

---

# LA REGRESIVIDAD EN LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES COMO CATEGORÍA SOSPECHOSA

Pedro Luis SISTI<sup>1</sup>

*"Una de las mejores maneras de lograr la Justicia, es exponer la Injusticia"*

**Julian Assagne**

*"El grito de los pobres no siempre es justo, pero si no lo escuchas, nunca sabrás lo que es la Justicia"*

**Howard Zinn**

**Resumen:** El trabajo pretende sostener que puede extenderse la aplicación de la doctrina de las Categorías Sospechosas a la garantía de no regresividad que rige en los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA), logrando así que esta herramienta interpretativa que, ya tiene un amplio desarrollo en la doctrina y los tribunales, sirva como una efectiva protección de los DESCAs, estableciendo en cabeza del Estado la obligación de demostrar que no es inconstitucional la medida regresiva.

**Palabras claves:** Categorías Sospechosas- No Regresividad- Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales.-

**Abstract:** The paper gives reasons to state that the application of the doctrine of Suspicious Categories can be extended to the guarantee of Non Regressiveness that governs Economic, Social, Cultural and Environmental Rights (ESCER). In this respect, the article aims to take advantage of an already widely developed principle and, thus, could lead to a more effective protection of the ESCR by establishing at the head of the State the obligation to demonstrate that the regressive measure is not unconstitutional.

**Keywords:** Suspicious Categories- No Regression- Economic, Social, Cultural and Environmental Rights.-

<sup>1</sup> Abogado litigante y Director de la Clínica Jurídica de Interés Público en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L.P.-

---

## I. Introducción

La protección de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (en adelante DESCAs) es, probablemente, una de las temáticas sobre las que más se ha escrito en los ámbitos relacionados con los Derechos Humanos en Latinoamérica. La lucha por su efectiva protección y justiciabilidad ha tenido en la región innumerables artículos y libros que brindan argumentos a favor de estos objetivos, sin embargo, su recepción en el ámbito judicial no ha tenido la misma fortaleza, si bien indudablemente se han logrado avances en las últimas décadas.

El objetivo de este trabajo es aportar una herramienta práctica y concreta que sirva al momento de cuestionar en sede judicial medidas regresivas en materia de DESCAs, algo que lamentablemente sucede de manera habitual en nuestra región. Si bien no es la pretensión hacer una reseña de toda la jurisprudencia acerca de la justiciabilidad de los DESCAs, se abordarán algunas decisiones que son representativas de la cuestión. En lo que se refiere a las categorías sospechosas, se analizará jurisprudencia estadounidense, local y del sistema interamericano de Derechos Humanos. Mientras que cuando se analice la no regresividad, se centrará el análisis en la jurisprudencia local y se relacionará con análisis doctrinario acerca de decisiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

Una vez acotados los objetivos, entendemos que la aplicación de la doctrina de las categorías sospechosas a las medidas regresivas en materia de DESCAs resultará una herramienta que, por la profusa recepción de la mencionada doctrina en nuestros tribunales, simplificará el análisis de cuestiones siempre complejas, como resultan ser las políticas públicas en materia de DESCAs.

*Al establecer la carga de la prueba de que la medida no es inconstitucional en cabeza del Estado, y aplicando la doctrina del Escrutinio Estricto y/o presunción de inconstitucionalidad de toda medida regresiva, se evitará que se cargue a quien acciona con una prueba diabólica. Es sin ningún lugar a dudas el Estado quien tiene la mejor posibilidad de explicar por qué su actuar resulta conforme a derecho.*

No nos elude que la aplicación de la doctrina de las categorías Sospechosas ha estado reservada a grupos históricamente discriminados, y que aquí planteamos que se aplique a un grupo de derechos, más que a un grupo de personas. Sin embargo, en el cuarto acápite abordaremos esta cuestión y brindaremos los argumentos por los cuales entendemos que, a pesar de esta dificultad, la doctrina es plenamente aplicable y que resultará en una herramienta de gran utilidad al momento de impugnar en sede judicial medidas regresivas.

---

## II. Las Categorías Sospechosas en el derecho

El derecho constitucional argentino establece, en especial a partir de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional en la reforma de 1994, una enumeración específica de causales que son consideradas *prima facie* como discriminaciones o distinciones prohibidas, cuando las mismas se fundan en motivos de 'raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social' (art. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 26 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos).

Esto significa entonces que nuestro ordenamiento jurídico, cuando prohíbe el trato discriminatorio, protege en especial a ciertas categorías, que identifican a grupos históricamente desaventajados y/o discriminados, y que representan justamente los "criterios de distinción prohibidos". Esto significa que, cuando encontramos una norma que distingue a un grupo que se corresponde con alguna de las categorías prohibidas por nuestro derecho, y/o este grupo recibe un trato que no resulta igualitario (aún cuando no hubiese sido esta la intención), esta diferencia en el trato dispara automáticamente una presunción de inconstitucionalidad.

Esto mismo ha sido sostenido por la doctrina, Dworkin por ejemplo afirma que "la raza y otros rasgos de distinción similares son especiales sólo porque la historia sugiere que algunos grupos son más propensos a que se les niegue la consideración debida, de modo que las decisiones políticas que actúan en su contra deberían ser tomadas en cuenta con especial sospecha" (Dworkin. 2008. Pág. 269). Cualquier distinción que se haga bajo esos parámetros, contra alguna de esas clases, se denomina "Categoría Sospechosa".

Siguiendo este criterio, cuando existan decisiones o prácticas que beneficien más a unos grupos que a otros, los tribunales deberán inspeccionar "estas decisiones con mayor atención cuando las minorías históricamente maltratadas se encuentren en desventaja" (Dworkin. 2008. Pág. 269).

A modo de síntesis, con "categorías sospechosas" nos referimos a criterios de distinción que jamás pueden ser considerados razonables, o se refieren a condiciones que tienen personas tradicionalmente excluidas, sometidas o sojuzgadas (Saba autor. Gargarella y Alegre coordinadores. 2012. Páginas 186/187).

Cuando se excluye a un grupo de los expresamente indicados en las categorías sospechosas de un derecho que se concede a otro grupo, deben existir razones especiales y muy fundadas para justificar esa decisión, y la carga de esta justificación recae sobre quien realice esa práctica (habitualmente el Estado).

En resumen, cuando la distinción se funda en una Categoría Sospechosa, la carga de la prueba pesa sobre quien defiende la constitucionalidad de la norma

---

o práctica, y debe demostrar que la misma es necesaria y, a su vez, resulta ser el medio menos restrictivo para lograr su objetivo.

Las categorías sospechosas son varias y figuran, a modo meramente enunciativo, en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en el 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con una redacción idéntica a la del 2.1 del PIDCyP, también establece categorías sospechosas. La particularidad de este artículo es que se refiere específicamente al compromiso de garantizar los derechos sociales establecidos en el PIDESyC sin discriminar "por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Según la Corte Suprema de Estados Unidos, hay un "concepto básico de nuestro sistema de que las cargas legales deben tener alguna relación con la responsabilidad individual". (Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677, 1973). Las categorías sospechosas no tienen ninguna relación con la responsabilidad individual por ser moralmente arbitrarias. En otras palabras, son características que están fuera del ámbito de la decisión de las personas.

Debemos remarcar que, aún cuando una distinción no sea expresamente receptada como sospechosa por los tratados internacionales, no significa que no estén cubiertas por la prohibición de discriminar. Todas las cláusulas sobre la prohibición de discriminar en los tratados están redactadas de manera tal de dejar abierta las posibles características consideradas sospechosas de discriminación. El 1.1., el 2.1. y el 2.2., al finalizar la enumeración explícita de categorías sospechosas establecen que otra discriminación por "cualquier otra condición social" también será considerada discriminatoria. Con base en esto, la Corte Interamericana consideró como sospechosa de discriminación la distinción con base en la orientación sexual (caso "Atala Riffo c. Chile", sentencia del 24 de febrero de 2012), a pesar de que no se encuentra explícitamente entre las características enumeradas por el artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Más recientemente la Corte Interamericana ha confirmado esta posición en el caso "Yatama c. Guatemala" (sentencia del 23 de junio de 2005):

"E[l] principio [de no discriminación] posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; se trata de un principio de derecho imperativo. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas...

186. El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe

---

el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe”.

Luego, la Corte Interamericana ha ido todavía más allá en materia de igualdad/ no discriminación, al analizar en su Opinión Consultiva N° 18 si el principio de no discriminación formaba parte del *ius cogens* (orden público internacional). Al respecto la Corte estableció lo siguiente:

“[E]s imperativo que la Corte analice si el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley cumplen con los 4 requisitos de una norma de *ius cogens*.

La respuesta a la primera parte de la cuarta pregunta es que, habida cuenta del desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley deben ser considerados como normas de *ius cogens*. Se trata de normas de derecho internacional imperativo que integran un orden público internacional, al cual no pueden oponerse válidamente el resto de las normas del derecho internacional, y menos las normas domésticas de los Estados. Las normas de *ius cogens* se encuentran en una posición jerárquica superior a la del resto de las normas jurídicas, de manera que la validez de estas últimas depende de la conformidad con aquéllas.

Un Estado miembro de la OEA que sea parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos en el mismo, así como en la Declaración Americana, puesto que “los derechos humanos forman un *corpus iuris unitario*, inescindible, interrelacionado e interdependiente. La respuesta a la segunda parte de la cuarta pregunta es que el efecto jurídico que produce el reconocimiento del principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley, como normas de *ius cogens*, respecto de los Estados americanos, es la pérdida de validez y eficacia jurídica de los actos del Estado que contradigan tal principio y derecho.”

Esta interpretación de la relación entre los artículos 1.1. y 24 de la CADH que hace la Corte Interamericana es idéntica a la que hace el Comité de Derechos Humanos sobre la relación entre los artículos 1.2. y 26 del PIDCyP. Para el Comité, el artículo 26 extiende el principio de no discriminación a la legislación de los Estados parte del Pacto.

La Corte Suprema de Justicia ya ha reconocido expresamente la existencia de esas categorías sospechosas (particularmente lo ha hecho para el caso de extranjeros/as y mujeres) y así también lo han entendido otros tribunales de nuestro país.

---

Inicialmente, en "Repetto c/ Provincia de Buenos Aires"; "González Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba" y, luego en "Hooft Cornelio c/ Provincia de Buenos Aires" y en "Gottschau c/ Consejo de la Magistratura" la Corte Suprema ha identificado y reconocido estas categorías, y ha determinado en esos casos que las discriminaciones formuladas en razón de esas categorías del "sexo/género" y del "origen nacional", son a priori arbitrarias y que exigen acreditar un estándar diferente y con una argumentación más robusta para considerar lícita la diferenciación efectuada.

En este sentido, la Corte Suprema ha sostenido que "...ante los categóricos términos del artículo 20 de la Constitución Nacional, toda distinción efectuada entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad; por tal razón, aquel que sostenga la legitimidad de tal distinción debe acreditar la existencia de un 'interés estatal urgente' para justificar aquella, y no es suficiente a tal efecto, que la medida adoptada sea 'razonable'..." (CSJN, Voto del Dr. Petracchi, "Repetto, Inés María c/ Provincia de Buenos Aires, sentencia del 8 de noviembre de 1988, Fallos 312:1902).

Ratificando el criterio establecido por Petracchi en "Repetto" y en "González Delgado", la Corte sostuvo en el fallo "Hooft" que: "...no pueden existir normas que establezcan argentinos de primera y argentinos de segunda clase (...) Si una situación encuadra en uno de los motivos de discriminación que los pactos prohíben, la inconstitucionalidad de una norma local sólo podrá ser levantada por la demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que habría intentado resguardar y los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales, y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos será insuficiente una genérica adecuación a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueve efectivamente, y además sino existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que los impuestos por la regulación cuestionada" (CSJN, "Hooft, Cornelio c/ Provincia de Buenos Aires, sentencia del 16 de noviembre de 2004, Fallos 327:5119) y en "Gottschau" que: "La Corte ha resuelto recientemente que cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el "origen nacional" como sucede en el sub lite corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar" (CSJN, "Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura", sentencia del 8 de agosto de 2006, Fallos 329:2986). Sintetizando, cuando nuestra Corte Suprema ha tenido que decidir acerca de la constitucionalidad de normas que realizaron clasificaciones basadas en alguno de los criterios expresamente prohibidos, lo ha hecho partiendo de una presunción de inconstitucionalidad.

*Por lo tanto, el trato desigual será considerado ilegal, a menos que quien defiende su validez consiguiera demostrar lo contrario. O en pocas palabras, la aplicación del Escrutinio Estricto, donde el actuar*

---

*estatal pierde su presunción de legitimidad, y debe el propio Estado demostrar que su actuar es conforme a derecho.*

Como podemos ver, la doctrina de las categorías sospechosas tiene ya un importante desarrollo en nuestro derecho, como así también en los Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos. Su aplicación es una derivación directa del principio de no discriminación, que posee la jerarquía más alta que puede tener una norma de Derechos Humanos, como resulta ser la de *ius Mogens*, u orden público internacional.

### **III. La No Regresividad como garantía de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA).**

Como adelantamos en la Introducción, no ahondaremos en este trabajo sobre las cuestiones de la consagración de los DESCa ni su recepción judicial. Podemos afirmar, sin temor a suscitar controversias, que estas categorías de los Derechos Humanos han recibido una menor protección por razones históricas que exceden el objetivo del presente. Por lo dicho, no profundizaremos en el presente trabajo acerca de las razones por las cuales se sostiene que la Universalidad, Indivisibilidad e Interdependencia son características de los Derechos Humanos, por no ser objeto central de nuestro análisis. Pero nos vemos en la obligación de manifestar nuestro indudable abono a dicha postura.

Centraremos nuestro análisis en la aplicación concreta de uno de los principios rectores en materia de DESCa, como resulta ser el principio de progresividad. Debemos informar que tampoco desarrollaremos en el presente el debate acerca de si el principio de progresividad resulta ser un principio excluyente de los DESCa, o si su aplicación resulta extensible a la totalidad de los Derechos Humanos. Inclinandonos sin dudas por esta última postura.

El principio de progresividad ha sido expresamente consagrado en la protección de los DESC a nivel internacional, tanto en el Pacto de DESC de Naciones Unidas (art. 2.1), como en el Pacto de San José de Costa Rica (art. 26). Y fue la doctrina de los DESC la primera en hablar de la no regresividad. Entendiendo que, si existe un Principio que obliga a que la protección de los DESC sea cada vez mayor, cualquier situación que derive en que el Estado brinde una protección de los DESC menor a la que brindaba con anterioridad, resultará en una violación de la garantía de no regresividad. Por lo tanto, la doctrina ha entendido que esta garantía de no regresividad puede deducirse de las características que establece el principio de progresividad.

En el ámbito internacional, la interpretación acerca de la no regresividad, ha contado con diferentes posturas. Por un lado, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas entendió que la garantía de no regresividad se aplica también a medidas que sean regresivas tanto en

---

casos individuales, como colectivos e incluso en supuestos de afectación de toda la población. Mientras que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Cinco Pensionistas", estableció la exigencia de que la afectación fuera general para entender que se violara la garantía de no regresividad (Rossi, en Courtis 2008. p 85).

El principio de progresividad también fue expresamente receptado también en el art. 4 de la Ley General del Ambiente. El mismo tiene una conexión ineludible con el concepto de Desarrollo Sustentable, que es uno de los ejes centrales del Derecho Ambiental desde la Conferencia de Río en 1992. El objetivo de que la protección del Ambiente sea cada vez mejor se relaciona directamente con la característica particular de este principio, y tiene también una conexión con la protección que establece el derecho ambiental a favor de las futuras generaciones.

No caben dudas de que la consagración de este principio de progresividad, al igual que el principio de no discriminación sobre el que se fundan las categorías sospechosas, se enmarcan dentro de la conceptualización de "Principio" formulada por Dworkin al decir: "Llamo principio a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad" (Dworkin. 2015, página 72).

La aplicación de esta garantía en materia de DESCAs comenzó a darse primero en la doctrina y la jurisprudencia (un claro caso de esta situación fue sin dudas el precedente de la SCBA "Fundación Biosfera y Otros c/ Municipalidad de la Plata s/ inconst. Ord. N° 10.703" Expte. I - 71446, que luego se citará).

Una clara muestra de su recepción a nivel internacional podemos encontrarla en la Observación General N 3 del Comité DESC de Naciones Unidas, cuando sostiene en la parte final de su párrafo 9 que "Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga". Esta postura, según autorizada doctrina, daría paso a la aplicación del Escrutinio Estricto cuando las medidas sean Regresivas (Rossi, Julieta, autora. Courtis, Christian compilador. 2008. Página 90), de manera consistente con lo que planteamos en el presente trabajo.

También se receptó la no regresividad en la Conferencia de las Naciones Unidas (conocida como Río+20) en junio de 2012, y queda en evidencia que la misma adquiere una relevancia central en el ámbito internacional en lo que hace al Desarrollo Sustentable (que está íntimamente conectado con el Derecho Ambiental). Específicamente en el párrafo 20 del texto final de dicha Cumbre, denominado "El futuro que queremos" se consagró la garantía de no regresión de la protección ambiental en los siguientes términos:

---

“Reconocemos que desde 1992 los progresos han sido insuficientes y se han registrado contratiempos en algunos aspectos de la integración de las tres dimensiones del desarrollo sostenible, agravados por las múltiples crisis financieras, económicas, alimentarias y energéticas, que han puesto en peligro la capacidad de todos los países, en particular los países en desarrollo, para lograr el desarrollo sostenible. A este respecto, es esencial que no demos marcha atrás a nuestro compromiso con los resultados de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Reconocemos además que uno de los principales problemas actuales de todos los países, especialmente los países en desarrollo, es el impacto de las múltiples crisis que afectan al mundo hoy en día”.

La garantía de no regresividad posee una relevancia indudable en materia de DESCAs, ya que establece un punto de inflexión claro y concreto que no pueden transgredir las políticas públicas. El análisis de las políticas públicas resulta siempre dificultoso para la judicatura, ya que muchas veces no poseen las herramientas necesarias para analizar las políticas públicas en su totalidad. Por eso la garantía de no regresividad resulta útil y fundamental, ya que siempre es más fácil demostrar que una medida ha sido regresiva, que el probar si se cumple (o no) con la progresividad. Por lo tanto, y considerando que la función de los tribunales es la de controlar el actuar de los otros dos Poderes, la no regresividad cumplirá una función central en el análisis de políticas públicas.

Un ejemplo donde se vio claramente esta función, como ya se mencionara, fue en la causa “Fundación Biosfera y Otros c/ Municipalidad de la Plata s/ inconst. Ord. N° 10.703” Expte. I - 71446 que decidió la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, donde se cuestionó la reforma al Código de Ordenamiento Urbano local, entre otras cuestiones, porque dicha reforma violó la garantía de no regresión. En esa causa la SCBA sostuvo que:

“En cuanto atañe al derecho constitucional que fundamentalmente se denuncia como vulnerado por la Ordenanza impugnada, esto es, el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado y a gozar del patrimonio natural y cultural, la demanda exhibe argumentos y se apoya en prueba documental que, prima facie analizadas, dan sustento a la pretensión que contiene, teniendo en consideración que la derogación de las normas y medidas operativas que establecían protecciones urbanísticas efectivas en relación a ciertos inmuebles considerados anteriormente valiosos desde el punto de vista arquitectónico y cultural han sido derogadas sin que se establezca en su reemplazo ningún otro régimen tuitivo y que los indicadores urbanísticos de este nuevo ordenamiento autorizan, en última instancia, un uso más intensivo del suelo en el área del casco fundacional de la ciudad.

La circunstancia de que, por regla, no sea pertinente alegar una infracción constitucional frente a la reforma de preceptos generales, ni la existencia de un derecho adquirido al mantenimiento de ese tipo de normas (legales o reglamentarias) o a su simple inalterabilidad (CSJN, Fallos 326: 1442; 327: 2293; 5002; 329: 976; 1586; 333: 108; 2222; entre muchos otros), en

---

modo alguno implica convalidar, en asuntos como el aquí examinado, la juridicidad de toda modificación regulatoria, cualquiera fuere su contenido, pues por esa vía podría comprometerse negativamente el uso racional del suelo o la sostenibilidad del crecimiento urbanístico y edilicio o lesionarse el patrimonio histórico, arquitectónico o cultural de la ciudad, todo lo cual afectaría el interés público implicado en la tutela constitucional del ambiente (arts. 41, C.N.; 28 Const. Pcial.). Desentenderse de los efectos que sobre el ambiente urbano y el patrimonio cultural pueda provocar la iniciativa de reformas normativas estaría reñido con el principio de progresividad vigente en esta materia (art. 4, ley 25.675; CSJN, Fallos 329:2316) que, al tiempo que procura la mejora gradual de los bienes ambientales supone que los estándares de protección vigentes o actualmente logrados, no sean sustituidos por otros, inferiores u ostensiblemente ineficaces” (el subrayado nos pertenece)”.

Otro ejemplo, aunque no tan claro, se dio ante la CSJN en el caso “Campódónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social-Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/Recurso de Hecho-, del 24 de octubre de 2000, donde decidió que el Ministerio de Salud de la Nación estaba obligado a continuar entregando un medicamento a un menor mientras subsistiera la situación de urgencia y extrema necesidad del tratamiento prescripto para salvaguardar su vida. Si bien aquí la aplicación de la no regresividad fue implícita, resulta razonable entender que fue aplicada.

#### **IV. La aplicación de la doctrina de las Categorías Sospechosas a la Regresividad en los DESCAs.**

Una vez que ya hemos explicado el desarrollo de la doctrina de las categorías sospechosas y también la función de la garantía de no regresividad en los DESCAs, podemos abocarnos a darle sustento a la aplicación de dicha doctrina a la garantía en cuestión, y exponer por qué podría ser una herramienta útil en el marco del Litigio de Interés Público.

Lo primero que debemos remarcar es que la postura de aplicar el test de Escrutinio Estricto a las medidas regresivas ya ha sido expresamente planteada en la doctrina, sosteniendo que puede deducirse de las decisiones del Comité DESC de Naciones Unidas (Rossiautora. Curtis compilador. 2008. Página 90 y stes.). La diferencia central entre lo aquí planteado y ese trabajo, es que, por un lado, aquí se sostiene que la regresividad es en sí misma una Categoría Sospechosa, mientras que en aquel solamente se sostuvo la aplicación del Escrutinio Estricto (aunque en la práctica no existirían grandes diferencias); y por otro lado, este artículo se centra pura y exclusivamente en la potencialidad del entrecruzamiento de la doctrina de las categorías sospechosas con la no regresividad como herramienta del Litigio de Interés Público, mientras que aquel aborda cuestiones más amplias.

Entendemos que la regresividad es en sí misma una categoría sospechosa por dos argumentos que se retroalimentan. El primero, aunque probablemente

---

el más discutible, es que el hecho de que los DESCAs hayan sido Derechos que tuvieron un menor desarrollo y/o protección, los ubica como un “grupo de derechos” que han sido históricamente “discriminados”, ya que la principal razón por la cual no tuvieron un desarrollo equivalente al de los Derechos Civiles y Políticos es pura y exclusivamente por razones políticas. Por lo tanto, si las categorías sospechosas vienen a proteger a grupos históricamente discriminados, podrían aplicarse a los DESCAs. Es cierto que hablar de un grupo de derechos como “discriminados” puede resultar, cuanto menos, llamativo. Pero no lo es menos que, en la práctica, esta discriminación (o como se la desee llamar a esta diferenciación) por causas políticas existe.

Si acaso el primer argumento no terminara de convencer acerca de la necesidad de la aplicación de las categorías sospechosas a las medidas regresivas, algo que resulta altamente probable, el segundo argumento para aplicar dicha doctrina a las medidas regresivas es que, considerando que quienes se benefician de las políticas en materias de DESCAs son habitualmente sujetos que pertenecen a grupos con derechos históricamente vulnerados, al aplicar la doctrina de las categorías sospechosas a las medidas regresivas se está protegiendo, de manera indirecta, a grupos cuyos derechos históricamente han sido violados. Lo interesante, es que se protegería a estos grupos en un ámbito en el cual la aplicación habitual de la doctrina de las categorías sospechosas no podría proteger, ya que no se aplicaría a casos de discriminación. A forma de ejemplo, analizaremos dos casos recientes donde se dictaron medidas regresivas, y que de haberse aplicado esta doctrina, se hubiese ampliado el abanico de protección.

La primer situación sobre la cual nos centraremos se refiere a las decisiones del Programa de Atención Médico Integral (en adelante PAMI) establecidas en la Disposición Conjunta N° 0005/17 y su Anexo I (del 4 de enero de 2017) y en la Disposición Conjunta N° 0020/17 y su Anexo I (del 18 de enero de 2017), mediante las cuales se establecieron una serie de nuevos requisitos para acceder a la provisión de medicamentos al 100%, restringiendo la cantidad de personas jubiladas y pensionadas que accedían a dicha prestación. Los requisitos establecidos eran los siguientes:

“...para acceder a los medicamentos al 100% de cobertura por razones sociales, los afiliados al instituto deberán: A) Tener ingreso menor o igual a 1,5 haberes previsionales mínimos. B) No estar afiliados a una empresa de medicina prepaga conforme la definición del Art. 2 de la Ley N° 26682. C) No encontrarse incurso en alguno de los siguientes supuestos: ser propietario de más de un inmueble. Poseer un vehículo de menos de 10 años de antigüedad (a menos que posean un certificado de discapacidad). Poseer aeronaves o embarcaciones de lujo. En caso de resultar excluidos del beneficio en virtud de lo dispuesto en alguno de los acápite a, b o c precedentes, los afiliados que tengan un costo en su bolsillo para la adquisición de los medicamentos prescritos en sus tratamientos, que sea igual o mayor al 5% de sus ingresos, podrá solicitar la cobertura al 100% de medicamentos por razones sociales, a través de un mecanismo de vía de excepción en el que se requerirá y evaluará: revalidación médica. Informe

---

social (Disposición 7339/GPSYC14) y la escala de vulnerabilidad socio-sanitaria (Disposición 3605/GPSYC14)“.

Estos nuevos requisitos tuvieron como consecuencia que personas que recibían la cobertura de 100% de sus medicamentos antes de estas Disposiciones, dejaran de recibir esa prestación, lo cual indudablemente es una medida regresiva. Más allá de que algunos de los requisitos resultan razonables (estar afiliados/as a una prepaga y poseer aeronaves o embarcaciones de lujo), otros resultan, cuanto menos, cuestionables. Como por ejemplo establecer una antigüedad de diez años para los automóviles (en vez de una valuación) o que el ingreso sea de 1,5 veces el haber previsional mínimo (cuando ese monto es holgadamente menor a un salario mínimo, vital y móvil).

Pero la idea no es analizar la razonabilidad o no de la medida, sino justamente enfocarlo como si esta medida hubiera incurrido en una Categoría Sospechosa. Por lo tanto, en caso de haberse discutido efectivamente en sede judicial la cuestión (se iniciaron acciones judiciales, pero ninguna llegó a una decisión cautelar y/o de fondo), debió haberse aplicado el Escrutinio Estricto, y el propio Estado debería haber justificado que su medida era constitucional, partiendo de la presunción de inconstitucionalidad de la misma. Aparte, debería haber demostrado que la medida fue lo menos restrictiva posible, y las razones excepcionales que lo llevaron a tomarlas.

Como podemos ver, cumplir con todos esos requisitos hubiera derivado indudablemente en la revisión de la decisión, al menos parcialmente, atento a que algunos de los parámetros establecidos por la reglamentación ni siquiera podían tolerar la aplicación del estándar de mera razonabilidad, menos aún el de Escrutinio Estricto.

El otro caso que vamos a abordar es el que se dio respecto de las pensiones no contributivas, cuando se procedió a dar de baja miles de beneficios mediante la aplicación de lo establecido en el Decreto 432/97, que establecía una serie de requisitos para que pudieran otorgarse las pensiones establecidas en el art. 9 de la Ley 13.478, que regía el otorgamiento de pensiones para personas mayores de 70, años que no gozaran de ningún otro beneficio, y personas con discapacidad.

La realidad es que, si bien esta normativa estaba ya vigente, no se había aplicado al momento de otorgar los beneficios. Con lo cual, a diferencia de la anterior situación, donde había existido una modificación normativa que fue regresiva, aquí la regresividad se basó, o bien en la modificación de una práctica, o bien en una vía de hecho. No analizaremos aquí si era acorde a derecho el dar de baja pensiones sin notificar a los/as beneficiarios/as, o tampoco el impacto que tiene sobre la aplicabilidad del Decreto 432/97 la posterior ratificación (e incluso constitucionalización) de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

---

A nuestro entender, basta en el caso con demostrar que se gozaba de una pensión y la misma fue dada de baja para probar la regresividad, pero más aún si esta situación se extiende a miles de personas, ya que en ese caso entra dentro de las posturas que piden que la situación sea generalizada para configurar la regresividad. En este caso, la justificación de constitucionalidad de la medida hubiera resultado aún más difícil que en el anterior, ya que comenzar a aplicar una normativa que tenía casi 20 años de antigüedad, sin siquiera notificar a los/as beneficiarios/as, dándoles la oportunidad de cumplir con los requisitos allí establecidos (y que nunca se les habían requerido con anterioridad), resulta muy difícil de compatibilizar con un actuar acorde a derecho.

Existieron distintas resoluciones judiciales contra esta práctica, una de ellas se dio en el expediente N° 39031/2017, caratulado "ASOCIACION REDIS c/ EN-M DESARROLLO SOCIAL s/AMPAROS Y SUMARISIMOS" que tramita ante el Juzgado Federal de la Seguridad Social N° 8, donde se ordenó cautelarmente en el punto 2 del Resolutorio:

"Admitir parcialmente la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenar al Ministerio de Desarrollo Social de la Nación a que en forma inmediata restablezca el pago de las prestaciones no contributivas por incapacidad otorgadas a las personas con discapacidad residentes en todo el territorio de la República Argentina que fueron dadas de baja o suspendidas sin mediar resolución fundada previa en un proceso que garantice el debido proceso adjetivo que incluya el derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión fundada; o, dictado que hubiese sido, no se hubiese notificado; y que se abstenga de interrumpir los pagos de dichos beneficios otorgados a las personas con discapacidad sin mediar tales recaudos, todo ello hasta que se resuelva en definitiva la presente acción de amparo, excluyendo de ese colectivo a las personas que residen en la jurisdicción territorial del Juzgado Federal de Viedma, a los titulares que hubiesen renunciado expresamente a sus beneficios y a los ex beneficiarios fallecidos".

Nótese que el argumento central que se usa es la violación del debido proceso, y no se hace referencia alguna a la regresividad de la medida. Con el argumento tomado por la jueza, si se hubiese notificado a las personas beneficiarias, estaríamos ante un accionar presumiblemente acorde a derecho. Si en cambio ponderamos la práctica a la luz de la no regresividad, el eje se corre directamente hacia la esencia de la cuestión, y no se queda solamente en la forma: se ataca el hecho de dar de baja las pensiones por ser un menor grado de protección de derechos que el garantizado con anterioridad. Y la única manera de revertir esa situación, es si el Estado demuestra que su práctica no resulta inconstitucional.

Como se desprende de los casos abordados, podemos trazar conexiones entre los grupos protegidos por las categorías sospechosas y quiénes se ven habitualmente perjudicados por las medidas regresivas en materia de DESCA. Si bien pueden darse casos donde quienes se vean perjudicados no

---

pertenezcan a colectivos que han sido históricamente discriminados y/o han visto sus derechos violados, la práctica demuestra que en casi todos los casos donde se dicten medidas regresivas, las personas afectadas sí pertenecerán a estos colectivos, que son los mismos que intenta proteger la doctrina de las categorías sospechosas.

Pero también debemos decir que la aplicación de dicha doctrina a la no regresividad amplía el ámbito de protección de los grupos históricamente discriminados y/o con derechos vulnerados, porque se expandiría esta protección a toda una nueva gama de situaciones. Por ejemplo, los dos casos mencionados en este acápite no obtendrían protección dentro de la aplicación típica de la doctrina de las categorías sospechosas.

## V. Reflexión final

El litigio de interés público, como un área en proceso de construcción y/o disputa de sentido en Argentina, debe ir optimizando las herramientas con que cuenta para ampliar la protección de derechos fundamentales. Y en esto resulta fundamental, tanto el desarrollo de marcos teóricos que sirvan de fundamento, como la exploración en el ámbito judicial de estrategias hermenéuticas como la que aquí se plantea.

*Pensar nuevas aplicaciones para las herramientas ya establecidas es una de las variables que debemos considerar como estrategia desde el litigio de interés público, ya que, en términos generales, los tribunales son más propensos a aplicar doctrinas con las que se encuentran familiarizados.*

La doctrina de las categorías sospechosas han sido una herramienta central al momento de evitar discriminaciones, invirtiendo la carga de la prueba y poniendo al Estado en el banquillo de los acusados y teniendo que justificar sus decisiones. Hoy por hoy la misma tiene un amplio desarrollo en sede judicial y doctrinario que se remonta a varias décadas atrás, especialmente en los tribunales norteamericanos, a los cuales solemos ver como faro desde nuestros propios tribunales. Ya nuestros propios tribunales han receptado esta doctrina, y si bien su aplicación no es algo generalizado, viene ganando espacio en los últimos años. Resulta útil expandir la aplicación de la doctrina de las categorías sospechosas a nuevos horizontes, principalmente porque le brinda a la judicatura una herramienta para que sea el propio Estado quien deba demostrar que su actuar es efectivamente legítimo (y no partir de una presunción de legitimidad que en estas materias hoy colisiona con los estándares de Derechos Humanos vigentes).

La situación de la exigibilidad de los DESCAs en los tribunales es probablemente uno de los desafíos centrales con los que nos enfrentamos al momento de equiparar la realidad con nuestro texto constitucional y sus promesas. Por lo

---

tanto, buscar estrategias que puedan garantizar, cuanto menos, que no se retroceda en estas cuestiones es una forma de lograr que todo paso que se dé, sea un avance en este aspecto.

La no regresividad es una garantía novedosa en el derecho, y por ende tenemos que traerla a discusión de manera que resulte accesible, incluso para quienes aún no acordarían en que existe una exigibilidad directa de los DESCAs. Pedirle al Estado que explique por qué es constitucional una medida que brinda menor protección que la que se brindaba con anterioridad, es una postura que seguramente resulte más viable para un juez al momento de analizar una política pública.

No le estamos pidiendo a los tribunales que ordenen que se implemente una política pública inexistente hasta la fecha, estamos pidiendo que le ordenen al Estado que se abstenga de dejar de brindar una protección que se daba con anterioridad. El mantener un estado de situación existente es algo que resulta menos gravoso para cualquier tribunal, ya que justamente existió un reconocimiento por parte del Estado al haber brindado ese servicio (o función).

A fin de cuentas, no se estaría pidiendo a los tribunales que cumplan una función de avanzar en la protección (o creación) de nuevos derechos, sino simplemente que cumplan el rol de establecer límites negativos al Estado, impidiéndole avanzar sobre ciertos derechos ya existentes.

---

## VII. Bibliografía

- Alegre, Marcelo y Roberto Gargarella (coordinadores, 2012). El Derecho a la Igualdad. Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Berros, María Valeria (2011). Construyendo el principio de no regresión en el Derecho argentino. *Jurisprudencia Argentina (JA)*, 2011-IV, fasc. N.13, 2011.
- Bidart Campos, Germán J. (1994). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. VI. -La Reforma Constitucional de 1994-. Buenos Aires, Ediar.
- Bustamante Alsina, Jorge (1995). *Derecho ambiental*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Ciuro Caldani, Miguel A. (1999). *Principios y valores en el derecho constitucional en Los valores en la Constitución Argentina*. Buenos Aires, Ediar.
- Courtis, Christian (compilador, 2008), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires. Editorial del Puerto.
- Dworkin, Ronald (2015). *Los Derechos en Serio*. 3ª reimpresión. Barcelona. Editorial Planeta.
- Dworkin, Ronald (2008). *El Imperio de la Justicia*. 3ª reimpresión. Barcelona, Gedisa.
- Gil Domínguez, Andrés. (2009). *Constitución socioeconómica y derechos económicos, sociales y culturales*. Buenos Aires. Editorial AD-Hoc.
- Peña Chacón, Mario (2014). Límites, restricciones y excepciones del principio de prohibición de regresividad ambiental. *Revista de Derecho Ambiental RDA* número 35, octubre 2014. Argentina.
- Prieur, Michel (2010). El nuevo principio de "no regresión" en Derecho Ambiental. Publicación correspondiente en el acto de investidura del grado de Doctor Honoris Causae. *Prensa Universitaria de Zaragoza*, 21 de junio de 2010.
- Rosatti, Horacio (2007). *Derecho Ambiental Constitucional*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Valls, Mario F. (2012). *Presupuestos mínimos ambientales. Ley general 25.675. Comentada, anotada y concordada*. Buenos Aires. Editorial Astrea.