



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

revistaderechopucp@pucp.edu.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

Torres Zúñiga, Natalia

Justiciabilidad de las medidas regresivas de los derechos sociales. Algunas reflexiones
acerca de su protección en América Latina

Derecho PUCP, núm. 75, julio-diciembre, 2015, pp. 95-117

Pontificia Universidad Católica del Perú

Lima, Perú

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656134005>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Justiciabilidad de las medidas regresivas de los derechos sociales. Algunas reflexiones acerca de su protección en América Latina

Justiciability of regressive measures of social rights. Some reflections about their judicial protection in Latin America

NATALIA TORRES ZÚÑIGA*

Resumen: El presente artículo tiene por propósito plantear una reflexión sobre la protección jurisdiccional que reciben los derechos sociales frente a la adopción de medidas regresivas en Latinoamérica por parte de los Estados, así como de los diversos grados de tutela jurisdiccional que aquellos reciben. El artículo desarrolla la noción de regresividad y los alcances del principio de prohibición de regresividad, así como la experiencia de las Cortes Constitucionales de Perú y Colombia y de los órganos el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en torno a la protección de los derechos sociales.

Palabras clave: Derechos sociales – prohibición de regresividad – justiciabilidad – cortes fuertes – cortes débiles – test de proporcionalidad – Corte Interamericana de Derechos Humanos – Cortes Constitucionales

Abstract: This article has as aim to reflect about the protection of economic, social and cultural rights before the regressive measures adopted by governments in Latin America, as well as of the different levels of jurisdictional tutelage that those receive. The document develops the concept of a regressive measure and the scope of the non-regression principle, furthermore, it shows the experience of the Constitutional Courts from Peru and Colombia and the organs of the Interamerican System of Human Rights regarding the protection of social rights.

Key words: Social rights – non regression principle – justiciability – weak courts – strong courts – proportionality test – Inter-American Court of Human Rights – Constitutional Courts

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES.- III. PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD.- IV. LA RELACIÓN CON EL CONCEPTO DE CONTENIDO ESENCIAL O «MINIMUN CORE».- V. TEST PARA

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, estudiante del Máster en Derecho Constitucional (2013-2014) de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. Correo electrónico: n.torres@pucp.pe. Ponencia presentada en el IX Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (Oslo, Noruega, 16-20 de junio de 2014) bajo el título «Justiciability of regressive measures of social rights. Some reflections about their judicial protection in Latin America» en la mesa *Workshop on Social Rights Group*.

ANALIZAR LAS MEDIDAS REGRESIVAS: EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD.— V.1. LIMITACIÓN A TRAVÉS DE UNA LEY FORMAL.— V.2. PRESUNCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD E INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA.— V.3. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.— VI. JUSTICIABILIDAD DE LA REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES.— VII. UNA REFERENCIA AL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.— VIII. CONCLUSIONES.— IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En tiempos de crisis económica, el modelo de Estado Social advierte un retroceso en la protección de derechos sociales (DESC), ya que los Estados toman medidas que limitan el contenido de los mismos, incluso a través de legislación de urgencia —por ejemplo, en España se ha planteado una serie de medidas regresivas en materia laboral (Jefatura del Estado, 2012)—. En razón de ello, el presente documento tiene por propósito analizar los alcances del principio de prohibición de regresividad de los derechos sociales y la justiciabilidad de los mismos en América Latina, ya que diversos tribunales latinoamericanos han desarrollado algunos casos sobre la materia —precisamente debido a los recursos económicos limitados de los países latinoamericanos—.

II. REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Las medidas regresivas son «aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido» (OEA, 2005, nota al punto 11). Por ello, el concepto de regresividad puede entenderse en dos sentidos. El primero de ellos es el normativo y se refiere al retroceso de contenidos que una norma posterior modifica respecto de una norma previa. No obstante, conviene aclarar los alcances de una norma regresiva, los cuales pueden entenderse en el siguiente sentido: «(1) cuando [se] recorta o limita el ámbito sustantivo de protección de un derecho; (2) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho» (Corte Constitucional de Colombia, 2008b).

En ambos casos, la regresividad normativa a la que se ha hecho referencia se materializa a través de la derogación o suspensión de normas (Organización de las Naciones Unidas (ONU), 1999, párrafo 19; 2000, párrafo 45; 2002, párrafo 42; 2005, párrafo 34; 2007b, párrafo 64), o la adopción de normas cuyo contenido sea manifiestamente incompatible con derechos reconocidos en el ámbito del derecho interno. Una norma regresiva sería, por ejemplo, aquella que exige mayor tiempo de aportes para la jubilación o para acceder a alguna prestación de la seguridad

social; o una que disminuya el monto de pensión que percibe un jubilado; entre otras (Suárez Franco, 2006, p. 369).

El otro sentido es el de regresividad por resultados de las políticas públicas en materia de derechos sociales. Este se refiere a aspectos como el de la disminución o desviación de los recursos públicos destinados a la satisfacción de cierto derecho; o al deterioro de determinados servicios o prestaciones a las que el Estado se encuentra obligado (Corte Constitucional de Colombia, 2004a).

Ahora bien, existen algunos criterios o estándares que permiten medir de modo cualitativo y cuantitativo la progresividad y/o regresividad normativa, entendida como aquella relativa a las medidas políticas, y que podrían ser aplicados en la práctica de la justicia constitucional —aunque eventualmente se planteen críticas a la falta de especialización de los jueces para llevar a cabo el control sobre políticas estatales— (ONU, 2006).

Estos indicadores pueden ser estructurales, de procesos y de resultados (ONU, 2006). Los primeros guardan relación con la regresividad normativa —aunque también con los mecanismos institucionales para asegurar la eficacia de un derecho—, mientras que los indicadores de procesos y resultados, con la regresividad referida a las políticas adoptadas por los Estados en materia de derechos sociales. Por ejemplo, en el caso del derecho a la salud, algunos indicadores posibles serían los siguientes: i) estructurales —existencia de una ley o política nacional para los discapacitados físicos y mentales, el alcance y cobertura de dicha políticas—; ii) de proceso y de resultado —porcentaje de discapacitados físicos o mentales que tienen acceso a servicios de instituciones públicas o sociales— (Comisión Interamericana de Derechos Humanos - CIDH, 2008).

El uso de las categorías relativas a la regresividad o progresividad tiene sus detractores, pues se considera que estas necesariamente deben fundamentarse en criterios estadísticos que son ajenos a la función judicial y que no colocan el acento en la dimensión individual del derecho social, sino únicamente en la colectiva (Melish, 2005a, pp. 60-61). Sin embargo, como bien señala Uprimny a partir de la jurisprudencia constitucional colombiana, se puede afirmar que el litigio en relación con los derechos sociales se ha articulado sobre la base de la noción de regresividad, aunque también admite que los casos resueltos por la Corte Constitucional, en mayor o menor medida, se han referido a supuestos de regresividad normativa, antes que de análisis de otro tipo de medidas (Uprimny & Guarnizo, 2006).

97

JUSTICIABILIDAD
DE LAS MEDIDAS
REGRESIVAS DE
LOS DERECHOS
SOCIALES.
ALGUNAS
REFLEXIONES
ACERCA DE SU
PROTECCIÓN EN
AMÉRICA LATINA

JUSTICIABILITY
OF REGRESSIVE
MEASURES
OF SOCIAL
RIGHTS. SOME
REFLECTIONS
ABOUT THEIR
JUDICIAL
PROTECTION IN
LATIN AMERICA

III. PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD

El principio de prohibición de regresividad es un correlato del principio de progresividad, en efecto, podría definirse como la dimensión reactiva del mismo (Pisarello, 2006, p. 317). La progresividad se encuentra reconocida en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y en el Protocolo de San Salvador de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Ella puede definirse como el principio que establece que los Estados tienen la obligación de hacer efectivos los derechos sociales, de modo paulatino (OEA, 2005), lo que, además, implica que el Estado tome medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles, tal como lo señalan el artículo 1 del Protocolo de San Salvador (OEA, 1988) y el artículo 2.1. del PIDESC (ONU, 1966). De otro lado, los pactos en mención hacen referencia a medidas regresivas —artículo 5 del Protocolo de San Salvador (OEA, 1988) y artículo 4 del PIDESC (ONU, 1966)— y al hecho de que el Estado debe llevarlas a cabo siempre que se promueva el bienestar general. Esto implica que, en dichos tratados, se admita la aplicación del principio de proporcionalidad como el criterio que determina la procedencia de la limitación¹.

Desde la doctrina constitucional, el concepto de regresividad se ha empleado para definirla como límite frente a las decisiones del legislador y la administración (Hesse, 1978, pp. 86-87). Además, también constituye una garantía de carácter sustantivo a favor del individuo, pues tiende a proteger el contenido de los derechos sociales de los que gozan los individuos (Diez Picazo, 2013, pp. 180ss.). En efecto, en la medida en que el legislador no puede disminuir los logros alcanzados en materia de derechos sociales —y, en ese sentido, los derechos cumplen un rol defensivo—, también debe mantener y/o promover su eficacia plena en el ordenamiento jurídico —rol de garantía—. En ese sentido, negar la existencia del principio significaría admitir que los poderes estatales tienen un amplio margen de apreciación para tomar decisiones de orden regresivo en relación con los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), las cuales podrían calificarse como arbitrarias y, además, desnaturalizarían el principio de fuerza normativa de la Constitución (Sarlet, 2006, pp. 347ss.).

Asimismo, en el modelo de Estado Social, los motivos por los que la prohibición de regresividad debe operar se sustentan en el principio de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad (Courtis, 2006, p. 18). Igualmente, aunque un texto constitucional no establezca de

¹ De hecho, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) se ha referido a la prohibición de regresividad en las Observaciones generales 3 y 14 (ONU, 1990; 2000), mientras que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha recogido una definición del principio de regresividad en el fallo del caso *Acevedo Buendía contra Perú* (2009).

forma concreta la prohibición de regresividad, esta se sustenta en el principio de dignidad de la persona humana. Ahora bien, la prohibición de regresividad no es absoluta, sino que las medidas regresivas pueden ser legítimas, siempre que sean justificadas. Una primera razón se fundaría en el hecho de que los derechos no son absolutos y admiten limitaciones cuando se debe proteger otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicamente relevantes para un ordenamiento jurídico (Tribunal Constitucional - Perú, 2005a, fundamento jurídico 85).

Así, en el caso de la ley de reforma de la Constitución peruana del año 2004 —ley 28389—, el Tribunal Constitucional peruano analizó si dicha norma atentaba contra el derecho a la pensión debido al hecho de que eliminase el régimen pensionario del decreto ley 20530, impusiera una pensión máxima (tope), y eliminase el beneficio de la «nivelación» de las pensiones de los jubilados adscritos al régimen en cuestión. La norma fue declarada constitucional, pues el derecho a la pensión no es absoluto, y tenía por finalidad asegurar la universalidad de la seguridad social y la propia sostenibilidad del sistema pensionario, el cual padecía un gran desequilibrio en su sostenibilidad. En la medida en que existían dos regímenes diferenciados: el del decreto ley 20530 y el del decreto ley 19990, solo los que pertenecían al primero de ellos cobraban pensiones que no estaban sujetas a un tope de pensión máxima, lo que generaba una amplia inequidad en el monto de pensiones percibidas por los jubilados del decreto ley 19990 (Tribunal Constitucional - Perú, 2005a, fundamentos jurídicos 87ss.).

De otro lado, conviene señalar que existen dos niveles o ámbitos de diferenciación en relación con los límites a la regresividad de un derecho social. Así, la prohibición de progresividad encuentra uno de sus límites en la proporcionalidad de la medida, pues puede que haya una medida desproporcional, aunque no afecte necesariamente el núcleo esencial de un derecho; de modo que una medida de este tipo no debiera ser admitida. En otro sentido, un segundo límite es el relacionado con el contenido esencial del derecho social en sí mismo. Se trata de un «límite de límites» frente al legislador y consiste en una garantía que impide que el derecho se desnaturalice en su esencia o sea irreconocible dentro del ordenamiento jurídico. En el acápite siguiente se profundizará sobre la materia.

Por otra parte, es importante hacer referencia a la obligación de los Estados de respetar el principio de igualdad y no discriminación en épocas de reajuste, especialmente con relación a los grupos vulnerables. Si bien este puede ser un elemento que podría definirse como un límite al legislador, también puede plantearse como una obligación complementaria, precisamente porque es de naturaleza relacional (véanse, por ejemplo, las Observaciones generales del Comité DESC

99

JUSTICIABILIDAD
DE LAS MEDIDAS
REGRESIVAS DE
LOS DERECHOS
SOCIALES.
ALGUNAS
REFLEXIONES
ACERCA DE SU
PROTECCIÓN EN
AMÉRICA LATINA

JUSTICIABILITY
OF REGRESSIVE
MEASURES
OF SOCIAL
RIGHTS. SOME
REFLECTIONS
ABOUT THEIR
JUDICIAL
PROTECTION IN
LATIN AMERICA

referidas la protección de los grupos en desventaja y al principio de no discriminación: ONU, 1990; 1991; 1994; 1999). Así, lo planteado por dichos órganos se puede leer como una obligación negativa del Estado de no adoptar medidas que afecten directa o indirectamente a estos grupos, pero también, en sentido positivo, como la exigencia de que el Estado adopte medidas que protejan a dichos grupos, mediante la adopción de programas de relativo bajo costo, incluso en situaciones de crisis económica (ONU, 1990, párrafo 12).

IV. LA RELACIÓN CON EL CONCEPTO DE CONTENIDO ESENCIAL O «MINIMUN CORE»

Desde el Sistema Universal de Derechos Humanos, se ha planteado que los Estados tienen la obligación de asegurar mínimamente² un derecho social. Sin embargo, a partir de la Observación general 14 (ONU, 1991), el Comité PIDESC ha indicado que existen obligaciones básicas que son inderogables, incluso en épocas de crisis económicas. En relación con esto, podría afirmarse que la perspectiva del Comité PIDESC acerca del tratamiento del contenido mínimo de los derechos sociales se ha modificado con el paso del tiempo (Rossi, 2006). En un inicio, la posición del Comité PIDESC estaba mucho más ligada a un concepto de progresividad más flexible, ya que admitía la posibilidad de que el Estado argumentara la ausencia de cumplimiento de los estándares por falta de recursos o que indicara que hacía los mejores esfuerzos para cumplir con los estándares correspondientes. La posición expresada en la Observación general 14, en cambio, no acepta la falta de recursos o la crisis económica como excusas para no garantizar al menos la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de la protección de un derecho social (Parra, 2006, p. 59). Esta última sería una tesis absoluta de tutela de los derechos.

En otro sentido, se podría aludir al concepto de contenido esencial derivado de la teoría constitucional, el cual puede fungir de límite ante un eventual caso de regresividad (de hecho, Häberle, por ejemplo, considera que el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn tiene naturaleza de garantía institucional, pues funciona precisamente como límite al legislador en épocas de crisis, 2013, pp. 221-222.). Podría afirmarse que el concepto de contenido esencial aplicable a los derechos sociales tiene dos elementos: i) las características y facultades que identifican el derecho, sin las cuales se desnaturalizaría, y ii) las atribuciones que permiten su ejercicio, de tal forma que, al limitarlas,

2 «[...] el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos» (ONU, 1990, párrafo 10).

el derecho fundamental se hace impracticable (Corte Constitucional de Colombia, 2008c).

Aunque los conceptos del derecho internacional y el derecho constitucional no son necesariamente equiparables, podrían articularse, ya que ello permitiría definir los alcances de un derecho social en los distintos ordenamientos (Corte Constitucional de Colombia, 2008c). Así, por ejemplo, cabría señalar que la incorporación o adopción del contenido del derecho a la salud por parte del Comité PIDESC permitiría contribuir a fortalecer la judicialización de los DESC en el seno de las judicaturas nacionales. Ahora bien, conviene indicar que el contenido esencial del derecho se define en función de cada contexto, por ello, dicha concepción no es trascendental ni abstracta, sino que se construye a partir de cada ordenamiento (Porter, 2005, p. 53), a través del examen de ponderación que tiene una función defensiva y una aplicación dirigida a definir los contenidos de un derecho (Bernal Pulido, 2005).

Al respecto, se puede mencionar el caso peruano y la configuración del contenido esencial del derecho a la pensión a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo que ha servido para determinar si las actuaciones del legislador que limitan el tratamiento legislativo del derecho a la pensión son constitucionales o no. Así, se puede señalar que el contenido esencial del mismo, consistiría en (a) el aseguramiento del acceso a un sistema de pensiones, (b) el establecimiento de los requisitos para el acceso a una pensión, (c) el establecimiento de un mínimo vital, y (d) la igualdad (Tribunal Constitucional de Perú, 2005a; 2005b, fundamento jurídico 37). Sobre esta base, el Tribunal Constitucional peruano ha declarado fundadas acciones de amparo de pensionistas a los que se les restringía el derecho en cualquiera de estas dimensiones (Tribunal Constitucional - Perú, 2005b, fundamentos jurídicos 37ss.).

Habría que señalar que la teoría del contenido esencial en modo alguno se asume desde el punto de vista de la tesis absoluta, sino desde la perspectiva relativa. Es decir, este debe definirse a partir de cada caso en concreto. De lo contrario, la teoría absoluta y/o abstracta en realidad establecería una jerarquización de contenidos de un derecho respecto de otros bienes, lo cual contradice el igual tratamiento de los mismos.

En efecto, en el caso peruano, existen otros supuestos en los que el contenido esencial del derecho a la pensión se ha ampliado (sobre el concepto de contenido esencial y su aplicación en el ordenamiento peruano, véase Landa Arroyo, 2011). Por ejemplo, el Tribunal Constitucional indicó que, si bien las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, sí son tutelables en supuestos en los que se les deniegue la pensión de sobrevivencia, aun cuando cumplieren con los requisitos legales para ser beneficiarios de ella (Tribunal Constitucional

JUSTICIABILIDAD
DE LAS MEDIDAS
REGRESIVAS DE
LOS DERECHOS
SOCIALES.
ALGUNAS
REFLEXIONES
ACERCA DE SU
PROTECCIÓN EN
AMÉRICA LATINA

JUSTICIABILITY
OF REGRESSIVE
MEASURES
OF SOCIAL
RIGHTS. SOME
REFLECTIONS
ABOUT THEIR
JUDICIAL
PROTECTION IN
LATIN AMERICA

de Perú, 2005b, fundamento jurídico 37, d). La relatividad del contenido esencial se ha corroborado en el caso Tueros del Risco, en el que un reclamante de 90 años, si bien percibía una pensión, reclamaba un reajuste que sea conforme a la cantidad de años que realizó aportes al sistema pensionario (Tribunal Constitucional -Perú, 2006). Aunque esta era una cuestión de mera legalidad —para determinar la norma que se le aplicaba en el cálculo de la pensión— y el caso habría resultado improcedente, dada la avanzada edad del demandante, la sentencia se declaró fundada.

Esta sentencia refleja que el concepto de contenido esencial en realidad se define en cada situación concreta. Así, se puede apreciar que, en los ejemplos señalados, la tutela de los derechos ha permitido que el derecho a la pensión no se desnaturalice ni quede irreconocible por causa del concepto de pensión que se asume en razón del lenguaje común y de los intereses que se protegen a través del derecho en mención, y que se delimita, en última instancia, en función de situaciones específicas (Tribunal Constitucional de España, 1981). Finalmente, conviene señalar que el uso del concepto de contenido esencial como límite a la función restrictiva de los legisladores se corresponde con una categorización del control de las medidas regresivas en sentido fuerte, en tanto y en cuanto, a partir de este, se puede lograr que los tribunales planteen medidas bastante específicas a los legisladores o al Poder Ejecutivo en aras de revertir una medida regresiva (Young, 2012, p. 84).

V. TEST PARA ANALIZAR LAS MEDIDAS REGRESIVAS: EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD

En el presente texto, se plantea que el *test* de proporcionalidad es la técnica que no solo permite defender contenidos de derechos, sino también definirlos. Para mostrar esto, es preciso plantear algunos de los pasos aplicables en el caso de los derechos sociales. Ahora bien, tanto el Comité PIDESC, como la CIDH y la Corte IDH han planteado criterios a tomar en cuenta en la evaluación de una medida regresiva. Sin embargo, estos elementos reconducen al examen de proporcionalidad que se plantea en las líneas que siguen, ya que de algún modo reflejan, o se traducen en, cada uno de los pasos del mencionado *test*.

Así, las reglas planteadas en la Observación general 19 del Comité PIDESC hacen referencia a la necesidad de justificar la medida regresiva, a la existencia de alternativas posibles, a la consideración de si las medidas eran directamente o indirectamente discriminatorias, entre otros puntos (ONU, 2007b). También la Observación general 3 del Comité PIDESC incorpora una serie de criterios a tomar en cuenta en el caso de medidas regresivas (ONU, 1990). Precisamente, la Corte IDH, en el caso Acevedo Buendía contra Perú, ha apelado a esta

observación para señalar que, en el caso de que se aduzca una limitación de un derecho social, se tendrá en cuenta si la medida ha afectado a grupos vulnerables, la situación económica del Estado, si se analizó la posibilidad de plantear medidas alternativas, y si la medida respetó los estándares de derecho internacional (Corte IDH, 2009, nota 87). Con todo, como se ha señalado, estos elementos responden, de una u otra manera, a cada uno de los pasos del *test* de proporcionalidad.

V.1. Limitación a través de una ley formal

La limitación de un derecho social través de la ley es un requisito asentado en la teoría constitucional e internacional de los derechos. La ley es una garantía primaria de satisfacción de un derecho civil y social, pero también un límite formal al legislador. Así, la legislación de desarrollo de un derecho podrá establecer de manera detallada y específica los alcances de un derecho en un ordenamiento (Liebenberg, 2001, pp. 79-80). Este requisito ha sido planteado en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 5 del Protocolo de San Salvador (OEA, 1988), el cual señala, en concreto, que las medidas regresivas solo se pueden adoptar a través de una ley siempre que ello apunte a promover el bienestar general en una sociedad democrática.

Empero, en el modelo de Estado Social, uno de los problemas que es necesario enfrentar es el de la deslegalización del mismo³. Tal como lo plantea Ferrajoli, la refundación del principio de legalidad de este modelo de Estado es compleja, ya que debe enfrentar el proceso de inflación legislativa, el de descodificación legislativa y el tratamiento de materias, «incluso de índole penal, bajo el signo de la emergencia y la excepción» (2003, p. 16).

V.2. Presunción de inconstitucionalidad e inversión de la carga de la prueba

Algún sector de la doctrina ha planteado que el principio de prohibición de regresividad genera una presunción de inconstitucionalidad respecto de la medida que ocasiona el retroceso en la prestación de un derecho social (Courtis, 2006, pp. 29ss.). Ello se debe al hecho de que el Comité PIDESC ha esbozado, en diversas Observaciones generales, que en el caso de las medidas regresivas «existe una fuerte presunción de que su adopción está prohibida por el Pacto de Derechos Económicos, Sociales

JUSTICIABILIDAD
DE LAS MEDIDAS
REGRESIVAS DE
LOS DERECHOS
SOCIALES.
ALGUNAS
REFLEXIONES
ACERCA DE SU
PROTECCIÓN EN
AMÉRICA LATINA

JUSTICIABILITY
OF REGRESSIVE
MEASURES
OF SOCIAL
RIGHTS. SOME
REFLECTIONS
ABOUT THEIR
JUDICIAL
PROTECTION IN
LATIN AMERICA

3 De hecho, el artículo 5 del Protocolo de San Salvador, establece que los Estados solo pueden establecer limitaciones a los derechos sociales «mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos» (OEA, 1988).

y Culturales» y que en todo caso corresponde al Estado «justificarlas adecuadamente» (ONU, 2000; 2002; 2007b).

Ahora bien, aquellos que proponen la inversión de la carga de la prueba también indican que la medida regresiva se presume inconstitucional, es decir, realizan una analogía con el caso de la prohibición de discriminación respecto de grupos vulnerables, en el que sí opera una presunción de este tipo. Sin embargo, no se existe una razón para diferenciar el tratamiento de los derechos sociales respecto del tratamiento de otros derechos fundamentales, cuando son restringidos. Por ende, como regla general, debería admitirse la presunción de constitucionalidad de una ley aunque fuera regresiva (Ferrerres Comella, 2007, pp. 222-225).

No obstante, no debe perderse de vista que la regresividad de los derechos sociales podría estar emparentada con la afectación del principio de igualdad y no discriminación. En ese sentido, en el examen de una medida regresiva, el juez deberá evaluar si esta ha afectado el principio de igualdad y, en especial, si es que la medida se ha tomado «[...] teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos marginados, si las medidas fueron no discriminatorias y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo» (ONU, 2007a, punto 8, f).

V.3. Principio de proporcionalidad

En la doctrina que ha abordado el tema, existe consenso con respecto a que las medidas regresivas se analizan a través del principio de proporcionalidad. En ese sentido, se aplicarán los pasos ya conocidos: (1) legitimidad, (2) adecuación, (3) idoneidad, y (4) proporcionalidad en sentido estricto (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2009b, párrafos 50, 65; 2009a).

VI. JUSTICIABILIDAD DE LA REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Algunas objeciones al control judicial son las limitaciones económicas de los Estados, que los jueces no estén preparados para analizar la regresividad de los derechos, y que la defensa de los derechos sociales amenace la democracia en sí misma, según el argumento de la dificultad contramayoritaria. Más allá de las discusiones teóricas, en la experiencia constitucional comparada, los tribunales constitucionales brindan tutela a través de la tesis de interdependencia con los derechos civiles o, como sucede en el caso de Colombia, se les otorga protección autónoma (Corte Constitucional, 2008d; 2012).

A partir del derrotero seguido por los tribunales, Tushnet ha propuesto una clasificación relacionada con la distinción entre «cortes fuertes» y «cortes débiles», y con el impacto de estas en la protección de los derechos fundamentales (2008, pp. 255ss.). En relación con ello, señala que la mejor forma de proteger los derechos sociales es la que se denomina «débil» y es crítico con las formas fuertes de control de los derechos sociales. En ese sentido, indica que los fallos de los tribunales deben ser meramente declarativos, pues aunque los derechos sociales son justiciables, su naturaleza permite que el legislador tenga un amplio margen de discrecionalidad respecto a su configuración. En todo caso, señala que los jueces pueden indicar u ordenar al Estado la adopción de un plan o política destinado a revertir la violación de un derecho social, pero sin fijar un plazo específico para ello, lo que convierte a esta medida en débil. Asimismo, los jueces pueden limitarse a hacer referencia a la obligación de progresividad con la que los Estados deben cumplir. Para Tushnet, el caso sudafricano *Grootboom* es un ejemplo de protección débil de los derechos sociales, puesto que la Corte sudafricana no estableció un plazo específico para que el Estado cumpliera con la adopción de una política dirigida a promover el acceso a la vivienda. De hecho, afirmó que el Estado tenía la obligación de acuerdo con la disponibilidad de sus recursos y de forma progresiva⁴.

En todo caso, quienes defienden la visión de las medidas débiles, así como quienes abogan por la defensa de los DESC a través de casos individuales, en realidad sustentan su postura en el hecho de que los tribunales no tienen la suficiente legitimidad para controlar medidas del Legislativo en relación con los derechos sociales (Landau, 2012). Mientras tanto, en el caso de las medidas fuertes, los tribunales establecen de modo específico las medidas y metas que el Estado debe alcanzar para revertir la violación de un derecho social, así como un seguimiento detallado de las acciones del Estado frente a los alcances de su fallo. La dificultad que enfrentan estas medidas es su incumplimiento eventual y la tensión que puede generarse entre los poderes estatales.

Si bien la Corte Constitucional colombiana podría considerarse como un tribunal de medidas fuertes, su perfil oscila entre la aplicación de sentencias con alcances individuales y lo que se ha denominado sentencias estructurales, es decir, aquellas cuyo contenido se refiere a «[...] cosas propias de la administración pública, de la rama ejecutiva u otras ramas del poder público» (Sierra Porto, 2013). A través de los fallos estructurales, la protección de los DESC podría tener un impacto mayor en la protección de los grupos sociales vulnerables de una sociedad. En líneas generales, quienes resaltan este tipo de alcances de los fallos

JUSTICIABILIDAD
DE LAS MEDIDAS
REGRESIVAS DE
LOS DERECHOS
SOCIALES.
ALGUNAS
REFLEXIONES
ACERCA DE SU
PROTECCIÓN EN
AMÉRICA LATINA

JUSTICIABILITY
OF REGRESSIVE
MEASURES
OF SOCIAL
RIGHTS. SOME
REFLECTIONS
ABOUT THEIR
JUDICIAL
PROTECTION IN
LATIN AMERICA

4 «Section 26(2) of the Constitution requires the state to devise and implement within its available resources a comprehensive and coordinated programme progressively to realise the right of access to adequate housing [...]» (Corte Constitucional de Sudáfrica, 2000).

de la Corte Constitucional consideran que la labor de los jueces debe extenderse a materias que tradicionalmente han sido de libre discrecionalidad de los legisladores o el poder Ejecutivo. Un ejemplo de esto puede observarse en el caso de los desplazados en Colombia. Sobre el mismo, Rodríguez Garavito plantea que, luego de la sentencia de la Corte Constitucional en materia de desplazados (Corte Constitucional, 2004a), el Gobierno colombiano incrementó el presupuesto destinado a la erradicación del problema relativo a los desplazados y fomentó el fortalecimiento de la infraestructura que permitiera brindar atención a los desplazados. El caso en cuestión, en uno de sus aspectos, se refirió al hecho de que el Estado, ya fuera por vía de apropiación presupuestal y/o de la omisión en la corrección de las falencias de capacidad institucional, había incumplido con el desarrollo progresivo del goce efectivo de los derechos de la población desplazada. De ese modo, el fallo contribuyó a activar la maquinaria estatal, ya que el Estado no realizaba los esfuerzos suficientes por mejorar los servicios para los desplazados y/o para evitar el deterioro de los mismos. Por otra parte, dichos fallos estructurales tienen una dimensión simbólica e instrumental relevante porque visibilizaron la problemática de los desplazados (Rodríguez Garavito & Rodríguez Franco, 2010, pp. 90ss.). En efecto, se declaró el estado de cosas inconstitucionales y se ordenó un plazo para que el Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia determinara la situación de los desplazados en el país, y que adoptara un cronograma preciso para superar las falencias de los servicios a favor de los desplazados, entre otros puntos.

No obstante lo mencionado, también existen otros fallos que se consideran más cuestionables en relación con la regresividad de los derechos sociales. Esto es así porque la Corte Constitucional, bajo la lógica del control únicamente normativo de las medidas regresivas, ha obviado analizar los resultados de estas, a pesar de que algunos sectores de la sociedad colombiana consideran que este debería ser un elemento a tener en cuenta (Comisión Colombiana de Juristas, 2010). Como fuere, la protección de los derechos sociales frente a medidas regresivas en Colombia también ha pasado por diversas etapas. En la década pasada, por ejemplo, la Corte colombiana asumió una postura absoluta por medio de la cual cualquier situación de regresividad involucraba una declaratoria de inconstitucionalidad.

En el fallo recaído en la sentencia C754 de 2004 que analizó una norma regresiva en relación con el régimen de transición del sistema pensionario, la Corte Constitucional optó por la regla absoluta de la prohibición de regresividad (2004c). En concreto, se examinó la ley 860 de 2003, que establecía requisitos más estrictos para el acceso a pensiones que los que había planteado inicialmente la ley 100 de 1993, y se concluyó que los afiliados al régimen de transición tenían derecho

a que no se modifiquen las condiciones establecidas previamente por la ley. Esto equivalía a que una modificación que modificara dichas reglas era en sí misma inconstitucional —aunque la regresividad no hubiera sido analizada en términos materiales—. Sin embargo, en el salvamento de voto de los magistrados Cepeda y Uprimny se cuestionó la decisión que la Corte había tomado por mayoría, pues dichos magistrados consideraban que el fallo se sustentaba en una perspectiva absoluta de la prohibición de regresividad, la cual, además, impidió que se llevase a cabo un examen de proporcionalidad que hubiera permitido determinar si la medida adoptada era inconstitucional, pero por irrazonable o desproporcional y no por el simple hecho de que se hubiera configurado una medida regresiva (Corte Constitucional, 2004c, Salvamento parcial y aclaración de voto a la sentencia, párrafo 3). Sobre este asunto, Uprimny ha señalado posteriormente que esta posición de la Corte se debió a que, en su momento, asumió como suyas las teorías de corte civilista sobre los derechos adquiridos (Uprimny & Guarnizo, 2006, p. 15, 20).

En la actualidad, la Corte colombiana se encuentra en un etapa en la que ha asumido que no toda medida regresiva es inconstitucional, sino que busca determinar si lo es por medio del análisis material de la medida (tesis intermedia). El caso relativo al control de leyes anuales de presupuesto regresivas es una sentencia interpretativa con medidas fuertes, que además recayó sobre un caso generalizado, aunque en concreto se centró en el análisis normativo de la regresión y no se realizó un análisis de la regresividad por resultados. Este es un asunto en el que se analizó la constitucionalidad de la Ley Anual de Presupuesto de 2004 que «congeló» el monto que se otorgaba anualmente a las universidades públicas. En concreto, si bien la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de la norma, señaló que el Gobierno mencionado debía incluir las partidas necesarias para mantener, cuanto menos, los niveles alcanzados de cobertura y calidad del servicio público de educación superior. Si bien el Gobierno debía mantener actualizado el valor de las transferencias otorgadas al sector de educación superior con el fin de mantener los niveles de cobertura del mismo —para evitar la regresividad—, este podía limitarse si existía un objetivo legítimo, como era la reducción del déficit fiscal (Corte Constitucional, 2004d). Pero, en la medida en que el Gobierno no demostró que esta era la alternativa menos gravosa, se decidió que el congelamiento del presupuesto a favor de las entidades de educación superior era desproporcionado. Como se puede observar, en esta situación la Corte Constitucional estableció de manera muy concreta que el Gobierno debía incrementar el presupuesto en materia educativa, incluso se planteó como plazo límite el ejercicio fiscal de 2004 —precisamente por la caducidad de la norma—.

JUSTICIABILIDAD
DE LAS MEDIDAS
REGRESIVAS DE
LOS DERECHOS
SOCIALES.
ALGUNAS
REFLEXIONES
ACERCA DE SU
PROTECCIÓN EN
AMÉRICA LATINA

JUSTICIABILITY
OF REGRESSIVE
MEASURES
OF SOCIAL
RIGHTS. SOME
REFLECTIONS
ABOUT THEIR
JUDICIAL
PROTECTION IN
LATIN AMERICA

Por otra parte, tenemos el fallo 038-2004 que analizó la constitucionalidad del Código Sustantivo del Trabajo (Corte Constitucional, 2004b). La ley 782 de 2002 introdujo una serie de reformas que extendían el horario del trabajo diurno: se pasó de un horario de 6:00 a 18:00, a un horario de 6:00 a 22:00 horas. Esta modificación del horario reducía el porcentaje de remuneración de los trabajadores que laboraban luego de las 18:00 horas; además, las reformas reducían las indemnizaciones por despido sin causa justa en los contratos a término indefinido; entre otras medidas regresivas. Estos dispositivos se declararon constitucionales, ya que la finalidad de la ley fue favorecer el empleo por medio de reformas que facilitasen la contratación de nuevas personas. La ley concordaba con los mandatos constitucionales de propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y dar pleno empleo a todos los recursos humanos (artículos 54 y 334 de la Constitución). Igualmente, se indicó que el legislador mantenía una protección a favor del horario nocturno —aunque se había reducido—, de modo que cumplía con la garantía mínima en relación con este aspecto de los derechos laborales. Asimismo, en tanto el legislador mantenía la protección reforzada de determinados grupos de trabajadores —mujeres— y garantizaba la estabilidad laboral a través de otros mecanismos, la reducción en el pago de la indemnización por despido injusto era proporcional (Corte Constitucional, 2004b).

Ahora bien, este asunto suscitó diversas críticas, pues se consideró que las medidas regresivas no generaron mayores puestos de trabajo. De hecho, en el año 2008, la Corte Constitucional resolvió una nueva demanda contra la ley 782 de 2002. Sin embargo, en esta oportunidad declaró que el objeto de la demanda constituía cosa juzgada relativa y, además, no se había demostrado que hubiera existido un cambio de circunstancias normativas o fácticas que hubieran generado que la Corte conociera el fondo del caso. Al respecto, el magistrado Humberto Sierra Porto, en su voto particular, estableció su posición contraria a la del fallo en mayoría. En efecto, el juez apeló a la existencia de informes relativos a los resultados de la reforma laboral, cuestión que involucraría su adherencia a la posibilidad de que un tribunal evalúe la regresividad por resultados. Aunque los informes que se presentaron no permitían arribar a una decisión concluyente, de hecho existen contradicciones entre los distintos documentos que han analizado el tema, el magistrado señaló que debió haberse declarado la inconstitucionalidad de los preceptos regresivos de las leyes, en tanto y en cuanto existía una presunción de inconstitucionalidad sobre los mismos (Corte Constitucional, 2008a, Salvamento de voto del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto).

VII. UNA REFERENCIA AL SISTEMA INTER-AMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

En relación con la judicialización de supuestos de regresividad de los DESC en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte IDH ha analizado pocos casos que versen sobre asuntos salariales y pensionarios. En estos supuestos, ha brindado tutela a través de una concepción amplia del derecho de propiedad, pero ha evitado pronunciarse sobre la violación del artículo 26 de la CADH.

En el caso Cinco Pensionistas contra el Perú (Corte IDH, 2003), se analizó el caso de cinco pensionistas que, de acuerdo con la legislación peruana en materia de jubilación, tenían derecho a percibir pensiones nivelables —en relación con la remuneración de los servidores públicos—. No obstante, en 1992 sus pensiones se vieron reducidas hasta en un 80% por medio de un decreto ley. Por lo que se argumentó que se había afectado el artículo 26 de la CADH. Empero, la Corte IDH señaló que no podía evaluar la vulneración del artículo 26, ya que la demanda tenía como víctimas a un número reducido de peticionarios.

Sin embargo, a partir de 2009, con la emisión del fallo Acevedo Buendía, el artículo 26 se ha categorizado como justiciable en el ámbito de la competencia contenciosa de la Corte IDH, lo que podría implicar que el asunto no se plantee solo en función de la dimensión colectiva del derecho social afectado. Al respecto, la Corte IDH indicó que «es competente para decidir si el Estado ha incurrido en una violación o incumplimiento de alguno de los derechos reconocidos en la Convención, inclusive en lo concerniente al artículo 26 de la misma» (Corte IDH, 2009, párrafo 17). No obstante, la Corte IDH aún no se ha pronunciado de manera concreta sobre la materia, aunque teóricamente el dispositivo en mención es justiciable

De hecho, la Corte IDH ha resuelto otro caso de regresividad, pero únicamente respecto de la afectación del derecho de propiedad. Se trata del asunto Abril Alosilla contra Perú (2011), en el que se alegó la regresividad de los montos salariales que percibían los trabajadores y funcionarios públicos de la empresa SEDAPAL (Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima), por la aplicación retroactiva del decreto ley 28576 (1992) que eliminaba el sistema de reajuste automático salarial aplicable al sector al que pertenecían. La Corte IDH no cuestionó la eliminación del sistema de reajuste en sí mismo, incluso consideró justificada la medida en cuestión —regresión normativa—, pues fue aplicada en un contexto en el que el Perú atravesaba por un proceso hiperinflacionario que generó una caída de las remuneraciones, pero, al mismo tiempo, un amplio déficit fiscal, entre otros problemas de índole económica (Corte IDH, 2011). Sin embargo, condenó que la ley se aplicara en sentido retroactivo respecto de las remuneraciones de las

109

JUSTICIABILIDAD
DE LAS MEDIDAS
REGRESIVAS DE
LOS DERECHOS
SOCIALES.
ALGUNAS
REFLEXIONES
ACERCA DE SU
PROTECCIÓN EN
AMÉRICA LATINA

JUSTICIABILITY
OF REGRESSIVE
MEASURES
OF SOCIAL
RIGHTS. SOME
REFLECTIONS
ABOUT THEIR
JUDICIAL
PROTECTION IN
LATIN AMERICA

víctimas generadas a lo largo del año 1992, a pesar de que la ley entró en vigencia a finales de dicho año, pues ellas ya se habían incorporado al patrimonio de las víctimas y, por ende, la aplicación de la medida era inconstitucional⁵.

Asimismo, a partir del año 2009, la CIDH ha resuelto casos relativos a la regresividad de los DESC, en función del artículo 26 de la CADH. El caso de la reforma constitucional que eliminó la nivelación de pensiones e impuso topes máximos de pensión, tras el cierre del régimen del decreto ley 20530, fue analizado por la CIDH sobre la base del artículo 26 de la CADH, aunque la Comisión declaró que dicho artículo no se había vulnerado (CIDH, 2009a). El establecimiento de los topes máximos en materia de pensiones no afectó el contenido esencial del derecho, máxime cuando este estaba por encima de la pensión máxima que consagraba el decreto ley 1990. Asimismo, en la medida en que la reforma anulaba el hecho —solo una minoría de pensionistas fueran los beneficiarios de la nivelación de pensiones, que por «su alto costo, dificultaba mejorar progresivamente las condiciones de los pensionistas no beneficiados por dicha figura»—, la medida regresiva no se consideró violatoria de la CADH (CIDH, 2009a, párrafo 143).

Igualmente, en el caso MOSAP y otros (CIDH, 2009c), la CIDH declaró inadmisile la alegación de la afectación del artículo 26 de la CADH, causada aparentemente por una reforma de la Constitución brasilera que obligaba a los jubilados a pagar un impuesto, cuando anteriormente estaban exentos de ello. Sobre el tema, la CIDH indicó que la restricción era legítima y se justificaba en la necesidad de asegurar a los actuales y futuros jubilados el derecho a recibir una pensión, en el marco de un sistema contributivo y solidario (CIDH, 2009c, párrafo 51; 2009b), así como en el hecho de que los jubilados con menores ingresos no tuviesen que cumplir con la obligación cuestionada.

No obstante el incipiente desarrollo de la justiciabilidad de los derechos sociales, la protección de los derechos sociales es aún bastante limitada, la Corte IDH emite fallos con medidas específicas en materia de reparaciones, no solo en cuanto a la restitución y/o reparación de los derechos de las víctimas, sino también respecto del establecimiento de medidas generales que podrían calificar como políticas y que, eventualmente, han sido o son de libre disposición del legislador nacional (Melish, 2005, pp. 192ss.).

Así, se podría afirmar que las sentencias de la Corte IDH responden en alguna medida al concepto de «fallos estructurales», puesto que

5 Esto guarda relación con el hecho de que la Constitución peruana se adscribe a la perspectiva de los hechos cumplidos. Bajo esta regla es posible que las medidas regresivas respecto de los derechos sean conformes con la Constitución de 1993 y los Tratados de Derechos Humanos.

establecen de manera específica, e incluso con plazos determinados, las acciones que el Estado condenado debe adoptar como reparación —en la lógica de las garantías de no repetición—. En el caso Instituto de Reeducción del Menor contra Paraguay, la Corte IDH ordenó al Estado que adoptase, en un plazo de seis meses, una política relativa a los niños y adolescentes en conflicto con la ley. Dicha política debía incluir la separación de niños y adultos en los centros de reclusión, así como «la creación de programas de educación, médicos y psicológicos integrales para todos los niños privados de libertad» (Corte IDH, 2004a, párrafo 317). Igualmente, en el caso Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala, el Estado debía implementar un programa de vivienda que otorgue a las víctimas de la masacre un conjunto habitacional en un periodo que no excediera de los cinco años, a fin de reparar la pérdida de sus casas y animales, y el desplazamiento forzado que habían sufrido (Corte IDH, 2004b, párrafo 105).

VIII. CONCLUSIONES

1. Las medidas regresivas sobre los derechos sociales son justiciables, aunque la atención se ha centrado especialmente en las medidas regresivas de orden normativo.
2. El principio de prohibición de regresividad admite limitaciones a los alcances y cobertura de un derecho social, ya que ningún derecho es absoluto.
3. Los límites a la prohibición de regresividad son la proporcionalidad de la medida, pero también el contenido esencial del derecho social.
4. El contenido esencial, entendido como límite de límites, no se define de manera abstracta o universal, sino que se articula en cada contexto, de acuerdo con la realidad de cada ordenamiento y de cada caso en concreto.
5. El test de proporcionalidad es la medida que permitirá determinar si una medida regresiva es proporcional o no, además, se debe analizar si la medida regresiva fue adoptada a través de una ley como paso previo a dicho examen.
6. Aunque en el seno del derecho internacional y de algunas judicaturas constitucionales existe una tendencia a señalar que el principio de prohibición de regresividad involucra una inversión de la carga de la prueba, esta regla solo operara en los casos en los que la regresividad se encuentre vinculada a una afectación del derecho de igualdad y no discriminación.

111

JUSTICIABILIDAD
DE LAS MEDIDAS
REGRESIVAS DE
LOS DERECHOS
SOCIALES.
ALGUNAS
REFLEXIONES
ACERCA DE SU
PROTECCIÓN EN
AMÉRICA LATINA

JUSTICIABILITY
OF REGRESSIVE
MEASURES
OF SOCIAL
RIGHTS. SOME
REFLECTIONS
ABOUT THEIR
JUDICIAL
PROTECTION IN
LATIN AMERICA

7. Existen diversos perfiles de cortes en relación con los fallos que emiten cuando de proteger derechos sociales se trata —cortes débiles, fuertes o mixtas—.
8. La Corte Constitucional de Colombia ha resuelto diversos casos relativos a la regresividad de los derechos sociales, adoptando medidas específicas que imponen plazos al Poder Legislativo, pero en otros casos ha brindado una mayor deferencia al legislador, aun cuando ello ha sido cuestionable a nivel social y político.

IX. BIBLIOGRAFÍA

Bernal Pulido, Carlos (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Comisión Colombiana de Juristas (2010). Informe sobre la prohibición de regresividad en derechos económicos, sociales y culturales en Colombia: fundamentación y casos (2002-2008). Bogotá. Recuperado el 18 de marzo de 2014 de http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/inf_2010_n1.pdf.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2008). Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Informe temático. OEA/Ser.L/V/II.132.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2009a). Asociación nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras. Informe de admisibilidad y fondo 38/09, caso 12.670. Perú, 27 de marzo de 2009.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2009b). Pensionados del Banco Nacional de Desarrollo Agrícola —Bandesa—. Informe de admisibilidad 102/09, petición 1380-06. Guatemala, 29 de octubre de 2009.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2009c). Contribución a la seguridad social de funcionarios públicos jubilados y pensionistas – MOSAP y otros. Informe de inadmisibilidad 132/09, petición 644-05. Brasil, 12 de noviembre de 2009.

Corte Constitucional (Colombia) (2004a). Sentencia T-025/04. Expedientes 653010 & otros. 22 de enero de 2004.

Corte Constitucional (Colombia) (2004b). Sentencia C-038/04. Expediente D-4661. 27 de enero de 2004.

Corte Constitucional (Colombia) (2004c). Sentencia C-754/04. Expedientes D-5092 & D-5093. 10 de agosto de 2004.

Corte Constitucional (Colombia) (2004d). Sentencia C-931/04. Expediente D-5125. 29 de setiembre de 2004.

Corte Constitucional (Colombia) (2008a). Sentencia C-257/08. Expediente D-6822. 12 de marzo de 2008.

Corte Constitucional (Colombia) (2008b). Sentencia C-507/08. Expediente D-6987. 21 de mayo de 2008.

Corte Constitucional (Colombia) (2008c). Sentencia C-756/08. Expediente D-7182. 30 de julio de 2008.

Corte Constitucional (Colombia) (2008d). Sentencia T-760/08. Expedientes 1281247 & otros. 31 de julio de 2008.

Corte Constitucional (Colombia) (2012). Sentencia T-314/12. Expedientes T-3296229 & otros. 30 de abril de 2012.

Corte Constitucional de Sudáfrica (2000). Government of the Republic of South Africa and others v Grootboom and others. Caso CCT 11/00. Sentencia. 4 de octubre de 2000.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2003). Caso «Cinco Pensionistas» vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Serie C número 98. 28 de febrero de 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2004a). Caso «Instituto de Reeducción del Menor» vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Serie C número 112. 2 de setiembre de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2004b). Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Reparaciones. Sentencia. Serie C número 116. 19 de noviembre de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2009). Caso Acevedo Buendía y otros («Cesantes y Jubilados de la Contraloría») vs. Perú. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Serie C número 198. 1 de julio de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2011). Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia. Serie C número 223. 4 de marzo de 2011.

Courtis, Christian (2006). La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. En Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (pp. 3-52). Buenos Aires: Del Puerto.

Diez Picazo, Luis (2013). *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson-Civitas.

Ferrajoli, Luigi (2003). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.

Ferreres Comella, Víctor (2007). *Justicia constitucional y democracia* (segunda edición). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

JUSTICIABILIDAD
DE LAS MEDIDAS
REGRESIVAS DE
LOS DERECHOS
SOCIALES.
ALGUNAS
REFLEXIONES
ACERCA DE SU
PROTECCIÓN EN
AMÉRICA LATINA

JUSTICIABILITY
OF REGRESSIVE
MEASURES
OF SOCIAL
RIGHTS. SOME
REFLECTIONS
ABOUT THEIR
JUDICIAL
PROTECTION IN
LATIN AMERICA

Häberle, Peter (2003). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson.

Hesse, Konrad (1978). *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller.

Jefatura del Estado (España) (2012). Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. *Boletín Oficial del Estado*, 36 (11 de febrero), sección I, 12483-12546. BOE-A-2012-2076.

Landa Arroyo, César (2011). Right to social security in constitutional Peruvian case-law. En Mo Jihong (ed.). *Study on the worldwide constitutional law, III* (pp. 285-320). China: China Chapter, International Association of Constitutional Law.

Landau, David (2012). Grootboom and the One-Case (or country?) Canon on Social Rights. Recuperado el 19 de marzo de 2014 de http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1142&context=schmooze_papers.

Liebenberg, Sandra (2001). The Protection of Economic and Social Rights in Domestic Legal Systems. En Asbjørn Eide & otros (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights* (segunda edición) (pp. 55-84). La Haya: Martinus Nijhoff Publishers.

Melish, Tara (2005a). A Pyrrhic Victory for Peru's Pensioners: Pensions, Property, and the Perversion of Progressivity. *Revista CEJIL*, 1 (1), 51-66.

Melish, Tara (2005b). El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano. En Autores Varios. *Derechos económicos, sociales y culturales*. México D.F.: Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Comisión Europea.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A/RES/2200 (XXI).

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (1990). La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto). Observación general 3. Documento presentado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el quinto período de sesiones, Ginebra, 26 de noviembre a 14 de diciembre de 1990. E/1991/23. También recogido en HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), pp. 17-21.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (1991). El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto). Observación general 4. Documento presentado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el sexto período de sesiones, Ginebra, 25 de noviembre a 13 de diciembre de 1991. E/1992/23. También recogido en HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), pp. 22-28.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (1994). Las personas con discapacidad. Observación general 5. Documento presentado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el undécimo período de

sesiones, Ginebra, 21 de noviembre a 9 de diciembre de 1994. E/C.12/1994/13. También recogido en HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), pp. 29-39.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (1999). El derecho a una alimentación adecuada (art. 11). Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general 12. Documento presentado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el vigésimo período de sesiones, Ginebra, 26 de abril a 14 de mayo de 1999. E/C.12/1999/5. También recogido en HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), pp. 71-79.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (1999). El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto). Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general 13. Documento presentado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el vigésimo primer período de sesiones, Ginebra, 25 de noviembre a 3 de diciembre de 1999. E/C.12/1999/10 (1999). También recogido en HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), pp. 80-95.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general 14. Documento presentado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el vigésimo segundo período de sesiones, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000. E/C.12/2000/4. También recogido en HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), pp. 96-117.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2002). El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general 15. Documento presentado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el vigésimo noveno período de sesiones, Ginebra, 11 a 29 de noviembre de 2002. E/C.12/2002/11. También recogido en HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), pp. 118-136.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2005). El derecho al trabajo. Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general 18. Documento presentado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el trigésimo quinto período de sesiones, Ginebra, 7 a 25 de noviembre de 2005. E/C.12/GC/18. También recogido en HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), pp. 166-180.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2006). Informe sobre indicadores para vigilar el cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos. HRI/MC/2006/7. 11 de mayo de 2006.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2007a). Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el «máximo de los recursos de que disponga» de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el trigésimo

JUSTICIABILIDAD
DE LAS MEDIDAS
REGRESIVAS DE
LOS DERECHOS
SOCIALES.
ALGUNAS
REFLEXIONES
ACERCA DE SU
PROTECCIÓN EN
AMÉRICA LATINA

JUSTICIABILITY
OF REGRESSIVE
MEASURES
OF SOCIAL
RIGHTS. SOME
REFLECTIONS
ABOUT THEIR
JUDICIAL
PROTECTION IN
LATIN AMERICA

octavo período de sesiones, Ginebra, 30 de abril a 18 de mayo de 2007. E/C.12/GC/19. También recogido en HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), pp. 181-201.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2007b). El derecho a la seguridad social (artículo 9). Observación general 19. Documento presentado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el trigésimo noveno período de sesiones, Ginebra, 5 a 23 de noviembre de 2007. E/C.12/2007/1.

Organización de los Estados Americanos (OEA) (1988). Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, «Protocolo de San Salvador». Resolución de la Asamblea General de la OEA en su décimo octavo período ordinario de Sesiones. AG/RES. 907 (XVIII-O/88). San Salvador, El Salvador, 17 de noviembre de 1988.

Organización de los Estados Americanos (OEA) (2005). Normas para la confección de informes periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador. Resolución de la Asamblea General de la OEA en su trigésimo quinto período ordinario de Sesiones. AG/RES. 2074 (XXXV-O/05). Fort Lauderdale, Florida, Estados Unidos de América, 7 de junio de 2005.

Parra, Óscar (2006). El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad. En Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (pp. 53-78). Buenos Aires: Del Puerto.

Pisarello, Gerardo (2006). Derechos sociales y principio de no regresividad en España. En Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (pp. 307-328). Buenos Aires: Del Puerto..

Porter, Bruce (2005). The Crisis of ESC Rights and Strategies for Addressing It. En John Squires & otros (eds.), *The Road To A Remedy: Current Issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights* (pp. 43-69). Sydney: Australian Human Rights Centre/The University of New South Wales in collaboration with Centre on Housing Rights and Evictions.

Rodríguez Garavito, César & Diana Rodríguez Franco (2010). *Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: De Justicia.

Rossi, Julieta (2006). La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (pp. 79-115). Buenos Aires: Del Puerto.

Sarlet, Ingo Wolfgang (2006). La prohibición de retroceso en los derechos sociales fundamentales en Brasil: algunas notas sobre el desafío de la supervivencia de los derechos sociales en un contexto de crisis. En Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (pp. 329-360). Buenos Aires: Del Puerto.

Sierra Porto, Humberto (2013). Extractos de la Conferencia Reflexiones en torno a la legitimidad y a la eficacia de las sentencias estructurales de la Corte

Constitucional, organizada por el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, el 13 de marzo de 2013. Extractos citados en Las sentencias estructurales buscan la protección general de derechos. Recuperado el 19 de marzo de 2014 de <http://portal.uexternado.edu.co/esp/galeria82013/index.html>.

Suárez Franco, Ana María (2006). Los límites constitucionales a las medidas regresivas de carácter social en Alemania: una aproximación al análisis doctrinal. En Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (pp. 361-386). Buenos Aires: Del Puerto.

Tribunal Constitucional de España (1981). Sentencia 11/1981. Recurso de inconstitucionalidad 192-1980. 8 de abril de 1981. *Boletín Oficial del Estado*, 99 (25 de abril), suplemento, 1-13. BOE-S-1981-99.

Tribunal Constitucional (Perú) (2005a). Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos c/. Congreso de la República. Proceso de Inconstitucionalidad. Expediente 00050-2004-AI. Sentencia. 3 de junio de 2005.

Tribunal Constitucional (Perú) (2005b). Expediente 01417-2005-AA. Sentencia. 8 de julio de 2005.

Tribunal Constitucional (Perú) (2006). Expediente 07873-2006-PC. Sentencia. 23 de octubre de 2006.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2009a). Case of Andrejeva v. Latvia. Solicitud 55707/00. Sentencia. 18 de febrero de 2009.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2009b). Case of Muñoz Díaz v. Spain. Solicitud 49151/07. Sentencia. 8 de diciembre de 2009.

Tushnet, Mark (2008). *Weak courts, strong rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press.

Uprimny, Rodrigo & Diana Guarnizo (2006). ¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana. *Dejusticia*. Recuperado el 11 de marzo de 2014 de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.107.pdf.

Young, Katharine (2012). *Constituting economic and social rights*. Oxford: Oxford University Press.

JUSTICIABILIDAD
DE LAS MEDIDAS
REGRESIVAS DE
LOS DERECHOS
SOCIALES.
ALGUNAS
REFLEXIONES
ACERCA DE SU
PROTECCIÓN EN
AMÉRICA LATINA

JUSTICIABILITY
OF REGRESSIVE
MEASURES
OF SOCIAL
RIGHTS. SOME
REFLECTIONS
ABOUT THEIR
JUDICIAL
PROTECTION IN
LATIN AMERICA

Recibido: 07/09/2015
Aprobado: 15/10/2015