

CAPÍTULO SÉPTIMO

TEST DE PROGRESIVIDAD

I. ASPECTOS SUSTANTIVOS Y OBJETIVOS DEL TEST

Una vez que tenemos claro cuáles son las obligaciones que integran el contenido esencial del derecho y que son de cumplimiento inmediato, el resto de las obligaciones en torno al derecho pueden pensarse con una lógica de progresividad. Este principio de progresividad se torna políticamente relevante, porque constituye esa promesa de bienestar, de mejora constante que viene de la mano de la idea de soberanía popular en cualquier configuración democrática.

Por otro lado, el principio de progresividad suele ser siempre pensado de la mano de la prohibición de regresión. Sin embargo, a efecto de poder formular un test específico, desvincularemos estos dos principios de aplicación a fin de identificar las categorías que integran el test de la progresividad en este acápite, y las que integran el test de la prohibición de regresión en el siguiente. No está de más comentar que la finalidad de cada uno de estos test es distinta. En el test de progresividad lo que se intenta mirar es si se ha cumplido con esta característica por parte de las decisiones, políticas públicas, programas presupuestales, legislación y demás actividades que se encuentran a cargo del Estado. En cambio, el test de prohibición de regresión nos regresa a la temática analizada en la sección anterior: restricción de derechos. En particular, lo que se observa es si una determinada restricción es contraria al principio de prohibición de regresión.

¿De dónde viene el principio de progresividad? Aparece en los principales documentos del derecho internacional de los dere-

chos humanos. Por ejemplo, el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1996) establece que los Estados parte se comprometen a “adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr *progresivamente*, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. En este sentido, en su Observación General núm. 3, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas consideró que el concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los DESC generalmente no podrá lograrse en el corto plazo.

Esto no quiere decir que los Estados no se encuentren obligados a adoptar medidas de manera inmediata. De la misma Observación General núm. 3 del Comité DESC se desprende que el Estado debe adoptar medidas de forma inmediata, que tendrán impacto en el corto, mediano y largo plazo. Lo que no es inmediato es el ejercicio de derechos, mas no la actividad estatal. Por lo que no es admisible la ausencia de respuesta estatal ante la no realización de los derechos. Es decir, hay que tomar decisiones, formular políticas públicas, ejercer presupuestos, armonizar leyes, etcétera.

Estas medidas, además, deben comprender todos los medios apropiados. En este punto se da libertad al Estado de determinar cuáles son los medios administrativos, financieros, educacionales, sociales, etcétera, apropiados en cada caso y de justificar que éstos son los apropiados en vista de las circunstancias. Por ello, el Comité, lo mismo que todo el sistema universal de protección a los derechos humanos, se mantiene neutral sobre la elección del sistema político y económico electo por el Estado para cumplir con sus obligaciones, en lo que no es neutral es en el cumplimiento de dichas obligaciones.

Finalmente, y es probable que sea lo más importante, el objetivo de todas estas actividades estatales es lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos. En la medida que es fácil perderse en el mundo de las decisiones, las políticas públicas, los indicadores, los presupuestos, en fin, los vericuetos democráticos; no hay que perder de vista que todo un largo recuento de todas estas cosas pierde sentido si no logra el objetivo principal: lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos. Por ende, las medidas deben estar encaminadas a avanzar en el ejercicio de derechos empleando siempre hasta el máximo de los recursos de que disponga.

Así pues, hay que tomar decisiones, formular políticas públicas, ejercer presupuestos, armonizar leyes. El punto es que probablemente todas estas acciones no tendrán un efecto inmediato, sino que tendrán metas y objetivos de corto, mediano y largo plazo, por lo que la progresividad impone la obligación de moverse tan rápida y efectivamente como sea posible, así como la adopción de medidas deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en los documentos que integran el DIDH.

En el mismo sentido, el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece:

Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Finalmente, en su sentencia C-372/11, la corte colombiana define la progresividad como:

La obligación del Estado de adoptar medidas, especialmente económicas y técnicas, para lograr gradual, sucesiva, paulatina y

crecientemente la plena efectividad de los DESC reconocidos por los Estados. Esa progresividad en la satisfacción de los derechos implica para el Estado tanto apropiar el máximo de sus recursos como adoptar las medidas legislativas y de otro tipo para lograr su efectivo disfrute (CCC, 2011: s/p).

II. CRITERIOS QUE INTEGRAN AL TEST

Como mencionamos líneas arriba, el objetivo del test de progresividad es mirar si el Estado ha cumplido con este principio de aplicación de los derechos humanos. Por ende, las categorías que lo integren tienen como principal objetivo mirar este aspecto. Para ello, lo que debemos preguntarnos es ¿qué supone el principio de progresividad para la actividad estatal? Afortunadamente tenemos varios “nortes” sobre este punto.

Tomemos las medidas que se mencionan en la Observación General núm. 1 del Comité DESC, las sentencias T-595/02 T-025/04, C-372/11 y C-503/14 de la corte colombiana, así como las que recuperan Serrano y Vázquez (2013). De acuerdo con estos documentos, el mandato de progresividad implica varios tipos de obligaciones:

- 1) La elaboración y actualización periódica de un diagnóstico de la situación en que son ejercidos y disfrutados tales derechos por la población.
- 2) La generación de planes de acción o políticas públicas para ampliar los contenidos prestacionales de los derechos, los cuales deben incluir metas específicas y establecer plazos.
- 3) Mejorar las políticas públicas ya existentes en términos de goce efectivo de los derechos.
- 4) Introducir normas que extiendan la satisfacción de los derechos.
- 5) Crear indicadores para poder verificar efectivamente el avance progresivo del ejercicio de los derechos.
- 6) Divulgar periódicamente los resultados alcanzados y las medidas correctivas o complementarias con el fin de que

los interesados y los actores sociales participen en el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas.

De esta forma, como señala la CCC en su resolución T-025/04, el goce efectivo de los derechos de fuerte contenido prestacional depende de que el Estado cree y mantenga las condiciones para dicho goce y adopte políticas encaminadas a su progresiva realización. En estas actividades, el Estado dispone de un margen amplio de decisión. Sin embargo, estas decisiones y acciones estatales no suponen cualquier tipo de acción, habría que tener especial cuidado de que a veces la inmensa red burocrática y de procedimientos administrativos no se convierta en un proceso de simulación donde el ejercicio efectivo de derechos desaparece. Sobre este punto, en su sentencia T-595/02 la corte colombiana explica que si bien el Estado tiene un margen para definir la magnitud de los compromisos que adquiere con sus ciudadanos con miras a cumplir con el ejercicio de derechos; a la par que puede determinar el ritmo con el cual avanzará en el cumplimiento de tales compromisos; las decisiones adoptadas deben ser serias, por lo cual han de estar sustentadas en un proceso decisorio racional que estructure una política pública susceptible de ser implementada, de tal manera que los compromisos adquiridos no sean meras promesas carentes de toda vocación de ser realizadas.

De esta forma, en su sentencia T-025/04 la corte colombiana observa que el principio de progresividad supone que con el paso del tiempo debe encontrarse un mayor ejercicio de derechos, por lo que no es aceptable que en 2002 una entidad del Estado dé la misma respuesta que daba en 1992 cuando se le exigía el cumplimiento de un derecho de este tipo.

III. RESUMEN DEL TEST Y SUS CRITERIOS

Si bien en distintas sentencias y documentos del DIDH se especifican los criterios que integran el principio de progresividad,

posteriormente el análisis específico del caso se refiere siempre a restricciones a derechos, por lo que se suele aplicar el principio de no regresión, mas no el de progresividad. Hecho asombrosamente llamativo: hay más casos relacionados con restricciones que con ampliación de derechos. O, en otras palabras, el litigio estratégico ha tomado una forma más defensiva, para evitar que se restrinjan los derechos, que ofensiva, para generar ampliaciones de derechos vía la aplicación del principio de progresividad.

Litigios interesantes por venir serían aquellos que demandaran, por ejemplo, la omisión de la existencia de una política pública para acceder a la vivienda por parte de las personas que se encuentran desempleadas o que no cuentan con un ingreso regular; la inexistencia de indicadores que midan el ejercicio efectivo de los derechos y que permitan mirar las tendencias longitudinales sobre esto, o la falta de progresividad en la disminución de la pobreza a lo largo de los últimos años, como indicador de violaciones sistemáticas al mínimo vital.

En litigios como estos, se podría aplicar el siguiente test del principio de progresividad:

Cuadro 12

Categorías que integran el test de progresividad

- 1) Identificación del contenido esencial del derecho:
 - a) ¿Cuál es la finalidad última del derecho que se está analizando?
 - b) ¿Sin qué obligaciones, la finalidad del derecho en cuestión definitivamente pierde sentido?
- 2) ¿Hay un sistema de indicadores que permiten verificar el ejercicio de derechos?
- 3) ¿Se han elaborado diagnósticos periódicos sobre la situación de los derechos?

- a) ¿En el diagnóstico se analiza cuál es el contexto de restricciones materiales y limitaciones de política pública para hacer efectivo el contenido esencial del derecho?
- b) ¿Hay mecanismos establecidos para determinar prioridades en el marco de esas restricciones? ¿En esas prioridades se considera el contenido esencial del derecho y las personas en situación de vulnerabilidad?
- 4) ¿Hay políticas públicas, planes de acción y/o programas en torno al ejercicio progresivo del derecho en cuestión?
 - a) ¿Esos documentos recuperan los diagnósticos elaborados?
 - b) ¿Esos documentos establecen metas claras en tiempos ciertos?
 - c) ¿Se establecen mecanismos de mejora de las políticas públicas ya existentes en términos de goce efectivo de los derechos?
- 5) ¿Se divulgan periódicamente los resultados alcanzados y las medidas correctivas o complementarias con el fin de que los interesados y los actores sociales participen en el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas?
- 6) ¿Han existido modificaciones legislativas que conllevan la ampliación progresiva del derecho?
- 7) Lo más importante, ¿todas estas actividades han generado de forma progresiva un avance en el goce del derecho?
- 8) ¿Qué tipo de órdenes se podrían establecer para generar un avance progresivo en el goce del derecho?

Como el lector se habrá dado cuenta, en este test hay una relación muy relevante con las categorías que integran el test del contenido esencial del derecho. Esto se debe a dos razones: la identificación del núcleo del derecho es el punto de partida para

determinar qué obligaciones son de cumplimiento progresivo. Pero, más importante aún, si algo aprendimos en el test anterior fue que es un error no considerar las restricciones materiales propias del contexto que limitan el ejercicio de derechos, pero sería un error usar estas restricciones como argumento para violentar el ejercicio de derechos. Por eso, igual que en el contenido esencial, en la aplicación del principio de progresividad es relevante recuperar dichas restricciones propias del contexto pero usarlas para pensar a partir de qué medidas podemos regresar a la senda del avance en el goce de los mismos.