From the SelectedWorks of Rodrigo A. Poyanco Bugueño

January, 2018

Derechos sociales y políticas públicas. El principio de progresividad

Rodrigo A. Poyanco Bugueño

Available at: https://works.bepress.com/rodrigopoyanco/

bepress™

13/

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano

23° año

Anuario 2017

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXIII, BOGOTÁ, 2017, PP. 327-347, ISSN 2346-0849

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño[*] **(Chile)**

Derechos sociales y políticas públicas. El principio de progresividad[**]

RESUMEN

Los derechos sociales involucran un componente de políticas públicas cuya determinación se encuentra fuera de las competencias del juez constitucional. Por tanto, los intentos de justiciar directamente los derechos sociales contenidos en las constituciones estimulan al juez a practicar una conducta activista, evaluando elementos que en realidad no corresponden a una interpretación propiamente jurídica. Para demostrar esta afirmación, se estudiarán algunas sentencias de los tribunales constitucionales y superiores de Brasil, Colombia, Perú, Chile y de la Corte Interamericana, que aplican el denominado principio de progresividad en el cumplimiento de los derechos sociales.

Palabras clave: derechos sociales, políticas públicas, prohibición de retroceso.

ZUSAMMENFASSUNG

Die sozialen Rechte beinhalten eine Komponente öffentlicher Politik, deren Bestimmung außerhalb der Zuständigkeit des Verfassungsrichters liegt. Deshalb veranlassen die Versuche, die in den Verfassungen verankerten sozialen Rechte direkt der Rechtsprechung zu unterwerfen, die Richter zu einem aktivistischen Vorgehen, bei dem Elemente bewertet werden, die nicht in die engere rechtliche Beurteilung einfließen. Zum Beleg für diese Feststellung wird auf einige Urteile der oberen und Verfassungsgerichte Brasiliens, Kolumbiens, Perus, Chiles und des Interamerikanischen Gerichtshofs eingegangen, die das sogenannte Progressionsprinzip auf die Umsetzung der sozialen Rechte anwenden.

---

[*] Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile; magíster en Derecho Constitucional, de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derechos Humanos de la Universidad de los Andes, Santiago de Chile (Chile). rodrigopoyanco@gmail.com

[**] El presente trabajo corresponde a los resultados parciales de la investigación del autor, conducida por el profesor Antonio-Carlos Pereira Menaut, para obtener el grado de Doctor en Derecho en la Universidad de Santiago de Compostela (España).

Schlagwörter: Soziale Rechte, öffentliche Politik, Rückschrittsverbot.

SUMMARY

Social rights involve a public policy component whose determination is outside the jurisdiction of constitutional judges. Therefore, attempts to directly adjudicate the social rights contained in constitutions encourage judges to engage in activism, evaluating elements that do not really correspond to legal interpretation, in a strict sense of the term. In order to demonstrate this assertion, this article will study some decisions of the constitutional and superior courts of Brazil, Colombia, Peru and Chile, as well as the Inter-American Court, which apply the so-called principle of progressivity in the fulfillment of social rights.

Key words: Social rights, public policies, prohibition against retrogression.

Introducción

La visión tradicional de que las políticas sociales y la distribución de recursos públicos involucradas en los derechos sociales[1] depende de las decisiones de las autoridades político-representativas y no de los jueces está sufriendo un fuerte embate por la influencia de aquellas doctrinas que sostienen que los derechos sociales de origen constitucional son directamente justiciables, sin necesidad de desarrollo legislativo o reglamentario previo. Esto, en la práctica, significa que las políticas anexas a dichos derechos sociales son determinadas ya no mediante las disposiciones dictadas por la autoridad política, sino desde los estrados judiciales.

Entre las múltiples causas que explican esta convicción –muchas de ellas ligadas al fenómeno del activismo judicial–, se destaca la aplicación de determinadas técnicas que se entienden como específicas de la interpretación de los derechos sociales. Con base en el análisis comparado de algunas sentencias de tribunales constitucionales y superiores latinoamericanos, y de la sentencia del Caso "Cinco pensionistas" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se estudiará la utilización jurisprudencial de uno de los argumentos más recurridos para otorgar justiciabilidad directa a aquel tipo de pretensiones –la obligación de progresividad–, para demostrar por qué los derechos sociales tienen un importante componente de políticas públicas cuya definición se encuentra fuera de las competencias del juez.

---

[1] Nos referimos a los derechos sociales prestacionales, es decir, los que implican transferencia de dinero o bienes desde el Estado a las personas, con el objeto de mejorar su calidad material de vida. Ver al respecto José Ignacio Martínez Estay, "Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena", *Estudios Constitucionales*, vol. 8, núm. 2, 2010, pp. 126-134; y Luis Prieto Sanchís, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en Miguel Carbonell, Juan A. Cruz Parcero y Rodolfo Vásquez (eds.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 15.

Este estudio incluirá, además, referencias a doctrina y jurisprudencia europea y norteamericana, a fin de complementar lo expuesto a propósito de la jurisprudencia latinoamericana que se estudiará en este trabajo. Finalmente, expondremos nuestras consideraciones críticas sobre la materia.

1. El derecho constitucional y la relación entre el derecho y la política

Es esperable y hasta cierto punto necesario que, en materia política, existan distintos puntos de vista acerca de las decisiones fundamentales que debe adoptar una determinada sociedad. Adicionalmente, puede haber discrepancias no solo acerca de las decisiones fundamentales, sino también acerca de cómo llevar a cabo esas decisiones. De cualquier manera, la pluralidad y parcialidad con que cada posición política es defendida dan cuerpo a la diversidad democrática propia de una democracia contemporánea. Como veremos, la configuración de los derechos sociales da cuenta, en parte importante, de este tipo de discrepancias y de las soluciones que el proceso político les otorga.

A diferencia de lo anterior, sin embargo, el derecho de origen jurisprudencial –también el dictado por el juez constitucional– debe ser el resultado de un razonamiento tan imparcial cuanto sea posible, o dejará de ser derecho.[2] Un juez que aplique el derecho constitucional o legal de manera parcial estaría incumpliendo su función.[3] Esto significa que se deben apartar del razonamiento judicial tanto los elementos subjetivos del juzgador como las peculiaridades del caso y las consecuencias particularizadas de la decisión del mismo. Se trata de exigir al juzgador que su decisión se encuentre fundamentada en criterios de aceptación general.[4] Lo contrario a esta imparcialidad es el activismo judicial, que en síntesis significa la opción del juez por un modelo político o social que colorea su decisión final.[5]

---

[2] Hacemos esta precisión pues la ley, como resultado esperable del debate político parlamentario, no pierde su carácter de fuente del derecho, no obstante que se fundamente o explique a partir de decisiones políticamente parciales. Sobre la relación entre las leyes y el desacuerdo, y la deliberación propia de las asambleas parlamentarias, ver Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 18 y 36.

[3] Antonio Carlos Pereira Menaut, *Política y derecho*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2010, pp. 47 y 61.

[4] Ignacio de Otto y Pardo, "La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional", en Ramón Punset, Francisco J. Bastida Freijedo y Joaquín Varela Suanzes (eds.), *Ignacio de Otto y Pardo. Obras completas*, Oviedo/Madrid, Universidad de Oviedo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 1168-1169. El autor alude a criterios tales como la doctrina, los precedentes y la dogmática.

[5] Para una relación de los diferentes conceptos de activismo judicial, ver Keenan D. Kmiec, "The Origin and Current Meanings of Judicial Activism", *California Law Review,* vol. 92, núm. 5, 2004, pp. 1441-1477.

En nuestra materia, la imparcialidad del juez debe manifestarse en la neutralidad de su juicio respecto de las decisiones políticas y económicas que legítimamente adopten los poderes políticos en asuntos de justicia social, quienes son los que tienen el encargo constitucional y las competencias jurídicas y materiales para intervenir en este ámbito. La labor del juez constitucional es velar para que la acción de los poderes políticos no vulnere límites constitucionales tales como los derechos de las personas, previos y superiores a cualquier tipo de consenso político y otros principios constitucionales básicos.[6] Pero, fuera de ese marco, el juez tiene poco que decir.

2. La parcialidad de la doctrina partidaria de la justiciabilidad directa de los derechos sociales

La afirmación de que el juez debe actuar de forma imparcial podría parecer tautológica. No lo es tanto, sin embargo, cuando se considera que, en nuestro campo de estudio, el discurso de los derechos sociales no se dirige tanto al legislador o al constituyente como al juez. Algunos han llegado a distinguir entre un activismo "bueno" y un activismo "malo"; distinción que olvida que, como los demás órganos constitucionales, el juez también está sujeto a competencias tasadas[7] y que el derecho presta atención no solo al resultado (la justicia) sino a la forma en que se llega a ese resultado.

En otras palabras, esa doctrina sostiene que, cuando se trata de justicia social, el juez constitucional está autorizado a salirse de su función natural y del marco de sus competencias para lograr un fin de justicia material que sería anterior y superior a su obligación de aplicar el derecho. Recordemos la afirmación contenida en una de las más citadas obras sobre esta materia en América Latina, en la que Abramovich y Courtis expresamente invitan a los jueces a ejercer una "creatividad pretoriana":

> la adecuación de los mecanismos procesales para hacer que el Estado cumpla con derechos económicos, sociales y culturales por vía judicial requiere un esfuerzo imaginativo *que involucre nuevas formas de utilización de mecanismos*

---

[6] Cfr. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 42, quien recuerda que las garantías jurídico-formales y los procedimientos regulados propios del Estado de derecho, en su sentido formal, son precisamente lo que ampara y protege la libertad individual y social, en tanto son un medio de defensa frente a los ataques que se dirigen directamente contra individuos y grupos sociales en nombre de contenidos materiales, o de supuestos valores establecidos o interiorizados como algo absoluto.

[7] Francisco Zúñiga Urbina critica esa distinción como artificiosa –porque ambos tipos de activismos desbordan el rol de la judicatura– e "interesada" ideológicamente, dado que "el activismo es 'bueno' en la medida que me es útil en función de intereses o ideologías, las más de las veces inconfesables" ("Judicatura y activismo judicial", *Revista de Derecho Público*, núm. 73, 2010, p. 62).

> *procesales tradicionales, la expandida consideración de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos, un cierto activismo judicial, que incluya una dosis de creatividad pretoriana* […]. No existe derecho económico, social o cultural *que no presente al menos alguna característica o faceta que permita su exigibilidad judicial* en caso de violación.[8] (Énfasis agregado)

Más recientemente, el citado Abramovich sostiene la necesidad de lo que denomina como el "enfoque de derechos humanos en relación con las políticas sociales", que apunta esencialmente al "otorgamiento de poder a los sectores pobres y excluidos", por la vía del reconocimiento de derechos que tienen las personas para exigir o demandar del Estado ciertos comportamientos.[9] Por su parte, Arango, estudiando el caso colombiano, señala que la jurisdicción social de la tutela "rememora el derecho pretoriano romano que en aras de asegurar una decisión justa corrige el sentido de la ley al momento de su aplicación".[10] Finalmente, Ferrajoli, si bien reconoce las dificultades que encuentra la garantía de los derechos sociales, agrega que:

> ello no quiere decir que nunca se hayan elaborado técnicas de garantía para estos derechos, y menos aún que sea irrelevante, no vinculante o puramente "programático" su reconocimiento constitucional como derechos. […]. En general, la calificación constitucional de estas expectativas como "derechos" no supone solo la obligación constitucional del legislador de llenar las lagunas de garantías con disposiciones normativas y políticas presupuestarias orientadas a su satisfacción, *sino además el establecimiento de otras tantas directivas dotadas de relevancia decisiva en la actividad interpretativa de la jurisprudencia ordinaria y sobre todo en la de los Tribunales supremos*.[11]

Recuérdense también las disquisiciones de Alexy, que fundamenta la exigibilidad judicial de los derechos sociales en la importancia de la libertad fáctica para el individuo. De darse tal preponderancia, sostiene ese autor, el juez estaría autorizado a dejar a un lado principios como la separación de poderes, la democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamento) e, incluso, "principios materiales contrapuestos" (especialmente, dice el autor, aquellos que apuntan a la

---

[8] Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 46-47.

[9] Víctor Abramovich, "Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, 2006, p. 23.

[10] Rodolfo Arango, "La jurisdicción social de la tutela", en Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 307-308.

[11] Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 109.

libertad jurídica de otros),[12] olvidando que *no puede ponerse en oposición* la labor del juez (buscar la justicia) y las normas constitucionales que, entre otras cosas, le dan y delimitan las atribuciones necesarias para actuar como tal.[13]

Por último, la doctrina partidaria de los derechos sociales tiende a establecer, de antemano, *contenidos concretos* que debieran caracterizar el cumplimiento de los deberes de justicia social que se demandan del Estado –por lo general, ligados a obligaciones prestatarias de este–, sin consideración alguna a las posibles objeciones o inconvenientes que usualmente influyen en cualquier otra política social o económica (como, por ejemplo, el marco normativo aplicable, la necesidad de identificar de forma previa las necesidades por satisfacer y los recursos económicos disponibles[14] para llevar a cabo la política, etc.). Así por ejemplo, Ferrajoli sostiene:

> En el plano técnico nada autoriza a decir que los derechos sociales no sean garantizables del mismo modo que los demás derechos […]. Ante todo, hay que afirmar que esta tesis no vale para todas las formas de garantía *ex lege* que, a diferencia de lo que ocurre con las prácticas burocráticas y potestativas propias del Estado asistencial y clientelar, *podrían muy bien realizarse mediante prestaciones gratuitas, obligatorias e incluso automáticas: como la enseñanza pública gratuita y obligatoria, la asistencia sanitaria asimismo gratuita o la renta mínima garantizada*.[15] (Énfasis agregado)

En un sentido más general, Abramovich y Courtis señalan que, aun en un contexto de relativa escasez económica, la asunción de obligaciones sociales supone una *autolimitación* de la discrecionalidad del Estado en materia de disposición presupuestaria.[16] Kartashkin, por su parte, argumenta que si bien la regulación internacional de los derechos económicos, sociales y culturales no apunta a una estandarización de la legislación o de un determinado sistema político o social entre diferentes países, sí establecería, en cambio, un contenido mínimo de los derechos

---

[12] Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2 ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 448-449 y 453-455.

[13] A propósito de la confusión que pueda darse entre la política y el derecho, Eduardo García de Enterría recuerda que "como ha dicho […] Forsthoff, la superación del positivismo de ningún modo puede implicar el abandono de la positividad del Derecho" ("Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 40, 1963, p. 211).

[14] Cuestión central, desde luego, en el tema que nos ocupa. Ver Martínez Estay, *op. cit*., pp. 133-134. Benda, por su parte, remarca que, frecuentemente, se olvida que los servicios sociales han de ser pagados por los ciudadanos. Por eso, un sistema de bienestar requiere una "economía privada generadora de prosperidad" (Ernst Benda, "El Estado social de derecho", en Ernst Benda *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, 2 ed., Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 557-558).

[15] Ferrajoli, *op. cit*., pp. 64-65.

[16] Abramovich y Courtis, *op. cit*., pp. 36-37.

sociales y objetivos de bienestar que debe ser logrado por los Estados, *cualquiera sea su sistema o circunstancias*.[17] En el mismo lugar, Alexy señala que su modelo de ponderación en materia de derechos sociales *siempre dará preferencia a la libertad fáctica* en el caso de los derechos fundamentales sociales mínimos, es decir, por ejemplo, a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel mínimo de asistencia médica. Otros autores recurren frecuentemente a lo señalado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Comité DESC), organismo político que, como es sabido, ha dictado una serie de observaciones generales que desarrollan una particular visión de lo que debe implicar el cumplimiento de los derechos sociales.

Aclaremos que el problema que esto plantea no es, en sí, la preferencia por un determinado sistema socioeconómico. Desde este enfoque, nuestro punto de vista no se opone en absoluto a un sistema más o menos estatizado (o no) de prestaciones sociales en materia de salud, educación, etc. El problema es que esa elección *la hagan los jueces y la doctrina que alienta el enfoque aquí criticado*, y no las autoridades con competencia constitucional para hacerlo, o la propia sociedad, a través de los mecanismos de participación democrática. Desde luego, algunas técnicas de interpretación, como la ponderación, y el uso de algunas construcciones doctrinarias específicas a los derechos sociales –una de las cuales, la progresividad, será estudiada más adelante– facilitan enormemente una argumentación de este tipo, al otorgar un barniz de juridicidad a planteamientos que de otra manera serían patentemente extrajurídicos.[18]

Pero antes de continuar debemos demostrar por qué estimamos que cuestiones como los derechos sociales de base constitucional (o, eventualmente, internacional) no necesariamente pueden en todos sus aspectos ser materia de interpretación jurídica directa, a cargo del juez.

3. Los derechos sociales como derechos abiertos

Los derechos sociales desarrollados por ley o reglamento son indiscutiblemente justiciables de forma directa, y no representan ninguna dificultad teórica para el problema que nos ocupa; fundamentalmente porque una ley o reglamento representan lo que estimamos como imprescindible para la justiciabilidad de los

---

[17] Vladimir Kartashkin, "Economic, social and cultural rights" en Karel Vasak y Philip Alston (eds.), *The International dimensions of human rights*, Paris, Greenwood Press, Unesco, 1982, p. 113.

[18] J. Harvie Wilkinson III, (*Cosmic Constitutional Theory: Why Americans Are Losing Their Inalienable Right To Self-Governance*, New York, Oxford University Press, 2012, p. 4) advierte cómo el auge de innumerables teorías interpretativas de la constitución termina dando cobertura teórica al activismo judicial y a la justificación de aquellos resultados jurídicos preferidos y políticamente afines a determinados sectores doctrinarios.

derechos sociales: el resultado de la evaluación previa que ha realizado el órgano político competente, de los factores que nosotros estimamos como extrajurídicos, pero que resultan esenciales para la decisión final de reconocer o no normativamente como derechos, las pretensiones respectivas.[19]

El problema se produce porque los partidarios de la vinculatoriedad jurídica directa de los derechos sociales esperan algo más: como dice Cross, un derecho de magnitud constitucional que permita a los jueces obligar al parlamento o al Gobierno a dictar determinados programas sociales;[20] o, agreguemos nosotros, que permita a los tribunales cuestionar o modificar los beneficios sociales existentes, o reconocer nuevas prestaciones.

Pero en la generalidad de nuestros ordenamientos constitucionales, los derechos sociales prestacionales de base constitucional se caracterizan por su falta de efecto vinculante directo y por dejar su concreción abierta en términos tan amplios como sea posible, precisamente para dar cabida a las distintas opciones ideológicas que se baten legítimamente en el campo democrático, y a las distintas soluciones que pueden exigir las necesidades sociales que surgen en cada momento.[21] Por otro lado, la jurisprudencia de diversos tribunales europeos[22] y latinoamericanos[23] ha reconocido que las cuestiones sociales, incluso aquellas relacionadas con derechos sociales reconocidos en constituciones, son materia del legislador antes que de los tribunales. Destaquemos, entre todos, al Tribunal Constitucional federal alemán, que ha establecido en la sentencia *Numerus Clausus*, del año 1972 –referida a la falta

---

[19] Por lo demás, el derecho comparado muestra que en muchos países es más importante en esta materia el desarrollo legal o reglamentario de beneficios sociales, que la existencia o no de una disposición constitucional sobre estos. Ver en Martínez Estay (*op. cit*., pp. 129-130), ejemplos de exitosos Estados de bienestar en el mundo, que tienen solo base legal.

[20] Frank Cross, "The error of positive rights", *UCLA Law Review*, núm. 48, 2002, p. 861. El autor se refiere solo al parlamento, pero adaptamos su argumentación para efectos de este artículo.

[21] Desde un análisis comparado, Mary Ann Glendon advierte la indefinición que en algunos países de nuestra cultura jurídica europeo-continental caracteriza al lenguaje constitucional relativo al Estado social, o la presentación de los derechos sociales y económicos como meros principios políticos de carácter aspiracional, u objetivos destinados a guiar a los órganos de gobierno en el desempeño de sus respectivas funciones ("Rights in Twentieth-Century Constitutions", *The University of Chicago Law Review*, núm. 59, 1992, pp. 527-528).

[22] Así, por ejemplo, en la jurisprudencia constitucional italiana ver la Sentencia 125/1975, f.j.2, respecto del derecho a la educación, o la Sentencia 36/2000, fundamento jurídico 3, respecto del derecho a la seguridad social. En el caso portugués, ver la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2010, f.j. 2, sobre derecho a la seguridad social. En España, ver las sentencias del Tribunal Constitucional 80/1982 (f.j. 1), 85/1985 (f.j. 3), 36/1991 (f.j. 5), etc.

[23] En Brasil, por ejemplo, la Sentencia STA 91/AL (Alagoas), de 26/02/07, decisión, § 5. En Colombia, la Sentencia T-423/1992, sumario. En Perú, ver la sentencia de los expedientes núms. 0011-2002-AI/TC, fundamentos jurídicos 9-10; y 1417-2005-AA/TC, fundamentos jurídicos 11-15 y 27. Ha de advertirse, sin embargo, que los tribunales latinoamericanos son notoriamente activistas en nuestra materia, como comprobaremos más adelante.

de plazas para acceder a estudios universitarios (*BVerfGE* 33, 303)– el conocido principio de la "reserva de lo posible":

> En tanto que los derechos de participación tampoco se encuentran restringidos de antemano a lo existente, se encuentran, sin embargo, bajo la reserva de lo posible, en el sentido de lo que el particular puede exigir en forma razonable de la sociedad. Esto lo ha valorado el legislador en primer término como una responsabilidad propia, cuando para la elaboración de su presupuesto tiene que atender también a otros intereses sociales y cuando […] tiene que tener en cuenta los requisitos del equilibrio económico.[24]

4. Los derechos sociales y las políticas

Existe una poderosa razón técnico-jurídica que explica esa apertura de los derechos sociales. Estos derechos forman parte de aquel tipo de decisiones constitucionales que fijan un fin constitucional, pero no se pronuncian sobre los medios para llevarlo a cabo. Hay elementos de esos fines que no pueden ser definidos directamente a partir del solo texto constitucional. Al respecto, Cascajo Castro califica a los derechos sociales como directrices cuyo seguimiento exige un cierto escalonamiento entre los fines ordenados, así como juicios, en la mayoría de los casos, muy controvertidos, sobre las relaciones de medio a fin. Por eso se trata de un asunto encomendado a los órganos de representación democrática. No conviene olvidar, dice este autor, que el control judicial no está familiarizado con la fiscalización de normas finalistas y con la interpretación de directrices políticas que están en la base de muchos de los derechos sociales. De ahí la necesidad de confiar la tutela de modo deferente en las autoridades políticas antes que en las jurisdiccionales.[25] En un sentido similar, De Otto califica los derechos sociales como normas "finalistas", de dificultosa protección jurídica.[26]

En otras palabras, los derechos sociales tienen un importante componente de "políticas *públicas*", esto es, "decisiones formales y legales que establecen un plan de acción para la comunidad", que relacionan "demandas" –tales como más altos niveles de vida, mejores perspectivas de empleo o beneficios del bienestar, mayor

---

[24] De acuerdo con la traducción contenida en Jürgen Schwabe (ed.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, México, D.F., Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 354-355.

[25] Cfr. José Luis Cascajo Castro, "Derechos sociales", en José Luis Cascajo Castro (ed.), *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 32, con cita a F. Laporta, J. Ruiz Manero y Ma. Rodilla, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico, 2009.

[26] Ignacio de Otto y Pardo, *Derecho constitucional*, Barcelona, Ariel Derecho, 1989, p. 32.

participación política, protección para la minoría y derechos individuales, etc.– con "productos", que son las decisiones y acciones del Gobierno, incluyendo la elaboración de políticas, la aprobación de leyes, la imposición de gravámenes y la asignación de fondos públicos. Esto determina la relación entre el Gobierno y las políticas. Como mecanismo para adoptar decisiones colectivas, el Gobierno es responsable de formular y aplicar las políticas del Estado.[27]

En este orden de ideas, De Otto nos dice que lo que caracteriza a la decisión política es que se argumenta y es argumentable a partir de los fines que persigue y de las consecuencias que previsiblemente puede tener la opción por una u otra posibilidad. El político, como el juez, decide, pero no está sometido ni a reglas de interpretación, ni a los precedentes, ni a la dogmática, límites que sí sujetan al juez en su razonamiento jurídico.[28]

A partir de lo anterior, cabe preguntarse si la determinación de las "políticas *públicas*" involucradas en los derechos sociales es un asunto que pueda ser determinado por un juez. Nuestra postura es negativa. Aunque con fuerte crítica, Nikken resume adecuadamente nuestra posición en la materia, cuando señala que para la realización de los derechos sociales no basta solo con decisiones jurídicas y políticas, sino que debe contarse con un orden social justo. Desde ese punto de vista, los derechos sociales "también comprenderían definiciones de políticas, de prioridades en el gasto y de jerarquías de necesidades que podrían considerarse ajenas a la función jurisdiccional y resultar más bien propias del trajín democrático, de la participación política y de las luchas sociales".[29] Gomes Canotilho, por su parte, advierte los complejos problemas que ha supuesto en Portugal la constitucionalización no solo de los derechos sociales, sino también "las políticas *públicas*" que llevan a cabo esos derechos, lo que puede disminuir la discrecionalidad del legislador. Pero así, es difícil compatibilizar a largo plazo las tendencias políticas del legislador en cuanto al sistema de prestaciones sociales y el esquema rígidamente cristalizado de las normas constitucionales. Por eso, el autor propone la *desconstitucionalización* de aquellas políticas.[30] De manera más directa, Pereira y Coello nos dicen que:

> parece que no es erróneo pensar […] que muchos de estos derechos [sociales] no son sino metas políticas maquilladas con los afeites de lo jurídico […]. Bajo la máscara de un derecho, lo que se hace no es otra cosa que forma-

---

[27] Cfr. Andrew Heywood, *Introducción a la teoría política*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 75, 97 y 101.

[28] De Otto y Pardo, *op. cit*., 2010, pp. 1167-1169.

[29] Pedro Nikken, "La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales", *Revista IIDH (Instituto Interamericano de Derechos Humanos)*, núm. 52, 2010, pp. 110-112.

[30] José Joaquim Gomes Canotilho, "Derecho, derechos; Tribunal, tribunales", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núms. 60-61, 1998, p. 48.

> lizar un programa político, que nunca tendrá lugar sin una intensa actividad gubernamental, por mucho que se constitucionalice.[31]

Ahora bien, las normas jurídicas de desarrollo de los derechos sociales –leyes y reglamentos– traducen al lenguaje jurídico esas decisiones prejurídicas, cruciales a la hora de definir las políticas sociales. Estos juicios de oportunidad o conveniencia están fuera de lo que puede definir el juez (aun el juez constitucional) *en tanto juez*; es decir, en el foro jurídico, en el marco de sus competencias y aplicando derecho.

Por todo esto es que consideramos insuficiente aquella argumentación que sostiene que, ante la inactividad de los poderes públicos, corresponde a los jueces "hacer algo" para llevar a cabo los fines de justicia social que la Constitución impone.[32] Este argumento sería totalmente atendible *si en realidad correspondiera a los jueces, competencialmente, hacer algo*. El problema de fondo, sin embargo, es que estamos ante una materia por completo ajena al encargo constitucional que pesa sobre nuestros tribunales.

Sin embargo, la doctrina partidaria de esta perspectiva ha construido una serie de figuras, algunas de ellas reconocidas en el *soft law* del derecho internacional de los derechos sociales,[33] que han sido aplicadas de forma insistente por algunas jurisdicciones latinoamericanas y europeas, y que buscan dar forma jurídica a un tipo de evaluación que, de otra forma, estaría patentemente fuera de lo que puede hacer un juez. Atendida la extensión que puede darse a un trabajo de este tipo, nosotros nos limitaremos a estudiar una de esas figuras, la doctrina de progresividad/no regresividad o prohibición de retroceso, para intentar demostrar por qué numerosas construcciones que pretenden justiciar de forma directa los derechos sociales, lo que hacen en realidad es habilitar a los jueces a efectuar razonamientos de conveniencia u oportunidad, más que jurídicos.

---

[31] Antonio-Carlos Pereira Menaut e Íñigo Coello de Portugal y Martínez del Peral, "Normatividad constitucional, igualdad y derechos sociales", *El principio de la igualdad en la Constitución Española,* vol. I, *XI Jornadas de estudio [de] Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, Madrid, Ministerio de Justicia Secretaría General Técnica, 1991, p. 950.

[32] Como dice Peter H. Schuck, atendido el prestigio de los tribunales, en el imaginario público, este tipo de argumento –"existe una grave injusticia y los políticos no están haciendo lo necesario para rectificarla"– es quizás la justificación más común y poderosa para que la autoridad judicial se expanda más allá de los límites que le han sido previamente establecidos ("El poder judicial en una democracia", *Yale Law School (SELA Papers)*, núm. 31, 2004, pp. 17-18).

[33] Muchas de esas figuras son las mencionadas por las Observaciones Generales del Comité DESC de la ONU. Además de la que estudiaremos a continuación, se trata de construcciones tales como la indivisibilidad entre los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos civiles y políticos; la doctrina de los "niveles" de obligaciones dentro de los derechos sociales; la obligación del Estado de asegurar la satisfacción de, por lo menos, los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos; la doctrina del mínimo vital, etc.

5. Qué es la progresividad /no regresividad

La obligación de progresividad/no regresividad se refiere fundamentalmente a la obligación de los Estados de ir avanzando en la cobertura de los derechos sociales prestacionales, de manera siempre incremental y sin posibilidad de derogar los logros alcanzados. En el aspecto de la "no regresividad", esta doctrina ha recibido especial atención en la doctrina y jurisprudencia constitucional portuguesa. De acuerdo con Gomes Canotilho, la prohibición de retroceso consiste en que los derechos sociales y económicos, una vez alcanzados o conquistados, pasan a constituir, simultáneamente, una garantía institucional y un derecho subjetivo. Con independencia de los problemas "fácticos" –puesto que el autor reconoce que existen crisis, situaciones económicas difíciles, recesiones económicas, etc.– y la libertad de configuración del legislador en materia de leyes sociales, el parlamento deja de tener una competencia "libre y arbitraria" para disminuir los derechos adquiridos en materia de beneficios sociales. Esa prohibición justificará la sanción de inconstitucionalidad en relación con normas destructoras de la llamada "justicia social".[34]

En cuanto a la jurisprudencia constitucional portuguesa, la Sentencia 39/1984 del Tribunal Constitucional, sobre una ley que intentó revocar la existencia del servicio nacional de salud, estableció que, si la Constitución impone al Estado la realización de una determinada tarea –la creación de una cierta institución, una alteración del orden jurídico–, entonces, cuando ella sea llevada a cabo, el resultado pasa a tener protección directa de la Constitución, y el Estado está obligado a abstenerse de atentar contra la realización dada al derecho social.[35] Posteriormente, en la Sentencia 509/2002, ese juez constitucional distingue entre dos situaciones. Allí donde la Constitución contenga una orden de legislar, lo suficientemente precisa y concreta como para que sea posible determinar con seguridad cuáles son las medidas jurídicas necesarias para conferirle exigibilidad, el margen de libertad del legislador para retroceder en el grado de protección ya alcanzado es necesariamente mínimo. El legislador solo podrá actuar en la estricta medida en que la alteración legislativa pretendida no tenga como consecuencia una inconstitucionalidad por omisión. En otras circunstancias, la prohibición de retroceso social solo puede funcionar en casos límite. Para no reducir el principio de alternancia democrática a una proclamación meramente formal, resulta necesario permitir la reversibilidad de las opciones

---

[34] José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, Coimbra, Livraria Almedina, 1993, pp. 468-469. El autor se refiere especialmente a aquellos supuestos en que se produce vulneración del principio de protección de la confianza y de la seguridad de los ciudadanos en el ámbito económico, social y cultural, o la vulneración de los "derechos prestacionales de propiedad".

[35] Sentencia 39/84, fundamento jurídico 2.3.3.

político-legislativas.[36] Veremos más adelante que la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal (STF) brasileño sigue un derrotero similar.

Por otro lado, la progresividad también presenta un sentido "positivo", adicional al anterior, que aparece recogido en las observaciones generales del Comité DESC, a partir de lo dispuesto en el artículo 2.1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc).[37] La Observación General 3, parágrafo 9, junto con reiterar la doctrina de prohibición de retroceso, observa que aquella norma del Pidesc debe interpretarse a la luz del objetivo general de este Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados parte con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. En el mismo sentido, en la Observación General 14, sobre "el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud" (art. 12), establece en sus parágrafos 31 y 32 que los Estados parte tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12.[38] En este segundo sentido, la progresividad aparece de forma más clara en la jurisprudencia constitucional de Colombia y Perú.

Como puede verse, estas construcciones doctrinarias parecen dar una forma jurídica a la concreción de los derechos sociales. Sin embargo, miradas en detalle, no estamos tanto ante la consecuencia de una interpretación jurídica de derechos subjetivos como, en realidad, ante parámetros de concreción de políticas sociales (la decisión de no derogar determinados beneficios sociales o, alternativamente, de justificar su derogación; reglas de inversión de recursos públicos; obligación de aumentar la cobertura de determinadas prestaciones, etc.), no muy distintos de lo que se esperaría de la actuación de un Gobierno o un parlamento cuando decide evaluar la creación, modificación o supresión de un determinado beneficio social.[39]

Esto explica que, como veremos ahora, la invocación de la progresividad en los litigios que examinaremos a continuación abre la puerta a que los tribunales puedan realizar juicios de adecuación –y no solo de constitucionalidad– de las medidas sociales adoptadas por los gobiernos; aunque no siempre en beneficio de los titulares de prestaciones sociales.

---

[36] Sentencia 509/02, fundamento jurídico 9.

[37] "Cada uno de los Estados parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

[38] Ambas observaciones generales insisten, por otro lado, en la obligación del Estado de justificar detalladamente toda medida regresiva de derechos sociales.

[39] Agreguemos que José Carlos Vieira de Andrade estima que este principio está teñido de "una ingenua concepción ferroviaria de la historia", esto es, que el progreso humano es siempre lineal y constante ("O 'Direito ao Mínimo de Existência Condigna' como Direito Fundamental a Prestações estaduais positivas - Uma decisão Singular do Tribunal Constitucional", *Jurisprudência Constitucional*, núm. 1, 2004, p. 24).

6. Ejemplos de aplicación del principio de progresividad en la jurisprudencia latinoamericana

Existen numerosos ejemplos a nivel latinoamericano de definiciones y aplicaciones jurisprudenciales del principio de progresividad. Así por ejemplo, en Colombia la Corte Constitucional, en la Sentencia C-313/2014, relativa al derecho a la salud, ha definido "una serie de criterios para determinar en qué casos se desconoce el principio de no regresividad". Cuando una medida regresiva es sometida a juicio constitucional corresponderá al Estado *demostrar, con datos suficientes y pertinentes*, (i) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (ii) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (iii) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (iv) que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; (v) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que apareja.[40] Como puede verse, estamos ante un análisis de conveniencia u oportunidad en toda regla, en que el tribunal se arroga la facultad de determinar la suficiencia y pertinencia de las políticas públicas en relación con el fin, la existencia o no de políticas alternativas, aquella parte del beneficio social que no puede eliminarse, etc.

En Brasil, en tanto, el STF ha entendido el principio de progresividad de forma semejante a Portugal, como una prohibición de modificaciones legales "regresivas". La Sentencia ARE 639337 AgR/SP, de 2011, relativa a una obligación del municipio de San Pablo de matricular a menores en centros de educación preescolar cercanos a su residencia, o al lugar de trabajo de quienes están a su cargo, señala:

> En materia de derechos sociales, el principio de la prohibición de retroceso impide que sean desmanteladas [*desconstituidas*] las conquistas ya alcanzadas por el ciudadano […]. La cláusula que impide el retroceso en materia de derechos a prestaciones positivas del estado […] se traduce, […] en un obstáculo a que los niveles de concretización de tales prerrogativas, una vez alcanzados, vengan a ser ulteriormente reducidos o suprimidos por el estado. Como consecuencia de este principio, el estado, después de haber reconocido los derechos prestacionales […], se obliga, bajo pena de transgresión al texto constitucional, a preservarlos, absteniéndose de frustrar, mediante supresión total o parcial, los derechos sociales ya concretizados.[41] (Traducción propia)

---

[40] Sentencia C-313/2014, sumario.

[41] Sentencia ARE 639337 AgR/SP (São Paulo), de 2011, sumario.

Nos parece que una decisión de este tipo implica igualmente un juicio de conveniencia, y la imposición con la fuerza de lo constitucional de una política pública. Por otro lado, el problema de este segundo enfoque es que, en la práctica, constitucionaliza, rigidizándola, la configuración existente de un determinado derecho o beneficio social, sea esta legal o reglamentaria,[42] como si fuese *la única forma de cumplir con el mandato constitucional respectivo*.

Si los anteriores son ejemplos favorables a la figura estudiada, existen en Latinoamérica, por el contrario, otras sentencias en las que se *desecha* la existencia de una regresividad respecto de determinadas medidas ablativas de beneficios sociales. Un primer ejemplo al respecto es el Caso "Cinco pensionistas" *vs*. Perú,[43] fallado por la Corte IDH en el año 2003. En primer lugar, cabe considerar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) solo menciona los derechos sociales en su artículo 26, norma que establece el compromiso de los Estados parte de adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA, "en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados". Como puede verse, tal como en el caso del artículo 2.1 del Pidesc, el elemento de "progresividad" forma parte estructural de esta norma.

En este contexto normativo, el problema sometido al conocimiento de la Corte IDH se originó en los intentos legales y reglamentarios emprendidos por el Gobierno peruano para modificar un régimen legal de pensiones, que contaba con protección constitucional,[44] y cuyos beneficiarios ya gozaban legítimamente de su disfrute conforme a derecho. El Estado, además, se resistía a cumplir con algunas sentencias favorables a los reclamantes, emanadas del Tribunal Supremo de Justicia y del Tribunal Constitucional del Perú.[45] Ante estos incumplimientos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) presentó el caso ante aquella instancia internacional, acusando al Estado peruano de la vulneración de algunos derechos y principios relacionados con los derechos civiles y políticos,[46] y del artículo 26 CADH, antes transcrito.

---

[42] En este sentido, Vieira de Andrade, *op. cit*., p. 24.

[43] Corte IDH, Caso "Cinco pensionistas" *vs*. Perú, serie C, núm. 98, sentencia de 28 de febrero de 2003.

[44] La normativa de pensiones en cuestión, que contaba con la protección constitucional de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 en su texto original, daba a sus titulares el derecho a nivelar sus pensiones con el haber del funcionario en actividad que estuviese desempeñando la misma o análoga función a la que desempeñaron los jubilados hasta su cese, permitiendo así que estas conservaran su valor adquisitivo real.

[45] Fundamento jurídico 88.

[46] Caso "Cinco pensionistas" *vs.* Perú, fundamentos jurídicos 2-3, "introducción de la causa".

En definitiva, el tribunal interamericano acogió las demandas de vulneración de los derechos y principios antes referidos,[47] pero respecto del artículo 26 CADH el juicio fue negativo. La Corte IDH estimó que los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Por ello "su desarrollo progresivo […] se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función del conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas, no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente". Y, en este caso, dado que los recurrentes eran justamente "un muy limitado grupo de pensionistas", el tribunal considera procedente desestimar la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú, en el marco de este caso.[48]

Como puede advertirse, respecto del citado artículo 26 CADH, la Corte IDH está efectuando una evaluación finalista, que mide el beneficio o perjuicio social que acarrea determinada medida gubernamental, y el grupo de población al que afecta. Pero parece extraño que la protección de un legítimo derecho dependa de la mayor o menor generalidad de una medida ablativa que lo afecta. Así expresado, el razonamiento del tribunal interamericano nos lleva a la conclusión –por otro lado inquietante– de que un derecho podría ser vulnerado, si esa violación no afecta a una porción suficientemente representativa de la población.

Por tanto, todo indica que este tribunal trata la alegación de la única norma de la Convención Americana relativa a derechos sociales como una cuestión de políticas públicas. A mayor abundamiento –y para fortuna de los afectados–, la Corte no titubeó en proteger los derechos civiles y políticos del mismo "reducido número de recurrentes" involucrados en la cuestión.

Otro caso se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú. En ella se había sostenido hasta 2004 que la progresividad es un deber positivo que obliga al Estado a avanzar en la cobertura de los derechos sociales tan rápido como se lo permitan sus recursos, incluyendo la obligación de aumentar la cobertura y calidad de ciertos beneficios sociales o, al menos, exhibir acciones concretas para el logro de estos resultados.[49] El problema es que, en 2005, ese juez constitucional

---

[47] En definitiva, el tribunal interamericano estimó que Perú vulneró el derecho a la propiedad privada, y los artículos 25 (protección judicial), 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), de la Convención Americana, en perjuicio de los cinco pensionistas. Ver fundamentos jurídicos 102, 103, 116-118 y 121, y puntos resolutivos 1 a 3. Ver también Javier Mujica Petit y Joss Opie, "Reformas regresivas de la Constitución en Perú: un caso de regresividad no autorizado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en Christian Courtis (ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006, pp. 265-267.

[48] Fundamentos jurídicos 142, 147 y 148.

[49] Sentencias de los expedientes 4232-2004-AA/TC, fundamento jurídico 11; 2016-2004-AA/TC, fundamentos jurídicos 33-38; y 2945-2003-AA/TC, fundamentos jurídicos 36-39. Ver también César Landa Arroyo, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal*

dio por buena una reforma constitucional y legal que, en la práctica, modificó a la baja el sistema de pensiones que había sido anteriormente defendido en la citada sentencia "Cinco pensionistas" de la Corte IDH y en algunos pronunciamientos previos del mismo juez constitucional.[50] Uno de los fundamentos esgrimidos por aquel para desconocer las reclamaciones de los afectados es que el principio de progresividad no es absoluto:

> [C]ualquier modificación a dicho régimen privilegiado de pensiones solo puede ser promovido invocando *el principio de solidaridad, en el que no se anula el derecho de la minoría, sino que se le redimensiona limitadamente* […] Indudablemente, tal opción implica una regresión en el caso de los titulares más beneficiados (los menos), *pero en modo alguno podría considerarse que el principio de progresividad se encuentre comprometido, pues significa un avance para los más perjudicados (la mayoría)*.[51] (Énfasis agregado)

En otras palabras, el principio es el mismo (la progresividad); pero se cambian los parámetros de comparación implícitos en esta figura, para apreciar el beneficio/perjuicio de la medida. El tribunal estima que hay un régimen previsional que es "privilegiado" –calificación, por lo demás, de dudoso estatus jurídico cuando se trata de verdaderos derechos– y que el beneficio de la mayoría justifica aceptar su vulneración. Como vemos, nuevamente se evalúa una afectación de derechos de forma finalista, con base en los efectos sociales de la restricción estudiada. Parece estarse muy lejos de un razonamiento apropiado para la defensa de derechos subjetivos.

Finalmente, un tercer ejemplo en el que el principio de progresividad ha justificado una limitación del alcance de los derechos sociales se ha dado en Chile, en la sentencia del Tribunal Constitucional rol 2781-2015. Frente a las alegaciones de algunos parlamentarios de que una nueva ley de financiación de la educación[52] vulneraba el mandato constitucional de establecer una educación gratuita, sin modulaciones

---

Constitucional. Recopilación y sistematización de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano que versa acerca de derechos fundamentales, Lima, Palestra Editores, 2010.

[50] Ver la sentencia del expediente 008-96-I/TC, de 23/04/97. Es el incumplimiento de esta y otras sentencias lo que llevó a los "cinco pensionistas" a recurrir a la Corte IDH, en el fallo antes estudiado.

[51] Sentencia de los expedientes 00050-2004-AI, 00051-2004-AI, 00004-2005-AI, 00007-2005-AI, 00009-2005-AI, fundamentos jurídicos 49 y 64.

[52] La Ley de Educación 20.845, denominada "de inclusión escolar", que, entre otras cosas, eliminó el tradicional sistema de financiamiento compartido utilizado en Chile, que favorecía a colegios creados por sostenedores particulares, para reemplazarlo por un nuevo principio de "gratuidad tendencial", destinado a eliminar cualquier copago de parte de los educandos.

temporales,[53] el Tribunal reconoce la progresividad, pero como razón que justifica la realización parcial del derecho a la educación.[54]

7. Evaluación de esta jurisprudencia y comentarios finales

La evaluación de "progresividad o regresividad" de una medida social obliga a los tribunales a involucrarse en evaluaciones de tipo finalista (por ejemplo, establecer qué es la progresividad en sí; respecto de quiénes opera; en relación con qué prestaciones; con base en qué periodo de tiempo; cuál es el beneficio esperado de una determinada restricción, etc.) que, a nuestro juicio, son completamente ajenas a su labor de aplicar derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, las sentencias en que se rechazó una vulneración al principio de regresividad muestran que esta y otras doctrinas semejantes no pueden juridificar lo que no es jurídico –el aspecto de políticas públicas de los derechos sociales– sino que, simplemente, lo que hacen es desplazar competencias, desde los órganos político-representativos, a los jueces. Pero las competencias, por definición, son neutras y no se transforman en favorables a los derechos sociales solo porque están a cargo del juez y no del legislador. Como hemos visto, el principio de progresividad/no regresividad obliga al juez a efectuar evaluaciones finalistas semejantes a las que hacen las autoridades. Así entendido, este principio también puede transformarse en una técnica de legitimación de las medidas ablativas, si el juez logra convencerse de la "utilidad" de la restricción sometida a su evaluación[55].

En otras palabras, puesto ante juicios de oportunidad, el juez se encuentra frente a los mismos problemas que debe enfrentar la autoridad, y expuesto a cometer los mismos errores. Pero, mientras el legislador actúa en el marco de sus competencias, el juez incursiona en un terreno que es totalmente ajeno a sus atribuciones. Los problemas expuestos en este artículo constituyen una buena razón para recordar que, en materia de justiciabilidad de los derechos sociales, cuestiones tan elementales

---

[53] Efectivamente, el artículo 10 de la Constitución de 1980 establece el deber del Estado de financiar un sistema gratuito de educación en los términos que señala la norma, y que se extiende desde el nivel parvulario hasta la enseñanza secundaria, sin modulaciones temporales. Sin embargo, se trata de un derecho no protegido por el recurso de amparo (conocido en Chile como el "recurso de protección").

[54] Considerandos 19-20 y 24-25.

[55] En ese sentido, puede aplicarse lo que Ignacio Covarrubias Cuevas ("La desproporción del test de proporcionalidad. Aspectos problemáticos en su formulación y aplicación", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, núm. 2, 2012, p. 453) acusa respecto del test de proporcionalidad: la idea de progresividad/no regresividad también "contribuye a que los derechos queden sujetos en buena medida a un cálculo donde muchas veces prevalece la supuesta primacía de los objetivos estatales que legítimamente se pretenden alcanzar a costa del sacrificio de los derechos fundamentales".

como el principio de separación de poderes y la obligación del juez de limitarse a aplicar derecho, siguen manteniendo toda su vigencia.

Bibliografía[56]

Abramovich, Víctor, "Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales", *Anuario de Derechos Humanos,* núm. 2, 2006, pp. 13-51.

Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales,* 2 ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Arango, Rodolfo, "La jurisdicción social de la tutela", en Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

Benda, Ernst, "El Estado social de derecho", en Ernst Benda, Werner Maihofer, H. Vogel *et al.* (eds.), *Manual de derecho constitucional*, 2 ed., Madrid, Marcial Pons, 2001.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia,* Madrid, Trotta, 2000.

Cascajo Castro, José Luis, "Derechos sociales", en José Luis Cascajo Castro (ed.), *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-313/2014, 29 de mayo de 2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia "Cinco pensionistas" *vs*. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 98, del 28 de febrero de 2003.

Covarrubias Cuevas, Ignacio, "La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, núm. 2, 2012, pp. 447-480.

Cross, Frank B., "The error of positive rights", *UCLA Law Review*, núm. 48, 2002, pp. 857-924.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

García de Enterría, Eduardo, "Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 40, 1963, pp. 189-222.

Glendon, Mary A., "Rights in Twentieth-Century Constitutions", *The University of Chicago Law Review*, núm. 59, 1992, pp. 519-538.

[56] En la jurisprudencia se incluye solo aquella que fue analizada como parte de la argumentación central de este artículo.

Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito constitucional*, Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

_____, "Derecho, derechos; Tribunal, tribunales", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núms. 60-61, 1998, pp. 35-50.

Heywood, Andrew, *Introducción a la teoría política*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

Kartashkin, Vladimir, "Economic, Social and Cultural Rights", en Karel Vasak y Philip Alston (eds.), *The International dimensions of human rights*, Paris, Greenwood Press, Unesco, 1982.

Kmiec, Keenan. D., "The Origin and Current Meanings of Judicial Activism", *California Law Review,* 92, núm. 5, 2004, pp. 1441-1477.

Landa Arroyo, César, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Recopilación y sistematización de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano que versa acerca de derechos fundamentales*, Lima, Palestra Editores, 2010.

Martínez Estay, José Ignacio, "Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena", *Estudios Constitucionales*, vol. 8, núm. 2, 2010, pp. 125-166.

Mujica Petit, Javier y Joss Opie, "Reformas regresivas de la Constitución en Perú: un caso de regresividad no autorizado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en Christian Courtis (ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006.

Nikken, Pedro, "La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales", *Revista IIDH (Instituto Interamericano de Derechos Humanos)* núm. 52, 2010, pp. 55-140.

Otto y Pardo, Ignacio de, *Derecho constitucional*, Barcelona, Ariel Derecho, 1989.

_____, "La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional", en Ramón Punset, Francisco J. Bastida Freijedo y Joaquín Varela Suanzes (eds.), *Ignacio de Otto y Pardo. Obras completas*, Oviedo/ Madrid, Universidad de Oviedo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

Pereira Menaut, Antonio Carlos, *Política y derecho*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2010.

Pereira Menaut, Antonio-Carlos y Coello de Portugal e Íñigo Martínez del Peral, "Normatividad constitucional, igualdad y derechos sociales", *El principio de la igualdad en la Constitución Española*, vol. I, *XI Jornadas de estudio [de] Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, Madrid, Ministerio de Justicia Secretaría General Técnica, 1991.

Prieto Sanchís, Luis, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en Miguel Carbonell, Juan A. Cruz Parcero y Rodolfo Vásquez (eds.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

Schuck, Peter H., "El poder judicial en una democracia", *Yale Law School (SELA Papers)*, núm. 31, 2004. Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/31.

Schwabe, Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, México, D.F., Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

Supremo Tribunal Federal de Brasil, Ag.Reg. no Recurso Extraordinário Com Agravo (ARE) 639337 AgR/SP, São Paulo, de 23 de agosto de 2011.

Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia rol 2781, de 29 de enero de 2015.

Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia del expediente 008-96-I/TC, de 23 de abril de 1997.

_____, Sentencia del expediente 2945-2003-AA/TC, de 20 de abril de 2004.

_____, Sentencia del expediente 2016-2004-AA/TC, de 5 de octubre de 2004.

_____, Sentencia de los expedientes 00050-2004-AI 00051-2004-AI 00004-2005-AI 00007-2005-AI 00009-2005-AI, de 3 de junio de 2005.

_____, Sentencia del expediente 4232-2004-AA/TC, de 3 de marzo de 2005.

Tribunal Constitucional de Portugal, Sentencia 39/1984, de 11 de abril de 1984.

_____, Sentencia 509/2002, de 13 de noviembre de 2000.

Tribunal Constitucional Federal Alemán, *Numerus Clausus,* del año 1972 (*BVerfGE* 33, 303).

Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

Wilkinson III, J. H., *Cosmic Constitutional Theory: Why Americans Are Losing Their Inalienable Right To Self-Governance*, New York, Oxford University Press, 2012.

Zúñiga Urbina, Francisco, "Judicatura y activismo judicial", *Revista de Derecho Público*, núm. 73, pp. 59-77.