

Página de título

## **LA CORTE SUPREMA Y EL DERECHO A LA IGUALDAD**

**¿Es posible sistematizar o extraer ideales igualitarios de la jurisprudencia de la  
Corte Suprema de Justicia de la Nación?**

Página de aprobación del Comité

## **RESUMEN DE LA TESIS**

**Título: La Corte Suprema y el derecho a la igualdad. ¿Es posible sistematizar o extraer ideales igualitarios de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación?**

Nombre del candidato: Alejandro Carlos Bottini Bulit

Directora de Tesis: Dra. Laura Saldivia Menajovsky

¿Cuál es el ideal igualitario al que apela la Corte Suprema cuando ha resuelto casos invocando el derecho a la igualdad? ¿Resulta posible identificar la existencia de una doctrina judicial constitucional sólida relacionada con las denominadas medidas de acción positiva? En definitiva, ¿resulta posible sistematizar o extraer un ideal igualitario de la jurisprudencia de la Corte Suprema?

Luego del relevamiento de diferentes sentencias de la Corte Suprema llego a la conclusión de que, con muchas inconsistencias y sinuosidades, se vislumbra la construcción de un discurso jurisprudencial a favor de una mirada real, contextualizada y estructural del derecho a la igualdad cada vez más comprometida con el ideal de no sometimiento o no subordinatorio y asociado con la idea de goce efectivo de derechos para las personas. La Corte Suprema, de forma fragmentada, sin método y sin dialogar seriamente con sus propios precedentes, va construyendo en las distintas resoluciones analizadas la idea de que la vulnerabilización o subordinación estructural de un grupo genera la obligación por parte del Estado de implementar políticas públicas que reviertan esa situación; entre esas políticas públicas están las "medidas de acción positiva". Esta obligación debe reflejarse en la legislación, en la interpretación de la legislación que hagan sus tribunales, en la garantía de recursos suficientes y efectivos para lograrlo y, además, en la definición de sus políticas públicas y pesa sobre toda autoridad estatal. También se detecta una definición desde

una mirada estructural del concepto de categorías sospechosas, cuya finalidad es revertir la situación de subordinación estructural en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico.

## TABLA DE CONTENIDOS

Introducción. Definición del alcance y contexto .....	1
CAPÍTULO I .....	6
1. El derecho a la igualdad como no discriminación .....	6
2. El derecho a la igualdad como no subordinación .....	16
3. ¿Una u otra? Las dos.....	20
4. Categorías sospechosas y medidas de acción positiva: de la no discriminación a la no subordinación.....	26
5. Las medidas de acción positivas y sus elementos.....	34
6. Grupos y medidas de acción positiva.....	37
7. Mirada complejas e interseccionales .....	44
CAPÍTULO II.....	47
1. Introducción .....	47
2. Antes de Hooft .....	48
2.1 Arenzón .....	48
2.2 Repetto .....	50
2.3 Calvo y Pesini .....	53
2.4 González de Delgado .....	54
2.5 Conclusión.....	57
3. La Jurisprudencia internacional y el alcance del ideal de igualdad y no discriminación.....	58
4. Construyendo el concepto de categorías sospechosas: Hooft y después .....	74
4.1 Hooft .....	74
4.2 Gottschau.....	78

4.3 Reyes Aguilera .....	80
4.4 Conclusión.....	85
5. Derechos civiles y ¿una mirada estructural del derecho a la igualdad?.....	88
5.1 Asociación Lucha por la Identidad Travesti – Transexual - ALITT.....	89
5.2 Partido Nuevo Triunfo .....	93
5.3 F., A. L. s/ medida autosatisfactiva .....	97
5.4 Conclusión.....	101
6. La saga Álvarez, Pellicori y Sisnero. La Corte suprema crea acciones positivas..	102
6.1 Álvarez .....	103
6.2 Pellicori .....	106
6.3 Sisnero.....	110
6.4 Conclusión.....	117
7. El derecho a la igualdad y los derechos sociales. El derecho a la igualdad de los grupos económicamente excluidos .....	120
7.1 Itzcovich.....	121
7.2 Q. C., S. Y. ....	127
7.3 ATE.....	129
8. Castillo, ¿construye “castillos” en el aire?.....	132
9. A modo de síntesis. Doctrinas y estándares probatorios.....	140
CAPÍTULO III.....	143
Epílogo. El aporte a la construcción compleja de la idea de igualdad como no sometimiento.....	143
REFERENCIAS.....	158
Referencias bibliográficas.....	158
Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	164

Sentencias, Opiniones Consultivas e Informes de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos .....	166
Curriculum vitae .....	169
Estudios Universitarios: .....	169
Antecedentes académicos: .....	169
Universitarios: .....	169
Posgrados:.....	170
Antecedentes laborales en el sector público: .....	171
Antecedentes laborales en el sector privado: .....	174
Categoría al Programa de Incentivos a Docentes Investigadores: .....	175
Miembro de Tribunal de Tesina:.....	175
Algunas Publicaciones realizadas: .....	175
Algunos Cursos, Seminarios y Jornadas en donde participé como expositor:.....	176
Seminario en donde participé como coordinador: .....	179

*“Si buscamos en qué consiste precisamente el mayor de todos los bienes, que debe ser el fin de todo sistema de legislación, encontramos que se reduce a estos dos objetos principales, la libertad y la igualdad: la libertad, porque toda sujeción particular es otra tanta fuerza quitada al cuerpo del estado: la igualdad, porque sin ella no puede haber libertad”.*

*“... por la misma razón de que la fuerza de las cosas se inclina siempre a destruir la igualdad, es necesario que la fuerza de la legislación tienda siempre a mantenerla”.*

*Rousseau. El contrato social.*

### **Introducción. Definición del alcance y contexto**

Al analizar el desempeño de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del año 2003, el juez Ricardo Lorenzetti manifestó que “la conclusión que podemos extraer de estas experiencias y fallos es que la igualdad es una búsqueda permanente, un ideal inagotable” y que “hay una base de bienes primarios elementales que todos deberíamos disponer”, agregando que “ese es el significado de la real igualdad de oportunidades que prevé la Constitución” (Lorenzetti, 2014, p. 199). Estas afirmaciones, viniendo de alguien que juró como juez supremo el 22 de diciembre de 2004 y que fue presidente de ese tribunal desde enero de 2007, me generaron, además de una serie de interrogantes, las motivaciones necesarias para desarrollar el presente escrito.

¿Cuál es el ideal igualitario al que apela la Corte Suprema cuando resuelve causas invocando el derecho a la igualdad? ¿Resulta posible identificar la existencia de una doctrina judicial constitucional sólida relacionada con las denominadas medidas de acción positiva? En definitiva, ¿resulta posible sistematizar o extraer un ideal igualitario de su jurisprudencia? Mi hipótesis es que sí, que pese al “largo y sinuoso

camino”<sup>1</sup> recorrido, el ideario que transpiran sus decisiones en materia de igualdad tiene una eje cada vez más robusto, estructural, que toma en cuenta los grupos subordinados y sus contextos. O, por lo menos, parece avanzar en esa dirección.

Para responder estas preguntas en el Capítulo I identifiqué los ideales igualitarios que conviven en nuestra Constitución nacional. Describo el ideal de igualdad que se desprendía de la Constitución en su texto de 1853/1860 y analizo el alcance que adquiere luego de la inclusión de derechos sociales y de las modificaciones expresas introducidas por la reforma constitucional del año 1994. Esta tarea me posibilita efectuar el encuadre teórico del derecho a la igualdad analizándolo bajo la lógica de los principios de no discriminación y no subordinación. Además, sirve para delimitar el concepto de categorías sospechosas que puede resultar útil para establecer el alcance de las “medidas de acción positiva” en tanto políticas impulsadas desde el Estado que tienen por objeto revertir una situación de exclusión o segregación de los miembros de un grupo de ciertas actividades, prácticas o del goce derechos.

En el Capítulo II empleo el bagaje teórico señalado para relevar y analizar el tratamiento dado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a los casos relacionados con el derecho a la igualdad en general. Esta tarea tiene el objeto, como señalé, de determinar si es posible identificar cuál es el ideal igualitario al que apela. Me detengo en aquellas resoluciones que utilizan el concepto de categorías sospechosas y evaluo si existen elementos para aventurar su postura en relación a las acciones positivas. Considero imprescindible definir, si ello es posible, cuál es el ideal igualitario que fue esbozando en estos años en los casos más representativos en los que invocó dicho ideal. En este análisis estudio tanto los fallos en los que, de forma explícita, la CSJN refiere al derecho a la igualdad y no discriminación para

---

<sup>1</sup> Lennon – McCartney (1970). *The long and winding road*. Let it be. The Beatles.

resolverlos, como también aquellos de los que surge alguna postura en relación a ese derecho, aunque no parezca ser el argumento principal de la sentencia. Aquí me estoy refiriendo, por ejemplo, a lo resuelto en relación a derechos sociales o a derechos civiles. En ambos supuestos pretendo evaluar el papel que tuvo el argumento igualitario en los caminos que siguió la Corte y si ese argumento igualitario apuntaba a una mirada estructural del derecho. Como corolario al Capítulo, resumo en un cuadro las distintas doctrinas y estándares probatorios que identifiqué.

En el Capítulo III, y a modo de epílogo, hago un repaso de las conclusiones y de los hallazgos producto de la investigación. En algún punto, y como elemento deseado del trabajo, espero que las respuestas proporcionen material útil para poder evaluar, analizar y, llegado el caso, aventurar el proceder de nuestro tribunal supremo cuando, por ejemplo, se discuta judicialmente la constitucionalidad de las acciones positivas y su diseño normativo.

La reconstrucción que encaro en este trabajo va a verificar si lo manifestado por Lorenzetti encuentra asidero en la efectiva producción judicial que la Corte Suprema realizó y si los valores señalados se plasmaron, y cómo, en sus decisiones; pero me detengo en este punto, sin llegar a analizar cuáles son las normas de comportamiento que van aparejadas idealmente con dichos valores ni las instituciones resultantes (Honneth, 2014, p. 92). Por tal razón, y como limitante al alcance del escrito, no me ocupo del rol de la Corte Suprema en la efectiva implementación de lo resuelto en las sentencias ni de su impacto social; dejo de lado también el análisis de la relación de este tribunal y los otros poderes políticos del Estado. Me circunscribo a examinar lo que dice a través de sus decisiones escritas.

De forma intencional, excluyo del desarrollo otras dos cuestiones muy cercanas a la temática igualitaria y a la judicialización de los reclamos por los derechos. La primera

de ellas está relacionada con la problemática del control de constitucionalidad y el denominado carácter contramayoritario del Poder Judicial en el marco del ideal de democracia deliberativa<sup>2</sup>. La segunda, se encuentra vinculada al alcance que debe tener la intervención judicial y al grado de injerencia que le cabe a la judicatura cuando sus decisiones tienen implicancias presupuestarias directas<sup>3</sup>. De ningún modo esto significa subestimar ni minimizar dichas cuestiones, sino que se trata de circunscribir los alcances del objeto de la tesis en función de los objetivos teóricos y metodológicos expuestos.

Tampoco debe pensarse que abordo los precedentes de la Corte Suprema como elementos sacralizados, incuestionables o, incluso, finales<sup>4</sup>. El derecho es una obra colectiva. La judicatura y, en este caso específico, las juezas y los jueces cortesanos, son partícipes de esta obra junto con otros actores, en el contexto de un proceso aún más amplio y abarcador “como es lo es el complejo de prácticas, instituciones, costumbres, actitudes culturales y creencias básicas que definen una sociedad” (Nino, 2014, p. 140; también en Nino, 1996, p. 54)<sup>5</sup>. El máximo tribunal debe ser un partícipe constitucional y democrático, cuyas decisiones estén revestidas de autoridad y respeto, pero la determinación de lo que la Constitución significa es definida por

---

<sup>2</sup> Gargarella (2006). Esta problemática giraría en torno a la siguiente pregunta: ¿es aceptable que en el marco de un sistema democrático la judicatura tenga la última palabra sobre la interpretación constitucional?

<sup>3</sup> Abramovich (2009). El presupuesto, pomposamente denominado “ley de leyes” (Gelli, 2009, p. 161), ha sido definido como “acto de gobierno mediante el cual se prevén los ingresos y los gastos estatales, y se autorizan estos últimos para un período futuro determinado, que generalmente es de un año” (Villegas, 2009, p. 125). Pero esta definición me parece incompleta pues, coincidiendo con Jarach (1983, p. 80), el presupuesto es más que el conjunto de gastos y recursos que tiene un Estado; “representa un conjunto de erogaciones que persiguen alcanzar un determinado fin, por ello es obligatorio para todos los poderes públicos que deben cumplir con dicho plan”. Desde esta lógica, “[l]a financiación de derechos básicos a través de ingresos derivados de los impuestos nos ayuda a ver con claridad que los derechos son bienes públicos: servicios sociales financiados por los contribuyentes y administrados por el Estado para mejorar el bienestar colectivo e individual. Todos los derechos son, entonces, derechos positivos” (Holmes y Sunstein, 2011, p. 81). Todos los derechos cuestan recursos.

<sup>4</sup> Siguiendo una descriptiva frase de Kennedy, no creo que la Corte Suprema sea una “fuente autoritativa de interpretaciones verdaderas de la Constitución” (2010, p. 129).

<sup>5</sup> El constitucionalismo dialógico señala que los asuntos constitucionales deben ser resueltos mediante una conversación extendida en el tiempo y que involucre a múltiples actores.

múltiples participantes que van configurando su alcance a través de distintas instancias y acciones que tienen lugar en diferentes momentos y lugares (Saldivia Menajovsky, 2010, p. 228). Considerar que la Corte Suprema sea o se llame la intérprete final de la Constitución “niega o resta importancia a los procesos sociales de construcción de significados jurídicos que son una parte muy importante de nuestra vida democrática” (Álvarez Ugarte, 2014, p. 323).

El derecho es una práctica social<sup>6</sup> conformada, entre otros elementos, por las convenciones interpretativas sobre los textos y otros materiales jurídicos relevantes. Desde este punto de vista, la jurisprudencia ocupa un papel importante, en algunos casos determinante, en otros revelador o inspirador, pero siempre como parte de una acción colectiva más amplia, dinámica y que no controla totalmente. Las sentencias de una Corte Suprema, en tanto precedentes pero principalmente como parte de su diálogo con los otros poderes y con la comunidad, forman parte de esa práctica que merece ser preservada en tanto contribuya mejor que otra a profundizar la autonomía personal y la igualdad.

Desde esta posición interpretativa, y con la esperanza de haberle sido fiel en todo el desarrollo, abordé el escrito que contiene mi tesis.

---

<sup>6</sup> “... lo que distingue una práctica o convención es la conciencia de sus participantes, el hecho de saber que participan de una práctica social y, aún más, el hecho de que participar en esa práctica social es parte de la razón para actuar como lo hacen”. (Nino, 1996, p. 51).

## CAPÍTULO I

### 1. El derecho a la igualdad como no discriminación

En la sesión del 25 de abril de 1853 la Convención Constituyente discutió y aprobó, entre otros, los artículos 15 y 16 del Proyecto de Constitución. El único debate registrado que generó la inclusión de estos artículos lo propuso el convencional Zenteno, pero preocupado por la supresión de los fueros eclesiásticos. El artículo 16 estableció, en la redacción que fue aprobada, que

La Confederación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra consideración que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

La fórmula es similar a la empleada por Juan Bautista Alberdi en su proyecto de Constitución, publicado en la segunda edición de las Bases<sup>7</sup>. La posterior reforma de 1860 lo único que hizo fue reemplazar el nombre Confederación Argentina por el de Nación Argentina.

La norma es consistente con la ideología que impregna ese momento fundacional: la Constitución argentina fue producto de la fusión entre las ideas liberales y conservadoras y “en línea con el pensamiento de Alberdi, su principal ideólogo [...] apareció vaciada de compromisos sociales, se mostró hostil al Estado, y afín a los requerimientos del individualismo y liberalismo económicos” (Gargarella, 2014, p. 75). Este ideal de fusión liberal conservadora no desentonaba con el que se observaba en el resto de las constituciones decimonónicas tributarias del denominado

---

<sup>7</sup> Que establecía en su artículo 17 “La ley no reconoce diferencia de clase ni persona. No hay prerrogativas de sangre ni de nacimiento; no hay fueros personales; no hay privilegios ni títulos de nobleza. Todos son admisibles en los empleos. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas. La ley civil no reconoce diferencia de extranjeros y nacionales”.

constitucionalismo clásico, sintetizado en este punto en la premisa de igualdad de los habitantes ante la ley. Los acuerdos de liberales y conservadores producían constituciones con una visión angosta de los derechos y considerados, principalmente, desde el punto de vista del derecho de propiedad (Gargarella, 2014, p. 62-63)<sup>8</sup>. Esta visión repercutía en el reconocimiento de derechos de los sectores más pobres y excluidos de la sociedad, incluyendo especialmente a los grupos indígenas, y aparejaba una concepción elitista en cuanto entendía que los derechos políticos estaban reservados a unos pocos. Las elites dirigentes consideraban que solamente aquellos poseedores de determinado grado de riqueza o directamente de tierras debían gozar de derechos políticos, pues eran los únicos “independientes”. Por tal razón,

En el marco de sociedades extremadamente desiguales, ello implicaba utilizar el sistema institucional para reconocer el estado de cosas vigentes como dado, y dar expresión política-jurídica a tales desigualdades económicas. El derecho, del modo más crudo, pasaba a consagrar así esas desigualdades existentes en el punto de partida (Gargarella, 2014, p. 98).

La fusión liberal conservadora privilegió la protección de determinados derechos, fundamentalmente el de propiedad de las clases acomodadas, y desconoció los derechos en general y, muy especialmente, los políticos de las clases económicamente subordinadas<sup>9</sup>. La parte liberal del acuerdo hacía su aporte en la fusión, pero bajo esta

---

<sup>8</sup> Gargarella sostiene que los ideales constitucionales de autonomía individual y autogobierno colectivo ejercieron enorme impacto desde los albores de los movimientos independentistas en América Latina. Frente a estos ideales, agrupa tres posibles formas de pensar la Constitución: una posición conservadora, que tuvo un planteamiento más restrictiva frente a ambos ideales pues buscó organizar todo el sistema constitucional en torno a una particular concepción del bien, en general religiosa, y asumió una postura elitista en cuanto a la posibilidad del autogobierno colectivo; una posición radical/repblicana, con un fuerte compromiso por el ideal del autogobierno pero con una mirada que posibilitaba el sacrificio de la autonomía individual en aras de posiciones mayoritarias; y una posición liberal, con un fuerte posicionamiento de respeto a las elecciones y libertades individuales pero dispuesta a restringir el ideal del autogobierno colectivo, bajo el entendimiento de que se trataban de sociedades que todavía no estaban preparadas para dicho ejercicio (Gargarella, 2008 y 2014).

<sup>9</sup> “Las elecciones indirectas (destinadas a alejar a los menos pudientes de la selección de los funcionarios más poderosos), las calificaciones de propiedad, las exclusiones políticas a los analfabetos, las exigencias de cierta condición económica para gozar de la posibilidad de elegir o ser elegido (que ocuparan un lugar tan importante en las discusiones constitucionales norteamericanas), fueron, como sabemos, otras de las muchas vías a través de las cuales se quiso consagrar, finalmente, el

fórmula: libertades civiles amplias y libertades políticas restringidas (Gargarella, 2014, p. 152).

Anteriormente, las fallidas Constituciones de 1819 y 1826 habían realizado un tratamiento análogo del derecho a la igualdad al establecer en su artículo CX la primera y en su artículo 160 la segunda que:

Los hombres son de tal manera iguales ante la ley, que ésta bien sea penal, preceptiva ó tuítiva debe ser una misma para todos, y favorecer igualmente al poderoso que al miserable para la conservación de sus derechos<sup>10</sup>.

La Constitución de 1819 fue sancionada en el momento del auge del legitimismo monárquico en Europa y bajo el lema de “todo para el pueblo y nada por el pueblo” (Sampay, 1975, p. 23). Su propósito de excluir al pueblo del gobierno se materializaba en la conformación de un Senado corporativo, integrado por representantes de los principales sectores dirigentes de ese entonces: los senadores por cada provincia elegidos por “un capitular y un propietario” de cada municipio reunidos en asamblea; senadores militares; obispos senadores; senadores eclesiásticos y senadores por las universidades (Sampay, 1975, p. 23). La Constitución de 1826 diseñaba un sistema fuertemente centralista, suprimía las aduanas interiores y nacionalizaba la de Buenos Aires, abandonaba la lógica corporativa para la integración senatorial, “elimina[ba] de la vida política a los trabajadores jornaleros y a los desocupados, que entonces eran englobados en la categoría general de vagos” (Sampay, 1975, p. 24). El cariz elitista de ambas constituciones, feudatarias en definitiva de las mismas corrientes ideológicas, no obstaba a las particularidades de cada una. Resulta curioso e interesante el salto conceptual que se observa entre los documentos constitucionales señalados y el artículo 16 de la Constitución argentina

---

predominio de la versión más elitista de la tesis de la independencia [económica del sujeto como precondition para su independencia política]” (Gargarella, 2014, p. 102).

<sup>10</sup> Consultados en Sampay (1975).

surgida del proceso constituyente originario que logró perdurar. En las Constituciones de 1819 y 1826 puede percibirse una directa relación entre la idea de igualdad ante la ley y los derechos: la igualdad se relaciona con la conservación de los derechos, con mantener derechos que ya se gozaban. En el texto resultante de la Convención de 1853, la idea de igualdad ante la ley no se asocia directamente a los derechos y debemos recurrir a otro artículo para detectar esta relación. Al prescribir que “todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”, el artículo 14 brinda los elementos que permiten efectuar esta asociación a partir de dos de sus componentes: por un lado, gracias a la idea de “todos los habitantes”, que resulta inclusiva tanto por el adjetivo, que comprende enteramente la cantidad de lo nombrado, como por el concepto de habitantes, que incluye a las personas que habitan el suelo argentino sin efectuar distingo entre nacionales o extranjeros; por el otro, en virtud del alcance del término “leyes”, frente a las cuales los habitantes son iguales, conforme lo señala el artículo 16, y las encargadas de reglar el ejercicio de los derechos, tal cual lo indica el mencionado artículo 14. Esta concatenación lógica muestra que la Constitución nacional también relaciona el concepto de igualdad ante la ley con la idea de derechos aún desde el momento de su génesis. Pero no sólo esto pues, a diferencia de las constituciones de 1819 y 1826, lo hace a partir de la idea de goce de derechos, entendido como tenencia y posesión, pero también como acceso, y no de mera conservación de lo que ya se posee. El artículo 20<sup>11</sup>, al establecer el goce igualitario de los derechos civiles entre argentinos y extranjeros, refuerza la interpretación señalada. Por tal razón, en nuestra

---

<sup>11</sup> “Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; tatar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acotar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República”.

Constitución existía desde sus orígenes una idea de libertad e igualdad directamente asociada al goce de derechos.

Lo señalado en el párrafo anterior no significa asignarle al texto constitucional primigenio una mayor robustez igualitaria en relación a los derechos y a la libertad<sup>12</sup>; hacerlo, además de mostrar un optimismo interpretativo desmedido, contradeciría las influencias ideológicas del proceso constitucional que estoy reseñando. Resulta indudable que, en la Constitución argentina, al igual que en las normas constitucionales surgidas del resto de los procesos constituyentes latinoamericanos del momento, estuvo presente la preocupación por la interferencia limitante del Estado y los gobiernos. Pero, sin perjuicio de lo destacado, considero que el texto constitucional posibilitaba otra lectura del derecho a la igualdad, con otros contornos y alcances y asociado también a otra visión de la libertad. Sin embargo, esta posibilidad no fue utilizada; la idea de igualdad relacionada con al goce de derechos por parte de todos los habitantes no puede ser identificada en la lectura que efectuaron nuestros tribunales judiciales en sus primeras intervenciones. Por el contrario, la voz que dejan oír los fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en esos primeros tiempos mostró un alcance limitado del derecho a la igualdad. De forma temprana en el caso “Guillermo Olivar” (Fallos 16:118) señaló que

... el principio de la igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos concurrentes la ley según

---

<sup>12</sup> Más adelante desarrollo, siguiendo a Carlos Nino, de qué forma la idea de igualdad como no explotación permite establecer un claro puente conceptual entre igualdad, libertad y derechos (1996; 1992).

las diferencias constitutivas de ellos y que cualquiera otra inteligencia o acepción de este derecho es contraria a su propia naturaleza e interés social...<sup>13</sup>.

Este precedente sentó las bases de una doctrina judicial sustentada en una máxima repetida hasta el hartazgo por los tribunales argentinos: la ley debe ser igual para los iguales en circunstancias iguales<sup>14</sup>. La fórmula resulta de muy poca utilidad, pues traslada la problemática a la dificultosa tarea de determinar quiénes son los iguales, cuáles son las circunstancias iguales y bajo qué casos el Poder Legislativo puede establecer distingos, reconocer derechos, reglamentarlos o imponer cargas<sup>15</sup>. La Corte Suprema efectuó algunas precisiones, relacionadas fundamentalmente con la idea de que las distinciones o clasificaciones creadas debían basarse en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas<sup>16</sup>. Por otro lado, la formulación parece acentuar la idea de restricción en el ejercicio de derechos y no, justamente, la de goce.

---

<sup>13</sup> La sentencia de la Corte Suprema es del 1° de mayo de 1875 y lo que hace es confirmar por sus fundamentos lo resuelto por el Juez de Sección con competencia en la Provincia de Mendoza.

<sup>14</sup> Por ejemplo en “Caille” (Fallos 156:67): “Que la igualdad establecida por el art. 16 de la Constitución como lo ha dicho reiteradamente esta Corte, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros; de donde se sigue que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los casos ocurrentes, según las diferencias constitutivas de ellos y que cualquier otra inteligencia o excepción de este derecho es contraria a su propia naturaleza y al interés social (Fallos, 105:273; 132:198; 150:141)”.

<sup>15</sup> Por tal razón, “declamar que *todos los hombres son iguales ante la ley* o que *la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas* se convierten en fórmulas vacías en la medida que no se determine cuáles son los criterios para evaluar la clasificación de iguales o de desiguales. Por tal razón la exigencia de igualdad formal es una respuesta insuficiente, pues la axiología del sistema conlleva al concepto de igualdad material” (Cayuso, 2006, p.95). En similar sentido Saba (2016). Sobre esta cuestión me referiré a continuación.

<sup>16</sup> “... la garantía del art. 16 de la Constitución Nacional no impone una rígida igualdad, pues entrega a la discreción y sabiduría del Poder Legislativo una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación, siempre que las distinciones o clasificaciones se basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas” (Fallos 238:60 García Monteavaro). Además, en Fallos: 303:1580; 304:390; 305:823; 306:1844; 307:582, 1121 y 321:92, entre otros. Otra fórmula utilizada es “las distinciones normativas para supuestos que se estimen distintos son valederas en tanto no sean arbitrarias, es decir, no obedezcan a propósito de injusta persecución o indebido beneficio, sino a una causa objetiva para discriminar, aunque su fundamento sea opinable” (Fallos 311:1565 “Vega”).

Este ideal de igualdad, también denominado de igual tratamiento, antidiscriminatorio<sup>17</sup> o anticlasificadorio, se relaciona con el principio de no interferencia estatal o, más precisamente, no interferencia discriminatoria. A efectos de simplificar su mención en el presente, lo denomino igualdad ante la ley, formal o igualdad bajo el principio de no discriminación<sup>18</sup>. Su objetivo es evitar que el Estado realice distinciones arbitrarias. Es decir, el Estado, al reglamentar el ejercicio de derechos, podrá utilizar algunas diferencias mientras que deberá evitar la utilización de otras.

¿Y cuándo el Estado realiza distinciones arbitrarias? La respuesta completa lleva a un desarrollo que excede ampliamente los límites del presente; una posible aproximación es la que propone la propia Corte Suprema al indicar que las clasificaciones establecidas por el Poder Legislativo deben basarse en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas. La idea de razonabilidad es derivada en nuestro ordenamiento de la relación entre los artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional (Gelli, 2009; Cayuso, 2006; Linares, 1989). El primero establece que “todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio” para luego enumerarlos; el segundo que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. La reglamentación al ejercicio de los derechos no podrá alterarlos, cambiar su esencia, su sustancia. Un criterio para determinar la razonabilidad es, justamente, la evaluación de la adecuación de medios a fines. Toda reglamentación del ejercicio de derechos

---

<sup>17</sup> “El principio antidiscriminatorio se vincula al concepto de igual tratamiento, y algunos podrían sostener que el mismo debería ser el principio prioritario dado que el igual tratamiento constituye un objetivo más ampliamente aceptado, como objetivo de acción personal o social” (Fiss, 1999, p. 161).

<sup>18</sup> Denominación utilizada por Saba (2016).

tiene una finalidad, que debe ser legítima y no tener ánimos persecutorios, y conlleva la creación de categorías o clasificaciones<sup>19</sup>. Desde esta posición, toda norma jurídica establece distingos. Para el ideal de igualdad como no discriminación una distinción es arbitraria cuando es irrazonable, es decir cuando no resulta ser un medio racional para alcanzar un fin legítimo. Si el Estado reglamenta el ejercicio de derechos como medio lógico y no desproporcionado para alcanzar un fin legítimo, tal distinción, en el marco del ideal en cuestión, no sería una violación al derecho a la igualdad<sup>20</sup>. A este análisis se lo denomina de simple razonabilidad<sup>21</sup>, e importa un estándar de control débil en el marco de la compulsión y evaluación de la constitucionalidad de normas y políticas por parte de la judicatura. Como señala Dworkin, “basta con que la clasificación adoptada por el órgano legislativo no sea irracional, es decir, que pueda contribuir a un objetivo social útil y correcto” (2012, p. 384). Zayat (2014) especifica que, para analizar la razonabilidad de la clasificación, podrá seguirse un esquema de tres pasos: identificar el criterio utilizado en la clasificación<sup>22</sup>, analizar si la clasificación tiene un propósito legítimo y si la relación entre el medio escogido y el fin buscado es razonable, lo que comprende el análisis de la proporcionalidad entre

---

<sup>19</sup> Deudores/acreedores, empleadores/trabajadores, argentinos/ extranjeros, menores/mayores, etc.

<sup>20</sup> Señala Gelli que “es posible abrir el control de razonabilidad en dos pautas respecto a fines y medios de las normas. Por un lado, cabe examinar si el medio resulta desproporcionado, es decir, si aunque obtiene el fin perseguido, lo excede; por otro, si el medio guarda alguna relación de causalidad con el fin, aunque aquel no sea el único con el que se lo puede alcanzar” (2009, p. 426-427).

<sup>21</sup> Examen de igualdad de mera racionalidad, para Aldao, Ronconi y Clérico (2019). Este examen parte de la presunción de constitucionalidad de la clasificación. Quien la impugna tiene la carga de argumentar y demostrar que no existe relación alguna entre medio y fin y que es falta de relación justificatori es evidente.

<sup>22</sup> Pero además advierte que “La identificación del criterio utilizado puede no ser sencilla. Quizás la ley o la política en análisis declara utilizar un criterio neutral, pero en realidad los efectos de la clasificación no sean neutrales y ese sea la verdadera razón del criterio establecido. Entonces, no habrá que quedarse con el criterio denunciado en el texto de la ley o decisión administrativa, sino analizar el criterio real tras la decisión” (Zayat, 2014). Este punto resulta muy importante y, en definitiva, es el que introduce la Corte Suprema al resolver el fallo “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta” como análisho en el punto 8 del Capítulo II.

los mismos. La Corte Interamericana proporciona una definición análoga, al señalar que

No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana<sup>23</sup>.

Por lo señalado, la igualdad como no discriminación lleva implícito el principio de razonabilidad, que es entendido como una relación de funcionalidad o instrumentalidad: se efectúa la reglamentación en el goce del derecho creando determinadas categorías con el objeto de lograr determinados fines legítimos (Saba, 2010, p. 704 y 2016, p. 96). Como analizo más adelante, esta relación de instrumentalidad entre medios y fines resulta imprescindible para la determinación de la existencia de las llamadas categorías sospechosas bajo el ideal igualitario de no discriminación y para entender la problemática que tal determinación puede traer aparejada a la justificación de la promoción de las “medidas de acción positivas”<sup>24</sup>.

Pero el ideal de igualdad ante la ley no toma en cuenta los puntos de partida ni las particulares situaciones de las personas en sociedad, es decir su pertenencia a clases, grupos o estratos. Las diferencias sociales no son consideradas<sup>25</sup>. Es una visión teóricamente centrada en el individuo y no en la ubicación de éste en la estructura social. Al no tomar en cuenta las diferencias entre las personas, al no considerarlas en

---

<sup>23</sup> Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

<sup>24</sup> Ver punto 4 del presente Capítulo.

<sup>25</sup> “Aun cuando los fundadores de las instituciones representativas hablaban el lenguaje de la igualdad, en realidad lo que querían decir era otra cosa, se referían más bien al anonimato, a la negación política de las diferencias sociales” (Przeworski, 2010, p. 49).

relación, el Estado aparece legitimado a través de un discurso pretendidamente neutro<sup>26</sup> en virtud de la relación abstracta que este presupone, contrapuesta con una visión real de los seres humanos insertos, constituyendo y siendo constituidos por las relaciones en sociedad. Es un ideal que hace eje en la esfera normativa, se presenta con una visión que puede ser catalogada como de alto contenido formalista: es muy común observar en la literatura constitucional argentina que el derecho a la igualdad desde esta visión sea denominada como igualdad formal<sup>27</sup>.

Esta visión individualista del principio de igualdad ante la ley “no provee suficientes herramientas para evitar los *efectos* no igualitarios de los tratos supuestamente neutrales” (Saba, 2016, p. 52). La igualdad como no discriminación resulta insuficiente, entonces, cuando situaciones de segregación o exclusión no permiten el efectivo goce de derechos de los integrantes de grupos, clases o estratos y en virtud de dicha pertenencia. La visión no contextualizada de la igualdad, su concepción abstracta e ideal, puede contribuir a reproducir situaciones de desigualdades reales al presuponer, o directamente desinteresarse, por la existencia de igualdad de oportunidades entendida como el goce efectivo de derechos. De esta manera, su utilización en cada contexto podrá significar la profundización de situaciones de desigualdad real en el ejercicio de la libertad y los derechos. Y su supuesta neutralidad enmascarará situaciones de profundización de las desigualdades.

---

<sup>26</sup> El supuesto abstencionismo estatal no fue tal; los gobiernos impulsaron las formas más extremas del liberalismo económico y se utilizó la coerción pública para perpetuar las formas de dominación imperantes en las sociedades (Gargarella, 2014, p. 165).

<sup>27</sup> Entre otros, así aparece en: Sagües, 2007; Gelli, 2009; Badeni, 1997; Bidart Campos, 2005; Cayuso, 2006.

## **2. El derecho a la igualdad como no subordinación**

A partir de la reforma del año 1994 el ideal igualitario en la Constitución se vio robustecido con una serie de normas que incorporaron expresamente el derecho a la igualdad real y la búsqueda de su consecución como una obligación a cargo del Estado. Es pertinente destacar que, aún antes de dicha reforma, y a partir de las modificaciones del conjunto de valores de la Constitución argentina producida, entre otras cuestiones, por la incorporación de cláusulas tributarias del constitucionalismo social, existían miradas más robustas sobre el alcance de la igualdad que tutelaba nuestra Constitución y que involucraban consideraciones en los terrenos social y económico. Una interpretación integradora del texto constitucional llevaba a considerar la existencia de otro contorno del derecho a la igualdad, y no el exclusivamente el formal, y a entender que el principio constitucional de la igualdad sólo puede ser satisfecho si se lo considera referido a las situaciones reales, materiales, relacionadas con el goce efectivo de los derechos por parte de las personas (Cayuso, 2006, p. 95). Para la posibilidad de tal redefinición resultaron fundamentales los aportes efectuados desde principios del siglo XX por la incipiente legislación social que, al calor de las luchas obreras, fue cristalizando el reconocimiento de nuevos derechos. La relación entre los derechos sociales y una concepción más robusta del derecho a la igualdad, alejada de la visión formalista, es directa; su implicancia e interrelación mutua, evidente. La legislación obrera, motor principal de los derechos sociales, cabalga sobre la idea de que el ordenamiento jurídico debe promover un trato preferente al grupo más débil de la relación jurídica entre trabajadores y empleadores: este trato preferente no resiste el análisis de

constitucionalidad bajo la exclusiva lógica formalista. Requiere otra visión sobre la igualdad<sup>28</sup>.

Luego de la reforma del año 1994, y ya desde la literalidad de su texto, la Constitución argentina

se alinea con una visión integralmente igualitaria, que exige un orden jurídico y un Estado más activo en la rectificación de desigualdades sustanciales, y que establece como norte de los gobiernos el logro de oportunidades accesibles a todos en un pie de igualdad (Alegre y Gargarella, 2012, p. XL).

Este ideal integralmente igualitario, que apunta a una visión estructural de la igualdad y no exclusivamente formal, significa la expresa incorporación en la plataforma ideológica del ordenamiento constitucional argentino del principio antisubordinación<sup>29</sup>, de no sometimiento, también llamado de protección de grupos desaventajados<sup>30</sup>. A efectos de simplificar su mención en el presente, lo denomino igualdad real, material o igualdad como no subordinación<sup>31</sup>, no sometimiento o no explotación<sup>32</sup>.

A esto apunta concretamente la Constitución en el artículo 75 inciso 23 cuando establece que el Congreso debe

---

<sup>28</sup> Los derechos sociales tienen en común, principalmente, compartir un mismo fin buscado: su reconocimiento ha pretendido resolver o zanjar una cuestión de conflicto o puja social. Es indudable que los programas políticos de los movimientos o partidos obreros tuvieron mucha influencia. Un movimiento obrero cada vez más poderoso en el seno de las sociedades capitalistas, que exigía el derecho de huelga, la afiliación sindical, los derechos a la jornada limitada, el salario mínimo, el derecho a la jubilación, la sanidad, la educación y la vivienda son un elemento fundamental en el reconocimiento de estos derechos. La historia de las luchas sociales puede ser vista, entonces como la historia de una lucha por los derechos por parte de los sectores sociales excluidos. Pero los derechos sociales se van haciendo camino, también por “ciertas necesidades del sistema político-económico que las novedades keynesianas tratan de satisfacer: la necesidad de relegitimarse, tras las conmociones del Octubre Rojo y del crac del veintinueve, y la necesidad de crear un consumo adecuado a la producción masiva” (Capella, 2008, p. 243). Esto va acompañado de la desaparición de lo que Capella denomina “libertad contractual omnidireccional” (2008, p. 240). Las diferencias de poder entre los contratantes intentan equilibrarse a partir del intervencionismo estatal y de la aparición de una nueva concepción en la idea de libertad contractual.

<sup>29</sup> Siegel, 2013.

<sup>30</sup> Fiss, 1999.

<sup>31</sup> Saba, 2010, 2012 y 2016.

<sup>32</sup> Nino, 1996.

legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

En línea concordante con las consideraciones que realicé al analizar el artículo 16 de la Constitución, observo que la norma plantea una relación entre la igualdad (en este caso ya calificada como “real de oportunidades y de trato”) y el pleno goce y ejercicio de los derechos, estableciendo un nexo directo e indisoluble entre la posibilidad de ejercicio efectivo de los derechos y el desarrollo igualitario. A este nexo la Constitución le incorpora el concepto de “medidas de acción positiva”, que deben ser legisladas y promovidas como mecanismos adecuados, aunque no los únicos, para hacer efectiva esa igualdad real.

El artículo 75 inciso 23 no es el único donde la Convención Constituyente del año 94 plasmó el ideal de igualdad como no subordinación. El artículo 37 constitucionaliza expresamente el carácter igualitario del sufragio; además, establece la obligación de promover acciones positivas para garantizar “la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios”. El artículo 75 inciso 2, al referirse a la distribución de recursos coparticipables, e inciso 8, al regular la temática presupuestaria, impone, entre otras cuestiones, la obligación de dar prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional. Nuevamente el constituyente, fortaleciendo el ideal de igualdad real, la asocia con el desarrollo y la calidad de vida. En el mismo artículo, pero en su inciso 19, aparecen relacionados los conceptos de desarrollo humano, crecimiento armónico y la promoción de políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones; en

cuanto a la educación, deberá promover los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna. Este conjunto de artículos, sumados al 14 bis de los derechos sociales y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros, están indicando una fuerte preocupación de las normas con jerarquía constitucional en relación al goce igualitario de los derechos y libertades. Como desarrolla Grosman,

si la igualdad de oportunidades es, para la Constitución argentina, un ideal cuya realización depende de las acciones positivas, de la educación gratuita y equitativa y del modo de distribuir la recaudación impositiva, resulta claro que no puede tratarse de la concepción delgada que subyace al principio antidiscriminación [por esto] igualdad real de oportunidades es, para la Constitución argentina, igualdad *estructural* de oportunidades: un tipo de igualdad de oportunidades que atiende a la estructura social y que aspira a modificarla mediante la provisión de beneficios sociales financiados con fondos públicos (2008, p. 79/80)<sup>33</sup>.

En definitiva, en la igualdad como no sometimiento resulta relevante la situación de la persona en cuanto al goce efectivo de libertad y derechos y el Estado tiene el mandato de promover políticas públicas a favor de su concreción. De esta forma, “el principio de igualdad no solo está comprometido con la imposibilidad de establecer cierto tipo de distinciones [...], sino también con la obligación de que el Estado revierta ciertas desigualdades estructurales, a través de las llamadas ‘acciones afirmativas’” (Orlando, 2014, p. 118). Si las desigualdades son causadas por la ubicación de la persona en la

---

<sup>33</sup> Grosman entiende que el principio antisubordinación defendido por Fiss tiene un alcance más limitado que el de igualdad estructural de oportunidades que, a su criterio, surge de la Constitución Nacional. El principio antisubordinatorio en la versión dada por Fiss “solo concierne al estatus de los grupos mientras que la igualdad estructural de oportunidades es más amplia” pues, sin hacer caso omiso a la pertenencia a un grupo, va más allá, alcanza distintos contextos y debe preparar a las personas para la competencia y no sólo para paliar los peores efectos de ésta: “Para la igualdad estructural de oportunidades, no basta con una educación digna o que garantice capacidades mínimas para funcionar: la educación debe ser competitiva” (2008, p. 103). Para Grosman la igualdad estructural de oportunidades implica prepararnos para la competencia. Esta concepción se sustenta en entender que la competencia, además de ser un mecanismo importante de distribución de recursos económicos, favorece a que la sociedad sea más rica, “ya que maximiza los niveles de producción”. Por eso “[l]a igualdad estructural de oportunidades, en vez de rechazar la competencia, aspira a que ella se desarrolle en condiciones genuinamente igualitarias” y “nuestra responsabilidad central como sociedad comprometida con la igualdad estructural de oportunidades es evitar que la estructura social opere en sí misma como causa de desigualdad”.

sociedad, entonces resulta necesaria la adopción de programas o tratamientos diferenciales que garanticen el acceso a aquellos medios cuya posesión depende de esas condiciones sociales (Rodríguez, 2010, p. 625).

En la misma dirección, y centrándolo en los pueblos indígenas, Ramírez (2012) propone que, para alcanzar la igualdad real, es necesario reconocer la categoría de derechos emancipatorios como

un instrumento conceptual creado para cumplir una función específica: la de resolver conflictos entre derechos. Califican a un conjunto de derechos que en un lugar y tiempo determinados deben tener primacía sobre otros, para alcanzar una situación tal que permita a algunos sujetos su goce efectivo.

En su desarrollo, Ramírez propone varias cuestiones relevantes relacionados con la idea de igualdad y la protección de efectivos derechos básicos. Se destaca una fórmula que posibilita resolver los conflictos de derechos a favor de aquellos identificados como emancipatorios. Pero, además, Ramírez propone una relación entre la idea igualdad y de autonomía personal alejada del paternalismo y de posturas asimilatorias: los otros, en este caso, los pueblos indígenas, merecen el respeto de sus preferencias y elecciones<sup>34</sup>. En el próximo punto trato de manera más extensa la relación entre autonomía e igualdad.

### **3. ¿Una u otra? Las dos**

La incorporación del artículo 75 inciso 23 redefine y amplía el concepto de igualdad que surge del artículo 16, pero esto no significa la superación del principio de

---

<sup>34</sup> Agrega que “[p]ara estos pueblos, el principio de igualdad es mucho más que una abstracción. Comienza con el reconocimiento de su derecho a la no discriminación y transita hacia cuestiones más sustantivas que se vinculan con la protección de sus derechos más básicos. El abordaje del principio de igualdad debe alejarse de las posturas paternalistas y debe abandonar definitivamente la pretensión asimilatoria, para concentrarse en el objetivo principal: la aceptación, por parte de personas y Estados, de que los pueblos indígenas –“los otros”– merecen ser tratados teniendo presentes sus propias elecciones, respetando su autonomía y redefiniendo día a día cuál es la mejor interacción posible” (Ramírez, 2012, p. 49/50).

igualdad como no discriminación o que el mismo se encuentra en franca oposición al denominado principio de no subordinación<sup>35</sup>. La Constitución argentina ha ampliado sus márgenes, no los ha constreñido. Si bien es cierto, como sostiene Siegel (2013), que muchas veces la aplicación del principio antidiscriminatorio puede lesionar la idea de igualdad y que para algunos esta concepción (anticlasificatoria) implica repudiar una concepción alternativa de la igual protección, ambos principios remiten en sus raíces a iguales valores: garantizar la libre elección del propio plan de vida y desarrollo autónomo de cada persona<sup>36</sup> además de la idea de la participación igualitaria de los miembros de una comunidad en su propio gobierno.

De esta forma, y en muchos supuestos, el derecho a la igualdad encontrará suficiente protección aplicando la idea de igualdad como no discriminación. Sin embargo, dicho principio resultará insuficiente, cuando no directamente contrario al ideal de igualdad que surge de nuestra Constitución, si están presentes y vinculadas con la temática en discusión cuestiones referidas a situaciones estructurales de los miembros de grupos y su efectivo acceso al goce de derechos o a cuestiones relacionadas con vulnerabilidades estructurales en virtud de la pertenencia a dicho grupo y en relación a cuestiones históricas de subordinación.

El ideal igualitario integral y comprensivo de la igualdad como no subordinación o no explotación y la igualdad como no discriminación fundamenta y permite conciliar las ideas de autonomía individual y autogobierno colectivo. Las libertades básicas igualitariamente distribuidas deben contribuir al diseño autónomo del propio plan de vida del individuo de forma tal que pueda constituirse en partícipe activo del diseño

---

<sup>35</sup> Es cierto que, como desarrollaré a continuación, la definición de categorías sospechosas bajo la idea de igualdad como no discriminación haría imposible conciliarlas con las acciones positivas.

<sup>36</sup> “La antisubordinación y la anticlasificación son tanto amigos como contendientes... La historia muestra que los valores de la antisubordinación están contenidos en el origen del principio de anticlasificación”. (Siegel, 2013, p. 182).

de las normas que regularán su vida en sociedad. La igualdad resulta ser el presupuesto común que vincula tanto a la autonomía personal como al autogobierno colectivo. En cuanto a la primera, “tratar a cada individuo como un igual conlleva una preocupación por asegurar que la vida de cada individuo dependa de las elecciones que cada individuo realiza, y no de las meras circunstancias en las que le toca nacer” (Gargarella, 2010, p. 33); en cuanto al autogobierno colectivo, “cada individuo tiene igual derecho a intervenir en la resolución de los asuntos que afectan a su propia comunidad” (Gargarella, 2010, p. 32).

Teniendo en cuenta que el orden jurídico legítimo tiene que poder acatarse por razones morales, “los ciudadanos son políticamente autónomos, así, sólo cuando pueden entenderse a sí mismos conjuntamente como autores de aquellas leyes a las que se someten como destinatarios” (Habermas, 2010, p. 69). Es decir, la idea de autonomía jurídica de los ciudadanos exige que los destinatarios del derecho puedan comprenderse a ellos mismos como los autores de tal derecho (Habermas, 1999, p. 245), por tal razón la autonomía privada y la pública se presuponen recíprocamente (Habermas, 1999, p. 247/248) y establecen una conexión conceptual “en aquella dialéctica entre igualdad jurídica e igualdad fáctica” (Habermas, 1999, p. 248)<sup>37</sup>.

En sentido análogo, la idea de igualdad como no explotación propuesta por Nino permite establecer un claro puente conceptual entre igualdad, libertad y derechos (1996; 1992) y facilita la conciliación entre la igualdad como no discriminación y la igualdad como no subordinación. La cuestión central de su desarrollo, por lo menos en este punto, sostiene que la tensión que presentan los valores de libertad e igualdad

---

<sup>37</sup> “... sin derechos fundamentales que aseguren la autonomía privada de los ciudadanos, no habría tampoco medio alguno para la institucionalización jurídica de aquellas condiciones bajo las cuales los individuos en su papel de ciudadanos podrían hacer uso de su autonomía pública. De este modo, autonomía privada y pública se presuponen mutuamente, de modo tal que los derechos humanos no pueden reclamar ningún primado sobre la soberanía popular o ésta sobre aquéllos” (Habermas, 1999, p. 255).

dentro del liberalismo resulta ilusoria, pues ambos tienen estructuras diferentes. Esta diferencia estructural es identificada a partir de asignarle a la libertad un valor absoluto, en tanto no depender de otro valor ni de cómo se distribuye en relación al resto de las personas<sup>38</sup>: “yo soy libre no importa cuán libre sean los demás, a pesar de cualquier interdependencia causada entre mi propia libertad y la de los otros” (1996, p. 88). Desde esta perspectiva, la igualdad es un valor relativo o, más precisamente, sólo es un valor si está asociada a otro valor y, lo que resulta sustancial en su definición, a la forma en que dicho valor se distribuye: “No es valioso, por ejemplo, ser igual en altura o en las condiciones de la esclavitud” (Nino, 1996, p. 88).

La autonomía pasa a ser el principio de conjunción entre libertad e igualdad. El principio de autonomía, el primero de los tres que Nino propone, constituye junto al de inviolabilidad y al de dignidad, la base de una concepción liberal de la sociedad y de cuya combinación deriva un conjunto de derechos (Maurino, 2010, 895 y s.s.). El principio de autonomía aparece directamente asociado a la idea de libertad, pues se relaciona con la posibilidad de elección por parte de la persona de su propio plan de vida (ideales autorreferentes de excelencia personal) en tanto no afecte el desarrollo del plan de vida de los otros (principios morales intersubjetivos)<sup>39</sup>.

El principio de autonomía determina los bienes necesarios para la elección de ideales y la realización de los planes de vida basados en esos ideales. Los derechos individuales básicos son aquellos que protegen estos bienes necesarios, que son

---

<sup>38</sup> Textualmente señala “La libertad no es un valor relativo: yo soy libre no importa cuán libre sean los demás, a pesar de cualquier interdependencia causada entre mi propia libertad y la de los otros. La libertad es un valor absoluto, la extensión de la cual no depende de cómo está distribuida entre los diferentes individuos ni excluye a priori un criterio de distribución” (1996, p. 88).

<sup>39</sup> “Los principios de moral intersubjetiva valoran las acciones de los individuos de acuerdo a sus efectos sobre los intereses o el bienestar de otros individuos (como la prohibición de matar a seres humanos). Los ideales de excelencia personal asignan valor a las acciones por sus efectos sobre la calidad de vida o el carácter moral del agente mismo (como los ideales de ser un buen padre, un buen patriota, un buen cristiano o llevar a cabo una vida sexual que satisfaga los deseos del agente, etcétera)” (Nino, 1996, p. 75-76).

prerrequisitos para la posibilidad de elección y realización del propio plan de vida<sup>40</sup>. Pero la autonomía personal es agregativa, pues cuando un grupo tiene mayor autonomía, aumenta el valor de ésta sin tener en cuenta cómo está distribuida. Este punto podría llevar a situaciones de sociedades con un importante nivel de autonomía en dónde la mayoría sea esclava y sólo una minoría fuera autónoma, pero con grandes cantidades de autonomía producto, efectivamente, de esa esclavitud. Para resolver esta cuestión Nino entiende necesario defender un segundo principio: el de inviolabilidad de la persona. Este principio limita el de autonomía, al proscribir “la disminución de la autonomía de una persona para alcanzar como único propósito el incremento de la autonomía de la que gozan otros individuos” (Nino, 1996, p. 79). Bajo su formulación final, el principio de inviolabilidad de la persona establece que la maximización de la autonomía debe hacerse en relación con cada individuo por separado y “en la medida en que ello no implique poner en situación de menor autonomía comparativa a otros individuos...” (Maurino, 2010, 898). Entonces, el principio de inviolabilidad complementa al principio de autonomía al entender que las personas no pueden ser tratadas como medios; la autonomía de una persona no puede ser sacrificada para incrementar la autonomía de otras. La igualdad como no explotación se sostiene en la reformulación de este principio de inviolabilidad que hace el propio Nino y que desarrollo en un instante.

Sin embargo, el principio de autonomía y la corrección que conlleva el principio de inviolabilidad de la persona resultan insuficientes para constituir una concepción

---

<sup>40</sup> “El principio de autonomía personal determina el contenido de los derechos individuales básicos, ya que de él podemos inferir los bienes que esos derechos protegen. Esos bienes son las condiciones necesarias para la elección y realización de ideales personales y planes de vida basados en esos ideales. Los prerrequisitos para la elección y realización de planes de vida incluyen: una vida psicobiológica, integridad corporal y psicológica, y libertad de movimientos, libertad de expresión, acceso a recursos materiales, libertad de asociación, libertad de trabajo, posibilidad de tener tiempo libre y libertad de prácticas religiosas” (Nino, 1996, p. 77).

liberal de la sociedad y hacer derivar de ella el conjunto de derechos individuales asociados a esta concepción. La garantía de que la autonomía de una persona no puede ser sacrificada para incrementar la autonomía de otros se aplicaría también a los mismos individuos, prohibiéndoles cualquier decisión personal que restrinja su propia autonomía, “aun cuando el resultado neto fuera el incremento de la autonomía de otras personas” (Nino, 1996, p. 80). El tercer principio, de dignidad de la persona, permite en algunos supuestos que los individuos puedan decidir perder parte de su autonomía para incrementar la de otros (Nino, 1996, p. 81-82).

Pero, como adelanté, Nino no se contenta con este alcance y propone una reformulación al principio de inviolabilidad de la persona que él mismo había desarrollado como limitante al principio de autonomía. En su nuevo alcance, el principio de inviolabilidad de la persona

sólo proscribire aquellas restricciones que disminuyan la autonomía de una persona llevándola a un nivel inferior al que gozan los demás. Así, uno puede limitar la autonomía de alguien si de ello resulta un incremento de la autonomía de las personas que son menos autónomas que aquellos cuya autonomía está siendo disminuida. Este principio es similar a la prescripción implícita en el principio de diferencia de Rawls de incrementar siempre la autonomía de aquellos que son menos autónomos. El principio no impone una igualdad estricta entre individuos. Las diferencias en la autonomía pueden estar justificadas si la mayor autonomía de algunos sirve para incrementar la autonomía de los menos autónomos o no tiene ningún efecto en la autonomía de estos últimos. Esta es una idea de igualdad no como niveladora sino como no explotación: la mayor autonomía es ilegítima cuando se logra a expensas de una menor autonomía de otras personas (Nino, 1996, p. 92).

Es acá donde el principio de autonomía, directamente asociado a la idea de libertad, de elección del propio plan de vida, y su complemento, el principio de inviolabilidad de la persona que prescribe que la autonomía que se reduzca nunca sea menor que la autonomía que se expanda, logran conjugar satisfactoriamente los valores de libertad e igualdad, pero entendida desde un punto de vista estructural, básicamente igualdad

como no explotación (Nino, 1996, p. 93). Y proporciona, también, un buen argumento a favor de la utilización de los diferentes ideales igualitarios: tendrá preferencia aquel ideal que, en cada caso en concreto, incremente la autonomía de los menos autónomos.

#### **4. Categorías sospechosas y medidas de acción positiva: de la no discriminación a la no subordinación**

Creo necesaria hacer un pequeño *racconto* de las ideas que estoy desarrollando. Bajo la idea de igualdad como no discriminación la ley debe tratar de la misma manera a aquellos que se encuentran en iguales circunstancias. La opacidad de esta formulación requiere determinar quiénes son los iguales, cuáles son las circunstancias iguales y bajo qué casos la legislación puede establecer distingos, reconocer derechos o imponer cargas. El limitante que complementa y brinda un poco de luz a tan sombría formulación establece que las distinciones o clasificaciones creadas deben basarse en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas. Son distinciones arbitrarias aquellas que no resultan ser un medio racional para alcanzar un fin legítimo; por lo tanto, la reglamentación en el ejercicio de derechos que importen un medio lógico y no desproporcionado para alcanzar el fin legítimo propuesto por el legislador no violaría el derecho a la igualdad. Como también desarrollé, a este análisis se lo denomina de simple razonabilidad e importa un estándar de control débil en el marco de la compulsión y evaluación de la constitucionalidad de normas y políticas. Bajo esta lógica, una ley será razonable en tanto los criterios o categorías elegidos para reconocer el ejercicio de derechos y realizar el trato diferenciado guarden una relación de instrumentalidad o funcionalidad con el fin buscado que, además, debe ser un fin legítimo. Dentro del encuadre teórico

de la igualdad como no discriminación, las “categorías sospechosas” son aquellas que *a priori* no muestran nexo causal o relación de instrumentalidad con los fines buscados por el legislador al reglamentar el ejercicio de derechos.

Otra forma de definir a las categorías sospechosas es entenderlas como aquellas que, para asignar derechos, toman en cuenta decisiones que no son moralmente relevantes en tanto no depender de la voluntad de la persona. Dentro de este grupo, encontramos el sexo, el origen nacional, el lugar de nacimiento, etc. “En este sentido, las categorías sospechosas representan situaciones fácticas que, al menos en su mayoría, son moralmente arbitrarias” o constituyen “rasgos que, aun siendo elecciones de los individuos, resultan ser un elemento fundamental para su propia identidad, tanto individual como social (Orlando, 2012, p. 422).

La Ley antidiscriminatoria N° 23.592<sup>41</sup>, por ejemplo, describe características de las personas que no pueden ser tomadas en cuenta para discriminarlas (religión, raza, nacionalidad, ideología, sexo, opinión política o gremial, posición económica, condición social y características físicas). El artículo 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 2° de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prohíben la discriminación con base en la raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Esta última expresión, “y cualquier otra condición social”, permite afirmar que las enunciaciones no son taxativas y posibilitan la inclusión de otras categorías prohibidas de diferenciación<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> La Ley N° 23.592 y sus modificatorias también es conocida como ley antidiscriminatoria o de adopción de medidas para quienes arbitrariamente impidan el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional.

<sup>42</sup> Así lo ha sostenido la Corte Interamericana entre otros lugares en: Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012 Corte IDH. También en

La utilización de estas categorías marca una presunción muy fuerte de inexistencia de relación de instrumentalidad entre las mismas y el fin buscado por la legislatura al introducirlas, pues es difícil imaginar que puedan ser funcionales a algún tipo de finalidad o propósito público legítimo. Entonces, y fundado en lo señalado, desde la concepción de igualdad como no discriminación se presumen inconstitucionales y merecen un escrutinio estricto de razonabilidad: corresponde al Estado probar que los fines perseguidos son sustanciales (o que existe un interés estatal urgente) y no meramente convenientes y que los medios elegidos son los menos restrictivos para los derechos en juego. No basta el control de la simple razonabilidad<sup>43</sup>. Sin embargo, la utilización del concepto de categorías sospechosas en el contexto de la idea de igualdad como no discriminación no permite incluir de forma armónica el mandato constitucional de establecer “medidas de acción positiva” a favor de determinados grupos: las acciones positivas importan un trato preferente que requiere que la legislación haga distinciones en base, por ejemplo, al sexo o al género. O sea, ¿cómo se justifican las medidas de acción positiva en el contexto de la igualdad como no discriminación? Una estrategia posible para superar esta cuestión es la de considerar que la utilización de categorías como raza o sexo hace que las acciones positivas deban ser sometidas a escrutinio estricto. Sólo de esta forma, superando el análisis a partir de dicho escrutinio, podrán salvar su constitucionalidad. Desde esta posición, toda medida de acción positiva, en tanto utiliza categorías sospechosas, deberá

---

Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.. Serie C No. 239. En el mismo sentido Saldivia Menajovsky (2011, p. 36).

<sup>43</sup> Aldao, Ronconi y Clérico (2019) sistematizan en tres estos exámenes de razonabilidad: el de mera racionalidad, que parte de la presunción de constitucionalidad de la clasificación realizada por el legislador y sólo se declara arbitraria si se logra demostrar que no existe relación entre medio y fin; un escrutinio intermedio, que exige una relación más sustancial entre la clasificación, las razones justificatorias y unos fines que deben ser importantes; y un escrutinio estricto, que implica partir de una presunción de inconstitucionalidad de la distinción, la obligación por parte de quien realizó esa clasificación de revertir esa presunción justificando la existencia de un fin estatal imperioso más que urgente y que no existían medios alternativos menos gravosos para los derechos en juego.

superar el escrutinio estricto. Dworkin, al analizar lo resuelto por la Corte Suprema norteamericana en el caso “Bakke”<sup>44</sup>, entendió que los programas de acción afirmativa que emplean criterios raciales para efectuar distinciones tienen una finalidad que resulta ser esencial y urgente: atacar un problema nacional para las personas que viven en Estados Unidos de Norteamérica como es el de la integración racial (Dworkin, 2012, p. 367). Las políticas supuestamente neutrales a la raza, bajo la idea de “nuestra Constitución es ciega al color”<sup>45</sup>, no lograron reformar la conciencia racial ni modificar el grado de participación de la raza negra en las profesiones de prestigio o en los sitios de poder y conducción. Por eso, entonces, parece pertinente en virtud del fin de integración, introducir la categoría raza a efectos de incluir a aquella que no se encuentra integrada. Las universidades tienen que elegir objetivos que beneficien a la comunidad (Dworkin, 2003, p. 440) y que no se circunscriben al desarrollo de conocimiento. En este contexto, resulta razonable que dentro de las actitudes y aptitudes para su acceso se busquen otras cuestiones, como la diversidad, la integración o la promoción de determinados grupos. A partir de este argumento, Dworkin considera que las acciones positivas merecen un escrutinio relajado, y no un escrutinio estricto, pues los posibles perjudicados por las mismas no constituyen una “categoría sospechosa” en el sentido de ser una clase víctima de prejuicios históricos: “someter las clasificaciones raciales que benefician a ciertos grupos ‘sospechosos’ a los mismos estándares de escrutinio estricto que aquellas clasificaciones que imponen

---

<sup>44</sup> “Regents of University of California v. Bakke. 438 US 265, 1978.

<sup>45</sup> La sentencia “Brown v. Board of Education” (347 U.S. 483 de 1954) estableció que las autoridades públicas norteamericanas no pueden hacer diferencias basadas en la raza de las personas al momento de imponer cargas o distribuir beneficios. Pero “Brown” no ha tenido una interpretación inequívoca ni en la jurisprudencia ni en la doctrina (García Villegas y Jaramillo, 2006, p. 22). Para algunos, es una resolución que consolida la idea de constitución ciega al color (“Our Constitution is color-blind”) en el contexto de entender el derecho a la igualdad bajo el principio no discriminatorio. Para otros, el alcance de este fallo es mayor y se opone a la existencia de castas, razón por la cual las clasificaciones raciales sólo son problemáticas cuando son instrumentos para perpetuar la subordinación racial de los afro estadounidenses.

un daño mayor sobre dichos grupos sería desconocer las importantes diferencias morales entre estos objetivos” (Dworkin, 2003, p. 454).

Por lo tanto, las medidas de acción positiva deben evaluarse con una “escala flexible”, como alguna vez recomendara el juez de la Corte Suprema Thurgood Marshall:

Un enfoque semejante tomaría en cuenta, entre otros factores pertinentes, la naturaleza de los grupos beneficiados y perjudicados por el programa, las características raciales, entre otras, de los funcionarios que han diseñado y van a administrar el plan y si éste apunta a un fin – como la diversidad en la educación, por ejemplo – que ha sido históricamente reconocido como apropiado por la institución en cuestión (Dworkin, 2003, p. 455).

Desde otra posición, la Teoría Crítica Racial<sup>46</sup> impugna directamente el concepto de “constitución ciega al color” y del escrutinio estricto asociado al ideal no discriminatorio o no clasificatorio. Los tribunales norteamericanos, al emplear herramientas interpretativas emparentadas con esa noción, no se manejan de manera neutral ni apolítica; utilizan, muy por el contrario y aunque disfrazada de inocua, una concepción a favor de mantener el poder racial blanco y las “prácticas racistas que mantienen en condición de subordinación social a las minorías afroamericanas” (García Villegas y Jaramillo, 2006, p. 29).

En su cuestionamiento al papel jugado por los tribunales norteamericanos, la Teoría Crítica Racial además pone en evidencia que el racismo no es una cuestión individual, excepcional y aberrante; es una práctica estructural, socialmente aceptada, que debe

---

<sup>46</sup> La Teoría Crítica Racial conforma un conjunto de ideas y un movimiento constituido por académicos de izquierda y, en su mayoría, afro americanos. Se originó a finales de los ochenta en respuesta a la persistencia de la discriminación racial y de las relaciones de subordinación aún mucho después de la conquista de los Derechos Civiles de los sesenta. Sus diversas líneas han convergido en dos grandes cuestiones que agrupan sus principales preocupaciones: interrogarse por el rol de los conceptos jurídicos como Estado de Derecho o igualdad en la preservación del régimen de subordinación racial en los EE.UU. y la necesidad de modificar la relación existente en ese régimen de dominación (García Villegas y Jaramillo, 2006, p. 25). Esta corriente comparte con el feminismo jurídico, la crítica latina (LatCrit) y otros movimientos críticos la idea de que la neutralidad y objetividad no pueden constituir la aproximación teórica a fenómenos como el racismo o el sexismo, pues esas visiones supuestamente neutrales en realidad naturalizan y reproducen relaciones de explotación y dominación. El discurso neutral tiene un fuerte componente ideológico a favor de las clases opresoras.

ser desterrada. El ideal igualitario no discriminatorio, ciego al color, neutral, que cuestiona las clasificaciones raciales o sexuales cuando benefician a los grupos excluidos y también las someten a un escrutinio estricto expresa un posicionamiento ideológico que, en definitiva, tiende a perpetuar situaciones de subordinación social y de grupos. Crenshaw afirma que la supuesta neutralidad constitucional en realidad reproduce la situación de subordinación de los afro estadounidenses y se transforma en un obstáculo a los esfuerzos para aliviar las condiciones derivadas de la supremacía blanca (2006, p. 103).

El constitucionalismo ciego al color, en tanto prohíbe cualquier tipo de clasificación racial, haría imposible el establecimiento de medidas de acción positiva. En cambio, la mirada no subordinatoria de la igualdad hace énfasis en las consecuencias reales que sufren los grupos subordinados (en este caso los afro estadounidenses) y en la necesidad de revertir esa situación de dominación (Crenshaw, 2006, p. 101). Bajo esta concepción, sólo serán sospechosas aquellas categorías que, de forma buscada o no, tiendan a reproducir las situaciones de exclusión estructural de los grupos subordinados.

Y es esta postura la que permite, en el contexto de la Constitución argentina, conciliar el concepto de categorías sospechosas con el mandato del artículo 75 inciso 23. Pero más que ello, la interpretación no clasificatoria o neutral hubiera hecho imposible el desarrollo del constitucionalismo social y de los derechos sociales que, por ejemplo, obligan a una preferente tutela de la clase trabajadora, reglamentan de forma diferente el alcance de determinados derechos tratándose de trabajadores de diferentes sexos (el caso típico es la cantidad de días de licencia por maternidad/paternidad) o consiente la existencia de diferentes regulaciones en virtud de la actividad específica de los grupos de trabajadores y trabajadoras. En materia de legislación social y obrera, la Corte

Suprema estableció que no violaba el derecho a la igualdad la existencia de diferentes tipos de regímenes indemnizatorios en relación a las distintas actividades. Es decir, un grupo específico, en este caso un gremio, podía recibir un trato diferente que no lesionaba tal derecho en tanto “no se demuestren discriminaciones por razón de hostilidad o injusto privilegio...” (Fallos 180:39; 181:209; 182:355; 258:36; 340:1581 entre muchos otros).

El ideal de igualdad como no sometimiento o no explotación nos proporciona el salto conceptual necesario que permite, y promueve, el establecimiento de “medidas de acción positiva”. Como señalé, bajo este ideal lo que transforma en sospechosa una clasificación es que profundiza una práctica de segregación y exclusión de un grupo y no su irrazonabilidad, entendida como inexistencia de instrumentalidad entre medio y fin. De esta forma

la categoría no es sospechosa por ser una categoría *a priori* inaceptable *per se*, sino que, para recibir ese calificativo, dependerá de su impacto sobre la situación de un grupo que resulte necesitado de protección contra tratos desiguales sostenidos, históricos, sistemáticos que revocan su exclusión y sometimiento (Saba, 2010, p. 732).

En sentido análogo, Saldivia Menajovsky (2011, p. 37) sostiene que la enumeración que efectúan las normas sobre categorías consideradas sospechosas no obsta a que se puedan incluir otras como producto de la decisión de proteger a un grupo subordinado. Esta autora entiende que incluso las categorías sospechosas pueden habilitar escrutinios de distinta intensidad según el subgrupo de que se trate dentro de esa categoría. Para eso resulta necesario que la categoría respectiva sea evaluada de forma contextualizada, cuestión que

implica un examen de las condiciones históricas, sociales, políticas y económicas, es decir, de las condiciones estructurales que envuelven la vida de quienes habitan la categoría respectiva. Además, ese examen debe contemplar el

hecho de que las personas no pertenecen sólo a una categoría, sino que sus vidas están atravesadas por varias de ellas... (2011, p. 40).

Siguiendo la fundamentación de la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-371/00, Saldivia Menajovsky plantea que las clasificaciones que suscitan una protección normativa y judicial más intensa presentan las siguientes características:

- i. Se fundan en rasgos permanentes de las personas, de los cuales estas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad.
- ii. Han estado históricamente sometidas como grupo a patrones de valoración cultural que tienden a denostarlas.
- iii. No constituyen *per se* criterios sobre cuya base sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes.

A estas características le agrega la posición socioeconómica paupérrima y el poder político restringido (Saldivia Menajovsky, 2011, p. 37-38). Considero que los elementos i y ii deberán estar presentes en la definición de grupos beneficiarios de medidas de acción positiva. Agregaría, complementando el punto ii, que ese sometimiento como grupo importa la imposibilidad de los miembros de ese grupo de gozar de derechos.

En idéntico sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que

en casos de tratos diferentes desfavorables, cuando el criterio diferenciador se corresponde con uno de aquellos protegidos por el artículo 1.1 de la Convención que aluden a: i) rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales, la Corte se encuentra ante un indicio de que el Estado ha obrado con arbitrariedad<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

Todo el desarrollo de este punto refuerza la misma idea y permiten la siguiente conclusión: las medidas de acción positiva deben serlo a favor de los grupos que, si en vez de ese trato preferente padecieran por parte de la ley restricciones al goce de un derecho, conformarían una categoría sospechosa de discriminación y, por tal razón, sometida a un escrutinio estricto en cuanto a su control de razonabilidad.

### **5. Las medidas de acción positivas y sus elementos**

Las acciones positivas implican la implementación de tratos preferentes a favor de los miembros de un grupo; tienen como objetivo dismantelar situaciones de exclusión y segregación que, de tolerarse, contradicen la idea de igualdad como no sometimiento. Bajo el ideal de igualdad como no sometimiento una categoría utilizada en la reglamentación del ejercicio de un derecho será definida como “sospechosa” en tanto importe una desventaja para un grupo que resulte necesitado de protección contra tratos desiguales estructurales o que sea un grupo sojuzgado o excluido<sup>48</sup> y en la medida en que esa identidad distintiva de los miembros del grupo sea la utilizada por el legislador para restringir o menoscabar el goce del derecho. En este sentido, la distinción entre la categoría sospechosa y la acción positiva reside en que la primera, so pretexto de reglamentar un derecho, lo restringe; mientras que el objetivo de la segunda es promoverlo. Pero no solamente ello. En la acción positiva el objetivo es la promoción y el acceso al derecho por parte de las categorías implicadas y esto no importa, ni directa ni indirectamente, ir contra las personas que no forman parte de esas categorías (Dworkin, 2003, p. 444)<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Saba (2012).

<sup>49</sup> Como muestra Rodríguez (2010) existe una importante literatura sobre la justificación de las acciones positivas desde diferentes fundamentos y variados argumentos a favor y en contra de su utilización y de sus resultados. Ninguno de estos puntos será desarrollado en el presente trabajo por no

Esta cuestión vuelve sobre un punto ya señalado: los grupos que son víctimas de las categorías sospechosas en el marco del ideal de no subordinación pueden ser pensados, también, como los posibles beneficiarios de las medidas de acción positiva. Esta es la razón que motiva que, en el Capítulo II, analice el tratamiento dado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a las categorías sospechosas, buscando elementos para inferir su posición frente a las acciones positivas.

Pero antes de desarrollar esta idea creo conveniente detenerme en algunas precisiones. Las medidas de acción positiva son mecanismos para promover y hacer efectiva la igualdad real. Rodríguez (2010, p. 628) identifica al menos dos tipos de mecanismos de acciones positivas: el sistema de cuotas o cupos, que establece una fórmula o un número para decidir cuantas personas de un grupo subordinado deben ser incluidas; y el sistema de objetivos, que establece estándares menos rígidos y metas a alcanzar mediante otras disposiciones (por ejemplo, modificar el horario en los trabajos para contemplar las demandas familiares). Grosman (2008, p. 79-80), por su parte, entiende que las medidas de acción positiva son un tipo dentro de un conjunto de políticas públicas que deben ser definidas por los órganos gubernativos a efectos del logro del ideal igualitario que se desprende de la Constitución, que obliga a promover la igualdad real de oportunidades a través de la puesta en marcha de políticas públicas que fomenten el goce efectivo de derechos. Y estos últimos, en una relación de implicancia mutua, se deben reconocer y garantizar como un programa que guíe y oriente la definición de políticas estatales<sup>50</sup>. En definitiva, para nuestra Constitución, y así entiendo que lo considera la Corte Suprema como demuestro en el Capítulo II, el

---

corresponder con su objeto y, además, por considerar que la literalidad del artículo 75 inciso 23 habilita exclusivamente una discusión en cuanto a sus alcances, dada su expresa habilitación constitucional.

<sup>50</sup> “La reducción de la pobreza y los derechos humanos no son independientes uno del otro, sino que forman parte de un mismo proyecto” (Pautassi, 2009, p. 185).

concepto de medidas de acción positiva es amplio y comprende toda política pública que, en tanto tal, debe ser concebida e implementada teniendo como norte el logro de la igualdad real de oportunidades y la efectiva promoción y protección de los derechos humanos para garantizar un mínimo adecuado para el desarrollo autónomo de todas las personas<sup>51</sup>. Resulta de utilidad remarcar la definición que sigue Pautassi (2008) de política pública como una estrategia de acción colectiva deliberadamente diseñada y calculada en función de determinados objetivos. Pero, como esta autora advierte, debemos también tener en cuenta que

no necesariamente una política pública es diseñada conforme a derecho, en tanto en la puja de intereses al momento de su definición éstos pueden ser claramente desconocidos o vulnerados, tal como sucede con la aplicación de políticas de carácter regresivo (2008, p. 17)

Saba reconoce tres elementos que deben estar presentes para que las acciones positivas se encuentren justificadas. Ellas son: a) un grupo como entidad individualizable; b) ámbitos relevantes para el desarrollo autónomo de las personas que forman parte de ese grupo o para el ejercicio de sus derechos; y c) que ese grupo resulte o haya resultado excluido de alguno o algunos de esos ámbitos (política, mercado laboral, universidades, etc.) por un tiempo considerable de modo que su situación de sometimiento se perpetúe, cristalice y naturalice (2010, p. 734).

El artículo 75 inciso 23 de la Constitución individualiza específicamente cuatro grupos en particular: los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad como beneficiarios de las medidas de acción positiva. Esta enumeración no es taxativa y tal característica surge de su propia redacción: promover “en

---

<sup>51</sup> En este sentido “la combinación de nuevos derechos sociales, un nuevo concepto de igualdad, y mejores mecanismos de acción colectiva en la esfera judicial, determina en nuestra opinión, un cambio sustancial de la estructura constitucional, contribuyendo a afirmar una tendencia ya insinuada a partir del artículo 14 bis, al reconocimiento de un patrón constitucional característico del denominado Estado Social de Derecho” (Abramovich, 2009, p. 3).

particular” no es lo mismo que promover “exclusivamente”. Por tal razón, es el propio Poder Legislativo quien deberá determinar, en el marco de un análisis contextualizado y bajo el mandato que establece la propia Constitución, la necesidad de promover estas acciones a favor de otros grupos que reúnan las características señaladas: existencia como grupo, que por tal pertenencia los miembros del grupo no pueden lograr un desarrollo autónomo y que esta exclusión se reproduzca históricamente.

## **6. Grupos y medidas de acción positiva**

¿Qué elementos debemos considerar para entender que existe un grupo que debe ser beneficiario de las “medidas de acción positiva”? Para efectuar un acercamiento a esta cuestión empiezo por la definición de “grupos” dada por Fiss (1999, p. 137-167) en un escrito que constituye una clásica referencia en la materia, pues efectúa una sistematización de las características constitutivas de los grupos sociales en el marco de la búsqueda de un principio de apoyo a los grupos desaventajados<sup>52</sup> y su aplicación

---

<sup>52</sup> En la medida de lo posible, y pese a su instalación en la literatura sobre la materia, trataré de evitar el nombre grupos desaventajados. Si bien no resulta una cuestión medular, clasificar “un algo” de una forma específica significa agrupar, seleccionar, visibilizar, pero también excluir (Saldivia Menajovsky, 2017, p. 57/58). No resulta neutral designar de determinada manera, utilizando determinadas palabras. En la Vigésimo Segunda edición del Diccionario de la Lengua Española la palabra desaventajado/a está definida como adjetivo que califica a algo inferior y poco ventajoso. Las primeras dos acepciones de la palabra ventaja señalan la superioridad o mejoría de alguien o algo respecto de otra persona o cosa y la excelencia o condición favorable que alguien o algo tiene. En nuestro idioma el término ventaja tiene una connotación positiva, pues indica una relación de superioridad de una cosa o persona frente a otra u otras en virtud de su excelencia o condición favorable (obsérvese que todos estos términos aparecen en las definiciones dadas por el diccionario consultado). Por otro lado, la palabra desventaja tiene una carga valorativa negativa y, además, con connotaciones equívocas, pues puede relacionarse con la falta de excelencia o inferioridad de algo o alguien. Trasladado este uso común del término en el lenguaje natural a la teoría de los grupos desaventajados, no resulta aventurado afirmar que una persona desprevenida o poco informada podría atribuir, aunque sea en forma inconsciente, algún grado de responsabilidad al propio grupo por su situación de desventaja, en tanto falta de excelencia o inferioridad. Precisamente, algo muy alejado del núcleo ideológico y valorativo de la teoría que pretende designar con ese nombre...

Esta connotación equívoca del término desaventajado/a en idioma español adquiere mayor relevancia cuando buscamos el significado de la palabra inglesa disadvantaged. Según el Diccionario Merriam-Webster, su significado sería “lacking in the basic resources or conditions (as standard housing, medical and educational facilities, and civil rights) believed to be necessary for an equal position in society” (una traducción posible de esta definición sería “carencia de los recursos o condiciones básicas, como una vivienda común, un servicio médico y acceso a la educación y a los derechos civiles,

por sobre el principio de no discriminación. Para dicho autor un grupo debe reunir las siguientes características fundamentales:

- a) Autoidentificación: El grupo constituye una identidad, esto significa que el grupo tiene una existencia distinta de la de sus miembros. Fiss emplea el término grupo como grupo social señalando que “la identidad y la existencia del grupo en tanto entidad dependen en parte del hecho de que sus miembros individuales se identifiquen a sí mismos como pertenecientes al grupo”<sup>53</sup>.
- b) Interdependencia: Existe una relación muy fuerte entre la identidad y el bienestar de los miembros del grupo y la identidad y el bienestar del grupo. “Los miembros del grupo se autoidentifican... refiriéndose a su condición de miembros del grupo; y su estatus resulta determinado en parte por el estatus del grupo”<sup>54</sup>.
- c) Subordinación económica: Fiss habla de “posición socioeconómica muy mala”<sup>55</sup> del grupo, ocupando los peldaños más bajos de la escala social.
- d) Temporalidad: la situación de subordinación del grupo se constata por un período prolongado de tiempo.
- e) Poder político muy limitado: Tal vez como derivación de las otras dos características, el grupo tiene un poder político restringido, que se manifiesta

---

considerados necesarios para una posición igualitaria en la sociedad”). Obsérvese que en esta definición no aparece la idea de inferioridad/superioridad, excelencia o mejoría, que sí observamos en el idioma español y que lo tiñe de esa carga equívoca. Por estas razones utilizo preferentemente el término grupos subordinados. Se señalará, y con razón, que la palabra subordinación también tiene una carga emotiva negativa que perjudica su significado cognoscitivo. Si bien esto es cierto, la subordinación siempre importa opresión (no así la desventaja) y nunca puede ser analizada principalmente desde las cualidades de la parte oprimida en tanto tal. Ahí es donde radican las principales diferencias entre un concepto y el otro.

<sup>53</sup> Fiss, 1999, p. 139.

<sup>54</sup> Fiss, 1999, p. 138/9.

<sup>55</sup> Fiss, *idem*, p. 140.

por un exiguo poder electoral y que se refleja en todos los planos de definiciones políticas.

La enumeración de características constitutivas del grupo fue formulada por Fiss teniendo en miras el grupo afro estadounidense y a los efectos de la aplicación de la Cláusula de la Igual Protección de la Constitución de dicho país bajo la óptica de amparo de esos grupos<sup>56</sup>. Fiss subsume los elementos señalados indicando que

hay que tener en cuenta tres características relevantes de los afroamericanos a la hora de formular una teoría sobre la igual protección: a) constituyen un grupo social; b) el grupo ha estado en una situación de subordinación prolongada; c) el poder político del grupo se encuentra severamente limitado (1999, p. 144).

Esta segunda enunciación muestra que los elementos mencionados como autoidentificación e interdependencia son los relevantes para la conformación del grupo social señalado en la enumeración anterior y se refieren concretamente a cuestiones de análisis sociológico, que hacen a la conformación de grupos sociales. Parecería entonces que, para Fiss, un grupo desaventajado a los efectos de la aplicación de la cláusula de igual protección debe necesariamente ser grupo social. Es esta cuestión en donde veo que la teoría elaborada por el mencionado autor sufre algún desajuste con los principios constitucionales argentinos, pues si bien las características de autoidentificación e interdependencia son importantes, muy importantes, no son esenciales ni constitutivas en la conformación de un grupo cuando se aplica el principio constitucional de igualdad que surge de la Constitución nacional. En el ordenamiento constitucional argentino, y de acuerdo a los principios e ideales que emanan de la Constitución, un grupo subordinado, para ser entendido

---

<sup>56</sup> La Sección 1 de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica señala que “Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos, y sujeta a su jurisdicción, es ciudadana de los Estados Unidos y del estado en que reside. Ningún estado podrá crear o implementar leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá ningún estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción igual protección de las leyes”.

como tal y, por ende, constituirse en un grupo beneficiario de acciones positivas, no necesariamente debe ser también un grupo social bajo la terminología empleada por Fiss, es decir un grupo con muy fuerte autoidentificación e interdependencia. Intentando mayor claridad: la Constitución argentina permite identificar a un grupo subordinado merecedor de acciones positivas sin que éste, necesariamente, sea también grupo social en los alcances que Fiss le da a este concepto. Por ejemplo: ¿aparece la cuestión de la interdependencia e identidad en el caso de los grupos “niños y niñas”, “personas con capacidades diversas” o, incluso, “personas con enfermedades estigmatizantes”? Ninguno de estos supuestos reúne claramente los requisitos necesarios para ser calificados, desde la óptica empleada por Fiss, como “grupos sociales” y, sin embargo, es innegable que todos conforman grupos subordinados y posibles beneficiarios de acciones positivas a encarar por el Estado argentino. Igualmente debo proceder con alguna cautela, aclarando que la posición sostenida bajo ningún concepto minimiza ni subestima el componente cultural o sociológico del grupo subordinado ni, mucho menos, propone la asimilación del grupo a otros grupos cuando el mismo conforma una comunidad en el más completo sentido de la palabra<sup>57</sup>.

El desarrollo de Fiss no resulta suficientemente satisfactoria para la elaboración de una teoría de grupos útil para su aplicación en el derecho constitucional argentino. Además, cuestión que abordo en el punto siguiente, es una elaboración que ignora los análisis complejos e interseccionales de los grupos y la existencia de subgrupos con

---

<sup>57</sup> En este punto, me parece relevante lo que señala Gotanda: “La abolición de la cultura de un pueblo es, por definición, un genocidio cultural... la asimilación como objetivo social tiene graves consecuencias potenciales para los negros y otros no-blancos. A pesar de cuán utópico parezca, el programa asimilacionista ciego al color implicaría la hegemonía de la cultura blanca” (2006, p. 90).

dinámicas y problemas propios y muchas veces invisibilizados en la propia lógica del grupo.

Empiezo con la crítica. La característica que parece distinguir a un grupo en la Constitución argentina y lo constituye como tal en cuanto a la temática igualitaria es la relación de subordinación que impide, por esas mismas causas, la autorrealización de las personas que lo componen y su imposibilidad de participación igualitaria en el autogobierno colectivo en virtud del goce efectivo de los derechos reconocidos. En el alcance dado al ideal de igualdad como no sometimiento o no explotación las beneficiarias de las acciones positivas son las personas subordinadas en atención a que tal subordinación se presenta de forma estructural y grupal. Por tal razón, deberían resultar constitucionales las medidas de acción positiva dirigidas a favor de grupos subordinados, en la búsqueda del efectivo goce de los derechos que permitan la autorrealización personal de los miembros de tal grupo. Conviene remarcarlo: lo que identifica a un grupo subordinado es, justamente, la relación de subordinación. Con esto no afirmo la inexistencia de los otros elementos enumerados por Fiss; lo que se pretende sostener es que la cuestión primigenia, constitutiva y determinante de un grupo subordinado es, precisamente, la relación de subordinación.

Si confronto lo afirmado con los supuestos específicos señalados en la Constitución Nacional en el ya varias veces mencionado artículo 75 inciso 23 mi afirmación encuentra su primera debilidad pues ¿cuál sería la relación de subordinación cuando hablamos de grupos como niños, niñas y adolescentes, o discapacitados?

El grupo subordinado es una formación social, resultante de relaciones sociales similares que reproducen relaciones de dominación/subordinación, más o menos obvias, más o menos identificables. Cuando el grupo dominante aparece muy presente, la teoría que formulé parece no tener mayores dificultades ni puntos

oscuros: un grupo dominante visible también visibiliza al grupo dominado o subordinado y a la relación de subordinación consiguiente<sup>58</sup>. Un ejemplo sería el caso de los blancos con respecto a los afroamericanos en Norteamérica o, incluso, el de los dueños de los medios de producción en relación a la clase trabajadora. Estos casos presentan grupos subordinados en virtud de relaciones de dominación. Pero en otros lo que resulta más identificable y, por esta razón, determinante de la relación de subordinación, es la misma y repetida situación de vulnerabilidad social y estructural de un conjunto de personas, con proyecciones históricas y por idénticas causas<sup>59</sup>, reproducida una y otra vez por la estructura y las relaciones sociales. Por eso las relaciones presentes allí serán de vulnerabilización (vulnerabilización/subordinación). Este sería entonces el supuesto de las personas con capacidades diferentes, los niños, niñas y adolescentes, las personas mayores o el colectivo trans\*: se encuentran en una particular situación de vulnerabilidad social estructural que los constituye en grupos subordinados, históricamente olvidados o incluso perseguidos por el Estado y, por esta razón, tributarios de una mayor protección.

En ambos casos estamos en presencia de una relación de subordinación estructural, no de una mera desventaja, producto de relaciones de dominación o de vulnerabilización que tienden a repetirse y perpetuarse en desmedro de un determinado grupo de personas que, justamente por dicha razón, se constituyen en grupos tributarios de las acciones positivas. No es indicado asimilar la subordinación a una posible desventaja, que puede ser pasajera y no central.

---

<sup>58</sup> Cuidado, no planteo que resulta sencillo el proceso de visibilización del grupo dominante, ni que lo sea el del grupo dominado o subordinado o la relación de subordinación. Como el mismo caso señalado lo comprueba, muchas veces es necesario un amplio proceso de lucha social y cultural y de modificación de los patrones ideológicos imperantes para que tal visibilización se produzca.

<sup>59</sup> Por lo repetida en el tiempo.

En cuanto a la relación de dominación, considero que la academia crítica es la que mejor da cuenta de este concepto al entenderla como una combinación de coerción física y control ideológico; siguiendo a Gramsci, articuló el concepto de hegemonía como los medios a través de los cuales un sistema de actitudes y creencias refuerza la organización social y convence a las clases dominadas de que el orden existente es inevitable y natural (Crenshaw, 2006, p. 106) <sup>60</sup>. El problema, entonces, es fundamentalmente la opresión que sufren los grupos subordinados. Opresión que es producida, fundamentalmente, por la coerción, que se entiende como cualquier forma no consensuada de dominación externa, incluso las más sutiles.

Las instituciones son materializaciones de ideas y nacen para proteger los privilegios de los fundadores de las mismas; a esto me referí al definir los primigenios contornos de la igualdad formal o legal, por ejemplo. Aparecen como racionalizaciones de los intereses de las clases dominantes y bajo el discurso de la neutralidad y universalidad. En general, una neutralidad y universalidad que ayuda a su reproducción y que hace que las clases subordinadas tiendan a incorporarlas como propias. Esto es lo que logra una visión exclusivamente formal de la igualdad. Pero también debemos tener en cuenta que

las luchas populares son el reflejo de una misma lógica institucionalmente determinada y constituyen un desafío a la misma. La gente sólo puede exigir cambios de maneras que reflejen la lógica de las instituciones que se persigue controvertir. Las exigencias de cambio que no reflejen la lógica institucional –

---

<sup>60</sup> Los Critical Legal Studies (CLS) conforman un movimiento académico crítico variado, que ha combinado elementos provenientes del realismo jurídico norteamericano, del marxismo, del neo marxismo y de otras corrientes de pensamiento crítico. Los CLS se concentran en tres cuestiones: las contradicciones internas del pensamiento jurídico dogmático y su imposibilidad de resolverlas racionalmente; la función política de legitimación que dicho pensamiento lleva a cabo en las sociedades capitalistas; y la posible transformación progresista de la sociedad según una concepción política de izquierda. “El concepto de hegemonía permite a estos académicos explicar la continua legitimidad de la sociedad estadounidense, al revelar cómo la conciencia jurídica induce a la gente a aceptar o consentir su propia opresión” (Crenshaw, 2006, p. 106). Una ideología es hegemónica cuando cierra la posibilidad de imaginar órdenes alternativos al hacer ver a las relaciones jerárquicas existentes como naturales.

esto es, exigencias que no confrontan la ideología dominante y luego la refuerzan – serán probablemente ineficaces (Crenshaw, 2006, p. 111).

De esta forma, se puede usar la propia lógica de la institución contra ella misma para generar crisis y cambios<sup>61</sup>. Como maravillosamente sintetiza Crenshaw “la lucha de los negros, al igual que la de todos los grupos subordinados, es una lucha por la inclusión, un intento por manipular elementos de la ideología dominante para transformar la experiencia de la dominación” (2006, p. 122).

Bajo esta construcción, una medida de acción positiva es también un intersticio que el mismo sistema genera por donde se filtra una ampliación del efectivo goce de derechos a grupos oprimidos que, por esta misma razón, deberían ver aliviada su situación.

## **7. Mirada complejas e interseccionales**

En los dos supuestos explicados, que como dije los denomino de dominación/subordinación y vulnerabilización/subordinación, existen grupos subordinados, que lo son por estar oprimidos, por padecer una situación de vulnerabilidad estructural o, como acontece en la mayoría de los casos, por ambas cuestiones. Pero no debe olvidarse que el grupo subordinado puede aparecer como categoría social construida con múltiples significados, bajo relaciones estructurales

---

<sup>61</sup> “Tales crisis se dan cuando gente desprovista de poder devela y politiza una contradicción entre la ideología dominante y su realidad” (Crenshaw, 2006, p. 111). Acá es donde la Teoría Crítica Racial se aparta de los Critical Legal Studies (CLS) de los que originariamente habían recogido varias aportaciones. En lo que interesa a este trabajo, parte de los CLS sostenían que el discurso de los derechos civiles y su lucha era incompatible con una estrategia de cambio social y que la ampliación de los derechos genera victorias a corto plazo y termina legitimando la opresión que busca remediar. Crenshaw y, en general, la Teoría Crítica Racial consideran que los CLS exageran el papel de la conciencia jurídica liberal y subvaloran el papel de la coerción. Y que, en definitiva, la concepción de los derechos tiene también un potencial transformador. El Movimiento por los Derechos Civiles expuso las contradicciones del discurso de los derechos al mostrar las ventajas de la ciudadanía norteamericana por un lado y la subordinación racial por el otro. Los afro-estadounidenses utilizaron la retórica de los derechos para movilizar el poder del Estado en beneficio propio y contra la opresión simbólica.

que tienen componentes variados y contextualizados<sup>62</sup>. Y que dentro de un grupo se presentan múltiples relaciones y subgrupos que pueden sufrir variados tipos de discriminación, además de las constitutivas del grupo principal<sup>63</sup>.

La interseccionalidad evoca la imagen de una persona atravesada por múltiples discriminaciones; no existe una sola causa de discriminación, “sino una maraña de interrelaciones que conforman las experiencias complejas de las personas y de las estructuras sociales que organizan nuestra vida” (Platero, 2012, p. 23). Pero la confluencia de factores de discriminación de manera interseccional no debe ser concebida como una cuestión de discriminaciones agregadas: constituye una realidad diferente a la de la simple acumulación en un grupo de personas de distintos factores de discriminación<sup>64</sup>. La interseccionalidad genera, además, el problema de personas pertenecientes simultáneamente a grupos que, incluso, están políticamente enfrentados o con agendas distintas en relación al reconocimiento de derechos. La mirada interseccional surge de movimientos sociales feministas y antirracistas norteamericanos que logran hacer visibles diferentes ejes de opresión:

El género, la raza y la clase intersectan para crear un contexto particular en el que las mujeres de color sufren violencia, y es así que algunas decisiones tomadas por quienes llamaríamos «aliados» pueden estar reproduciendo la subordinación interseccional en el seno mismo de las estrategias de resistencia diseñadas para responder al problema de la violencia (Crenshaw, 2012, p. 111)

Es sobre esta idea, primero de duplicidad y luego de multiplicidad de ejes de opresión, que la interseccionalidad se configura como un concepto

que se utiliza para señalar cómo diferentes fuentes estructurales de desigualdad mantienen relaciones recíprocas. Es un enfoque teórico que subraya que el

---

<sup>62</sup> De la misma forma, conviene que no perder de vista que una persona puede pertenecer a varios grupos subordinados a la vez (Saldívar Menajovsky, 2011).

<sup>63</sup> Como lúcidamente señala Crenshaw “[e]l problema con las políticas identitarias no es que no vayan más allá de la diferencia, como afirman algunas críticas, sino lo contrario —que frecuentemente reducimos o ignoramos las diferencias intragrupalas” (2012, p. 89).

<sup>64</sup> Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351.

género, la etnia, la clase u orientación sexual, como otras categorías sociales, lejos de ser ‘naturales’ o ‘biológicas’ son construidas y están relacionadas (Platero, 2012, p. 27).

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce esta mirada interseccional y la aplica a mujeres con VIH/SIDA cuando señala que muchas veces la discriminación que ellas sufren está basada en más de un factor combinado con su sexo (la raza, el origen étnico, el origen nacional, la capacidad, la clase socioeconómica, la orientación sexual, la identidad de género, la religión, la cultura, la tradición y otras realidades) <sup>65</sup>. Estos factores combinados aumentan el riesgo de sufrir actos de violencia y otras violaciones de sus derechos humanos.

La inclusión de este elemento conceptual y teórico me permite evitar una mirada homogeneizadora de los grupos e intentar detectar las diferencias dentro de los mismos. La mirada interseccional refuerza la idea de que los grupos, las categorías, las clasificaciones, no vienen dadas, no son “naturales”, sino que son producto de procesos sociales y culturales. Incluso aquellas categorías tan cotidianas en su uso deben ser analizadas buscando desentrañar lo que parece monolítico en su definición y revisarlas, “porque estas categorías no son ni tan monolíticas ni tan universales como se pretende” (Platero, 2012, p. 30).

La mirada interseccional, en definitiva, también pone en evidencia, en algún punto desvela, las relaciones de poder y de privilegio y la funcionalidad que muchas veces tienen las categorizaciones en su reproducción.

---

<sup>65</sup> Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298

## **CAPÍTULO II**

### **1. Introducción**

El desarrollo teórico del Capítulo I me permite comenzar a responder los interrogantes que orientan este trabajo: ¿Cuál es el ideal igualitario al que apela la Corte Suprema cuando invoca el derecho a la igualdad? ¿Resulta posible identificar la existencia de una doctrina judicial constitucional consistente relacionada con las denominadas medidas de acción positiva? En definitiva, ¿resulta posible sistematizar o extraer un ideal igualitario de la jurisprudencia del Máximo Tribunal?

Tomo como punto de inflexión lo resuelto en el caso “Hooft” el 16 de noviembre de 2004 por ser el primero en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación desarrolla, en un voto mayoritario y de manera expresa, el concepto de categorías sospechosas y las asocia a la utilización de un escrutinio estricto de control de razonabilidad (Orlando, 2012). Esta cuestión vuelve sobre un punto ya señalado: los grupos que son parte de categorías sospechosas en el marco del ideal de no subordinación pueden ser pensados, también, como los posibles beneficiarios de las medidas de acción positiva. ¿Se puede sostener esta afirmación a partir de las resoluciones de la Corte Suprema?

En primera instancia en este Capítulo realizo un repaso por algunas sentencias significativas para la materia igualitaria anteriores a tal precedente, emitidos entre el año 1984 y el 2003. Luego de “Hooft” relevo y analizo las resoluciones de la Corte Suprema en las que utilizó la idea de categorías sospechosas o escrutinio estricto para

determinar cuál fue el ideal igualitario que utilizó. También analizo decisiones que no serán tratadas como directamente relacionadas con el derecho a la igualdad: por ejemplo, aquellas sobre derechos sociales o civiles. Es acá donde encuentro, tal vez, los mejores argumentos igualitarios, los que tuvieron un desempeño más relevante en los caminos que siguió la Corte Suprema en la consolidación de una mirada estructural del derecho. Por otra parte, y a partir de lo establecido en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, resulta imprescindible una revisión de la jurisprudencia internacional en la temática, fundamentalmente a partir de lo resuelto en relación al derecho a la igualdad y no discriminación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para evaluar si esas resoluciones impactaron en las decisiones de la Corte Suprema.

## **2. Antes de Hooft**

### **2.1 Arenzón**

Unos meses después de recuperada la democracia, en mayo de 1984, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resuelve un caso relacionado con el derecho a la igualdad. Una resolución del Ministerio de Educación establecía una altura mínima (1,60 m) para ingresar a un establecimiento de educación terciaria en el que se estudiaba profesorado de matemática y astronomía; “Arenzón”<sup>66</sup> era más petiso (1,48 m) y, por este motivo, se le negaba el ingreso. En su fallo la Corte Suprema confirma lo resuelto en las instancias anteriores, que ordenaban la matriculación del actor en la institución educativa.

---

<sup>66</sup> Fallos 306: 400 (Arenzón, Gabriel Darío c/ Nación Argentina). 1984.

El voto de los jueces Carrió, Caballero y Fayt considera que la resolución es arbitraria pues la negativa a extender el certificado de aptitud física para el ingresante basada en la altura “no guarda razonable relación con el objetivo de estudiar el profesorado de matemática y astronomía e importa una limitación arbitraria a los derechos de enseñar y aprender” (considerando 4°).

El voto concurrente de los jueces Belluscio y Petracchi, sin alejarse del estándar de control de razonabilidad empleado por la mayoría argumentativa, introduce algunos puntos diferentes. Como primera cuestión que me interesa rescatar, el análisis precisa que las normas reglamentarias deben ser equitativas y razonables y no lo serán cuando se reglamente en virtud de “situaciones claramente incompatibles con el ejercicio normal de la actividad de que se trata” (considerando 6°). El docente debe ser evaluado en sus calidades humanas y estas no pueden ser *rebajadas* a la mensurabilidad física. La norma en crisis establece

acríticamente una entrañable e incomprensible relación entre alzada y eficacia en el desempeño de la tarea docente, y empequeñecen la figura de los maestros al no advertir que si éstos han de tener una vida fecunda les es forzoso ser, antes que altos, inteligentes y aptos en las técnicas de comunicación (considerando 11).

Otro punto a destacar es la calidad literaria del voto, con un fino manejo de los tonos y de la ironía. Como ejemplo, cuando los jueces se refieren a los “más nobles méritos de los menos talludos” y agregan que la norma impugnada fija “una restricción genérica susceptible de convertir a cada situación personal en un argumento vivo en contra de la posibilidad misma de tal generalización”. O cuando subrayan que

este extravagante privilegio de los que miden más de 1,60 m es incompatible con la necesidad de cimentar una sociedad democrática e inteligente, infiere una lesión enorme a los derechos del actor ya mencionados, y mancha al ordenamiento argentino con valores éticos sustanciales anacrónicos.

Es un voto que se encarga de resaltar, también, que la reglamentación proviene de un gobierno de facto, que se contraponen con las necesidades de una democracia amenazada por las tentaciones del elitismo y del autoritarismo. En cuanto a la concepción igualitaria aplicada, el caso es resuelto apelando a la idea de igualdad como no discriminación y sometiendo a la norma reglamentaria a un análisis de simple razonabilidad. Los “menos tallados” no resultan ser un grupo vulnerabilizado o subordinado a los efectos que interesan en este trabajo. Es un caso resuelto salvaguardando el derecho a la igualdad en el que no existe, ni podría existir, una mirada estructural o no subordinatoria de ese derecho.

## **2.2 Repetto**

En el año 1988, en “Repetto”<sup>67</sup>, la Corte Suprema declara inválida, por contraponerse al artículo 20<sup>68</sup> de la Constitución Nacional, una regulación de la Provincia de Buenos Aires que, en materia de desarrollo profesional, trata de forma diferenciada a extranjeras y argentinas, cercenándole a las primeras la posibilidad de acceder a un cargo docente en la enseñanza preescolar en un establecimiento educativo de gestión privada. La Corte resuelve este caso por unanimidad, pero con la concurrencia de tres votos diferentes. Los de los jueces Caballero y Belluscio por un lado y Petracchi y Bacqué por otro coinciden en afirmar que

No hay, pues, ninguna duda de que, en cuanto al ejercicio de los derechos civiles y, especialmente, al desempeño de sus profesiones dentro de la República los extranjeros están totalmente equiparados a los argentinos por

---

<sup>67</sup> Fallos 311:2272 (Inés María Repetto v. Provincia de Buenos Aires). 1988.

<sup>68</sup> El artículo 20 de la Constitución Nacional establece que “Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República”.

expresa prescripción constitucional [se refiere al artículo 20 de la Constitución Nacional], de donde toda norma que establezca discriminación entre aquéllos y éstos en tales aspectos, estaría en pugna con la antes transcrita prescripción constitucional (considerando 4° del voto de Caballero y Belluscio e igual considerando del voto de Petracchi y Bacqué).

En relación a los derechos civiles, coinciden en que la ley no podría establecer distinciones entre argentinos y extranjeros. En este sentido señalan que

si bien es cierto que la Constitución no consagra derechos absolutos, y que los consagrados en ella deben ser ejercidos conforme a las leyes que lo reglamentan..., esa reglamentación, en lo que hace a los derechos civiles, no puede ser dictada discriminando entre argentinos y extranjeros, pues entonces no constituiría un ejercicio legítimo de la facultad reglamentaria... (considerando 5° del voto de Caballero y Belluscio e igual considerando del voto de Petracchi y Bacqué).

Bajo la idea de que toda norma que establezca distinciones entre argentinos y extranjeros en materia de reglamentación de derechos civiles no constituye un ejercicio legítimo de la facultad reglamentaria aparece un primer atisbo de categoría sospechosa, pues para esta construcción argumental su simple utilización la torna inconstitucional<sup>69</sup>. Sin embargo, solamente el voto de Petracchi y Bacqué culmina esta construcción lógica con la utilización de un escrutinio más estricto que el de simple razonabilidad en virtud de la presunción señalada (Saba, 2012, p.149 y Gullco, 2012, p. 178). El considerando 7° del voto de los jueces mencionados afirma

... cabe concluir – ante los categóricos términos del art. 20 de la Constitución Nacional – que toda distinción efectuada entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad. Por tal razón, aquél que sostenga la legitimidad de la citada distinción debe acreditar la existencia de un ‘interés estatal urgente’ para justificar aquélla, y no es suficiente, a tal efecto, que la medida adoptada sea ‘razonable’.

---

<sup>69</sup> Esto, en cambio, no surge del voto de Fayt, para quien “en tanto se trate de sistemas oficiales de enseñanza, la exigencia de la ciudadanía argentina debe juzgarse a la luz de su razonabilidad”. O sea, para Fayt, la aparición de esta diferenciación debe juzgarse en cada caso sin que importe, en principio, un ejercicio ilegítimo de la facultad reglamentaria. En el particular, la reglamentación podía resultar constitucional y razonable en otros tiempos, en épocas de inmigración masiva y a los fines de integrar a la nación los distintos aportes provenientes de países extranjeros, pero no en el momento en que a la Corte Suprema le tocaba resolver.

Este argumento, que no se encuentra en el voto de Caballero y Belluscio, determina dos cuestiones: expresamente señala la presunción de inconstitucionalidad y obliga al que sostiene la legitimidad a acreditar el “interés estatal urgente”. Si bien aparecen conceptos propios de las categorías sospechosas y del escrutinio estricto, la construcción es elaborada a partir de la prescripción del artículo 20 de la Constitución Nacional, que es visto como una taxativa prohibición a la utilización de categorías relacionadas con la nacionalidad en relación al goce de derechos civiles. Es una fundamentación que apela a la prohibición constitucional de utilizar esa categoría, sin realizar la evaluación estructural de la misma. Por tal razón, se manifiesta bajo el ideal no discriminatorio del derecho a la igualdad y no como aplicación de un enfoque estructural de tal derecho. Tampoco es posible inferir de este fallo alguna idea relacionada con el concepto de grupo, pues los extranjeros como tales, sin especificar cuáles, no conforman un grupo en los términos desarrollados en la primera parte de este trabajo: de los extranjeros en general no podemos afirmar, por el momento, que existan los elementos de autoidentificación, interdependencia de sus componentes, subordinación económica o poder político limitado. Esto, que puede ser afirmado en caso de “extranjeros”, de ninguna manera puede ser trasladado a colectividades específicas de personas migrantes que viven en el país. En esos supuestos sí se encuentran de manera significativa los elementos propios que conforman un grupo especialmente discriminado. Entonces, personas migrantes provenientes de Paraguay, Bolivia, Perú o Chile o aquellas provenientes de distintos países de África o Asia, además de un fuerte elemento autoidentificadorio, son víctimas de subordinaciones estructurales que se manifiestan en precarización laboral, dificultades en el acceso a derechos sociales básicos, maltrato y estigmatización institucional. Me fue imposible encontrar casos en la Corte Suprema que involucraran miembros de estos colectivos y

utilizaran un análisis estructural y contextualizado que permitiera un discurso no subordinatorio. Más adelante analizaré un caso en donde, por el contrario, la Corte Suprema desaprovechó la oportunidad de introducir el elemento estructural en el estudio de supuestos que involucraban a personas migrantes de éstos países<sup>70</sup>.

### **2.3 Calvo y Pesini**

En el año 1998<sup>71</sup> en “Calvo y Pesini”<sup>72</sup> la Corte Suprema resuelve el caso de una extranjera que no era admitida en un empleo público en la Provincia de Córdoba por dicha condición. Pese a los argumentos dados por la trabajadora, y a la similitud con “Repetto”, en este caso la Corte centra su resolución en el artículo 16 de la Constitución Nacional, en cuanto dispone que “todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”, y soslaya la resolución haciendo eje en el artículo 20, tal como había ocurrido en “Repetto”. La Corte destaca que

la cuestión consiste en esclarecer si media un razonable interés estatal que justifique la restricción que sufre Rocío Calvo y Pesini, por su condición de española, de asistir a los pacientes que requieran su apoyo terapéutico como psicóloga en el Hospital Neuropsiquiátrico (considerando 6°).

Al considerar que la introducción de esta categoría formaba parte del análisis de los requisitos de idoneidad<sup>73</sup> y que su razonabilidad debía evaluarse en cada caso en concreto, la Corte Suprema entiende que la demandada no logró estructurar una

---

<sup>70</sup> Ver, por ejemplo, INADI, 2017.

<sup>71</sup> A partir de la Ley N° 23.744 del 16 de abril de 1990 la cantidad de miembros de la Corte pasa de cinco a nueve integrantes. Se producen las renunciaciones de Bacqué y Caballero. En 1998 la Corte Suprema estaba integrada por los jueces Nazareno, Boggiano, Vázquez, Fayt, Petracchi, López, Bossert (R), Belluscio y Moliné O'Connor

<sup>72</sup> Fallos 321:194 (Calvo y Pesini, Rocío c/ Córdoba Provincia de s/ amparo).

<sup>73</sup> En relación al alcance del concepto de idoneidad la Corte Suprema señala en el considerando 8° que “en lo atinente al empleo público, el concepto de idoneidad supone un conjunto de requisitos de distinta naturaleza que pueden ser estatuidos por la ley o el reglamento. La aptitud técnica, física y en particular la moral configuran exigencias de carácter genérico en tanto otras, como la ciudadanía, lo son para determinadas funciones”.

“justificación suficiente” (considerando 9º) a la introducción del requisito de nacionalidad argentina como uno de los elementos de idoneidad en el cargo.

“Calvo y Pesini” es resuelto empleando un control de razonabilidad que, sin la precisión del voto de Petracchi y Bacqué en “Repetto”, en el que la mera utilización de la categoría extranjero en la reglamentación de los derechos civiles la teñía de inconstitucional, contiene un estándar de control más exigente por parte del Estado, que debe estructurar una “justificación suficiente” de la restricción basada en un interés estatal que la ampare. Ninguna de estas cuestiones fue realizada por la demandada, que no brindó argumentos que justificaran la reglamentación, razón por la cual la norma que requería nacionalidad argentina para acceder a ese empleo público fue declarada inconstitucional.

#### **2.4 González de Delgado**

Dos años después, en “González de Delgado”<sup>74</sup>, la Corte Suprema confirma la validez de una ordenanza dictada por el Honorable Consejo Superior de la Universidad de Córdoba que posibilitaba el ingreso de mujeres al Colegio Nacional de Monserrat. Este Colegio, dependiente de dicha Universidad, inscribía exclusivamente a varones hasta ese momento. Se trata de una resolución de la Corte sin disidencias. Se observan varios votos concurrentes; fundamentalmente resuelven la cuestión alegando la competencia del Consejo Superior de la Universidad de Córdoba para dictar esa ordenanza o con la idea central de que la introducción de la distinción entre sexos, en este caso, no resiste un análisis de simple razonabilidad.

---

<sup>74</sup> Fallos 323:2659 (González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba). 19 de septiembre de 2000.

Sin embargo, en el voto concurrente de Petracchi, puede percibirse la aparición de fundamentos relacionados con el ideal de igualdad como no sometimiento. Durante parte de su desarrollo, Petracchi menciona lo resuelto por la Suprema Corte norteamericana en el caso “United States v. Virginia” (fallo del 26 de junio de 1996, publicado en 518 U.S. 515) que plantea que quien defiende una clasificación o exclusión basada en el género o sexo deberá utilizar un escrutinio de razonabilidad más exigente para “probar que aquélla sirve a un importante objetivo gubernamental y que los medios discriminatorios empleados están relacionados sustancialmente con el logro de aquellos objetivos...” y agrega que

[e]l exigente estándar de revisión que se aplica a las clasificaciones basadas en el sexo no convierte a aquéllas en una categoría totalmente proscrita; pero, sí significa que las categorías fundadas en el sexo no deben usarse para crear o perpetuar la inferioridad legal, social y económica de la mujer. En todo caso, las clasificaciones fundadas en el sexo pueden ser utilizadas para compensar a las mujeres por las inhabilidades que ellas han sufrido a través de la historia... (considerando 9°).

Creo que el resumen que hace Petracchi de la jurisprudencia mencionada permite identificar ideas propias de la igualdad como no sometimiento y un esbozo de la idea de grupo sometido. La clasificación fundada en sexo no puede utilizarse para menoscabar los derechos de las mujeres, que son el grupo históricamente relegado, y perpetuar una situación de subordinación pero, por el contrario y en lo que aparece como una posición que hace eje en las necesidades de un grupo sometido y vulnerable por cuestiones históricas y estructurales, sí puede utilizarse para remediar las situaciones injustas que han sufrido. Hasta acá la mirada estructural y antisubordinatoria del derecho a la igualdad parece clara y muy en línea con lo que desarrollé en el punto 5 del Capítulo I: la categoría deviene sospechosa cuando se utiliza a la parte o grupo subordinado que la integra para menoscabar sus derechos y

no cuando se utiliza para promover su efectivo goce. Más adelante, al afirmar la constitucionalidad de lo resuelto por la Universidad Nacional de Córdoba en cuanto a permitir la educación mixta en el Colegio Nacional de Monserrat, Petracchi consideró que la ordenanza “ha removido un valladar discriminatorio... que impedía la plena participación de las jóvenes cordobesas en la vida educacional y cultural de su provincia” agregando que “la pretensión de los actores [que querían impedir esa participación] importa, pues, un agravio hacia las mujeres excluidas y, por lo mismo, no merece la tutela jurisdiccional por ser incompatible con la necesidad de cimentar una sociedad democrática e inteligente”. Para Saba el voto de Petracchi es poco claro en cuanto a la concepción de igualdad adoptada, cuestión que a su criterio condujo a cierta ambigüedad en la decisión (2012, p. 169). No coincido con esta posición. Petracchi introduce elementos estructurales en su análisis y aplica el ideal igualitario bajo el principio antiusubordinatorio. Pero éste desarrollo no puede conmover la cuestión a resolver que era, simplemente, rechazar el amparo de los padres de alumnos del Colegio contra la ordenanza de la Universidad Nacional de Córdoba que lo transformaba en mixto. Petracchi, entonces, afirma que esa ordenanza “ha removido un valladar discriminatorio... que impedía la participación de las jóvenes cordobesas”.

Creo percibir también en el voto de Bosert un atisbo de la idea de grupo subordinado en relación a la mujer cuando sostiene que

la educación mixta no agota su finalidad con hacer posible el ingreso de las mujeres en la unidad escolar ya que también constituye un instrumento – dentro de una pluralidad de medios – destinado a promover o afianzar un cambio cultural encaminado a evitar todo tipo de discriminación contra la mujer (considerando 11).

En los pasajes destacados se observa una concepción estructural de la igualdad bajo la idea de no sometimiento. Petracchi y Bosert, al hacer eje en la situación de la mujer y no sencillamente frente a una reglamentación que utiliza el sexo como categoría, no sólo evitan la tensión que genera la fundamentación meramente antidiscriminatoria de las categorías sospechosas, sino que posibilitan la construcción del concepto de medidas de acción afirmativa y de los que deben ser sus beneficiarios: aquellos grupos subordinados, en tanto sufrir una situación de dominación o de vulnerabilidad estructural que impacta en la posibilidad de desarrollo autónomo de sus miembros. Pese a ser votos minoritarios en su fundamentación, debo destacarlos pues, entre otras cualidades, antecedieron por ejemplo a los pronunciamientos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, tema que desarrollo en el punto 3. Recién en el año 2001, a nivel Informe y en los casos 12.051 “María Da Penha Maia Fernandes” y 11.625 “María Eugenia Morales de Sierra”, la Comisión Interamericana condena la violación al derecho a la igualdad de las mujeres a partir de introducir una visión sustantiva y estructural, en contextos históricos de sometimiento, violencia y violaciones sistemáticas de derechos.

## **2.5 Conclusión**

Si bien aparecieron miradas estructurales, y en algunos casos fueron desarrolladas de forma muy clara, en los tres casos analizados la Corte Suprema resolvió mayoritariamente con argumentos propios del ideal de igualdad como no discriminación. En este sentido, al analizar “Repetto” y “González de Delgado” Saba afirma que

En ambos casos, la Corte estableció que las circunstancias - o categorías – “ser extranjero” y “ser mujer”, en principio, nunca constituyen categorías razonables de modo que superen el test que entiende se desprende del artículo 16 para

establecer cuáles distinciones pueden ser realizadas por el Estado sin violar el principio de igualdad ante la ley. En el primer caso, “ser nacional” no es un buen criterio indicador para deducir de él que una persona será una buena maestra, y, en el segundo, “ser varón” no es la característica de la persona que asegura que ella será un buen estudiante de colegio secundario.

Hasta aquí, y pese a las excepciones desarrolladas, la Corte Suprema resuelve exclusivamente bajo el principio anticlassificador o de igualdad como no discriminación. No existe un desarrollo mayoritario del concepto de categorías sospechosas y no se puede inferir, *a contrario sensu*, un alcance posible a los grupos de beneficiarios de acciones positivas pues, justamente, falta en el desarrollo de la Corte Suprema la idea de grupo subordinado o el análisis contextualizado de la pertenencia y relación entre el grupo y la categoría. Falta en el discurso mayoritario de la Corte Suprema la visión estructural.

### **3. La Jurisprudencia internacional y el alcance del ideal de igualdad y no discriminación**

Antes de avanzar con el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema, creo necesario hacer una pausa en el desarrollo argumental a efectos de reflejar el estado de la cuestión en el denominado Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH). Apenas transcurrido un año de la reforma constitucional de 1994 empiezan a vislumbrarse en los fallos de la Corte Suprema argentina una consistente mención a la jurisprudencia internacional a partir del concepto “condiciones de vigencia de los tratados” que surge del artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional. Y en este punto, resulta revelador analizar el estado de la materia, fundamentalmente en las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en los informes e intervenciones de la

Comisión Interamericana, para poder analizar si, en la temática igualitaria, se produjo algún tipo de recepción de la jurisprudencia internacional en las resoluciones de nuestro máximo tribunal y, en caso positivo, la intensidad de ese reflejo.

Luego de la reforma constitucional del año 1994, determinados instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos adquirieron jerarquía constitucional. Son los expresamente enumerados en el artículo 75 inciso 22 segundo párrafo<sup>75</sup> de la Constitución nacional o los que en el futuro adquieran jerarquía constitucional de acuerdo al procedimiento estipulado en el mismo artículo en su párrafo tercero<sup>76</sup>.

Los tratados con jerarquía constitucional conforman el denominado bloque constitucional federal<sup>77</sup> y rigen “en las condiciones de su vigencia”. El significado de este precepto alcanzaba, según quienes defendieron el dictamen aprobado por la Convención Constituyente reformadora, a la efectiva vigencia del instrumento en sede internacional y a las reservas o cláusulas interpretativas que el Estado argentino hubiera hecho al momento de su incorporación. Sin embargo, en una interpretación que “fue más dinámica y expansiva” en cuanto al contenido de la expresión (Filippini, 2019), la Corte Suprema incorporó al alcance de “condición de vigencia” la forma en que los instrumentos internacionales son interpretados o aplicados por los órganos

---

<sup>75</sup> Son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, la convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>76</sup> Hasta el momento adquirieron jerarquía constitucional por este mecanismo la Convención Interamericana sobre Desaparición de Personas en 1997, la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad en 2003 y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad en 2008.

<sup>77</sup> Esta denominación, ya generalizada, fue utilizada con ese alcance originalmente por Bidart Campos (2005) y receptada por la Corte Suprema a partir de lo resuelto en “Verbitsky” (Fallos 328:1146).

internacionales competentes (en general, creados por el mismo instrumento internacional). De forma genérica, se la denomina jurisprudencia internacional.

El ingreso de la jurisprudencia internacional en nuestro ordenamiento jurídico revisa la idea de la supremacía de nuestra Corte Suprema frente a la protección internacional de los derechos humanos y las competencias respectivas de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo cierto es que la interpretación “dinámica y expansiva” realizada por la Corte Suprema generó una discusión muy importante a nivel doctrinario, que fue cambiando y nutriéndose de una construcción jurisprudencial algo fluctuante realizada por la misma Corte Suprema.

A nivel doctrinario, en un primer momento se sostuvo que el grado de vinculatoriedad de la jurisprudencia internacional y el efecto que generaba en el ordenamiento interno iba a depender del tipo de resolución adoptada por el organismo internacional y si el Estado argentino se encontraba directamente involucrado o no en esa resolución [en este sentido, Sagües (1997)<sup>78</sup> y, con alguna diferencia, también Gelli (2003)].

La Corte Suprema fue ampliando el alcance de lo que entendía por jurisprudencia internacional al señalar que está conformada tanto por las Sentencias y Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana como por los Informes de la Comisión Interamericana y las Recomendaciones. En cuanto a su fuerza obligacional, también mostró matices, pero siempre dentro de un contexto de reconocerle un papel imprescindible. Así fue que señaló que la jurisprudencia internacional sirve para la interpretación de los preceptos convencionales y, por tal razón, es una fuente de

---

<sup>78</sup> Sagües sostiene que los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no conforman criterios definitivos. Además, que la naturaleza jurídica de la Comisión y de la Corte no son iguales: los integrantes de la Comisión son "miembros" (art. 34 del Pacto), mientras que los de la Corte resultan "jueces" (art. 52 del Pacto). Afirma, además, que no está mal que los jueces argentinos tengan en cuenta las recomendaciones, informes, conclusiones y opiniones de la Comisión Interamericana, pero no pueden tener el mismo vigor jurídico de las sentencias o consultas de la Corte Interamericana (1997).

obligación. Pero incluso llega a emplear conceptos más terminantes: habla de pautas insoslayables y de que debe darse estricto cumplimiento a lo resuelto por la Corte Interamericana<sup>79</sup>.

En definitiva, y según el estado actual en la materia, la Corte Suprema y la judicatura argentina deben considerar en sus decisiones los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y el alcance que tienen de acuerdo a la aplicación que hacen los organismos internacionales que controlan su cumplimiento<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> Al año siguiente de la reforma constitucional del año 1994, en una primera sentencia muy importante y significativo para esta temática como fue “Giroldi” (Fallos 318:514), la Corte Suprema señaló que la jurisprudencia internacional sirve para la interpretación de los preceptos convencionales y, desde ese punto de vista, conforma una fuente de obligación. Para la Corte Suprema la “jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 5°) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22, párr. 2°) esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana. Al poco tiempo, en “Bramajo” (Fallos 319:1840), la Corte Suprema, indirectamente, redefine el concepto de jurisprudencia internacional al sostener que también la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de las cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Varios años después, en el año 2004, la Corte Suprema de Justicia de la Nación amplía en “Arancibia Clavel” (Fallos 327:3312) y en “Espósito” (Fallos 327:5668) esta ligazón obligacional: de servir para la interpretación o servir de guía para la interpretación, que se desprendía de “Giroldi” y “Bramajo”, pasa a señalar directamente que los precedentes interamericanos constituyen una pauta insoslayable para sus decisiones (Elfman, 2019). Incluso en “Espósito” el lenguaje parece más terminante: el contenido de las decisiones de la Corte Suprema debe subordinarse a las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esta línea, y en el caso “Derecho” (Fallos 334:1504), la Corte Suprema, a partir de un recurso de revocatoria, modifica su propia sentencia y la deja sin efecto bajo el argumento de que, como uno de los poderes del Estado argentino, debe dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia “Bueno Alves vs. Argentina”. Posteriormente, en “Carranza Latrubesse” (Fallos: 336:1024), la mayoría del Tribunal reconoció el carácter obligatorio de las recomendaciones del artículo 51.2 de la Convención Americana formuladas en el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>80</sup> En *Almonacid Arellano* (Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006) y en las sentencias que le siguieron, la Corte Interamericana encomienda a todos los jueces locales el control de convencionalidad en sede nacional, en la medida de que sus competencias le permitan realizar control de constitucionalidad en virtud de su normativa interna. Considerando 124 “... En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

En relación al derecho a la igualdad, y limitando el análisis al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH)<sup>81</sup>, la actuación de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana ha consolidado una idea de igualdad estructural y robusta, que reconoce la desventaja de grupos de las poblaciones de los Estados en lograr el efectivo goce de sus derechos y que, por esta razón, requieren un abordaje activo y la adopción de medidas que permitan que ese grupo pueda equiparar esas desventajas estructurales (Abramovich, 2012, p. 36).

A partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y sin pretender abarcar la totalidad de la temática, me interesa destacar un conjunto de estándares provenientes de los órganos internacionales señalados para evaluar, posteriormente, si existió algún tipo de diálogo institucional entre las esas resoluciones y los fallos locales en materia igualitaria.

Paso a detallar los principales:

**Concepción positiva del derecho a la igualdad:** La Corte Interamericana señala que el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una concepción negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una concepción positiva, con una visión nítidamente estructural y antisubordinatoria, relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en una

---

<sup>81</sup> En el Sistema Interamericano el principio de igualdad y no discriminación se encuentra receptado en varias normas: el artículo II de la Declaración Americana, en el artículo 1 y el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en el artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, el “Protocolo de San Salvador”, o el “Protocolo Adicional”), así como en el texto de varios de los instrumentos esenciales del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos como, por ejemplo, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (en adelante, “la Convención de Belém Do Pará”); la Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia; la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas; la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad; la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores; y la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia.

situación de vulnerabilidad (en “Furlan”<sup>82</sup>, por ejemplo y relacionado a personas en situación de discapacidad; o en “Poblete Vilches”<sup>83</sup>, relacionado con la protección de personas mayores). En sentido similar, la Comisión Interamericana indica que el sistema no sólo recoge una noción formal de igualdad, centrada en prohibir diferencias arbitrarias, sino también un concepto material o estructural de la igualdad que requieren la adopción de políticas a favor de aquellas personas que pertenecen a grupos desaventajados<sup>84</sup>. Por tal razón, la Comisión insiste en que la idea igualdad material no sólo debe servir para analizar las normas jurídicas, sino también el efecto concreto de la implementación de políticas públicas<sup>85</sup>. Consecuentemente, y como derivación lógica, “[e]n ciertos casos, la desigualdad de tratamiento jurídico puede ser un medio para realizar la igualdad o proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles”<sup>86</sup>.

**Obligación de adoptar medidas positivas:** El complemento directo de la concepción estructural del derecho a la igualdad es la obligación de los Estados de adoptar medidas positivas para garantizar que grupos vulnerables puedan gozar efectivamente de los derechos reconocidos en el Sistema Interamericano. Concretamente, en la sentencia dictada en “Yatama”<sup>87</sup>, la Corte Interamericana consideró que la legislación de Nicaragua limitaba irrazonablemente la posibilidad de participación política y electoral a organizaciones de las comunidades indígenas. Este caso

---

<sup>82</sup> Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

<sup>83</sup> Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349.

<sup>84</sup> CIDH. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68. 20 enero 2007. Párrafo 99.

<sup>85</sup> CIDH. Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales. OEA/Ser.L/V/II.132 Doc. 14. 19 julio 2008. Párrafo 54.

<sup>86</sup> Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, 17-9-2003.

<sup>87</sup> Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

también expresa la afirmación del principio de igualdad estructural, pues la Corte IDH obliga al Estado a flexibilizar la aplicación de las normas electorales de alcance general para adecuarlas a las formas de organización política que expresan la identidad cultural de un grupo. En definitiva, lo que la Corte reconoce es un “derecho especial o diferenciado a favor de un grupo” que fija ciertas “protecciones externas” al grupo minoritario, consideradas indispensables para la preservación de su autonomía, pero también para su participación en las estructuras del propio Estado nacional (Abramovich, 2012, p. 39).

En el mismo sentido, en “Comunidad Indígena Yakye Axa”<sup>88</sup> la Corte señaló que el Estado tiene el deber de “adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”. Otro ejemplo es el caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde”<sup>89</sup> donde la Corte Interamericana estima que “el Estado incurre en responsabilidad internacional en los casos en que, habiendo discriminación estructural, no adopta medidas específicas respecto a la situación particular de victimización en que se concreta la vulnerabilidad sobre un círculo de personas individualizadas”.

Con un alcance análogo, la Comisión Interamericana ha señalado que

la implementación de medidas especiales de protección y promoción de la igualdad -entre las que se encuentran las denominadas medidas de acción afirmativa- son el tipo de acción de garantía indicada para asegurar el acceso y ejercicio de ciertos derechos por sectores que son víctimas de situaciones de desigualdad estructural o procesos históricos de exclusión<sup>90</sup>.

Son medidas especiales que deben remediar o compensar situaciones estructurales de discriminación histórica contra ciertos grupos sociales en situación de desventaja

---

<sup>88</sup> Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo. Sentencia del 17 de junio de 2005. En el mismo sentido Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

<sup>89</sup> Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318.

<sup>90</sup> CIDH. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68. 20 enero 2007. Párrafo 100.

histórica o víctimas de perjuicios persistentes y evitar que dicha discriminación se perpetúe<sup>91</sup>.

Anteriormente, en “María Da Penha Maia Fernandes” del año 2001, la Comisión Interamericana establece la responsabilidad del Estado brasileiro por su inacción frente a la violencia doméstica contra las mujeres que configuran una tolerancia estatal violadora de derechos humanos. Concluye, además, que esta violación tiene causas estructurales y ocurre como parte de un patrón discriminatorio contra las mujeres<sup>92</sup>.

**Concepción del derecho a la igualdad y no discriminación como derecho inseparable de la dignidad de la persona:** La Corte Interamericana ha señalado en varias sentencias y en Opiniones Consultivas que el derecho a la igualdad y no discriminación es un derecho que se desprende de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona<sup>93</sup>, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación<sup>94</sup>. El principio de igualdad ante la ley y no discriminación puede considerarse como un imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares.

---

<sup>91</sup> CIDH. El camino hacia una democracia sustantiva: la participación política de las mujeres en América. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 79. 18 abril 2011.

<sup>92</sup> CIDH. Informe N° 54/01. Caso 12.051. María Da Penha Maia Fernandes v. Brasil. 16 de abril de 2001.

<sup>93</sup> Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4. Párrafo 55.

<sup>94</sup> Por ejemplo, en Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

La Comisión Interamericana define a las garantías de igualdad y no discriminación como bases esenciales del propio concepto de derecho humano y como “la columna vertebral del sistema universal y sistemas regionales de protección de los derechos humanos”<sup>95</sup>.

**Definición de discriminación relacionada con el menoscabo en el ejercicio de**

**derechos:** La Corte y la Comisión Interamericana adoptan<sup>96</sup> una definición de discriminación realizada por el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, a su vez, tomó como base las definiciones de discriminación establecidas en el Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el Artículo 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Ella señala que discriminación es

toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.

Puede observarse en la definición que la acentuación aparece en la restricción o el menoscabo al ejercicio de derechos a partir de la distinción. De esta forma, para el Sistema Interamericano, la obligación de acciones positivas en ningún caso contradice el concepto de discriminación y no pueden ser invalidadas bajo la noción de igualdad formal. El derecho a la igualdad queda asociado, indisolublemente, al goce efectivo

---

<sup>95</sup> CIDH. Informe No. 04/01. Caso 11.625. Fondo. María Eugenia Morales de Sierra. Guatemala. 19 de enero de 2001, párr. 36; CIDH. Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 12.189. Dilcia Yean y Violeta Bosico. República Dominicana. 11 de julio de 2003, párrafo 103.

<sup>96</sup> Por ejemplo, en Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239. O la Comisión en Informe No. 80/15, Caso 12.689, Fondo. J.S.C.H y M.G.S, México, 28 de octubre de 2015, párrafo 80.

del resto de los derechos y pasa a ser, además de principio rector y de derecho, el presupuesto necesario de todos los demás<sup>97</sup>.

**Discriminación estructural:** La Comisión Interamericana afirma que no todas las sociedades involucran situaciones de discriminación respecto de las mismas personas o grupos, y que le corresponde a los Estados identificar las características del contexto socio histórico en que se inscriben dichas situaciones. Sin perjuicio de esa afirmación, la Comisión ha identificado a grupos de personas que sufren una análoga situación de vulnerabilidad estructural en las Américas a partir del análisis de indicadores específicos en relación a esos grupos. En relación a las personas afrodescendientes, por ejemplo, la situación de discriminación estructural no solo se advierte en las estadísticas o indicadores, “sino que se reproduce en el imaginario colectivo y en la continuidad de estereotipación de la población afrodescendiente, aplicándoles calificativos peyorativos e irrespetuosos a su dignidad como personas” o en el castigo más severo cuando en el castigo se encuentran involucradas personas de ese grupo<sup>98</sup>. Esta mirada estructural permite que sean los Estados quienes determinen cuales son los grupos que requieren una atención prioritaria y definan la adopción de políticas públicas concretas a favor de esos grupos<sup>99</sup>.

En “González y otras (Campo Algodonero) vs. México” la Corte Interamericana introduce una visión estructural cuando sostiene que “es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente

---

<sup>97</sup> CIDH. Informe N°. 48/16. Caso 12.799. Fondo. Miguel Ángel Millar Silva y otros (Radio Estrella del Mar Melinka). Chile. 29 de noviembre de 2016. Párrafo 59.

<sup>98</sup> CIDH. La situación de las personas afrodescendientes en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62. 5 diciembre 2011. Párrafos 57 y 184.

<sup>99</sup> CIDH. Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales. OEA/Ser.L/V/II.132 Doc. 14. 19 julio 2008. Párrafo 55. CIDH. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68. 20 enero 2007. Párrafo 118.

dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas”<sup>100</sup>.

En relación a los colectivos LGBT la Corte Interamericana señaló en “Atala Riffo y niñas” que este tipo de discriminación estructural exigía no solo pensar las reparaciones en términos de reparación integral sino también en términos de “vocación transformadora”, entendida como “que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI”<sup>101</sup>. Fernández Valle (2018, p. 43/44) señala que posteriormente, en el caso “Duque vs. Colombia”<sup>102</sup>, también relacionado con discriminación por orientación sexual, la Corte Interamericana

no retomó esta línea ni hizo consideraciones al respecto, lo cual podría explicarse en atención a los avances que ya habían tenido lugar en ese país cuando la Corte IDH resolvió el pleito, muchos de ellos potenciados por la actuación de su tribunal constitucional a través de una serie de decisiones pioneras en el continente.

**Discriminación indirecta:** La Corte Interamericana define el concepto de discriminación indirecta para aquellas prácticas o políticas que, aparentemente neutrales o establecidas sin esas intenciones, tienen un impacto discriminatorio sobre grupos o categorías de personas vulnerables o estructuralmente subordinadas (por ejemplo en “Nadege Dorzema”<sup>103</sup> y en “Artavia Murillo”<sup>104</sup>, entre otros casos<sup>105</sup>). Así,

---

<sup>100</sup> Corte IDH. Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C. Nro. 205. Párr. 401.

<sup>101</sup> Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

<sup>102</sup> Caso Duque vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2016.

<sup>103</sup> Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.

<sup>104</sup> Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257. Específicamente “286. El Tribunal ha señalado que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de

la Corte Interamericana escruta el contexto social de las personas como miembros de grupos subordinados y, por tal razón,

no sólo van a ser violatorias del principio de igualdad aquellas normas, prácticas o políticas que deliberadamente excluyan a determinado grupo, sin un argumento razonable o lógico, sino también las que pueden tener efectos o impactos discriminatorios (Abramovich, 2012, p. 39).

Relacionado con un tema de fecundación asistida (el Informe que, posteriormente, generó la sentencia de la Corte Interamericana en “Artavia Murillo”), la Comisión Interamericana concluyó que normas aparentemente neutrales tenían un impacto desproporcionado en las mujeres y su cuerpo, pues si bien la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida recae especialmente en el cuerpo de las mujeres y, por lo tanto, su prohibición incide directamente en la autonomía de las mujeres respecto de su cuerpo<sup>106</sup>. En estos casos de discriminaciones indirectas resulta necesario aportar datos empíricos que permitan probar el efecto o resultado desproporcionadamente perjudicial sobre el grupo o colectivo<sup>107</sup>.

---

producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. El Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han reconocido el concepto de la discriminación indirecta. Este concepto implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas. Es posible que quien haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de esas consecuencias prácticas y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede una inversión de la carga de la prueba. Al respecto, el Comité sobre las Personas con Discapacidad ha señalado que “una ley que se aplique con imparcialidad puede tener un efecto discriminatorio si no se toman en consideración las circunstancias particulares de las personas a las que se aplique”. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha desarrollado el concepto de discriminación indirecta, estableciendo que cuando una política general o medida tiene un efecto desproporcionadamente perjudicial en un grupo particular, esta puede ser considerado discriminatoria aún si no fue dirigido específicamente a ese grupo”.

<sup>105</sup> Por ejemplo, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 263.

<sup>106</sup> CIDH. Informe No. 85/10. Caso 12.361. Fondo. Gretel Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) Costa Rica. 14 de julio de 2010.

<sup>107</sup> CIDH. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68. 20 enero 2007. Párrafo 91.

**Escrutinio agravado cuando se utilizan determinadas categorías:** Recién en febrero de 2012 en “Atala Riffo y niñas”<sup>108</sup> la Corte Interamericana receptó de forma expresa la idea de categorías sospechosas y la ligó a la necesidad de superar un escrutinio estricto para vencer su presunción discriminatoria. La restricción de derechos realizada mediante la utilización de determinadas categorías, por ejemplo, la orientación sexual, no solo exige una fundamentación más rigurosa, sino que invierte la carga de la prueba, correspondiendo a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un efecto discriminatorio. Pero, además

esta temprana jurisprudencia adelanta un punto central, que luego se consolidará en decisiones posteriores, según el cual el termómetro social/institucional existente a nivel regional o hacia el interior de cada Estado no puede convertirse en parámetro de interpretación del alcance de los derechos convencionalmente reconocidos (Fernández Valle, 2018, p. 40).

Como ya indiqué en el Capítulo I, la Corte Interamericana sostiene que se encuentra ante un indicio de que un Estado obró con arbitrariedad cuando el criterio diferenciador es alguno de los protegidos por el artículo 1.1 de la Convención que aluden a: i) rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales, la Corte se encuentra ante un indicio de que el Estado ha obrado con arbitrariedad<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Debe destacarse que en la demanda entablada por la CIDH dicho caso la Comisión especificó que, si bien la orientación sexual no se encuentra establecida en el texto literal de la cláusula de no discriminación consagrada en el artículo 1 de la Convención Americana, el concepto de "otra condición social" que figura en esa norma permite la inclusión de otras categorías. En el mismo sentido, CIDH, Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América, OAS/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36. 12 noviembre 2015.

<sup>109</sup> Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3,

La Comisión Interamericana, luego de afirmar que las diferencias de tratamiento no son necesariamente discriminatorias si se basan en criterios razonable y objetivos y sirven a un interés legítimo del Estado<sup>110</sup>, señaló que las distinciones formuladas en base a los factores mencionados explícitamente en la Convención Americana están sujetos a un grado de escrutinio especialmente estricto<sup>111</sup>,

en virtud de lo cual los Estados, a fin de que dichas distinciones no sean consideradas discriminatorias, deben demostrar un interés particularmente importante o una necesidad social imperiosa y una estricta justificación de la distinción, a la par de demostrar que la medida utilizada es la menos restrictiva posible<sup>112</sup>.

**Enfoque interseccional:** La Corte Interamericana ha receptado el concepto de enfoque interseccional, a partir de tomar en cuenta las diferentes condiciones de las víctimas de violaciones de derechos humanos y la combinación de elementos discriminatorios que da como resultado una situación diferente a las discriminaciones basadas en un solo factor. Este enfoque interseccional se observa en varios supuestos. En relación a las mujeres, la Corte Interamericana sostiene que “ciertos grupos de mujeres padecen discriminación a lo largo de su vida con base en más de un factor combinado con su sexo, lo que aumenta su riesgo de sufrir actos de violencia y otras violaciones de sus derechos humanos”<sup>113</sup>. Y detalla específicamente los casos de violencia contra la mujer y las mujeres con VIH/SIDA, en donde la perspectiva de género requiere contemplar, además, la raza, el origen étnico, el origen nacional, la

---

7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

<sup>110</sup> CIDH. Informe No. 04/01. Caso 11.625. Fondo. María Eugenia Morales de Sierra. Guatemala. 19 de enero de 2001.

<sup>111</sup> CIDH. Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 12.387. Alfredo López Álvarez. Honduras. 7 de julio de 2003. Párrafo 175. La Corte IDH en su sentencia del 1 de febrero de 2006 no receptó la idea de escrutinio estricto para resolver la cuestión relacionada en el caso con la temática igualitaria.

<sup>112</sup> En igual sentido CIDH. Informe N° 64/12, Caso 12.271. Fondo, Benito Tide Méndez y otros, República Dominicana, 29 de marzo de 2012.

<sup>113</sup> Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

capacidad, la clase socioeconómica, la orientación sexual, la identidad de género, la religión, la cultura, la tradición y otras realidades que, a menudo, intensifican las violaciones a los derechos. En el caso “Ramírez Escobar”<sup>114</sup> la Corte Interamericana consideró que había discriminación interseccional en tanto habían confluído distintos factores de discriminación: el carácter de madre soltera en situación de pobreza y el de lesbiana.

En los casos de investigaciones y proceso penal en el marco de violaciones sexuales cometidas contra una niña también la Corte adopta un enfoque interseccional que toma en cuenta la condición de género y la edad (“Caso V.R.P., V.P.C. y otros”<sup>115</sup>). En relación a las personas mayores (“Poblete Vilches”<sup>116</sup>), la Corte Interamericana también adopta una mirada interseccional, aunque sin hacer referencia al término. Reconoce a las personas mayores como un grupo con derecho a una protección reforzada que exige la adopción de medidas diferenciadas. Pero también hace eje en la necesidad de agendas de mayor inclusión y de abordaje del “tema de la vejez de manera integral, así como también sus necesidades, la promulgación de leyes y la facilitación del acceso a sistemas de seguridad social”.

Años antes, la Comisión Interamericana tomo el Comentario General XX del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial que había indicado que la interseccionalidad se presenta cuando existen causas dobles o múltiples de

---

<sup>114</sup> Corte IDH, Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Fondo, Reparaciones y Costas.

<sup>115</sup> Corte IDH. Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 35025.

<sup>116</sup> Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349.

discriminación, cuando existen combinación de causas de discriminación<sup>117</sup>. Incluso, afirmó en repetidas ocasiones que

la interseccionalidad es un concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones de los Estados, en tanto que la discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género<sup>118</sup>.

La interseccionalidad como superposición de varias capas de discriminación importa siempre una agravación de las condiciones de las personas y los grupos y un impacto negativo en el ejercicio de los derechos humanos en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales<sup>119</sup>. Especial atención deben tomar los Estados, entonces, en ciertos grupos de mujeres que están en una particular situación de vulnerabilidad debido a factores históricos de discriminación que aúnan motivos de sexo, raza, posición económica y contexto sociopolítico<sup>120</sup>.

Como señalé al inicio del presente punto y limitando el análisis al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH), la actuación de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana ha consolidado una idea de igualdad estructural y robusta, que reconoce la desventaja de grupos de las poblaciones de los Estados que requieren la adopción de medidas que permitan que ese grupo pueda equiparar esas desventajas estructurales. Pero este avance es relativamente novedoso; recién en febrero de 2012 la Corte Interamericana desarrolló

---

<sup>117</sup> CIDH. Informe No. 64/11. Caso 12.573. Fondo. Marino López y otros (Operación Génesis). Colombia. 31 de marzo de 2011. Párrafo 379.

<sup>118</sup> CIDH. Informes Temáticos. Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas. OEA/Ser L/V/II Doc. 44/17, 17 de abril de 2017. Párrafo 38.

<sup>119</sup> CIDH. Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147. 7 septiembre 2017. Párrafo 168.

<sup>120</sup> CIDH. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia sexual: la educación y la salud. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 65. 28 de diciembre de 2011. Párrafo 93.

expresamente la idea de categorías sospechosas asociada a la necesidad de un escrutinio estricto para vencer su presunción discriminatoria.

El relevamiento de los estándares del Sistema Interamericano me permite contar con un nuevo elemento en el análisis de los fallos de la Corte Suprema: evaluar si fueron receptados y en qué medida. Hacia allí me dirijo también.

#### **4. Construyendo el concepto de categorías sospechosas: Hooft y después**

##### **4.1 Hooft**

El 16 de noviembre de 2004 en el caso “Hooft”<sup>121</sup> la Corte Suprema por primera vez resuelve un caso relacionando la idea de “categorías sospechosas” con la aplicación de un escrutinio agravado de razonabilidad a través de un voto mayoritario.

Pedro Cornelio Hooft, argentino naturalizado, pretendía acceder a la posibilidad de ser Juez de Cámara de la Provincia de Buenos Aires, pero el artículo 177 de la Constitución bonaerense se lo impedía al establecer que, para ser juez de segunda instancia, se requiere “haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubiese nacido en país extranjero”. El voto mayoritario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación declara la inconstitucionalidad del artículo en cuestión. Haciendo suyo el dictamen del Procurador General<sup>122</sup>, sostiene que el problema no es el examen de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires a la luz del artículo 20 de la Constitución Nacional, sino que el tema debatido debe ser resuelto considerando el principio establecido por el artículo 16, en tanto no se discute la distinción entre

---

<sup>121</sup> Fallos 327:5118 (Hooft, Pedro Cornelio). 2004.

<sup>122</sup> Para Orlando, criterio con el que coincido, esto es una inconsistencia pues el Procurador aplica un estándar de control de simple razonabilidad en tanto, como desarrollo a continuación, el voto mayoritario introduce el concepto de escrutinio estricto asociado al de categorías sospechosa (2012, p. 433).

nacionales y extranjeros sino entre nacionales que han adquirido su nacionalidad de diferentes formas. Tanto el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos como el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen que todos los ciudadanos deben gozar del derecho a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país; por tal razón, toda distinción que realicen las normas entre ciudadanos por la forma de adquisición de tal ciudadanía (en este caso entre los ciudadanos nativos o nativos por opción de aquellos que se han naturalizado) se presume inconstitucional. Esta presunción “sólo podría ser remontada por la prueba concluyente de que existe un sustancial interés provincial que la justifique” (considerando 2º del voto de la mayoría). Considera que Hooft es discriminado por el origen de su nacionalidad<sup>123</sup> y esto encuadra en uno de los motivos que los pactos prohíben (art. 1.1 del Pacto de San José de Costa Rica<sup>124</sup> y art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>125</sup>), lo que hace pesar sobre la legislación que incluye tal motivo una presunción de ilegitimidad que desplaza la carga de la prueba (considerando 4º del voto de la mayoría). La Corte Suprema también estima aplicable el criterio resultante de “Calvo y Pesini” de exigir una “justificación suficiente de la restricción” y la obligación de prueba a cargo del Estado, aunque dicho precedente concernía a la discriminación entre nacionales y extranjeros mientras que en “Hooft” se trata de la distinción entre dos clases de

---

<sup>123</sup> “... En efecto, Hooft es argentino, no por el lugar de su nacimiento, ni por la nacionalidad de sus padres, sino por su voluntad de integrarse a la Nación como ciudadano (y la voluntad de ésta de acogerlo como tal)”. (considerando 4º).

<sup>124</sup> Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos: 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza; color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas ó de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

<sup>125</sup> Artículo 26: Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

ciudadanos argentinos (considerando 5°)<sup>126</sup>. El estándar de control que se aplica es más estricto que el de simple razonabilidad pero, y pese a la referencia señalada, entiendo que también es más estricto que el de la “justificación suficiente” de los fines de “Calvo y Pesini”. O, por lo menos, precisa los contornos de su alcance. La presunción de inconstitucionalidad por estar frente a una categorización irrazonable sólo cede

con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre 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 promueven efectivamente (considerando 6°).

Este escrutinio resulta más exigente, incluso, que el que se derivaba del voto de Petracchi en “González de Delgado”, que sostenía los fines debían estar relacionados con un importante objetivo gubernamental y los medios tengan una relación sustancial con su logro, y no hablaba de fines sustanciales y de medios menos restrictivos. También resulta más exigente que el que emplea el Procurador General, que requería de la Provincia una “justificación suficiente” de la restricción consagrada en la constitución provincial.

---

<sup>126</sup> Orlando analiza el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y concluye que la normativa internacional menciona como categorías, en la cuestión que nos ocupa, el origen nacional o social, que parece remitirse a una cuestión de índole sociológica, y el lugar de nacimiento. Ambas categorías se encuentran relacionados con la igual protección de la ley en caso de “derechos civiles” y con una protección más vigorosa. Por otro lado, el derecho a tener acceso en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas del país puede ser regulado, entre otras cuestiones, por razones de nacionalidad (art. 23.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), lo que parecería mostrar una protección menos robusta o, por lo menos, cierta posibilidad regulatoria. Orlando demuestra que la Corte Suprema es poco técnica al confundir los conceptos de origen nacional con la nacionalidad que, como se detalló, no significan lo mismo. Al asimilar origen nacional a forma de adquisición de la nacionalidad el fallo analizado, además de utilizar erróneamente la categoría, confunde, y cercena, el alcance del primer concepto y lo circunscribe al de nacionalidad, que es más limitado en cuanto a la amplitud de su protección. Conuerdo con Orlando también cuando señala que la categoría empleada por la Corte Suprema no se refiere a un grupo históricamente desaventajado, lo que demuestra claramente la carencia de una teoría que fundamente la protección agravada a ciertos grupos (Orlando, 2012, p. 433).

Sin embargo, y conforme desarrollo al final del presente punto, el fallo puede ser cuestionado incluso desde el punto de la construcción del concepto de “categorías sospechosas” y la utilización asociada del escrutinio estricto. El desarrollo de la Corte Suprema sigue presentándose bajo el ideal no discriminatorio del derecho a la igualdad y no como aplicación de un enfoque estructural de tal derecho. Nada en él nos permite una referencia siquiera indirecta a la idea de un grupo históricamente desaventajado, lo que impide extraer lineamientos que permitan fundamentar la protección agravada a ciertos grupos (Orlando, 2012).

En cuanto a la jurisprudencia internacional, lo resuelto por la Corte Suprema se adelanta varios años a los precedentes de la Corte Interamericana quien, como ya señalé, recién en febrero de 2012 incorporó de forma expresa la idea de categorías sospechosas sometidas a un escrutinio estricto para superar su presunción discriminatoria, aunque en un caso relacionado con preferencias sexuales (“Atala Riffo y niñas”<sup>127</sup>). Es cierto que la Comisión Interamericana, en su demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso 12.387 “Alfredo López Álvarez v. Honduras” del 7 de julio de 2003, había afirmado que las distinciones formuladas en base a los factores mencionados explícitamente en la Convención Americana están sujetos a un grado de escrutinio especialmente estricto, pero este argumento no fue considerado por la Corte Interamericana cuando resolvió el caso.

---

<sup>127</sup> Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Debe destacarse que en la demanda entablada por la CIDH dicho caso la Comisión especificó que, si bien la orientación sexual no se encuentra establecida en el texto literal de la cláusula de no discriminación consagrada en el artículo 1 de la Convención Americana, el concepto de "otra condición social" que figura en esa norma permite la inclusión de otras categorías. En el mismo sentido, CIDH, Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América, OAS/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36. 12 noviembre 2015.

## 4.2 Gottschau

El 8 de agosto de 2006 en “Gottschau”<sup>128</sup> la Corte Suprema repite el estándar utilizado en “Hooft” pero, a diferencia de este último, en un asunto relacionado con el derecho de una extranjera. Entre este caso y el anterior existen distintas categorías en juego. Hooft era argentino nacionalizado y la Constitución de la Provincia de Buenos Aires vedaba a esa “clase” de argentinos el acceso al cargo que pretendía. Evelyn Gottschau era extranjera y entendía que el reglamento del concurso judicial del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires cercenaba su posibilidad de presentarse para la selección de Secretaria de Primera Instancia del Poder Judicial de dicha Ciudad.

La Corte Suprema, en la mayoría argumentativa conformada por Petracchi, Fayt, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay, entiende que en el caso no está en juego el artículo 20 de la Constitución Nacional, pues de lo que se trata es del acceso a un empleo público por parte de la actora sin que estén comprometidos sus derechos civiles (considerando 3° *in fine*). Por tal razón, resuelve aplicando el artículo 16, que impone un principio genérico de igualdad que admite gradaciones en tanto “no se altere lo central del principio que consagra la igualdad entre nacionales y extranjeros, todos ellos 'habitantes de la Nación’” (considerando 4°). A partir de esta lógica, la Corte Suprema asimila el caso a “Hooft” y aplica esa doctrina: cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el origen nacional (aunque en este caso sería nacionalidad, como señalé anteriormente) “corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar” probando que los fines que había intentado

---

<sup>128</sup> Fallos 329:2986 (Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo).

resguardar eran sustanciales y que los medios utilizados, además de adecuados y efectivos, eran los menos restrictivos para los derechos en juego. La Corte Suprema constata que la demandada no logra demostrar que la exigencia de nacionalidad argentina tenía un fin sustancial, pues el cargo por el que quería concursar la actora no importaba el ejercicio de la jurisdicción. Por otra parte, y en cuanto a los medios, “se advierte claramente que la demandada pudo instrumentar exigencias relativas, no a la nacionalidad... sino a la extensión de la residencia en el país... como modo de acreditar el arraigo” (considerando 9°). La mayoría concluye, entonces, que es inconstitucional el reglamento del concurso judicial del Consejo de la Magistratura que impone el requisito de nacionalidad argentina para concursar al cargo de secretaria de Primera Instancia en los Juzgados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Concurren por su voto Highton de Nolasco y Maqueda que realizan un escrutinio menos intenso que el correspondiente a las “categorías sospechosas”, en tanto consideran que, en principio, las distinciones entre nacionales y extranjeros no son irrazonables, “por lo que el legislador se encuentra habilitado a emplearla, siempre que el criterio de ponderación entre el medio elegido y los fines específicos que se persiguen con la distinción, supere el test de constitucionalidad” (considerando 6°). Estos magistrados afirman que la condición de argentino puede formar parte del requisito de idoneidad en relación a un cargo específico.

Volviendo a la mayoría argumentativa, resulta interesante observar cómo resuelve el alcance que debe dárseles a los tratados sobre derechos humanos que surge del artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional. Algunos votos del fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, para rechazar la acción de Gottschau, habían señalado que varios instrumentos sobre derechos humanos

constitucionalizados reconocen el derecho a acceder a los cargos públicos de cada país a sus ciudadanos, sin hacerlo extensivo a los extranjeros. La Corte Suprema controvierte este argumento pues los tratados internacionales, “deben entenderse complementarios de los derechos y garantías” reconocidos por la Constitución y “pueden sólo mejorar la tutela de los derechos, no empeorarla” (considerando 10°). Por tal razón, los extranjeros, como habitantes de la Nación, están en principio habilitados para el empleo público en virtud de la cláusula genérica del artículo 16 de la Constitución Nacional y no puede acudirse a los tratados como justificativo para defender la limitación a este alcance.

### **4.3 Reyes Aguilera**

El 4 de septiembre de 2007 la Corte Suprema resuelve el caso “Reyes Aguilera”<sup>129</sup> y declara inconstitucional el requisito de veinte años de residencia que, entre otros, se exigía a las personas extranjeras para poder acceder a una prestación por invalidez, pues considera que las discrimina según su nacionalidad. Es de destacar que la norma cuestionada había sido modificada durante la sustanciación de la causa, ampliando a cuarenta años el requisito de residencia<sup>130</sup>.

La actora, de nacionalidad boliviana, reside en la Argentina desde 1999 y padece una incapacidad del ciento por ciento de carácter congénito. Las resoluciones administrativas y los fallos de instancias anteriores decidieron que esta prestación constituía una de las pensiones regladas por el artículo 75 inciso 20 de la Constitución Nacional, sometida exclusivamente a la “total prudencia y discreción” del Congreso de la Nación. Este es el argumento, también, de la Procuradora Fiscal subrogante: se

---

<sup>129</sup> Fallos: 330:3853 (Reyes Aguilera, Daniela v. Estado Nacional).

<sup>130</sup> La norma atacada es el Decreto N° 432/97, reglamentario de la pensión por invalidez prevista en el artículo 9° de la Ley N° 13.478 y sus modificatorias.

trata de una pensión no contributiva, de naturaleza diferente a los beneficios previsionales. Desde esta inteligencia, los años de residencia en el país son un requisito razonable puesto por el legislativo en virtud de la característica del beneficio.

El fallo se resuelve por mayoría y apartándose de lo dictaminado por la Procuradora. Concurren formando la mayoría tres votos: Fayt y Zaffaroni, Petracchi y Argibay. Maqueda. Lorenzetti y Higton de Nolasco votan en disidencia haciendo propio el dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante. El voto de Fayt y Zaffaroni subraya que el beneficio en juego no deriva del artículo 75 inciso 20 de la Constitución. Por tal razón, no se trata de una pensión graciable sino de una prestación no contributiva, relacionada con el derecho a la seguridad social de las personas, que tiene una estrecha combinación con el derecho a la vida y que fue previsto “para cubrir contingencias sociales absolutamente extremas, vale decir, situaciones que ponen en juego, de manera palpable y potente, la 'subsistencia' misma de la persona humana” (considerando 6°). Sumarle un lapso de residencia a los ya críticos requerimientos que impone la reglamentación como requisitos para acceder al beneficio implica “un liso y llano desconocimiento del derecho a la seguridad social” puesto que la subsistencia no puede esperar. En definitiva, el requisito de la residencia termina comprometiendo el derecho a la vida (considerando 7°) y, al ser este un derecho humano fundamental cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos, resulta inoficioso el estudio del eventual menoscabo a otros derechos que la norma pueda producir (considerando 9°). Fay y Zaffaroni aplicaron un simple control de razonabilidad: el lapso de residencia de 20 años resulta irrazonable siempre que se encuentra en juego el derecho a la seguridad social y, en consecuencia, el derecho a la

vida. Este plazo sería irrazonable incluso si rigiera para personas nativas y la reglamentación no hubiera efectuado la distinción nacionales/extranjeros.

El voto concurrente de Petracchi y Argibay resuelve la cuestión apelando al derecho a la igualdad, al entender que la reglamentación cuestionada “prevé un trato diferenciado entre nacionales y extranjeros, imponiendo a estos últimos mayores exigencias para acceder a un beneficio otorgado por el Estado... directamente contrapuesto con las reglas constitucionales que prohíben un trato discriminatorio en razón del origen nacional” (considerando 11). La reglamentación utiliza una categoría sospechosa de discriminación y, por tal razón, presumiblemente inconstitucional. A partir de esto

el juicio de razonabilidad de la norma (artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional), estará guiado por un escrutinio estricto, evaluación que implica una inversión en la carga de la prueba, de modo tal que es la parte que defiende la constitucionalidad de la norma (en este caso, el Estado Nacional) la que deberá realizar 'una cuidadosa prueba sobre los **finés** que había intentado resguardar y sobre los **medios** que había utilizado a tal 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 promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada' (Fallo "Gottschau", considerando 5°; Fallos: 327:5118, considerando 6°. Destacados contenidos en el original) (considerando 11).

Como elemento a resaltar, y en relación al argumento vertido por la demandada relacionado con el costo de los derechos y la finitud presupuestaria para la concesión de pensiones, este voto afirma que “las dificultades presupuestarias, si existieren, no pueden discriminar entre nacionales y extranjeros y afectar sólo a estos últimos” (considerando 12).

Maqueda, por su parte, también hace eje en el derecho a la igualdad bajo el principio no discriminatorio pero sin considerar que la nacionalidad constituye, a priori, una

categoría sospechosa pasible de ser evaluada bajo un escrutinio estricto de razonabilidad, repitiendo los argumentos de su voto en “Gottschau”. Y si bien el trato entre nacionales y extranjeros no importa para este juez un supuesto de discriminación en los términos de los artículos 16 y 75 inciso 22 de Constitución Nacional, es la imposición de los 20 años como requisito para acceder al beneficio lo que resulta irrazonable y desproporcionado al ser un plazo exorbitante que convierte en ilusorio el derecho a la pensión en un tiempo oportuno y adecuado.

En cuanto a la Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, el voto de Maqueda hace dos amplios desarrollos. Utiliza lo resuelto por “Yatama”<sup>131</sup> para definir el alcance del control de razonabilidad de las distinciones que realiza la legislación cuando “se verifique que el factor o supuesto prohibido es el único fundamento de aquella y que conlleva un criterio de desvalorización o perjuicio”. Este recorte propuesto por Maqueda tiene dos grandes problemas: utiliza un caso que centralmente se refiere a derechos políticos y no a derechos sociales y, fundamentalmente, no profundiza en una lectura estructural de la sentencia de la Corte Interamericana que, como ya señalé, consideró que la legislación de Nicaragua limitaba irrazonablemente la posibilidad de participación política y electoral a organizaciones de las comunidades indígenas y obligaba a Nicaragua a flexibilizar la aplicación de las normas electorales de alcance general para adecuarlas a las formas de organización política que expresan la identidad cultural de un grupo. O sea, obligaba a un trato preferente a favor de un grupo sojuzgado con el objeto de contribuir a romper con esa situación. Maqueda también toma doctrina judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 18/03 “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” para precisar la

---

<sup>131</sup> Ya mencionado en el punto 3 del presente Capítulo.

diferencia entre los términos “distinción” y “discriminación”: no existe discriminación cuando el tratamiento diferente por parte del Estado, además de ser necesario para conseguirlos, no persigue “fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”<sup>132</sup>. Pero, al igual que con el caso “Yatama”, el voto no toma el desarrollo estructural que la Corte Interamericana realiza en varios pasajes de la opinión consultiva mencionada<sup>133</sup>. En ambos casos el recorte jurisprudencial que realiza el juez desaprovechó la mirada estructural del derecho a la igualdad que la jurisprudencia internacional permitía o, más bien, alentaba.

Al tratarse de la concesión de una prestación que integra la categoría de derechos económicos, sociales y culturales, Maqueda considera que el principio de igualdad formal y sustantiva y el principio de no discriminación debe ser interpretado bajo un estándar de control que tenga en cuenta el costo presupuestario de tales derechos y lo limitado de los recursos para su protección. Como afirma Orlando (2012), este juez propone un control más laxo en las categorías creadas por el legislador para reconocer derechos sociales bajo el fundamento de su pretendido costo, haciéndose cargo de un argumento endeble y muy cuestionado, que desconoce que todos los derechos, y no solo los sociales, requieren erogaciones presupuestarias para su protección y garantía (Holmes y Sunstein, 2011). Este punto resulta muy sensible pues, y como desarrollo

---

<sup>132</sup> Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, 17-9-2003.

<sup>133</sup> Por ejemplo, la mirada estructural y de grupo, cuando dice que “...la igualdad ante la ley y la no discriminación son principios esenciales que se aplican a todas las materias. Por lo tanto, cualquier actuación del Estado, inclusive la que estuviere conforme a su legislación interna, que subordine o condicione los derechos humanos fundamentales de algún grupo de personas implica el incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones erga omnes de respetar y garantizar estos derechos y, en consecuencia, acarrea su responsabilidad internacional agravada y es legítimo que la invoque cualquier sujeto de derecho internacional”.

opuesto, en los próximos puntos demuestro que la intervención de la Corte Suprema en relación a derechos sociales evita repetir esta lógica perimida.

Como ya adelanté, la disidencia toma los argumentos y conclusiones de la Procuradora Fiscal que afirma que la distinción entre nacionales y extranjeros no es inconstitucional, máxime si se considera que el otorgamiento de este tipo de pensión es facultativo por parte del Congreso. Como se observa, la Procuradora (y Lorenzetti y Highton por seguirla) confunden de manera llamativa el encuadre legal de la pensión reconocida por ley (Orlando, 2012, p. 447), pues no estamos en presencia de la concesión de un privilegio. Pero incluso si lo que estuviera en juego lo fuera, también deben otorgarse sin efectuar distinciones entre categorías como son las de nacionales o extranjeros. Máxime cuando se trata de un derecho fundamental como el derecho a la vida. Y la utilización de una categoría que no es moralmente relevante para el reconocimiento de derechos importa necesariamente la utilización de un escrutinio estricto a efectos de controlar su razonabilidad (Gargarella, 2007). Tal vez lo más llamativo de la disidencia es que fue conformada por Lorenzetti y Highton de Nolasco, quienes se apartan sustancialmente, y sin fundamentarlo, de lo que habían decidido en “Gottschau”. Tampoco se entiende que Lorenzetti, luego de este razonamiento, haya protagonizado en otros fallos votos en donde realiza un importante esfuerzo argumentativo para justificar un trato preferente a los grupos vulnerables o subordinados. “Reyes Aguilera” significó en su discurso más que sinuosidad una clara marcha atrás.

#### **4.4 Conclusión**

Orlando (2012) efectúa un análisis de los tres casos vistos bajo la idea de que son una saga pues, con algún matiz, representan un criterio jurisprudencial protectorio de la

igualdad cuando la misma es atacada por cuestiones de nacionalidad y que parecería que muestran un compromiso con una noción robusta del principio de igualdad por parte de nuestra Corte Suprema. Sin embargo, al analizarla, llega a la conclusión de que los pasos dados muestran la ausencia de una teoría de la igualdad que permita fundar alguna protección diferenciada según el tipo de afectación que sufra el principio de igualdad y no discriminación. A partir de analizar la normativa que tiene jerarquía constitucional, sostiene que categorías como “lugar de nacimiento” u “origen nacional o social” poseen una protección más agravada que “nacionalidad”. Esta última categoría puede ser elegida por la persona<sup>134</sup>, en tanto que las dos anteriores dependen de cuestiones arbitrarias, alejadas de la voluntad del sujeto. Pero esto no implica que “la nacionalidad sea una categoría que pueda ser utilizada discrecionalmente por los estados para establecer distinciones” ni que “la mera razonabilidad alcance para superar el test de validez de la distinción impugnada” (Orlando, 2012). En “Hooft” la Corte cuestiona las distinciones entre distintos tipos de argentinos (nativos, naturalizados y por opción). En “Gottschau”, en cambio, la categoría cuestionada es la de nacionales y extranjeros. Para este tipo de categorías Highton y Maqueda realizan un escrutinio menos severo pues entienden que la misma no es, en principio, inconstitucional. Orlando va más allá con su crítica a estas decisiones, pues directamente señala que un simple escrutinio de razonabilidad bastaba para resolver estos supuestos, como lo demostró el dictamen del Procurador General en “Hooft”. Incluso, considera que en “Gottschau” no estamos en presencia de un caso que involucre el principio de igualdad y no discriminación entre extranjeros y nacionales y que el caso,

---

<sup>134</sup> Creo que los recaudos normativos que existen en las legislaciones nacionales para adquirir la ciudadanía relativizan los argumentos del autor en cuanto a la existencia de esta elección.

sencillamente, se podría haber resuelto bajo la fórmula de la impugnación de un acto administrativo que carecía de validez por ausencia de dos de sus requisitos: la causa y la motivación. La incorporación del recaudo en la solicitud de inscripción al concurso de manifestar si se es argentino nativo o naturalizado no autorizaba a sostener que ese dato resultaba pertinente para admitir o rechazar la solicitud de un postulante, dado que tal recaudo no se encontraba en el Reglamento del concurso.

¿Es posible afirmar, tal como lo hace Arrimada (2008, p. 256) que en “Reyes Aguilera” la Corte establece que el acceso a los derechos sociales no puede verse impedido por categorías que discriminen entre nacionales y extranjeros? Orlando (2012) considera que esta interpretación no debería imputarse a todo el fallo “Reyes Aguilera”, pues sólo se observa en el voto de Petracchi y Argibay. Por el contrario, considera que de lo resuelto “surge que cuando estemos ante un supuesto de distinciones entre nacionales y extranjeros en relación con un derecho social, la conformación de la mayoría de 'Gottschau' – que aplicaría el escrutinio estricto – se vería fuertemente trastocada” desde el momento en que Maqueda, pero fundamentalmente Highton y Lorenzetti aplicarían un escrutinio más leve.

En definitiva, y en lo que interesa en este escrito, de estos tres fallos no se puede inferir una teoría que fundamente la protección agravada de ciertos grupos. El desarrollo argumental y resolutivo sigue presentándose bajo el ideal no discriminatorio del derecho a la igualdad y no como aplicación de un enfoque estructural de tal derecho. Ni siquiera apelando a las clasificaciones nacionales extranjeros encontramos una idea de grupo subordinado pues desde este abordaje no discriminatorio no se observan los elementos de autoidentificación, interdependencia de sus componentes, subordinación económica o poder político limitado (no olvidemos que Hooft había sido holandés y que Gottschau era alemana). Es más, teniendo en cuenta la nacionalidad boliviana de “Reyes Aguilera” y su brutal

padecimiento, puedo sostener que la Corte Suprema no aprovechó una buena oportunidad para distinguir entre tipos de extranjeros y el diferente trato que suelen recibir en cuanto al goce de derechos: había una oportunidad para hablar de la problemática de las personas migrantes; no es lo mismo provenir de países limítrofes, o africanos, o de otros pobres y estigmatizados que de países europeos, como era el caso de Hooft y de Gottschau. En este punto tengo que agregar, también, que resulta insuficiente que haya un decálogo de categorías sospechosas pues, en el camino que empieza a marcar la Corte Interamericana, hay que analizar el contexto de las prácticas discriminatorias. La mirada estructural necesariamente debe evaluar grupos y contextos. Y esta ausencia también es notable en los fallos anteriores.

Por otra parte, hay que destacar que la Corte Suprema en “Hooft” se adelanta varios años a los precedentes de la Corte Interamericana en cuanto al concepto de categorías sospechosas y a asociarlo con un escrutinio más estricto para superar su presunción discriminatoria. Sin embargo, este arranque en parte provisorio, no muestra en los fallos que analizaré a continuación que la Corte Suprema haya aprovechado los precedentes que, con una visión más estructural, contextualizada y de grupo del derecho a la igualdad y no discriminación, fueron apareciendo en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Por el contrario, los evitó.

##### **5. Derechos civiles y ¿una mirada estructural del derecho a la igualdad?**

Los tres fallos que analizo en este punto tienen una característica en común: presentan como eje central la afectación de algún otro derecho constitucional, pero se resuelven, en gran parte, a partir de un posicionamiento en relación al derecho a la igualdad. El punto será, entonces, identificar el ideal igualitario utilizado por la Corte Suprema también en estos supuestos.

## 5.1 Asociación Lucha por la Identidad Travesti – Transexual - ALITT

El 21 de noviembre de 2006 la Corte Suprema resuelve el caso ALITT<sup>135</sup> modificando la doctrina judicial del precedente CHA<sup>136</sup> como bien lo aclara en el considerando 24. La Inspección General de Justicia (IGJ) había denegado la autorización para funcionar como persona jurídica a la asociación y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó tal resolución. En su presentación frente a la Corte Suprema, ALITT rebatía los argumentos de la Cámara y remarca, con mucha claridad, que el objeto de la asociación es que se reconozca que travestis y transexuales cuentan con una identidad propia, eliminándose prácticas marginatorias y estigmatizantes que vinculan al travestismo con la violencia y la prostitución. ALITT centra su línea argumental en la discriminación que sufren las personas que componen del citado colectivo y la asocia directamente con la falta de igualdad de oportunidades de un grupo determinado.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resuelve la cuestión desde la idea del derecho de asociarse con fines útiles, definiéndolo como un derecho instrumental “esencialmente útil para asegurar y promover la libertad de expresión y la dignidad de la persona humana” (considerando 9º). Los fines de ALITT satisfacen los umbrales de utilidad exigidos por la Constitución; el bien común al que apela la norma es, sencillamente, el bien de todas las personas, las que suelen agruparse según intereses dispares. El considerando 16 señala que

no es posible ignorar los prejuicios existentes respecto de las minorías sexuales, que reconocen antecedentes históricos universales con terribles consecuencias genocidas, basadas en ideologías racistas y falsas afirmaciones... como tampoco actuales persecuciones de similar carácter en buena parte del mundo, y que han

---

<sup>135</sup> Fallos 329:5266 (“Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/ Inspección General de Justicia”). 2006.

<sup>136</sup> Fallos 314:1531 (“Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución Inspección General de Justicia s/ personas jurídicas). 1991.

dado lugar a un creciente movimiento mundial de reclamo de derechos que hacen a la dignidad de la persona y al respeto elemental a la autonomía de la conciencia.

Es la primera vez que el tribunal supremo argentino “hace referencia a la realidad de exclusión, marginalidad y opresión que día a día viven las personas integrantes de las distintas minorías sexuales” (Saldivia Menajovsky, 2019).

El considerando 17 también apela a una visión de grupo, al señalar que las personas pertenecientes a la minoría a la que se refiere la asociación “son victimizadas de modo gravísimo, a través de malos tratos, apremios, violaciones y agresiones, e inclusive con homicidios”. La Corte agrega que los prejuicios y la discriminación les priva de fuentes de trabajo, razón por la cual

tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condiciones de marginación, que se agravan en los numerosos casos de pertenencia a los sectores más desfavorecidos de la población, con consecuencias nefastas para su calidad de vida y su salud, registrando altas tasas de mortalidad, todo lo cual se encuentra verificado en investigaciones de campo.

La Corte Suprema describe las características de un grupo altamente victimizado de modo gravísimo, incluso perseguido por el propio Estado y, por esta razón, vulnerabilizado, en la senda de lo que en el Capítulo I definí como subordinación por vulnerabilización. Además, existe también un esbozo de mirada interseccional, al sumarle un abordaje contextualizada a las dificultades que sufre esta parte de la población.

En el considerando 19, y a favor de la autonomía de las decisiones éticas personales, el voto señala que

el sentido de la igualdad democrática y liberal es el del 'derecho a ser diferente', pero no puede confundirse nunca con la 'igualación', que es un ideal totalitario y por ello es, precisamente, la negación más completa del anterior, pues carece de todo sentido hablar del derecho a un trato igualitario si previamente se nos forzó a todos a ser iguales. El artículo 19 de la Constitución Nacional, en combinación con el resto de las garantías y los derechos reconocidos, no permite dudar del

cuidado que los constituyentes pusieron en respetar la autonomía de la conciencia como esencia de la persona – y, por consiguiente, la diversidad de pensamientos y valores – y no obligar a los ciudadanos a una uniformidad que no condice con la filosofía política liberal que orienta a nuestra Norma Fundamental.

El máximo tribunal entiende que la resolución del Inspector General de Justicia, como la de la Cámara de Apelaciones, estrecharon el concepto de bien común en perjuicio de ALITT y rechazaron su personería jurídica no por el hecho de que sus metas se dirigieran a mejorar la situación de un determinado grupo necesitado de auxilio, cuestión que por otro lado tampoco configuraría una causal de rechazo, sino porque ese auxilio está dirigido al grupo travesti – transexual: “Dicho de otro modo, la orientación sexual del grupo social al que pertenecen los integrantes de la asociación ha tenido un peso decisivo en el rechazo de la personería jurídica solicitada” (considerando 23). Este punto es central: la Corte Suprema corre el velo y muestra las que considera causas verdaderas del rechazo de la Administración en otorgarle personería gremial a ALITT. A continuación, menciona la Opinión Consultiva 4/84<sup>137</sup> de la Corte Interamericana que, al definir la noción de igualdad, proscribire el trato hostil o discriminatorio a un grupo por considerarlo inferior.

Sin perjuicio de todo el desarrollo señalado, sin perjuicio del análisis estructural que realiza la Corte en sus considerandos en relación al grupo vulnerado en sus derechos y afectado por de la Inspección General de Justicia, en el considerando 24 retrocede en esa construcción argumental y resuelve señalando la inexistencia de una conexión racional entre un fin estatal determinado y la medida que se trate, requisito que no verifica en el presente. Es decir, resuelve el caso aplicando un simple control de razonabilidad: falta de adecuación o de conexión causal entre los medios y el fin

---

<sup>137</sup> Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Corte IDH. Serie A No. 4.

buscado por la reglamentación y el actuar del Estado. Este proceder es curioso. La Corte Suprema perdió una gran oportunidad para utilizar un escrutinio estricto a partir de la mirada no subordinatoria del derecho a la igualdad, en tanto tratarse de un grupo (el colectivo trans) históricamente subordinado (Saldivia Menajovsky, 2011, p. 42). En ese punto, el fallo “ALITT” es una oportunidad desaprovechada; o aprovechada parcialmente. Pero creo que también debe destacarse que, aun utilizando el control de mera razonabilidad, lo resuelto por la Corte Suprema tuvo un importante impacto discursivo y político, aportó al proceso de visibilización del colectivo trans de forma sustantiva, con una mirada clara, contextualizada e interseccional. E, indudablemente, contribuyó de forma positiva al proceso de legitimización, visibilización y reconocimiento de la lucha y de los derechos de las diversidades sexuales y de los distintos colectivos en que se agrupan que se constató socialmente y en las prácticas de los órganos gubernativos (Saldivia Menajovsky, 2019). Sin ir muy lejos, las leyes N° 26.618 de Matrimonio Igualitario que fue sancionada el 15 de julio de 2010 y N° 26.743 de derecho a la identidad de género que fue sancionada el 9 de mayo de 2012 forman parte de ese proceso.

Resulta necesario también indicar que la protección jurisprudencial de los colectivos LGBT en general se ha introducido recién a partir del año 2012 en el marco del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, por lo menos al nivel de sentencias de Corte Interamericana (Fernández Valle, 2018)<sup>138</sup>.

---

<sup>138</sup> Fernández Valle (2018) enumera y analiza los siguientes casos resueltos por la Corte Interamericana a partir de 2012: Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas. Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Corte IDH, Caso Homero Flor Freire vs. Ecuador. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24. 24 de noviembre de 2017. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Corte IDH, Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Fondo, Reparaciones y Costas.

## 5.2 Partido Nuevo Triunfo<sup>139</sup>

La Cámara Nacional Electoral había rechazado la personalidad jurídico-política solicitada por la agrupación Partido Nuevo Triunfo, pues lo consideraba una emulación del Partido Alemán Nacional Socialista de los Trabajadores, con un programa de gobierno que contenía elementos de discriminación absolutamente contrarios al principio de igualdad ante la ley.

La Corte Suprema, en el voto que conforma la mayoría argumentativa<sup>140</sup>, analiza en su decisión si la negatoria de la Cámara determina un trato discriminatorio para los integrantes del Partido Nuevo Triunfo. Consideró probado y no cuestionado que la organización que requería la personería jurídico-política se identificó en actitudes, imágenes y programa con el partido nazi que gobernó Alemania en la década de 1930 y concluye que resulta constitucional negarle el reconocimiento político, pues una agrupación que niega los derechos más esenciales de ciertos grupos de personas o de minorías (en el caso, extranjeros, homosexuales, minorías religiosas) revela una práctica discriminatoria prohibida. El Estado debe desalentar y contrarrestar a las organizaciones cuyo programa político promueve el desprecio u odio racial, religioso o nacional o, indirectamente, incitan a la violencia o al hostigamiento discriminatorio. De esta manera, la obligación de prohibir la discriminación en cualquiera de sus formas se encuentra asociada a una exigencia: la de realizar acciones positivas por parte de los Estados tendientes a evitar dicha discriminación. La Ley antidiscriminatoria N° 23.592<sup>141</sup> es un ejemplo de esta acción positiva. Y también lo

---

<sup>139</sup> Fallos: 332:433 (Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento – Distrito Capital Federal). Sentencia del 17 de marzo de 2009.

<sup>140</sup> La decisión resultó unánime. Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay compartieron argumentos mientras que Fayt lo hizo según su voto.

<sup>141</sup> La Ley N° 23.592 y sus modificatorias también es conocida como ley antidiscriminatoria o de adopción de medidas para quienes arbitrariamente impidan el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional.

es la interpretación que de tales leyes hagan los tribunales (conforme considerando 6°).

Creo, no obstante, que la Corte Suprema no resulta del todo clara cuando introduce la idea de igualdad y el escrutinio estricto. Por lo menos, no resulta claro cuál es su aplicación en el caso, pese a su mención. El Tribunal Superior recuerda que el principio de igualdad se encuentra complementado mediante la aplicación de un examen más riguroso cuando se trata de clasificaciones basadas en criterios específicamente prohibidos (o sospechosos). Esos criterios, enumerados en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional<sup>142</sup>, tienen a las leyes o normas jurídicas que los utilizan de una presunta inconstitucionalidad que sólo puede ser salvada por quienes defienden su validez mediante la superación de un escrutinio estricto de razonabilidad. Parece que la Corte Suprema intentó introducir el escrutinio estricto para aquellas conductas dentro de las agrupaciones políticas que utilizan categorías sospechosas de manera expresa y sostenida, buscando su discriminación. O sea, y a diferencia de “Hooff” por ejemplo, acá nos encontramos frente a la utilización de categorías sospechosas de discriminación que requieren, por el consiguiente escrutinio estricto, un esfuerzo mayor por parte de un particular o una persona no estatal (la organización política en este caso) demostrando la esencialidad del fin y la inexistencia de medios menos lesivos a los derechos. Pero, insisto, el Máximo Tribunal no logra desarrollar cabalmente la aplicación de este escrutinio. Lo introduce, lo menciona, pero no lo desarrolla lógicamente en el caso, que es resuelto apelando a la obligación estatal de trazar políticas que impidan el proselitismo a favor

---

<sup>142</sup> Raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social según el artículo 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

del odio racial, cualquier forma de discriminación o de promoción de teorías basadas en la superioridad de un grupo o una raza<sup>143</sup>.

En el voto que conforma la mayoría argumentativa no existen referencias a ningún caso de la Corte Interamericana ni menciones a otro tipo de jurisprudencia internacional<sup>144</sup>. Considero que la Corte Suprema perdió la oportunidad, a partir de su concepción de “condición de vigencia” de los tratados internacionales sobre derechos humanos, de tomar la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso “Yatama”<sup>145</sup> resuelto en junio de 2005 (¡cuatro años antes que el fallo que estoy analizando!) y dialogar con los desafíos conceptuales que esa sentencia genera en relación al ejercicio de los derechos políticos y el derecho a la igualdad y no discriminación pues, si bien los hechos son diferentes, los derechos involucrados en ambos casos permitían, y obligaban, ese ejercicio. Como ya desarrollé, y ahora amplío, en “Yatama” se discutía la responsabilidad internacional de Nicaragua pues, al haber modificado su legislación electoral, excluyó a la organización indígena Yatama de participar en las elecciones municipales de 2000. Los argumentos de la Corte Interamericana versaron, entre otras cuestiones, sobre el ejercicio de los derechos políticos y el derecho a la igualdad y no discriminación afirmando que

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 (párrafo 185).

---

<sup>143</sup> “El hostigamiento discriminatorio que procedió a la persecución, sometimiento y asesinato en masa de personas que pertenecían a ciertas tradiciones nacionales o religiosas, perpetrado por el régimen nazi liderado por Adolf Hitler, se ha convertido en un paradigma del tipo de crímenes contra la humanidad cuya prevención y persecución es hoy un deber asumido por gran parte de las naciones entre las que se encuentra la República Argentina... Un fin que necesariamente debe alcanzar el Estado es, entonces, desalentar y contrarrestar el desarrollo de prácticas que promuevan el odio racial o religioso, y la sujeción o eliminación de personas por el hecho de pertenecer a un grupo definido por alguna de las características mencionadas” (considerando 7°).

<sup>144</sup> En realidad, Fayt tampoco, aunque menciona resoluciones de tribunales europeos.

<sup>145</sup> El ya varias veces mencionado Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

La mirada de la Corte Interamericana resulta estructural y considera que los Estados son responsables en la supresión de normas y prácticas que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención. Si bien el derecho político implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán, y que el derecho a tener acceso a las funciones públicas protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices políticas estatales a través de las funciones públicas, los Estados deben prestar especial atención a los grupos y personas en condiciones de vulnerabilidad y marginalidad (párrafo 202). Es decir, los requisitos para ejercitar los derechos políticos en principio no constituyen una restricción, pero “su reglamentación debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática” (párrafo 206).

La utilización de la doctrina resultante de “Yatama” en la resolución de “Partido Nuevo Triunfo” hubiera incentivado a que el máximo tribunal, para evitar una primera aproximación lineal que pudiera poner en una falsa tensión lo resuelto en Argentina con lo resuelto en sede internacional, explorara con mejores argumentos la mirada estructural e hiciera directo eje en la protección de los grupos sojuzgados o vulnerables para invalidar el programa partidario de esa agrupación que, de manera directa, los atacaba. De esta forma, la protección a grupos en situación de vulnerabilidad hubiera disparado necesariamente la presunción de inconstitucionalidad de los instrumentos constitutivos y programas Partidarios que, como el analizado, los atacara o persiguiera. Y, de esa forma, el empleo del escrutinio estricto hubiera sido más que una mera mención en el contexto del desarrollo del fallo de Corte Suprema.

### **5.3 F., A. L. s/ medida autosatisfactiva<sup>146</sup>**

A.F., en representación de su hija A.G. de 15 años, solicitó el 14 de enero de 2010 a la justicia penal de la Provincia de Chubut la interrupción del embarazo de ocho semanas de gestación de la niña adolescente con base en lo previsto en el artículo 86, inciso 1° y 3° del Código Penal. En esa oportunidad, señaló que ya había denunciado que O.C., su esposo, había violado a A.G. Frente al rechazo del fuero penal, inició una medida autosatisfactiva en el fuero de familia con el mismo fin. Esa causa, luego del rechazo de las instancias inferiores, fue resuelta por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut bajo los argumentos concurrentes de que: a) el caso encuadraba en el supuesto de “aborto no punible” previsto en el inciso 2°, primera parte del artículo 86 de Código Penal; b) que esta hipótesis de interrupción del embarazo era compatible con la normativa constitucional y convencional y c) que, pese a la innecesaridad de la autorización judicial de esta práctica, se la otorgaba a fin de concluir la controversia planteada en el caso. El 11 de marzo de 2010 se produjo la intervención médica que interrumpió el embarazo por el que atravesaba la niña. No obstante haberse llevado a cabo la práctica médica, el Asesor General Subrogante de la Provincia de Chubut interpuso recurso extraordinario argumentando la gravedad institucional que presentaba el caso.

En primer lugar, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió conocer en la cuestión pese a que ya se había realizado la práctica médica que interrumpió el embarazo, pues la rapidez con la que se produce el desenlace de este tipo de situaciones es muy difícil que lleguen a su estudio sin haberse vuelto abstractas. Por tal razón, considera justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, básicamente

---

<sup>146</sup> Fallos: 335:197 (F., A. L. s/ medida autosatisfactiva). Sentencia del 13 de marzo de 2012.

para posibilitar que el criterio del Tribunal sea “conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro” (considerando 6°).

En cuanto al fondo, la Corte Suprema resuelve varias cosas. Primero, que al ser los supuestos de aborto no punible previstos en el inciso 2° del artículo 86 del Código Penal justamente conductas no prohibidas, por el principio de reserva constitucional (artículo 19 segunda oración de la Constitución Nacional) pueden realizar sin necesidad de cumplir un trámite judicial previo<sup>147</sup>.

Segundo: el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional le atribuye al Poder Legislativo la facultad de promover, mediante acciones positivas, el ejercicio y goce de los derechos fundamentales, particularmente respecto de los sectores postergados y la de dictar un régimen de seguridad social que proteja a la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia. Esta “referencia específica al marco normativo de protección social al niño, desde el embarazo, integra un supuesto concreto del mandato constituyente para que se establezcan, en general, políticas promotoras de los derechos humanos”, por tal razón de esta norma no puede derivarse un marco normativo punitivo contra la mujer, como pretendía el recurrente. La Corte Suprema especifica que ninguno de los artículos de los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional pueden ser interpretados como invalidando los supuestos de aborto no punible como los establecidos en el inciso 2° primera parte del artículo 86 del Código Penal.

Tercero: la interpretación amplia de los causales de aborto no punible surge

---

<sup>147</sup> “... se sigue manteniendo una práctica *contra legem*, fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales como provinciales, que hace caso omiso de aquellos preceptos, exigiendo allí donde la ley nada reclama, requisitos tales como la solicitud de una autorización para practicar la interrupción del embarazo producto de una violación lo que, como en el caso, termina adquiriendo características intolerables a la luz de garantías y principios constitucionales y convencionales que son la ley suprema de la Nación” (considerando 19).

de los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, que son ejes fundamentales del orden jurídico constitucional argentino e internacional y que en este caso poseen, además, una aplicación específica respecto de toda mujer víctima de violencia sexual (considerando 15).

Sobre esta cuestión me voy a detener. La Corte Suprema emplea una definición de igualdad bajo el principio no discriminatorio al afirmar que

reducir la vía de interpretación de la autorización de la interrupción de los embarazos sólo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental implicaría establecer una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igual situación y que, por no responder a ningún criterio válido de diferenciación, no pueda ser admitida (considerando 15).

Básicamente, distinguir entre mujeres violadas resulta en todo supuesto irrazonable y viola el principio de igualdad frente a la ley. Es cierto que las personas con padecimientos mentales sufren “una debilidad jurídica estructural” y son un grupo de riesgo en cuanto al pleno y libre goce de los derechos fundamentales. Es cierto también que esto genera la obligación por parte del Estado de establecer una protección normativa eficaz. Pero eso no puede justificar una protección restringida al resto de las mujeres, pues no respondería al válido objetivo de proteger los derechos de las víctimas de violencia sexual. Cada persona es un fin en sí mismo, no pueden ser tratadas utilitariamente, pues tal cuestión contradice el principio de inviolabilidad de la persona humana. Y es este principio el que “impone rechazar la exégesis restrictiva de la norma según la cual ésta solo contempla, como un supuesto de aborto no punible, al practicado respecto de un embarazo que es la consecuencia de una violación a una incapaz mental”. Existe un deber del Estado de proteger a toda víctima de violación en cuanto al deber de brindarle atención médica integral, tanto de emergencia como de forma continuada (esto surge del caso “Fernández Ortega vs. México” del 30 de agosto de 2010, apartados 124 y 194 de la Corte Interamericana de

Derechos Humanos). En definitiva, el análisis sistemático del artículo 86 inciso 2° del Código Penal lleva a que debe ser interpretado de modo tal que cualquier víctima de violación pueda realizarse un aborto no punible.

Cuarto: el Estado ha despenalizado en determinados supuestos el aborto; esto significa que ha autorizado, en esa medida, dicha práctica médica. Por tal razón, es el Estado, como garante de la administración de salud, quien tiene la obligación de “poner a disposición de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura” (considerando 25).

Debo remarcar este punto: la decisión de la CSJN por primera vez interpreta las causales de aborto legal a la luz de la Constitución Nacional y los Tratados sobre Derechos Humanos<sup>148</sup>.

Sin perjuicio de que doctrinariamente no observo una construcción igualitaria muy clara desde la concepción estructural y no subordinatoria (diría, al contrario, que resulta tímida su construcción de grupo sometido al referirse a las víctimas de violación) este caso es muy importante, esencial, en el camino que ha llevado a la sanción de la Ley N° 27.610 que regula en la República Argentina el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a la atención postaborto.

Argentina contaba desde el año 1921 con un marco penal que establecía supuestos de no punibilidad en el caso de abortos. Esta parte del Código Penal, sin embargo, tuvo una fluctuante vigencia pues fue derogada por distintos gobiernos; recién fue

---

<sup>148</sup> La Corte Suprema no logró que esta sentencia frenara la judicialización indebida de los casos de aborto, que continuaron. Además, y pese al pedido a los distintos gobiernos, los protocolos de acceso a esta práctica médica sufrieron demoras en su aprobación. Sin perjuicio de lo señalado, y con un criterio que comparto, Ramón Michel y Ariza (2018) consideran que el permiso ya está dando por el Código Penal razón por la cual la falta de protocolo en una provincia no constituye una justificación legal para desatender las obligaciones de los profesionales de la salud.

reestablecida en su redacción originaria de no punibilidad en el año 1984 mediante la Ley N° 23.077. La sentencia que ahora analizo sirvió de base para que, en un proceso no exento de polémicas y contra marchas, el Ministerio de Salud de la Nación aprobara en 2015 el Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo (Protocolo ILE), que retoma los lineamientos del fallo, agrega consideraciones en cuanto al concepto de salud, incorporando los aspecto físicos, psíquicos y sociales y aclara que el peligro de la salud puede ser potencial. Estos elementos fortalecieron la lucha histórica de grupos de mujeres por el derecho a decidir y de distintos colectivos que visibilizaron y dieron voz a mujeres detenidas por haberse practicado un aborto. Debe ser entendido como parte de este proceso que, por primera vez en el año 2018, se haya tratado en las Cámaras del Honorable Congreso de la Nación un proyecto de Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo en un contexto de una gran movilización y discusión ciudadana. El proyecto fue aprobado por la Cámara de Diputados, pero rechazado por la de Senadores. Finalmente, y luego de una nueva renovación legislativa, en diciembre de 2020 se aprobó la Ley 27.610 de Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, que establece el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo durante las primeras 14 semanas de gestación para todas las personas con capacidad de gestar de manera igualitaria.

#### **5.4 Conclusión**

Tal vez el elemento más destacado de estos casos sea que me dejaron cierto dejo de frustración y alguna sensación contradictoria luego de su lectura, al comprobar similitudes en el desaprovechamiento de oportunidades para avances más claros en materia de igualdad real en la jurisprudencia de la Corte Suprema. El colectivo

transgénero, grupo históricamente subordinado y vulnerabilizado, fue identificado por el análisis estructural del derecho a la igualdad que la Corte Suprema realiza en “ALITT”, pero ese prolegómeno discursivo positivo y alentador no se plasma en la resolución, que apela a la inexistencia de una conexión racional entre un fin estatal determinado y la medida tomada por la Administración. En “Partido Nuevo Triunfo” pasa algo similar; la Corte Suprema no utilizó la doctrina de la Corte Interamericana de “Yatama”, que le hubiera permitido explorar con mejores argumentos la mirada estructural del derecho a la igualdad y la protección de los grupos sojuzgados para invalidar el programa partidario que, de manera directa, los atacaba. “F., A. L.” apenas sobrevuela la idea de grupos perseguidos o sometidos o, incluso, de personas víctimas de violación. Siendo una cuestión tan sensible para la igualdad de las mujeres y su lucha por el reconocimiento efectivo de derechos, la Corte no dice nada al respecto y la mención del derecho a la igualdad que hace es por lo menos desafortunada.

Pero no todo es negativo. Aún con todos los limitantes señalados empieza a verse una dirección y un sentido en la instalación en la Corte Suprema de un discurso judicial estructural en relación a la igualdad y, consiguientemente y aunque sin que eso signifique la mejor utilización del escrutinio estricto, una resolución a favor de los grupos en situación desaventajada. Este punto no resulta menor.

#### **6. La saga Álvarez, Pellicori y Sisnero. La Corte suprema crea acciones positivas**

En el conjunto de casos que analizo a continuación se observa una postura cercana a la idea estructural de igualdad y su aplicación bajo el principio no subordinatorio que, como desarrollé, es integralmente igualitario, apunta a una visión real, material y contextualizada de la igualdad y no exclusivamente formal y tiene en cuenta que la

pertenencia a grupos sometidos resulta relevante en la falta de goce de libertad y derechos de las personas que lo integran y el Estado tiene el mandato de promover políticas públicas a favor de su efectiva concreción.

Si bien no aparece en la jurisprudencia de la Corte Suprema que analizo en este punto una postura frente a acciones positivas establecidas por el Poder Legislativo, si observo un camino que desemboca directamente en la creación de una acción positiva por parte del Poder Judicial.

### **6.1 Álvarez<sup>149</sup>**

Un grupo de empleados de Cencosud S.A. crearon el Sindicato de Empleados Jerárquicos de Comercio e integraron su comisión directiva. En el contexto de un reclamo salarial, uno de los gerentes de Cencosud S.A. obtuvo el listado de los miembros de la comisión directiva del Sindicato. Pocos días después de este hecho, los empleados que formaban parte de la comisión fueron despedidos de Cencosud S.A. Los empleados consideraron que el ser despedidos sin expresión de causa resultó un acto discriminatorio por sus actividades gremiales, por lo que, a la reparación económica le agregaron la petición de ser restablecidos en sus cargos. La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó el fallo de primera instancia que había considerado acreditados los hechos invocados por los actores y, por tal cuestión, mantuvo lo decidido en cuanto a reincorporarlos y repararlos económicamente. Para así decidir, extrae sus fundamentos del artículo 1° de la Ley antidiscriminatoria N° 23.592<sup>150</sup>. El punto central del decisorio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

---

<sup>149</sup> Fallos 333:2306 (Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo). 7 de diciembre de 2010.

<sup>150</sup> El artículo 1° de la Ley N° 23.592 establece. “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a

es resolver si la mencionada Ley es aplicable a la relación de trabajo privada y si la reinstalación dispuesta a la luz de su artículo 1° resulta compatible con los derechos de la empleadora demandada. Debe recordarse que, en cuanto al empleo privado, en líneas generales la protección del trabajador contra el despido arbitrario se denomina impropia: el despido sin causa debe ser indemnizado, pero no existe un deber genérico de restablecimiento en el cargo de la persona despedida.

La Corte Suprema hace un exhaustivo análisis de normas internacionales para concluir que el principio de igualdad y de prohibición de discriminación pertenece al *jus cogens* y se desprende directamente "de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona" y "posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, 17-9-2003, Serie A N° 18, párrs. 87/88 —y sus citas— y 100)<sup>151</sup>. En este sentido, agrega que

El principio, así considerado, acarrea, naturalmente, obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y a los particulares. Respecto de los primeros, dichas obligaciones, así como les imponen un deber de abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*, también les exigen la adopción de "medidas positivas" para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, lo cual implica, *inter alia*, el ejercicio de un "deber especial" de protección con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.

---

dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos".

<sup>151</sup> La Corte Suprema remarca que la referencia a este antecedente "y el seguimiento del que será objeto, son más que apropiados en el sub lite por cuanto, en esa oportunidad, el tribunal regional asentó una doctrina de importancia mayor para la conceptualización del principio en estudio, no debiéndose pasar por alto, asimismo, que lo hizo con motivo de examinar una cuestión de neta índole laboral, aun cuando su proyección excede esta esfera".

Por lo tanto, las relaciones jurídicas entre los particulares también deben respetar los derechos humanos; máxime cuando se tratan de relaciones jurídicas que nacen o se constituyen a partir de un sensible desequilibrio real que hace a una de las partes susceptible de “preferente tutela”. La Ley antidiscriminatoria N° 23.592 es un claro ejemplo dentro de aquellas normas que cumplen con la obligación de realizar, por parte de los Estados, acciones positivas dirigidas a evitar y sancionar la discriminación. Pero, y acá menciona lo resuelto en “Partido Nuevo Triunfo”, además deben ser acciones positivas la interpretación que de tales leyes hagan los tribunales. Por otra parte, nada en su texto impide su aplicación al campo del derecho laboral. Este elemento resulta determinante en el voto mayoritario pues sirve de fundamento para resolver por la reincorporación de la parte trabajadora despedida por causa de discriminación. Es más, la reinstalación es la medida que mejor cumple con el objetivo primario en materia de derechos humanos que es la reparación, entendida como rectificación y reinstalación cuando ellas son posibles, en lugar de la compensación.

En fin, la mayoría decisoria entendió que, al existir discriminación probada y ser ésta la causal subyacente al despido, cabía la aplicación de la Ley antidiscriminatoria N° 23.592 y, por tal razón, además de la indemnización resultaba pertinente la restitución de los despedidos. En este caso, el voto mayoritario de la Corte Suprema desarrolló argumentos sosteniéndose en jurisprudencia internacional. Por ejemplo, señala que el principio de igualdad y prohibición de discriminación ingresa al *jus cogens* conformando uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional (caso Furundzija sentencia del 10-12-1998 del Tribunal Penal Internacional); el acto discriminatorio como violación de la dignidad de la persona humana; la idea de que “la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia,

que funcionarían como ‘santuarios de infracciones’: se reprueba en todos los casos” (Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes, voto del juez García Ramírez, párrafo 20); principio *pro homine* que determina que el intérprete debe escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana; idea de plena reparación de los daños irrogados cuando se trata de violaciones a los derechos humanos (CIDH, Baena Ricardo y otros vs. Panamá, sentencia del 2 de febrero de 2001, Serie C N° 72, párrafos 202 y 203 y sus citas) entre otros.

## 6.2 Pellicori

En “Pellicori”<sup>152</sup>, la actora demanda al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal por considerar que su despido respondió a razones de índole discriminatoria y que el motivo alegado por el empleador escondió una represalia por ser pareja de un delegado sindical de la misma institución. Por tal motivo, e invocando el artículo 1° de la Ley antidiscriminatoria N° 23.592, solicitó la nulidad del despido y la reinstalación en el cargo. Se trata de una causa en donde se busca dilucidar los motivos reales de un acto de un particular tildado como discriminatorio y cuál debe ser el régimen probatorio aplicable. El problema fundamental de la temática probatoria es, justamente, el conjunto de serias dificultades por las que atraviesa una víctima de discriminación cuando la misma proviene de un particular y, consiguientemente, su dificultad para acreditarla mediante plena prueba.

La Corte Suprema, a partir de un detallado repaso de la jurisprudencia internacional en la materia, entiende que el *corpus iuris* elaborado por los comités de derechos humanos, que forma parte de las condiciones de vigencia de los tratados

---

<sup>152</sup> Fallos 334:1387 (Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo). Sentencia del 15 de noviembre de 2011.

internacionales con jerarquía constitucional en los términos establecidos por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, se proyecta en el régimen probatorio de la Ley antidiscriminatoria N° 23.592 en situaciones en las que se controvierte el motivo real de un acto particular tildado de discriminatorio. Esta proyección al régimen probatorio forma parte de un ejemplo o reflejo de la exigencia internacional de realizar por parte de los Estados “acciones positivas tendientes a evitar la discriminación” (considerando 6°). El *corpus* mencionado presupone que las víctimas de discriminación realizada por particulares tienen serias dificultades probatorias y, por dicha cuestión, establece un estándar probatorio diferenciado compuesto por dos reglas: 1) reducir del grado de convicción que, respecto de la existencia del motivo discriminatorio, debe generar la prueba que recae sobre quien invoca ser víctima de dicho acto; 2) a partir de lo anterior, modular la medida en que la carga de la prueba pesa sobre el demandado al que se le imputa la discriminación<sup>153</sup>.

Además de la dificultad probatoria, la adecuación de los remedios procesales a los términos señalados es imprescindible para su efectividad y adquiere más entidad porque el agravio involucra a los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, “por cuanto estos resultan elementos arquitectónicos del orden jurídico constitucional argentino e internacional” y “han alcanzado la preeminente categoría de *ius cogens*” (considerando. 5°).

Siguiendo ese estándar, la Corte Suprema establece en “Pellicori” que resultará suficiente, para la parte que afirma la existencia de una discriminación, la acreditación

---

<sup>153</sup> En este sentido, la Corte Suprema, citando al Comité contra la Discriminación Racial, señaló que “en los reclamos o demandas civiles por discriminación, las normas procesales han de regular la carga de la prueba en términos tales que, una vez que el reclamante hubiese acreditado ‘prima facie’ que ha sido víctima de una discriminación, deberá ser el demandado la parte que produzca la prueba que justifique, de manera objetiva y razonable, el trato diferente (Concluding observations: Zambia, 2005, CERD/C/ZMB/16, párr.. 18...” (considerando 6°).

de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia. Luego, le corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación (según considerando 11). En el caso se observaron elementos que hacían presuponer que la actora había sido despedida en virtud de su afiliación gremial y, al no poder probar la demandada la inexistencia del motivo discriminatorio a partir de motivos objetivos y razonables, ordenó su reinstalación en el cargo<sup>154</sup>. En definitiva, la discriminación no proviene de una norma, sino que el actuar de un particular genera un perjuicio discriminatorio en una persona o grupo. La doctrina que aplica la Corte Suprema es denominada del “tratamiento desigual” (Zayat, 2014 b).

#### El estándar probatorio

no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esta convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el *prima facie* acreditado (considerando 11 *in fine*).

¿Y cómo prueba la actora estos hechos que, *prima facie* evaluados, resultan idóneos para inducir su existencia? La Corte Suprema no especificó los criterios a utilizar. Por eso para Zayat (2014 a) “la Corte no avanzó más allá de cómo deberá acreditarse *prima facie* el caso de discriminación. Si será necesaria prueba directa, o de la intención, o si alcanzará con prueba indiciaria o estudios empíricos que acrediten la discriminación de los hechos”.

---

<sup>154</sup> En dos fallos posteriores, “Varela” (Fallos 341:1106) y “Fontana” (Fallos 344:521), y a raíz de despidos denunciados como discriminatorios, el máximo tribunal parece atemperar la obligación por parte de la empleadora de probar motivos objetivos y razonables para alejar la presunción discriminadora, considerando suficiente la obligación, mucho menos precisa, de probar cualquier otro motivo, de la naturaleza que sea. Esto, indudablemente, importa una mejora en la posición de la parte más poderosa en la relación jurídica, aunque, a mi criterio, no llega a reformular todo el estándar probatorio de “Pellicori”.

El máximo tribunal utiliza la jurisprudencia internacional para justificar el establecimiento de un estándar probatorio en consonancia con la obligación estatal de establecer acciones tendientes a evitar la discriminación. Sin embargo, dentro de la abundante jurisprudencia internacional referida en el fallo no se encuentran menciones específicas relacionadas con el derecho a la igualdad y la no discriminación y su concepción estructural provenientes del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Por el contrario: se pueden detallar específicamente la referencia a la necesaria existencia de recursos efectivos que permitan la protección judicial requerida (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de junio de 2005, Serie C N° 129, párr. 93 y sus citas, entre otros); la efectividad del recurso “debe ser medida” de acuerdo a la posibilidad de “cumplir con su objeto”, de “obtener el resultado para el que fue concebido” (idem; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe n° 49/99, caso 11.610, Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz – México, 13 de abril de 1999, párr. 81, entre otros); la categoría de *ius cogens* del principio de igualdad y no discriminación (el a esta altura varias veces mencionado “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18, párrs. 97/101 y 110). Y nada más. Inexistente apelación a estándares estructurales aunque, resulta justo señalarlo, la jurisprudencia del Sistema Interamericano hasta ese año (2011) tampoco resultaba muy profusa.

En definitiva, otra de las cuestiones que nos dejan “Partido Nuevo Triunfo”, “Álvarez” y “Pellicori” es que, para la Corte Suprema, los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación han alcanzado la categoría de *ius cogens* y resultan elementos arquitectónicos del orden jurídico constitucional. Por tal razón, la

prohibición de discriminación y la exigencia internacional por parte de los Estados de realizar acciones positivas tendientes a evitar esa discriminación deben reflejarse en su legislación, en la interpretación de la legislación que hagan sus tribunales y, por consiguiente, en la garantía de recursos suficientes y efectivos para lograrlo. Entonces, el principio de igualdad y no discriminación extiende su lógica al procedimiento judicial, a las herramientas que debe contener para proteger efectivamente derechos y a la forma en que la judicatura debe interpretar esos mecanismos.

### **6.3 Sisnero**

En “Sisnero”<sup>155</sup> existen dos pretensiones: una de carácter individual y otra de carácter colectivo. La individual, involucra a la señora Sisnero e implica su derecho a la igualdad y a la no discriminación en razón de género pues, de forma infructuosa y pese a cumplir todos los recaudos para ser chofer y contar con la licencia habilitante para conducir transportes urbanos, intentó ser contratada en alguna de las siete empresas de colectivos operadas por la Sociedad Anónima del Estado del Transporte Automotor (SAETA) y con la mediación de la Autoridad Metropolitana de Transporte (AMT). En relación con la pretensión colectiva, el fundamento también se relaciona con la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación, pero basada en la falta de contratación de choferes mujeres en el transporte público de pasajeros en la ciudad de Salta<sup>156</sup>. A partir de esta cuestión, la pretensión de las demandantes<sup>157</sup> tiene

---

<sup>155</sup> Fallos: 337:611 (“Sisnero, Mirtha Graciela y otros c. Tadelva S.R.L. y otros s/ amparo”). 2014.

<sup>156</sup> “El alcance que se da a la legitimación activa colectiva en el caso muestra el apartamiento de la tradición procesal individualista basada en la acción y promoción individual o mancomunada de demandas (de intereses subjetivos individuales o mancomunados), y el anclaje en una nueva corriente procesal de acciones colectivas sensible a la necesidad de ampliar el acceso a la justicia de casos que llamamos estructurales. El litigio sobre este tipo de casos determina decisiones judiciales con una

tres ejes: a) el cese de la discriminación por razones de género, b) la incorporación de Sisnero como choferesa de colectivo y c) el establecimiento de un cupo de puestos para ser cubiertos exclusivamente por mujeres, hasta que la distribución total refleje una equitativa integración de los géneros en el plantel de choferes de las empresas operadoras del servicio.

Es importante detenerse en la sentencia de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Sala V, de la Ciudad de Salta, pues al hacer lugar a la demanda, no sólo ordena el cese de la discriminación por razones de género. Resolvió que las empresas deberían contratar personal femenino hasta alcanzar un treinta por ciento de la planta de choferes. Para operativizar tal cuestión estableció que la AMT debía confeccionar una lista de todas las postulantes mujeres que cumplan con los requisitos de las leyes y ordenanzas vigentes. Frente a la necesidad de choferes, si alguna de las empresas demandadas no contrataba a la primera mujer que se encontraba en la lista confeccionada, debía pagarle un salario idéntico al del chofer varón mejor remunerado. Como señalan Puga y Otero (2012, p. 341), esta sentencia encuentra su antecedente más claro en la causa “Fundación Mujeres en Igualdad y otro v. Freddo SA s/ amparo”<sup>158</sup> y, además de reflejar una decidida reacción de la judicatura

---

pretensión normativa que se extiende a relaciones entre sujetos que no participan en el proceso como partes procesales” (Puga y Otero, 2021).

<sup>157</sup> La demanda fue interpuesta por Mirtha Sisnero junto a la fundación “Entre Mujeres” (esta última en representación del colectivo de las mujeres salteñas). Contó con el patrocinio de una Defensora Oficial en lo Civil de la Provincia.

<sup>158</sup> “Fundación Mujeres en Igualdad y otro v. Freddo S.A. s/ amparo” fue una sentencia producto de un amparo colectivo contra esa empresa, acusada de realizar prácticas discriminatorias contra las mujeres en la selección de su personal. La Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la sentencia de primera instancia y condenó a la empresa a contratar en el futuro sólo personal femenino hasta compensar, en forma equitativa y razonable, la desigualdad producida. Este fallo, además del hecho de ser el primero tan relevante en materia de una acción afirmativa expresamente diseñada por la judicatura, sostiene que uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares es la dificultad probatoria y por ello, teniendo en cuenta que la no discriminación es un principio que cuenta con sustento constitucional y con fuerte apoyatura convencional, la carga probatoria debe pesar sobre el empleador. Entonces, no existen normas discriminatorias; existe una conducta desplegada durante años por el particular demandado que muestra un consistente rechazo a emplear mujeres y que, por tal razón, torna irrazonable el margen de discrecionalidad que cabe

argentina frente a las políticas de empleo privado que discriminan a mujeres, muestra también

la radical metamorfosis que se está operando en nuestro sistema jurídico procesal desde hace ya más de una década, sin la cuál hubiera sido impensable este tipo de intervención y remedio judicial (Puga y Otero, 2012, p. 342).

La sentencia de la segunda instancia salteña consideró que el hecho de que no existiera ninguna choferesa mujer era suficiente para presumir la discriminación y, entonces, imponer a los demandados la carga de probar lo contrario; “la violencia estaba en ese resultado social, en la segregación total de las mujeres de la planta de choferes de transporte público, por la cual las empresas son responsables” (Puga y Otero, 2012, p. 356). Esta resolución fue revocada por la Corte de Justicia de Salta, lo que motivó, frente al Recurso Extraordinario Federal denegado, la queja que fundamentó la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Procuradora General de la Nación centró la cuestión al señalar que en la causa “está en juego la determinación del alcance del derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación de las mujeres en el ámbito de la selección de personal para ocupar puestos de trabajo” (considerando IV) y las obligaciones que generan estos derechos en las empresas pertenecientes a un mercado laboral “segregado en perjuicio de las mujeres”. Siguiendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 18/03 “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”<sup>159</sup>, afirma que la obligación de respetar, proteger y garantizar el derecho humano a la igualdad y a la no discriminación recae sobre todos los poderes del Estado, sobre los particulares y en los resultados tanto de sus acciones como de

---

concederle al empleador en la selección de su personal. Otro elemento destacable es que la Sala toma en cuenta que los sujetos pasivos de discriminación son pertenecientes a un grupo que históricamente se encuentra en desventaja. Es decir, no es suficiente el reconocimiento de los derechos; es menester establecer dispositivos que desalienten y directamente anulen la práctica discriminatoria utilizada.

<sup>159</sup> Nuevamente encontramos la mención a esta Opinión Consultiva.

sus omisiones. Sisnero solicita ser empleada en una posición laboral cuyo mercado se encuentra segregado sobre la base de una categoría sospechosa de padecer discriminación a la que ella pertenece; en este contexto, la decisión de no contratarla se presume inválida y será el empleador quien deba salvar esta presunción acreditando el fin legítimo que sostenía la exclusión y que éste era el medio menos restrictivo para alcanzar ese fin.

Como se ve, el estándar propuesto en su Dictamen por la Procuradora es el de las categorías sospechosas, pero atenuado en cuanto a la calificación del fin, que sólo debe ser “legítimo” y no “sustancial”, como es calificado en “Hooft<sup>160</sup>” y “Gottschau<sup>161</sup>”. ¿Esto significaría que, para la Procuradora, en caso de categorías sospechosas aparecidas en relaciones entre particulares, el escrutinio, si bien agravado, sería menos estricto que cuando las emplea el Estado? Adelanto mi respuesta positiva. Pero también es necesario decir que el marco de análisis general propuesto por la Procuradora parece más robusto y riguroso que el que adopta la Corte Suprema en el cuerpo de la sentencia, pues introduce el concepto de mercado segregado. Según la RAE, la segunda acepción de segregar es “separar y marginar a una persona o a un grupo de personas por motivos sociales, políticos o culturales”. Y no sólo eso. El Dictamen introduce el análisis de los patrones socioculturales que generan desigualdades (Orlando, 2014, p. 11).

Las empresas de transporte no revirtieron esta presunción de conducta discriminatoria. Lo único que hicieron fue ignorar sistemáticamente la postulación de Sisnero. La defensa planteada por las empresas demandadas con relación a la falta de

---

<sup>160</sup> Considerando 6°, Fallos: 327; 5118.

<sup>161</sup> Considerando 5°, Fallos: 329; 2986.

experiencia en el ejercicio de ese oficio por parte de la actora tampoco desvirtúa la presunción de invalidez, pues

dicha falta de experiencia se produce, justamente, a raíz del estereotipo de género que las ha excluido históricamente del oficio de chofer. La justificación de cualquier decisión de contratación en perjuicio de las mujeres deberá estar despojada de estereotipos y nociones fijas y arcaicas acerca de los roles y las habilidades de los hombres y las mujeres (cf. Corte Suprema de los Estados Unidos, “Mississippi University for Women v. Hogan”, 458 U.S. 718, del 1º de julio de 1982, sección II y sus citas) (dictamen de la Procuradora).

Considero central el punto propuesto por la Procuradora, que marca el plus igualitario de la visión estructural o no subordinatoria: la situación histórica y social, los estereotipos de género y de roles hicieron que fuera imposible para la mujer tener experiencia en esa disciplina laboral; por tal razón, el análisis de idoneidad que contemple la exigencia de ese requisito se convierte inmediatamente en otro elemento presunto de discriminación. Por eso

la existencia de estos territorios laborales diferenciados debe ser considerada como el resultado de procesos sociales solapados bajo la apariencia de lo natural, tal es el caso de la socialización diferencial de varones y mujeres que implica un aprendizaje acerca de los roles, las representaciones y las prácticas adecuadas para cada sexo (Puga y Otero, 2021).

La Corte Suprema reafirma que los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación son elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional. Los ataques a los derechos humanos pueden provenir de autoridades públicas pero, también, de particulares. Y la cuestión debatida en “Sisnero” es si esos particulares (las empresas de servicios de transporte público de pasajeros de la ciudad de Salta), vulneraron el derecho de la actora y de las mujeres “a elegir libremente una profesión o empleo y a no ser discriminadas en el proceso de selección, en el caso, a los fines de acceder a un empleo como conductora de colectivos” (considerando 4º).

En virtud de la dificultad probatoria que tienen los hechos de discriminación y que ésta “no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable”, la Corte busca compensarlas utilizando el estándar probatorio aplicable a estos casos, que es el que elaboró en Pellicori. Entonces, para la parte que invoca un acto discriminatorio será suficiente con la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia. En este caso, será el demandado quien deba probar que “existió un motivo objetivo ajeno a la discriminación que justificase el tratamiento desigual” (Zayat, 2014 b).

Al analizar los antecedentes de “Sisnero”, la Corte concluye que se acreditaron diversos hechos conducentes y suficientes para configurar un caso encuadrable en una situación discriminatoria y, como contrapartida, los demandados no pudieron demostrar que existieron motivos “objetivos y razonables” en su conducta. Por tal razón, revocan la sentencia de la Corte Suprema de Salta y devuelven el expediente para que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo que resuelve. El efecto práctico de la sentencia fue, precisamente, dejar firme lo resuelto por la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, Sala V, de la ciudad de Salta, que había hecho lugar a la demanda, ordenado el cese de la discriminación por razones de género y establecido un cupo del 30% de mujeres en las plantas de choferes.

Quizás la Corte podría haber sido más precisa en su decisión, sin delegar el resolutorio final en la instancia provincial (Zayat, 2014 b). Y, seguramente, desaprovechó la oportunidad de introducir indubitadamente una mirada estructural y antisubordinatoria, como la desarrollada en el Dictamen de la Procuradora (Orlando, 2014, p. 11) privilegiando, o considerando suficiente, el argumento formal. Es de resaltar, además, que según las últimas informaciones disponibles, Mirtha Sisnero consiguió trabajo en una empresa de transporte público, pero no como choferesa. Fue

pionera y, tal vez por eso mismo, sigue “castigada”<sup>162</sup> y no puede cumplir su voluntad de trabajar manejando un colectivo. Esto muestra a las claras las limitaciones que, en supuestos como el presente, tienen las sentencias judiciales, máxime cuando no se establece claramente y por parte de quien corresponde una política de seguimiento en la implementación. Sin perjuicio de esto, Puga y Otero aclaran que desde lo resuelto por la Corte Suprema “puede verse mujeres conduciendo colectivos en Salta. Aunque todavía son pocas las colectiveras, la gente dice que las encuentran más seguras y amables” (versión 2021).

La judicatura, con su diálogo institucional intrapoder y sus claroscuros, no hizo más que establecer una medida de acción positiva que, como tal, tuvo un alcance general e impactó en un grupo subordinado. Desde este lugar, resulta una decisión relevante y que muestra una consolidación doctrinaria a favor de las medidas de acción positiva; incluso aunque fue resuelta centralmente apelando al principio de igualdad como no discriminación, resultan evidentes los desarrollos estructurales, fundamentalmente en el dictamen de la Procuradora.

En relación a la jurisprudencia internacional mencionada, la Corte Suprema, al igual que la Procuradora, vuelve a tomar la Opinión Consultiva 18/03<sup>163</sup>, párrafo 140, de la Corte Interamericana que señala que

en una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos

---

<sup>162</sup> <https://www.tribuno.com/salta/nota/2017-8-3-0-0-0-mirtha-sisnero-consiguio-trabajo-en-el-transporte-pero-no-de-chofer>, <https://www.telam.com.ar/notas/202009/517941-mujer-chofer-salta-colectivera.html>, consultados el 6 de julio de 2021. “La principal queja de Mirtha es con ‘la Justicia salteña’, por considerar que ‘no respetó el fallo que decía claramente que en la primera vacante tenía que ingresar yo, y después ya vino el amparo colectivo que estableció el cupo del 30% en cada empresa y la apertura del registro de aspirantes’, explicó. Mirtha cumple hoy funciones de inspectora en una de las operadoras del servicio de transporte de pasajeros de Salta. ‘Las veces que pedí ser chofer me dijeron que no hay vacante’, así que ‘sigo castigada’, pero ‘el caminito ya está hecho’, concluyó Mirtha, tras una lucha de años en la que no claudica”.

<sup>163</sup> La varias veces mencionada Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, 17-9-2003.

humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares.

Este desarrollo, como señalé, ya había sido receptado por la Corte Suprema en “Álvarez”.

#### **6.4 Conclusión**

Me interesa destacar varias cuestiones de este conjunto de resoluciones. En “Álvarez” encontramos que la Corte Suprema en ninguno de sus dos votos establece un estándar probatorio para cuestiones de discriminación en relaciones de trabajo y entre particulares. Este punto no se trató pues lo consideran resuelto, y no cuestionado, en la anterior instancia. Lo sustancial aparece en el voto de la mayoría decisoria que entendió que, al existir discriminación probada y ser ésta la causal subyacente al despido, cabía la aplicación de la Ley antidiscriminatoria N° 23.592 y, por tal razón, además de la indemnización resultaba pertinente la restitución de las personas despedidas. Es decir, la normativa de igualdad y prohibición de discriminación resulta imperativa, también, en las relaciones entre particulares. La Ley y su interpretación a favor del principio igualitario forman parte de las acciones positivas que los Estados deben realizar tendientes a evitar la discriminación. Como ya señalé, en “Partido Nuevo Triunfo”, “Álvarez” y “Pellicori” la Corte Suprema consolida la categoría *ius cogens* de los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación.

Para Puga y Otero en “Sisnero” se establece que cuando existe exclusión sistemática de un grupo del acceso a ciertos derechos, deben tomarse “acciones opuestas para recomponer los desequilibrios generados por esa exclusión histórica” (2012, p. 358).

Podría parecer una ventaja que la Corte Suprema no haya utilizado como argumento

especial el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional, relativo a la promoción de acciones positivas por parte del Congreso para promover la igualdad real de oportunidades y de trato, pues esta línea argumental introduce, conjeturalmente, la posibilidad de un debate estéril en este caso relacionado con la facultad del Poder Judicial de establecer puntuales “medidas de acción positiva”. Considero que esta posible dificultad, y la consiguiente objeción a utilizar el argumento del principio subyacente en el artículo 75 inciso 23, ha sido superada exitosamente por la propia Corte Suprema al señalar que, si bien esta norma está específicamente dirigida a la legislatura federal, “debe igualmente servir de pauta de orientación para toda autoridad estatal en su ámbito de competencia” (considerando 8° de la mayoría argumental en “Q. C., S. Y. C/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”)<sup>164</sup>. Siendo más claro. La apelación al artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional no es obstáculo para resolver remedialmente, o con acciones positivas, los casos de violación al derecho a la igualdad o de discriminación. Por supuesto que, primariamente, el establecimiento de “medidas de acción positiva” es una potestad (y una obligación) legislativa. Pero esta competencia primaria no obsta a que ese principio igualitario estructural deba guiar el accionar de todos los poderes públicos en el contexto de la obligación de los Estados de establecer acciones tendientes a evitar la discriminación. Y que se manifieste, también, en la interpretación que, de las propias leyes, deba hacer la judicatura al aplicarlas.

Tanto en “Álvarez” como en “Pellicori” se discutían despidos calificados como discriminatorios y se ordenó la reincorporación. En cambio, en “Sisnero”, “no se discutía un despido, sino una negación a contratar” (Zayat, 2014 b). En cuanto a la temática probatoria, tanto en “Pellicori” como en “Sisnero”, cuando estamos en

---

<sup>164</sup> Fallos 335:452 (“Q. C., S. Y. C/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”). 2012.

presencia de posibles discriminaciones realizadas por particulares, e independientemente de su efectiva voluntad discriminadora, la Corte Suprema aplicó un test o estándar probatorio que reparte las cargas: la parte actora deberá acreditar hechos que *prima facie* resulten idóneos para inducir la discriminación; a continuación, la parte demandada deberá demostrar que tuvo un objetivo razonable y no discriminatorio<sup>165</sup>. Este estándar de control utilizado en supuestos de discriminación por parte de particulares es más estricto que el de simple razonabilidad, pero no llega al nivel del escrutinio estricto que empleó la Corte Suprema en el caso de categorías sospechosas utilizadas por el Estado al reglar el ejercicio de derechos. Se diferencian en dos puntos: 1º) en los supuestos de discriminación entre particulares la parte actora debe acreditar hechos que resulten idóneos para inducir la discriminación; en los casos de categorías sospechosas la inconstitucionalidad se presume sin necesidad de acreditar nada; 2º) en los supuestos de discriminación entre particulares es suficiente para superar la presunción de discriminación que el demandado pruebe la existencia de un objetivo razonable y no discriminatorio en su conducta; en el caso de categorías sospechosas el escrutinio estricto requiere que sólo se puede salvar la constitucionalidad de la norma demostrando que los fines son sustanciales, y no meramente convenientes, y los medios no solo son idóneos para promover esos fines sino también los menos perjudiciales para los derechos en juego.

Es el Dictamen de la Procuradora en Sisnero quien aporta una mirada estructural y contextualizada del derecho a la igualdad y bajo el ideal antisubordinatorio más completo y desarrollado. Sin perjuicio del hecho de que la Corte Suprema no recepta

---

<sup>165</sup> O cualquier otro motivo, según los casos posteriores "Varela" y "Fontana", como ya indiqué anteriormente.

de forma clara esta postura, sí es posible afirmar que la concepción igualitaria aparece más robusta, ampliándose a supuestos de discriminación entre particulares y con una especial protección a trabajadores y mujeres. Resulta evidente señalar que acá sí se encuentra una idea de grupo con elementos de autoidentificación, interdependencia de sus componentes, subordinación económica o poder político limitado.

### **7. El derecho a la igualdad y los derechos sociales. El derecho a la igualdad de los grupos económicamente excluidos**

En materia de derechos sociales la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dictado, durante el período bajo análisis, varios pronunciamientos que, además de “reflejar un ejercicio explícito del control de constitucionalidad o de la facultad de ordenar acciones a otras ramas del Gobierno” (Etchichury, 2013, p. 273), fueron consistentes con el ideal robusto del derecho a la igualdad (como ejemplo, “Vizzoti”, 2004; “Madorrán”, 2007; “Badaro I”, 2006). De esta serie de sentencias relacionadas con los derechos sociales analizo tres que considero particularmente relevantes en cuanto la asociación entre tales derechos y el abordaje estructural del derecho a la igualdad.

Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y, de forma inicial, los derechos laborales, plasman de manera muy clara el ideal de igualdad real y bajo el principio antisubordinatorio. Se construyen a partir del trato preferente a grupos subordinados por relaciones de dominación y repetida vulnerabilización. Desde esta lógica, el principio de no discriminación y el concepto de categoría sospechosa asociado al mismo en cuanto entender que toda clasificación utilizando determinadas categorías son sospechosas en sí, independientemente del carácter subordinado o no de los términos de esas categorías, resultan insuficientes pues rechazan, o no prestan debida atención, a la existencia de los grupos estructuralmente desiguales y la

exigencia de dismantelar esta situación de desigualdad (Saba, 2010, p. 719). En el contexto de la Constitución argentina, entonces, sin la primaria aparición de una mirada estructural y antisubordinatoria hubiera sido imposible el desarrollo del constitucionalismo social y de los derechos sociales que, por ejemplo, reglamentan de forma diferente el alcance de determinados derechos tratándose de trabajadores de diferentes sexo (el caso típico es la cantidad de días de licencia por maternidad/paternidad) o consiente la existencia de diferentes regulaciones en virtud de la actividad específica de los grupos de trabajadores. En materia de legislación social y obrera, la Corte Suprema estableció que no violaba el derecho a la igualdad la existencia de diferentes tipos de regímenes indemnizatorios en relación a las distintas actividades. Es decir, un grupo específico, en este caso un gremio, podía recibir por parte del legislador un trato diferente que no lesionaba tal derecho en tanto “no se demuestren discriminaciones por razón de hostilidad o injusto privilegio...” (Fallos 180:39; 181:209; 182:355).

Los fallos de Corte Suprema que analizo ejemplifican, de alguna manera, este enfoque estructural y aportan un claro marco doctrinario en cuanto al alcance protectorio y su fundamento constitucional y convencional.

### **7.1 Itzcovich**

El 29 de marzo de 2005 en el caso “Itzcovich”<sup>166</sup> la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la invalidez constitucional del recurso ordinario de apelación reglado por el artículo 19 de la Ley N° 24.463<sup>167</sup> en razón de entender que dicho procedimiento recursivo, en su aplicación práctica, comprometía el rol institucional

---

<sup>166</sup> Fallos: 328:566. (“Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios”). 2005.

<sup>167</sup> Que establece: “La sentencia definitiva de la Cámara Federal de la Seguridad Social será apelable ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por recurso ordinario, cualquiera fuere el monto del juicio”.

del máximo tribunal, generaba una gran expansión en el ámbito de la competencia de la Corte Suprema y causaba graves perjuicios a las personas jubiladas en sus actuaciones contra la ANSeS . Para hacerlo, sostuvo la irrazonabilidad sobreviniente del mencionado precepto, pues al momento de la sentencia entendió que su efecto principal es la demora de manera injustificada del cobro de un crédito de eminente carácter alimentario y que ya había sido reconocido en dos instancias anteriores, cuestión que desvirtuaba los fines que manifestó tener en miras el Poder Legislativo al crear el recurso frente a la Corte. El eje resolutorio del caso, en definitiva, se centró en el concepto de inconstitucionalidad sobreviniente de un precepto legal en virtud de que la práctica actual demostró la falta de adecuación con los fines que se propuso el legislador al sancionarlo. El derecho a la seguridad social, su efectivo goce, no puede verse supeditado a plazos irrazonables que violen la garantía del debido proceso. El precepto legal impugnado, con sus efectos dilatorios y las trabas procesales consiguientes, habían motivado una catarata de peticiones contra el Estado argentino ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Abramovich, 2009, p. 23). Para sostener este argumento la Corte Suprema se vale de la interpretación que hace del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos la Corte Interamericana en el caso "Las Palmeras", sentencia del 6 de diciembre de 2001, Serie C. n° 90, párrafo 58 y posteriores.

La concurrencia de Maqueda y Zaffaroni<sup>168</sup> introdujo expresamente el análisis en relación a la igualdad al afirmar que

la afectación en el cobro oportuno de créditos de la naturaleza expuesta debe ser evaluada, también, a la luz del principio de igualdad desde todas sus

---

<sup>168</sup> En este caso creo necesario destacar que el voto mayoritario lo conformaron Petracchi, Highton de Nolasco y Fayt. Concurren por su voto Maqueda y Zaffaroni por un lado y Lorenzetti por el otro. Votaron por sus respectivas disidencias parciales Belluscio, Boggiano y Argibay.

dimensiones, pues, debe reconocerse que en la sociedad existen múltiples discriminaciones como realidad cultural, fundadas en oscuros prejuicios, que la legislación y los jueces deben esforzarse por reducir y eliminar, dando vigencia al principio de igualdad ante la ley. Una de las más odiosas es la discriminación etaria contra los adultos mayores de la población, que asocia a éstos el estereotipo negativo de incapacidad física, intelectual y afectiva, y que, como toda discriminación excluyente, bajo el manto de la piedad hacia el "inferior" postula una "tutela" que no es más que la consagración de la marginación y la exclusión social. Esta discriminación se refuerza en circunstancias en que la competencia en el mercado laboral se agudiza por la escasa demanda y la consiguiente tendencia a excluir personas de esa competencia (considerando 13).

Como puede observarse, y pese a un inicio que parece hacer eje en el ideal de igualdad como no discriminación, el argumento se refiere directamente a la afectación de los integrantes de un grupo particularmente puesto en situación de vulnerabilidad, muchas veces excluido y marginado, como son las personas mayores, asociado a estereotipos negativos, pero sin avanzar en la aplicación de escrutinios agravados en virtud de la existencia de tal grupo. El considerando 15 del voto señalado, además de presentar al principio de igualdad integrado por las normas resultantes de los artículos 16 y 75 inciso 23 de la Constitución, señala que el procedimiento impugnado

carga a un sector ostensiblemente discriminado de la sociedad con el deber de aguardar una sentencia ordinaria de la Corte para cobrar créditos que legítimamente le pertenecen y que han sido reconocidos por dos instancias judiciales, colocándolo en situación de notoria desventaja y disparidad con cualquier otro acreedor de sumas iguales o mucho mayores que no se encuentran obligados a aguardar una sentencia ordinaria de la Corte Suprema de Justicia para hacer efectivo su crédito y que, dadas las especiales características del crédito, no sólo afecta su derecho constitucional de propiedad sino su propio derecho a la vida, a la salud y a la dignidad propia de ésta como atributo de la persona.

El argumento esboza un análisis estructural e interseccional de grupo y de la desventaja que las personas que componen dicho grupo deben soportar en relación al goce de determinado derecho. Bajo esta lógica, también, se encuentran presentes los elementos que permiten referirse a la existencia de una categoría sospechosa cuando

es utilizada, como en este caso, para restringir el ejercicio de un derecho. El Poder Legislativo, en la norma en crisis, establece un procedimiento que sólo es aplicable a un grupo compuesto casi exclusivamente por mayores y que, en el momento de la sentencia, importa una clara desventaja en el goce de un derecho en relación a quienes integran ese grupo. Personas pertenecientes a otras categorías no ven demorado el cobro de un crédito de naturaleza alimentaria por el hecho de la existencia de una tercera instancia que, de acuerdo a su configuración legislativa, es generalmente empleada por la Administración. O sea, mediante el diseño de un procedimiento que a la postre deviene no adecuado, se lesionan indirectamente los derechos de los miembros del grupo. El salto lógico sería, sin más, presumirlo discriminatorio e irrazonable y aplicar el escrutinio estricto. Sin embargo, este salto no es producido en el voto bajo análisis, pese a sostener, en el considerando 16, que el Estado no pudo demostrar durante los años vigencia de la norma la racionalidad de la categoría sometida a ese procedimiento, afirmando que la postergación del proceso que sufren los adultos mayores es “una manifiesta violación a la igualdad sustantiva, irrogando en los hechos una fuente de discriminación vedada por la Constitución Nacional”. Muy por el contrario, se observa un salto mortal para para atrás. Entendiendo, tal vez, que se avanzaba de forma indebida en la potestad eminentemente legislativa de diseñar el alcance de la intervención del Poder Judicial (conforme el artículo 117 de la Constitución nacional), pone la vara muy alta en cuanto a la habilitación de su control pues exige que la inadecuación entre medios y fines sea “palmaria y hasta groseramente contradictoria” para justificar el control de los jueces sobre la norma (considerando 27). Es rara esta conclusión del voto de Maqueda y Zaffaroni: prepara conceptualmente todos los elementos necesarios para desembocar en un control

estricto de medidas que generan un perjuicio en un grupo situación de subordinación, pero resuelve con un aguado, muy aguado, control de simple razonabilidad.

La concurrencia de Lorenzetti resulta aún más precisa en relación al alcance del ideal igualitario involucrado en el decisorio. En principio, y de forma expresa, recuerda que

el conflicto constitucional queda configurado por la colisión entre la tercera instancia ordinaria como instrumento para la seguridad jurídica en litigios contra el Estado invocado como fundamento por el legislador, por un lado, y la duración razonable del proceso, el acceso a la justicia, y los derechos de la ancianidad por el otro (considerando 10).

Lorenzetti afirma el concepto de que las personas tienen derechos fundamentales con un contenido mínimo a los efectos de su desarrollo autónomo y digno. Luego efectúa una lectura de los principios de justicia enunciados por John Rawls (2010 y 1994), definiéndolos de forma conjunta como un principio de justicia que

“goza de amplio consenso” y que es el que “manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos (Rawls, John A theory of Justice, 1971, Harvard College). (considerando 11)<sup>169</sup>.

A continuación, agrega que estos principios son recibidos en la Constitución Nacional en el artículo 16, que establece la regla de la igualdad, y en el artículo 75 inciso 23 que

justifica la distribución diferenciada a través de medidas de acción positiva destinadas a garantizar la igualdad real de oportunidades y el pleno goce de los derechos... en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (considerando 11).

---

<sup>169</sup> Si tomamos el desarrollo de sus dos principios de justicia realizado en un escrito posterior a “Teoría de la Justicia” observamos que el primero dice: “Toda persona tiene el mismo derecho a un esquema plenamente válido de iguales libertades básicas que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos” (Rawls, 1994, p. 13). El segundo principio señala: “Las desigualdades sociales y económicas deben satisfacer dos condiciones. En primer lugar, deben estar asociadas a cargos y posiciones abiertos a todos en igualdad de oportunidades; en segundo lugar, deben suponer el mayor beneficio para los miembros menos aventajados de la sociedad” (Las libertades fundamentales y sus prioridades dentro de las conferencias Tanner sobre filosofía moral).

Lorenzetti señala que la Constitución califica a las personas mayores como un grupo particularmente vulnerable y, por tal razón, las diferencias que establezca el legislador deben serlo con fines tuitivos y no a los efectos de perjudicarlos, como hace la norma que se analiza en el caso. El procedimiento previsional debe guardar correlato con los derechos que pretende hacer efectivo el grupo vulnerable. Por tal razón, la tutela judicial debe ser la adecuada, encaminada a la protección efectiva del derecho. Es decir, la Constitución argentina justificaría una tutela más acentuada en el caso de las personas mayores de edad, pero no una diferencia que las perjudique.

Este voto, sin cristalizar la utilización de la teoría de las categorías sospechosas y el consiguiente escrutinio estricto, aporta elementos interesantes para entender la lógica que debe imperar en el análisis de la normativa relacionada con los sectores vulnerabilizados y de cómo el trato diferenciado debe serlo a los efectos tuitivos y no a la inversa.

Los votos concurrentes de Maqueda y Zaffaroni, por un lado, y de Lorenzetti, por el otro, ejemplifican, aún con sus limitaciones, el nexo conceptual esencial entre el ideal de igualdad bajo el principio no subordinatorio y su mirada estructural y los derechos económicos sociales y culturales. Nuevamente observo que doctrinaria y discursivamente se prepara un terreno a favor de la igualdad como no sometimiento que, evidentemente, es desaprovechado al momento de resolver.

## 7.2 Q. C., S. Y.

En el caso Q. C., S. Y.<sup>170</sup> del 24 de abril de 2012 una mamá, Sonia Yolanda Quisberth Castro, y su hijo menor de edad, quien padecía una discapacidad producida por una encefalopatía crónica no evolutiva, reclaman al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la inclusión en los programas gubernamentales relacionados con el acceso a la vivienda y le proporcionen alternativas para salir de la situación de calle en que se encontraban.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, ordena al Gobierno porteño que intervenga con sus equipos profesionales para asegurar que el niño disponga de la atención y el cuidado que su estado de discapacidad requiere; provea a la mamá del niño del asesoramiento y la orientación necesarios para la solución de su problemática habitacional; le garantice, aun en forma no definitiva, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología que presenta el niño, sin perjuicio de incluirla en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada.

En el punto bajo análisis en el presente trabajo, la Corte efectúa en el considerando 8° I. una interpretación integrada del artículo 14 bis y del artículo 75 inciso 23 al entender que este último “reforzó el mandato constitucional de tutela para situaciones de vulnerabilidad” como la que se debatía en la causa. Por otra parte, la Corte Suprema afirma que, si bien la norma del artículo 75 inciso 23 está dirigida específicamente al legislador federal, tiñe la definición de las políticas públicas pues “debe igualmente servir de pauta de orientación para toda autoridad estatal en su ámbito de competencia”. Como ya señalé en el punto 6.4, la Corte Suprema parece terminante en este tema: el principio igualitario que surge del artículo 75 inciso 23 de

---

<sup>170</sup> Fallos: 335:452. (“Q. C., S. Y. C/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”). 2012.

la Constitución Nacional no se limita exclusivamente al Poder Legislativo. Es un mandato sobre toda autoridad estatal. Y en este punto, se puede observar, amplía el alcance de lo que había señalado en “Partido Nuevo Triunfo”, “Álvarez” y “Pellicori”: la prohibición de discriminación y la exigencia internacional por parte de los Estados de realizar acciones positivas tendientes a evitar esa discriminación deben reflejarse en su legislación, en la interpretación de la legislación que hagan sus tribunales, en la garantía de recursos suficientes y efectivos para lograrlo y, además, en la definición de sus políticas públicas en tanto ser un mandato que, ya sea por la fuente local como por la internacional, pesa sobre toda autoridad estatal.

Continúa la Corte Suprema analizando el sistema de fuentes normativas aplicables al caso conformado por la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos, con y sin jerarquía constitucional, y la normativa local concluyendo que “de dicho sistema se desprende el reconocimiento de un derecho de acceso a una vivienda digna y el deber de protección de sectores especialmente vulnerables como las personas con discapacidad y los niños en situación de desamparo” (considerando 9° del voto mayoritario).

El decisorio reconoce una situación de vulnerabilidad extrema para dar vigencia a un derecho social, por lo que cabría preguntarse si la Corte Suprema hubiera resuelto de la misma manera si el niño no padeciera, por ejemplo, una severa incapacidad (Etchichury, 2013, p. 276). Otro punto interesante, relacionado también con la temática igualitaria, aparece en el considerando 9°. Allí la Corte afirma que una de las características de los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada (es decir, aquellos que en principio requieren para su implementación una ley de Congreso o una decisión del Ejecutivo)

es que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial y agrega que lo razonable en estos casos está relacionado con el principio que

manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos (Rawls, John, "A Theory of Justice", 1971, Harvard College)". Estos principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos deben ser respetados por quienes deciden políticas públicas.

Por lo señalado, aparece una idea de grupo vulnerable y de mirada interseccional: niños o niñas en situación de desamparo y, además, con algún tipo de discapacidad. Se observa expresamente la idea de la tutela frente a las situaciones de vulnerabilidad y el mandato a las autoridades públicas en el diseño de políticas de la consecución del ideal igualitario de no subordinación. Por tal razón, considero también que

la combinación de nuevos derechos sociales, un nuevo concepto de igualdad, y mejores mecanismos de acción colectiva en la esfera judicial, determina en nuestra opinión, un cambio sustancial de la estructura constitucional, contribuyendo a afirmar una tendencia ya insinuada a partir del artículo 14 bis, al reconocimiento de un patrón constitucional característico del denominado Estado Social de Derecho. (Abramovich, 2009, p. 5).

### **7.3 ATE**

En "ATE"<sup>171</sup> del 18 de junio de 2013 la Corte Suprema de Justicia de la Nación declara inconstitucional una reducción salarial practicada al personal de la Municipalidad de Salta y el artículo 31.a de la ley N° 23.551 por entender, en este último supuesto, que tal prescripción vulnera el derecho a la libertad sindical. La Corte Suprema afirma la naturaleza alimentaria del salario que, en tanto ser un instrumento para que el trabajador viva dignamente, debe resultar adecuado para que acceda a la salud, a la educación, a la cultura, al descanso y a un nivel de vida

---

<sup>171</sup> Me estoy refiriendo específicamente a Fallos: 336:672. Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad. 18 de junio de 2013.

adecuado que incluye alimento, vivienda y vestido. Por tal razón, la proyección del salario es de

alcances incluso mayores, dado que también comprende el ejercicio de los derechos humanos civiles y políticos, desde el momento en que, conforme al ya universalmente consolidado principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, el antedicho ejercicio es 'imposible' sin el goce paralelo de los derechos económicos, sociales y culturales (considerando 7°)<sup>172</sup>.

El artículo 14 bis de la Constitución Nacional estructura el principio constitucional de preferente tutela a favor de la parte trabajadora y muestra el ejemplo más consolidado del ideal igualitario bajo la luz de la no subordinación. Por lo tanto, toda medida de ajuste derivada de crisis económicas hace que los esfuerzos por proteger los derechos económicos, sociales y culturales deba ser mayor por parte de los Estados. Es decir, la obligación de protección y preferente tutela de los grupos vulnerables se incrementa, no se disminuye, en los momentos de grave crisis económica (conforme considerando 11). Y la protección del salario, en tanto su carácter “vital” es una materia propia del derecho de los derechos humanos.

La progresiva tutela de los derechos laborales en materia de salarios debe entenderse como parte de

un proceso más comprensivo, concerniente a todos y cada uno de los aspectos del contrato o relación de trabajo, lo cual ha tenido, entre sus propósitos fundamentales, la protección de la dignidad de la persona humana en el vínculo laboral subordinado. (considerando 8° in fine).

La preferente tutela de la que goza la parte trabajadora en una relación de trabajo surge directamente de su condición de parte subordinada y de la necesidad de garantizar el efectivo goce de los derechos asociados a la dignidad humana. La

---

<sup>172</sup> En este considerando, la Corte Suprema menciona el fallo de Corte Interamericana Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú del 24 de noviembre de 2011, entre otros precedentes internacionales. Además, menciona a la ya familiar Opinión Consultiva 18/03 Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.

persona trabajadora como sujeto de “preferente tutela constitucional” (“Vizzoti”, Fallos 327:3677; “Aquino”, Fallos 327:3753; “Pérez, Aníbal Raúl”, Fallos 332:2043). Y esta idea de integrantes de un grupo subordinado que gozan de preferente tutela debe, necesariamente, asociarse al principio de progresividad que impone, entre otras cuestiones, que todas las medidas estatales de carácter deliberadamente regresivo en materia de derechos humanos requieran la consideración “más cuidadosa” y deban “justificarse plenamente”. La Corte Suprema menciona la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Perú que, en lo que interesa al presente, señala que el

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que “las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga”. En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso.

Considero pertinente remarcarlo. La Corte Suprema, tomando jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, elabora y principio al que deben ajustarse los poderes públicos estatales: que en los casos de crisis económicas y grave escasez de recursos deben protegerse los derechos económicos, sociales y culturales y que, en todos los supuestos, el objetivo básico del ajuste económico deber ser proteger a las capas vulnerables de la población, a los grupos más vulnerables.

## **8. Castillo, ¿construye “castillos” en el aire?**

Esta sentencia me dio dos sorpresas. Fue timorato y poco consistente en relación al derecho a la libertad religiosa y su alcance. Pero en materia igualitaria construye un discurso consistente en varios aspectos en los considerandos del voto mayoritario aunque, nuevamente, esa visión igualitaria no se plasma en el decisorio.

Como apretada síntesis inicial, señalo que el 12 de diciembre de 2017 la Corte Suprema resuelve el caso “Castillo”<sup>173</sup> declarando inconstitucional un precepto de la ley provincial de educación y una Disposición de la Dirección General de Educación Primaria del Ministerio de Educación salteño. Para hacerlo, reafirma el principio de neutralidad religiosa en el ámbito de la educación pública y, como consecuencia de esto, considera que las prácticas religiosas en los establecimientos escolares públicos provinciales, realizadas en horario escolar y como parte de la currícula, violan los derechos constitucionales. Sin embargo, la Corte Suprema consideró que no lesiona el derecho a la libertad religiosa que el Estado brinde educación religiosa fuera del horario escolar; por el contrario, tal posibilidad formaría parte de su manifestación razón por la cual debería ser garantizada.

La causa se originó a partir del accionar de un grupo de madres que, junto con una asociación civil (ADC – Asociación por los Derechos Civiles), inició un amparo colectivo contra la Provincia de Salta con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de las normas locales que disponen que la enseñanza religiosa integre el plan de estudio y se imparta dentro del horario de clase<sup>174</sup>. Las actoras

---

<sup>173</sup> Fallos: 340:1795 (“Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta – Ministerio de Educación de la Provincia de Salta s/ amparo”). 12 de diciembre de 2017.

<sup>174</sup> Específicamente, plantearon la inconstitucionalidad del artículo 27, inciso ñ, de la ley salteña de educación N° 7546 en cuanto dispone que la instrucción religiosa “integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos. Los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa”. También solicitaron la inconstitucionalidad de los artículos 49 de la Constitución provincial y 8°, inciso m, de la ley referida para el caso de que se les

sostenían que las normas locales y su aplicación terminan imponiendo, en la práctica, la enseñanza obligatoria de la religión católica en perjuicio de alumnos y alumnas de otras religiones y de quienes directamente no quieren recibir educación religiosa. La Corte de Justicia de Salta, en su intervención, había confirmado la constitucionalidad de las normas provinciales, aunque dispuso que se arbitre un programa alternativo para quienes no deseen ser instruidos en la religión católica durante el horario escolar y que los usos religiosos -como los rezos al comienzo de las jornadas, la colocación de oraciones en los cuadernos y la bendición de la mesa- tengan lugar únicamente durante la clase de educación religiosa.

La Corte Suprema emite su fallo luego de la realización de una audiencia pública en cuatro jornadas<sup>175</sup>. Lo resuelto contiene muchas definiciones interesantes sobre cuestiones esenciales. Si bien no forman parte del asunto tratado en este trabajo, enumero los principales estándares que pueden extraerse: la idea de que ningún culto reviste el carácter de religión del Estado argentino y que el artículo 2° de la Constitución argentina alude exclusivamente a un sostén económico a favor de la Iglesia Católica (considerandos 8°, 9°, 10 y 11 del voto de la mayoría)<sup>176</sup>; la

---

otorgare una interpretación contraria a los derechos invocados por ellas. Estos artículos tienen redacción idéntica y señalan que “los padres y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos y pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

<sup>175</sup> La Acordada 30/2007 establece que la Corte Suprema de Justicia de la Nación puede convocar a audiencias públicas cuando lo dispongan por lo menos tres de sus miembros. En esta causa la audiencia pública se realizó durante cuatro jornadas, los días 16, 17, 30 y 31 de agosto. El registro audiovisual de estas exposiciones se pueden encontrar en los siguientes links: <https://www.cij.gov.ar/nota-26959-Comenz--ante-la-Corte-Suprema-una-audiencia-p-blica-en-una-causa-en-la-que-se-debate-la-educaci-n-religiosa-en-las-escuelas-p-blicas-de-Salta.html> <https://www.cij.gov.ar/nota-27112-Continu--la-audiencia-p-blica-ante-la-Corte-Suprema-en-una-causa-en-la-que-se-debate-la-educaci-n-religiosa-en-las-escuelas-p-blicas-de-Salta.html>.

<sup>176</sup> Coincido con Saldivia Menajovsky (2018) que afirma que insistir con esta interpretación, luego del desarrollo de la práctica constitucional argentina orientada a una mayor protección de los derechos de las minorías, consolida los privilegios de la religión mayoritaria y contraría la intención del constituyente de limitar los privilegios que tenía la Iglesia católica. Si bien en virtud de la Ley N° 24.309 el artículo 2° de la Constitución nacional no podía modificarse, “entre los artículos incorporados en la última reforma constitucional que protegen los derechos de las minorías, más aquellos que dieron señales claras de querer circunscribir la incidencia del culto católico en la esfera

neutralidad y gratuidad, como parte de los principios básicos que deben organizar a la educación pública argentina y la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna (considerando 13); la idea de neutralidad religiosa como no preferencia respecto de ninguna posición en particular, incluso la de los no creyentes; la inclusión de una faz de tolerancia hacia quienes quieran profesar su culto en el ámbito escolar (considerando 14); el derecho a la intimidad como esfera de la individualidad personal, en donde cada persona es soberana para tomar decisiones libres sobre su vida y preferencias sin que el Estado pueda intervenir, en tanto esas decisiones no violen derechos de terceros<sup>177</sup>; el respecto a la diversidad de pensamientos y el rechazo a la obligación de la uniformidad contraria a la filosofía liberal que orienta la Constitución (considerando 29); y el derecho al silencio, entendido como la potestad que tiene cada persona “de no revelar un aspecto de su esfera personal – tales como los pensamientos o la adhesión o no a una religión o creencia – en tanto obliga a divulgar una faceta de la personalidad espiritual destinada a la dimensión propia de cada individuo” (considerando 32)<sup>178</sup>.

---

pública, y un artículo que privilegia a una mayoría católica que no pudo ser objeto de reforma, la Corte Suprema debería haber reinterpretado este último a la luz de los primeros para así armonizar la interpretación constitucional a favor de la clara voluntad de le constituyente de remover el privilegio católico que no pudo ser revisado en la reforma”.

<sup>177</sup> Coincido con Saldivia Menajovsky (2018) de que la sentencia excluye del análisis el derecho de los niños y niñas y que esta, “tal vez sea la pérdida más importante del caso: no haberles dado el protagonismo que los niños y sus derechos tienen en esta historia. Ignoran por completo la Convención de los Derechos de los Niños que le pone límites al derecho de los padres de educar a sus hijos en sus propias creencias”.

<sup>178</sup> En octubre de 2019 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió de forma análoga en “Papageorgiou y otros vs. Greece” (aplicaciones nro. 4762/18 y 6140/18). Referido a la educación religiosa obligatoria en las escuelas griegas, consideró que para eximir a niños y niñas de una educación religiosa no se puede obligar a las personas a revelar sus creencias. En esa línea, concluyó que, en el caso concreto, hubo una violación al artículo 2 del Protocolo N°1 (derecho a la educación) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, interpretado a la luz del artículo 9 (libertad de pensamiento, conciencia y religión).

En cuanto a la temática objeto del presente trabajo, la Corte Suprema recuerda que, luego de la reforma del año 1994, el principio de igualdad surge del artículo 16 de la Constitución Nacional (principio de no discriminación) pero también debe ser considerado a la luz del artículo 75 inciso 23 y de “diversas disposiciones contenidas en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional” conforme lo establece el artículo 75 inciso 22: “Estas normas, al incorporar por un lado, mecanismos de acciones positivas para favorecer a determinados grupos y, por el otro, delinear categorías sospechosas de discriminación, buscan garantizar la igualdad real de los habitantes” (considerando 18). Y creo que acá aparece lo más sustancioso de lo resuelto en cuanto a la temática igualitaria y a favor de una mirada estructural, contextualizada y bajo el ideal de igualdad como no sometimiento, pues la Corte señala de forma expresa que debe analizarse el impacto real de políticas aparentemente neutrales en los grupos desaventajados (discriminación indirecta, en terminología de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o discriminación encubierta, en sus propias palabras). De esta forma

la igualdad debe ahora ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación, sino también desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo. El análisis propuesto considera el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desaventajados, si es que efectivamente lo hacen (considerando 18 in fine).

La Corte Suprema, entonces, recepta el concepto de discriminación indirecta con el mismo alcance que la Corte Interamericana. Como señalé en el punto 3 la Corte Interamericana define el concepto de discriminación indirecta para aquellas prácticas o políticas que, aparentemente neutrales o establecidas sin esas intenciones, tienen un impacto discriminatorio sobre grupos o categorías de personas vulnerables o

estructuralmente subordinadas. Dos de los casos, “Nadege Dorzema” del 2012 y “Artavia Murillo” del 2010, son anteriores a la sentencia de Corte Suprema analizada. Resalto que la Corte Interamericana señaló que en estos casos de discriminaciones indirectas resulta necesario aportar datos empíricos que permitan probar el efecto o resultado desproporcionadamente perjudicial sobre el grupo o colectivo.

Volviendo a “Castillo”, la Corte Suprema consideró que las normas constitucionales y legales salteñas no contenían una distinción sospechosa en sentido estricto y eran neutrales “en su literalidad”. No estoy de acuerdo con esta conclusión; no considero que las normas de la Constitución salteña como la ley provincial de educación sean efectivamente neutras y no contengan una clasificación sospechosa; tiene asidero cuestionar la efectiva neutralidad, incluso literal, de normas que hablan de educación religiosa como un derecho que debe efectivizar el Estado con recursos públicos y el impacto que esta política puede tener sobre las minorías de otras religiones o no religiosas. Sostener la educación religiosa en las escuelas públicas, aún fuera del horario escolar, continúa reproduciendo, en otro ámbito, el desbalance real de tratamiento con respecto a otros credos y, fundamentalmente, con respecto a los no creyentes (Saldivia Menajovsky, 2018)<sup>179</sup>. Pero no es una discusión que pretendo abrir, y mucho menos saldar, en este escrito; la Corte Suprema consideró a las normas en conflicto neutrales en su literalidad y, por tal razón, apuntó a analizar su efectivo impacto al momento de ser aplicadas. Y es en este aspecto, en su aplicación, donde aparece a criterio de la Corte Suprema el efecto desproporcionado en detrimento de

---

<sup>179</sup> “... ante la constatación que realiza la Corte de la preponderancia del catolicismo en la población salteña, se torna sorprendente, cuando no inconsistente, que consideren válido un artículo de la Constitución provincial que tiene también, al igual que el inciso de la ley que declaran inconstitucional, vistos neutrales pero un impacto claramente desigual ya que el derecho de les xadres a educar a sus hijos en la escuela pública en sus creencias, debe en realidad leerse como educar a sus hijos en sus creencias católicas” (Saldivia Menajovsky, 2018).

un grupo determinado, causando una discriminación sistémica. Al respecto afirma que,

una vez comprobado ese efecto de desigualdad, el Estado debe justificar la necesidad de los efectos desproporcionados que causa la disposición. En el caso de que no logre hacerlo, la norma aparentemente neutra resultará inconstitucional por afectar el principio de igualdad y no discriminación. Como se advierte, el presente estándar probatorio resulta diferente al utilizado por esta Corte en las causas “Pellicori” y “Sisnero” (Fallos: 334:1387; 337:611), en el que se encontraban en juego solo prácticas discriminatorias (considerando 22).

Me detengo en la diferencia que marca la Corte con los precedentes que menciona. En “Pellicori” y “Sisnero”, como ya desarrollé, al ser impugnada una práctica discriminatoria, resulta suficiente invalidarla para resolver la cuestión. En cambio, en el presente caso, resulta insuficiente atacar la constitucionalidad de la práctica e invalidarla, pues la persistencia de la norma sobre la que se asienta podría generar futuras repeticiones discriminatorias. La Corte Suprema, a partir de esta lógica, se prepara para tildar de inconstitucional la norma pretendidamente neutra pero que genera o tiene efectos concretos discriminatorios contra un grupo, en este caso, “los niños y las niñas que no integran el grupo religioso predominante”. La Corte Suprema considera acreditado que “dentro del sistema educativo público de la Provincia de Salta, existen patrones sistemáticos de trato desigualitario hacia grupos religiosos minoritarios y hacia los no creyentes” (considerando 26). No se trata de una norma que fue aplicada irrazonablemente, sino que se trata de una norma irrazonable por contener una discriminación encubierta. Como advierte Zayat, a veces la identificación del criterio que genera una discriminación encubierta no es sencilla; puede ser que la ley o la política en análisis utilicen criterios aparentemente neutrales,

pero en realidad los efectos de la clasificación no sean neutrales y ese sea la verdadera razón del criterio establecido. Entonces, no habrá que quedarse con el criterio denunciado en el texto de la ley o decisión administrativa, sino analizar el criterio real tras la decisión (Zayat, 2014 b).

Este punto resulta muy importante y, en definitiva, es el que introduce la Corte Suprema al resolver Castillo.

Creo observar también que, por primera vez de forma tan terminante, la Corte Suprema liga la idea de las categorías sospechosas a una mirada estructural y dentro del ideal antisuordinatorio. Lo hace de forma expresa:

El fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas es revertir la situación de desventaja en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico en razón de muy variadas circunstancias como, por ejemplo, razones sociales, étnicas, culturales, religiosas, entre otras (considerando 19).

El decir, y conforme lo señalado en el Capítulo I, lo que sostiene la consideración especial de las categorías sospechosas es dismantelar situaciones de subordinación o vulnerabilidad estructural. Acá la Corte Suprema parece encauzar, y salvar, las críticas a “Hooft” y “Gottschau”, en donde la idea de categoría sospechosa provenía del ideal de igualdad como no discriminación que apunta exclusivamente a una clasificación realizada sin relación de instrumentalidad y no a la mirada estructural que percibe como sospechoso el trato perjudicial de los grupos dominados o vulnerables.

Y, además, señala que cuando aparecen estas diferencias de trato basadas en categorías “específicamente prohibidas” o “sospechosas” corresponde aplicar un escrutinio más riguroso en línea con la doctrina que emana de “Hooft” y de “Partido Nuevo Triunfo” (considerando 19). Pese a estas referencias jurisprudenciales, el escrutinio de razonabilidad aplicado en “Castillo” resulta intenso y más riguroso, aunque no parece llegar a los términos más estrictos de los precedentes señalados. O sea, la Corte hace mención a casos donde aplicó el escrutinio estricto, pero en este caso, dice en el considerando 22, basta con que el Estado justifique la necesidad de

los efectos desproporcionados que causa la disposición impugnada para salvar la constitucionalidad, sin necesidad de demostrar un fin esencial ni de acreditar que no existían medios menos lesivos o discriminatorios para conseguirlo, como sería en su versión más intensa.

En definitiva, y sin minimizar los claroscuros señalados en relación al derecho a la libertad religiosa, estamos en presencia de una sentencia que determina el componente estructural de la categoría sospechosa, la necesidad de análisis contextualizados de las normas jurídicas supuestamente neutras y su impacto en los grupos desaventajados, la relación entre estas normas jurídicas y su discriminación encubierta (aunque la misma no sea querida por el legislador) y la aplicación de un estándar de control de razonabilidad más riguroso aunque, parecería, menos estricto que el desarrollado en “Hooft”.

## 9. A modo de síntesis. Doctrinas y estándares probatorios

Causa	Caso	Categoría sospechosa (aunque no necesariamente la CS haya utilizado un escrutinio escrito asociado)	doctrina aplicable	estandar probatorio	Jurisprudencia del SIDH	Recorte interesante
Arenzón, 306:400, 1984	Arenzón no puede ingresar a estudiar el profesorado de matemática y astronomía por no reunir el requisito de una altura mínima. Discriminación por ser petiso.		Simple test de razonabilidad.	Quien alega que una clasificación es discriminatoria debe probarlo.		
Repetto, 311:2272, 1988	Repetto impugna regulación de la Provincia de Buenos Aires que, en materia de desarrollo profesional, trata de forma diferenciada a extranjeras y argentinas, cercenándole a las primeras la posibilidad de acceder a un cargo docente en la enseñanza preescolar en un establecimiento privado	Nacionalidad (emplea artículo 20 CN).	Escrutinio más estricto (pero solo en el voto de Petracchi y Bacqué).	Distinción efectuada entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad. Aquél que sostenga la "legitimidad" de la citada distinción debe acreditar la existencia de un "interés estatal urgente" para justificar aquélla, y no es suficiente, a tal efecto, que la medida adoptada sea "razonable".		
Calvo y Pesini, 321:194, 1998	Una extranjera impugna no ser admitida en un empleo público en la Provincia de Córdoba por dicha condición. Utilización de la categoría extranjero como requisito para acceder a un cargo público.	Nacionalidad (art. 16 CN, ¿puede ser la nacionalidad requisito de idoneidad?).	Escrutinio más exigente.	Requiere que la demandada estructure una <b>justificación suficiente</b> de la restricción basada en un interés estatal que la ampare.		
González de Delgado Petracchi, 323:2659, 2000	Una resolución de la UNC que permite el ingreso de mujeres a un Colegio que, hasta ese momento, solo aceptaba varones es cuestionada por González de Delgado y otros pero convalidada por la CS.	Sexo.	Escrutinio más exigente (voto Petracchi).	Quien defiende una clasificación o exclusión basada en el género sexual deberá probar que aquélla sirve a un importante objetivo gubernamental máxime cuando se trata de grupos que sufren prejuicios o discriminaciones estructurales.		El exigente estándar de revisión que se aplica a las clasificaciones basadas en el sexo no convierte a aquéllas en una categoría totalmente proscripita; pero, sí significa que las categorías fundadas en el sexo no deben usarse para crear o perpetuar la inferioridad legal, social y económica de la mujer. En todo caso, las clasificaciones fundadas en el sexo pueden ser utilizadas para compensar a las mujeres por las inhabilidades que ellas han sufrido a través de la historia... (Considerando 9º)
Hoof, 327:5118, 2004	Hoof impugna un artículo de la Constitución de la provincia de Buenos Aires que exige ser argentino nativo o por opción para ser juez de cámara. Clasificaciones sospechosas por utilizar criterios prohibidos.	Origen nacional.	Escrutinio estricto.	El trato desigual es ilegítimo salvo que quien defiende su validez consiga demostrar que responde a fines sustanciales y no meramente convenientes y que se trata del medio menos restrictivo y no sólo uno de los medios posibles para lograr ese fin.	Se menciona doctrina europea reacionada con Convención Europea sobre Derechos Humanos.	
Gottschau, 329:2986, 2006	Gottschau impugna el reglamento del concurso para ser Secretaria por contener un ítem que exige detallar la nacionalidad. Clasificaciones sospechosas por utilizar criterios prohibidos.	La CS habla de origen nacional pero, en realidad, la categoría sospechosa es nacionalidad.	Escrutinio estricto (Petracchi, Fayt, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay).	El trato desigual es ilegítimo salvo que quien defiende su validez consiga demostrar que responde a fines sustanciales y no meramente convenientes y que se trata del medio menos restrictivo y no sólo uno de los medios posibles para lograr ese fin.		Los tratados internacionales pueden sólo mejorar la tutela de los derechos, no empeorarla.
Gottschau, 329:2986, 2006	Gottschau impugna el reglamento del concurso para ser Secretaria por contener un ítem que exige detallar la nacionalidad. Clasificaciones sospechosas por utilizar criterios prohibidos.	La CS habla de origen nacional pero, en realidad, la categoría sospechosa es nacionalidad.	Escrutinio menos intenso que el correspondiente a las "categorías sospechosas" (Highton de Nolasco y Maqueda).	En principio, las distinciones entre nacionales y extranjeros no son irrazonables, "por lo que el legislador se encuentra habilitado a emplearla, siempre que el criterio de ponderación entre el medio elegido y los fines específicos que se persiguen con la distinción, supere el test de constitucionalidad" (Considerando 6º). Estos magistrados afirman que la condición de argentino puede formar parte del requisito de idoneidad en relación a un cargo específico.		
ALITT, 329:5266, 2006	La Inspección General de Justicia, siguiendo el precedente CHA, había denegado la autorización para funcionar como persona jurídica a la Asociación Lucha por la Identidad Travesti Transsexual ALITT	Orientación sexual. Identidad sexual.	Simple test de razonabilidad (inexistencia de una conexión racional entre un fin estatal determinado y la medida que se trate)			La Corte realiza un análisis estructural del grupo vulnerable afectado por el decisorio en crisis, pero resuelve aplicando el simple test de razonabilidad.

Causa	Caso	Categoría sospechosa (aunque no necesariamente la CS haya utilizado un escrutinio escrito asociado)	doctrina aplicable	estandar probatorio	Jurisprudencia del SIDH	Recorte interesante
Reyes Aguilera, 330:3853, 2007	Se le niega a la actora pensión por invalidez por no cumplir el requisito de residencia mínima de 20 años para los extranjeros.		Simple test de razonabilidad (Fayt y Zaffaroni)	El lapso de residencia de 20 años resulta irrazonable siempre cuando se encuentra en juego el derecho a la seguridad social y, en consecuencia, el derecho a la vida y este plazo sería irrazonable incluso si rígiere para nativos y no se efectuara la distinción nacionales/extranjeros.		"Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fallo relacionado, entre otras cuestiones, con el derecho a la vida. No apela a la idea de igualdad.
Reyes Aguilera, 330:3853, 2007	Se le niega a la actora pensión por invalidez por no cumplir el requisito de residencia mínima de 20 años para los extranjeros.	Nacionalidad.	Escrutinio estricto (Petracchi y Argibay)	Resuelve la cuestión apelando al derecho a la igualdad, al entender que la reglamentación cuestionada prevé un trato diferenciado entre nacionales y extranjeros, imponiendo a estos últimos mayores exigencias para acceder a un beneficio otorgado por el Estado. Por tal razón, la considera sospechosa y le aplica el escrutinio de Gottschau.		
Partido Nuevo Triunfo, 340:1795, 2009	La Cámara Nacional Electoral había rechazado la personalidad jurídico-política solicitada por la agrupación Partido Nuevo Triunfo, pues lo consideraba una emulación del Partido Alemán Nacional Socialista de los Trabajadores, con un programa de gobierno que contenía elementos de discriminación absolutamente contrarios al principio de igualdad ante la ley.	Teorías basadas en la superioridad de un grupo o una raza.	¿Categorías sospechosas de discriminación utilizadas por particulares?		Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, 17-9-2003, Serie A N° 18, párrs. 87/88—y sus citas— y 100	
Álvarez, 333:2306, 2010	Un grupo de empleados de Cencosud S.A., que crearon el Sindicato de Empleados Jerárquicos de Comercio e integraron su comisión directiva, fueron despedidos.	Filiación sindical.			Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, 17-9-2003, Serie A N° 18, párrs. 87/88—y sus citas— y 100. Y otros relacionados con plena reparación cuando se afectan derechos humanos.	Las cuestiones que nos dejan "Partido Nuevo Triunfo", "Álvarez" y "Pellicori" es que los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación han alcanzado la categoría de <i>ius cogens</i> y resultan elementos arquitectónicos del orden jurídico constitucional. Por tal razón, la prohibición de discriminación y la exigencia internacional por parte de los Estados de realizar acciones positivas tendientes a evitar esa discriminación deben reflejarse en su legislación, en la interpretación de la legislación que hagan sus tribunales y, por consiguiente, en la garantía de recursos suficientes y efectivos para lograrlo. Entonces, el principio de igualdad y no discriminación extiende su lógica al procedimiento judicial y a las herramientas que debe contener para proteger efectivamente derechos. La Ley N° 23.592 es un ejemplo de esta acción positiva. Las relaciones entre los particulares también deben respetar los derechos humanos.
Pellicori, 334:1387, 2011	Discriminación individual de una trabajadora por motivos sindicales: fue desvinculada del trabajo porque su esposo era delegado gremial.	Filiación sindical.	Tratamiento desigual.	Reparto de la carga probatoria en materia de discriminación: 1) reducción del grado de convicción que, respecto de la existencia del motivo discriminatorio, debe generar la prueba que recae sobre quien invoca ser víctima de dicho acto (hechos que, <i>prima facie</i> evaluados, resulten idóneos para inducir la existencia de discriminación); 2) a partir de lo anterior, modular la medida en que la carga de la prueba pesa sobre el demandado al que se le imputa la discriminación. La parte actora deberá acreditar hechos que <i>prima facie</i> resulten idóneos para inducir la discriminación; la parte demandada debe demostrar que tuvo un objetivo razonable y no discriminatorio (o cualquier otro motivo, según "Varela" y "Fontana").	Mucha mención en general, pero poca referencia a SIDH	

Causa	Caso	Categoría sospechosa (aunque no necesariamente la CS haya utilizado un escrutinio escrito asociado)	doctrina aplicable	estandar probatorio	Jurisprudencia del SIDH	Recorte interesante
F.A.L., 335:197, 2012	A.F., en representación de su hija A.G. de 15 años, solicitó el 14 de enero de 2010 a la justicia penal de la Provincia de Chubut la interrupción del embarazo de ocho semanas de gestación de la niña adolescente con base en lo previsto en el artículo 86, inciso 1° y 3° del Código Penal. El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut bajo los argumentos concurrentes de que: a) el caso encuadraba en el supuesto de “aborto no punible” previsto en el inciso 2°, primera parte del artículo 86 de Código Penal; b) que esta hipótesis de interrupción del embarazo era compatible con el plexo constitucional y convencional y c) que, pese a la innecesidad de la autorización judicial de esta práctica, se la otorgaba a fin de concluir la controversia planteada en el caso. No obstante haberse llevado a cabo la práctica médica, el Asesor General Subrogante de la Provincia de Chubut interpuso recurso extraordinario argumentando la gravedad institucional que presentaba el caso.		La distinción entre “distintos tipos de mujeres violadas” resulta irrazonable.			Este fallo es muy importante, esencial, en el camino que ha desembocado en la vigencia de la Ley N° 27.610 que regula en la República Argentina el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a la atención postaborto.
Sisnero, 337:611, 2014	Sisnero de forma infructuosa y pese a cumplir todos los recaudos para ser chofer y contar con la licencia habilitante para conducir transportes urbanos, intentó ser contratada en alguna de las siete empresas de colectivos. Se discute la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación basada en la falta de contratación de choferes mujeres en el transporte público de pasajeros en la ciudad de Salta.		El estándar propuesto en su Dictamen por la Procuradora es el de las categorías sospechosas, pero atenuado en cuanto a la calificación del fin, que sólo debe ser “legítimo” y no “sustancial”, como es calificado en “Hooft	El mismo que en Pellicori. Anteriormente, la sentencia de la segunda instancia salteña consideró que el hecho de que no existiera ninguna mujer chofer era suficiente para presumir la discriminación y, entonces, imponer a los demandados la carga de probar lo contrario.	CorteIDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, 17-9-2003, Serie A N° 18, párrs. 87/88 —y sus citas— y 100	La situación histórica y social, los estereotipos de género y de roles hicieron que fuera imposible para la mujer tener experiencia en esa disciplina laboral; por tal razón, el análisis de idoneidad que contemple la exigencia de ese requisito se convierte inmediatamente en otro elemento presunto de discriminación.
Castillo, 340:1795, 2017	La causa se originó a partir del accionar de un grupo de madres que, junto con una asociación civil (ADC – Asociación por los Derechos Cíviles), inició un amparo colectivo contra la Provincia de Salta con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de las normas locales que disponen que la enseñanza religiosa íntegra el plan de estudio y se imparta dentro del horario de clase.	Religión.	Escrutinio menos exigente. Una vez comprobado el efecto de desigualdad, el Estado debe justificar la necesidad de los efectos desproporcionados que causa la disposición. En el caso de que no logre hacerlo, la norma aparentemente neutra resultará inconstitucional por afectar el principio de igualdad y no discriminación.	En “Pellicori” y “Sisnero”, como ya desarrollé, al ser impugnada una práctica discriminatoria, resulta suficiente invalidarla para resolver la cuestión. En cambio, en el presente caso, resulta insuficiente atacar la constitucionalidad de la práctica, pues la persistencia de la norma sobre la que se asienta podría generar futuras repeticiones discriminatorias.		El fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas es revertir la situación de desventaja en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico en razón de muy variadas circunstancias como, por ejemplo, razones sociales, étnicas, culturales, religiosas, entre otras (Considerando 19).

### CAPÍTULO III

#### **Epílogo. El aporte a la construcción compleja de la idea de igualdad como no sometimiento**

Estoy llegando al final de este largo y sinuoso camino. Debo responder aquellos interrogantes que iniciaron mi trabajo y demostrar si la hipótesis que formulé se corrobora con los elementos que surgen de la investigación realizada. Recuerdo las preguntas que motivaron este trabajo: ¿Cuál es el ideal igualitario al que apela la Corte Suprema cuando decide invocando el derecho a la igualdad? ¿Resulta posible identificar la existencia de una doctrina judicial constitucional sólida relacionada con las denominadas medidas de acción positiva? ¿Resulta posible sistematizar o extraer un ideal igualitario de su jurisprudencia? Mi primera hipótesis postulaba que, con sus sinuosidades y con cierta falta de consistencia, los fallos de la Corte Suprema muestran una dirección cada vez más clara a favor de la igualdad real y material, que toma en cuenta a la persona, su contexto y su pertenencia a diferentes grupos que la afectan en cuanto al goce efectivo de derechos. Considero, con las aclaraciones que a continuación desarrollo y los hallazgos específicos que muestran particularidades del camino discursivo que surge de las sentencias del máximo tribunal, que la hipótesis se ve corroborada.

El texto de la Constitución Nacional, a partir de la reforma del año 1994, incluyó, ya de manera literal, una visión estructural y material del derecho a la igualdad, consistente con el principio antisubordinatorio, de no sometimiento o no explotación, que apunta a una igualdad real de oportunidades y de trato relacionada con el goce pleno y efectivo de los derechos. Esta literalidad en el texto constitucional incorpora también el concepto de “medidas de acción positiva”, que deben ser legisladas y

promovidas como mecanismos adecuados, aunque no los únicos, para hacer efectiva esa igualdad real<sup>180</sup>. Esta visión contextualizada del derecho a la igualdad debe primar en aquellas situaciones en que una visión abstracta o meramente formal signifique la profundización de situaciones de desigualdad real en el ejercicio de la libertad y los derechos. A la primera la mencioné indistintamente como igualdad real, material o igualdad como no subordinación, no sometimiento o no explotación; a la segunda la llamé igualdad ante la ley, formal o igualdad bajo el principio de no discriminación.

Antes del fallo “Hooff” del año 2004 no se detectan en los casos relacionados con el derecho a la igualdad votos mayoritarios que permitan inferir una idea de “categorías sospechosas” asociada a la presunción de inconstitucionalidad y a la necesidad de que supere un escrutinio estricto de razonabilidad para modificar esa presunción. En “Repetto” (1988) el voto concurrente de Petracchi y Bacqué afirma que toda distinción efectuada entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad y corresponde al que sostenga su constitucionalidad acreditar la existencia de un “interés estatal urgente” para justificar aquella y no es suficiente, a tal efecto, que la medida adoptada sea ‘razonable’. En “Calvo y Pesini” (1998) la

---

<sup>180</sup> Como ya señalé, el artículo 75 inciso 23 resulta el artículo central pero no es el único donde el constituyente reformista del año 94 plasmó el ideal de igualdad como no subordinación. El artículo 37 constitucionaliza expresamente el carácter igualitario del sufragio; además, establece la obligación de promover acciones positivas para garantizar “la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios”. El artículo 75 inciso 2, al referirse a la distribución de recursos coparticipables, e inciso 8, al regular la temática presupuestaria, impone, entre otras cuestiones, la obligación de dar prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional. Nuevamente el constituyente, fortaleciendo el ideal de igualdad real, la asocia con el desarrollo y la calidad de vida. En el mismo artículo, pero en su inciso 19, aparecen relacionados los conceptos de desarrollo humano, crecimiento armónico y la promoción de políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones; en cuanto a la educación, deberá promover los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna. Este conjunto de artículos, sumados al 14 bis de los derechos sociales y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros, están indicando una fuerte preocupación de las normas con jerarquía constitucional en relación al goce igualitario de los derechos y libertades.

Corte Suprema parece entender que la nacionalidad puede ser un requisito de la idoneidad requerida en el artículo 16 de la Constitución Nacional, pero su utilización requiere que quien la emplee como tal deba estructurar una justificación suficiente basada en un interés estatal que la ampare. Nuevamente en un voto de Petracchi, ahora en “González Delgado” (2000), puede verse un escrutinio más exigente cuando aparece una clasificación o exclusión basada en el “género sexual”, pues quien la defiende deberá probar que aquélla sirve a un importante objetivo gubernamental, máxime cuando se trata de grupos que sufren prejuicios o discriminaciones estructurales. Las categorías fundadas en el sexo no deben usarse para crear o perpetuar la inferioridad legal, social y económica de la mujer, pero sí pueden ser utilizadas para compensar a las mujeres por las inhabilidades que ellas han sufrido a través de la historia. Si bien apareció acá tímidamente una mirada estructural del derecho a la igualdad, en los tres casos nombrados la Corte Suprema resolvió mayoritariamente con argumentos propios del ideal de igualdad como no discriminación y aplicando un simple test de razonabilidad.

“Hooft” (2004) resulta relevante pues constituye el primer fallo resuelto mayoritariamente aplicando el concepto de categoría sospechosa que debe superar un escrutinio estricto de control de razonabilidad para no ser declarada inconstitucional. El trato desigual basado en categorías sospechosas se presume inconstitucional, salvo que quien defiende su validez consiga demostrar que el empleo responde a fines sustanciales y no meramente convenientes y que se trata del medio menos restrictivo y no sólo uno de los medios posibles para lograr ese fin. En “Hooft” también se observa la mención a los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional y a doctrina europea relacionada con la Convención Europea sobre Derechos Humanos. Otra cuestión a destacar es que se adelanta varios años a

los primeros precedentes de la Corte Interamericana que introdujeron el concepto de categorías sospechosas y lo asociaron con un escrutinio más estricto para superar su presunción discriminatoria: recién en febrero de 2012 en “Atala Riffo y niñas” la jurisprudencia interamericana, en un caso relacionado con preferencias sexuales, receptó de forma expresa esta idea.

“Hooft”, junto con “Gottschau” (2006) y “Reyes Aguilera” (2007), forman parte de una saga que parece representar un criterio jurisprudencial protectorio de la igualdad cuando la misma es atacada por cuestiones de nacionalidad. Sin embargo, coincido con Orlando (2012) en que de estos fallos no podemos inferir una definición clara de cuál era la categoría involucrada<sup>181</sup>; tampoco se puede inferir una teoría que fundamente la protección agravada de ciertos grupos, además de que el desarrollo sigue presentándose bajo el ideal no discriminatorio del derecho a la igualdad y no como aplicación de un enfoque estructural de tal derecho. “Reyes Aguilera”, persona de nacionalidad boliviana, que tenía una severa discapacidad y que padecía una situación de absoluta vulnerabilidad, constituía un caso oportuno para que la Corte Suprema empezara una construcción argumental estructural del derecho a la igualdad, que hiciera eje, por ejemplo, en el trato diferente que suelen recibir en cuanto al goce de derechos las personas provenientes de países limítrofes, o africanos, o de otros pobres y estigmatizados, máxime si se lo compara con la situación y el trato que reciben, por ejemplo, aquellas personas que provienen de países europeos.

Hasta este momento, entonces, se observa la irrupción en la jurisprudencia de la Corte Suprema de una herramienta como el escrutinio estricto, pero utilizada de forma poco clara en tanto que las sentencias directamente relacionadas con el derecho a la

---

<sup>181</sup> Como señalé, en “Hooft” la Corte cuestiona las distinciones entre distintos tipos de argentinos; en “Gottschau”, en cambio, la categoría cuestionada es la de nacionales y extranjeros al igual que en “Reyes Aguilera”.

igualdad desaprovecharon la fuerza de esa herramienta y carecieron de una mirada estructural que definiera a las categorías sospechosas de discriminación tomando en cuenta la obligación de protección diferenciada de los grupos subordinados.

Encontré en sentencias posteriores a “Hooff” y que hacen eje principal en la afectación de algún otro derecho constitucional la aparición de argumentos igualitarios estructurales y con una visión antisubordinatoria, aunque todavía sin que esos argumentos y desarrollos tuvieran implicancias directas o claras con la resolución de cada caso. “ALITT” (2006), como gran ejemplo, es un caso que amaga una respuesta estructural pero que termina resolviendo con argumentos propios de la igualdad formal: el colectivo transgénero, grupo históricamente subordinado y vulnerabilizado, fue identificado en el análisis estructural del derecho a la igualdad que la Corte Suprema realizó pero, lamentablemente, la resolución del caso no utilizó ningún escrutinio estricto asociado para invalidar el actuar estatal; el inicio discursivo alentador, argumentalmente robusto, contextualizado, no se plasma en la resolución del caso que, meramente, apela a la inexistencia de una conexión racional entre un fin estatal determinado y la medida tomada por la Administración al denegar la personería de la asociación. Como señalé también, en “Partido Nuevo Triunfo” (2009) pasa algo similar con un agravante: la Corte Suprema ignoró la doctrina de la Corte Interamericana de “Yatama”, que le hubiera permitido explorar con mejores argumentos la mirada estructural del derecho a la igualdad y la protección de los grupos sojuzgados y tomar esta mirada para invalidar el programa partidario de esa agrupación política que, de manera directa, los atacaba. Y acá quiero detenerme en un hallazgo a destacar: pese al estatus constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el ordenamiento jurídico argentino y pese al impacto de la jurisprudencia internacional en cuanto las condiciones de vigencia y aplicabilidad de

esos tratados, en la temática igualitaria no se observa la existencia de un diálogo entre las diferentes Cortes, ni siquiera algún tipo de referencia consistente. Es más, la ignorancia recíproca es evidente y mucho más significativa por parte de la Corte Suprema argentina.

“F., A. L.” (2012), más allá de la enorme importancia que tuvo para alentar la discusión colectiva sobre el derecho los derechos de la mujer, específicamente a la interrupción voluntaria de embarazos, en sus argumentos apenas sobrevuela la idea de grupos perseguidos o sometidos o, incluso, de personas víctimas de violación. Sin embargo, aún con todos los limitantes indicados, en “ALITT”, “Partido Nuevo Triunfo” y “F., A. L.” la Corte Suprema introduce argumentos con una mirada estructural y contextualizada del derecho a la igualdad y una resolución a favor de los grupos subordinados, aunque sin que eso signifique la utilización o la mejor utilización del denominado escrutinio estricto.

“Álvarez” (2010), “Pellicori” (2011) y “Sisnero” (2014) conforman un nuevo escalón a favor de una concepción robusta del derecho a la igualdad. En “Álvarez”, si bien no se establece un estándar probatorio para cuestiones de discriminación en relaciones de trabajo y entre particulares, se afirma la idea de aplicar normativa antidiscriminatoria, y no exclusivamente la laboral, cuando la discriminación es la causal subyacente al despido. La normativa de igualdad y prohibición de discriminación resulta imperativa, también, en las relaciones entre particulares. La Ley antidiscriminatoria N° 23.592, y su interpretación a favor del principio igualitario, forman parte de las acciones positivas que los Estados deben realizar tendientes a evitar la discriminación y, en ese sentido, también se condice con el mandato del artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional. “Sisnero” va un poco más allá: cuando existe exclusión sistemática de un grupo del acceso a ciertos derechos, deben tomarse “acciones

opuestas para recomponer los desequilibrios generados por esa exclusión histórica” (Puga y Otero, 2012, p. 358). Esta es la interpretación, amplia y comprensiva, que hace la Corte Suprema de Justicia de la Nación del mandato del artículo 75 inciso 23, que obliga a tutelar para revertir situaciones de vulnerabilidad o sometimiento; es cierto que esta norma figura específicamente dentro de las competencias del Congreso nacional pero “debe igualmente servir de pauta de orientación para toda autoridad estatal en su ámbito de competencia” (“Q. C., S. Y. C/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, 2012). El principio igualitario estructural, bajo el ideal de no sometimiento, deba guiar el accionar de todos los poderes públicos. Y esta obligación incluye también a la judicatura.

En cuanto a la temática probatoria, tanto “Pellicori” como “Sisnero” aportan un posible estándar. Cuando se discute la existencia de discriminaciones realizadas por particulares, e independientemente de su efectiva voluntad discriminadora, el test o estándar probatorio reparte las cargas: la parte actora deberá acreditar hechos que *prima facie* resulten idóneos para inducir la discriminación; posteriormente la demandada deberá demostrar que tuvo un objetivo razonable y no discriminatorio. Este estándar de control utilizado en supuestos de discriminación por parte de particulares es más estricto que el de simple razonabilidad, pero no llega al nivel del escrutinio estricto que empleó la Corte Suprema en el caso de categorías sospechosas utilizadas por el sector público. Se diferencian en dos puntos: 1º) en los supuestos de discriminación entre particulares la parte actora debe acreditar hechos que resulten idóneos para inducir la discriminación; en los casos de categorías sospechosas la inconstitucionalidad se presume sin necesidad de acreditar nada; 2º) en los supuestos de discriminación entre particulares la demostración de un objetivo razonable y no discriminatorio por parte del demandado es suficiente (o cualquier otro motivo, según

los nuevos casos "Varela" y "Fontana"); en el supuesto de categorías sospechosas la norma debe ser sometida a un escrutinio estricto que demuestre fines sustanciales y medios idóneos y menos perjudiciales para los derechos en juego.

En lo que interesa al tema investigado, el Dictamen de la Procuradora en "Sisnero" contiene el desarrollo más claro en cuanto a la mirada estructural y contextualizada del derecho a la igualdad y bajo el ideal antisubordinatorio. La concepción igualitaria aparece más robusta, ampliándose a supuestos de discriminación entre particulares y con una especial protección a trabajadores, trabajadoras y mujeres. Resulta evidente señalar que acá sí se encuentra una idea de grupo con elementos de autoidentificación, interdependencia de sus componentes, subordinación económica o poder político limitado. Pero esto no desmerece el punto alcanzado por la judicatura (en realidad, por la segunda instancia salteña y por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación) que, con su diálogo institucional intrapoder y sus claroscuros, estableció una medida de acción positiva que, como tal, tuvo un alcance general e impactó en un grupo estructuralmente subordinado. Desde este lugar, resulta una decisión relevante y que muestra una consolidación doctrinaria a favor de las medidas de acción positiva; incluso aunque fue resuelta centralmente apelando al principio de igualdad como no discriminación, son evidentes los desarrollos estructurales, fundamentalmente, como dije, en el dictamen de la Procuradora.

"Partido Nuevo Triunfo", "Álvarez", "Q. C., S. Y." y "Pellicori" construyen, y consolidan, un mandato claro: para la Corte Suprema de Justicia de la Nación la prohibición de discriminación y la exigencia internacional por parte de los Estados de realizar acciones positivas tendientes a evitar esa discriminación deben reflejarse en su legislación, en la interpretación de la legislación que hagan sus tribunales, en la garantía de recursos suficientes y efectivos para lograrlo y, además, en la definición

de sus políticas públicas en tanto ser un mandato que, ya sea por la fuente local como por la internacional, pesa sobre toda autoridad estatal. Es acción positiva toda política a favor de grupos cuyos miembros sufren un menoscabo estructural a sus derechos.

Otro punto a destacar es que, en el contexto de la Constitución argentina, los derechos sociales pudieron desarrollarse a partir de una incipiente mirada estructural y antisubordinatoria del derecho a la igualdad, que obligaba a un trato diferenciado y preferente a favor de las partes subordinadas o desaventajadas. Tanto “Itzcovich” (2005) como “ATE” (2013) muestran el nexo conceptual esencial entre el ideal de igualdad bajo el principio no subordinatorio y su mirada estructural y los derechos económicos sociales y culturales, al entender que el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional “reforzó el mandato constitucional de tutela para situaciones de vulnerabilidad” y esta interpretación tiñe la definición de las políticas públicas pues, como ya dije, “debe igualmente servir de pauta de orientación para toda autoridad estatal en su ámbito de competencia” (Q. C., S. Y.).

“Castillo” (2017) es ejemplo, hasta el momento, del discurso igualitario más consistente con el ideal robusto, estructural y antisubordinatorio entre los casos evaluados. Primero, señala que el principio de igualdad que surge del artículo 16 de la Constitución Nacional (principio de no discriminación) debe ser considerado a la luz del artículo 75 inciso 23 y de “diversas disposiciones contenidas en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional” conforme lo establece el artículo 75 inciso 22: “Estas normas, al incorporar por un lado, mecanismos de acciones positivas para favorecer a determinados grupos y, por el otro, delinear categorías sospechosas de discriminación, buscan garantizar la igualdad real de los habitantes” (Considerando 18). La Corte Suprema agrega de forma expresa que la igualdad debe ser entendida desde una perspectiva estructural que tome en cuenta a la persona como integrante de

un grupo y en el especial contexto social en que se encuentra. Por tal cuestión resulta muy importante el análisis de las decisiones y políticas públicas aparentemente neutrales considerando el impacto real que genera en esos grupos subordinados.

El concepto de discriminación indirecta aparece innominado, pero con el mismo alcance que el desarrollado oportunamente por la Corte Interamericana. Además, y por vez primera de forma tan terminante, la Corte Suprema liga la idea de las categorías sospechosas a una mirada estructural y dentro del ideal antisubordinatorio. Lo hace de forma expresa, pues precisa que el fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas es revertir la situación de desventaja en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico en razón de muy variadas circunstancias como, por ejemplo, razones sociales, étnicas, culturales, religiosas, entre otras.

Por fin, ya de manera clara, se ve en un fallo de la Corte Suprema una relación directa entre las categorías sospechosas y el ideal de igualdad como no sometimiento; lo que sostiene conceptualmente la consideración especial de las categorías sospechosas es la necesidad de dismantelar situaciones de subordinación o vulnerabilidad estructural razón por la cual, cuando aparecen estas diferencias de trato, corresponde aplicar un escrutinio más riguroso en línea con la doctrina que emana de “Hoof” y de “Partido Nuevo Triunfo” (Considerando 19). Pero al final no todo resulta tan claro o alentador. Pese a estas referencias jurisprudenciales, el escrutinio de razonabilidad aplicado en “Castillo”, intenso y riguroso, no llega al grado de estrictez de los precedentes señalados. O sea, la Corte hace mención a casos donde aplicó el escrutinio estricto, pero en “Castillo” resuelve de una forma menos intensa, pues basta con que el Estado justifique la necesidad de los efectos desproporcionados que causa la disposición impugnada para salvar la constitucionalidad, sin necesidad de demostrar un fin

esencial ni de acreditar que no existían medios menos lesivos o discriminatorios para conseguirlo, como sería en su versión más intensa. En definitiva, “Castillo” es una sentencia que, en cuanto al derecho a la igualdad, define a la categoría sospechosa desde el ideal de no sometimiento y teniendo en cuenta su componente estructural, señala la necesidad de análisis contextualizados de las normas jurídicas supuestamente neutras y su impacto en los grupos desaventajados, la relación entre estas normas jurídicas y la discriminación encubierta (aunque la misma no sea querida por la legislatura) y la aplicación de un estándar de control de razonabilidad más riguroso que el simple, aunque menos estricto que el desarrollado en “Hoofit”.

Resumiendo, en lo que va a resultar el tramo final de este trabajo:

- La Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina introduce en sus fallos el concepto de escrutinio estricto de control de razonabilidad asociado al concepto de categorías sospechosas en un voto mayoritario en el año 2004. Pero esta aparición no resulta clara en cuanto a la delimitación de las categorías sospechosas, a cuál es la categoría involucrada en ese fallo y sus características; mucho menos se percibe una visión estructural del derecho a la igualdad.
- La apelación a estándares estructurales en relación al derecho a la igualdad en la jurisprudencia del Sistema Interamericano aparece en los primeros años del 2000. Sin embargo, recién en febrero de 2012 se recepta de forma expresa la idea de categorías sospechosas sometidas a un escrutinio estricto para superar su presunción discriminatoria (“Atala Riffo y niñas”). No existe diálogo entre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y lo que resuelve la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuestiones relacionadas con el derecho a la igualdad. Este hallazgo me pareció significativo. Como

pude demostrar, las apelaciones que hace la Corte argentina a la jurisprudencia internacional resultan generalmente circunstancial y poco determinante, e ignoran rotundamente los precedentes de la Corte Interamericana en temáticas relacionadas que podría utilizar en tanto formar parte de las “condiciones de vigencia” de los tratados con jerarquía constitucional.

- Los fallos de la Corte Suprema posteriores a la saga Hooft – Gottschau - Reyes Aguilera empiezan a construir un discurso jurídico que, por lo menos en varios de sus fundamentos, contiene elementos de una concepción robusta y estructural del derecho a la igualdad. Como señalé, lo que se observa en considerandos de distintos fallos no es empleado por la Corte en las partes resolutivas de sus decisiones, que apelan al ideal anticlasificadorio del derecho a la igualdad. Pero la aparición del análisis estructural ya empieza a ser evidente. ¿Sirve para construir una doctrina acabada de lo que la Corte Suprema entiende por grupo vulnerable? No. Pero sí se pueden sacar algunas cosas claras:

- La obligación de realizar acciones positivas tendientes a evitar la discriminación debe reflejarse en la legislación, en la interpretación de la legislación que hagan sus tribunales, en la garantía de recursos suficientes y efectivos para lograrlo y, además, en la definición de sus políticas públicas en tanto ser un mandato que, ya sea por la fuente local como por la internacional, pesa sobre toda autoridad estatal.
- Los derechos sociales se desarrollan a partir de una incipiente mirada estructural y antisubordinatoria del derecho a la igualdad, que obligaba a un trato diferenciado y preferente a favor de las partes subordinadas o desaventajadas.

- La prohibición de discriminación compete también a los particulares. El estándar probatorio reparte las cargas: la parte actora deberá acreditar hechos que *prima facie* resulten idóneos para inducir la discriminación; posteriormente la demandada deberá demostrar que tuvo un objetivo razonable y no discriminatorio.
- Cuando existe exclusión sistemática de un grupo al acceso a ciertos derechos, deben tomarse acciones opuestas que solucionen esa exclusión estructural. La Corte Suprema convalida el diseño de una política general de cuota o cupo realizado por la judicatura provincial en un caso concreto.

En “Castillo” se asocia la idea de categoría sospechosa al ideal de no sometimiento: lo que transforma en sospechosa una clasificación es que profundiza una práctica de segregación y exclusión de un grupo. Además, incorpora un análisis contextualizado de las normas jurídicas supuestamente neutras y su impacto en los grupos desaventajados, indaga sobre la relación entre estas normas jurídicas y la discriminación encubierta (aunque la misma no sea querida por la legislatura) y utiliza un estándar de control de razonabilidad más riguroso que el simple.

Entiendo al derecho y su interpretación como una práctica social que es el producto de un diálogo colectivo dentro de una comunidad política de iguales. Es bajo esta concepción que me propuse la presente investigación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación es un actor preponderante en ese diálogo colectivo general y, en sus diferentes intervenciones, ella misma construye y ayuda a construir una interpretación del derecho a la igualdad y sus alcances. Como señalé en la Introducción, la jurisprudencia ocupa un papel importante en la definición de convenciones

interpretativas. En algunos casos es determinante, en otros es revelador o inspirador, pero siempre como parte de una acción colectiva más amplia, dinámica y que no controla totalmente. Soy consciente, y así lo expresé en el trabajo, que muchas de las cuestiones que marqué en las resoluciones de la Corte Suprema como tributarias del ideal de igualdad como no subordinación no resultaron esenciales para la resolución de los casos y no permiten su tratamiento como precedentes. Fue parte de una decisión no discriminar entre el *holding* y los *obiter dicta*. El escrito buscó y encontró una construcción discursiva por parte del máximo tribunal que aporta elementos importantes al diálogo colectivo a favor de una concepción robusta del derecho a la igualdad. Y a los efectos de ese diálogo colectivo todo lo que dice puede tener valor.

Todavía nuestra Corte no es totalmente clara en definir los motivos que llevan a proteger a determinados grupos a través de considerarlos beneficiarios de acciones positivas y, consiguientemente, de un escrutinio judicial agravado cuando son perjudicados en el diseño legislativo, de políticas públicas o de aplicación de normas y políticas aparentemente neutrales pero que en la práctica los perjudican. Tal vez nunca llegue a serlo. Pero, como demostré, se puede reconstruir un camino a favor de una mirada real, contextualizada y estructural del derecho a la igualdad cada vez más comprometida con el ideal de no sometimiento, no explotación o antisubordinatorio y asociado con la idea de goce efectivo de derechos para las personas. Se va estructurando discursivamente una directa relación entre el alcance constitucional del concepto de "grupos beneficiados por acciones positivas" y el de "grupos subordinados". La vulnerabilización o subordinación estructural de un grupo genera la obligación por parte del Estado de implementar políticas públicas que reviertan esa situación; entre esas políticas públicas están las "medidas de acción positiva". Quien intente una regresión en este punto sabrá, a esta altura, que deberá discutir con una

convención interpretativa que entiende, por ejemplo, que el Estado debe implementar políticas públicas a favor de resolver las situaciones de exclusión estructural y sistemática de los integrantes de determinados grupos y la necesaria garantía del acceso al goce efectivo de derechos.

El “largo y sinuoso camino” tiene una dirección y un sentido. Pese al andar zigzagueante de su discurso igualitario, la Corte Suprema consolida un rumbo determinado. No es poco.

## REFERENCIAS

### Referencias bibliográficas

- Abramovich, Víctor. (2009). El Rol de la Justicia en la articulación de políticas y derechos sociales. En Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura. *La revisión judicial de las Políticas Sociales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Abramovich, Víctor. (2012). De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista Derechos Humanos*. Año I N° 1. Buenos Aires: Ediciones Infojus. (originalmente en Revista DERECHO PUCP, No. 63. Perú).
- Aldao, Martín; Ronconi, Liliana y Clérico, Laura. (2019). La igualdad constitucional. En Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián (Directores). *Constitución de la Nación Argentina comentada*. Buenos Aires: La Ley.
- Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (Coords.). (2012). *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario* (2ª. ed. ampliada). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Alegre, Marcelo. (2011). El Artículo 19 CN y la igualdad democrática. En Gargarella, Roberto (comp.). *La Constitución en 2020*. (p. 45 – 52). Buenos Aires: Siglo XXI.
- Álvarez Ugarte, Ramiro. (2014). La aporía y el diálogo en la adjudicación constitucional. En Gargarella, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Arrimada, Lucas. (2008). Derecho a la Igualdad. En *La Corte y los derechos: 2005/2007*. Buenos Aires: ADC, Siglo XXI.
- Badeni, Gregorio. (1997). *Instituciones de Derechos Constitucional*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Bidart Campos, Germán. (2005). *Manual de la Constitución Reformada*. Buenos Aires: Ediar.
- Capella, Juan Ramón. (2008). *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado* (5ª ed. revisada y ampliada). Madrid: Trotta.

- Cayuso, Susana G. (2006). *Constitución de la Nación Argentina*. Buenos Aires: La Ley.
- Crenshaw, Kimberlé Williams. (2006). Raza, reforma y retroceso: transformación y legitimación en el derecho contra la discriminación. En García Villegas, Mauricio; Jaramillo, Isabel Cristina y Restrepo, Esteban (coords.). *Crítica jurídica: teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*. (pp. 97-123). Bogotá: Universidad de los Andes.
- Crenshaw, Kimberlé Williams. (2012). Cartografiando los márgenes. Interseccionalidad, políticas identitarias, y violencia contra las mujeres de color. En Platero, Raquel (Lucas) (ed.). *Intersecciones: cuerpos y sexualidades en la encrucijada. Temas contemporáneos*. Barcelona: Ediciones Bellaterra.
- Dworkin, Ronald. (2003). *Virtud soberana: la teoría y la práctica de la igualdad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica.
- Dworkin, Ronald. (2012). *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Elfman Jonás. (2019). Supremacía constitucional. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. En Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián. (2019). *Constitución de la Nación Argentina comentada*. Buenos Aires: La Ley.
- Etchichury, Horacio. (2013). *Igualdad desatada. La exigibilidad de los derechos sociales en la constitución argentina*. Córdoba: Editorial UNC.
- Fernández Valle, Mariano. (2018). La protección contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana. En Maffía, Diana y Gómez, Patricia L. (2018). *Revista Jurídica de Buenos Aires. Género y derechos*. Año 43, Número 97. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Filippini, Leonardo. (2019). Las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional. En Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián. (2019). *Constitución de la Nación Argentina comentada*. Buenos Aires: La Ley.
- Fiss, Owen. (1999). Grupos y la Cláusula de la Igual Protección. En Gargarella, Roberto (Comp.). *Derechos y grupos desaventajados*. Barcelona: Gedisa.
- García Villegas, Mauricio, Jaramillo Sierra, Isabel Cristina et al. (coords). (2006). *Crítica jurídica: teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*. Bogotá: Uniandes.

- Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián. (2019). *Constitución de la Nación Argentina comentada*. Buenos Aires: La Ley.
- Gargarella, Roberto. (2006). ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? En *Perfiles Latinoamericanos*, julio-diciembre, número 028. México: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.
- Gargarella, Roberto. (2007). Cómo no debería pensarse el derecho a la igualdad. Un análisis de las opiniones disidentes en el fallo “Reyes Aguilera”. *Jurisprudencia Argentina*, JA 2007-IV-731.
- Gargarella, Roberto. (2008). *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Gargarella, Roberto. (2010). Constitucionalismo versus Democracia. En Gargarella, Roberto. *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. (p. 23 – 40). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Gargarella, Roberto. (2014). *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz.
- Gelli, María Angélica (2003). La supremacía de la Corte Argentina y la jurisprudencia internacional. *La Ley*, 2003-F, 1454.
- Gelli, María Angélica (2009). *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada* (4° ed. 2° reimpression). Buenos Aires: La Ley.
- Gotanda, Neil. (2006). Una Crítica a “nuestra Constitución es ciega al color”. En García Villegas, Mauricio, Jaramillo Sierra, Isabel Cristina et al. (coords). (2006). *Crítica jurídica: teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*. Bogotá: Uniandes.
- Grosman, Lucas S. (2008). *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*. Buenos Aires: Librería.
- Gullco, Hernán. (2012). El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino. En Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (Coords.). *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. (2ª. ed. ampliada). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Habermas Jürgen. (1999). ¿Qué significa ‘Política deliberativa’? En *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Barcelona: Paidós.

- Habermas, Jürgen. (2010). Reconciliación mediante el uso público de la Razón. En Habermas, Jürgen y Rawls, John. *Debate sobre el liberalismo político*. (3ra impresión). (pp. 41- 71). Barcelona: Paidós.
- Holmes, Stephen y Sunstein, Cass. (2011). *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Honneth, Axel. (2014). *El derecho de la libertad: esbozo de una eticidad democrática*. Buenos Aires: Capital intelectual. Katz.
- Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI). Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH). (2017). *La situación de las personas migrantes regionales en la Ciudad de Buenos Aires. Acceso a derechos sociales y estadísticas de criminalidad*. Buenos Aires.
- Jarach, Dino. (1983). *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*. Buenos Aires: Editorial Cangallo.
- Kennedy, Duncan. (2010). *Izquierda y derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Linares, Juan Francisco. (1989). *La razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Nacional*. (2ª ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Lorenzetti, Ricardo. (2014). *El arte de hacer justicia*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Maurino, Gustavo. (2010). Pobreza, Constitución y Democracia: aportes desde la autonomía personal. En Gargarella, Roberto. *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. (p. 875 – 907). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Nino, Carlos S. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Nino, Carlos S. (1996). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Nino, Carlos S. (2014) *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Orlando, Federico. (2012). Las Distinciones entre Nacionales y Extranjeros en la Jurisprudencia de la CSJN: la Saga “Hooft”, “Gottschau” y “Reyes Aguilera” (y algunos interrogantes pendientes). En Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (Coords.). *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. (2ª. ed. ampliada). Buenos Aires: Abeledo - Perrot.

- Orlando, Federico. (2014). El principio de igualdad en la Corte Suprema: apostilla al caso “Sisnero”. RAP, 431, 111 – 124.
- Pautassi, Laura C. (2008), *Transversalidad de género en un marco de derechos: el desafío actual*. Brasilia: SER Social, v.10, n. 22, p. 11-40.
- Pautassi, Laura C. (2009). Límites en la agenda de reformas sociales: El enfoque de derechos en la política pública. En Courtis, Christian (comp.). *Desde otra mirada: Textos de Teoría Crítica del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Platero, Raquel (Lucas). (2012). Introducción. La interseccionalidad como herramienta de estudio de la sexualidad. En Platero, Raquel (Lucas) (ed.). *Intersecciones: cuerpos y sexualidades en la encrucijada. Temas contemporáneos*. Barcelona: Ediciones Bellaterra.
- Przeworski, Adam. (2010). *Qué esperar de la democracia: Límites y posibilidades del autogobierno*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Puga, Mariela y Otero, Romina. (2012). Igualdad, género y acciones afirmativas. La justicia salteña y la inclusión de las mujeres en el mercado laboral. En Alegre Marcelo y Gargarella Roberto (coords.). *El Derecho a la Igualdad, aportes para un Constitucionalismo Igualitario*. (2ª. ed. ampliada). Buenos Aires: Abeledo Perrot. Se tomó en cuenta también una versión revisada, actualizada y modificada en el año 2021 que todavía no fue publicada y que se llama El derecho y la segregación de las mujeres en el mercado laboral: El caso Sisnero.
- Ramón Michel, Agustina y Ariza, Sonia. (2018). *La legalidad del aborto en la Argentina*. Buenos Aires: REDAAS.
- Ramírez, Silvina. (2012). “Igualdad como Emancipación: los Derechos Fundamentales de los Pueblos indígenas”. En Alegre Marcelo y Gargarella Roberto (coords.). *El Derecho a la Igualdad, aportes para un Constitucionalismo Igualitario*. (2ª. ed. ampliada). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Rawls, John. (1994). Las libertades fundamentales y su prioridad. En Rawls, John y otros. *Libertad, igualdad y derechos. Las conferencias Tanner sobre filosofía moral*. (pp. 9-90). Barcelona: Planeta-De Agostini.
- Rawls, John. (2010). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rodríguez, Marcela. Con la colaboración de Rzoncinsky, Nadia (2010). Igualdad, democracia y acciones positivas. En Gargarella, Roberto (Coord.). *Teoría y crítica del derecho constitucional*. (p. 619-656). Buenos Aires: Abeledo – Perrot.

- Saba, Roberto. (2010). Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas? En Gargarella, Roberto (Coord.). *Teoría y crítica del derecho constitucional*. (p. 695 – 742). Buenos Aires: Abeledo – Perrot.
- Saba, Roberto. (2012). (Des)igualdad estructural. En Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (Coords.). *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. (2ª. ed. ampliada). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Saba, Roberto. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo XXI.
- Sagües, Néstor Pedro. (1997). El valor de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Lexis* N° 0003/001050 ó 0003/001059.
- Sagües, Néstor Pedro. (2007). *Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Saldivia Menajovsky, Laura. (2010). Una Corte ¿Suprema? En Gargarella, Roberto. *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. (p. 173 – 231). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Saldivia Menajovsky, Laura. (2011). Categorías Sospechosas Flexibles y Contextuadas. En Gargarella, Roberto (comp.). *La Constitución en 2020*. (p. 36 – 44). Buenos Aires: Siglo XXI.
- Saldivia Menajovsky, Laura. (2017). *Subordinaciones invertidas. Sobre el derecho a la identidad de género*. Ciudad de México: UNAM. Los Polvorines: Ediciones UNGS.
- Saldivia Menajovsky, Laura. (2017 b). Educación religiosa en Salta: la importancia de la decisión de la Corte. Infobae. Recuperado el 3/2/2021 en <https://www.infobae.com/opinion/2017/12/17/educacion-religiosa-en-salta-la-importancia-de-la-decision-de-la-corte/>.
- Saldivia Menajovsky, Laura. (2018). El problemático reconocimiento de la Corte Suprema Argentina de la Escuela Pública como espacio religioso. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Año 43 Número 97 -2018-II.
- Saldivia Menajovsky, Laura. (2019). De “CHA” a “ALITT”: una nueva manera de entender el derecho. En Diana Maffia, Patricia Gómez y Aluminé Moreno (comp.). *Miradas Feministas sobre los Derechos*. Buenos Aires: Editorial Jusbaire.
- Sampay, Arturo E. (1975). *Las constituciones de la Argentina (1810/1972)*. Buenos Aires: EUDEBA

- Siegel, Reva B. (2013). El discurso de la igualdad: los valores de la antisubordinación y la anticlasificación en las luchas constitucionales sobre el caso Brown. En Post, Robert y Siegel, Reva. *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. (p. 173 – 260). Buenos Aires: Siglo XX.
- Villegas, Héctor Belisario (2009). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario* (9 ed. 2º reimp.). Buenos Aires: Astrea.
- Zayat, Demián (ed.). (2013). *La discriminación en el mercado. Ian Ayres y los estudios empíricos sobre desigualdad*. Buenos Aires: Fundación Universidad de Palermo.
- Zayat, Demián. (2014 a). El principio de igualdad. Razonabilidad, categorías sospechosas, trato igual e impacto desproporcionado. En Elías – Grosman - Legarre y Rivera (comp). *Tratado de los Derechos Constitucionales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Zayat, Demián. (2014 b). “Sisnero”, hacia un definido derecho antidiscriminatorio. *Revista La Ley*, 30 de junio de 2014.

### **Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

- Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo. Fallos 333:2306.
- Arancibia Clavel. Fallos 327:3312.
- Arenzón, Gabriel Darío c/ Nación Argentina. Fallos 306: 400.
- Bramajo. Fallos 319:1840
- Caille. Fallos 156:67.
- Calvo y Pesini, Rocío c/ Córdoba Provincia de s/ amparo. Fallos 321:194.
- Carranza Latrubesse. Fallos: 336:1024.
- Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución Inspección General de Justicia s/ personas jurídicas. Fallos 314:1531.
- Derecho. Fallos 334:1504.
- Espósito. Fallos 327:5668
- F., A. L. s/ medida autosatisfactiva. Fallos: 335:197.

García Monteavaro. Fallos 238:60.

Giroldi. Fallos 318:514.

González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba. Fallos 323:2659.

Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo. Fallos 329:2986.

Guillermo Olivar. Fallos 16:118.

Hooft, Pedro Cornelio. Fallos 327:5118.

Inés María Repetto v. Provincia de Buenos Aires. Fallos 311:2272.

Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios. Fallos: 328:566.

Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento – Distrito Capital Federal. Fallos: 332:433.

Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo. Fallos 334:1387.

Q. C., S. Y. C/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo. Fallos 335:452.  
Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta – Ministerio de Educación de la Provincia de Salta s/ amparo. Fallos 340:1795.

Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/ Inspección General de Justicia. Fallos 329:5266.

Reyes Aguilera, Daniela v. Estado Nacional. Fallos: 330:3853.

Sisnero, Mirtha Graciela y otros c. Tadelva S.R.L. y otros s/ amparo. Fallos: 337:611.

Vega. Fallos 311:1565.

Verbitsky. Fallos 328:1146.

**Sentencias, Opiniones Consultivas e Informes de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos**

Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. CIDH. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68. 20 enero 2007.

Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia sexual: la educación y la salud. CIDH. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 65. 28 de diciembre de 2011.

Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Corte IDH. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Corte IDH. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257.

Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas. Corte IDH. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo. Corte IDH. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo. Corte IDH. Sentencia del 17 de junio de 2005.

Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Corte IDH. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

Caso Duque vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Corte IDH. 2016.

Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Corte IDH. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Corte IDH. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Corte IDH. Sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C. Nro. 205. Párr. 401.

Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Corte IDH. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.

Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Corte IDH. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349.

Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala. Corte IDH. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Fondo, Reparaciones y Costas.

Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Corte IDH. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318.

Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Corte IDH. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 35025.

Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Corte IDH. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, 17-9-2003.

Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Alfredo López Álvarez. Honduras. CIDH. Caso 12.387.

Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dilcia Yean y Violeta Bosico. República Dominicana. CIDH. Caso 12.189. 11 de julio de 2003.

El camino hacia una democracia sustantiva: la participación política de las mujeres en América. CIDH. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 79. 18 abril 2011.

Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

Informe N° 54/01. CIDH. Caso 12.051. María Da Penha Maia Fernandes v. Brasil. 16 de abril de 2001.

Informe N° 64/12. Caso 12.271. CIDH. Fondo. Benito Tide Méndez y otros. República Dominicana. 29 de marzo de 2012.

Informe N°. 48/16. CIDH. Caso 12.799. Fondo. Miguel Ángel Millar Silva y otros (Radio Estrella del Mar Melinka). Chile. 29 de noviembre de 2016.

Informe No. 04/01. Caso 11.625. Fondo. CIDH. María Eugenia Morales de Sierra. Guatemala. 19 de enero de 2001.

Informe No. 04/01. CIDH. Caso 11.625. Fondo. María Eugenia Morales de Sierra. Guatemala. 19 de enero de 2001.

Informe No. 64/11. Caso 12.573. Fondo. CIDH. Marino López y otros (Operación Génesis). Colombia. 31 de marzo de 2011.

Informe No. 80/15. CIDH. Caso 12.689. Fondo. J.S.C.H y M.G.S. México. 28 de octubre de 2015.

Informe No. 85/10. Caso 12.361. Fondo. Gretel Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) Costa Rica. CIDH. 14 de julio de 2010.

Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas. CIDH. OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147. 7 septiembre 2017.

Informes Temáticos. Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas. CIDH. OEA/Ser L/V/II Doc. 44/17, 17 de abril de 2017.

La situación de las personas afrodescendientes en las Américas. CIDH. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62. 5 diciembre 2011.

Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales. CIDH. OEA/Ser.L/V/II.132 Doc. 14. 19 julio 2008.

Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Corte IDH. Serie A No. 4.

Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América. CIDH. OAS/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36. 12 noviembre 2015.

**Curriculum vitae**

Alejandro Carlos Bottini Bulit

52 años, casado, dos hijos.

**Estudios Universitarios:**

- Título: Abogado. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Fecha de egreso: 30 de diciembre de 1995.
- Estudios de Posgrado: Programa de Posgrado en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. Fecha de finalización: 13 de mayo de 2013.
- Estudios de Posgrado en curso: Maestría en Derecho en la Universidad de Palermo. Etapa: presentación de tesis.

**Antecedentes académicos:****Universitarios:**

- Docente a cargo de la materia “Derecho Constitucional”. Carrera de Ciencia Política. Universidad Nacional de La Matanza. Período: marzo 2007 hasta la actualidad.
- Docente asociado de “Derecho Constitucional II”. Cátedra Dr. Marcos Grabivker. Carrera de Abogacía. Universidad Nacional de La Matanza. Período: agosto 2005 hasta la actualidad.

- Docente adjunto interino de “Derecho Constitucional I”. Cátedra Dr. Marcos Grabivker. Carrera de Abogacía. Universidad Nacional de La Matanza. Período: agosto 2004 - julio 2005.
- Docente de "Derecho Constitucional e Instituciones de Derecho Público". Carreras de Licenciatura en Administración Pública y Licenciatura en Gestión de Políticas Sociales. Universidad Nacional de Tres de Febrero. Período: marzo 2001 hasta la actualidad.
- Docente de “Pasantía Integradora III: Estructura gubernativa del municipio argentino y recursos municipales”. Carrera Licenciatura en Administración Pública. Universidad Nacional de Tres de Febrero. Período: agosto 2002 hasta diciembre 2013.
- Docente adjunto de “Estructura y Funcionamiento del Estado”. Cátedra Dra. Rita Tanuz. Carrera de Licenciatura y Tecnicatura en Administración Pública dictada por medio de la modalidad virtual. UNTREF Virtual. Período: agosto 2003 hasta la actualidad.
- Jefe de Trabajos Prácticos regular de “Derecho Constitucional II”. Carrera de Abogacía. Universidad Nacional de La Matanza. Cátedra Dr. Marcos Grabivker. Cargo obtenido por concurso en junio de 2005.

### **Posgrados:**

- Docente en la materia “Principios Constitucionales y Políticas Públicas” en la Especialización en Gestión Pública de la Universidad de Tres de Febrero. Período: 2015 hasta la actualidad.

- Docente de la materia “Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y Debido Proceso en los procedimientos civiles y administrativos” en la Maestría en Derechos Humanos, Estado y Sociedad. Universidad Nacional de Tres de Febrero – Escuela de Abogados del Estado – Procuración del Tesoro de la Nación. Período: 2013 hasta 2015.
- Docente en la materia “Derecho público: administración y procedimientos” de la “Carrera de Especialización en Gestión para la Defensa”. Universidad Nacional de Tres de Febrero – Ministerio de Defensa. Período: 2009 hasta 2013.

#### **Antecedentes laborales en el sector público:**

- Subsecretario de Coordinación Administrativa y Logística de la Secretaría General. Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. Período: desde diciembre de 2015 hasta diciembre de 2019. Estuve a cargo del área administrativa y logística de la Secretaría General y de la Unidad Gobernador durante la gestión de María Eugenia Vidal como gobernadora de la Provincia de Buenos Aires y de Fabián Perehodnik como Secretario General. Durante ese lapso, y entre otras cuestiones, llevamos adelante un proceso de modernización normativa e informática de los procedimientos administrativos, contables, de compras y contrataciones y presupuestarios dentro de la administración pública provincial centralizada. Como ejemplo, pusimos en marcha el expediente electrónico, un mejor sistema informático de gestión y administración financiera, iniciamos las compras electrónicas y unificamos los múltiples sistemas de liquidación de haberes que coexistían al inicio de la gestión. Bajo la conducción del Secretario General, mejoramos la estructura orgánico funcional de la Secretaría, racionalizando el funcionamiento de las unidades organizativas y suprimiendo aquellas que tenían competencias superpuestas.

Fomentamos la capacitación del personal de planta permanente y aprovechamos los saberes que tenían, al punto tal que, al final de la gestión, el grueso de los cargos de dirección de la organización estaban cubiertos con empleados de la plantilla que fueron promocionados a los lugares de conducción. Coordinamos los aspectos de movilidad y logísticos de la Gobernadora y el Secretario General y su seguridad. Iniciamos un proceso de mejora de la infraestructura edilicia de los edificios a cargo a partir de la modificación de los espacios de trabajo y la modernización de mobiliario y equipamiento.

- Responsable de Auditoría Legal de la UNIDAD DE AUDITORIA INTERNA de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS. Período: desde junio de 2012 hasta agosto de 2015. La acción central del área a mi cargo fue realizar el control de legalidad sobre todas las auditorías encaradas en la Jurisdicción. Sin desatender esta actividad, logramos conformar un equipo de auditoría legal que realizó intervenciones apropiadas y asistencias útiles en materia legal, contribuyendo a la idea de un control concomitante que permitiera una mejora permanente en los resultados de la gestión administrativa.
- Jefe de Departamento de Análisis Normativo de la Secretaría Administrativa de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires. Período: desde enero de 2010 hasta junio de 2012 y desde septiembre de 2015 hasta diciembre de 2015. Cargo de conducción obtenido por concurso. Elaboración de proyectos de normas encomendados por el Secretario/a Administrativo/a. Control de legalidad y técnico de los proyectos de normas puestas a consideración del Secretario/a Administrativo/a.
- Director de Participación Ciudadana y Acceso a la Información Pública dependiente de la Subsecretaría de Relaciones Institucionales, Ministerio de Jefatura de Gabinete y Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. Período: desde diciembre 2007 hasta diciembre de 2009.

- Subsecretario de Coordinación Legal del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Período: desde septiembre 2007 hasta diciembre 2007.
- Asesor de la Secretaría Legal y Técnica del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Período: desde noviembre de 2006 hasta septiembre 2007.
- Jefe de Departamento de Análisis Normativo de la Secretaría Administrativa de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires. Período: desde enero de 2006 hasta noviembre de 2006. Cargo de conducción obtenido por concurso. Elaboración de proyectos de normas encomendados por el Secretario/a Administrativo/a. Control de legalidad y técnico de los proyectos de normas puestas a consideración del Secretario/a Administrativo/a.
- Asesor letrado de la Secretaría Administrativa de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires. Períodos: agosto de 2000 – diciembre de 2001, julio de 2002 – septiembre de 2002 y diciembre de 2003 hasta diciembre de 2005. Análisis y seguimiento de expedientes. Confección de informes y dictámenes. Redacción de anteproyectos de Decretos y Resoluciones.
- Director General de la Dirección General Administrativa de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Período: septiembre de 2002 hasta diciembre de 2003. Responsable de las compras y contrataciones de insumos y servicios de la Legislatura. Responsable del Área Depósito y Aprovisionamiento. Elaboración de los planes anuales de compra. Reformulación de la normativa interna en la materia.
- Director General de la Dirección General de Despacho Administrativo de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Período: diciembre de 2001 hasta julio de 2002. Encargado de la Mesa de Entradas de la Legislatura. Responsable del Área Archivo. Encargado del despacho de los asuntos sometidos a la

consideración de la Secretaría Administrativa. Registro, protocolización y distribución interna de la documentación administrativa de la Legislatura.

- Asesor de Gabinete de la Subsecretaría de Coordinación de Gabinete del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Período: enero de 2000 – julio de 2000. Funciones de asesoramiento jurídico al Subsecretario. Análisis de expedientes, confección de informes. Coordinación y armado de cursos y jornadas de capacitación y actualización para Directores Generales Legales y Técnicos del Gobierno de la Ciudad. Coordinación operativa de las Reuniones de Gabinete de Secretarios y Subsecretarios.
- Oficial Notificador de la Oficina de Mandamientos y Notificaciones de La Matanza. Período: enero de 1995 – diciembre de 1996. Desempeño de tareas como Oficial Notificador y Oficial de Justicia (Ad Hoc) realizando diligencias en todo el ámbito de La Matanza. Capacitador de notificadores ingresantes.
- Asesor en la Dirección Nacional de Defensa Civil en temas propios de la Dirección. Período: marzo de 1988 – junio de 1989. Asistente técnico administrativo. Coordinación del Área Operativa en catástrofes e inundaciones.

**Antecedentes laborales en el sector privado:**

- Abogado, apoderado judicial de la empresa 5 A SEC ARGENTINA S.A. propietaria de la franquicia para Argentina del sistema francés de tintorerías. Desempeño como asesor jurídico en el Departamento de Franquicias y en el Departamento de Recursos Humanos. Período: enero de 1998 – julio de 1998.
- Abogado. Estudio Jurídico San Justo. Ejercicio Integral de la profesión. Atención de clientes, procuración, audiencias y mediación. Período: enero de 1997 – junio de 1998.

- Encargado de Proyectos en la COMPAÑÍA ERICSSON ARGENTINA, multinacional líder en el rubro telecomunicaciones. Organización y distribución de los grupos de trabajo encargados de la instalación de bases de radio en todo el país. Confección de las respuestas a los pliegos de las diversas licitaciones en que la empresa se presentaba. Período: enero de 1994 – diciembre de 1994.

### **Categoría al Programa de Incentivos a Docentes Investigadores:**

Categoría V

### **Miembro de Tribunal de Tesina:**

Miembro del Tribunal para evaluar la tesina de especialización en Derecho Constitucional de la Universidad de Palermo de la alumna Silvia Noemi Cohn cuyo título es "Diálogo entre tribunales: Un camino hacia la búsqueda complementariedad. Éxitos y fracasos" dirigida por la profesora Natalia Luterstein. Reunión del Tribunal: 26 de mayo de 2015.

### **Algunas Publicaciones realizadas:**

- El federalismo cooperativo como posible solución a la problemática entre la distribución de competencias en la federación y las obligaciones resultantes de la aplicación de los tratados sobre derechos humanos, ERREnews, septiembre de 2011.
- Fortalecimiento y Jerarquización de los Concejos Deliberantes. Ponencia publicada en el marco del X Seminario de RedMuni (2009) “Nuevo rol del Estado, nuevo rol de los Municipios.

- Ni mucho ni tan poco. Una transición relativamente ordenada y la institucionalización de herramientas útiles para el traspaso de gestión en Revista Respública Argentina Número RPA 2008-1.
- Ejercicio pleno de la autonomía municipal en la Provincia de Buenos Aires ¿Se puede propender a la descentralización político institucional de las municipalidades bonaerenses por medio de actos legislativos emanados de los propios municipios? en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Número 316, página 47, Buenos Aires, febrero de 2005. También en Doctrina Pública, Número 334, página 107 y Revista RAP Provincia de Buenos Aires, Número 24, página 11.
- CIADI, supremacía constitucional y *hacerse cargo* en Propuestas para la sociedad, el gobierno y la producción, Revista de la Universidad Nacional de La Matanza, mayo 2006.

**Algunos Cursos, Seminarios y Jornadas en donde participé como expositor:**

- “Gestión Estatal del siglo XXI: Capital Humano e Innovación al servicio de la Gestión por Resultados”. Subsecretaría de Capital Humano del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. 13 de mayo de 2019.
- “Jornada de Investigación en Derecho Constitucional”. Universidad Nacional de La Matanza. Departamento de Derecho y Ciencia Política. 24 de mayo de 2017.
- “Proyecciones de la Constitución Nacional a partir de la Reforma de 1994”. Universidad Nacional de La Matanza. Departamento de Derecho y Ciencia Política. 1° de junio de 2016.

- “La capacitación de agentes como proceso de apoyo dentro del Sistema de Gestión de Calidad”. Primera Jornada Argentina de Capacitación en el Estado: “Construyendo capacidades para la Administración Pública del siglo XXI”. 16 de octubre de 2014. INAP.
- “Derecho de Acceso a la Información Pública: encuadra normativo en la Ciudad de Buenos Aires y en la Provincia de Buenos Aires”, taller dictado el día 6 de mayo de 2011 para la Asociación Civil de Bibliotecarios Jurídicos en el aula multimedia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- XIII Curso Regional sobre Planificación y Formulación de Políticas Educativas. Instituto Internacional de Planeamiento de la Educación de UNESCO. Exposición en el Módulo de Formulación, Preparación e Implementación de Políticas Educativas en septiembre de 2010.
- “¿Cómo consolidar políticas regionales comunes entre los órganos deliberativos locales?”, en el Primer encuentro nacional de concejales realizado en La Rioja el 17 de diciembre de 2009,
- Curso de Capacitación sobre Derecho Administrativo, destinado a la planta administrativa del Mercado Central de Buenos Aires, dictado por intermedio del IPAP, los días 4, 11, 18 y 25 de noviembre de 2009. Los contenidos abordados fueron los conceptos generales del Derecho Administrativo, evolución, características, el acto administrativo, normativa legal en vigencia, casos jurisprudenciales.
- “El Derecho de Acceso a la Información Pública en la Provincia de Buenos Aires”, dictado el 5 de mayo de 2009 en el Colegio de Abogados de Morón.

- “El Derecho de Acceso a la Información Pública en la Provincia de Buenos Aires”, dictado el 30 de abril de 2009 en el Honorable Concejo Deliberante de San Nicolás.
- “Regionalización, autonomía municipal e intercambio legislativo entre los Honorables Concejos Deliberantes”, dictado en el marco del Programa de Fortalecimiento y Jerarquización de los Honorables Concejos Deliberantes el día 22 de abril de 2009 en el Honorable Concejo Deliberante de Azul.
- “El Derecho de Acceso a la Información Pública en la Provincia de Buenos Aires”, dictado el 16 y 23 de abril de 2009 en el Colegio de Abogados de La Matanza.
- “Regionalización, autonomía municipal e intercambio legislativo entre los Honorables Concejos Deliberantes”, dictado en el marco del Programa de Fortalecimiento y Jerarquización de los Honorables Concejos Deliberantes el día 5 de marzo de 2009 en el Honorable Concejo Deliberante de Pehuajó.
- “La importancia del intercambio legislativo entre los Honorables Concejos Deliberantes” dictado en el Primer Encuentro de Concejales de la Provincia de Buenos Aires organizado por COFELCO los días 14 y 15 de octubre de 2008 en San Clemente del Tuyú.
- “Ley 2095 – Compras y contrataciones en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” dictado en el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El seminario se desarrolló los días 19, 21, 26 y 28 de mayo y 2 de junio de 2008.
- “Régimen de las Contrataciones Administrativas en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” dictado en el Consejo de la Magistratura de la

Ciudad Autónoma de Buenos Aires (aprobado por Res. CACFJ N° 25/05). El seminario se desarrolló los días 14, 21 y 28 de septiembre y 5, 12 y 19 de octubre de 2005 en la sede del mencionado Consejo.

**Seminario en donde participé como coordinador:**

- “X Seminario de RedMuni: “Nuevo rol del Estado, nuevo rol de los Municipios” realizado el 13 y 14 de agosto de 2009. Coordinador del Panel X: Coordinación de políticas entre niveles de gobierno. Organizado por el Instituto Nacional de la Administración Pública.