

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen
Gobierno

Hacia una aproximación del concepto de progresividad de
los derechos humanos en el ordenamiento jurídico peruano

Trabajo académico para optar el título de Segunda
Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno

Autor:

Rosa Isabella Salcedo Mosquera

Asesor:

*Renata **Anahí** Bregaglio Lazarte*

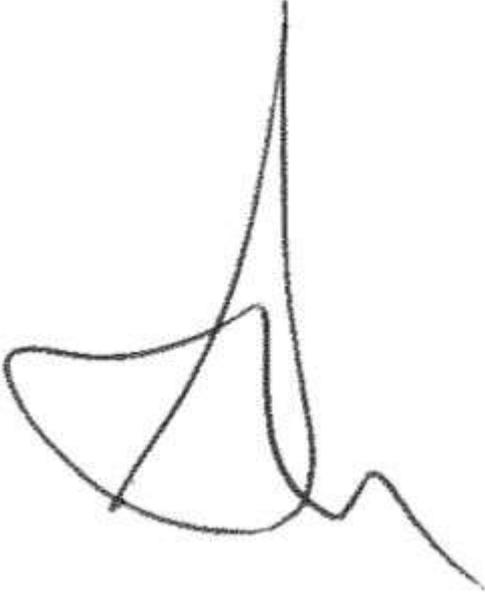
Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, Renata Anahí Bregaglio Lazarte, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado **“Hacia una aproximación del concepto de progresividad de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico peruano”**, del autor SALCEDO MOSQUERA, ROSA ISABELLA dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 31%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 04 de diciembre del 2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 19 de febrero del 2024

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> RENATA ANAHÍ BREGAGLIO LAZARTE	
DNI: 40284989	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4306-2511	

RESUMEN

El concepto de progresividad, entendido como el paulatino cumplimiento de los derechos humanos, fue históricamente una categoría problemática, la cual servía como justificación para el incumplimiento e inacción estatal. En efecto, el mal entendimiento de este término ha generado que no se reconozca las características de exigibilidad y justiciabilidad de los derechos sociales considerándose estos como una simple buena intención. Además, generaría impunidad en el supuesto de vulneración de algún derecho. No obstante, este concepto ha ido evolucionado con el desarrollo normativo y jurisprudencial en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). Esta evolución del concepto ha influenciado en el ordenamiento jurídico peruano reflejándose en la normativa y jurisprudencia. Sin embargo, es necesario resaltar que, las concepciones entorno a la progresividad en el derecho internacional y el derecho interno son disonantes. Es por ello que, el presente trabajo buscará dar una aproximación al concepto de progresividad en el ordenamiento jurídico peruano a partir del análisis de los instrumentos internacionales y la jurisprudencia del TC. Al final, es posible concluir que se debe adoptar el concepto de progresividad más favorable para la protección y cumplimiento de los derechos humanos. En ese sentido, considero que, se debe entender por progresividad como el avance efectivo y constante del derecho y que la gradualidad no será usada como excusa para que el Estado no emita medidas de garantía, y los avances obtenidos no pueden ser injustificadamente regresivos.

Palabras clave

El concepto de progresividad, Derechos Humanos, cumplimiento paulatino, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ordenamiento jurídico peruano.

ABSTRACT

The concept of progressivity, understood as the gradual fulfillment of human rights, was historically a problematic category, which served as a justification for non-compliance and state inaction. In fact, the misunderstanding of this term has led to the non-recognition of the enforceability and justiciability of social rights, which are considered to be mere good intentions. Moreover, it would generate impunity in the event of a violation of any right. However, this concept has evolved with the normative and jurisprudential development of International Human Rights Law (IHRL). This evolution of the concept has influenced the Peruvian legal system and is reflected in the regulations and jurisprudence. However, it is necessary to highlight that the conceptions of progressivity in international law and domestic law are dissonant. For this reason, this paper will seek to provide an approach to the concept of progressivity in the peruvian legal system based on the analysis of international instruments and the jurisprudence of the Constitutional Court. In the end, it is possible to conclude that the most favorable concept of progressivity for the protection and fulfillment of human rights should be adopted. In this sense, I consider that progressivity should be understood as the effective and constant advancement of the right and that gradualness shall not be used as an excuse for the State not to issue guarantee measures, and the progress obtained cannot be unjustifiably regressive.

Keywords

The concept of progressivity, Human Rights, gradual compliance, International Human Rights Law, Peruvian legal system.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
SECCIÓN 1: La progresividad a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos	4
SECCIÓN 2: La progresividad en el derecho interno peruano	15
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	26
BIBLIOGRAFÍA	27



INTRODUCCIÓN

El Preámbulo la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) trae por primera vez a colación el concepto de progresividad, el cual establece como obligación por parte de los Estados, el respeto y la salvaguarda de los derechos humanos mediante la adopción de medidas de carácter nacional e internacional. Ello establecería el primer cimiento de lo que se conocería como el principio de progresividad, el cual sería entendido no solo como una característica esencial de los derechos humanos, sino también como el deber de lograr el cumplimiento gradual de estos. Cabe resaltar que, este principio, con el transcurso del tiempo, ha ido formando su contenido a través del desarrollo normativo y jurisprudencial tanto del derecho internacional como en el derecho interno. Ello conlleva a plantear como interrogante, qué se entiende por progresividad en el ordenamiento jurídico peruano.

Esta es una pregunta latente debido a que no existe un consenso claro sobre este concepto. Bien es sabido que la progresividad, históricamente, ha sido un concepto problemático cuyo contenido era no solo ambiguo, sino que también generaba malentendidos sobre todo respecto al cumplimiento y judicabilidad de los derechos sociales. Sin embargo, a través de los esfuerzos normativos y jurisprudenciales dados con el transcurso del tiempo, se tiene una definición de progresividad menos lesiva, la cual puede ser entendida como el cumplimiento paulatino certero y efectivo del derecho humano; no obstante, estos esfuerzos no son tan similares. En efecto, si bien las dos coinciden en que la progresividad debe de ser entendida como un deber de obligatorio cumplimiento para el Estado tanto inmediata como paulatinamente, soy de la opinión que, estos dos órganos de justicia han conceptualizado de manera distinta la progresividad, ya que lo estipulado en el DIDH, difiere en cierta medida a lo alegado por el Tribunal Constitucional.

Es por ello que, en el presente trabajo académico no solo buscará conceptualizar qué se entiende por el principio de progresividad en el ordenamiento jurídico peruano, sino también propondrá cuál de las nociones de progresividad debería de inclinarse el Estado peruano. Para desarrollar lo expuesto en líneas anteriores, se estudiará la definición dada por el DIDH sobre la progresividad,

tanto en la normativa, *soft law* y jurisprudencia. Ello es razón a que, como consecuencia del artículo 55 de la Constitución y de la Cuarta Disposición Final y Transitoria, lo alegado en el DIDH será jurídicamente vinculante para el Estado peruano. Lo que significa que, el concepto que se tiene de progresividad formará parte de nuestro sistema normativo. Del mismo modo, se analizará el derecho interno peruano, no solo se limitará a un análisis normativo de cómo se encuentra establecido la progresividad, sino también se analizará la jurisprudencia del TC, la cual a partir del análisis de un caso concreto determinará la noción de progresividad. Para el estudio de las sentencias se empleará la metodología cualitativa a partir del método inductivo, mediante el cual a partir del estudio de casos particulares se llegará a un entendimiento general del concepto de progresividad. Habiendo expuesto tanto la noción de progresividad en el DIDH y la noción que se tiene en el derecho peruano interno, se finalizará con mi propuesta por cuál de estas dos debe de ser tomada en consideración.

Cabe tener presente que, si bien el presente trabajo tiene la tarea desafiante de analizar todo lo estipulado sobre la progresividad y frente a proponer cómo debería de entenderse este concepto; sin embargo, se tiene como límite que, lo que respecta al análisis jurisprudencial, se está analizando solo las sentencias más relevantes. Asimismo, es importante señalar que se está analizando las normas, el *soft law* y la jurisprudencia hasta lo emitido en el año 2023, respecto a lo que se pronuncie en un futuro será tema de posteriores investigaciones.

En ese sentido, el presente artículo se estructurará de la siguiente manera: en el primer capítulo, se analizará la evolución del concepto de progresividad en el DIDH, presentando las primeras nociones de progresividad y como han generado ambigüedad en su comprensión, hasta llegar un mayor desarrollo; asimismo, se analizará la jurisprudencia emitida por la CortelDH. En el segundo capítulo, se aterrizará el tema de la progresividad en el derecho interno peruano, analizando la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional respecto a la progresividad y explicando cómo ha sido su evolución en el derecho interno. De la misma manera se expondrá cómo actualmente el TC viene desarrollando la progresividad, centrándonos en la STC del Exp. N°1470-2016. Asimismo, se reflexionará sobre la disonancia del concepto de progresividad con lo expuesto por la CortelDH, específicamente con el *Caso Cuscul Pivaral vs. Guatemala*, con

la definición de progresividad abordada por el TC en la STC del Exp. N°1470-2016. Y, frente a ello, concluiré cuál de estas perspectivas sería la más adecuada de adoptar.



SECCIÓN 1: La progresividad a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Para poder resolver el problema jurídico planteado sobre cómo se debe de entender la noción de progresividad en el ordenamiento jurídico peruano es necesario analizar los instrumentos internacionales, toda vez que estas formarían parte del derecho interno peruano a partir del artículo 55 de la Constitución en el cual se señala que los tratados celebrados por el Estado forman parte del ordenamiento jurídico. Cabe señalar que, la CP ha adoptado el modelo monista, en el cual los tratados se incorporan automáticamente al derecho interno (Salmón, 2017, p.132). De la misma manera, se tomará en consideración el *soft law* del DIDH, que pese a no tener carácter jurídicamente vinculante este va a ser referente para la comprensión a mayor cabalidad del concepto de progresividad.

Como previamente se ha comentado, el concepto de progresividad de los derechos humanos empieza a ser regulada en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), en adelante DUDH, señalando en su Preámbulo que, tanto los individuos como las instituciones tiene el deber de promover el respeto de los derechos y libertades, además de asegurar, a través de medidas progresivas, su reconocimiento y aplicación en los Estados Miembros. Si bien, la DUDH es un acto solemne, y carecer de valor jurídicamente vinculante ya que forma parte del *soft law* (Nikken, 2010, p. 63); sin embargo, es un instrumento que establece los primeros cimientos del principio de progresividad, entendiéndose este como la obligación que tienen los Estado Miembros de adoptar medidas que conlleven a aplicarse los derechos reconocidos en la Declaración. Ante la permanente necesidad de regular los derechos, se promulga el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966) en adelante PIDESC, documento jurídicamente vinculante para el Estado peruano que regularía el concepto de progresividad. En efecto, el artículo 2 inciso 1 establece que, los Estados Partes tienen la obligación de adoptar, tanto individualmente como en cooperación internacional, medidas legislativas,

técnicas y económicas hasta el máximo de sus recursos para lograr paulatinamente la efectividad de los derechos reconocidos en esta Pacto. De la misma manera, en el artículo 11 inciso 1, se señala que se debe mejorar continuamente de las condiciones de los derechos, así como el deber de los Estados en tomar medidas apropiadas para asegurar la efectividad del derecho. De lo expuesto, se puede entender que, a diferencia de lo escasamente señalado en la DUDH, el PIDESC establece al deber de adopción de medidas hacia los Estados Partes, y con ello, el Pacto entendería como progresividad a la manera paulatina de cumplimiento pero que esta dependerá de la disponibilidad de recursos dentro de un plazo razonable. (Stinco, 2019, p.54-55). Como se aprecia en el análisis del PIDESC, se asocia erróneamente la progresividad como una característica de los DESC, cuestión que también sería replicada por la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) (1969), la cual también asocia el principio de progresividad como único aspecto de los derechos sociales. Ello se demuestra en la forma en que su artículo 26 está estructurado, en el cual se manifiesta que, los Estado Partes asumen el compromiso de adoptar medidas tanto a nivel internacional como interno para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos. En efecto, tanto el PIDESC como la CADH establecen el deber del Estado a sus Estados miembros adoptar medidas para garantizar hasta el máximo de los recursos posibles para efectivizar los DESC, en ese sentido se deben desarrollar políticas en el orden interno (Stinco, 2019, p.52).

A partir de esta naciente regulación en torno a la noción de progresividad expuesta tanto en la DUDH, el PIDESC y la CADH, se empieza a generar ambigüedad y mal entendimiento sobre este término. Uno de los problemas que surge de la interpretación normativa es que se asocie la noción de progresividad como si fuese una característica propia de los derechos económicos sociales y culturales (en adelante DESC). Ello es así, porque tanto el PIDESC como la CADH han mencionado directamente la progresividad, a comparación de otros instrumentos normativos relacionados a los derechos civiles y políticos (en adelante DCP). No obstante, la progresividad y su contraparte, la no regresividad, son aplicables tanto a DESC como a DCP, ello es, puesto que en

las disposiciones referidas a los DCP hacen una alusión a ello, como es el caso del artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) y el art. 2 de la CADH en los cuales se establece el deber de los Estados de adoptar medidas para lograr la efectividad de los derechos y que no restrinjan o disminuyan derechos que ya estuviesen garantizados. (Bregaglio, 2010, p.52). Asimismo, otra concepción errónea que se generó entorno a la progresividad es que los DESC a comparación de los DCP fueran considerados como un derecho de categoría inferior, que no podían ser considerados como verdaderos derechos subjetivos, judiciales y de exigibilidad inmediata, ya que representarían meras aspiraciones, expectativas o un ideal a alcanzar que careciese de políticas públicas para que fueran realizables (Nikken, 2010, p.65). En esa misma línea, la idea de la progresividad entendida como un cumplimiento paulatino del derecho, el cual debe realizarse cuando los Estados cuenten con el financiamiento suficiente, ha generado que no se reconozca las características de exigibilidad y justiciabilidad de los DESC que sí tienen los DCP, y como consecuencia de ello, se ratificaría esta noción de superioridad de los DCP frente a los DESC ya que, la progresividad estaría asociada a una simple buena intención, el Estado no tendría la necesidad de cumplir un determinado derecho en tanto progresivo y que, por su carácter paulatino, si es que se vulnerase esto no generaría sanción para el Estado. De la misma manera, es necesario señalar que de una interpretación del PIDESC y de la CADH se desprende que, la progresividad del derecho se puede desarrollar en un plazo indeterminado, la inacción estatal y el cumplimiento diferido sería considerado como parte de este desarrollo paulatino y no como una vulneración al derecho.

No obstante, en el DIDH, la noción de progresividad ha evolucionado con el paso del tiempo, dotándosele de mayor contenido. Ello es el caso de los Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1987), en el Principio 21 se señala que la progresividad de los derechos está relacionada a que los Estados Partes actúen con rapidez para lograr la efectividad de los derechos. En ese sentido, la progresividad no significa que el Estado debe aplazar indefinidamente el cumplimiento del derecho, sino que tienen la obligación de adoptar

inmediatamente medidas para el cumplimiento del PIDESC. Asimismo, el Principio 23 señala que, esta progresividad efectiva debe realizarse independientemente de los recursos de los Estado Parte sino se debe procurar el uso eficaz que disponga el Estado para lograr el cumplimiento del derecho. Finalmente, el Principio 72, señala que, el Estado Parte incurriría en violación al Pacto si no adopta las medidas en la mayor brevedad posible ni es aplicado con rapidez o se retrasa y detiene el desarrollo progresivo del derecho. Sin embargo, este concepto necesitaría una mayor aclaración la cual se daría con la promulgación de la Observación General No 3 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en adelante CDESC, (1990). En ese se explyaya las obligaciones de los Estados Partes del PIDESC respecto al párrafo 1 del artículo 2 del PIDESC. En el apartado 1, el CDESC señala que el PIDESC busca la realización paulatina teniendo en cuenta las restricciones derivadas de la disposición presupuestaria pero también impone varias obligaciones con efecto inmediato como son la obligación de garantía, respeto y no discriminación. Asimismo, en el apartado 9 el CDESC señala que el concepto de progresividad efectiva, en tanto paulatina, no podrá lograrse en un periodo de tiempo, pero no debe de interpretarse que no establece obligaciones claras, sino que los Estados deben de proceder de manera expedita y eficaz, avanzando para lograr un objetivo. Durante ese misma época, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como Pacto de San Salvador, (en adelante PSS) emitido en el año 1988, señala en su artículo 19 respecto a las Normas para la Confección de los Informes Periódicos se define la progresividad como el criterio de avance paulatino con el fin de establecer las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de los DESC. (Bregaglio, 2010, p.45).

De lo expuesto, tanto en los Principios de Limburgo, como el CDESC y como en el Protocolo Adicional, se entiende a la progresividad como gradualidad; por consiguiente, establece obligaciones claras para los Estados Partes para la plena efectivización de los derechos. Y a diferencia de los señalado en la DUDH, el PIDESC y la CADH, los Estados tienen el deber de actuar rápida y eficazmente para alcanzar la meta, es decir, la noción de avance de la progresividad significa

una obligación de mejora de las condiciones de goce y ejercicio de los derechos (Bregaglio, 2010, p.44-46).

En los instrumentos normativos más actuales que complementan el desarrollo del concepto de progresividad se tiene a las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1997) y a la Declaración de Quito “Acercas de la exigibilidad y realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina y el Caribe” (1998). En la primera, su apartado 8 señala que, la progresividad genera una obligación legal a los Estados para que adopten medidas de forma inmediata y en la mayor brevedad posible. Asimismo, se señala que no se puede aludir el carácter de progresivo como justificación para el incumplimiento de los derechos, además que establecer limitaciones a los derechos ya reconocidos. Esa misma línea sigue la Declaración de Quito, la cual señala en su párrafo 29.d. que el Estado tiene el deber de encaminar la plena efectividad de los derechos, en ese sentido la inacción por parte del Estado o una demora irrazonables en la adopción de medidas implicaría una situación regresiva o estática. (Bregaglio, 2010, p.52). En este sentido, la progresividad implica también que, los Estados fijen de manera inmediata estrategias y metas para lograr la aplicación inmediata de los contenidos mínimos de los DESC y con ello lograr su vigencia plena. De la misma manera, ratifica lo señalado por el Principio 72 de Limburgo señalando que la no adopción medidas, la demora y el retroceso son causales de sanción al Estado Parte.

De lo expuesto, los instrumentos internacionales descritos han ampliado el concepto de la progresividad. Es evidente que, desde la DUDH hasta la Declaración de Quito, este concepto ha adquirido cuerpo y forma, pudiéndose ahora entenderse desde dos sentidos. Por un lado, como un concepto que necesita de cierta gradualidad para la satisfacción plena de los DDHH, pero este avance paulatino tiene que ser hacia un objetivo. De la misma manera, los Estados tienen la obligación de actuar tan rápida y efectivamente como sea posible hacia esa meta, hacia un avance efectivo mediante medidas concretas

con miras al cumplimiento del derecho por parte del Estado. (Bregaglio, 2010, p.44 - 45). Concluyéndose pues que, la progresividad es un mandato de optimización que asume el Estado con el fin de que el derecho pueda ser cumplidos en diversos grados, conllevando a un avance consistente en mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos (Vallejo, 2019, p .112) Dejando desfasada la idea que se tenía en los primeros instrumentos normativos respecto a la progresividad la cual se podía entender como un mero deseo o aspiración. Actualmente se puede concluir que la progresividad establece una obligación concreta de avance efectivo e inmediato, la cual es inconcebible sustentar su incumplimiento señalando que no se cuenta con los recursos económicos suficientes. De la misma manera, específicamente a partir de la CADH y profundizado por la Declaración de Quito, la otra cara de la moneda del concepto de progresividad es el principio de no regresividad abordado, entendiéndose este como la prohibición de retroceso, según la cual los Estados no pueden disminuir el grado de protección ya alcanzado frente a un derecho tampoco se puede adoptar medidas que empeoren la situación de los derechos (Vallejo, 2019, p.112). Y solamente es procedería la retroactividad cuando exista una debida justificación, pero a su vez se debe buscar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de los derechos. (López-Murcia, J. y García-Dazam, L., 2008, p. 227 - 228). Lo señalado también se encuentra estipulado en el Informe 39/09 de la CIDH, conocido como Caso Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú. El presente caso de la CIDH analiza el concepto de progresividad desde el principio de no regresión y propone pautas de evaluación en caso concreto sobre si se justifica el retroceso de un derecho. El caso es del año 2004, este versa sobre la variación del régimen pensionario establecido en el Decreto Ley 20530 con la Ley 28389, constituyendo así un retroceso para el derecho de la seguridad social. Frente a ello, en el año 2005, la CIDH señala que, los Estados tienen el deber de no retroceder en los logros avanzados en dicha materia. No obstante, la CIDH alega que la regresión en el caso no es incompatible con el artículo 26 de la CADH. En ese sentido, el Comité considera que, si bien se está realizando una restricción al derecho de la pensión; sin embargo, si continua la reforma dada por Decreto Ley 2053, esta iba a desestabilizar el sistema financiero peruano. En ese sentido, la CIDH, concluye en su fundamento 112 que, esta

reforma no violaría el principio de no regresividad, ello es así porque, toda vez que se busque restringir el derecho, se debe de aplicar el siguiente test con el fin de determinar si este proceso es razonable o no: i) Determinar que si es que la medida restrictiva fue impuesta por una ley; ii) Determinar si la medida restrictiva obedece a un fin legítimo con el fin de preservar el bienestar general; y iii) Finalmente, analizar si la restricción fue proporcional en el sentido de ser razonable para el fin y, no sacrificar la esencia del derecho a la pensión.

Este caso de la CIDH complementa el concepto de la progresividad señalado en la normativa internacional. Siendo este novedoso porque la Comisión propone un parámetro de evaluación para determinar cuándo es posible el retroceso de un derecho fundamental. Esto quiere decir que, toda intervención que realice los órganos de justicia, tener un fin constitucional legítimo. Asimismo, las medidas en consideración para intervenir los derechos fundamentales, la Corte Constitucional debe aplicar la más favorable para alcanzar el objetivo perseguido y, finalmente, respecto a la proporcionalidad en el sentido estricto, la regresión debe estar en adecuada relación con el significado del derecho intervenido. (Díaz, 2019, p.4).

Así como el caso expuesto, el concepto de progresividad ha ido evolucionando también a través del desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CortelDH) complementando de contenido a lo señalado en los instrumentos internacionales. Ejemplo de ello es el Caso Lagos del Campo vs. Perú - CortelDH (2017), el cual versa sobre el despido del señor Alfredo Lagos del Campo en 1989, como consecuencia de las declaraciones realizadas durante una entrevista para la revista "La Razón" cuando fue presidente electo por la Asamblea General del Comité Electoral de la Comunidad Industrial de la empresa Ceper-Pirelli, en la que laboraba como obrero por más de 13 años. En esta entrevista había denunciado que el directorio de la empresa había realizado un presunto chantaje y coerción conllevando a elecciones fraudulentas del Comité Electoral. Alegando en el presente caso que se ha configurado un despido irregular de su puesto de trabajo, habiéndose vulnerado los derechos a la estabilidad laboral, el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la libertad de asociación y al derecho de acceso a la justicia. En esta sentencia, la CortelDH señala que, la progresividad es obligación de hacer de

los Estados y no de resultado. Esto significa que, se tiene el deber de adoptar acciones, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional para lograr la eficacia de los derechos. En efecto, en su fundamento 149, la CortelDH señala que el Estado tiene como obligación como parte de protección del derecho a la estabilidad laboral adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho. De lo expuesto se puede alegar que, pese a que se podría que al ser un instrumento normativo emitido en el 2017 contaría con un mayor análisis respecto al principio de progresividad; no obstante, la CortelDH ha limitado su fundamentación de este concepto a la acción de hacer, la cual no se especifica si como se señala en la Declaración de Quito que deban de realizarse de manera inmediata.

Esta noción de progresividad que tenía la CortelDH en el Caso Lagos del Campo, sería complementado en el Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile - CortelDH (2018). En el año 2019, la CortelDH estableció responsabilidad internacional del Estado chileno por no garantizar al señor Vinicio Antonio Poblete Vilches su derecho a la salud sin discriminación y por la falta de establecimiento de servicios necesarios básicos pese a ser una persona en situación de vulnerabilidad por ser una persona adulta mayor, siendo esta la principal causa de su deceso. Asimismo, la CortelDH señaló que se ha vulnerado el derecho al acceso a la información en materia de salud del señor Poblete y de sus familiares, así como el derecho de acceso a la justicia e integridad personal de los familiares del señor Poblete. El concepto de progresividad es analizado en el fundamento 104. Este señala que, la realización progresiva de los derechos humanos representa un obligación concreta y constante para lo Estados Partes con el fin de avanzar lo más célere y eficazmente para lograr la plena efectividad de los DESCAs. Además, la CortelDH indica que, la progresividad no significa que los Estado no pueden aplazar indefinidamente la adopción de medidas para efectivizar al máximo los derechos y también se da la obligación de no regresividad de las garantías ya alcanzadas. Asimismo, la progresividad establece también obligaciones de carácter inmediato, que consiste en adoptar medidas eficaces en el derecho interno que no sean discriminatorias que busquen el respeto y garantía del derecho. Este es un fundamento más completo, puesto que, trae a colación lo mencionado en la OG N°3 y en los Principios de Limburgo, que la

progresividad es una obligación inmediata para los Estados en el sentido que se tiene el deber de adoptar medidas basadas en el deber de respeto y no discriminación.

Sin embargo, pese a que el caso Poblete Vilches tiene un argumento sólido que dialoga con la normativa internacional. Considero que, el caso que se tomarse en consideración cuando se quiere analizar el concepto de progresividad es el Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala (2019), puesto que, a comparación de los otros establece argumentos novedosos. Este versa sobre la afectación al derecho de la salud de 34 personas infectado con VIH, su reclamo radicaba en que, el Estado no brindaba una atención médica adecuada. Cuarenta y nueve guatemaltecos habían sido diagnosticados de VIH entre los años 1992 y 2004; sin embargo, la atención médica brindada por el Estado en el 2004 fue de irregular a nula, no proporcionaban tratamientos antirretrovirales y ejercían una mala administración del medicamento. El Estado guatemalteco manifestó que, debido al costo del tratamiento contra el VIH, no tienen la posibilidad de brindar una protección adecuada (Rutti, 2021, p.7-8). Por lo expuesto, la CorteIDH alega que se vulnera el principio de progresividad contemplado en el art. 26 de la CADH, ya que Guatemala pese a tener conocimiento de que se estaba dando una epidemia de VIH en la población, adoptó medidas regresivas, y no dispuso del máximo de sus recursos disponibles garantizar la salud y evitar que el virus se propagara aún más. En ese sentido, la Corte en los fundamentos 143 al 148 señala que, la progresividad resulta judicializable en tanto que se ha vulnerado la obligación de avanzar a la plena efectividad de los DESCAs. Si bien existe cierta gradualidad para su cumplimiento, pero ello no significa que no se busque una mejora efectiva y eficaz, es decir, que pese a que Guatemala había gestionado políticas públicas contra la epidemia; sin embargo, no se realizaban mayores mejoras, quedando así un estancamiento e inactividad de la acción estatal. La obligación de progresividad no debe de ser entendida meramente como la promulgación de leyes sino tiene que fácticamente tiene que haber mejoras a través de la gestión pública que permita avanzar el cumplimiento del derecho a la salud. En ese sentido, la Corte concluye Estado guatemalteco es responsable por la violación al principio de progresividad. Siendo este el caso más completo

y actualizado ya que emplea el principal argumento dado en la Declaración de Quito: la inacción estatal como causal de vulneración al principio de progresividad. Dando con ella una nueva perspectiva ya que, no solo basta que se tomen acciones para el cumplimiento del derecho, sino que estas deben de ser eficaces y también no se debe estancar únicamente en estas, sino que, con el paso del tiempo, se tiene que seguir adoptando más medidas que ayuden al cumplimiento del derecho.

De los casos expuesto, podemos apreciar que, tanto la CortelDH como la CIDH ha dado contenido al concepto de progresividad, aplicando en su análisis los instrumentos normativo existentes. En un inicio, la CIDH, ha dado desarrollo de la progresividad a partir de su contraparte, el principio de no regresión, señalando que las regresiones al derecho sí son posibles, pero si estas cumplen con el test de proporcionalidad, determinando si la restricción es necesaria, idónea y proporcional. Sin embargo, no hubo un pronunciamiento expreso sobre qué se entendía en el SIDH sobre progresividad hasta el *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, en la cual la CortelDH si bien menciona el deber del Estado de adoptar medidas para garantizar el derecho a la estabilidad laboral; no obstante, no hace define de manera tajante la progresividad. Mayores luces se va a encontrar en el *Caso Poblete Vílchez y otros vs. Chile* la cual va a definir la progresividad como el avance efectivo del derecho y que la gradualidad no será usada como excusa para que el Estado no emita medidas de garantía y que no sean regresivas. Finalmente, considero que con el *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* la CortelDH realiza una definición cabal recopilando lo mencionado por sentencias y normativa anterior condenando que la inacción y el deber de fácticamente tiene que haber mejoras; por tanto, la sola promulgación de una política pública no significaría un avance progresivo, sino que la mejora realmente exista.

En ese sentido, soy de la opinión que, la evolución del término de progresividad en la SIDH ha sido en mejora constante, dándole con el transcurso del tiempo, mayor contenido a este concepto y con ello, se ha permitido visibilizar las situaciones que vulneraría la noción de progresividad y también de este

desarrollo conceptual se puede establecer un parámetro de obligatorio cumplimiento a los estados.



SECCIÓN 2: La progresividad en el derecho interno peruano

Habiendo presentado el panorama de la evolución del concepto de progresividad en la SIDH, debemos de señalar que el Perú también va a ser influenciado por este desarrollo del término de progresividad. Es por ello que, en el siguiente apartado, desde el método inductivo se analizará cómo las normas del derecho interno peruano abordan la noción de progresividad. De la misma manera, se analizará el desarrollo jurisprudencial del TC a partir de entorno a este concepto. Finalmente, se expondrá cómo actualmente viene el TC entendiendo la progresividad y la ambigüedad conceptual que se genera entre la jurisprudencia interna con la del SIDH proponiendo hacia cuál deberíamos inclinarnos.

El concepto de progresividad se encuentra estipulado dentro de la Constitución Política del Perú (en adelante CP) en la Undécima Disposición Final y Transitoria (en adelante UDFT), donde se señala que, las disposiciones constitucionales que exijan un mayor gasto público se aplicarán progresivamente. Vinculando con ello, la gradualidad del derecho con el recurso financiero del Estado, la cual desde una primera leída pareciese que se estaría estableciendo una relación de dependencia, en la cual el desarrollo constitucional solo podrá darse cuando se tenga los recursos suficientes. No obstante, es necesario de leer esta norma constitucional a la luz del DIDH, toda vez que, son vinculantes y sirven para complementar las carencias en la normativa. En efecto, los tratados internacionales del SUDH y SIDH y la jurisprudencia de la CortelDH son jurídicamente vinculantes al Estado peruano mediante el artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. En ese sentido, se complementaría lo señalado por la UDFT respecto a la progresividad, entendiéndose como una obligación que posee carácter inmediato, que busca un progreso certero y la carencia de presupuesto no es razón suficiente para el incumplimiento de las disposiciones constitucionales.

Siguiendo la línea de trabajo planteado en el presente artículo sobre determinar el concepto de progresividad en el ordenamiento jurídico peruano. Considero importante analizar las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional. El método de investigación que se empleará para el análisis del método inductivo, cuya finalidad será la generación de una conclusión general, la cual en el caso será el concepto de la progresividad de los derechos humanos, a partir del análisis de los casos particulares. Cabe especificar que se empleará la inducción imperfecta, puesto que se estudiarán algunos, pero no todos los casos del Tribunal Constitucional (Agudelo-Giraldo, 2018, p.55-57). Análogamente este es el método propuesto por Martínez conocido como esquema ascendente, el cual a partir del análisis de los casos concretos se busca extraer de elemento relevantes que ayuden a conceptualizar la progresividad. (2016, p.180). De la misma manera, para la investigación se empleará el esquema propuesto por Gil, el cual recomienda para el análisis de una sentencia judicial debe de, en primer lugar, identificar sus elementos esenciales, los hechos relevantes, el razonamiento y la conclusión. Como antecedente de esta breve síntesis escrita, resulta fundamental el destacado o subrayado del fallo, según cuáles sean sus partes más relevantes (2013, p. 3-5).

Debo añadir que, el análisis de las sentencias será entorno a los siguientes criterios de evaluación:

- Analizar si el concepto de progresividad está relacionado con la extensión continua, permanente y certera del derecho humano y de sus mecanismos de protección.
- Analizar si la sentencia alude al principio de no regresividad como parte de la progresividad. Asimismo, si es que se plantea el test de proporcionalidad sobre una medida regresiva.
- Analizar si la sentencia alude a que la falta de presupuesto no es argumento suficiente para frenar la progresividad
- Analizar si es que la sentencia establece estándares de mínimo cumplimiento.

- Analizar si en la sentencia si el TC considera que la inacción, el retraso o la falta de eficacia de la política pública constituiría una vulneración al mandato de progresividad de los derechos.

Para la selección de las sentencias, se empleó la plataforma web denominada Buscador de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la cual a partir de la digitalización de la palabra “progresividad” dio como resultado 380 sentencias; sin embargo, para la presente investigación solo se han seleccionado 9 sentencias. Los criterios que se tomaron para esta selección fueron, en primer lugar, que las sentencias hayan sido promulgadas a partir de la entrada en vigencia de la CP, es decir desde 1993. De la misma manera, otro criterio relevante es que la “progresividad” que se visualiza en la sentencia esté relacionada con el gradual cumplimiento de los derechos humanos. Esto se debe a que, si bien hay una gran cantidad de resultados en la plataforma que contiene la palabra “progresividad” pero estos no se encuentran relacionados al concepto estudiado en este trabajo de investigación. Y como último criterio de selección de sentencias será la importancia y novedad de estas. En efecto, existen sentencias que abordan la progresividad de los DDHH, pero no proponen un parámetro interpretativo novedoso y solo repiten el análisis de sentencias pasadas.

La primera sentencia que se procederá a analizar es la STC N°02-2002-AI. Esta es uno de los primeros casos en donde el TC se dotará de contenido al concepto de progresividad. El caso versa sobre la acción de inconstitucionalidad interpuesta por Adolfo Urbina Nizama, representando a más de cinco mil ciudadanos contra los artículos 1°, 2°, 4° Y 5° de la Ley de Reestructuración del Sistema Nacional la cual modifica el Decreto Ley N°20530 y la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones. En ese sentido, el TC señala que la política pública de reajuste de pensiones no puede significar una disminución de estas. Condenando con ello la regresividad del derecho a la seguridad social. De la misma manera, el TC alega que, los reajustes no pueden interpretarse como un sinónimo de regresividad, pero tampoco tiene que en este

momento tenga que incrementar o reajustar el monto de dichas pensiones, porque tiene que ir de acorde a lo establecido en el presupuesto público. De lo expuesto, el TC desarrolla el principio de no regresividad más no da una definición sobre qué se entiende por progresividad. De la misma manera, la progresividad es relacionada con la capacidad presupuestaria del Estado, por lo que no generaría alguna obligación inmediata, sino que de manera paulatina. Este primer análisis del TC es semejante a la primera concepción que se tenía de la progresividad, tanto en la CADH como en el PIDESC, este término era entendido como un cumplimiento gradual pero que no generaría efecto inmediato. Sin embargo, a diferencia de los instrumentos del DIDH, el TC no ha tomado como referencia los siguientes esfuerzos normativos internacionales como la OG N° 3, el PSS, la Declaración de Quito, los cuales son previos a la sentencia, para que el TC pueda actualizar su análisis.

Por su parte, a comparación de la primera sentencia, la STC. del Exp. N°2945-2003 desarrolla un poco más la noción de progresividad. El caso versa sobre la interposición de una acción de amparo por Azanca Alhelí Meza García contra el Ministerio de Salud con el fin que se le otorgue atención médica integral para el tratamiento de VIH. Respecto a la progresividad, en el fundamento 35 el TC señala que, el presupuesto no resulta un alegato con fuerza suficiente frente a la amenaza de vulneración de derechos, ya que, sin involucrar mayores recursos de los ya presupuestados se puede garantizar los derechos que se encuentren en situación de mayor gravedad o emergencia. De la misma manera, el fundamento 36 se señala, la progresividad, no puede ser entendida como un supuesto indeterminado que justifique la inacción del Estado. En ese sentido, el TC considera que la progresividad de un derecho no significa que el Estado no interponga plazos razonables, sino que debe de realizar acciones concretas y constantes para la implementación de políticas públicas que efectivicen el derecho. De lo que señala la sentencia, se puede apreciar que el TC define un poco más la progresividad entendiéndose como una gradualidad hacia un avance certero, con plazos razonables y como una obligación inmediata. Este análisis, a comparación del primero, sí tomaría en cuenta los desarrollado en el DIDH y lo aplicaría en su fundamentación.

Siguiendo en la misma línea que la sentencia previa, en la STC del Exp. N°3081-2007-PA/TC se entiende a la progresividad como la obligación de tomar acciones concretas en plazos razonables. El caso versa sobre la interposición de una acción de amparo por parte de Doña de iniciales R.J.S.A Viuda de R, en calidad de curadora de su hija G.R.S, quien solicita que se deje sin efecto la orden de alta de su hija de 46 años, puesto que su hija padece de esquizofrenia paranoide. Si bien, en este caso, el Estado se compromete a adoptar medidas hasta el máximo de recursos posibles en cuanto a la efectivización de los DESCAs, pero el TC señala que la progresividad no es solo un mero ideal de gestión, sino que existe una obligación que no puede eximirse y que debe de realizarse de manera progresiva, en plazos razonables y en conjunto de la toma de acciones concretas, siendo esto último el aspecto novedoso respecto a sus sentencias predecesoras.

Otra sentencia interesante es la STC del Exp. N°2480-2008-AA. Esta analiza el principio de progresividad, específicamente de los derechos sociales, a partir de la prohibición de retroceso. El caso versa la interposición de una demanda de amparo por parte de Matilde Villafuerte Vda. de Medina, curadora de su hijo Ramón Medina Villafuerte contra el Seguro Social de Salud (EsSalud), en este se solicita dejar sin efecto el Informe Médico Psiquiátrico de Alta, en el cual se le da de alta a su hijo. En el fundamento 16-d se señala la relación del principio de progresividad con los DESC, advirtiendo al Estado en el deber de progresividad del derecho a la salud mental evitando el retroceso de los avances obtenidos y limite el ámbito de protección y el presupuesto destinado para la protección del derecho a la salud mental. Si bien el tema de la prohibición del retroceso fue analizado en la primera sentencia expuesta, la STC N°02-2002-AI; sin embargo, aquí es analizada teniendo en cuenta que el avance es certero. Claro está que en esta sentencia se pudo ampliar el avance señalado en las sentencias N°2945-2003 y N°3081-2007-PA/TC, dotándole de mayor contenido a la progresividad y no solo limitando su argumentación a la no regresión. Por lo que considero que con esta STC el TC ha perdido la oportunidad de continuar el avance que se había desarrollado respecto a la conceptualización de la progresividad.

Por su lado, en el desarrollo de la progresividad en el TC se emitió la STC del Exp. N°1473-2009-AA, cuyo fundamento 12 señala que el derecho a la seguridad social es progresivo, en tanto que debe de debe ser prestado en relación directa con las posibilidades presupuestarias, por lo que se debe de buscar una vía normativa de presupuestos para que se cumpla progresivamente con el acceso a la seguridad social. Teniendo en este punto que el TC hace alusión al presupuesto y a la progresividad siendo este primero un límite para el cumplimiento del derecho, es decir, solo se podrá cumplir el derecho a la seguridad social cuando existe un presupuesto que respalde. Estableciendo con ello un nuevo factor de análisis, el presupuesto no justifica el incumplimiento, el cual no se había abordado en las sentencias anteriores.

De la misma manera, una sentencia relevante que ha establecido un parámetro completo respecto a la progresividad es la STC del Exp. N°0033-2010-AI/TC. Esta versa sobre una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 17° y 21° de la Ley Marco del Aseguramiento Universal en Salud, la cual financia la Lista de Enfermedades de Alto Costo de Atención. En su fundamento 21, señala que las medidas que debe de adoptar el Estado, no pueden ser regresivas esto es, que no se genere una situación más perjudicial. De la misma manera, en el fundamento 28 establece que el deber de progresividad es jurídicamente exigible, reconociéndose así la judiciabilidad de la progresividad. Ahondando ello, el fundamento 29 señala que los Tribunales se encuentran facultados para controlar el cumplimiento o la eficacia del deber de progresividad a través de la verificación de planes concretos, controlando la realización de acciones concretas dirigidas garantizar el derecho al plano de realidad, tomando en cuenta los niveles de protección mínimo de los derechos con enfoque a los sectores más vulnerable, este fundamento es influenciado directamente por la OG N°3. Por su parte, el fundamento 30 sostiene que, el deber de progresividad exige que en un plazo razonable se diseñe e implemente un plan de contingencia destinado a cubrir progresivamente las atenciones de alto costo de los afiliados independientes de EsSalud. Del mismo modo, en el fundamento 38 el TC considera que la incorporación de prestaciones es una obligación progresiva que

depende de la ampliación de los recursos. No obstante, el TC advierte en su fundamento 46 que, por muchas que fueran las dificultades financieras que pueda suponer la provisión de recursos a necesidades sociales de alto costo no puede dejar de buscar las formas de garantizar y aplicar el derecho. Como se puede apreciar es una sentencia completa ya que define la progresividad, pero no solamente como la no regresión sino también como un parámetro de cumplimiento hacia un objetivo certero. Además, reconoce que si bien existen derechos que exige un mayor presupuesto, pero alega que esto no es justificación para su incumplimiento. Considero que esta sentencia recoge todo lo fundamentado en las sentencias N°2945-2003, N°3081-2007-PA/TC y N°1473-2009-AA. Dando con ello un análisis con mayor fundamento y estableciendo por primera vez una sólida y completa definición de la progresividad.

En esa misma línea, la STC del Exp. N°2566-2014-PA analiza la progresividad a partir del establecimiento de estándares mínimos de cumplimiento por parte de las políticas públicas para garantizar el derecho, siendo la primera vez que el TC introduce este concepto. En el caso, el demandante Luigi Calzolaio interpone demanda contra EsSalud-Red Asistencial de Arequipa y la DIRESA solicitando que se ordene a la demandada la entrega del medicamento Losartán, la sustitución de medicamento y la reprogramación de cita en enfermería. En su fundamento 35 se indica que, conforme al desarrollo progresivo del derecho, las autoridades deben de orientar sus políticas públicas en fijar estándares mínimos de cumplimiento del derecho de la salud. Si bien, esta sentencia no consolida como la STC del Exp. N°0033-2010-AI/TC un concepto completo de progresividad, pero esta es novedosa ya que introduce un nuevo elemento que se profundizará en el Exp. N°1470-2016-HC, que son los estándares de mínimo cumplimiento, pese a ya haber sido desarrollados en el DIDH, pero el TC no lo había tomado en consideración.

De las sentencias expuestas, se puede advertir que el TC no tiene una línea fija del entendimiento de progresividad, puesto que, conceptualizan la progresividad,

pero bajos solo uno o dos criterios, es decir, asocian la progresividad con no regresividad, o la asocian con el presupuesto público; sin embargo, lo más rescatable por tener un contenido completo es la STC del Exp. N°0033-2010-AI/TC la cual presenta casi todos los criterios de análisis señalados al inicio del apartado. De la misma manera, considero que el pensamiento crítico y deliberativo del TC sobre la progresividad no solo no ha sido uniforme, sino que también ha existido ciertos retrocesos, como se aprecia en la STC del Exp. N°1473-2009-AA en la cual, pese a que existir sentencias previas donde señalan que el presupuesto no debe de ser considerada como excusa para el incumplimiento, esta sentencia señala que, este si representaría un límite. Por ende, si bien el TC ha dado contenido a la progresividad, pero no se da de manera uniforme ni tampoco ha consolidado un concepto a partir de todo su desarrollo jurisprudencial. Sin embargo, es a partir de la promulgación del Exp. N°1470-2016-HC, en donde el TC dará no solo un concepto sólido y consolidado, sino propondrá un parámetro de cumplimiento de la progresividad.

Ampliando lo mencionado, se debe de señalar que la STC del Exp. N°1470-2016 ha marcado un paradigma respecto a la jurisprudencia del TC sobre la noción de progresividad y cómo esta debe de aplicarse en el Estado peruano, es decir, pragmatiza la progresividad con el fin de establecer un mandato claro de cumplimiento para el Estado. El caso versa sobre la interposición de un recurso de agravio constitucional por parte del Sr. Velásquez Ramírez interpone un recurso de agravio constitucional contra los responsables del Gobierno Regional de Arequipa (la gobernadora regional, el gerente regional, el administrador del Centro, el procurador público encargado de los asuntos judiciales, el presidente del Directorio de la Beneficencia Pública de Arequipa y el Procurador público encargado de la defensa de los asuntos judiciales de la Beneficencia Pública de Arequipa). En su solicitud alegan que se debe de permitir el funcionamiento del Centro manteniendo a su personal, el presupuesto, utensilios y maquinarias. Y el inminente cierre del Centro estaría atentado a derechos fundamentales como la vida, la tranquilidad, la paz social, salud y bienestar social. No obstante, el TC convertiría la demanda en una acción de amparo señalando que el derecho que se encontraría vulnerado es el derecho a la alimentación adecuada. Respecto a

la noción de progresividad, el TC señala en su fundamento 29 que, la falta de presupuesto público no puede ser un alegato suficiente para permitir la amenaza o vulneración de derechos, puesto que el Estado sin la necesidad de emplear mayores recursos de los ya presupuestados, pueden atender la situación de mayor gravedad o emergencia, como cuando se trata de la atención a un sector vulnerable. Asimismo, la progresividad del derecho no debe de parecer como una declaración de buenas intenciones, sino que se debe buscar un avance hacia metas claras. Es por ese motivo que se establece el en modelo de los umbrales de cumplimiento consistiendo en que, el primero se encuentra relacionado con las obligaciones esenciales mínimas que debe de hacer el Estado para el cumplimiento de los DESCAs. Cabe señalar que, si bien esta noción de estándares de mínimo cumplimiento fue establecido por primera vez en la STC del Exp. N°2566-2014-PA, debemos de señalar que en la presente sentencia esta constituye al primer parámetro entendiéndose a la imposibilidad de reducción del cumplimiento del contenido esencial del derecho. El segundo umbral está relacionado a la realización de políticas programáticas de desarrollo en materia social, mediante las cuales complementan el contenido esencia. Finalmente, el tercer umbral está relacionado a la satisfacción de las finalidades individuales. El TC, en su fundamento 27 señala expresamente que si bien el cumplimiento de los DESCAs es progresivo; no obstante, el requisito mínimo indispensable para el Estado es el aseguramiento de un primer umbral de cumplimiento con el fin de que estos derechos no sean meros fines programáticos.

Si bien esta es una sentencia innovadora la cual refleja el deseo del TC de establecer un parámetro de cumplimiento de los derechos sociales. No obstante, considero que esta noción de progresividad es disonante con la posición actual de la CortelDH, la cual se refleja en el *Caso Cuscul Pivaral vs. Guatemala*. La razón de mi afirmación se debe a que el establecimiento de un contenido mínimo esencial podría servir como argumento para la inacción estatal. Me explico, el Estado puede alegar que ha cumplido con lo mínimo esencial respecto a la alimentación, brindando apoyo a las personas de mayor vulnerabilidad; sin embargo, no tiene una exigencia de seguir con el avance de los demás umbrales porque solamente si es que no se cumple con el primer umbral el TC puede

señalar que se ha vulnerado y con ello establecer sanción, generando con ello un incentivo a la inacción estatal, la cual para la CorteIDH en Cuscul Pivaral es razón suficiente para declarar la responsabilidad internacional al Estado. Del mismo modo, no hay una exigencia de que este cumplimiento del mínimo conlleve realmente a una realización efectiva del derecho. A comparación de Cuscul Pivaral, en que se sanciona a Guatemala porque los programas de salud adoptados por Guatemala no eran eficaces, es decir no se cumplía con el derecho de manera efectiva, el TC señala que solo bastaría con cumplir con el primer umbral, el cual es el establecimiento de un estándar mínimo del cual no se le exige efectividad solo el cumplimiento esencial.

Como bien se ha señalado, se tiene dos percepciones diferentes entorno al concepto de progresividad, las cuales tienen vigencia y relevancia jurídica. Si bien no son percepciones del todo incompatibles, es necesario decidir cuál de estas perspectivas debe aplicarse. En ese sentido, el presente trabajo de investigación buscará proponer una respuesta a esta disyuntiva.

La respuesta que propongo está basada en la aplicación de la norma más favorable para el cumplimiento de los derechos humanos. Si bien este principio de interpretación normativa está pensado en normas, considero que puede aplicarse ante criterio de interpretación judicial que son igual de vinculante en el ordenamiento jurídico peruano ya que forman parte de las fuentes del derecho. Ahora bien, considero que en el ordenamiento jurídico peruano debe de tener mayor consideración con la interpretación dada por la CorteIDH, puesto que, en esta abarca de manera más amplia el concepto de progresividad, además desde una perspectiva pro derechos humanos, es importante tener una noción de busque el cumplimiento cabal y efectivo de estos, no solamente limitarlos a un cumplimiento mínimo, sino buscar un avance efectivo.

De la misma manera, otra solución a esta coalición de perspectivas del derecho interno y del derecho internacional, es optar por la prevalencia del derecho internacional. Como menciona Novak, respecto a un posible caso de colisión. Esta omisión resulta particularmente grave pues nos colocaría ante una situación de indefinición de presentarse este supuesto de hecho. (1998, p.254). Pese a que esta afirmación ha estado pensada para las normas, también sería vinculante para la jurisprudencia en tanto fuente del derecho. En ese sentido, en

tanto en el Perú rija la teoría monista del derecho internacional, la concepción de progresividad que primaría es la dada por la CorteIDH, pero ello no significaría que lo fundamentado por el TC sea del todo inválido, sino que debe de tenerse presente que el contenido mínimo esencial no debería significar inacción estatal y las acciones que tome el Estado deben realmente ser efectiva y ayudar al cumplimiento cabal del derecho.



CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Del presente trabajo de investigación se ha podido determinar que el concepto de progresividad en el ordenamiento jurídico peruano está influenciado no solo por el derecho interno sino también por el derecho internacional. Entendiéndose esta como la extensión continua, permanente y certera del derecho humano. Además, que, la progresividad tiene su contraparte con el principio de no regresividad, en el cumplimiento no debe retroceder a menos que sea proporcional conforme al test del Informe 38/09 de la CIDH. De la misma manera, la falta de presupuesto no es argumento suficiente para el incumplimiento.

Cabe mencionar que, si bien existe una disonancia entre la argumentación dada por la CortelDH y por el TC, se debe de adoptar por la norma que más favorezca al cumplimiento del derecho humanos. En ese sentido, si bien es válido considerar el parámetro estipulado por el TC de la STC. 1470-2016-HC, pero tiene que considerarse que ello no justifica la inacción, el retraso o la falta de eficacia de la política pública constituyendo ello una vulneración al mandato de progresividad de los derechos humanos. Es por ello que, el concepto que debe de adoptarse es aquel que abarque una perspectiva más favorable para el cumplimiento, como se señala en el Caso Cuscul Pivaral vs. Guatemala, el progreso debe de significar un avance constante y efectivo.

BIBLIOGRAFÍA

- Agudelo-Giraldo, O. (2018). La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación. Editorial Universidad Católica de Colombia.
- Alvites, E. (2012). Descentralización y derecho sociales. Reflexiones en torno a su realización. Procedimiento Constitucional. Volumen 16. Número 16. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/2853/2781>
- Bonet, J (2016) La exigibilidad de los derecho económicos, sociales y culturales en la Sociedad internacional del siglo XXI: una aproximación jurídica desde el Derecho internacional.
- Bregaglio, R (2010). La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales desde una concepción dinámica y evolutiva de la progresividad, indivisibilidad e interdependencia: más allá de los tratados. [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Digital de Tesis y Trabajos de Investigación PUCP. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/1589/BREGAGLIO_LAZARTE_RENATA_JUSTICIABILIDAD.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Caso Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú. (27 de marzo de 2009). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Peru12670.sp.htm>
- Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala (23 de agosto de 2018). Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf
- Caso Lagos del Campo vs. Perú (31 de agosto de 2017). Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf

- Caso Poblete Vilchez y otros vs. Chile (8 de marzo de 2018). Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf
- Convención Americana de los Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>
- Díaz, E. S. (2019). El principio de progresividad en el derecho colombiano: revisión teórico-jurídica. *Criterio Libre Jurídico*, 16(2). <https://doi.org/10.18041/1794-7200/clj.2019.v16n2.6405>
- Galdámez, L. (2008). La progresividad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista De Derecho*, 15(1), 139-158. <https://doi.org/10.22199/S07189753.2008.0001.00006>
- Gil, R. (2013) Guía de análisis de fallos. Universidad de Chile Escuela de Derecho. https://www.u-cursos.cl/derecho/2020/2/D122A0311/2/material_docente/bajar?id=3413756
- Informe 38/09 (27 de marzo del 2009). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <https://cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Peru12670.sp.htm>
- López-Murcia, J. y García-Dazam, L. (2008). La obligación de progresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: El caso de los servicios públicos en Colombia. *Revista Colombia de Derecho Internacional* (12) <http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n12/n12a09.pdf>
- Martínez, D. (2016). Variaciones metodológicas en el análisis de casos y jurisprudencia. En Lariguet, G., *Metodología de la investigación jurídica: propuestas actuales* (pp.175-187). Editorial Brujas.
- Mendizábal, G., Mesaraím, D. (2021). La justiciabilidad del derecho humano a la seguridad social desde las resoluciones de la corte interamericana de derechos humanos y el caso México. *Estudios constitucionales* (19). https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071852002021000100205

- Nikken, P. (2010). La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos, económicos, sociales y culturales. Revista IIDH (52). <https://corteidh.or.cr/tablas/r25563.pdf>
- Novak Talavera, F. (1998). La regulación de los tratados en la Constitución peruana de 1993. IUS ET VERITAS, 9(17), 250-269. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15810>
- Observación General N°3: La índole de las obligaciones de los Estados parte del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, 1990, <https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-3-indole-obligaciones-estados-partes>
- Pacto Internacional de Derechos Económico, Sociales y Culturales, 16 de diciembre de 1966, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf
- Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>
- Rubio, P. (2013). Los derechos económicos sociales y culturales en el texto de la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Derecho PUCP, 201-230. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.008>
- Rutti, E. (2021). [Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Digital de Tesis y Trabajos de Investigación PUCP. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/20944/RUTTI_VIDAL_ELIZABETH_JUDITH_2022-11_261%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Salmón, E. (2017). Nociones básicas de derecho internacional público. Fondo Editorial. Pontificia Universidad Católica del Perú. https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170667/06%20Nociones%20b%C3%A1sicas%20de%20derecho%20internacional%20con%20sello.pdf?fbclid=IwAR2InmrkII4-XkbCW6-2vdmT_-I96KX3jKQDKc-J6AUBRk4dmluQ1yPQoh8

- Sentencia N°3081-2007 (2007, 9 de noviembre). Tribunal Constitucional.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03081-2007-AA.html>
- Sentencia N°0033-2010 (2010, 10 de diciembre). Tribunal Constitucional.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00033-2010-AI%20Admisibilidad.html>
- Sentencia N°01470-2016 (2019, 12 de febrero). Tribunal Constitucional.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01470-2016-HC.pdf>
- Stinco, J. (2019). El principio de progresividad en materia de derechos fundamentales. Ab-REVISTA DE ABOGACÍA.
<https://unpaz.edu.ar/sites/default/files/inlinefiles/5.El%20principio%20de%20progresividad.pdf>
- Vallejo, J. D. (2019). Adopción homoparental en Colombia y principio de progresividad en materia de Derechos Humanos. *Diálogos De Derecho Y Política*, (22), 101–121.
<https://revistas.udea.edu.co/index.php/derypol/article/view/338188>

