Principio de transparencia de los mercados. El sistema de protección del consumidor contribuye al logro de la transparencia de los mercados. Cada Estado Parte controlará las distorsiones que la afecten, a través de sus órganos competentes; 5. Principio de consumo sustentable. El sistema de protección del consumidor impulsa el consumo y la producción sustentables, en función de las necesidades de las generaciones presentes y futuras. Para ello, entre otras medidas, favorece la minimización del uso de materias primas y energías no renovables, así como la generación de la menor cantidad de residuos y el aumento del uso de energías o materias primas renovables o producto de reciclaje; 6. Principio de protección especial para consumidores en situación vulnerable y de desventaja. El sistema de protección del consumidor protege especialmente a grupos sociales afectados por una vulnerabilidad agravada derivada de circunstancias especiales, en particular niñas, niños y adolescentes, adultos/mayores, personas con problemas de salud o con discapacidad, entre otras; 7. Principio de respeto de la dignidad de la persona humana. Los proveedores, en su actuación en el mercado, deben reconocer y respetar la dignidad de la persona humana conforme a los criterios generales que surgen de las Declaraciones y Tratados de Derechos Humanos. Asimismo, en el diseño e implementación de políticas públicas, los Estados Partes deben observar el mismo principio; 8. Principio de prevención de riesgos. Los proveedores actuarán preventivamente cuando exista probabilidad razonable de una amenaza derivada de productos o servicios que afecten la salud o la seguridad de los consumidores; 9. Principio antidiscriminatorio. El sistema de protección del consumidor implementa las acciones conducentes para alcanzar el objetivo que en el mercado no existan actos u omisiones discriminatorios, conforme lo establecido en los ordenamientos jurídicos nacionales; 10. Principio de buena fe. El sistema de protección al consumidor se asienta en la buena fe de las partes intervinientes en el contrato; 11. Principio de Información. Los proveedores deben suministrar a los consumidores información clara, veraz y suficiente que les permita hacer elecciones adecuadas a sus deseos y necesidades; 12. Principio de armonización. Resulta fundamental armonizar los intereses de los participantes de las relaciones de consumo, haciendo compatible una adecuada protección y tutela de los derechos de los consumidores con el desarrollo económico y tecnológico, siempre fundamentado en la buena fe y el equilibrio en las relaciones entre consumidores y proveedores; 13. Principio de reparación integral. El sistema de protección al consumidor debe asegurar a éste una reparación integral en caso de daños derivados de las relaciones de consumo, debiendo preverse la disponibilidad de medios efectivos de solución de controversias y de compensación; 14. Principio de equiparación de derechos. Los Estados Partes deben esforzarse por fomentar la confianza en el comercio electrónico, mediante la formulación de políticas transparentes y eficaces. En el ámbito de la contratación electrónica se reconoce y garantiza un grado de protección que nunca será inferior al otorgado en otras modalidades de comercialización”.

¹⁶⁶ Los actuales proyectos de reforma de la Ley de Defensa del consumidor asumen forma de “Código” (a la fecha: exptes: 3143-D-2020 y 5156-D-2020. Ambos tienen como base un Anteproyecto de Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor, realizado por una comisión de juristas especialistas en la materia: Stiglitz, Blanco Muiño, D’archivio, Japaze, Lepiscopio, Ossola, Picasso, Sozzo, Tambussi, Vázquez Ferreyra, Wajntraub, y bajo la coordinación de Carlos Hernández. El mismo tramitó ante el Senado, y perdió estado parlamentario, expte. S-2576/19). Con motivo de los Proyectos de Código de Fondo citados: HERNANDEZ, Carlos, JAPAZE, María B., STIGLITZ, Gabriel, SOZZO, Gonzalo, y OSSOLA.

la Resolución 36/19 del Mercosur tomó como antecedente (9 de 10 principios) la enunciación de principios del art. 5 del Anteproyecto de reforma de Ley de Defensa del Consumidor que sirvió de antecedente a los Proyectos de Código de Defensa del Consumidor¹⁶⁷. Los Proyectos de Código consecuentes solo añadieron 1 principio más, al antecedente del art. 5 del Anteproyecto, pero en todos los casos se respetó la mención del principio de progresividad y no regresión en el primer lugar. En el primer Proyecto de Código en el inciso 1 del art. 5¹⁶⁸; y en el segundo, en el primer párrafo del mismo

Federico, “Hacia el Código de Defensa del Consumidor”, L.L. 15/03/2021, p. 4. Ídem, HERNANDEZ, Carlos, JAPAZE, María B., STIGLITZ, Gabriel, SOZZO, Gonzalo, y OSSOLA. Federico, “Antecedentes y estado actual del Proyecto de Código de Defensa del Consumidor”, LA LEY, 2020-A, 939.

¹⁶⁷ Para profundizar en el tema: SAHIÁN, J., “Principios de Progresividad y No Regresión en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, *Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC*, 111, Cita Online: AR/DOC/596/2019; SAHIÁN, J., “Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores”, LA LEY 2018-A, 545.

¹⁶⁸ “Art. 5. Principios. Se reconoce la vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado. El sistema de protección del consumidor se integra con las normas internacionales, nacionales, provinciales y municipales. Tiene el objetivo de tutelar al consumidor, rigiéndose por los siguientes principios: 1. Principios de progresividad y no regresión. El Estado debe adoptar medidas apropiadas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos de los consumidores que se derivan de las normas internacionales y nacionales, sin retroceder en los estándares de tutela alcanzados en los niveles normativos de protección ni en la implementación de la política de protección del consumidor; 2. Principio de orden público de protección. El sistema de protección del consumidor es de orden público. No es válida la renuncia anticipada de los derechos del consumidor, cualquiera sea su modalidad; 3. Principio de acceso y accesibilidad al consumo. El sistema de protección del consumidor garantiza el acceso al consumo de bienes y servicios de calidad, y la implementación de las adaptaciones necesarias para los consumidores con discapacidad; 4. Principio de transparencia de los mercados. El sistema de protección del consumidor provee lo conducente al logro de la transparencia de los mercados. El Estado controla las distorsiones que afectan la distribución, condiciones de venta, calidad y precios de bienes y servicios; 5. Principio de consumo sustentable. El sistema de protección del consumidor, de conformidad con el Derecho Internacional Ambiental y las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, impulsa la protección ambiental y en particular el consumo y la producción sustentables, en función de las necesidades de las generaciones presentes y futuras. Para ello, entre otras medidas, favorece la minimización del uso de materias primas y energías no renovables, así como la generación de la menor cantidad de residuos y el aumento del uso de energías o materias primas renovables o producto de reciclaje; 6. Principio de protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad. El sistema de protección del consumidor tutela particularmente a colectivos sociales afectados por una vulnerabilidad acentuada; 7. Principio de respeto de la dignidad de la persona humana. Los proveedores, en su actuación en el mercado, deben reconocer y respetar la dignidad de la persona humana conforme a los criterios generales que surgen de las Declaraciones y Tratados de Derechos Humanos. Asimismo, en el diseño e implementación de políticas públicas, el Estado debe observar el mismo principio; 8. Principio de prevención de riesgos. El Estado y los proveedores actúan preventivamente cuando exista probabilidad razonable de una amenaza derivada de bienes o servicios que afecten la salud o la seguridad de los consumidores; 9. Principio de precaución. El Estado y los proveedores deberán actuar precautoriamente en las situaciones de controversia científica probada, y en general, frente a la incertidumbre científica fundada respecto de la existencia de una amenaza derivada de un bien o servicio, adoptando las medidas eficaces para evitar el daño a los consumidores; 10. Principio antidiscriminatorio. El sistema de protección del consumidor implementa las acciones conducentes con el objetivo de que en el mercado no existan actos, omisiones o situaciones discriminatorias. Se consideran comprendidas en esta prohibición las fundadas en razones de raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos, o de cualquier otra naturaleza de conformidad con la ley 23.592 de Actos Antidiscriminatorios; 11. Principio de Primacía de la Realidad. En la determinación de la verdadera naturaleza de las conductas, se consideran las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan. La forma de los actos jurídicos utilizados en la relación de consumo no enerva el análisis que las autoridades administrativas o judiciales

dispositivo¹⁶⁹. O sea, en todos estos documentos, el principio de progresividad y no regresión ocupa un lugar prioritario.

5. Otros derechos subjetivos

También se ha respaldado la exportación de este principio, a otros derechos subjetivos específicos.

1. Así, el derecho a la vivienda. Algunas de las mejores aplicaciones del principio de progresividad y no regresión a los intereses vinculados a la vivienda, probablemente puedan consultarse en los repertorios de la Corte de Colombia. Allí se juzgó que la obligación de los vendedores de constituir la póliza de calidad y estabilidad de la vivienda nueva se erigía en una medida legal que ampliaba el espectro de protección del derecho a la vivienda digna, especialmente en lo que se refiere a las condiciones de habitabilidad de la misma, lo que representaba una ventaja comparativa frente a las acciones ordinarias previstas para reclamar la responsabilidad civil contractual de los vendedores de vivienda nueva, que se traducía en una mayor protección de los derechos de los adquirentes de esta clase de inmuebles, pues la obligación de constituir la mencionada póliza implicaba un seguro adicional de enorme importancia, que le permitía al afectado por los daños estructurales lograr la reparación pronta de los mismos, para lo cual podía hacer efectiva dicha garantía, directamente ante la compañía de seguros mediante la reclamación, o posteriormente a través de las acciones judiciales especialmente diseñadas para esos efectos. Así la Corte Colombiana encontró que el artículo 40 de la Ley 3ª de 1991 era inconstitucional porque, al derogar la obligación de constituir la póliza de estabilidad y calidad de la vivienda, produjo un vacío legislativo que significaba una medida regresiva en materia de protección del derecho a la vivienda digna de interés social. Pero en donde el retiro del ordenamiento de la norma acusada llevaría a una situación de inconstitucionalidad más gravosa, toda vez que se generaría una desprotección frente a las condiciones mínimas de vivienda adecuada para sujetos de especial protección (de interés social), por lo que se hacía necesario acudir a una modalidad de sentencia integradora, que hacía preservar la norma en el ordenamiento jurídico pero condicionada a que se mantenga la obligación de los vendedores de vivienda de interés social de otorgar una póliza o garantía de calidad y estabilidad de los inmuebles que enajenan. Ello bajo el principio de interpretación “conforme” a la Constitución¹⁷⁰.

Ya en una sentencia de 2005, la Corte Constitucional de Colombia, en un caso referente al derecho a la vivienda digna, se refirió a las fuentes normativas relativas al principio de progresividad y la garantía de no regresividad de los derechos sociales; y al respecto señaló que, de conformidad con los mandatos constitucionales y con los compromisos internacionales del Estado colombiano, éste tenía la obligación efectiva de adoptar medidas para satisfacer los derechos de esta naturaleza¹⁷¹.

2. El derecho al agua también cuenta con profusa actividad judicial que ha

efectúen sobre los verdaderos propósitos de la conducta que subyacen al acto jurídico que la expresa”.

¹⁶⁹ Por ser idéntico al recién descrito, salvo en la numeración, omitimos su transcripción.

¹⁷⁰ Corte Constitucional de Colombia, C-444 de 2009.

¹⁷¹ T-1318. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

garantizado ese interés a partir del principio de progresividad y no regresión. Así la antes mencionada Opinión Consultiva 23/17 de la Corte IDH¹⁷². La doctrina también es concluyente en ese sendero¹⁷³.

3. Asimismo se consintió abiertamente la ejecución del principio de no regresión al derecho a la educación, inclusive superior¹⁷⁴.

V. CONCLUSIONES

La manifestación más trascendente del principio de progresividad es la prohibición de regresividad, en virtud de la cual no se admiten retrocesos ni fácticos ni normativos en las políticas públicas destinadas a efectivizar los derechos sociales. Para juzgar si se ha violentado la prohibición de regresión jurídica, debe confrontarse el dispositivo en examen con la norma que ha modificado, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior, correspondiéndole al Estado la demostración, bajo escrutinio estricto, de la existencia de un interés imperioso que justifique la medida adoptada, no bastando la comprobación de la sola legitimidad del fin o la mera racionalidad de la medida, esto es, se exige un test de razonabilidad (o proporcionalidad) agravado por la regresividad. Esta regla no tiene un uniforme grado de aceptación en los distintos modelos constitucionales comparados. Ha tenido más amplia aprobación teórica en Latinoamérica que en los países europeos. El control de constitucionalidad difuso, la desconfianza en los poderes políticos representativos, la inestabilidad económica y la desprotección social (es decir, un complejo de factores jurídicos, políticos, económicos o sociales) generan menor resistencia en proclamar la operatividad constitucional, la exigibilidad y revisión judicial y la irreversibilidad de los derechos sociales.

El principio de progresividad goza de reconocimiento internacional normativo expreso en el art. 2.1 del PIDESC y, de un modo más mediato, en el art. 11.1; mientras que en el régimen americano de protección de los derechos humanos está contenido en el art. 26 de la CADH y en el art. 1 del Protocolo de San Salvador. No obstante, la Corte IDH, en escasas oportunidades recurrió efectivamente al art. 26 de la CADH. En su lugar, ese Tribunal se valió de parámetros “más objetivos”, como lo son aquellos elementos que suministran los derechos civiles o, esencialmente, apoyarse en la regla *pro homine*. No obstante, en Latinoamericana, la jurisprudencia de varios países

¹⁷² En su considerando 111 *in fine* reza: “El acceso al agua, a la alimentación y la salud son obligaciones de realización progresiva, sin embargo, los Estados tienen obligaciones inmediatas, como garantizarlos sin discriminación y adoptar medidas para lograr su plena realización”. También Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párrs. 57 y 58; y Caso Ortiz Hernández y otros Vs. Venezuela, supra, párr. 102.

¹⁷³ Vgr. PICOLOTTI, Juan M., “El acceso al agua potable como Derecho Humano en la República Argentina. Evolución, obstáculos y desafíos. Casos testigos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, Buenos Aires, IJ Editores, núm. 23, marzo, 2017, cita IJ-CCLXIII-479.

¹⁷⁴ Tribunal de Colombia, Sala Constitucional, Sentencia C-507/08: “la educación pública superior es un derecho social constitucional sometido al principio de progresividad y, en consecuencia, toda medida regresiva debe estar soportada en razones suficientes. De la misma manera, la Corte ha entendido que el deber de progresividad – o la prohibición de regresividad – aplicado al derecho a la educación superior, apareja un mandato que obliga al Estado a mantener actualizados los recursos financieros con los cuales alimenta a las universidades públicas para el logro de sus objetivos constitucionales”. Ya se había considerado semejante inteligencia en Sentencia C-931 de 2004.

ha receptado con amplitud el principio de progresividad (Argentina, Colombia, Costa Rica, entre otros).

Existe una propensión hacia la **indivisibilidad** de los derechos humanos y una proyección hacia el desvanecimiento de las demarcaciones conceptuales entre los DCP y los DESC, que favorece la aproximación de derechos sociales -tales como los de los consumidores- a la edificación teórica y a la tutela positiva proveniente del Derecho de los Derechos Humanos, mas dicho cambio de paradigma se encuentra todavía en estado gestacional y dista bastante de conseguir imponerse.

La indivisibilidad de los derechos humanos ha abonado una tesis, aún en etapa embrionaria, por la que se extiende la **prohibición de retroceso más allá de los DESC**, esto es, llegando a alcanzar ciertos casos de derechos humanos civiles.

Asimismo, se verifica un proceso de “**nacionalización**” del **Derecho Internacional de los Derechos Humanos** que permite arrimar la posibilidad de aplicar principios de este microsistema (como progresividad y prohibición de regresión) a fenómenos jurídicos de derecho doméstico, pero esa “internalización” no luce una intensidad homogénea en todos los regímenes.

Por otro lado, los novedosos modos de contravención a la dignidad de la persona exigen **mudar la idea de un catálogo cerrado de derechos fundamentales o humanos** y adoptar, en cambio, una concepción más abierta, flexible y “progresiva”, que permita una interpretación esencialmente evolutiva de los derechos constitucionales, de modo tal que brinde tutela efectiva a la persona, ante las crecientes severidades, y hasta crueldades, forjadas por la sociedad de consumo y digital, en esta cuarta revolución industrial o nueva era tecnológica. Para atender este nuevo paradigma, la herramienta del principio de progresividad y no regresión deviene indispensable.