

TERCERA PARTE

TEST DE PRINCIPIOS  
DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS

## CAPÍTULO QUINTO

### COMENTARIO GENERAL SOBRE EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO, LA PROGRESIVIDAD, LA PROHIBICIÓN DE REGRESIÓN Y EL MÁXIMO USO DE RECURSOS DISPONIBLES

En esta sección analizaremos cuatro test: contenido esencial del derecho, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles. En cada una de esas secciones, en el primer acápite, se hace el desarrollo conceptual de cada uno de estos distintos test. En esta sección quiero recuperar algunos puntos relevantes para pensar este tipo de test, que son transversales a estos cuatro principios de aplicación.

#### I. LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS NO TIENEN UNA NATURALEZA JURÍDICA DISTINTA A LOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Lo primero: no hay diferencia en la naturaleza jurídica de los derechos civiles y políticos con respecto a los económicos, sociales y culturales. Este punto es relevante porque se suele considerar que el contenido esencial, la progresividad, la prohibición de regresión y el máximo uso de recursos disponibles son conceptos que sólo aplican a los DESC, no es así.

Gracias al trabajo de Abramovich y Courtis (2001, 2006 y 2004), entre otros, ya ha quedado atrás el viejo debate sobre las supuestas diferencias de naturaleza jurídica entre los derechos civiles y políticos, por un lado, y los económicos, sociales y culturales, por el otro. A partir de los principios de indivisibilidad e inter-

dependencia, no hay jerarquías de derechos, todos los derechos son igualmente importantes, y no tienen una naturaleza jurídica diferenciada, sino que fueron sometidos a procesos legislativos distintos. Por ende, no sólo opera en ellos la identificación de núcleos de derechos, sino también la aplicación de conceptos como la progresividad, la prohibición de regresión y el máximo uso de recursos disponibles. Esto se debe a que siempre habrá una base mínima que deba atenderse pero, sobre ella, los Estados deberán avanzar en su fortalecimiento (Serrano y Vázquez, 2013: 110).

Por ejemplo, en la sentencia C-372/11 de la corte colombiana, el principio de no regresión se aplica al derecho de acceso a la justicia, en particular al componente de la existencia de una garantía judicial. En este caso, la corte determina que una vez ampliado el ámbito de cobertura de una garantía jurisdiccional, cualquier retroceso debe someterse a un escrutinio estricto de constitucionalidad en el que el juez debe examinar minuciosamente la justificación en que se basa la medida. La medida regresiva —sigue la CCC— no debe implicar un sacrificio desproporcionado en términos de otros principios constitucionales y derechos fundamentales.

En este mismo sentido, en el caso 378/2014 la corte mexicana reconoció estos principios para los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), en específico para el derecho a la salud. La corte identifica que, derivado del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), se impone a México una obligación inmediata de asegurar a las personas, al menos, un nivel esencial del derecho al nivel más alto a la salud y, por otra, una de cumplimiento progresivo, consistente en lograr su pleno ejercicio hasta el máximo de los recursos que disponga.

Es relevante hacer esta aclaración porque, pese a que la tendencia de no diferenciar la naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales con los civiles y políticos permea en el mundo de los derechos humanos y de las cortes constitucionales, aún hay algunas resistencias. Por ejemplo, en el

mismo caso C-372/11 seguido ante la corte colombiana, en los votos particulares de María Victoria Calle y Humberto Antonio Sierra, se observa que para estos dos magistrados, el principio de progresividad y no regresión no debe aplicarse a los derechos civiles.

Para María Victoria Calle, la progresividad y avance de un derecho es materia específicamente política, del avance que el legislador le haya dado en las leyes, por lo que también está en su potestad determinar las regresiones en estos derechos. En palabras de la magistrada:

Si bien la Corte ha desarrollado la idea de que todos los derechos, independientemente de su clasificación como derechos fundamentales, sociales, o colectivos, tienen un carácter prestacional mínimo que es exigible de manera inmediata por la vía judicial, cuando se habla de progresividad, criterio que se ha desarrollado respecto de derechos sociales, lo hace para señalar que su exigibilidad depende del alcance que le haya dado el legislador, pues una vez que se ha logrado un nivel de protección determinado, el legislador no puede establecer condiciones regresivas o menos garantistas, salvo de manera excepcional y temporal.

... Sin embargo, en este punto, considero que el margen de configuración del legislador es muy amplio y puede establecer criterios para racionalizar el uso de este mecanismo extraordinario.

Otorgar al legislativo la capacidad de decidir los procesos de progresividad y no regresión de los derechos no es más que mantener la lógica que suponía que los DESC eran derechos netamente programáticos, por lo que no eran exigibles jurisdiccionalmente sino simples directrices políticas sin capacidad vinculante.

La oposición más clara a aplicar este tipo de principios a los derechos civiles proviene del voto particular de Humberto Antonio Sierra. Para el magistrado, y este es el principal error en el que se suele caer, si bien tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales requieren prestaciones y presu-

puestos, los primeros se caracterizan por su mandato de abstención mientras que los segundos requieren un mandato de acción. Pese a iniciar reconociendo la necesidad de prestaciones y presupuestos en los derechos civiles y políticos, se mantiene la vieja y falsa idea de que estos derechos se garantizan por medio de omisiones mientras que los DESC requieren acciones. Lo cierto es que todos los derechos requieren acciones y omisiones. Por ejemplo, los derechos civiles como el derecho a la integridad personal requiere: la emisión de leyes, cursos de capacitación, la realización de investigación, sanción y reparación a las víctimas cuando hay violaciones a este derecho para evitar la impunidad, mecanismos de verificación de la forma en que se desarrollan policías, militares o marinos, en fin, una serie de acciones relacionadas con la protección, garantía y promoción del derecho a la integridad personal que claramente son necesarias y van más allá de la simple omisión.

Intentando negar esta realidad, el magistrado argumenta que el carácter prestacional de los derechos económicos y sociales es lo que da sentido a la aplicación de principios como la progresividad y prohibición de regresión a fin de hacer justiciables estos derechos. Pero, sigue el magistrado, los derechos civiles y políticos no tienen esta característica prestacional sino simplemente un mandato de abstención, por lo que no se deben aplicar estos principios. En palabras del magistrado:

Si afirmáramos que a todos los derechos les resulta aplicable el mandato de progresividad, so pretexto de que tienen un *componente presupuestal*, tendríamos que aceptar que los derechos y libertades civiles pueden garantizarse en mayor o menor medida, según los recursos disponibles. Los derechos al debido proceso, a la vida y seguridad personal y a la igualdad entre otros, sólo serían garantizados en sede judicial bajo la consideración de lo que cuestan. Lo anterior no es la característica de la exigencia de estos derechos, y su exigibilidad judicial incondicional representa el momento histórico actual, como punto de no retorno, en el cual los ciudadanos tenemos libertad, igualdad y procesos judiciales

con garantías racionales, entre otros, a pesar de los diseños presupuestales de los Estados.

De nuevo, aquí lo que se hace es pasar por alto la serie de actividades y presupuestos que el Estado debe desarrollar para hacer efectivos los derechos civiles y políticos y que van más allá de la simple abstención.

## II. LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES QUE ESTABLECEN DIRECTRICES DE POLÍTICA PÚBLICA O LEGISLATIVA NO VIOLAN LA LIBERTAD CONFIGURATIVA DE LOS PODERES ELECTOS

¿El tipo de órdenes como las que emite la corte colombiana se pueden considerar una intromisión del Poder Judicial en la competencia de las actividades del Poder Ejecutivo y Legislativo? Definitivamente no. El Poder Judicial puede y debe dictar resoluciones que establezcan directrices a los poderes Ejecutivo y Legislativo cuando estos no cumplen con los contenidos sustantivos establecidos en la Constitución. Hay, sin lugar a dudas, control constitucional tanto de políticas públicas como de leyes (Santiago, 2014).

De hecho, esta misma pregunta se la hizo, de alguna forma, la SCJN en la sentencia sobre el mínimo vital. Si bien la corte mexicana construye un núcleo general, no logra especificar una metodología para aplicar o adecuar ese núcleo general al caso concreto. En cambio, decide que esa es una potestad política del legislador y sólo analiza que existan en la ley mecanismos de protección a ese mínimo vital. Grave error en la lógica de autorrestricción de la corte cuando su función es proteger y garantizar los derechos humanos.

En este mismo sentido, todo el debate en torno a los distintos niveles de intensidad en el escrutinio desarrollado en el acápite dedicado al test de igualdad tiene justo este mismo punto de partida: dependiendo de la libertad configurativa de los poderes

electos, es el tipo de intensidad-intervención que debería tener el Poder Judicial.

La CCC no pasa por alto este problema, de hecho dedica secciones completas en su sentencia a la necesidad de resguardar la capacidad configurativa del Poder Ejecutivo. Sin embargo, y en esto la corte es clara:

Cuando el Estado omite sin justificación constitucionalmente aceptable tomar medidas frente a la marginación que sufren algunos miembros de la sociedad, y se verifica que la inhibición viola un derecho constitucional fundamental, la función del juez será *no la de remplazar a los órganos del poder público incursos en la abstención, sino la de ordenar el cumplimiento de los deberes del Estado* (CCC, 2004: s/p).

Sobre este punto, la corte colombiana profundiza en la sentencia U-226/98. En este caso, lo que se encuentra comprometido es el derecho a la salud que tienen los niños y niñas. Para poder ejecutar su sentencia, la CCC observa que tiene tres opciones. La primera puede ser que el juez constitucional tuviera la autoridad para ordenar la disposición inmediata de todos los recursos que sean necesarios para asegurar a la población infantil la prestación de los servicios de promoción, protección y recuperación integral de su salud. Ciertamente, si el derecho a la salud, en relación con los niños, es un derecho fundamental y si el juez debe proteger integralmente los derechos fundamentales, no cabe objeción, en principio, a esta opción. No obstante —sigue la corte—, esta alternativa plantea serias dificultades respecto a la forma de gobierno democrática, en particular supondría una injerencia notoria y definitiva en la asignación del gasto público que corresponde a los órganos de representación política. Esto supondría privilegiar el Estado social, sobre el Estado democrático de derecho.

La segunda opción que observa la corte colombiana es que el juez tienda a desobedecer el mandato de proteger el derecho a la salud de los niños y niñas, es decir, seguir la ruta de la Corte Cons-

titucional Sudafricana (de aquí en adelante CCS o corte sudafricana) en materia de contenido esencial del derecho,<sup>36</sup> en nombre del principio democrático. En este caso —sigue la CCC—, se estaría actuando al margen del orden jurídico constitucional que establece, de manera clara e indubitable, el derecho fundamental a la salud de los niños y el deber del Estado —y, por lo tanto, del juez— de protegerlo incluso cuando no exista desarrollo legal o administrativo. A diferencia del caso anterior, aquí se estaría priorizando el Estado democrático sobre el Estado social, incluso cuando dicho Estado democrático se materializa en la exclusión social de un grupo considerado en situación de vulnerabilidad, es decir, en medio de una actuación muy poco democrática.

Finalmente, la tercera opción es la que toma la corte colombiana. Se trata de la posibilidad de realizar una interpretación armónica de las obligaciones del juez en torno a la protección de derechos con las restantes normas relacionadas con la distribución de funciones y competencias, en especial con las dadas a los poderes Ejecutivo y Legislativo. Aquí, los derechos fundamentales de carácter prestacional tienen un doble contenido. En primer lugar —explica todavía la CCC— se componen de un núcleo esencial mínimo, no negociable en el debate democrático, que otorga derechos subjetivos directamente exigibles. En segundo término, se integran en un contexto definido por los órganos políticos atendiendo a la disponibilidad de recursos y a las prioridades políticas coyunturales. Es en este marco que el juez constitucional se inserta para poner a dialogar estos tres aspectos: la identificación de las obligaciones que configuran el contenido esencial del derecho, el contexto de restricciones materiales y de otro tipo en el que se encuentra este contenido esencial y, lo más importante, las medidas que podrían tomarse para superar ese contexto de restricciones que es contrario al ejercicio efectivo del contenido esencial del derecho.

---

<sup>36</sup> Analizaremos esta sentencia en el siguiente acápite.

Esta intervención no es contraria ni al Estado social ni al Estado democrático de derecho, ya que mantiene la prioridad sobre el ejercicio de los contenidos esenciales de derecho, y respeta la libertad de configuración de los órganos políticos. Como la propia corte colombiana explica en la sentencia T-025/04, no se ordena un gasto no presupuestado ni se modifica la programación presupuestal definida por el legislador. Tampoco se están definiendo nuevas prioridades, ni modificando la política diseñada por el legislador y desarrollada por el ejecutivo. Por el contrario, la corte considera los instrumentos legales que desarrollan la política específica (en la sentencia, los relacionados con la población desplazada), así como el diseño de la política y los compromisos asumidos por las distintas entidades. Incluso, en sus órdenes complejas se apela al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder, para asegurar el cumplimiento de los deberes de protección efectiva de los derechos, aspecto que directamente se vincula con la coordinación interinstitucional que requiere toda política pública, y que permite poner en práctica los principios de indivisibilidad e interdependencia.

Lo cierto es que la generación de remedios estructurales a problemas sociales por medio de las cortes no es ni nuevo, ni nació en Colombia. De acuerdo con Santiago (2014: 291), uno de los primeros antecedentes en este sentido es, sin duda, el conocido *caso Brown vs. Board Education* sobre la integración racial en las escuelas emitido por la corte estadounidense en 1954. Siguiendo a Santiago:

La demanda estructural, que solicita un remedio estructural, se entiende como aquella en la que el juez, a fin de proteger determinados bienes constitucionales, se ve en la necesidad de reformar una determinada organización o política pública para eliminar la amenaza a los valores constitucionales que proviene del statu quo gubernamental o administrativo (2014: 291).

### III. LA CARGA DE LA PRUEBA

¿A quién corresponde la carga de la prueba en este tipo de sentencias? No hay dudas, corresponde a la autoridad pública demostrar que ha actuado hasta el máximo de sus recursos disponibles para poner en práctica el contenido esencial de los derechos, así como probar la progresividad y la no regresión en sus acciones (CCC, 1998).

Siguiendo la sentencia de la corte colombiana SU-225/98, es entendible la inversión de la carga de la prueba a partir de un principio de equidad básico, quien tiene más elementos y la capacidad para sistematizar la información sobre sus propias actividades es, sin lugar a dudas, el Estado mismo. De hecho, en la resolución 378/2014 de la corte mexicana, la inversión de la carga de la prueba, y la ausencia de pruebas suficientes para demostrar el máximo uso de recursos disponibles, fue lo que determinó el sentido de la resolución.