

EXAMEN DE LOS ESTÁNDARES APLICADOS PARA LA DETERMINACIÓN DE REGRESIVIDAD DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES EN CONTEXTOS DE CRISIS ECONÓMICAS

*ANALYSIS OF THE APPLIED STANDARDS
FOR ASSESSING REGRESSIVITY IN ECONOMIC, SOCIAL, CULTURAL,
AND ENVIRONMENTAL RIGHTS DURING ECONOMIC CRISES*

JORGE ALBERTO WITKER VELÁSQUEZ
Universidad Nacional Autónoma de México
<https://orcid.org/0000-0003-0545-8988>

REYES ENRIQUE VÁZQUEZ MAY
Suprema Corte de Justicia de la Nación, en México
<https://orcid.org/0000-0002-8966-7113>

Fecha de recepción: 27-2-24

Fecha de aceptación: 29-4-25

Resumen: *Este artículo tiene como propósito principal el registro y examinación de estándares más relevantes que han sido aplicados para resolver casos relacionados con posibles medidas regresivas y falta de recursos disponibles en contextos de crisis económicas. Para tal propósito, se examinan las evaluaciones desarrolladas y empleadas en las decisiones judiciales de los tribunales constitucionales de España, Portugal, Colombia y México, en contraste con aquellas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente en el Sistema Universal y los sistemas regionales europeo e interamericano. Todo lo anterior para identificar un test de medidas regresivas que atienda a los elementos en común de los DESCA: el núcleo esencial, las obligaciones básicas y sus dimensiones.*

Abstract: *This article primarily aims to document and analyse the most relevant standards applied in resolving cases involving potential regressive measures and insufficient available resources during economic crises. For this purpose, it examines the assessments developed and utilised in judicial decisions by the constitutional*

courts of Spain, Portugal, Colombia, and Mexico, in contrast with those of International Human Rights Law, particularly within the Universal System and the European and Inter-American regional systems. This comparative analysis seeks to identify a test for regressive measures that addresses the common elements of Economic, Social, Cultural, and Environmental Rights (ESCER/DESCA): their core content, basic obligations, and multidimensional scope.

Palabras clave: DESCAs, justiciabilidad, regresividad, crisis económica

Keywords: ESCER/DESCA, justifiability, regressivity, economic crisis

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años las altas cortes en América y Europa han resuelto diversos casos relacionados con la regresividad de los derechos económicos y sociales, en los que la autoridad responsable ha adoptado medidas de austeridad bajo el argumento de la falta de recursos disponibles; para su resolución se han implementado diversos métodos, técnicas y *test* propuestos en la doctrina para determinar si una medida ha sido regresiva o no, sin que hasta el momento exista un criterio unificado para resolver.

En la judicatura es coherente que, si se emplean diversos exámenes para resolver un mismo problema, los resolutivos –derivados del estudio de fondo de la sentencia– muy probablemente variarán, en consecuencia, los efectos concedidos –entre los que se encuentran las medidas de reparación– también seguirán la misma suerte. Ello implica que, sin una evaluación homologada, la protección concedida podrá variar.

Ahora, en un escenario más complicado en el que se presente el mismo problema, pero con agravios formulados desde la compleja naturaleza de los DESCAs que evidencie la violación específica a partir de la desagregación de su núcleo esencial, dimensiones y obligaciones básicas, muy probablemente sea necesaria la aplicación de un estándar que, aún ante esa complejidad permita dar respuesta integral a los agravios.

En caso contrario, si para responder esos argumentos especializados se emprende el análisis más frecuente que consiste en la aplicación del *test* de proporcionalidad o la comparación temporal de la legislación anterior y posterior –los cuales son limitados al no dar cuenta de los elementos referidos de los DESCAs– ello resultará en una evaluación incompleta del fondo del asunto, lo que acotará los posibles efectos de las medidas de reparación que puedan concederse.

Dado que estos problemas se han presentado en las altas cortes de América y Europa, especialmente en España, Portugal, Colombia y México –seleccionadas en atención a las crisis económicas que han atravesado, así como los elementos que comparten bajo la influencia del derecho romano-germánico– surge la necesidad de registrar, examinar y comparar sus desarrollos jurisprudenciales sobre la regresividad de las medidas, en contraste con los sistemas de protección de derechos humanos universal, europeo y americano.

Del panorama anterior, la pregunta que deberá responderse en esta investigación es: *¿cuál es la evaluación más integral que podría emplearse en la judicatura para determinar la regresividad de los DESCA?*

Debido a que la cuestión a resolver se ha enfocado en el ámbito jurisdiccional, este trabajo prioriza las decisiones de las altas cortes y organismos internacionales de protección de derechos humanos –más allá de la extensa literatura de diversos autores– puesto que éstas son una fuente reconocida en el derecho internacional público conforme al artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, consecuentemente, existe apertura para su posible aplicación en la judicatura de los países objeto de estudio, sin mayor discusión.

Si bien otras investigaciones han analizado la regresividad de los DESCA, de una búsqueda exhaustiva en diversas bases de datos especializadas de las regiones en cuestión,¹ hasta el momento no existe registro de alguna que responda la pregunta específica planteada; por otro lado, de forma general, aquellas relacionadas con la prohibición de regresividad se han limitado a la discusión teórica, sin problematizar su aplicación en la práctica jurisdiccional por las altas cortes de los países propuestos.

Por consiguiente, para resolver la pregunta, este trabajo reúne de forma armónica los conocimientos teóricos y prácticos del derecho constitucional, el DIDH y la judicatura, para el registro y examinación de los estándares sobre la regresividad de los DESCA, así como la discusión de la posible aplicación para la solución de problemas reales, por tanto, éstos son los aspectos novedosos de esta investigación.

¹ Biblioteca del ICAB, una de las principales bibliotecas jurídicas de Europa, www.icab.es/; Biblioteca de la UC3M, www.uc3m.es; Biblioteca del Congreso de Estados Unidos, la biblioteca más grande del mundo, www.loc.gov/; Biblioteca jurídica de la UNAM, biblio.juridicas.unam.mx/bjv.

2. NO MÁS ALLÁ DEL NÚCLEO ESENCIAL

De manera preliminar, se destaca que no se discute la legitimidad de las autoridades para adoptar medidas de austeridad, dado que su adopción constituye una facultad de los Estados a fin de enfrentar las crisis económicas,² por eso, la cuestión a dilucidar es hasta qué punto son admisibles las medidas regresivas.³

Actualmente en la teoría no existe consenso sobre la definición del núcleo esencial, pese a ello, este concepto quedó plasmado desde la Ley fundamental alemana,⁴ después en la Constitución española,⁵ posteriormente el Tribunal Constitucional español lo interpretó como la “esencialidad del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”;⁶ de tal forma que su esencia reside en identificar los elementos que le dan sentido a un derecho, sin los cuales sería irreconocible, por esa razón, se trata del umbral mínimo de protección.

Las posturas teóricas coinciden en sostener que ninguna medida regresiva debe contravenir el núcleo esencial de los DESCA,⁷ de ahí que su cumplimiento es imperativo, con independencia de la finalidad perseguida⁸ –por ejemplo, la eficiencia en el uso de los recursos limitados-. Ello adquiere rele-

² Entrevista por la Oficina del ACNUDH con J.P. BOHOSLAVSKY, Experto Independiente sobre la deuda externa y los derechos humanos, Naciones Unidas, en Ginebra, 21 de enero de 2019, <https://bit.ly/3Gu7RRm>.

³ M.E. RODRÍGUEZ PALOP, M. ABAD CASTELLANOS y M.C. LLAMAZARES CALZADILLA (Coords.), *Políticas económicas y derechos sociales*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 78.

⁴ Ley Fundamental para la República Alemana, 23 de mayo de 1949, art. 19.2.

⁵ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., Heiderberg, C.F. Müller, 1999, p. 148.

⁶ Tribunal Constitucional de España, sentencia de 8 de abril de 1981, BOE-T-1981-9433.

⁷ J. RODRÍGUEZ-ARANA, *Derecho administrativo y derechos sociales*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública. Gobierno de España, 2015, p. 470; A.M. MARCOS DEL CANO, *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral*, Madrid, Dykinson, 2017, p. 57.

⁸ M. MEDINA GUERRERO, “La eficacia vinculante de los derechos frente a los poderes públicos; en especial, frente al legislador” en VV.AA., *Comentarios a la Constitución Española*, tomo 1, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018.; J.L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, “Mínimo existencial y jurisprudencia. Hacia la construcción jurisprudencial de un derecho fundamental”, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y R. ALONSO GARCÍA, *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. 2, 2012, Civitas, Madrid, pp. 3825-3850; I. DIZ OTERO, A. NOGUEIRA, M. L. GONZÁLEZ (Coords.), *Crisis, derechos sociales e igualdad*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2015 (ePub).

vancia en contextos de difícil cumplimiento de derechos, como las crisis económicas en las que se justifica la adopción de medidas regresivas,⁹ porque se ha considerado que incluso ante estos escenarios no debe trastocarse el núcleo esencial.¹⁰

Lo anterior resulta congruente, ya que si en contextos de crisis económicas se implementan medidas de austeridad que impidan garantizar el núcleo esencial de los derechos económicos y sociales, existe gran probabilidad de que ello pueda generar severas afectaciones a quienes dependen de ese umbral vital, lo que involucra en la mayoría de los casos a las poblaciones en situación de vulnerabilidad económica y social; de allá la desproporcionalidad de sus impactos. Este panorama se complica al considerar que, si este mínimo no se restablece oportunamente, las consecuencias ocasionadas en la vida de las personas pueden tener efectos difíciles de revertir en el futuro.¹¹

Lo expuesto se refuerza por el Comité DESC, que ha reiterado el concepto de *obligaciones básicas* en sus Observaciones Generales –el cual se inserta inmediatamente después de las obligaciones frente a las medidas deliberadamente regresivas– para precisar que “[la] adopción de cualesquiera medidas regresivas que sean incompatibles con las obligaciones básicas [...] constituye una violación a estos derechos”; consecuentemente, se evidencia que no son permisibles las regresiones que afecten el núcleo esencial.

Se robustece lo anterior, con lo establecido por Naciones Unidas, al señalar que, aún en situaciones excepcionales, las medidas de ajuste o regresivas “nunca deben vulnerar el contenido básico mínimo de los derechos económicos, sociales y culturales”,¹² destacando que, deben protegerse en mayor

⁹ C. LEMA AÑÓN, “The Right to Health and the Social Determinants of Health in the Face of Covid-19. The Spanish Experience After Austerity Policies”, *Age of Human Rights Journal*, 2021, pp. 220-241; J.P. BOHOSLAVSKY, “Complicidad de las instituciones financieras internacionales en la violación de derechos humanos en el contexto de reformas económicas”, *Derechos en Acción*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina, pp. 216-274.

¹⁰ O. PARRA, “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad”, en C. COURTIS (Comp.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 59.

¹¹ I. ESCORIHUELA, “Regresión de derechos y desprotección social” en S. OLEA FERRAS (coord.), “Políticas públicas y derechos humanos en regresión”, *Documentación social. Revista de estudios sociales y de sociología aplicada*, Cáritas Española, Madrid, 2016, núm. 181, pp. 15-33.

¹² Consejo de Derechos Humanos, *Las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales*, A/HRC/37/L.22, 2018, párr. 12.

medida los grupos en situación de vulnerabilidad, debido a la afectaciones desproporcionadas que pueden resentir.¹³

Ahora, una de las principales interrogantes en la práctica jurisdiccional y doctrinaria, reside en cómo identificar este núcleo esencial, dado que podría parecer un concepto abstracto e indefinido, lo cual implica una dificultad para dimensionar los alcances de protección. Para dar cuenta de ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en México, señaló que “respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, cuyo contenido suele ser indeterminado y circunstancial que no permite determinar los alcances de su protección”.¹⁴ De manera que, en el derecho interno, la identificación del núcleo esencial de los DESCA puede ser un obstáculo para emprender análisis completos, en consecuencia, un obstáculo para alcanzar la protección eficaz de derechos.

En contraste, para el Comité DESC la identificación de los niveles esenciales no ha sido un impedimento, debido a que ha desarrollado una serie de observaciones que aborda las *obligaciones básicas*, relacionadas con los *niveles esenciales* de los derechos que interpreta en sus Observaciones Generales. Este desarrollo ha sido profundo, especialmente tratándose del derecho a la educación,¹⁵ al disfrute del más alto nivel posible de salud,¹⁶ al agua,¹⁷ trabajo,¹⁸ seguridad social¹⁹ y de participar en la vida cultural,²⁰ entre otros.

¹³ Comité DESC, *Observación General N° 1: Presentación de informes por los Estados partes*, 1989, párr. 3.

¹⁴ “DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. SU NÚCLEO O CONTENIDO ESENCIAL”, Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, lib. 34, septiembre de 2016, t. I, 2012529, p. 842.

¹⁵ Comité DESC, *Observación General N° 13: El derecho a la educación*, E/C.12/1999/10, 1999, párrs. 45 y 57.

¹⁶ Comité DESC, *Observación General N° 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, E/C.12/2000/4, 2000, párrs. 32, 43 y 44.

¹⁷ Comité DESC, *Observación General N° 15: El derecho al agua*, E/C.12/2002/11, 2003, párrs. 37 y 42.

¹⁸ Comité DESC, *Observación General N° 18: El derecho al trabajo*, E/C.12/GC/18, 2006, párrs. 21 y 31.

¹⁹ Comité DESC, *Observación General N° 19, El derecho a la seguridad social*, E/C.12/GC/19, 2008, párrs. 64 y 59.

²⁰ Comité DESC, *Observación General N° 21: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural*, E/C.12/GC/21/Rev.1, 2010, párrs. 46 y 55.

A partir de esa identificación el Comité DESC ha establecido que los Estados tienen “una obligación mínima de asegurar la satisfacción de, por lo menos, [los] niveles esenciales de cada uno de los derechos”.²¹

Estos estándares del Comité DESC adquieren gran relevancia en la práctica jurisdiccional, de ahí que las altas cortes los han implementado como una herramienta de interpretación, a fin de dotar de contenido y alcance los derechos humanos. Para emprender estos ejercicios, el Comité ha propuesto que no solo deben integrarse sus interpretaciones, sino también incluir los desarrollos del derecho interno para lograr un examen más integral,²² lo que significa que el contenido mínimo podrá tener una ligera variación entre un Estado y otro.

3. ASEGURANDO NI UN PASO ATRÁS CON LAS MEJORES HERRAMIENTAS

Actualmente existe una discusión acerca de cuál debería ser el test idóneo para determinar si una medida es regresiva: el test de razonabilidad o de proporcionalidad –a pesar de ser diferentes, especialmente en cuanto a su origen alemán y anglosajón respectivamente, suelen usarse como sinónimos²³–, comparativo de los niveles de satisfacción y de máximo uso de recursos disponibles.²⁴

La discusión anterior es profunda y ha sido motivo de otras investigaciones para proponer o controvertir su idoneidad atendiendo a sus diferencias o similitudes, por tanto, se aclara que en este trabajo interesa examinar aquellos desarrollados y aplicados de forma práctica en las decisiones judiciales y pronunciamientos de organismos internacionales.

²¹ Comité DESC, *Observación General. N° 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, 1990, párr. 10.

²² Idem.

²³ D. VÁZQUEZ, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*, UNAM, México, 2018, p. 25; D.B. GONZÁLEZ CARVALLO, R. SÁNCHEZ GIL (Coords.), *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*, SJCN, México, 2021, p. 128; L. CLÉRICO, *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, pp. 151-152.

²⁴ Comité DESC, *Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos de que disponga” de conformidad con un protocolo facultativo del pacto*, E/C.12/2007/121, 2007.

Ahora, dado que el test de proporcionalidad ha tenido mayor aceptación en la judicatura, es relevante introducir una nota aclaratoria, pues ello ha partido de que, en la doctrina, si una medida regresiva es una limitación de derechos, deberá tratarse como tal y aplicarse el test de proporcionalidad para su examen. Al respecto, destaca una postura que integra las diferentes visiones, en la que se concluye que el “test de proporcionalidad es la medida que permitirá determinar si una medida regresiva es proporcional o no”.²⁵ Pese a ello, son discutibles las bases que apoyan esta postura.

Tres argumentos son suficientes para controvertir lo anterior. Primero, a pesar de que la regresividad pudiera asimilarse como una limitación de derechos, lo cierto es que, tratándose de DESCA, la limitación en realidad es de los recursos disponibles para garantizar su efectividad, lo que provoca la adopción de medidas de austeridad con implicaciones regresivas –normativas o de resultados– es decir, el retroceso hacia un umbral de protección anterior.

Segundo, la postura se sustenta a partir de los pronunciamientos del Comité DESC a través de las Observaciones Generales 3 y 14, y el caso *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*; pese a ello, en ninguno de esos criterios se menciona un test de proporcionalidad para resolver cuestiones sobre regresividad; aunado a que ese criterio de la Corte IDH ha sido superado por otros más recientes y especializados a partir de la justiciabilidad directa de los DESCA en 2017. Asimismo, en los recientes casos tampoco se menciona un test de proporcionalidad, en cambio se refiere la posibilidad de aplicar el test de máximo uso de recursos disponibles.

Tercero, se alega que el “test de proporcionalidad es la técnica que no solo permite defender contenidos de derechos, sino también definirlos”,²⁶ pero ello implicaría que en el test se defina el contenido esencial de los DESCA, lo que no ocurre, ya que no existe una categoría o paso especial para emprender ese análisis.

Lo anterior reviste de gran importancia, dado que la aplicación de un test de proporcionalidad no resuelve el problema de la regresividad de forma integral, ya que deja a un lado la examinación de sus características in-

²⁵ N. TORRES ZÚÑIGA, “Justiciabilidad de las medidas regresivas de los derechos sociales. Algunas reflexiones acerca de su protección en América Latina”, *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 75, 2015, pp. 95-117.

²⁶ Idem; R.A. POYANCO BUGUEÑO, “Derechos sociales y políticas públicas. El principio de progresividad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2017, pp. 327-347.

trínsecas: el contenido esencial, las obligaciones básicas y dimensiones; así que un test de proporcionalidad no es idóneo para determinar la regresividad de estos derechos.

Para reforzar lo relatado, en la doctrina también se encuentran posturas que sostienen que no es idóneo aplicar un test de proporcionalidad frente a la regresividad²⁷ al no analizar el contenido esencial de los DESCA;²⁸ de esa discusión se ha propuesto la aplicación de otros test.

Por tanto, debe aplicarse una evaluación que considere la complejidad de los DESCA, por ello surge la necesidad de comparar los desarrollos sobre la determinación de medidas regresivas a partir de la interpretación de las disposiciones de la CADH, el PIDESC y los estándares de derecho comparado.

3.1. Decisiones judiciales en el derecho comparado

Las altas cortes que interesan han desarrollado criterios para resolver casos sobre la alegada regresividad de los DESCA y las *medidas anti-crisis*, entre éstos, el análisis a partir del núcleo esencial en relación con la prohibición de discriminación, el método comparativo temporal de satisfacción de derechos, el test de proporcionalidad y de constitucionalidad; éstos han sido objetos de críticas desde la doctrina, al referir tales evaluaciones, pero emprenderse someramente bajo razonamientos poco estructurados y no mantener consistencia en sus decisiones.

Todo ello revela que, al momento, no hay consenso para resolver de determinada forma, lo que es trascendente pues esas decisiones tienen efectos inmediatos en sus jurisdicciones para la protección de los derechos económicos y sociales, pero al final de cuentas, ninguno de estos tribunales tiene la última palabra frente a los sistemas internacionales de protección de derechos humanos.

3.1.1. Tribunal Constitucional de España

La Constitución Española establece en el artículo 10, la cláusula de apertura al derecho internacional²⁹ al disponer que los derechos fundamentales

²⁷ I. COVARRUBIAS CUEVAS, "La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación", *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 39, núm. 2, 2012, pp. 447-480.

²⁸ M.J. AÑÓN ROIG, "¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?", *Derechos y libertades*, núm. 34, 2016, pp. 57-90.

²⁹ E. REY CANTOR, "Sistemas constitucionales y cláusulas de apertura al derecho internacional, especial referencia al ámbito iberoamericano", *Revista Electrónica Iberoamericana*,

se interpretarán de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.

Bajo una interpretación literal, esa disposición mandata al Tribunal Constitucional de España a explorar los estándares de DIDH para interpretar el contenido de los derechos económicos y sociales³⁰ a fin de resolver casos sobre la prohibición de regresividad,³¹ armonizando la fuente interna con la internacional,³² todo ello con el objetivo de proteger los avances alcanzados.³³ Ello implicaría la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda recurrir al DIDH para ampliar la protección de los derechos sociales frente a posibles casos de regresividad.

En contra de la posición anterior existen argumentos que constituyen un obstáculo para la justiciabilidad de los derechos sociales por medio de estándares internacionales. En oposición, se alega que existe duda de la cabida de las normas internacionales al bloque de constitucionalidad, lo que dificulta su aplicabilidad directa, con excepción del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus protocolos.³⁴ A su vez, existen argumentos que se oponen a la idea de que, de la progresividad se deriva la prohibición de regresividad.³⁵

También se argumenta que, en la jurisprudencia de este Tribunal se ha señalado que los derechos sociales son materia del órgano legislativo, antes que del judicial.³⁶ Por esa razón, puesto que las normas son generales, es ra-

vol. 15, núm. 1, 2021, pp. 108-140; C. LEÓN BASTOS y V.A. WONG MERAZ, "Cláusulas de apertura al derecho internacional de los derechos humanos: constituciones iberoamericanas", *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, vol. 18, núm. 2, 2015, pp. 93-125.

³⁰ A.L. SANZ PÉREZ, "La jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos en la jurisprudencia del tribunal constitucional español: algunos casos recientes", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. 69, núm. 275, 2019, <https://bit.ly/3Lj5NP7>, pp. 183-208.

³¹ G. PISARELLO, "Derechos Sociales y principio de no regresividad en España", en C. COURTIS (comp.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 307 y 317.

³² C.S. FAYT, *Evolución de los derechos sociales del reconocimiento a la exigibilidad: el legado del siglo XX y los desafíos del siglo XXI*, La Ley, Buenos Aires, 2007, pp. 94-95.

³³ J. DE ESTEBAN y L. LÓPEZ GUERRA, *El régimen constitucional español 1*, Labor Universitaria, Madrid, 1980, p. 315.

³⁴ J.H. SAHÍAN, *Dimensión constitucional de la tutela de los consumidores. Progresividad y control de regresividad de los derechos de los consumidores*, tesis de doctorado, Universidad Complutense de Madrid, 2017, p. 505.

³⁵ J. GARCÍA ROCA, "Taking social rights seriously: principle of financial sustainability: a budgetary impact statement" en VV.AA. (coords.), *La ciencia del derecho constitucional comparado: estudios en Homenaje a Lucio Pegoraro, Tirant lo Blanch*, México, 2017, pp. 1019-1053.

³⁶ Tribunal Constitucional de España: STC 80/1982, <https://bit.ly/3Ldrm2u>, fij. 2.1.

cional que no se establezcan parámetros específicos para la concretización de estos derechos.³⁷

Ahora, en la práctica jurisdiccional se destaca uno de los primeros criterios del Tribunal español para el examen de regresividad de derechos sociales en la sentencia 81/1982. El caso involucra personas trabajadoras de un centro hospitalario, las cuales laboraban en jornadas nocturnas alternativamente y cubriendo horas extra. En tal situación existía una diferenciación entre hombres y mujeres. Así, a las mujeres que trabajaban en domingo las jornadas de 12 horas se les pagaba la totalidad de éstas como horas extra, mientras que a los hombres se les contaban solo las 3 horas extra de una jornada de 9 horas.

Al respecto, el Tribunal español se pronunció sobre el Estado social de derecho y los deberes constitucionales del derecho al trabajo para establecer que la igualdad debe ser real y efectiva “sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón del sexo, debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas”.³⁸ Derivado de ello, se aprecia que, si bien el Tribunal no analizó específicamente la prohibición de regresividad,³⁹ realizó un análisis a partir del contenido mínimo de las relaciones laborales y la prohibición de discriminación.

Se advierte que, este Tribunal ha reconocido la existencia del núcleo esencial de los derechos desde sus primeras sentencias, al señalar que este concepto puede concebirse como “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”.⁴⁰

El concepto del núcleo esencial es recurrente en la jurisprudencia de este Tribunal,⁴¹ puesto que, desde la sentencia 32/1981 relacionada con la segu-

³⁷ R.A. POYANCO BUGUEÑO, “Derechos sociales y políticas públicas. El principio de regresividad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2017, pp. 327-347.

³⁸ Tribunal Constitucional de España: STC 81/1982, <https://bit.ly/43Tjvzo>, fj. 3.

³⁹ A. OJEDA MARÍN, *Estado social y crisis económica*, Editorial Complutense, Madrid, 1996, p. 91; M. AGUDO ZAMORA, “El principio de no regresividad de los derechos sociales en el ordenamiento constitucional español”, *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pp. 849-879; D. LOPERENA ROTA, “La irreversibilidad de los derechos sociales”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2012, pp. 9-14.

⁴⁰ Tribunal Constitucional de España: STC 11/1981, fj. 8.1.

⁴¹ Tribunal Constitucional de España: STC 37/1987, fj. 4 y 9.

ridad social se estableció que “[e]l orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura [...] componentes esenciales [...] estableciendo en ellas un núcleo o reducto indispensable por el legislador”.⁴² En esa línea, la sentencia 81/1982 referida anteriormente, es una de las más emblemáticas, pues examina el núcleo esencial del derecho al trabajo, con énfasis en la prohibición de discriminación, analizando la distinción entre hombres y mujeres para el pago de horas extra.

Más recientemente, en la controversial sentencia 119/2014,⁴³ se discutió en esencia, la constitucionalidad del periodo de un año de prueba para la contratación laboral de apoyo a emprendedores, el arbitraje obligatorio para la inaplicación de convenios colectivos y la prioridad del convenio de empresa; medidas establecidas en la Ley 3/2012, con la finalidad de contrarrestar los efectos de una crisis económica como consecuencia de los altos índices de desempleo.

El Tribunal refirió un *test de constitucionalidad*, para evaluar si las medidas tenían una justificación legítima, razonable y proporcional,⁴⁴ que fue emprendido someramente para desestimar los agravios de la parte recurrente en cuanto al periodo de prueba de un año y el arbitraje obligatorio; por otra, sentar las bases para interpretar la prioridad de convenios empresariales.

De los precedentes examinados, se observa que, para resolver casos relacionados con la prohibición de regresividad y medidas *anti-crisis*, el Tribunal ha analizado el núcleo esencial del derecho, en relación con la prohibición de discriminación, así como un *test de constitucionalidad*, no obstante, no es posible identificar una línea jurisprudencial consistente.

3.1.2. Tribunal Constitucional de Portugal

En Portugal las normas y los principios del derecho internacional forman parte del derecho interno, debido a que la Constitución en su artículo 8

⁴² Tribunal Constitucional de España: STC 32/1981, fij. 3; Idem, STC 37/1994, fij. 3.

⁴³ Tribunal Constitucional de España: STC 119/2014, <https://bit.ly/4cdlHX6>; C. MOLINA NAVARRETE, “Reforma laboral y “justicia constitucional”: el Tribunal Constitucional ni es “infalible” ni ya tiene la “última palabra” (Comentario a la STC 119/2014, de 16 de julio, RI 5603/2012 interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012, de 6 de julio, de reforma del mercado de trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 377-378, 2014, pp. 183-190.

⁴⁴ B. SÚAREZ CORUJO, “La Constitucionalización de la ruptura laboral”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 31, 2015-I, pp. 419-436.

establece que “[l]as normas y los principios de Derecho internacional general o común forman parte integrante del Derecho portugués”. De manera que es posible incorporar los estándares del DIDH al derecho interno, lo cual ha venido realizando el Tribunal Constitucional de Portugal.⁴⁵

Este Tribunal examinó el núcleo esencial del derecho a la propiedad en su dimensión social de pensiones para resolver un caso referente a la adopción de medidas de austeridad durante un contexto de crisis económica-financiera y estableció que “no se puede dejar de reconocer que habrá siempre que salvaguardar, aún en una situación de emergencia económica, el núcleo esencial de la existencia mínima ya cubierto por la legislación general que regula el derecho”.⁴⁶

El Tribunal señaló que solo se verificaría la prohibición de retroceso cuando se afectaran derechos adquiridos,⁴⁷ lo cual fue reiterado en posteriores sentencias sobre salud,⁴⁸ educación⁴⁹ y vivienda;⁵⁰ este criterio ha obtenido gran aceptación en la judicatura al examinar la regresividad *normativa*, por cuanto es racional que solo pueda emprenderse un análisis si con la norma anterior se adquirió un derecho, posteriormente, se haya reformado para generar una afectación a tal derecho –disminución de los niveles alcanzados, exigencia de mayores condiciones para obtener un derecho, entre otros–.

Una de sus resoluciones más notorias es la sentencia 39/84, en la que se pronunció en torno a la derogación de la Ley del Servicio Nacional de Salud. Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló que “[s]i la Constitución impone al Estado el cumplimiento de una determinada tarea [...], entonces, cuando se lleva a cabo, el resultado pasa a tener la protección directa de la Constitución. El Estado no puede volver atrás, no puede dejar de cumplir lo que ha cumplido, no puede volver a ponerse en situación de deudor”.⁵¹

El Tribunal concluyó que la derogación de la Ley de Salud era una violación al derecho a la salud. Para arribar a esa conclusión emprendió una comparación entre los niveles de satisfacción anteriores y posteriores a la de-

⁴⁵ Tribunal Constitucional de Portugal: No. 296/2015, 2015, con. 1.g-i.

⁴⁶ Tribunal Constitucional de Portugal: Nº 187/2013, trad. de Vázquez May, 2013, con. 3.

⁴⁷ Tribunal Constitucional de Portugal, *XXIII Conferencia Trilateral: 6-8 de octubre de 2016. Informe del Tribunal Constitucional*, Portugal, p. 17.

⁴⁸ Tribunal Constitucional de Portugal: Nº 731/95, 1995.

⁴⁹ Tribunal Constitucional de Portugal: Nº 148/94, 1994.

⁵⁰ Tribunal Constitucional de Portugal: Nº 590/04, 2004.

⁵¹ Tribunal Constitucional de Portugal: Nº 39/84, trad. de Vázquez May, 1984, res. 2.3.3.

rogación de la referida Ley, lo que se traduce en un análisis comparativo de los niveles de satisfacción.

En la sentencia 509/02 analizó el contenido esencial y la prohibición constitucional de retroceso para pronunciarse en lo relativo a una medida legislativa que aumentaba las condiciones para acceder al derecho de seguridad social; ello porque en un primer momento la legislación estableció que este derecho se obtendría a partir de los 18 años, pero tras su reforma, fijó que sería hasta los 25 años.

Destacan los razonamientos de ese precedente, ya que determinó de forma novedosa que, si bien no se eliminaba puramente el derecho a la seguridad social, aun así, se imponían mayores requisitos para su disfrute. Igualmente, frente a la eliminación de este derecho a una parte de la población, se contravenía el núcleo esencial al no haber otra legislación vigente que garantizara su disfrute en las mismas circunstancias.

De forma que la regresión primero se analizó a través de la prohibición de discriminación e infirió que no había razones válidas para excluir al grupo de edad entre los 18 a 25 años. Segundo, respecto a la garantía constitucional del núcleo esencial del derecho,⁵² al realizar una comparación entre las situaciones previas y posteriores a la reforma, discurrió que se había transgredido el umbral mínimo de protección.

Después, en la sentencia 72/02 se declaró la inconstitucionalidad de una norma por atentar contra el núcleo esencial al ser discriminatoria. El caso involucra una disposición que establecía a las personas funcionarias públicas el requisito de tener o conservar la nacionalidad portuguesa para obtener el derecho a la jubilación. El Tribunal determinó la inconstitucionalidad de la norma al establecer que se vulneró el núcleo esencial de la seguridad social al condicionar su disfrute a consideraciones arbitrarias y discriminatorias.⁵³

Posteriormente, en la sentencia 296/2015 se resolvió nuevamente en cuanto a la vulneración al núcleo esencial de la seguridad social en conjunto con la prohibición de discriminación. El caso involucra una norma en la que se impuso una diferenciación al exigir 3 años más para gozar de la *renta social de inserción*, destinada a personas y familias con insuficiencia de recursos para la satisfacción de condiciones mínimas de vida.

⁵² Tribunal Constitucional de Portugal: N° 509/02, trad. de Vázquez May, 2002, con. 8 y 10.

⁵³ Tribunal Constitucional de Portugal: N° 72/02, 2002, con. 6.

El Tribunal refirió que, en tales circunstancias “sólo una razón muy fuerte, una necesidad evidente, puede justificar el retraso impuesto de 3 años”⁵⁴ –es decir, la exigencia de más años para acceder al derecho– sin que hallara alguna razón válida, así que declaró su inconstitucionalidad.

En la misma línea jurisprudencial se ubica la emblemática sentencia 187/2013, que sentó un criterio novedoso relativo a medidas de austeridad en un contexto de crisis económica. El caso aborda la reducción de salarios y pensiones de las personas asalariadas del sector público, así como el mantenimiento de la reducción de remuneración en el subsidio de vacaciones y cuotas específicas.

El Tribunal razonó que, si bien esas reducciones podían ser constitucionales debido a que operaban con una temporalidad transitoria y otras, por periodicidad para la renovación anual,⁵⁵ éstas habían sido renovadas durante 3 años consecutivos, primero reduciendo los salarios y al año siguiente eliminando subsidios vacacionales, defraudando la confianza depositada de su temporalidad.⁵⁶

Por lo anterior, el Tribunal declaró violado el principio de igualdad y proporcionalidad; para arribar a esa conclusión no aplicó un test específico, sino que estableció una comparación temporal de la satisfacción de derechos, antes y después de la modificación de la norma, en armonía con la prohibición de discriminación.⁵⁷

3.1.3. Corte Constitucional de Colombia

En Colombia la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha permitido diferenciar la regresividad *normativa y de resultados*. La primera involucra casos en los que una norma posterior modifica las condiciones anteriores, por eso se ha señalado que surge cuando se “recorta o limita el ámbito sustantivo de protección de un derecho [o bien] cuando aumentan los requisitos para acceder a tal derecho”.⁵⁸

⁵⁴ Tribunal Constitucional de Portugal: N° 296/2015, 2015, con. 29.

⁵⁵ Tribunal Constitucional de Portugal: N° 396/2011, 2011, res. 1.

⁵⁶ Tribunal Constitucional de Portugal, cit., nota 46, cons. 26 y 41.

⁵⁷ Constitución de Portugal, art. 104; Tribunal Constitucional de Portugal, cit., nota 46, cons. I.1 y I.17-18.

⁵⁸ Corte Constitucional de Colombia: C-507/08, 2008, sec.5.6.1.

La segunda concierne a las políticas públicas,⁵⁹ de forma que puede oca-
sionarse con motivo de la actividad legislativa para el diseño y ejecución
de políticas públicas, al igual que cualquier rama de los poderes públicos,⁶⁰
por ejemplo, la Corte señaló en un paradigmático caso concerniente a per-
sonas desplazadas que el Estado estaba incumpliendo con su deber de
progresividad,⁶¹ en vista de que el presupuesto destinado no era suficiente
para la protección de este grupo.

Ahora, la jurisprudencia ha establecido pasos concretos para un test de
regresividad y los primeros se dieron en torno al derecho de pensiones.⁶² En
uno de los criterios más recientes se aplicaron los estándares del SUDH,⁶³ en-
tre éstos, los Principios de Limburgo de 1987 y las Directrices de Maastricht
de 1997, para concluir que se deben garantizar los niveles mínimos esenciales
de cada derecho, aún si no se cuenta con todos los recursos para atenderlos.
Es decir, el pronunciamiento enfatiza la protección de los niveles esenciales.

3.1.4. *Suprema Corte de Justicia de la Nación, en México*

En México es posible identificar diversos precedentes en cuanto a la jus-
ticiabilidad de los DESCAs. Uno de los casos más emblemáticos es el Amparo
en revisión 115/2019, resuelto por la Primera Sala de la SCJN, en el que se
abordó el derecho a la educación bajo un enfoque de interseccionalidad al
confluir derechos de las niñas, niños y pueblos indígenas.

El caso involucra la alegada regresividad de las medidas que sufrió
una comunidad de niñas y niños indígenas, quienes recibían educación
inicial por el Estado, no obstante, las autoridades ordenaron al personal
de educación no presentarse a las escuelas para impartir clases.⁶⁴ Para re-
solver, la Suprema Corte refirió el estándar del test de máximo uso de re-
cursos disponibles, sin embargo, no emprendió el examen de sus elemen-
tos, sino que aplicó el método de comparación temporal⁶⁵ para evaluar el

⁵⁹ C. COURTIS (Comp.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de de-
rechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006, p. 6; E.S. DÍAZ MUÑOZ, “El principio de pro-
gresividad en el derecho colombiano: revisión teórico-jurídica”, *Criterio Libre Jurídico*, Bogotá,
Universidad Libre de Colombia, 2019.

⁶⁰ Corte Constitucional de Colombia: C-443/09, 2009, con. 4.

⁶¹ Corte Constitucional de Colombia: T-025/04, resol. 4.

⁶² Corte Constitucional de Colombia: C-038/04, 2004, con. 25.

⁶³ Corte Constitucional de Colombia: C-228/11, 2011, con. 19.

⁶⁴ Primera Sala de la SCJN, Amparo en revisión 115/2019, 21 de noviembre de 2019.

⁶⁵ Ibidem, párrs. 94, 97, 130 y 145.

nivel de satisfacción del derecho a la educación anterior y posterior a esas medidas.

Se destaca que entre sus razonamientos expuso un nuevo elemento que refirió como *esfera de lo indecidible*, que se trata de “un grado de protección del derecho a la educación que, efectivamente se ha alcanzado, por lo cual, constituye parte de la esfera de lo que no es susceptible de decidirse por ninguna mayoría, aún en tratándose de mayorías en instancias democráticas”.⁶⁶ Así, el Tribunal realizó un estudio exhaustivo del derecho a la educación, en el que intentó definir su núcleo esencial y este elemento fue usado para declarar fundados los agravios.

3.2. Sistema Europeo

El principio de regresividad, así como su obligación de no regresividad, no están consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH),⁶⁷ a pesar de ello, sí lo están en la Carta Social Europea (CSE).⁶⁸ Ambos documentos son diferentes dado que, mientras el CEDH incluye derechos civiles y políticos, la CSE reconoce los DESC, entre éstos el derecho a la vivienda, salud, educación, empleo y seguridad social.⁶⁹

Otra diferencia es que el Convenio y su Protocolo Adicional⁷⁰ son garantizados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cuya naturaleza es jurisdiccional, en consecuencia, emite sentencias; por otro lado, la CSE está garantizada por el Comité Europeo de Derechos Sociales, que no tiene funciones jurisdiccionales al integrarse por personas expertas independientes, cuyas decisiones se plasman en conclusiones en el sistema de informes y en decisiones de fondo en el procedimiento de reclamaciones colectivas, cuyo carácter vinculante sigue siendo objeto de discusión.⁷¹

⁶⁶ Ibidem, párr. 94.

⁶⁷ *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, Consejo de Europa, Roma, 1950.

⁶⁸ *Carta Social Europea*, Consejo de Europa, Turín, 1961.

⁶⁹ Consejo de Europa, Compass, *Manual de educación en los derechos humanos con jóvenes*, <https://bit.ly/3KP1vO5>.

⁷⁰ *Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, Consejo de Europa, París, 1952.

⁷¹ L. JIMENA QUESADA, “El Comité Europeo de Derechos Sociales: valor jurídico de sus resoluciones”, *Documentación Laboral*, no. 125, 2022, <https://bit.ly/45lUSwj>, pp. 75-90; Cfr. C. NIVARD, “La justiciabilidad de los derechos sociales en el Consejo de Europa”, *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 6, núm. 2, 2016, pp. 12-33.

Precisado lo anterior, en 2012 el Comité Europeo de Derechos Humanos resolvió el caso *Pensioners' Union of the Agricultural Bank of Greece (ATE) v. Greece*,⁷² y analizó la violación a la CSE al no satisfacerse los niveles mínimos de protección hacia las personas más vulnerables. El caso se relaciona con una denuncia presentada por la modificación de la legislación que, por una parte, redujo el sistema de pensiones, por otra, lo suspendió; el gobierno de Grecia alegó que el sistema se volvió insostenible debido a que la población envejece rápidamente, de manera que los gastos se salieron de control.

Aunado a lo anterior, se manifestó que la situación fue evaluada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, que sostuvo que se debían planificar medidas de austeridad, sin que tales acciones pudieran empujar a los trabajadores por debajo del umbral de la pobreza; asimismo, tales hechos fueron examinados por la OIT, que determinó que la legislación establecía una pensión mínima para todos los asegurados, la cual era acorde al salario del trabajador promedio.

Por su parte, el Comité Europeo de Derechos Sociales determinó que las acciones para combatir las crisis económicas y sus efectos no son contrarias a la CSE,⁷³ porque la restricción de los derechos en los casos en los que el nivel de las prestaciones es suficientemente alto, y en el que los casos de las personas trabajadoras tienen una edad tan baja, resulta legítimo el objetivo del Estado de alentarlas a continuar trabajando, en lugar de jubilarlas. Pese a ello, en el caso, el efecto acumulativo de las medidas restrictivas y de los procedimientos para su implementación de las diferentes legislaciones produjo un efecto significativo en el nivel y condiciones de vida de las personas pensionistas.

Asimismo, se determinó que el Estado no había llevado a cabo suficientes estudios para determinar el impacto de sus medidas de austeridad, lo que implicaba que no se hubiera descubierto si era factible la adopción de otras acciones que hubieran evitado el efecto acumulativo de las restricciones; de tal modo se declaró violado el artículo 12.3 de la Carta Social Europea al no demostrar que se hubieran realizado los esfuerzos para mantener un nivel suficiente de protección en beneficio de las personas más vulnerables, máxime que podrían ocaionarse efectos desproporcionados.

⁷² Comité Europeo de Derechos Sociales, *Pensioners' Union of the Agricultural Bank of Greece (ATE) v. Greece*, sentencia, 7 de diciembre de 2012, <https://bit.ly/3VssyE6>.

⁷³ Comité Europeo de Derechos Sociales, *Conclusions XX-3 (2014) (Spain)*, 2015, <https://bit.ly/3KT235O>, p. 24.

Ahora, el TEDH ha resuelto diversos casos relacionados con la regresividad de las medidas en contextos de crisis para consolidar los principios relativos a las medidas de austeridad adoptadas en respuesta a las crisis financieras, por medio del derecho a la propiedad contenido en el artículo 1 del Protocolo Adicional al CEDH.

Desde el caso *Stec and Others v. The United Kingdom*, estableció que debe considerarse el amplio margen de apreciación de los Estados al adoptar estrategias económicas o sociales,⁷⁴ igualmente, en el caso *Aielli and Others v. Italy* determinó que las personas juzgadoras nacionales, al conocer directamente la sociedad están en mejor posición para evaluar las medidas de austeridad, que aquellas juzgadoras internacionales para apreciar lo que es de interés público por motivos sociales o económicos, de forma que el Tribunal respetará la elección política del legislador, a menos que carezca de un fundamento manifiestamente razonable.⁷⁵

En el caso *N.K.M. v. Hungary*, el demandante era un funcionario público que había sido despedido, quien tenía derecho a dos meses de remuneración, igualmente, debía recibir una indemnización de ocho meses de salario, entre otras. Estos derechos fueron objeto de un impuesto que, en esencia, representó una carga fiscal de aproximadamente el 52% de la totalidad de la indemnización, en comparación con la tasa general del 16%.

Como justificación, el Estado alegó entre otras razones que los funcionarios públicos habían contribuido a la crisis financiera de los últimos años debido a las excesivas indemnizaciones por despido, así pues, el objetivo del legislador era lograr un equilibrio en medio de una crisis económica mundial, de forma que las cargas no solo debían recaer en el Estado, sino también en otros participantes del mercado; aunado a que el impuesto no había sido excesivo, debido a que no era una carga desproporcionada ni había puesto en peligro su subsistencia.⁷⁶

Relativo a lo anterior, el TEDH estableció que, si bien los Estados gozan de un margen nacional de apreciación para reducir el importe de las indem-

⁷⁴ TEDH, *Stec and Others v. The United Kingdom*, sentencia, 12 de abril de 2006, <https://bit.ly/4cvdOLv>, párr. 52; TEDH, *Ruggeri and Others v. Italy*, sentencia, 29 de agosto de 2023, <https://bit.ly/45BAXcT>, párr. 22.

⁷⁵ TEDH, *Aielli and Others v. Italy*, sentencia, 10 de julio de 2018, <https://bit.ly/3VRy5FG>, párr. 26.

⁷⁶ TEDH, *N.K.M. v. Hungary*, juicio, 14 de mayo de 2013, <https://bit.ly/3VEmHvq>, párrs. 26, 28 y 29.

nizaciones como medidas hacia el bienestar económico, éstas deben aplicarse sin discriminación y cumplir con los requisitos de proporcionalidad;⁷⁷ de modo que se determinó que el impuesto no fue motivo de alguna evaluación individualizada, asimismo, que se dirigía a una población específica, seleccionada aparentemente por la administración pública, todo ello, sin que se concediera a la demandante un periodo para adaptarse al nuevo régimen, lo que la expuso a importantes dificultades durante el periodo de desempleo.

Por otro lado, el TEDH ha desechado las acciones en las que se han tratado de combatir las medidas de austeridad bajo el argumento de discriminación,⁷⁸ debido a la aplicación del margen nacional de apreciación en materia de crisis y proporcionalidad,⁷⁹ impuestos,⁸⁰ así como al no resultar una amenaza para su *medio de vida*⁸¹ o desproporcionadas;⁸² también se ha determinado que las restricciones legales, aún con graves consecuencias para la sociedad, pero destinadas a hacer frente a una situación particularmente desfavorable, no pueden considerarse contrarias a los derechos fundamentales.⁸³

Por ejemplo, en el caso *Žegarac and Others v. Serbia*,⁸⁴ se reclamó la reducción de pensiones ocurrido entre 2014 a 2018, así como una serie de medidas legislativas de austeridad. El Tribunal determinó la inadmisibilidad del asunto debido a que, en esencia, estas medidas habían sido implementadas temporalmente, a su vez, constituyan parte de los esfuerzos del Estado para lograr la estabilidad financiera del sistema de pensiones, lo cual implicaba que primara el interés público, previniendo una crisis mayor.

⁷⁷ Ibidem, párr. 65.

⁷⁸ TEDH, *Mockienė v. Lithuania*, decisión, 4 de julio de 2017, <https://bit.ly/3VSa3ud>, párrs. 51-54.

⁷⁹ TEDH, *Da Silva Carvalho Rico v. Portugal*, 1 de septiembre de 2015, <https://bit.ly/4c3Doaj>, párr. 44.

⁸⁰ TEDH, *P. Plaisier B.C. and Others v. The Netherlands*, decisión, 14 de noviembre de 2017, <https://bit.ly/4ezSt5u>, párr. 98.

⁸¹ TEDH, *Savickas and Others v. Lithuania*, 15 de octubre de 2013, <https://bit.ly/4bamEgI>, párr. 94.

⁸² TEDH, *Da Conceição Mateus and Santos Januário v. Portugal*, 8 de octubre de 2013, <https://bit.ly/3zf0zAg>.

⁸³ TEDH, *Mamatas and Others v. Greece*, decisión, 21 de julio de 2017, <https://bit.ly/3RGWvPD>, párr. 140.

⁸⁴ TEDH, *Žegarac and Others v. Serbia*, sentencia, 17 de enero de 2023, <https://bit.ly/3zk2t2w>.

En el caso *Kubát and Others v. the Czech Republic*,⁸⁵ se declararon infundados los agravios de los peticionarios relacionados con la reducción de los salarios de jueces que aconteció durante el periodo de 2013-2014, tras la modificación de la Ley de Salarios.

De los precedentes anteriores se advierte que el TEDH ha consolidado los principios concernientes a medidas de austeridad que ha aplicado estrictamente en sus decisiones, sin desarrollar evaluaciones de pasos específicos.

3.3. Sistema Interamericano

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) se ha interpretado la obligación de no regresividad en gran medida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a partir de los estándares de otros organismos internacionales.⁸⁶

En tal sentido, la CIDH ha implementado los *Principios rectores sobre la evaluación de impacto en los derechos humanos de las reformas económicas* de Naciones Unidas.⁸⁷ Por otra parte, en 2017 la Corte Interamericana (Corte IDH) resolvió el primer caso relativo a la justiciabilidad directa de los DESCA y se pronunció respecto de la obligación de no regresividad, que ha reiterado en sus decisiones posteriores relacionadas con la salud,⁸⁸ trabajo,⁸⁹ vida cultural;⁹⁰ todos estos criterios reiterados desde el caso *Poblete Vilches*

⁸⁵ TEDH, *Kubát and Others v. The Czech Republic*, sentencia, 22 de junio de 2023, <https://bit.ly/446VsiS>.

⁸⁶ CIDH, *Pobreza y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.164, 2017, párr. 220.

⁸⁷ CIDH, "CIDH Presenta observaciones de su visita a Ecuador", *Comunicados de prensa*, Washington, 14 de enero de 2020.

⁸⁸ Corte IDH, *Valencia Campos y otros vs. Bolivia*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 18 de octubre de 2022, párr. 235; Idem, *Vera Rojas y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 1 de octubre de 2021, párr. 96; Idem, *Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador*, fondo, reparaciones y costas, 26 de marzo de 2021, párr. 106; Idem, *Manuela y otros vs. El Salvador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 2 de noviembre de 2021, párr. 186; Idem, *Muelle Flores vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 6 de marzo de 2019 párr. 190.

⁸⁹ Corte IDH, *Extrabajadores del Organismo Judicial vs. Guatemala*, excepciones preliminares, fondo y reparaciones, 17 de noviembre de 2021, párr. 104; Idem, *Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género*, OC-27/21, 5 de mayo de 2021, párr. 147; Corte IDH, *Spoltore vs. Argentina*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 2020, párr. 97.

⁹⁰ Corte IDH, *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, 2020, párrs. 195-289; Idem, *Pueblos Indígenas*

y otros vs. Chile;⁹¹ empero, no ha profundizado en los componentes de la regresividad.

En uno de los casos más emblemáticos de la Corte IDH en cuanto a la salud, en el caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, se alegó la regresividad de las medidas, por ello, se procedió a analizarla como una de las obligaciones del principio de progresividad. Así, este Tribunal la abordó como parte del estudio de “la violación al principio de progresividad”.⁹²

Con relación a lo anterior, la Corte en su intención de evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana tomó como base los estándares del Comité DESC y de la CIDH; conforme al SUDH señaló que las medidas de carácter deliberadamente regresivo requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos que se disponga.⁹³ Mientras que, de conformidad con el SIDH, retomó lo señalado por la CIDH, la cual ha establecido que “se deberá determinar si se encuentra justificada [la medida regresiva] por razones de suficiente peso”.⁹⁴

Con base en estos parámetros generales, la Corte IDH declaró violado el principio de progresividad del artículo 26 de la CADH⁹⁵ –no obstante, no desarrolló algún test específico para examinar la regresividad de las medidas– y determinó que la progresividad implica la actividad del Estado para corregir las desigualdades e implementar acciones frente a la “ausencia total de protección”.⁹⁶

Derivado de lo anterior, la Corte IDH analizó las obligaciones de progresividad y resolvió con base a la conducta de inacción del Estado para concluir que se transgredió el principio de progresividad.⁹⁷

Maya Kaqchikel de Sumpango y otros vs. Guatemala, fondo, reparaciones y costas, 6 de octubre de 2021, párr. 130.

⁹¹ Corte IDH, *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, 8 de marzo de 2018, párr. 104.

⁹² CoIDH, *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 23 de agosto de 2018, párr. 140.

⁹³ Ibidem, párr. 143.

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ Ibidem, p. 85, res. 4.

⁹⁶ Ibidem, párr. 146.

⁹⁷ Idem.

La Corte IDH en realidad determinó que la inacción mantenía en total desprotección el derecho a la salud de la población con VIH, en vista de que se limitaba la atención y para quienes estaban fuera de este número no estaba garantizado de ninguna forma.

Ahora, el núcleo esencial también se retoma en el SIDH, pues la CIDH ha citado la Observación General No. 3 del Comité DESC para referir que el Estado tiene obligaciones básicas que deben satisfacer *niveles esenciales* de carácter inmediato.⁹⁸

Una de las diferencias entre el SUDH y el SIDH reside en la forma de entender las posibles regresiones, dado que en el SUDH se abordan desde evaluaciones sobre regresividad, mientras que, en el SIDH se miden los máximos esfuerzos emprendidos para la satisfacción de los DESCA.

Con respecto a lo anterior, la CIDH en su informe *Pobreza y derechos humanos en las Américas* señaló que el Estado tiene el deber de rendir cuentas respecto a cómo se han movilizado, hasta el máximo los recursos disponibles.⁹⁹ En otro criterio señaló que las medidas no pueden ser regresivas, “al menos que exista una falta de recursos disponibles y se haya demostrado que se realizaron todos los esfuerzos posibles para cumplir con esta obligación”.¹⁰⁰ Por ello, relaciona este examen con una evaluación del máximo uso de recursos.

Otra de las particularidades del SIDH es que señalan dos temporalidades a partir de las que se puede determinar el cumplimiento de los DESCA y su avance progresivo, el primero, a partir de la entrada en vigor del Protocolo Adicional a la CADH, y el segundo, a partir de cada avance progresivo.¹⁰¹

Se ha propuesto una evaluación de las medidas regresivas con base en el criterio de comparación temporal, de acuerdo con la CIDH esto implica “comparar la extensión de la titularidad y del contenido de los derechos y de sus garantías a través de nuevas medidas normativas con la situación de reconocimiento, extensión y alcance previos”.¹⁰²

⁹⁸ REDESCA, *Compendio sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales. Estándares interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II, 2021, párrs. 46, 55, 110 y 236.

⁹⁹ CIDH, *Pobreza y derechos humanos...*, cit., nota 86, párr. 56.

¹⁰⁰ CIDH, *Situación de derechos humanos en Venezuela*, <https://bit.ly/3A1CJFw>, párr. 408.

¹⁰¹ REDESCA, cit., nota 98, párr. 227; CIDH, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, párrs. 6 y 27.

¹⁰² CIDH, *Pobreza y derechos humanos...*, cit., nota 86, párr. 228.

3.4. Sistema Universal

La prohibición de regresividad se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDESC), de forma implícita como corolario del principio de progresividad. Así, el PIDESC establece que la principal obligación es adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga para lograr el mayor disfrute de los derechos a lo largo del tiempo.¹⁰³

Se destaca que en el SUDH se distinguen las medidas regresivas *normativas*, que implican derogar o suspender la legislación que garantiza el derecho,¹⁰⁴ adoptar medidas que sean incompatibles con obligaciones pre-existentes, así como aquellas contrarias a las obligaciones básicas derivadas del PIDESC.¹⁰⁵

De conformidad con el PIDESC al implementar medidas, corresponderá al Estado la carga de la prueba para demostrar que se han examinado dos cuestiones, la primera es que ha analizado todas las medidas posibles y la segunda, que se justifica la regresión respecto de otros derechos contemplados en el PIDESC.¹⁰⁶

Por su parte, el Comité DESC es el órgano compuesto por personas expertas, cuya función es interpretar y evaluar el cumplimiento del PIDESC, así como el desarrollo relacionado con la prohibición de regresividad,¹⁰⁷ que ha reiterado el estándar en torno a la carga de la prueba y la regresividad de las medidas en los casos sobre el derecho a la educación,¹⁰⁸ salud,¹⁰⁹ agua,¹¹⁰ así como la igualdad entre hombres y mujeres para el disfrute de los demás

¹⁰³ PIDESC, art. 2, párr. 1.

¹⁰⁴ Comité DESC, *Observación General No.12: El derecho a una alimentación adecuada*, E/C.12/1999/5,1999, párr. 19; Idem, cit., nota 16, párrs. 48 y 50; Idem, *Observación General No. 15: El derecho al agua*, E/C.12/2002/11, <https://bit.ly/2HVzyVT>, 2002, párr. 42; Idem, *Observación General No. 18: El derecho al trabajo*, E/C.12/GC/18, <https://bit.ly/3mHLFw4>, 2006, párr. 32.

¹⁰⁵ Comisión Colombiana de Juristas, *Informe sobre la prohibición de regresividad en derechos económicos, sociales y culturales en Colombia: fundamentación y casos* (2002-2008), Bogotá, 2010, <https://bit.ly/3ofZeUx>, p. 27.

¹⁰⁶ Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza*, Magdalena Sepúlveda Carmona, A/HRC/14/31, 2010, <https://bit.ly/3yGqAWc>, párr. 49.

¹⁰⁷ G. PISARELLO, “El estado social como estado constitucional: mejores garantías, más democracia”, en V. ABRAMOVICH, M.J. AÑÓN ROIG y C. COURTIS (comp.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2003, p. 46.

¹⁰⁸ Comité DESC, cit., nota 15, párr. 45.

¹⁰⁹ Comité DESC, cit., nota 16, párr. 32.

¹¹⁰ Comité DESC, cit., nota 17, párr. 19.

DESC,¹¹¹ derechos de autor,¹¹² derecho al trabajo,¹¹³ seguridad social,¹¹⁴ a la participación en la vida cultural,¹¹⁵ así como aquellos en torno a los derechos de niñas y niños.¹¹⁶

Los primeros pronunciamientos señalaban tres consideraciones generales para la examinación de medidas regresivas, lo cual fue establecido al analizar el derecho a la educación:¹¹⁷ I. El análisis de las medidas menos lesivas, II. La justificación para la consecución de derechos y, III. El aprovechamiento del máximo de los recursos disponibles; sin embargo, ello generaba dudas debido a que estas consideraciones eran generales y no se establecieron pasos específicos para realizar esta evaluación.

Por otra parte, en un contexto de grave crisis económica y protección al mínimo vital,¹¹⁸ se tramitaron diversos casos contra España,¹¹⁹ así en el emblemático caso *Mohamed Djazia y Naouel Bellili*, se alegó que el Estado había tomado medidas regresivas respecto a la vivienda.

El Comité DESC reiteró los tres elementos anteriores sobre las medidas menos lesivas, la justificación y el máximo uso de recursos disponibles, pero agregó cuatro criterios nuevos de análisis, al pronunciarse en lo concerniente al derecho a la vivienda, así incluyó la temporalidad de las medidas, la necesidad y proporcionalidad respecto de la prohibición de discriminación.¹²⁰

De esta forma, el Comité DESC concluyó que el Estado había violado el derecho a la vivienda frente a un desalojo al no ofrecer argumentos razona-

¹¹¹ Comité DESC, *Observación general No. 16: La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales*, E/C.12/2005/4, 2005, párr. 42.

¹¹² Comité DESC, *Observación general Nº 17: El derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a)*, E/C.12/GC/17, 2006, párr. 27.

¹¹³ Comité DESC, cit., nota 18, párr. 21.

¹¹⁴ Comité DESC, cit., nota 19, párr. 31.

¹¹⁵ Comité DESC, cit., nota 20, párr. 46.

¹¹⁶ Comité DESC, *Observación general Nº 17: Sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes*, CRC/C/GC/17, 2013, párr. 55.

¹¹⁷ Comité DESC, cit., nota 15, párr. 45.

¹¹⁸ ONU, *Declaración del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*, Philip Alston, sobre la conclusión de su visita oficial a España, 27 de enero – 7 de febrero de 2020, 2020, <https://bit.ly/42ToQX1>.

¹¹⁹ Comité DESC, *Comunicación núm. 2/2014*, E/C.12/55/D/2/2014, 2015, <https://bit.ly/3M5urDA>, párr. 3.1.

¹²⁰ Comité DESC, *Dictamen aprobado por el Comité en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto de la comunicación núm. 5/2015*, E/C.12/61/D/5/2015, 2017, <https://bit.ly/2KWeK3E>, párr. 17.6.

bles acerca de la imposibilidad de ofrecer una vivienda alternativa.¹²¹ Por lo anterior, se advierte que se resolvió conforme a un juicio de razonabilidad y proporcionalidad.¹²²

Posteriormente, uno de los estándares más novedosos concernientes a la prohibición de regresividad fue desarrollado en torno a la seguridad social, dado que el Comité DESC propuso un estándar de cinco pasos en el que sobresalen consideraciones para determinar si una medida podía considerarse regresiva para analizar la:¹²³ justificación razonable, existencia de otras alternativas, afectación a grupos afectados, prohibición de discriminación y repercusión sostenida para la afectación continua.

Estos criterios han sido reiterados en contextos de crisis originadas por deudas públicas y medidas de austeridad, pues el Comité DESC emitió una Declaración que los incluía para señalar que la adopción de un préstamo internacional constituirá una violación al PIDESC¹²⁴ si eso implica tomar medidas regresivas en cuanto a los DESC;¹²⁵ por tal motivo, esos criterios pueden tomarse como base de análisis, incluso en contextos de crisis originadas por deudas contraídas por los Estados.

Después, la Alta Comisionada de Naciones Unidas desarrolló uno de los estándares más importantes que se habían señalado hasta el momento, consolidando una evaluación integral con diversos criterios específicos para los DESC, desde la temporalidad,¹²⁶ razonabilidad y proporcionalidad, así como el análisis del núcleo esencial y su configuración conforme al grupo en situación de vulnerabilidad.¹²⁷

¹²¹ Comité DESC, *Comunicación* núm. 5/2015, E/C.12/61/D/5/2015, 2017, <https://bit.ly/2KWeK3E>, párr. 17.8.

¹²² J.C. BENITO SÁNCHEZ, "Los pronunciamientos del Comité DESC sobre derecho a la vivienda relativos a España. Respuestas jurisprudenciales y legislativas", *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 9, núm. 2, pp. 583-607.

¹²³ Comité DESC, cit., nota 19, párr. 42.

¹²⁴ Naciones Unidas, *Informe de la Experta Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre los todo derechos económicos, sociales y culturales*, Yuefen Li, A/76/167, 2021, <https://bit.ly/3UyQHrU>, párr. 18.

¹²⁵ Comité DESC, *Deuda pública, medidas de austeridad y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, E/C.12/2016/1, 2016, <https://bit.ly/3mauHqo>, párr. 4.

¹²⁶ ACNUDH, *Los principios rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*, 2012, párr. 48.

¹²⁷ Consejo Económico y Social, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, E/2013/82, 2013, <https://bit.ly/3JZtDgR>, párr. 15.

Lo trascendental del estándar antes señalado, es que estos cinco criterios fueron desarrollados de forma extensiva, permitiendo una evaluación más detallada para la regresividad de las medidas; además, su importancia se vio reflejada en pronunciamientos posteriores de la Presidenta del Comité DESC en momentos de crisis fiscales y económicas.¹²⁸

En la evaluación destacan los *criterios de interés imperioso*, pues examinará la consecución de los derechos reconocidos en el PIDESC en su totalidad,¹²⁹ por ello se podrá autorizar la reducción de las prestaciones, bajo el entendido que los recursos son escasos, pero solo se podrá reducir a una parte de la población que se ubique en una mejor situación económica, pero no así de la totalidad de las personas, ni mucho menos a los grupos en mayor situación de vulnerabilidad.

Además, lo relativo a la *prohibición de discriminación* involucra una obligación de no discriminación directa e indirecta, aplicada deliberadamente o no, lo que se vincula con uno de los puntos que había propuesto anteriormente el Comité DESC en la Observación General No. 19.¹³⁰

También, la *protección del contenido básico* de los derechos, ya que deberá ser garantizado en todo momento, lo que permitirá la protección mínima para el acceso a los servicios sociales básicos de la población en mayor situación de vulnerabilidad;¹³¹ criterio que cobra mayor importancia al ser reiterado para el cumplimiento del PIDESC.¹³²

Por último, sobre la *participación de los grupos afectados*, implica que las medidas adoptadas solo pueden ser válidas en tanto exista verdadera participación de los grupos e individuos afectados,¹³³ así que en esta dinámica deberán expresarse las necesidades como preocupaciones en torno a las propuestas de austeridad.

¹²⁸ A. GOVINDASAMY PILLAY, *Carta de fecha 16 de mayo de 2012 dirigida a los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por el Presidente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, HRC/NONE/2012/76, Comité DESC, <https://bit.ly/40RMilH>.

¹²⁹ Consejo Económico y Social, cit., nota 127, 2013, párr. 6.

¹³⁰ Comité DESC, cit., nota 19, párr. 42.

¹³¹ Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los efectos de las crisis económicas y financieras mundiales en la realización universal y el goce efectivo de los derechos humanos y las posibles medidas necesarias para mitigarlos*, A/HRC/13/38, 2010, párrs. 21.f y 25.

¹³² Comité DESC, *Observaciones finales sobre el cuarto informe de Islandia, aprobadas por el Comité en su 49º período de sesiones*, E/C.12/ISL/CO/4, 2012, párr. 6.

¹³³ Consejo Económico y Social, cit., nota 127, párr. 21.

Estos criterios se han reiterado en la protección de los DESC incluso durante crisis severas en diversos exámenes. Al respecto, en Europa se tomaron diversas medidas regresivas como consecuencia de las crisis y el Consejo de Derechos Humanos reiteró el criterio consistente en la aplicación del máximo uso de recursos disponibles, la protección del núcleo esencial de los DESC y la participación de los grupos afectados con especial énfasis en la prohibición de no discriminación.

Criterios que también se han aplicado para la evaluación de las medidas de austeridad tomadas durante la crisis en Irlanda;¹³⁴ la afectación del derecho al trabajo, la seguridad social, salud, educación, vivienda en Reino Unido,¹³⁵ incluso para la revisión y evaluación de medidas de ajuste de políticas públicas como consecuencia de la crisis por deuda externa en la Unión Europea.¹³⁶ También en relación con la crisis de Grecia¹³⁷ se aplicó el estándar de cuatro pasos antes descrito: temporalidad de las medidas, la estricta necesidad y proporcionalidad, no discriminación y la protección del núcleo esencial.¹³⁸

Debido al panorama anterior, se evidenció la necesidad de realizar evaluaciones para medir el impacto desproporcionado hacia los derechos humanos y políticas públicas¹³⁹ con énfasis en los diferentes grupos

¹³⁴ Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza*, Magdalena Sepúlveda Carmona, A/HRC/17/34/Add.2, 2011, párrs. 18-38.

¹³⁵ Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto*, Raquel Rolnik, A/HRC/25/54/Add.2, 2013, párrs. 34, 68-75.

¹³⁶ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales acerca de su misión a las instituciones de la Unión Europea*, A/HRC/34/57/Add.1, 2016, párr. 69.

¹³⁷ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Experto independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales, Cephas Lumina*, A/HRC/25/50/Add.1, 2014, párr. 9.

¹³⁸ Ibidem, párr. 17; Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales, sobre su misión a Grecia*, A/HRC/31/60/Add.2, 2016, párr. 81.

¹³⁹ Consejo de Derechos Humanos, *Proyecto final de los Principios Rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, presentado por la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*, Magdalena Sepúlveda Carmona, A/HRC/21/39, 2012, párr. 92.

en situación de vulnerabilidad y los programas de ajuste¹⁴⁰ o medidas de austeridad.

Posteriormente, el Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras, se basó en los criterios desarrollados en la Observación General No. 19,¹⁴¹ para desarrollar una evaluación¹⁴² que dio paso a los *Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de las reformas económicas en los derechos humanos*, que consta de nueve pasos:¹⁴³

Las medidas que darían lugar a retrocesos en la realización de esos derechos solo son permisibles si los Estados pueden demostrar que esas medidas regresivas:

- a) Son temporales, por naturaleza y efecto, y están limitadas a la duración de la crisis;
- b) Son legítimas, con el fin último de proteger todos los derechos humanos;
- c) Son razonables, en el sentido de que los medios elegidos son los más adecuados y capaces de alcanzar el objetivo legítimo;
- d) Son necesarias, en el sentido de que la adopción de cualquier otra alternativa de política o la inacción serían más perjudiciales para el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, espe-

¹⁴⁰ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales acerca de su misión a las instituciones de la Unión Europea*, A/HRC/34/57/Add.1, 2016, párr. 83.b; Comité DESC, *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Grecia*, E/C.12/GRC/CO/2, 2015, <https://bit.ly/3Gl8vRn>, párrs. 24 y 32; Comité DESC, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Portugal*, E/C.12/PRT/CO/4, 2014, párr. 20; Comité de los Derechos del Niño, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención*, CRC/C/GRC/CO/2-3, 2012, párr. 29; Comité CEDAW, *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Grecia, aprobadas por el Comité en su 54º período de sesiones*, CEDAW/C/GRC/CO/7, 2013, párr. 40.

¹⁴¹ J.P. BOHOSLAVSKY, *Guías sobre evaluación de impacto de las políticas de reforma económica sobre los derechos humanos*, 2017, <https://bit.ly/3GgAFgf>.

¹⁴² Asamblea General, *Informe del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales. Impacto de las reformas económicas y medidas de austeridad en los derechos humanos de las mujeres*, A/73/179*, 2018, p. 18.

¹⁴³ Consejo de Derechos Humanos, *Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de las reformas económicas en los derechos humanos*, A/HRC/40/57, 2018, <https://bit.ly/3Klv8Z>, p. 10.

- cialmente si existen mecanismos alternativos de financiación menos perjudiciales;
- e) Son proporcionales, en el sentido de que las medidas elegidas no restringen indebidamente los derechos humanos y sus costos no superan sus beneficios;
 - f) Son no discriminatorias y pueden prevenir o mitigar las desigualdades que puedan surgir en tiempos de crisis y aseguran que los derechos de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados no resulten afectados de manera desproporcionada;
 - g) Protegen el contenido mínimo de los derechos económicos, sociales y culturales en todo momento;
 - h) Se basan en la transparencia y la participación genuina de los grupos afectados en el examen de las medidas y las alternativas propuestas;
 - i) Están sujetas a procedimientos significativos de examen y rendición de cuentas, incluidas las evaluaciones de los efectos en los derechos humanos.

Estos criterios son de gran relevancia debido a que reúnen las diferentes propuestas para la determinación de medidas regresivas, lo cual implica un examen más completo de la situación y la naturaleza especial de los DESCA, dado que integran el contenido esencial, las dimensiones y niveles esenciales.

4. HACIA UN TEST INTEGRAL PARA LA EVALUACIÓN DE LA REGRESIVIDAD DE LOS DESCA

En la actualidad, frente a los cambios económicos del orden mundial, crisis económicas y la adopción de medidas de austeridad por parte de los Estados, el panorama en el derecho constitucional y la judicatura es complejo al no existir un estándar homologado para evaluar si una medida es regresiva, de ahí que lo deseado es que los Tribunales Constitucionales protejan los niveles mínimos de derechos económicos y sociales de la población en mayor situación de vulnerabilidad, dado que cualquier transgresión a este mínimo puede generar consecuencias con efectos adversos e irreversibles a lo largo de sus vidas.

En tal escenario surge la necesidad de problematizar la metodología empleada en la judicatura para resolver casos complejos que involucren la regresividad de los DESCA y la aplicación de diferentes test –proporciona-

lidad, máximo uso de recursos disponibles, comparativo temporal de niveles de satisfacción, test de constitucionalidad, entre otros-, cuyos resultados no dan cuenta de las afectaciones al núcleo esencial, dimensiones y niveles esenciales de estos derechos, al no tener pasos específicos para emprender ese análisis, de forma que no permiten realizar un examen integral, sino superficial.

Lo anterior no es una discusión meramente teórica, ya que se advierte que la metodología aplicada por los Tribunales Constitucionales no da pauta para analizar integralmente el fondo del asunto y las posibles violaciones específicas de los DESCA sobre regresividad –ya que la tendencia fue resolver a partir de dos criterios: el núcleo esencial y la prohibición de discriminación– de forma que, en la medida en que se emprenda un examen completo, podrá examinarse las violaciones alegadas y, en su caso, concederse efectos que protejan de forma integral los elementos mínimos de la vida de los justiciables.

Frente a ese panorama, al examinar los precedentes de las altas cortes y pronunciamientos de los organismos internacionales, es posible responder la pregunta de investigación, *¿cuál es la evaluación más integral que podría emplearse en la judicatura para determinar la regresividad de los DESCA?*, cuya respuesta más cercana puede hallarse en el SUDH, específicamente en los *Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de las reformas económicas en los derechos humanos*.

Estos principios pueden aplicarse en la judicatura de las regiones analizadas como un estándar para determinar la regresividad de los DESCA, considerando que, frente a agravios tendientes a evidenciar la transgresión específica de su núcleo esencial, dimensiones y niveles esenciales, la evaluación incluye pasos concretos para responderlos integralmente.

Ello es así, en virtud de que el estándar surgió con motivo de la recopilación de diferentes propuestas de evaluación de regresividad de las medidas, empleadas a nivel interno e internacional, dando como resultado una evaluación integral para examinar la naturaleza de los DESCA; consecuentemente sus pasos son conocidos, pero adicionando la participación de los grupos afectados y el examen continuo de las afectaciones hacia los derechos, que resultan sensatos al decidir respecto a medidas de austeridad que muy probablemente tendrán mayor repercusión en las poblaciones en situación de vulnerabilidad.

Además, su aplicación es viable puesto que se encuentra en armonía con la postura de los Tribunales Constitucionales examinados, para analizar la:

afectación de derechos adquiridos, reversión de la carga de la prueba frente a la adopción de medidas regresivas –como aspectos procesales–; temporalidad de la medida, protección del núcleo esencial y prohibición de discriminación, así como la justificación de la legitimidad, razonabilidad, necesidad y proporcionalidad; por tanto, si la evaluación se emprende bajo esos pasos conocidos, no debería existir impedimento racional para su aplicación.

La evaluación propuesta permite analizar la regresividad *normativa y de resultados* –esta segunda, de mayor complejidad– dado que se permite evaluar las consecuencias de la aplicación de las medidas adoptadas, de forma que, pueden examinarse las posibles transgresiones de las medidas de austeridad en la legislación y administrativas.

Para exemplificar lo anterior, el estándar permite evaluar las medidas regresivas con *carácter de acción*, entre las que se encuentra la derogación o suspensión de legislación necesaria para el disfrute del derecho; la adopción de medidas incompatibles con las obligaciones básicas derivadas del PIDESC, como la denegación del acceso al derecho por motivos de discriminación; la imposición de mayores requisitos para acceder a un derecho; y las que disminuyen recursos públicos para la satisfacción de un derecho.

Por tanto, se concluye que en la actualidad los *Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de las reformas económicas en los derechos humanos* es el estándar con la evaluación más integral que podría emplearse en la judicatura para determinar la regresividad de los DESCA.

JORGE ALBERTO WITKER VELÁSQUEZ

REYES ENRIQUE VÁZQUEZ MAY

Universidad Nacional Autónoma de México

Círculo Mtro. Mario de la Cueva S/N,

Ciudad de la Investigación en Humanidades,

Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán,

C.P. 04510, México, D.F. - México

e-mail: witker@unam.mx

e-mail: reyesenriquemx@gmail.com