



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

Christian Courtis ¹¹⁷

DOI: 10.53110/SLJO4538

A. Introducción: El presente trabajo introduce el tema de la prohibición de regresividad y los principales problemas de interpretación que ella plantea.¹¹⁸ La cuestión resulta relevante para la reforma constitucional chilena en la medida en que la plena incorporación de derechos económicos, sociales y culturales a la nueva constitución debe ser cualificada por el principio de progresividad, en línea con el PIDESC y con otras constituciones que emplean un lenguaje similar. En tal sentido, **la prohibición de regresividad constituye una garantía contra la afectación de los niveles ya otorgados de estos derechos.** En este artículo me dedicaré a la identificación de los parámetros en materia de prohibición de regresividad desarrollados a partir del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del que Chile es parte, y ofreceré algunos criterios para su interpretación y aplicación.

¹¹⁷ Funcionario del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos; profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

¹¹⁸ Este artículo recoge y actualiza las ideas presentadas en Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (Buenos Aires: Editores del Puerto-CE-DAL-CELS, 2006). Parte del trabajo está basado sobre lo escrito en Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid: Trotta, 2002), 92-116.

B.

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

Para empezar, es útil distinguir dos nociones posibles de regresividad. Por un lado, es posible aplicar la noción de regresividad a los resultados de una política pública (regresividad de resultados). En este sentido, la política pública desarrollada por el Estado es regresiva cuando sus resultados hayan empeorado la situación de las personas en relación con un punto de partida elegido como parámetro. Esta aplicación de la noción de regresividad requiere, por ende, indicadores o referencias empíricas.

Por otro lado, la noción de regresividad puede aplicarse a normas jurídicas: es decir, se refiere a la restricción de los derechos concedidos por una norma (regresividad normativa). En este sentido –no empírico sino normativo–, para determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior. Parte de este artículo se dedicará a ofrecer algunos criterios para la aplicación de esta noción.

El art. 2.1 del PIDESC establece que “(c)ada 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 se disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. La noción de progresividad abarca dos sentidos complementarios: por un lado, el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el Pacto supone una cierta gradualidad. Así, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) expresa en su Observación General N° 3 que “(el) concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente no podrá lograrse en un período corto de tiempo. En este sentido la obligación difiere significativamente de la contenida en el artículo 2 del PIDCP, que supone una obligación inmediata de respetar y asegurar todos los derechos relevantes”.¹¹⁹

“Sin embargo el hecho de que el Pacto prevea que la realización requiere un cierto tiempo, o en otras palabras sea progresiva, no debe ser malinterpretada en el sentido de privar a la obligación de todo contenido significativo. Se trata por un lado de un mecanismo necesariamente flexible, que refleja las realidades del mundo real y las dificultades que representa para todo país el aseguramiento de la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otro lado, la frase debe ser leída a la luz del objetivo general, que constituye la *raison d’être* del Pacto, es decir, el esta-

¹¹⁹ Comité DESC, Observación General N°3 (“La índole de las obligaciones de los Estados partes”), pág. 9.

blecimiento de obligaciones claras a los Estados Partes respecto de la plena realización de los derechos en cuestión. Por ende, impone la obligación de moverse tan rápida y efectivamente como sea posible hacia la meta”.¹²⁰ De allí que la noción de progresividad implique un segundo sentido, es decir, el de progreso, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales.¹²¹ El Comité recalca al respecto que las medidas que el Estado debe adoptar para la plena efectividad de los derechos reconocidos “deben ser deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en el Pacto”.¹²²

De esta obligación estatal de implementación progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, pueden extraerse algunas obligaciones concretas. La obligación mínima asumida por el Estado al respecto es la obligación de no regresividad, es decir, la prohibición de adoptar políticas, medidas o normas jurídicas que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptar el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora “progresiva”. Dado que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o en su caso, de derogar los derechos ya existentes. En palabras del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en la citada Observación General N°3, “(m)ás aún, cualquier medida deliberadamente regresiva al respecto requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone”.¹²³



La obligación mínima asumida por el Estado al respecto es la obligación de no regresividad, es decir, la prohibición de adoptar políticas, medidas o normas jurídicas que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptar el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora “progresiva”.

¹²⁰ Comité DESC, Observación General N°3, cit., pág. 9.

¹²¹ En el mismo sentido: Corte IDH, 2009, pág. 103, caso Acevedo Buendía y otros v. Perú.

¹²² Comité DESC, Observación General N°3, cit., pág. 2.

¹²³ Comité DESC, Observación General N°3, cit., pág. 9 (énfasis agregado).

C.

Algunas bases para la aplicación de la prohibición de regresividad

I. Noción general

Desde el punto de vista conceptual, **la obligación de no regresividad constituye una limitación que los tratados de derechos humanos pertinentes, y eventualmente la Constitución,¹²⁴ imponen sobre los Poderes Legislativo y Ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales.** La obligación veda al legislador y al titular del poder reglamentario la adopción de reglamentación que derogue o reduzca el nivel de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza la población. Desde la perspectiva del titular del derecho, la obligación constituye una garantía de mantenimiento de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza desde la adopción del tratado de derechos humanos que los consagre, y de su nivel de goce, a partir de dicha adopción y de toda mejora que hayan experimentado desde entonces. **Se trata de una garantía de carácter sustantivo, es decir, de una garantía que tiende a proteger el contenido de los derechos vigentes al momento de la adopción de la obligación internacional, y el nivel de goce alcanzado cada vez que el Estado, en cumplimiento de su obligación de progresividad, haya producido una mejora.**

La prohibición de regresividad puede ser entendida como una veda a las normas y medidas estatales que, por debilitar o retraer el nivel de protección otorgado, reinstauran obstáculos para la satisfacción de sus necesidades básicas, o, en términos más amplios, hacen renacer obstáculos

de carácter económico y social que limitan de hecho la libertad y la igualdad de las personas, e impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos en la organización política, económica y social de un país.¹²⁵ En este sentido, la prohibición

de regresividad opera como cláusula de control jurídico del cumplimiento, por parte de los poderes políticos, del mandato del Estado social. Dado que el contenido de las necesidades consideradas básicas, las posibilidades de desarrollo de las personas y las áreas de participación se amplían con el tiempo y con el progreso material y científico de nuestras sociedades, el umbral de protección –y por ende, las posiciones



la obligación de no regresividad constituye una limitación que los tratados de derechos humanos pertinentes, y eventualmente la Constitución,¹²⁴ imponen sobre los Poderes Legislativo y Ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales.

¹²⁴ La prohibición de regresividad no es ajena al derecho constitucional. Ver: Hesse, 1978, pp. 86-87. Para otros ejemplos, ver las contribuciones reunidas en Courtis, 2006. Ver también: Uprimny y Guarnizo, 2006, y otros ejemplos jurisprudenciales comparados en Nolan, Lusiani y Courtis, 2014, pp. 121-145.

¹²⁵ Parafraseo la “cláusula Basso”, que define las tareas del Estado social en la Constitución italiana (art. 3, Constitución italiana).

consolidadas no susceptibles de derogación– también tienden a ampliarse progresivamente.

Es importante agregar aquí que la consideración preferente de las personas que están en peor situación puede constituir una fuente de modulación de la prohibición, en la medida en que, como se verá, el interés en la estabilidad absoluta de las posiciones jurídicas de quienes están en mejor situación puede ser contrabalanceado por la necesidad de asegurar la satisfacción de necesidades básicas de quienes están en peor situación. Como veremos, las alegaciones estatales en este sentido requieren de una alta carga justificatoria.

II. Prohibición de regresividad y razonabilidad

Este tipo de obligación no resulta extraño a la tradición jurídica iberoamericana: responde a características similares que el principio de razonabilidad de la reglamentación de los derechos, incorporado o inferido a partir de casi todas las Constituciones de la región¹²⁶ y reflejada también en pactos internacionales de derechos humanos.¹²⁷ De allí que parte del desarrollo teórico que propongo para la obligación de no regresividad sugiera recurrir a fuentes como la doctrina y jurisprudencia elaborada a partir del principio de razonabilidad.¹²⁸

¹²⁶ Ver, por ejemplo, Constitución de la Nación Argentina, art. 28: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”; Constitución Política de Chile, art. 19.26: “los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia”; Constitución ecuatoriana, art. 18: “Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”. El principio ha sido desarrollado ampliamente por la doctrina y jurisprudencia constitucional de la región.

¹²⁷ Ver, por ejemplo, Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 30 y 32.2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 5.1, 12.3, 18.3, 19.3, 21, 22.3 y 25; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 4; Protocolo de San Salvador, art. 5.

¹²⁸ Una razón ulterior para vincular los desarrollos constitucionales e internacionales consiste en la mutua alimentación de los criterios constitucionales y de los provenientes de instrumentos internacionales de derechos humanos en esta materia. Al respecto, ver Guillermo Moncayo, “Suspensión y restricción de derechos y garantías constitucionales. El aporte de las convenciones internacionales al Derecho Público argentino”, en Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)* (Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2007), 53-75.

Puede afirmarse que la consagración de la prohibición de regresividad agrega un nuevo criterio al control de razonabilidad de las leyes y reglamentos cuando se examina judicialmente la adopción de normas que reglamentan derechos económicos, sociales y culturales. En efecto, la obligación de no regresividad implica un control “agravado” del debido proceso sustantivo: de acuerdo con la concepción tradicional de la razonabilidad, el parámetro al que quedaban sujetos el legislador y el Poder Ejecutivo se vinculaba exclusivamente a criterios materiales –por ejemplo, la no afectación de la sustancia del derecho, el análisis de la relación medio/fin que propone la norma, el análisis de proporcionalidad, etcétera. Un mismo derecho puede ser susceptible de varias reglamentaciones razonables, en tanto **el principio de razonabilidad excluye las reglamentaciones irrazonables, permite que el legislador o el Poder Ejecutivo elijan, entre las opciones razonables, la más conveniente de acuerdo a su apreciación política.**

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

III. Criterios para determinar la regresividad

Ahora bien, ¿cuándo puede afirmarse que una norma que reglamenta o implementa un derecho social es regresiva respecto de otra? Lo será en principio, cuando el grado de efectividad del derecho social reglamentado por la norma impugnada resulte menor al que había alcanzado en el derecho interno antes de la sanción de esa norma. Esto es, cuando la norma impugnada limite, restrinja o reduzca la extensión o el sentido de un derecho social, o le imponga a su ejercicio condiciones que con anterioridad no debían sortearse. **El juicio que el impugnante de la norma deberá proponer es de tipo comparativo, poniendo en evidencia de modo concreto que la norma impugnada es menos favorable para el titular del derecho que la sustituida.**

En cuanto a los parámetros para realizar tal comparación, es útil recurrir por analogía a los criterios utilizados en el derecho laboral para discernir la articulación entre normas, partiendo de la primacía del régimen o norma más favorable para el trabajador.

Cuando se trata de resolver conflictos entre cuerpos normativos diversos, sobre la base del principio de la norma más favorable al trabajador, la doc-

trina iuslaboralista distingue dos criterios básicos: el de la acumulación y el del conglobamiento. El criterio de la acumulación implica la aplicación de lo dispuesto en las normas comparadas sumando todo lo que hay en ellas que resulte más favorable al trabajador. El método del conglobamiento, que tiene en cuenta el carácter unitario de cada régimen, hace la comparación en conjunto, y excluye la posibilidad de aplicar simultáneamente una disposición de un régimen y la de otro prescindiendo del respectivo carácter unitario, por lo que, tras la comparación, se aplica sólo la norma que en su totalidad resulta más favorable. Un método intermedio es el denominado “conglobamiento por instituciones”, en el cual se toma como unidad de comparación el conjunto de normas “relacionadas con cada una de las instituciones del derecho del trabajo”, aplicándose la norma que regula de modo más favorable cada una de las instituciones comparadas.¹²⁹

El análisis por instituciones parece ser el que brinda la solución más adecuada para determinar cuándo una norma es regresiva, ya que permite, simultáneamente, circunscribir el análisis de regresividad al contenido concreto de las normas que regulan una determinada institución de modo menos favorable para el titular del derecho, manteniendo incólume el resto de la norma, y evaluar una institución completa, respetando la necesidad de análisis sistemático en mayor medida que el método de la acumulación.

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

¿Cuáles son las consecuencias que acarrea la sanción de una norma regresiva? La regresividad ¿constituye per se una razón de inconstitucionalidad o de invalidez a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos? De acuerdo con el esquema sugerido, la regresividad constituye un factor agravado del análisis de razonabilidad. Por ello, la prueba de que una norma es regresiva determina una presunción de invalidez o de inconstitucionalidad, transfiriendo al Estado la carga de argumentar a favor de la permisibilidad de la legislación propuesta. Analizaré a continuación los dos elementos que configuran este cuadro: la inversión de la carga probatoria y el estándar de juicio que debe emplear el juez ante la articulación por parte del Estado de una defensa de la validez de la norma impugnada; tema que introduce la cuestión de los límites de la prohibición de regresividad.

La inversión de la carga de la prueba no es ajena a la tradición del derecho constitucional ni a la del derecho internacional de los derechos humanos. La Corte Suprema de los Estados Unidos¹³⁰ desarrolló esta idea en

¹²⁹ Este último criterio es el que adopta la Ley de Contrato de Trabajo argentina. Ver Goldín, 1986, pp. 934 y ss.

¹³⁰ Cfr. Linares, 1989, p. 213.

el marco del cuestionamiento de normas alegadamente discriminatorias: una vez demostrada por el demandante la existencia de una discriminación normativa a partir del empleo de una de las denominadas categorías sospechosas,¹³¹ la carga de la prueba de justificar la distinción de trato pasa a quien efectuó la distinción. En el plano internacional, la Corte Europea de Derechos Humanos ha empleado esa noción en casos de alegada discriminación,¹³² y en el mismo sentido lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹³³

Si se traslada el esquema al análisis de regresividad, el demandante corre entonces con la carga de demostrar inicialmente el carácter regresivo de la norma, acreditando que el grado de protección ofrecido por la nueva norma constituye un retroceso con respecto al existente con la norma anterior. Probado esto, la norma se presume inválida y corresponde al Estado la carga de acreditar que, pese a ser regresiva, la norma es justificable. En ese sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha dicho reiteradamente que

“(a)l igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud”¹³⁴ (énfasis agregado).

y que

“(s)i deliberadamente adopta alguna medida regresiva, el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que (...) disponga el Estado Parte”¹³⁵ (énfasis agregado).

¹³¹ Ver Tribe, 1988, pp. 1465-1553.

¹³² Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos: E.B. v. Francia, 2008, pág. 74; D.H. y otros v. República Checa, 2007, pág. 177; Serife Yigit v. Turquía, 2010, pág. 71, entre otros.

¹³³ Ver, por ejemplo, Corte IDH: Atala Riffo y niñas v. Chile, 2012, pág. 124-125 y Gonzales Lluy y otros v. Ecuador, 2015, pág. 257.

¹³⁴ Cfr. Comité DESC, Observación General N°14 (“El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, pág. 32), entre otras.

¹³⁵ Ver Cfr. Comité DESC, Observación General N°13, pág. 45, entre otras, y Declaración “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos de que disponga” de conformidad con un Protocolo Facultativo al Pacto”, 21 de septiembre de 2007, pág. 9.

En cuanto al estándar de evaluación de la justificación estatal, en línea con la presunción de invalidez que pende sobre toda norma regresiva, la jurisprudencia estadounidense ha desarrollado el criterio denominado escrutinio estricto (strict scrutiny): la carga de demostración por parte del Estado es alta, y en caso de duda, el juez deberá inclinarse por la inconstitucionalidad. **El estándar es aplicable, entre otros casos, al empleo de categorías sospechosas en caso de discriminación: corresponde al Estado la demostración estricta de la necesidad y racionalidad de la distinción, la existencia de un “interés imperioso” (compelling interest) que justifique la medida adoptada.** En estos casos, no basta con que el Estado demuestre sólo la legitimidad del fin y la mera racionalidad de la medida: debe justificar su imperiosa necesidad. Bajo esta luz, alegaciones tales como el interés estatal en la eficiencia, conveniencia o el ahorro, por su generalidad, serían insuficientes para justificar la medida impugnada.¹³⁶ Este mismo estándar ha sido aplicado por la Corte Europea de Derechos Humanos –en casos de discriminación,¹³⁷ de restricción de derechos,¹³⁸ y de revisión de legislación retroactiva que afecte disputas judiciales pendientes en las que el Estado es parte¹³⁹ – y por la Corte Interamericana –en casos de discriminación¹⁴⁰ y de restricción de derechos-,¹⁴¹ exigiendo para la justificación de tales medidas una fundamentación rigurosa y de mucho peso.

Aplicando este esquema al caso de la regresividad: acreditada ésta por parte del actor, cabe al Estado la carga de demostrar la estricta necesidad de la medida. En palabras del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

“(s)i deliberadamente adopta alguna medida regresiva, el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno

¹³⁶ Ver Tribe, 1988, p. 1453.

¹³⁷ Ver, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos: Abdulaziz, Cabales y Balkandali v. Reino Unido, 1985, párr. 78; Fretté v. Francia, 2002, párr. 34; S.L. v. Austria, 2003, párr. 36; Karner v. Austria, 2003, párr. 37.

¹³⁸ Ver, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos: The Sunday Times v. Reino Unido, 1978, párr. 59, entre muchos otros.

¹³⁹ Ver Corte Europea de Derecho Humanos: Stran Greek Refineries y Stratis Andreadis v. Grecia, 1994, párr. 49; y Aćimović v. Croacia, 2003, párr. 23.

¹⁴⁰ Ver Corte IDH: Atala Riffo y niñas v. Chile, 2002, párr. 124; y Gonzales Lluy y otros v. Ecuador, 2015, párr. 257.

¹⁴¹ Ver Corte IDH: Opinión Consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención)”, 1985, párr. 46; Herrera Ulloa v. Costa Rica, 2004, párr. 121-122 y Ricardo Canese v. Paraguay, 2004, párr. 96.

del máximo de los recursos de que disponga el Estado Parte¹⁴² (énfasis agregado).

La carga argumentativa del Estado es alta. Las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fijan los términos del posible marco argumentativo del Estado:

a) **La medida regresiva sólo puede justificarse si el Estado demuestra que ha considerado cuidadosamente medidas alternativas** y si ha logrado demostrar que existen razones de peso para preferir aquélla (“el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas”¹⁴³);

b) **La medida “deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone”**.¹⁴⁴ Esto significa que el Estado sólo puede justificar la regresividad de una medida demostrando: a) que la legislación que propone, pese a implicar retrocesos en algún derecho, implica un avance teniendo en cuenta la totalidad de los derechos previstos en el Pacto;¹⁴⁵ y b) que ha empleado todos los recursos de que dispone, incluyendo los que provengan de la cooperación internacional, y que, aun así, necesita acudir a ella para proteger los demás derechos del Pacto. Estas limitaciones resultan sumamente importantes, ya que el Estado no puede utilizar argumentos generales de política pública, disciplina fiscal o referirse a otros logros financieros o económicos, sino que debe señalar concretamente qué otros derechos previstos en el Pacto (es decir, derechos económicos, sociales y culturales, y no cualquier otro derecho) se vieron favorecidos por la medida.

c) **Las medidas regresivas deben ser temporales**: “(c)uando un Estado parte trata de introducir medidas regresivas, por ejemplo en respuesta a una crisis económica, tiene que demostrar que esas medidas son temporales, necesarias, no discriminatorias y que respetan al menos sus obligaciones básicas”.¹⁴⁶

¹⁴² Cfr. Comité DESC, Observación General N° 13, párr. 45, entre otras.

¹⁴³ Cfr. Comité DESC, Observación General N° 13, párr. 45, entre otras.

¹⁴⁴ Comité DESC, Observación General N° 3, párr. 9, entre otras.

¹⁴⁵ En sentido similar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró en un caso que la modificación del régimen pensionario de un número limitado de beneficiarios para mejorar el ejercicio del derecho a la pensión por parte de los demás beneficiarios no constituye una regresión prohibida por el artículo 26 de la Convención. Ver Comisión IDH, Caso 12.670, Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras v. Perú, Informe No. 38/09, 2009, párr. 141-147.

d) **Las medidas regresivas no pueden derogar el contenido mínimo esencial de los derechos establecidos en el PIDESC:** “(l)a adopción de cualesquiera medidas regresivas que sean incompatibles con las obligaciones básicas en lo referente al derecho a la salud (...) constituye una violación del derecho a la salud”.¹⁴⁷ Dicho en otros términos, la sanción de medidas normativas que empeoren la situación de goce de derechos del Pacto hasta el punto de excluir a personas del acceso al contenido mínimo esencial de esos derechos siempre constituye una violación del Pacto, sin que pueda ser justificada por el Estado.

La Observación General N°19 sobre el derecho a la seguridad social ordena y agrega algunos criterios que el Comité considerará en caso de que el Estado alegue la necesidad de las medidas regresivas. Estos criterios reflejan el contenido de una carta enviada por el presidente del Comité a los Estados partes del PIDESC, referida a la compatibilidad de las medidas de austeridad adoptadas en el contexto de la crisis económica y financiera desatada en el año 2008.¹⁴⁸ De acuerdo con este documento, cuando el Estado pretenda defender medidas regresivas adoptadas, el Comité examinará detenidamente:

“a) si hubo una justificación razonable de las medidas; b) si se estudiaron exhaustivamente las posibles alternativas; c) si en el examen de las medidas y alternativas propuestas hubo una verdadera participación de los grupos afectados; d) si las medidas eran directa o indirectamente discriminatorias; e) si las medidas tendrán una repercusión sostenida en el ejercicio del derecho a la seguridad social o un efecto injustificado en los derechos adquiridos en materia de seguridad social, o si se priva a alguna persona o grupo del acceso al nivel mínimo indispensable de seguridad social; y f) si se hizo un examen independiente de las medidas a nivel nacional”

¹⁴⁶ Comité DESC, Observación General N° 23, pág. 52, entre otras.

¹⁴⁷ Comité DESC, Observación General N° 14, pág. 48. En el mismo sentido, “(c)abe señalar sin embargo que un Estado Parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43 supra, que son inderogables” (pág. 47).

¹⁴⁸ Ver Comité DESC, Carta de fecha 16 de mayo de 2012 dirigida a los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por el Presidente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCESCR%2fSUS%2f6395&Lang=en (Consulta: 28 julio 2021).

De lo dicho se desprende que la prohibición de regresividad es una prohibición prima facie, que exige al Estado, en caso de pretender que se avale una medida regresiva, una carga particularmente gravosa de justificación. Ante la demostración de la adopción por el Estado de una medida de corte regresivo, se presume su invalidez y la carga de la prueba de su permisibilidad se traslada al Estado. El estándar de juicio para considerar justificada y por ende permisible la medida regresiva es alto. Así, en principio, quedan excluidas de la posibilidad de ser justificadas las medidas regresivas que afecten niveles mínimos esenciales del derecho en juego. Con respecto a las demás medidas regresivas, las razones a las que puede acudir el Estado para justificar la medida regresiva son taxativas y limitadas. El Estado sólo puede justificar su adopción cuando se conjuguen estos tres factores: cuando haya efectuado una cuidadosa evaluación de las alternativas, incluyendo la evaluación independiente y la participación de los grupos afectados, cuando el objetivo perseguido por la medida sea el de proteger la totalidad de los derechos del Pacto –en especial, cuando la restricción del derecho de quienes pertenecen a grupos que se encuentran en mejor situación esté destinada a satisfacer las necesidades de quienes no logran cubrir por sí mismos el contenido mínimo esencial de los derechos en juego-, y cuando la adopción de la medida haya tenido en consideración el máximo de los recursos disponibles, aun los provenientes de la cooperación internacional.

Pueden observarse aquí algunas similitudes importantes con el juicio de razonabilidad: el Pacto fija al Estado una limitación absoluta –el cumplimiento del contenido mínimo esencial del derecho, similar a la prohibición de afectar la “naturaleza” o “sustancia” del derecho-, y le exige, para poder justificar la medida, la demostración de un fin legítimo –la mejora del estado de goce de la totalidad de los derechos establecidos por ese instrumento-, de razones estrictas para la justificación de la necesidad de la medida –la evaluación cuidadosa de alternativas, y la consideración del máximo de los recursos disponibles antes de adoptar la medida-. A ello puede agregarse, en línea con los requisitos generales de permisibilidad de la restricción de derechos humanos, el examen de la proporcionalidad de la medida adoptada. Para ello, resulta útil el empleo de un juicio de ponderación –tal como el propuesto por Robert Alexy –, a través del cual evaluar la proporcionalidad del sacrificio del derecho restringido en comparación con la importancia del objetivo perseguido, que como hemos dicho, sólo puede ser la mejora del estado del goce de la totalidad de los derechos del Pacto para quienes se encuentren en peor situación.

• BIBLIOGRAFIA

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2002)
Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Trotta.
- Alexy, R. (2019a)
‘Los derechos fundamentales, la ponderación y la racionalidad’, en Alexy, R., Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad. Lima: Palestra, pp. 107-117.
- Alexy, R. (2019b)
‘Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural’, en Alexy, R., Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad. Lima: Palestra, pp. 163-180.
- Courtis, C. (2006)
Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Editores del Puerto-CEDAL-CELS.
- Goldín, A. (1986)
‘Concurrencia, articulación y sucesión de normas en el derecho del trabajo’, en Derecho del Trabajo, XLVI-B, Buenos Aires, pp. 934 y ss.
- Hesse, K. (1978)
Grnzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Heidelberg-Karlsruhe: CF Müller.
- Linares, J. F. (1989)
Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina. Buenos Aires: Astrea.
- Moncayo, G. (2007)
‘Suspensión y restricción de derechos y garantías constitucionales. El aporte de las convenciones internacionales al Derecho Público argentino’, en Abramovich, V., Bovino, A. y Courtis, C. (comps.), La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005). Buenos Aires: Ed. del Puerto, pp. 53-75.

¹⁴⁹ Ver Alexy, 2019, pp. 107-117 y 163-180.

- Nolan, A., Lusiani, N. y Curtis, C. (2014)
‘Two steps forward, no steps back? Evolving criteria on the prohibition of retrogression in economic and social rights’, en Nolan, A. (ed.), *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis*.
Cambridge: Cambridge University Press, pp. 121-145.
- Tribe, L. (1988)
American Constitutional Law.
Nueva York: Foundation Press, 2da. ed.
- Uprimny, R. y Guarnizo, D. (2006)
¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana.
Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia.
Disponible en: <https://www.dejusticia.org/es-posible-una-dogmatica-adecuada-sobre-la-prohibicion-de-regresividad-un-enfoque-desde-la-jurisprudencia-constitucional-colombiana/> (Consulta: 28 julio 2021).