

Autor: HORACIO ROSATTI

Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina
Ex Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional

Tema de la presentación: Derechos y equidad

Título del trabajo: Progresividad y operatividad de los derechos económicos, sociales
y culturales en una sociedad en conflicto

PROGRESIVIDAD Y OPERATIVIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN UNA SOCIEDAD EN CONFLICTO

Por HORACIO ROSATTI

1. Accesibilidad, intensidad y operatividad en materia de derechos humanos: relaciones no problemáticas y relaciones problemáticas

En la experiencia cotidiana observamos que, en ocasiones, la *operatividad* (y/o *efectividad* de un derecho no guarda relación problemática con la *legitimación* (y/o *accesibilidad*, amplia o restringida) para obtener su reconocimiento, ni con la *intensidad* (fuerte o débil) de su goce concreto. Un ejemplo de este tipo de vinculación no problemática¹ puede verse en el derecho a voto en aquellos países que -como la República Argentina- fue cobrando mayor *efectividad* (y/u *operatividad*) a medida que se amplió su *accesibilidad* (y/o *legitimación*)² y la *intensidad* de su goce³.

En otros casos, por el contrario, la amplitud de la *accesibilidad* y la *intensidad* de goce de un derecho conforman una relación inversa con la *operatividad*. Dicho de otro modo: a mayor número de legitimados, y a mayor intensidad de goce permitido, menor posibilidad fáctica de efectiva vigencia. Un ejemplo de esta relación problemática suele verificarse en el derecho de acceso a la vivienda digna, cuando siendo reconocido constitucionalmente dista de concretarse en la realidad.

La problematicidad de una relación inversa puede –en algunas oportunidades– revertirse. Pensemos, por ejemplo, en los derechos ambientales o en los derechos al consumidor. Aquellos fabricantes que lograran demostrar a los consumidores que elaboran sus productos en términos amigables con el medio ambiente pueden diferenciarse en el mercado, satisfacer las expectativas más intensas de los requirentes y a la vez obtener más ventas, conformándose de este modo una relación directa (virtuosa)

¹ ‘No problemática’ en los términos descriptos (efectividad-legitimación-intensidad), o sea en sentido lógico, no en sentido político, pues no se desconoce que el acceso progresivo al derecho a votar no se ha dado por generación espontánea sino que es producto de una reivindicación social.

² Desde *i*) el voto no obligatorio hacia *ii*) el voto universal (incluido el voto femenino que se incorpora más tarde), *iii*) el voto de ciertos menores, *iv*) el de los procesados con prisión preventiva, y *v*) el de los extranjeros para determinados comicios (provinciales y municipales).

³ Expandiéndose a nivel nacional desde *i*) la no obligatoriedad legal de una modalidad no secreta para la elección a presidente y vice, hacia *ii*) la obligatoriedad constitucional de la modalidad secreta, igualitaria y universal para la elección de presidente y vice, diputados y senadores.

entre accesibilidad, intensidad y operatividad por el alineamiento de los intereses de oferentes y demandantes.

2. Accesibilidad, intensidad y operatividad de los derechos en el marco de los principios de progresividad y no regresividad

El *principio de desarrollo progresivo* sobre derechos económicos, sociales y culturales está consagrado en numerosos documentos internacionales, algunos de los cuales tienen jerarquía constitucional en diversos Estados Nacionales.

Una caracterización típica se lee en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, cuando afirma que “*Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados*”. El texto transcrito es complementado con el Protocolo Adicional a la Convención citada en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (conocido como “Protocolo de San Salvador”), en el que se aprobaron los indicadores de progreso para la medición de los derechos allí contemplados⁴.

En sentido similar, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 2.1 estipula: “*Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, **para lograr progresivamente**, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos*”.

⁴ INDICADORES DE PROGRESO PARA MEDICIÓN DE DERECHOS CONTEMPLADOS EN EL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR. Documento definitivo elaborado por el Grupo de Trabajo para el análisis de los informes nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador en cumplimiento del mandato previsto en la Resolución AG/RES 2582 (XL-0-10) y AG/ RES 2666 (XLI-O/11), Washington, D.C., 12 de diciembre de 2011. https://www.oas.org/en/sedi/pub/indicadores_progreso.pdf.

Por su parte, el *principio de no regresividad* se desprende -entre otros- de documentos específicos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵.

A. Progresividad y no regresividad

a. Diferencias

Por ‘progresividad’ el Diccionario de la lengua Española de la Real Academia entiende *calidad de progresivo*; y por ‘progresivo’ *que avanza o aumenta gradualmente*.

Por ‘regresividad’, la misma fuente entiende *calidad de regresivo* y por ‘regresivo’ *que remite o retrocede gradualmente*.

Siguiendo a Courtis⁶, es posible diferenciar entre una “*regresividad de resultados*” (hipótesis que se verifica cuando una política pública ha empeorado la situación concernida, medida desde un punto de partida temporal anterior), y una “*regresividad normativa*” (referida a la pérdida de extensión de derechos -por supresión, limitación o restricción- generada por una norma jurídica posterior). La distinción anterior podría aplicarse, invirtiendo las consecuencias, al concepto de *progresividad*.

En definitiva, parece razonable sostener que el principio de *no regresividad* aparece como consecuencia del de *progresividad*, pues –asumiendo una metáfora cinética- si la obligación jurídica es no estancarse e “ir hacia adelante” está claro que –como regla- está prohibido “ir hacia atrás”.

Reconocida la vinculación entre ambos conceptos, es menester señalar que ‘progresividad’ y ‘no regresividad’ no son lo mismo. Podríamos decir que la ‘progresividad’ implica una cierta *inercia ofensiva* (de conquista) y que la ‘no regresividad’ expresa una cierta *impronta defensiva* (de –al menos- retención de lo conquistado).

b. Relaciones

⁵ CIDH, Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú, OEA, Ser. L/V/11.106. Doc. 59 rev, 2 de junio de 2000, capítulo VI, párrafo 11. “*El carácter progresivo con que la mayoría de los instrumentos internacionales caracteriza las obligaciones estatales relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales implica para los Estados, con efectos inmediatos, la obligación general de procurar constantemente la realización de los derechos consagrados sin retrocesos. Luego, los retrocesos en materia de derechos económicos, sociales y culturales pueden configurar una violación, entre otras disposiciones, a lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención Americana*” <http://www.cidh.org/countryrep/Peru2000sp/capitulo6.htm>

⁶ COURTIS, Christian, “*La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios*”, en COURTIS, Christian (compilador), “Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales”, ed. del Puerto, Buenos Aires, 2006, pág. 3 y ss.

En el terreno de las hipótesis es posible advertir distintas situaciones que, en ocasiones, asumen formas paradójales. Lo vemos con los siguientes ejemplos:

- avance sin progreso, como sería el caso de un salario que aumenta en términos nominales pero menos que la inflación, quedando disminuido su poder adquisitivo;
- progreso sin avance o progresividad por estancamiento, si –por ejemplo- se aprecia la moneda en la que se percibe un salario, ganándose poder adquisitivo;
- regresividad sin retroceso o regresividad por estancamiento, si se deprecia la moneda en la que se percibe el salario, perdiéndose poder adquisitivo;
- regresividad absoluta sin regresividad relativa, si se pondera –desde una perspectiva global- la situación de quienes han sufrido un retroceso menor al retroceso que han sufrido otros;
- progresividad para unos y regresividad para otros al mismo tiempo, cuando se generan beneficios y perjuicios sectoriales en un contexto global de ‘suma cero’ (lo que obtienen unos es igual a lo que pierden otros); y,
- progresividad y regresividad para la misma persona al mismo tiempo, como ocurre con los regímenes transaccionales donde hay logros y pérdidas a través de un mismo acto jurídico.

La regresividad se encuentra dentro de las hipótesis no deseadas para quien la padece; sin embargo, en ocasiones, frente a una crisis, se convierte en una herramienta para maximizar el salvataje de los beneficios oportunamente obtenidos o para minimizar las pérdidas, tal como ocurre en los regímenes de emergencia consensuados (procesos preventivos de crisis).

Lo anterior podría resumirse en términos coloquiales del siguiente modo: no todo movimiento es cambio; no todo estancamiento es neutro.

Lo que revelan estas hipótesis es que progresividad y regresividad: i) son *conceptos situados*, que deben ser ponderados en un contexto específico; y ii) son *conceptos relativos*, en tanto expresan una comparación (sincrónica o diacrónica). Lo dicho no supone afirmar que estos conceptos, aplicados al tándem accesibilidad, intensidad,

operatividad de los derechos, impida reconocer -aun en tiempos de crisis- un nivel esencial o mínimo de goce⁷, debajo del cual el derecho concernido ha dejado de existir.

B. La progresividad y la no regresividad en conflicto

La progresividad y la no regresividad pueden resultar mutuamente incompatibles, sin que sea necesario que medie una situación exógena propiciadora (tal como una emergencia económica). La conflictividad natural ocurre cuando se advierte que la progresividad (en el acceso, la intensidad o la operatividad) de derechos de unos implica (o sólo se logra a expensas de) la regresividad de otros. En los derechos de contenido económico ello es fácilmente perceptible, pero no es el único caso; también podría citarse el clásico conflicto entre los derechos de libre expresión -por un lado- y a la intimidad o el honor -por el otro-, donde la ampliación de goce de unos se logra a expensas de la restricción de goce de otros.

En tales casos, ¿cuál debe ser el *standard* aplicable? ¿Cuándo decimos ‘progresividad’ decimos ‘progreso para todos’ o ‘progreso para los más desventajados’? ¿Y cuando decimos ‘no regresividad’ decimos ‘no retroceso para nadie’ o ‘no retroceso para los más desventajados’? Dicho de otro modo: el ‘progreso’ de la *progresividad* y el ‘no retroceso’ de la *no regresividad* ¿pueden ser “sectoriales” o implican siempre una ponderación “global”? Y si aceptamos la variante “sectorial”, ¿requeriremos que se garantice un piso básico para los más aventajados, que son los que pierden por el progreso o el no retroceso de los más desventajados?

Las preguntas anteriores que –como dijimos- se amplifican cuando sobreviene un factor externo como una crisis política o económica, no tienen una respuesta neutra ni se exponen de una sola e irrefutable manera, al estilo de una fórmula matemática. Por el contrario, tienen una respuesta ideológica que se expresa: a) intuitivamente y –por tanto- con una fuerte impronta discrecional y, eventualmente, arbitraria; o b) de modo racional y consensuado.

Una de las fórmulas racionales más logradas, que procura congeniar *progresividad* y *no regresividad* en materia de derechos, aplicable tanto a situaciones de normalidad

⁷ COURTIS, Christian, ABRAMOVICH, Víctor, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, <http://www.oda-alc.org/documentos/1366995147.pdf>, pág. 38 y sgte.

como de crisis, es la que surge de la “Teoría de la Justicia” de John Rawls⁸. Se trata, como es sabido, de una construcción que -llevando la teoría del “contrato social” a un nivel de abstracción más elevado- procura estructurar una fórmula transaccional de justicia social que resulte superadora del *intuicionismo* (en especial su proverbial inasibilidad teórica) y del *utilitarismo* (en particular ciertas consecuencias inaceptables para una concepción moral media).

Para lograr este objetivo, Rawls apela a una especie de “contrato social instrumental” que no vale tanto por lo que explica o justifica ‘hacia atrás’ en el tiempo (al estilo de los contratos sociales clásicos de Hobbes, Locke o Rousseau), sino por lo que propone ‘hacia adelante’, conformando una matriz consensuada de funcionamiento que procura maximizar los derechos y libertades de todos con el menor sacrificio posible de cada uno.

No es objetivo de este trabajo explicar la compleja teoría de Rawls, que ha sido ampliamente divulgada en la comunidad científica⁹, sino poner de manifiesto alguno de sus postulados y los presupuestos que los favorecen¹⁰.

En lo que aquí interesa, que es la relación entre operatividad-legitimación e intensidad en materia de derechos (en especial de los derechos “escasos” como los económicos y sociales), cobran relevancia su concepción general (“*todos los bienes sociales primarios –libertad, igualdad de oportunidades, renta, riqueza y las bases de respeto mutuo- han de ser distribuidos de un modo igual, a menos que una distribución desigual de uno o de todos estos bienes redunde en beneficio de los menos aventajados*”) y los dos principios de la justicia para las instituciones: el llamado *principio de la libertad* (“*Cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos*”) y –fundamentalmente- el llamado *principio de la justicia social* (“*Las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para: a) mayor beneficio de los menos*

⁸ RAWLS, John, “*Teoría de la Justicia*”, traducción de María Dolores González para la edición del Fondo de Cultura Económica, México, 1979.

⁹ WOLFF, Robert Paul, “Para comprender a Rawls. Una reconstrucción y una crítica de la ‘Teoría de la Justicia’”, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1981, trad. Marcial Suárez.

¹⁰ Hemos procurado aplicar la teoría de Rawls al texto constitucional argentino en: ROSATTI, Horacio, “*La Constitución Argentina como contrato social*”, en VV.AA., “Cinco ensayos sobre Derecho Constitucional”, Buenos Aires, 1987; y luego en ROSATTI, Horacio, “*Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2003-2013)*”, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013, Segunda Parte, II, 6.

aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo; b) unido a que los cargos y las funciones sean asequibles a todos, bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades”)

Comprobada históricamente la tendencia hacia un crecimiento geométrico de oportunidades para quienes inician su trayecto generacional en mejores condiciones, es decir aquellos que desde su nacimiento gozan de una situación de privilegio en términos de bienes sociales primarios, la pregunta ineludible es ¿bajo qué directivas habrá de lograrse una gradual transferencia de plataformas ventajosas (oportunidades y derechos) hacia los menos beneficiados?

El análisis puede formularse *diacrónicamente* (comparando la situación de las generaciones actuales con la de nuestros antepasados y la que deberá construirse hacia las generaciones futuras), y también *sincrónicamente* (comparando las oportunidades de los distintos sectores de la población en un mismo momento).

En el primer caso (perspectiva *diacrónica*), cabe preguntarse ¿cuál es el límite de los sacrificios y beneficios que deben soportar o gozar las actuales generaciones en función de las que vendrán? Se trata de la cuestión del “ahorro justo”, que se proyecta sobre ámbitos muy variados (vgr: la utilización actual de los recursos naturales, la cuantía del endeudamiento público, la preservación de las raíces socio-culturales frente al modernismo, etc.) y encuentra respuesta bajo el parámetro del “desarrollo sustentable” (utilización razonable, consumo necesario sin dilapidación, cambios culturales consensuados, etc.)

En el segundo caso (perspectiva *sincrónica*), cabe preguntarse ¿de qué forma puede el derecho transferir oportunidades hacia los que menos tienen? Se trata de la cuestión de la “equidad”, que se proyecta sobre diversos planos (conducta social frente al crecimiento o decrecimiento económico, acceso a la información, bases del servicio educativo, entre tantos otros), encuentra respuesta en la “justicia social” como principio rector del desarrollo humano y remite a la configuración consensuada de mecanismos de reparto y nivelación específicos (*discriminaciones inversas*, criterios *redistributivos* progresivos, esfuerzo compartido, etc.)

Pero está claro que esta matriz re-distributiva no habrá de originarse por generación espontánea. Requiere de un presupuesto y de un incentivo.

El presupuesto básico para concretar este contrato de equidad social es el de un hombre contratante que, aun siendo *egoísta*, no sea *envidioso*. El *egoísta* es un individualista que busca defender sus intereses; el *envidioso* es un comparatista que estaría dispuesto a no aceptar un progreso personal en el sistema de distribución de bienes sociales primarios si advierte que otros mejorarán más que él y que su propio progreso no podrá alcanzar el progreso de los otros.

El incentivo por el cual los menos aventajados firmarían ese contrato está claro: ellos habrán de mejorar -o de seguro no empeorar su situación- en toda circunstancia; en cuanto a los más aventajados, el contrato sería una forma de administrar lo obtenido y aun de regular sus pérdidas relativas ante un futuro incierto que podría hacerles perder todo lo conseguido o heredado.

Siendo el *altruismo* (amor al prójimo), el *egoísmo* (indiferencia ante el prójimo) y la *envidia* (recelo hacia el prójimo), tres componentes humanos y -por consecuencia transitiva- sociales, que se encuentran -tanto en lo individual como en lo colectivo- en diferentes épocas y en diferentes medidas, puede concluirse que sólo es posible construir una sociedad más igualitaria, equitativa y solidaria si la *envidia* no es el factor predominante, porque en una sociedad envidiosa la puja de los esfuerzos contrapuestos impediría toda posible construcción redistributiva. Si lo que predomina es el *egoísmo*, el contrato de redistribución consensuada permitiría guiar un camino de previsibilidad y corregir los desfases que se produzcan en su ejecución.

Lógicamente, si el factor predominante fuese el *altruismo* el contrato instrumental no sería necesario.