

ARTÍCULO 24. IGUALDAD ANTE LA LEY

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Concordancias: arts. 1.1 CADH; 8, 16 y 75, inc. 23, CN; IIDADDH; 7 DUDH; 26 PIDCP; 3 PIDESC; 1 y 15 CEDAW; art. 2 CDN.

DIEGO FREEDMAN (1249)

Todos deben tener todo en común, participar en todo, y vivir de los mismo y no que uno sea rico y otro pobre y uno tenga muchas tierras y otro ni para que lo entierren [...] establezco una vida común para todos, una vida igual. La Asamblea de las Mujeres de Aristófanes.

Breve introito (1250)

Un periódico matutino nos relata un curioso experimento científico. Dos primates aislados en una jaula son habituados a recibir un mismo tipo de fruta —una manzana— como alimento, que parece saciar su apetito. Pero la situación se altera un día, cuando uno de los monos recibe otro tipo de fruta —una banana—. Ahí, mientras el mono que recibió el nuevo tipo de fruta disfruta de su alimento, el otro mono se encrespa, se siente tratado injustamente y arroja la fruta que comía habitualmente con furia (1251).

(1249) Agradezco los comentarios de Martín Hevia, que han significado correcciones de sumo valor en este ensayo.

(1250) En este análisis, no nos detendremos a evaluar la escasa efectividad de este derecho, sin embargo no podemos dejar de mencionar que su vulneración en nuestro país es intensa y extendida. Sin ánimo siquiera de dar un breve *racconto*, basándonos en un estudio del sociólogo Artemio López, si en la Argentina vivieran 100 personas; 27 vivirían con cuatro pesos por día, 10 vivirían con dos pesos por día, 7 vivirían con un peso por día, 3 serían graduados universitarios, 18 habitarían en villas de emergencia, 63 no tendrían cloacas, 58 no tendrían gas natural, 33 no dispondrían de agua potable, 48 dependerían exclusivamente del hospital público para proteger su salud, 30 serían menores de quince años de los cuales 18 serían pobres y 7 indigentes, 25 recibirían parte o todo su salario en negro y de cada 100 pesos existentes, los 20 habitantes más ricos se quedarían con 54 pesos y los 20 más pobres con 4 pesos.

(1251) Este tipo de experimentos han sido realizados por Frans de Waal, quien ha tratado de investigar si la moralidad tiene un origen natural. Este autor defiende una teoría por la cual “se considera que la moralidad es prolongación directa de los

Este experimento, más allá de sus implicancias científicas, podría ser un buen punto de partida para justificar el origen natural del derecho a la igualdad. De todos modos, debemos guardar cautela ya que la justificación naturalista de este derecho requeriría un estudio de mayor profundidad. Sin embargo, no podemos negar que siempre hubo destacados intentos filosóficos por naturalizar este derecho. La gran cantidad de reflexiones sobre el fundamento del derecho a la igualdad resulta inabarcables debido a que se han mantenido como una doctrina constante en todo orden social. Siempre fue necesario justificar un sistema político-social como igualitario, invariablemente, que no nos parezca hoy, aquí y ahora, que todos los hombres y mujeres hayan sido tratados como iguales (1252). Pero en todo régimen político y social hubo una idea de igualdad y una justificación de las diferencias de poder y riquezas, que pueden resultarnos falsa, objetable o incomprensible.

Este presupuesto conlleva necesariamente que al emprender la tarea de describir y analizar este derecho debamos ser conscientes de su camino histórico, de los diversos contenidos que fue adoptando y de las distintas teorizaciones fruto de regímenes sociopolíticos de los más variados signos ideológicos y fundados en diferentes cosmogonías. Esta complejidad, evidentemente, no podrá ser abordada en este ensayo y lo trataremos como un derecho humano, pero preferimos hacer esta introducción para salvaguardarnos de cualquier crítica a nuestro desarrollo por su carácter histórico que es imposible de ser evitado cuando abordamos un derecho tan antiguo como las justificaciones al orden social.

El derecho a la igualdad en los textos de las normas jurídicas

En el frío de los retenes se enteró que existía algo así como una escritura de derechos, la Constitución, que incluía hasta rancheros de cerdos y jayanes. Y supo más: esa misteriosa escritura afirmaba que grandes y chicos eran iguales. Redoble en Rancas de Manuel Scorza

El derecho a la igualdad está reconocido expresamente en el texto de la CADH, en su art. 24 cuando expresa que “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley” (1253). Por su parte, el art. 1, inc. 1 de la CADH dispone espe-

instintos sociales que compartimos con otros animales”, FRANS DE WAAL, *Primates y filósofos. La evolución de la moral del simio al hombre*, Barcelona, Paidós, 2006, pág. 30.

(1252) Para Richard Rorty la extensión e intensidad del reconocimiento del derecho a la igualdad nos evidencia un progreso moral. Es decir que hay progreso cuando ocurre “[u]n aumento de nuestra capacidad de considerar un número cada vez mayor de diferencias entre las personas como irrelevantes desde el punto de vista moral”, RICHARD RORTY, *Truth and Moral Progress: Philosophical Papers*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, pág. 11 en MICHAEL IGNATIEFF, *Los derechos humanos como política e idolatría*, Ed. Paidós, Barcelona, 2003, pág. 30.

(1253) Este derecho se encuentra reconocido también en la DADDH, art. II; en la DUDH, art. 7; en el PIDCP, art. 26; en el PIDESC, art. 3; en la CEDAW, arts. 1 y 15 y en la CDN, art. 2.

cíficamente que “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 o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (1254).

Estas normas internacionales se complementan con el art. 16 de la CN cuando dice que “La Nación 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 condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

Limitándonos a una comparación de ambos textos normativos, debemos decir que la CADH incluye el deber de protección de la ley en el art. 24, lo cual parece remitir a la igualdad en las prestaciones públicas estatales y no sólo a la prohibición de un trato discriminatorio. Por el contrario, ambos textos son coincidentes al disponer que todos los individuos (personas —CADH— y habitantes —CN—) son iguales ante la ley. No se aleja de estas consideraciones interpretativas, la Corte Interamericana cuando sostiene que la igualdad, como categoría jurídica, parte de concebir que no hay jerarquías entre las personas, todas tienen una *única e idéntica naturaleza*, una *dignidad esencial* (1255). Esto significa cierta generalidad en la aplicación de la Ley (1256).

(1254) La prohibición de la discriminación está consagrada expresamente en la DADDH, art. II; en la DUDH, art. 7; en el PIDCP, art. 26, en el PIDESC, art. 2; en la CEDAW, art. 1 y en la CDN, art. 2. Ver también la Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial.

La Corte IDH ha considerado que “[e]n función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal”, Opinión Consultiva, OC 4/84, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, del 19-1-84.

(1255) La Corte IDH ha sostenido que “[l]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, 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 de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”, *ibidem*, párr. 55. En similar sentido, Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 17/02, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, del 28-8-02 y Opinión Consultiva, OC 18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, del 17-9-03.

(1256) “La igualdad de derecho, reconocida históricamente como igualdad jurídica o igualdad ante la ley, pretendió satisfacerse mediante la identificación con la definición de igualdad formal, reducida a la mera igualdad legal.

Principio básico y genérico. Formulación identificada con el liberalismo clásico. El resultado de tal alcance es que en tanto la ley o norma sea aplicada sin distin-

Esta aproximación, centrándonos en el trato interpersonal, implica que hay un trato igualitario cuando las personas reconocen a las otras como un igual, respetando el ejercicio de su autonomía personal. Una persona que considera al otro como igual, puede construir un lenguaje común y realizar acciones en coordinación, logrando que a través de la cooperación social se consigan ciertos objetivos colectivos (1257). Difícilmente, se den estas prácticas sociales cuando desde las instituciones estatales se discrimina, se reconocen personas “de segunda categoría”. El caso más significativo fue el nazismo y sobre la forma de “mirar” de este régimen político reflexionó Primo Levi al relatarnos su experiencia personal y la forma en que observaban a las personas. Al respecto nos relató que “[é]sa no era la mirada que se intercambian dos hombres; si hubiera sabido explicar exactamente la naturaleza de aquella mirada, que parecía provenir del otro lado del cristal de un acuario, a través del cual se contemplaran dos seres que viven en mundos diferentes, también habría podido explicar la esencia de la enorme locura del Tercer [Reich] alemán”.

Por su parte, la CN incluye una primera oración referida a la abolición de los títulos de nobleza, propio de la estructuración social criticada por los filósofos del Iluminismo. Asimismo, rechaza la existencia de fueros personales, evitando así que haya diferentes tribunales dependiendo de las características personales. Así también, el art. 16 de la CN agrega que la admisibilidad a los empleos públicos está dada por la idoneidad (1258), con lo cual, el rechazo en un empleo público

ciones a aquellos a quienes está destinada o dirigida, el principio de igualdad del sistema democrático está cubierto. No importa el porqué ellos, ni los efectos empíricos en el caso concreto”, CAYUSO, SUSANA, “El principio de igualdad en el sistema constitucional argentino”, *LL*, 2003-F, 1380.

(1257) “Para Anderson, ‘el punto’ de la igualdad puede identificarse en las metas de los movimientos políticos igualitarios. La oposición a los sistemas no igualitarios va dirigida hacia los órdenes sociales jerárquicos, en los cuales los seres humanos son clasificados de acuerdo a su ‘valor’. Dicho de otra manera, la desigualdad está más relacionada con relaciones entre personas ‘inferiores’ y ‘superiores’ que con la distribución de la riqueza. Conforme a este punto de vista, el igualitarismo debe buscar la abolición de ese tipo de relaciones sociales y no la mera compensación por desventajas no merecidas”, HEVIA, MARTÍN, COLÓN-RÍOS, JOEL, “El Nuevo y El Viejo Igualitarismo”, *Revista ¿Más Derecho?*, Buenos Aires, Di Plácido, 2006, Año 5, nro. 5, pág. 110.

(1258) “[L]a Corte ha definido a tal recaudo como el conjunto de requisitos de distinta naturaleza que pueden ser estatuidos por la ley o por reglamentos. 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”, CSJN, *Hooft, Pedro C. F.*, 2004, Fallos, 327:5118, con cita de CSJN, *Calvo y Pesini, Rocío*, 1998, Fallos, 321:194.

“Ello es así porque una de las condiciones requeridas por la Constitución Nacional para el ingreso a la función pública es la idoneidad (art. 16) —también lo es en la nueva constitución sanjuanina (art. 45)— la que, entendida como suficiencia o aptitud para una cosa, se valora mediante el establecimiento de incompatibilidades, para fijar las cuales se toma en consideración un obrar actual o pasado del individuo que hace resumir que sus intereses no se concilian con los de la función a desempeñar (doctr. de Fallos, 278:287; 299:428; 305:285)”, CSJN, *Magín Suárez, Luis*, 1987, Fallos, 308:2609. “Asimismo, ha considerado que los requisitos exigidos deben

por una causa que no esté vinculada con esta condición personal es atentatorio de esta norma constitucional. Finalmente, se establece que este derecho opera respecto de la asunción de deberes frente al Estado, es la igualdad de todos los individuos para permitir el sostenimiento y el logro de los fines públicos estatales.

Debe destacarse la especialidad del art. 1, inc. 1, de la CADH que remite a la prohibición de realizar distinciones en la efectividad de los derechos humanos —el art. 24 comprende todo derecho (1259)— cuando se fundamentan en los motivos expresamente previstos en la norma jurídica internacional (1260).

De ahora en más centraremos nuestro análisis en determinar básicamente las consecuencias jurídicas del derecho a la igualdad reconocido en ambos textos normativos, sin atenernos a las particularidades que ha reglado nuestra CN. Asimismo, intentaremos desentrañar el impacto que ha tenido la CADH y su aplicación por los organismos internacionales en la interpretación del texto constitucional en nuestro país.

El derecho a la igualdad: ¿derecho a igualar, derecho a desigualar o derecho a emparejar?

El gobierno no sólo debe tratar a la gente con consideración y respeto, sino con igual consideración y respeto. Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously

Generalmente, cuando describimos un derecho humano, si lo entendemos como una herramienta argumentativa en el discurso jurídico con el

estar vinculados con la competencia del agente y no para provocar un privilegio personal”, CSJN, *Mocchiutti, Juan*, 1997, Fallos, 320:2298.

(1259) “El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe”, Corte IDH, Caso *Yatama vs. Nicaragua*, del 23-6-05.

(1260) “Aunque las nociones no son idénticas y quizás la Corte tendrá en el futuro la oportunidad de precisar las diferencias, dicha disposición reitera en cierta forma el principio establecido en el artículo 1.1”, Corte IDH, OC 4/84, *ya cit.* A renglón seguido precisó que “El artículo 24 de la Convención ‘prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley”. Este criterio ha sido mantenido en Corte IDH, Caso *Perozo vs. Venezuela*, del 28-1-09, párr. 379.

objeto de ser acreedor de un deber estatal en sentido fuerte, tratamos de exponer qué consecuencias jurídicas provoca su uso. Con el derecho a la igualdad, esta tarea se nos complica. Lo invito a leer los siguientes casos que demuestran las diferentes consecuencias jurídicas que se buscan alegando el mismo derecho (1261), algo que podría parecer extraño, pero que sucede con el derecho a la igualdad.

Caso 1: Derecho a igualar

El señor X está enfurecido, se siente discriminado, todos en la sociedad “Feliz” recibieron el bien “1” (1262) de parte del “Gran Hermano Estatal”, menos él. Por eso, él deduce una acción judicial sobre la base del derecho a la igualdad para obtener el bien “1”.

Caso 2: Derecho a desigualar

La señora Y está muy enojada, se siente discriminada, todos en la sociedad “Feliz” recibieron el bien “1” de parte del “Gran Hermano Estatal”, incluso ella. Pero ella, al igual que otras personas en similares condiciones, merecen el bien “2”, porque son distintas a las personas que reciben el bien “1”. Por eso, ella deduce una acción judicial sobre la base del derecho a la igualdad para que le comiencen a proveer el bien “2”.

Caso 3: Derecho a emparejar

El señor W está envidioso, se siente discriminado, todos en la sociedad “Feliz” recibieron el bien “1” de parte del “Gran Hermano Estatal” como le correspondía, pero la señora Y, que justo es su vecina presumida, recibió, además, el bien “2”. Por eso, él interpone una acción judicial sobre la base del derecho a la igualdad para que a Y le saquen el bien “2” y lo distribuyan entre todos o, sino es un bien divisible, que todos tengan igual posibilidad de acceso al bien “2”.

Si nos detenemos en el caso 1, que suele ser el caso paradigmático de afectación de derecho a la igualdad en la jurisprudencia y en los libros de doctrina jurídica, el pobre Sr. X reclama ser tratado igual que el resto de los integrantes de la sociedad “Feliz”. Solicita recibir el bien “1” como todos, ya que le parece injusta esta situación. El caso es similar a *Arenzón* (1263) en el

(1261) Debemos aclarar que se ha tratado de resumir las distintas consecuencias jurídicas que se procura que “las instituciones sociales se organicen y funciones asignando a todos iguales posibilidades de acceso a las ventajas de la vida en común”, Alegre, Marcelo, “¿Quién le teme a la igualdad?”, Revista Doxa, nro. 27, 2004, pág. 183.

(1262) Podría también ser el caso que el Señor X recibiera menor cantidad del bien “1”.

(1263) CSJN, *Arenzón, Gabriel D. c. Gobierno nacional, Ministerio de Educación - Dirección Nacional de Sanidad Escolar*, 1984, Fallos, 306:400.

que una persona se le negaba la posibilidad de matricularse en un instituto de carrera docente por ser una persona de baja estatura. En este caso, el Sr. Arenzón reclamaba que lo dejen matricularse como a las demás personas que no eran petisas. En conclusión, la igualdad sería un argumento jurídico para ser tratado igual que otras personas.

Ahora, el caso 2 es diametralmente opuesto. ¿De qué puede quejarse la Sra. Y si recibe al igual que todos el bien “1”? Justamente, ella considera que merece un trato distinto porque es diferente al resto, tal vez, alegue que pertenece a un grupo con características especiales (1264). En este caso solicita recibir sólo el bien “2” (1265), porque le parece injusta su situación. Este caso hipotético se asemeja al caso *Sisto* (1266), en el cual los reclamantes cuestionan la nulidad de la renuncia al divorcio vincular impuesta para todos los matrimonios. Los actores consideraban que por ser católicos practicantes debían ser tratados en forma diferente y en el acto matrimonial tenían derecho a renunciar al divorcio vincular (1267). En consecuencia, la igualdad sería un argumento jurídico para reclamar un trato distinto por poseer características personales diferenciales.

Finalmente, llegamos al caso más interesante y, tal vez, más cuestionado. Es el caso en que se puede sostener que se nivela hacia abajo (1268) y se ha asimilado este supuesto a la envidia (1269), aunque el caso 1 también podría

(1264) Acerca de la posibilidad que haya derechos genéricos y específicos según el grupo de pertenencia, apunta Michael Ignatieff al sostener que “no existe ninguna razón por la que los ciudadanos no pueden disfrutar de dos clases de derechos a la vez: aquellos que ya disfrutaban con el resto de la ciudadanía y los que disfrutaban de su estatus minoritario particular”, MICHAEL IGNATIEFF, *Derechos humanos como política e idolatría*, Barcelona, Paidós, 2001, pág. 171.

(1265) En estos supuestos debe entenderse por bien al medio que permite satisfacer un derecho. No necesariamente se niega un derecho cuando se trata desigualmente, sino que muchas veces los medios son inadecuados para garantizar el acceso al derecho de ese grupo social.

(1266) CSJN, *Sisto, Verónica Eva y Franzini*, Martín Ignacio, 1998, Fallos, 321:92.

(1267) En este caso, el medio —matrimonio regulado en el Código Civil— era considerado inadecuado para garantizar el derecho al ejercicio de sus creencias religiosas y al modelo familiar previsto por los actores.

(1268) Para la exposición y refutación de la crítica de que el igualitarismo *nivela hacia abajo* ver ALEGRE, *op. cit.*

(1269) “La envidia es muy curiosa, porque tiene una larga y virtuosa tradición, lo que parecería contradictorio con su calificación de pecado. Es la virtud democrática por excelencia. La gente por ella tiende a mantener la igualdad. Produce situaciones para evitar que uno tenga más derecho que otro [...] Entonces la envidia es en cierta medida origen de la propia democracia, y sirve para vigilar el correcto desempeño del sistema. Donde hay envidia democrática el poderoso no puede hacer lo que quiera. Si hay quienes no pagan impuestos, comienza la reacción de aquellos que envidian esa situación y exigen que los privilegiados también paguen [...] Hay un importante componente de envidia vigilante que mantiene la igualdad y el funcionamiento democrático”, SAVATER, FERNANDO, *La envidia*, en http://www.fcjung.com.es/art_148.html, (16-7-09).

inspirarse en este sentimiento (1270). Acá el señor W recibe el bien “1” como toda la “Sociedad Feliz”, pero realmente le molesta mucho (o envidia) a Y que tiene el bien “1” y el “2”. En consecuencia, su reclamo determinará que se perjudique a Y, pero en beneficio de todos los miembros de la “Sociedad Feliz” que podrán acceder a una porción del bien “2” o a la igual oportunidad de poseer íntegramente el bien “2”. Algunos dirían que no se ve afectado el derecho a la igualdad. Es que entienden que no se puede utilizar un derecho para perjudicar a alguien. Nosotros vemos muy claramente que en estos supuestos se beneficia a alguien (toda los integrantes de la “Sociedad Feliz”), pese a perjudicar a Y (1271). En los supuestos anteriores, también alguien salía perjudicado. En el caso 1, todos los integrantes de la “Sociedad Feliz” iba a asumir el costo de dar el bien “1”, pero se solucionaba la situación del Sr. X. En el caso 2, los integrantes de la “Sociedad Feliz” iban a tener que darle el bien “2”, lo que puede implicar costos, y tal vez, tenga un excedente de bien “1”; pero se iba a solucionar la situación de la Sra. Y.

Una vez realizado este análisis sobre las consecuencias jurídicas, es decir, lo que se procura con el derecho a la igualdad, nos dedicaremos a exponer los supuestos en que debe ser considerarse que se ha afectado este derecho.

Derecho a la igualdad y sus modalidades de afectación

El análisis de los derechos del sistema jurídico no resulta una tarea sencilla. Los derechos reconocidos en el orden normativo presentan relaciones complejas entre sí. De modo que el estudio de la validez y eficacia de estos derechos es una tarea que se torna ardua y compleja requiriendo no sólo apreciar el contenido y los límites de cada uno de los derechos, sino las rela-

(1270) Incluso podría decirse que en el caso 1 se manifiesta más el sentimiento de envidia, ya que pudiendo reclamar que se le brinde el bien “1” porque tiene derecho a él, elige como argumento que toda la “Sociedad Feliz” recibe ese bien menos él. Exponiendo que el igualitarismo ha sido criticado sobre la base del argumento de la envidia, se ha dicho que a la igualdad “se la suele considerar un falso ideal que emana de uno de los peores vicios: la envidia. La creencia en la igualdad encubriría, o racionalizaría, para estos críticos, la envidia de quienes sienten que fracasaron en la vida hacia los miembros exitosos de la sociedad. Esta es la objeción más importante que vincula la igualdad con la envidia. Otras objeciones al igualitarismo que están centradas en el concepto de envidia, dicen que los igualitarios tienen la utópica esperanza de eliminar la envidia de la lista de disposiciones humanas, ignorando de este modo que ciertos trazos de la naturaleza humana y social no resultan modificables. Finalmente, algunos autores conservadores sugieren que las instituciones y políticas igualitarias, aparte de ser el resultado de impulsos envidiosos, refuerzan el nivel de envidia social existente”, ALEGRE, *op. cit.*

(1271) Estamos dejando fuera del análisis el conflicto que puede existir en una medida que empareje *para abajo* para realizar el derecho a la igualdad aumentando la pobreza de la población como plantea FARRELL, MARTÍN, *Una sociedad (relativamente) justa*, en http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/inv_jurid/sociedad_justa.pdf, (16-7-09). En este caso, sólo se priva de un bien a un sujeto y se distribuye o se permite el acceso igualitario al resto; por lo tanto, no aumenta la pobreza en términos globales de la “Sociedad Feliz”.

ciones dinámicas que se dan entre ellos (1272). Recién ahí, los derechos comienzan a cobrar un mayor significado y se alejan de ser fórmulas vacías que sirvan como meros discursos legitimadores del ejercicio del poder público.

Esto es notorio respecto del derecho a la igualdad, ya que en cierto supuesto para poder determinar cuándo se encuentra afectado resulta necesario verificar la vulneración de otro derecho (llamémoslo, derecho vinculado) (1273). Por ello decimos que el derecho a la igualdad se ve vulnerado en situaciones en que un derecho —educación, salud, ocio— es reconocido a determinada persona o a un grupo de personas y no es otorgado arbitrariamente, sin causa justificatoria razonable (1274), a otra persona o grupo de personas (1275). En este sentido, afirmamos que el derecho a la igualdad se ve afectado cuando a una persona o grupo de personas no se les concede tal derecho —alimentación, cultura, asociación—. En este supuesto hay una afectación a la igualdad y de otro derecho vinculado que no es concedido (caso 1).

Una situación similar existe cuando un grupo es considerado vulnerable porque tiene extremas dificultades para acceder a un derecho, tanto por sus características distintivas, por las prácticas de la sociedad civil y por la regulación y las medidas adoptadas por el Estado en sus políticas públicas (caso 2) (1276). Supóngase que en los edificios escolares no se construyeran rampas que permitan el acceso de las personas discapacitadas. De modo que

(1272) Si consideramos que las libertades se expresan en derechos en el lenguaje jurídicos, esta afirmación resulta concordante con que “hay que poner de relieve que las libertades básicas forman una familia, y que es esa familia la que goza de primacía, no una libertad aislada por sí misma”, RAWLS, JOHN, *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 2004, pág. 395.

(1273) Se ha dicho que “en su condición de garantía, aunque sustantiva y no meramente procesal, en tanto constituye un presupuesto para la efectividad de las diversas libertades o derechos interesa determinar cuál es en el sistema jurídico constitucional el parámetro para maximizar su tutela. La igualdad como principio y garantía tiende a condicionar a los poderes públicos en cuanto al grado de su consideración a la hora de reglar, omitir o actuar. La igualdad como derecho interrelaciona con el resto de los derechos fundamentales, es presupuesto de su ejercicio y está alcanzado por el principio constitucional que establece que no hay derechos en su ejercicio absoluto”, CAYUSO, *op. cit.*, pág. 1380.

(1274) Debe profundizarse sobre lo que se entiende como *causa justificatoria razonable* en el próximo apartado.

(1275) Sin entrar en el debate de dimensiones ciclópedeas que representa el derecho a la igualdad, en este ensayo, intentamos ser consistentes con los principios de justicia de RAWLS por los cuales considera que “a) Cada persona tiene un derecho igual a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos. b) Las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones. En primer lugar, tienen que estar vinculadas a cargos y posiciones abiertos a todos en condiciones de equitativa igualdad de oportunidades; y en segundo lugar, las desigualdades deben ser a mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad”, RAWLS, *op. cit.*, pág. 328.

(1276) Más adelante, desarrollaremos esta situación con mayor precisión.

las personas que utilizan sillas de ruedas no pueden o ven extremadamente difícil su acceso al derecho a la educación. En consecuencia, observamos que las personas discapacitadas, no sólo se encuentran privadas del goce del derecho a la educación, sino que en relación con las personas que no son discapacitadas están en una relación de desigualdad. Es por ello que necesitan políticas públicas especiales —trato diferencial del Estado—, lo cual significa que se adapte el acceso a los derechos a las vulnerabilidades específicas de este grupo social.

Pero también se ve afectado el derecho a la igualdad independientemente que se niegue otro derecho (caso 3), como en los supuestos en que un derecho es reconocido arbitrariamente en mayor magnitud a determinada persona o grupo de personas respecto de otra persona o grupo de personas. En estos casos sólo se ve afectado el derecho a la igualdad, el cual, no se vería afectado con una reducción de la autonomía del grupo beneficiado o con un aumento de la magnitud del derecho reconocido al grupo perjudicado por el trato desigual. Supóngase el caso que todos los hospitales estatales funcionan adecuadamente y garantizan el derecho a la salud según las exigencias de los estándares internacionales de derechos internacionales. Pero el Estado invierte el doble de dinero en los hospitales de una región del país, sin una causa justificatoria razonable, lo cual permite que presten un mejor servicio a sus usuarios. Evidentemente, los usuarios de otros hospitales no podrán reclamar que se vio afectado su derecho a la salud, ya que el Estado respondería que se ve plenamente garantizado de acuerdo a los estándares internacionales. Lo que sí pueden reclamar los afectados es que son tratados de forma desigual. Esto se solucionaría si el Estado invirtiera más en todos los hospitales o redujera la partida en la zona beneficiaria. Curiosamente, el reclamo de este derecho termina ocasionando una menor autonomía en el grupo antes beneficiado, pero justamente esta reducción implicará mayor cantidad de recursos públicos que pueden destinarse a garantizar una mayor igualdad en la sociedad y no a seguir favoreciendo situaciones inequitativas.

Como vemos, recién cuando estudiamos las relaciones del derecho a la igualdad con otros derechos, podemos obtener una mayor comprensión de su presupuesto y no queda en una mera fórmula vacía. En conclusión, vemos dos modalidades de afectación del derecho a la igualdad:

Modalidad 1: Afectación del derecho de igualdad y un derecho vinculado

Se niega sin causa justificatoria razonable o no se tiene en cuenta la vulnerabilidad de un grupo para el acceso a un derecho reconocido en el sistema normativo afectándose el derecho de igualdad y el vinculado (1277).

(1277) En relación con los derechos humanos, se pronuncia la Corte Interamericana que “El artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos ‘sin discriminación alguna’. Es decir,

Esta modalidad coincide con los casos 1 y 2 y tienen en común que se afecta el derecho de igualdad (art. 24) y un derecho vinculado. En el caso que el derecho vinculado sea un derecho humano, podrá arguirse que se afecta el art. 1, inc. 1 de la CADH si el motivo es de los establecidos en el texto del articulado.

La diferencia de ambos supuestos radica que en el caso 1, se deberá demostrar que la distinción no tiene una causa justificatoria razonable. En cambio, en el caso 2, se deberá acreditar que el trato general no resulta razonable por la vulnerabilidad del grupo que dificulta el acceso al derecho vinculado. En caso que no se pueda acreditar estas cuestiones se decidirá que no hubo afectación al derecho de igualdad y al derecho vinculado. Muy probablemente, se argumente que el derecho vinculado es restringido en forma razonable.

Modalidad 2: Afectación del derecho de igualdad

Se concede en mayor magnitud un derecho a un individuo o grupo social, sin existir causa justificatoria razonable afectando así el derecho a la igualdad.

Esta modalidad coincide con el caso 3, antes reseñado y sólo se encuentra afectado el derecho de igualdad (art. 24 de la CADH).

Esta descripción nos permite desarrollar a una consideración teórica, que puede tener alguna relevancia práctica, a la hora de esgrimir argumentos jurídicos en una presentación judicial.

Una conclusión apresurada nos diría que en la modalidad 1 el reclamo judicial sería válido jurídicamente aún si se reclama solamente la afectación del derecho vinculado. Agregar que se ha afectado también el derecho de igualdad sólo sería un argumento jurídico superfluo, que no tendría relevancia en la decisión judicial. Imaginemos una presentación del caso *Arenzón* fundada exclusivamente en que se lo priva del derecho a enseñar porque existe una limitación irrazonable, sin recurrir en ningún momento al argumento que ha sido tratado en forma desigual. Muy probablemente un juez considerará que no hay fundamentos jurídicos para limitar el derecho a enseñar por la altura de las personas y resuelva el caso sin hacer valoraciones respecto de si se ha afectado el derecho a la igualdad. En consecuencia, ¿es superfluo en la modalidad 1 recurrir al derecho de igualdad?

cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma”, Corte IDH, OC 4/84, *ya cit.*, párr. 53.

Debemos responder por la negativa a la pregunta precedente, ya que hay dos razones para argumentar sobre la base de la afectación del derecho de igualdad.

1) Es probable que el derecho vinculado no sea un derecho humano, por lo tanto, si se argumenta que su restricción irrazonable vulnera también el derecho de igualdad; se da una situación violatoria de los derechos humanos. Lo cual tiene relevancia si el reconocimiento del derecho al reclamante confronta con derechos de terceros que no tienen jerarquía constitucional. De este modo, al alegar que se afecta el derecho de igualdad le da mayor jerarquía jurídica al reclamo individual. Por ejemplo, si una persona reclama por el derecho a participar en actividades deportivas (no es un derecho humano a nuestro juicio y supongamos que esté reconocido en el ordenamiento normativo infraconstitucional), el juez le dará la razón si su demanda, además de estar fundada jurídicamente, no vulnera derechos de mayor jerarquía normativa (constitucionales). En cambio, si esta persona alega que también se vio vulnerado el derecho a la igualdad (con jerarquía constitucional y categoría de derecho humano) el juez no podrá rechazar la demanda alegando que se afecta un derecho de mayor jerarquía (1278).

2) Ateniéndonos a una lógica prudencial, puede ser posible que el juez interprete que en el caso concreto no se ha afectado el derecho vinculado, porque entiende que sus límites son más acotados que lo que habíamos previsto en nuestro reclamo. Es muy difícil estar seguro de la extensión que dan los jueces a los derechos, por eso resulta justificado sumar al reclamo la afectación al derecho de igualdad para que se decida a nuestro favor cuando el juez considera que se produce la modalidad de afectación 2. Por ejemplo, si suponemos que estamos ante la modalidad de afectación 1 y reclamamos porque en la escuela pública de nuestro barrio (Escuela 2) no hay educación bilingüe, puede ser que el juez rechace nuestra demanda, porque el derecho a la educación no comprende el deber de prestar una educación bilingüe. En este caso, no alegamos que en la Escuela 1 se da educación bilingüe y sólo acceden los habitantes de ese barrio. Por el contrario, si hubiéramos alegado este hecho y fundado que, además de afectar el derecho a la educación, se vulnera el derecho a la igualdad podría ser posible que el juez, pese a no considerar que ocurre una modalidad de afectación 1, considere que se ha afectado sólo el derecho de igualdad (modalidad de afectación 2).

(1278) Evidentemente, se da una situación sumamente conflictiva cuando en un caso concreto se ven confrontados derechos de la máxima jerarquía normativa. Pero en ningún caso puede resolverse negando plenamente uno de los derechos, sino que tiene que decidirse por una solución que intente armonizar su efectividad.

Es por ello que no hacen superfluo en todos los casos, la alegación de la afectación del derecho a la igualdad cuando existe un derecho vinculado.

Ahora, hemos dejado un dilema pendiente, ya que la acreditación de que existe una afectación al derecho a la igualdad depende siempre de que se trate en forma diferente sin causa justificatoria razonable o que se dé un tratamiento a grupos vulnerable sin tener en cuenta sus particularidades. Pero resulta sumamente complicado definir en una situación concreta si realmente ocurre una afectación y los jueces cuentan con amplio poder discrecional para determinarlo. A continuación, analizaremos la doctrina judicial para apreciar cómo han actuado y qué han argumentado los jueces internacionales y locales para determinar la afectación al derecho a la igualdad.

La doctrina judicial en materia de derecho de igualdad

La igualdad que consagra el artículo 16 de la Constitución Nacional no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a los unos de lo que no se concede a otros en iguales circunstancias. CSJN, Sánchez Viamonte, Julio en autos con Giustinian, Emilio, 1916, Fallos, 123:106.

Ocurre que la garantía de la igualdad no es una fórmula rígida e inmutable; tampoco es definible. Si pretendiéramos definirla sólo podríamos ofrecer un retrato borroso de las convenciones sociales y las creencias vigentes en una época determinada. Voto del magistrado Enrique Santiago Petracchi, CSJN, González de Delgado, Cristina, 2000, Fallos, 323:2659.

Consideraciones generales

En el ámbito interamericano se ha considerado, en primer lugar, que el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación normas jurídicas de carácter *ius cogens* (1279) y obliga a los Estados Parte a “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

(1279) Corte IDH, Caso *Yatama*, ya cit. En el mismo sentido, en la OC 18/03, ya cit., párr. 100 se dijo que “Dicho principio puede considerarse efectivamente como 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. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas”.

que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas” (1280).

Asimismo, se ha sostenido que no todo trato diferente viola el derecho a la igualdad (1281) si está justificada objetivamente y en forma razonable (1282) y se respeta el principio de aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana (1283). Al respecto se ha considerado que debe existir una conexión proporcional fundada en diferencias de hecho y en los objetivos de la norma que realiza la distinción, 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 (1284). Se ha agregado que esta diferenciación debe poseer una “importancia suficiente para justificar un trato distinto, y ser necesaria y no únicamente conveniente o útil” (1285).

La valoración sobre la razonabilidad de la diferenciación debe ser separada en diferentes estadios analíticos según el voto del juez Rodolfo Piza que consideró que la distinción es legítima tras un test de razonabilidad, proporcionalidad y de adecuación (1286). Con referencia a la razonabilidad exige que las razones de la distinción no sean contrarias a la recta razón, la justicia y el bien común, aplicados razonablemente a la norma o conducta correspondiente, en función de la naturaleza y fines del derecho o institución a que esa norma o conducta se refieren. En relación con el criterio de la proporcionalidad exige que la distinción se adecúe a la posición lógica del derecho

(1280) Corte IDH, Caso *Yatama*, *ya cit.* y OC 18/03, *ya cit.*

La CSJN ha dicho que “este Tribunal admite que en el plano internacional el Estado argentino ha tomado el compromiso —al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos— de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley”, CSJN, *D. de P. V., A. vs. O., C. H. s/ impugnación de paternidad*, 1999, Fallos, 322:2701.

(1281) ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, *No discriminación*, del 10-11-89, párr. 8.

(1282) Corte IDH, Caso *Yatama*, *ya cit.* y OC 18/03, *ya cit.* En esta Opinión Consultiva se denominó a estas situaciones como *distinciones*, reservándose el término de *discriminación* para el trato diferente que viola el derecho a la igualdad. Al respecto, se consideró que “se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos”.

(1283) Corte IDH, OC 18/03, *ya cit.*

(1284) *Ibidem* y Corte IDH, OC 17/02, *ya cit.*

(1285) Voto del magistrado Hernán Salgado Pesantes en Corte IDH, OC 18/03, *ya cit.*

(1286) Corte IDH, OC 4/84, *ya cit.* En similar sentido “para sostener que la diferenciación es constitucionalmente legítima no basta constatar que aquélla posee un fundamento objetivo y un fin amparado sino que, además, es necesario que las consecuencias jurídicas que resulten de la misma sean adecuadas —idóneas— y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere el principio de razonabilidad”, CAYUSO, *op. cit.*, pág. 1380.

o institución en la unidad de la totalidad del ordenamiento jurídico correspondiente, es decir, que encaje armónicamente en el sistema de principios y valores del ordenamiento jurídico. Finalmente, el criterio de adecuación exige que la diferencia sea acorde a circunstancias relativas, concretas y actuales de la sociedad —históricas, políticas, económicas, sociales, culturales, espirituales, ideológicas, etc.— (1287).

En similar sentido, la jurisprudencia nacional suele afirmar, sin alejarse de la descripción legal, que el derecho a la igualdad obliga al “trato igualitario” a las personas. El “trato igualitario” implica que las personas que tienen características similares deben recibir un trato igual, mientras que las personas con características disímiles deben recibir un trato diferente. En consecuencia, no se prohíbe la discriminación, si tiene fundamento, aunque sea opinable (1288). En el caso *ALITT* han precisado que no puede delegarse el trato desigual al juicio de conveniencia de los funcionarios administrativos (1289).

En los casos en que se discrimine sin fundamento o el mismo resulta irrazonable es posible reclamar por estar vulnerado el derecho a la igualdad. Esta es la fórmula que viene reproduciendo de antaño nuestra CSJN cuando interpreta el artículo 16 de la CN y que hemos tomado como primer epígrafe. Debemos decir que esta definición del derecho a la igualdad realizada por nuestro máximo intérprete constitucional se acopla al criterio mayoritario de la Corte IDH (1290) y no ha sufrido variaciones con la incorporación de la CADH en el bloque de constitucionalidad (1291). Debemos agregar que no

(1287) Corte IDH, OC 4/84, *ya cit.* En similar sentido, voto del magistrado Hernán Salgado Pesantes en Corte IDH, OC 18/03, *ya cit.*

(1288) “La garantía constitucional de la igualdad sólo comporta la consecuencia de que todas las personas sujetas a una legislación determinada dentro del territorio de la Nación sean tratadas del mismo modo siempre que se encuentren en idénticas circunstancias y condiciones y las distinciones establecidas por el legislador en supuestos que estime distintos son valederas en tanto no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio, sino a una objetiva razón de discriminación aunque su fundamento sea opinable”, CSJN, *Ferraris, Sergio Arturo*, 1981, Fallos, 303:1580. En igual sentido en *Aráoz Alfredo*, 1982, Fallos, 304:390; *Ariaudo de Zehnder*, 1983, Fallos, 305:823; *O’Gorman Jorge*, 1984, Fallos 306:1844; *Diorio Homar*, 1985, Fallos, 307:582; *Martinengo Oscar*, 1982, Fallos, 304:390; *Drysdale Juan*, 1927, Fallos, 149:417; *Dardanelli de Cowper*, 1984, Fallos, 306:1560; *Muñiz Barreto de Alzaga*, 1968, Fallos, 270:374; *Etchevarne Rafael*, 1922, Fallos, 137:105; *Criminal c/ Olivar Guillermo*, 1875, Fallos, 16:118 y *Gutiérrez Oscar*, 2006, Fallos, 329:1092, voto de los conjuces Juan Carlos Poclava Lafuente y Jorge Ferro.

(1289) CSJN, *Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual*, 2006, Fallos, 329:5266.

(1290) Con cita expresa de la OC 4/84, CSJN, *Zofracor S.A.*, 2002, Fallos, 325:2394, voto de los magistrados Julio S. Nazareno, Eduardo Moline O’Connor, Guillermo A. F. López y Adolfo Roberto Vázquez y *D. P. V., A. c/ O., C. H.*, 1999, Fallos, 322:2001. Más recientemente, ver el voto del magistrado Maqueda en *RAD.*, 2007, Fallos, 330:3853.

(1291) “Que, con relación al planteo sustentado en la violación al derecho de igualdad ante la ley, este Tribunal ha interpretado que la garantía del art. 16 de

se ha receptado los diferentes estadios de análisis que propone el juez Piza; lo cual no quiere decir que la Corte nacional no realice ese análisis en forma integrada cuando evalúa la razonabilidad de la distinción.

En relación con el ejercicio del derecho, la CSJN ha considerado que el derecho de igualdad sólo es esgrimible por una persona y no por el Estado para reforzar el ejercicio de poder (1292), debe ser planteada por la persona que sufrió el trato desigual (1293) y no es argumento para considerar que no debe ser aplicada la ley en forma general cuando algunos la evadieron por inacción de la autoridad (1294).

Respecto de la forma federal de gobierno, se ha considerado que la facultad de producción de normas por parte de las provincias, en materia procedimental, por ejemplo, tiene como consecuencia la existencia de ciertas desigualdades. Sin embargo, las desigualdades no deben tener ser muy intensas, sino el principio de gobierno federal derogaría el derecho de igual impidiendo su coordinación armónica (1295).

la Constitución Nacional consiste en aplicar la ley a todos los casos ocurientes según sus diferencias constitutivas, de tal suerte que no es la igualdad absoluta o rígida, sino la igualdad para todos los casos idénticos que importa la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias (Fallos, 123:106); pero no impide que el legislador establezca distinciones valederas entre supuestos que estime diferentes, en tanto aquéllas no sean arbitrarias, es decir, que no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio, sino a una objetiva razón de discriminación (Fallos, 301:381, 1094; y 304:390)", CSJN, *Sisto, Verónica Eva y Franzini, Martín Ignacio, ya cit.*, voto de los magistrados Julio S. Nazareno, Eduardo Moline O'Connor, Carlos S. Fayt, Augusto César Belluscio y Enrique Santiago Petracchi, Consid. 24); *Arce, Jorge D.*, 1997, Fallos, 320:2145; *Alonso, Jorge*, 1995, Fallos, 318:2611; *Almonacid Juan*, 1999, Fallos, 322:385, voto del magistrado Bossert; *Nápoli, Erika*, 1998, Fallos, 321:3630; *Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe*, 1994, Fallos, 317:1195, voto del Dr. Carlos S. Fayt; *Lufthansa Líneas Aéreas Alemanas*, 1999, Fallos 322:2346; *Hanríquez Abdón Zenón*, 1997, Fallos, 320:52; *Kunkel, Carlos*, 1997, Fallos, 320:305; *Galli Hugo*, 2005, Fallos, 328:690; *Carrizo Hugo*, 1997, Fallos, 320:1395; *Passano, Angela*, 1997, Fallos, 320:196.

(1292) CSJN, *Universidad Nac. de Córdoba*, 2004, Fallos, 327:2435; *Bernasconi SA*, 1998, Fallos, 321:2933.

(1293) CSJN, *Almonacid, Juan, ya cit.*; *Epstejn de Kanonich, Zeldá*, 1965, Fallos, 262:86; *Flores, Elvio*, 1965, Fallos, 263:545.

(1294) CSJN, *Itapesca S.A.C.I. - Proyesur S.A. UTE (TF 9848-A)*, 2005, Fallos, 328:1750. Con cita de *La Martona S.A.*, 1945, Fallos, 202:130 y *Empresa "Vesta" de Construcciones*, 1957, Fallos, 237:239.

(1295) "Cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía", CSJN, *Verbitsky, Horacio*, 2005, Fallos, 328:1146.

Casuística

De forma casuística podemos mencionar que se ha considerado como buenos justificativos para un trato desigual en el ámbito interamericano a:

Motivo de la distinción	Derecho en juego
Nacionalidad	Obtención de la ciudadanía (1296).
Ser extranjero	Procedimiento para la deportación (1297).
Condición de migrante	Ejercicio de derechos políticos (1298).
Condición de migrante indocumentado	Control de tránsito diferenciado (1299).
Elección local y federal	Forma de organización de la elección (1300).

En el ámbito nacional fueron considerados como buenos argumentos para un trato desigual:

Motivo de la distinción	Derecho en juego
Estar imputado de la comisión de un delito vinculado con el tráfico internacional de estupefacientes	Garantías procesales (1301).
Haber sido empleado público estable	Indemnización por persecución política o gremial (1302).
Ejercer la segunda Presidencia de la Nación	Prohibición de reelección (1303).
Ejercer determinada función pública	Recibir un complemento bonificable (1304).
Escalafón administrativo	Derechos laborales (1305).
Grado de parentesco	Beneficios de la seguridad social (1306).
Ser acreedor estatal en una relación tributaria	Tener derecho a una tasa de interés superior (13067).
Clase de productos o industrias	Diferente tratamiento tributario (1308).
Región del país	Trato tributario beneficioso (1309).
Ser alianza electoral transitoria	No aplicación del régimen de la ley de lemas (1310).
Carácter público de la Universidad	Imposición tributaria (1311).

(1296) Corte IDH, OC 4/84, *ya cit.*

(1297) CIDH, Informe N° 2/92, caso 10.289, del 4-2-92.

(1298) Corte IDH, OC 18/03, *ya cit.*

(1299) *Ibidem.*

(1300) Corte IDH, Caso *Castañeda Gutman vs. México*, del 6-8-08.

(1301) CSJN, *Alonso, Jorge, ya cit.*, del voto de los magistrados Julio S. Nazareno y Eduardo Moliné O'Connor.

(1302) CSJN, *Kunkel, Carlos, ya cit.*

(1303) CSJN, *Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe, ya cit.* y *Almonacid, Juan, ya cit.*, voto del magistrado Gustavo Bossert.

(1304) CSJN, *Muñoz, Ricardo*, 1996, Fallos, 319:1716.

(1305) CSJN, *Diarte, José Alberto*, 2003, Fallos, 326:2880.

(1306) CSJN, *Passano, Angela Esther, ya cit.*

(1307) CSJN, *Neumáticos Goodyear S.A. (TF 8659-A)*, 2000, Fallos, 323:3412.

(1308) CSJN, *Argentini, Héctor*, 2001, Fallos, 324:187 y *Cafés La Virginia S.A.*, 1997, Fallos, 320:1166.

(1309) CSJN, *Argentini, Héctor, ya cit.*, voto de Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Guillermo A. F. López y Adolfo Roberto Vázquez y *Zofracor S.A., ya cit.* Ver el art. 75, inc. 19, de la CN.

(1310) CSJN, *Partido Demócrata Progresista*, 2003, Fallos, 326:2004.

(1311) CSJN, *Universidad Nac. de Córdoba, ya cit.*

Motivo de la distinción	Derecho en juego
El interés superior del niño de preservar filiación biológica	Limitación de la adopción plena (1312).
No tener el carácter de padre o de hija o hijo.	Ejercicio de la acción de impugnación de paternidad (1313).
Regulación eleccionaria en la provincia	Derecho a ser reelegido (1314).
Tiempo de residencia en una provincia	Derecho a ser elegido (1315).
Jeraquía y competencia de los jueces	Monto de los haberes (1316).
Actividad comercial realizada	Carga tributaria (1317).
Ser enfermo de HIV.	Idoneidad en el ejercicio de los cargos públicos (1318).
Situación de endeudamiento extremo.	Exclusión de la terna para acceder al cargo de magistrado (1319).
Intangibilidad de las remuneraciones de los jueces	Exención tributaria (1320).
Ser dador de trabajo doméstico	Proporcionalidad de una sanción de multa (1321).
Categoría financiera (cobrable/incobrable)	Posibilidad de saldar deuda con títulos públicos (1322).

Por el contrario en el ámbito interamericano, no se consideró como buen argumento para un trato diferenciado:

(1323) (1324) (1325) (1326) (1327)

Motivo de la distinción	Derecho en juego
Sexo	La obtención de la ciudadanía (1323).
Estatus migratorio	La obtención de la nacionalidad (1324).
Ascendencia extranjera	La obtención de la nacionalidad (1325).
Constituir un partido político	El ejercicio de los derechos políticos (1326).
Lengua indígena	Libertad de utilizar idioma en un centro de reclusión (1327).

(1312) CSJN, *Recurso de hecho deducido por Luis Alberto Terroba en la causa I, E. H.*, 1999, Fallos, 322:1349, voto de los magistrados Julio S. Nazareno, Eduardo Moline O'Connor, Augusto César Belluscio, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López y Gustavo A. Bossert.

(1313) CSJN, *D. de P. V., A. vs. O., C. H., ya cit.*

(1314) CSJN, *Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe*, 1994, Fallos, 317:1195.

(1315) CSJN, *Martínez, Lucía*, 2003, Fallos, 326:2221.

(1316) CSJN, *Facciuto, Omar A. c/ Ministerio de Justicia*, 2006, Fallos, 329:304.

(1317) CSJN, *Droguería del Sud S.A.*, 2005, Fallos, 328:4542.

(1318) CSJN, *B., R. E. c/ Policía Federal*, 1996, Fallos, 319:3040.

(1319) CSJN, *Carranza Latrubesse, Gustavo*, 2006, Fallos, 329:1723.

(1320) CSJN, *Gutiérrez, Oscar Eduardo, ya cit.*

(1321) CSJN, *DNM c/ Valmor SRK*, 2006, Fallos, 329:5567.

(1322) CSJN, *Agüero, Máximo José y Ovejero Cornejo de Agüero, Teresa*, 2009, Causa A. 1518. XXXIX y *Coronel, Jorge Fernando*, 2009, Causa C. 2682. XXXIX.

(1323) Corte IDH, OC 4/84, *ya cit.*

(1324) Corte IDH, Caso *de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, del 8-9-05.

(1325) *Ibidem.*

(1326) *Ibidem.*

(1327) Corte IDH, Caso *López Alvarez vs. Honduras*, del 1-2-06.

Motivo de la distinción	Derecho en juego
Condición de migrante	No aplicación de reglas del debido procesal legal para deportarlos (1328).
Condición de migrante	Derechos laborales (1329).
Condiciones de acceder a la jubilación	Posibilidad de ser juzgado por responsabilidad disciplinaria en ejercicio de la función de juez (1330).
Opinión política	Acceso a la información por parte de un medio de comunicación (1331).

En el ámbito local, se ha considerado que no eran adecuados motivos para un trato diferencial:

Motivo de la distinción	Derecho en juego
Estar enfermo de HIV	Trabajo en funciones públicas (1332).
Desempeñar la función del fiscal	Inmunidad procesal (1333).
Desempeñar la función de Ministro de la Nación	Inmunidad procesal (1334).
Recursos económicos	Exención de los costos económicos del recurso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1335).
La edad avanzada	Ejercicio de la profesión de escribano público (1336)
Estar imputado de cometer delitos contra ciertos bienes jurídicos	Restricción en el acceso a la excarcelación (1337)
Haber sido víctima de un accidente de tránsito	Acceso a plan estatal de pago de indemnizaciones por lesiones (1338)
Constituirse en una asociación mutual	Acceso a concesión de radiodifusión (1339)
Ser hijo extramatrimonial	Derechos familiares (1340)
Ejercer el cargo de Director de una Sociedad Anónima	Determinación de la deuda tributaria sobre base presunta (1341)

(1328) Corte IDH, OC 18/03, *ya cit.*

(1329) *Ibidem.*

(1330) Corte IDH, Caso *Apitz Barbera* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*, del 5-8-08.

(1331) Corte IDH, Caso *Perozo*, *ya cit.*

(1332) CSJN, *B. R. E. vs. Policía Federal Argentina*, 1996, Fallos, 319:3040.

(1333) CSJN, *Romero Victorica, Juan Martín*, 2001, Fallos, 324:3397.

(1334) CSJN, *Cavallo, Domingo Felipe*, 2004, Fallos, 327:4376.

(1335) CSJN, *Veleiro, Emilio*, 1995, Fallos, 318:435.

(1336) CSJN, *Franco, Blanca Teodora*, 2002, Fallos, 325:2968.

(1337) CSJN, *Nápoli, Erika Elizabeth*, *ya cit.*

(1338) CSJN, *Risolía de Ocampo, María José*, 2000, Fallos, 323:1934.

(1339) CSJN, *Asociación Mutual Carlos Mujica*, 2003, Fallos, 326:3142.

(1340) CSJN, *Franco, Blanca Teodora*, *ya cit.* Téngase en cuenta el art. 17 de la CADH cuando expresa que “La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

(1341) CSJN, *Buhar, Yaco*, 2003, Fallos 326:3437, voto de los magistrados Carlos S. Fayt y Adolfo Roberto Vázquez.

Motivo de la distinción	Derecho en juego
Reclamo previsional	Agotamiento de vía jurisdiccional en la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1342)
Ejercer la magistratura en el Poder Judicial provincial.	Remuneración judicial digna (1343).
Política educativa provincial	Derecho a iguales oportunidades educativas (1344).
Poseer un título público regido por la ley extranjera	Trato más beneficioso (1345)
Integrar la justicia provincial	Intangibilidad de las remuneraciones de los jueces (1346).
Equiparación a jueces surja de una disposición legal o reglamentaria previa y expresa.	Indemnización por incumplimiento de la garantía de intangibilidad de las remuneraciones judiciales (1347).
Lapso prolongado de residencia en el país para las personas extranjeras.	Acceso a la prestación de seguridad social por discapacidad (1348)
Asociación civil que procura los derechos de las personas travestis y transexuales.	Adquirir la personería jurídica (1349)
No reverenciar los símbolos patrios ejerciendo objeción de conciencia	Enseñanza pública (1350).
Falta de recursos económicos.	Acceso a publicidad oficial (1351).
Vínculo familiar.	Acceso de derechohabientes al régimen general de indemnizaciones por accidentes laborales (1352).

Asimismo, se ha afirmado que todo enriquecimiento injustificado afecta el derecho de igualdad (1353). Por el contrario, se ha concluido que la extinción o restricción de derechos por la modificación legislativa no es una afectación al derecho de igualdad (1354).

(1342) CSJN, *Iztcovich, Mabel c/ ANSeS*, 2005, Fallos, 328:566.

(1343) CSJN, *Chiara Díaz, Carlos Alberto*, 2006, Fallos, 329:385, voto de los magistrados Zaffaroni, Lorenzetti y Highton.

(1344) CSJN, *Ferrer de Leonard, Josefina*, 2003, Fallos, 326:2637.

(1345) CSJN, *Galli, Hugo G., ya cit.*

(1346) CSJN, *Gutiérrez, Oscar Eduardo, ya cit.*

(1347) CSJN, *Díaz Cabral, Marcelo Gonzálo*, 2006, Fallos, 329:2890.

(1348) CSJN, *RAD. c/ Estado Nacional, ya cit.*

(1349) CSJN, *Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual, ya cit.*

(1350) CSJN, *Asociación de Testigos de Jehová*, 2005, Fallos, 328:5993.

(1351) CSJN, *Editorial Río Negro S.A.*, 2007, Fallos, 330:3908.

(1352) CSJN, *Medina, Orlando Rubén*, 2008, Fallos, 331:250.

(1353) CSJN, *Gas del Estado S.E. (en liq.)*, 2003, Fallos, 326:2457.

(1354) CSJN, *Martinotti, Héctor Julio*, 1996, Fallos, 319:791. Ver *Hernando, Higinio Agustín*, 1976, Fallos, 295:694; *Fiori, Pedro Angel*, 1977, Fallos, 299:181; *Aráoz, Alfredo*, 1982, Fallos, 304:390; *Lucini, Humberto Julio*, 1985, Fallos, 307:493; *Conil Paz, César Alberto Adrián*, 1985, Fallos, 307:629; *Tinedo, Mamerto*, 1986, Fallos, 308:199; *Linares, Clara María Isabel*, 1992, Fallos, 315:839; *Córdoba, Oscar*, 1993, Fallos, 316:2483 y *Dentone, Ricardo Hernán*, 1995, Fallos, 318:1237.

Evidentemente, cada caso de los aquí reseñados daría lugar a un amplio y enriquecedor debate respecto del alcance del concepto de los buenos o adecuados motivos para un trato desigual; pero lamentablemente, no podremos exponerlo en este breve estudio conformándonos sólo con su mención.

Desde el plano teórico, recientemente receptado en la jurisprudencia de nuestra CSJN (1355), se ha considerado que una asignación inequitativa de derechos se justifica cuando tiene como fin maximizar los derechos de los sectores tradicionalmente desaventajados.

Escrutinio estricto

En el caso *Repetto* de la CSJN, específicamente en los votos de los magistrados Petracchi y Bacqué, se realiza un agregado a esta doctrina judicial, adhiriendo a la tesis del escrutinio estricto de las categorías sospechosas. Esto quiere decir que cuando el trato no igualitario se funda en un categoría sospechosa (en el caso, la nacionalidad) se está frente a un supuesto de discriminación (1356) presumiendo que afecta el derecho a la igualdad y debiendo argüirse un interés estatal urgente para salvaguardar las norma discriminatoria (1357). En los casos *Hoof* y *Gottschau* se ha señalado que el interés no

(1355) “Que un principio de justicia que goza de amplio consenso es aquel 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”, CSJN, *Iztcovich, Mabel, ya cit.*, voto del magistrado Lorenzetti.

(1356) Ver al respecto, ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, *ya cit.*, párr. 7.

(1357) “(7) Que, en consecuencia, 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 los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad. Por tal razón, aquel 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’”, CSJN, *Repetto, Inés M.*, 1988, Fallos, 311:2272. Ver *Calvo y Pesini, Rocío c. Provincia de Córdoba*, 1998, Fallos, 321:194 y los más recientes, *Gottschau, Evelyn Patrizia*, 2006, Fallos, 239:2986; *RAD.*, *ya cit.*, votos de los magistrados Petracchi, Argibay y Maqueda, y *Hoof, Pedro, ya cit.* En ese caso se sostuvo que el reclamante “[e]s juez de primera instancia provincial, pero está excluido de la posibilidad de ser camarista por su ‘origen nacional’. Consiguientemente, su situación encuadra en uno de los motivos de discriminación que los pactos prohíben (art. 1.1 del Pacto de San José de Costa Rica y art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Ello hace aplicable la doctrina europea, según la cual, la presencia de uno de los motivos prohibidos en el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (entre otros, el ‘origen nacional’), hace pesar sobre la legislación que lo incluye una presunción, una sospecha de ilegitimidad, con desplazamiento de la carga de la prueba (conf. Bossuyt, Marc en Pettiti Lous Edmond y otros ‘La Convention Européenne des Droits de L’Homme’, ed. Económica, París, 1995, comentario al

sólo debe ser “conveniente”, sino que debe tener el carácter de “sustancial”. En relación con los medios, no sólo deben ser *adecuados*, sino que deben *promover a los fines previstos* y ser la alternativa “menos restrictiva de los derechos en juego”. En el caso *R.A.D.* se consideró que no pueden alegarse dificultades presupuestarias y perjudicar exclusivamente a un grupo social (los extranjeros) (1358).

Se justifica este diferente control por parte del Poder Judicial en que se presume con los intereses de las personas pertenecientes a las categorías sospechosas no están representados o no son tenidos en cuenta debidamente en la deliberación democrático. Por ello, es necesario que intervenga el Poder Judicial, como revisor de las decisiones parlamentarias, para velar por los derechos de las personas tradicionalmente invisibilizadas en la deliberación pública (1359).

art. 14, pág. 477 y autores citados en las notas 6), 7) y 8)”. En el citado caso *Gottschau* se sostuvo que el art. 20 de la CN no comprende la igualdad en el acceso al empleo público.

(1358) “Analizando tales explicaciones, tenemos, por un lado, aquella referida a los límites presupuestarios que condicionarían la concesión de las pensiones. Al respecto, debe decirse que un argumento de tal clase no puede en modo alguno justificar una clasificación por el origen nacional como la que el decreto contiene, ya que si bien es cierto que el Estado debe, en principio, atenerse al presupuesto que se destina a una cierta actividad o prestación pública, resulta evidente que no puede pretender alcanzar tales fines haciendo destinatarios exclusivos de los costos de tal restricción a los extranjeros radicados en el país, a quienes la Constitución ha invitado para que habiten en nuestro territorio (Preámbulo; artículo 25). En otras palabras: las dificultades presupuestarias, si existieren, no pueden discriminar entre nacionales y extranjeros y afectar sólo a estos últimos”, CSJN, *RAD. c/Estado Nacional, ya cit.*, voto de los magistrados Petracchi y Argibay.

(1359) En este sentido, John Ely considera que cuando funciona mal el proceso democrático debe intervenir el Poder Judicial. Define los siguientes supuestos “1) quienes detentan el poder bloquean los canales de cambio político o se aseguran de permanecer en el poder y excluir a los demás, o 2) cuando aunque a nadie se niegue en realidad voz o voto, los representantes comprometidos con una mayoría efectiva sistemáticamente colocan en desventaja a alguna minoría, por simple hostilidad, o por negarse prejuiciadamente a reconocer una comunidad de intereses y, al hacerlo, niegan a aquella minoría la protección suministrada por un sistema representativo a otros grupos” (John Ely, *Democracia y Desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 1997, pág. 130). Esta solución también parece ser propuesta por Carlos Nino cuando considera que “los jueces, al igual que cualquier otra persona que deba adoptar una decisión sobre la base del derecho, debe primero decidir si los prerequisites para otorgar superioridad epistémica al procedimiento democrático por sobre su propia reflexión individual están efectivamente cumplidos”. Ver NINO, CARLOS, “Derecho, Moral y política” en MAURINO, GUSTAVO (editor), *Los escritos de Carlos Nino, Derecho, Moral y Política*, t. II, Buenos Aires, Gedisa, 2007, pág. 162. También esta tesitura es compartida en nuestro medio por ROBERTO GARGARELLA.

Hasta ahora la CSJN ha considerado también como categoría sospechosa el sexo (1360) y, en algunos votos en un reciente fallo, a los ancianos (1361). Las categorías sospechosas son definidas, en general, por la experiencia histórica tratando de evitar tratos no igualitarios contra grupos, que generalmente, son discriminados, marginados por la sociedad civil. Legalmente, deberían considerarse categorías sospechosas, los supuestos en que las normas internacionales prohíben discriminar (1362),

(1360) “[L]os actores no han mostrado (y mucho menos, demostrado) cuál sería el imperioso interés público que aconsejaría excluir a las jóvenes de los beneficios de la educación que brinda el Monserrat, antes bien, dicho imperioso interés público consistiría en evitar dicha exclusión, con rapidez indeliberada, porque ella se apoya en un prejuicio que, como tal, no merece justificación alguna”, voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi en CSJN, *González de Delgado, Cristina*, 2000, Fallos, 323:2659.

La prohibición de todo tipo de discriminación incluida la formulada por motivo de sexo, se halla establecida en el art. II de la DADDH, en el art. 7 de la DUDH, en el art. 24 de la CADH, en el art. 26 del PIDCP, en el art. 1 de la CEDAW y en el art. 2 de la CDN.

(1361) “[L]a 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 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”, CSJN, *Itzcovich, Mabel, ya cit.*, votos de los magistrados Maqueda y Zaffaroni.

(1362) “Numerosos tribunales internacionales y nacionales competentes han impuesto a los gobiernos una carga redoblada de justificación de distinciones o clasificaciones basadas en factores como la nacionalidad, la raza, el color o el sexo”, CIDH, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, del 22-10-02.

“El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha considerado que el término ‘discriminación’ comprende toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en categorías como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social y que tenga 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”, ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 18, *ya cit.*

En similar sentido, la Corte Interamericana ha sostenido que “[h]oy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”, Corte IDH, OC 18/03, *ya cit.*, párr. 101.

pero hasta ahora jurisprudencialmente, nuestro país ha reconocido estas categorías.

Debe agregarse que otra característica de la prohibición trato de desigual injustificado basada en una categoría sospechosa es que, según el texto de la CADH, es que no puede ser suspendida por los Estados aún en guerra, peligro público u otra emergencia (1363).

Conclusiones preliminares

Evidentemente, la casuística jurisprudencial nos demuestra que la determinación de una violación al derecho a la igualdad deja un marco discrecional de proporciones colosales al juez, el cual, de acuerdo a antecedentes judiciales, la situación concreta (1364) y sus valoraciones, prejuicios, percepciones, intuiciones y visión del mundo debe tomar una decisión. Aparte debe tener en cuenta la dinamicidad del reconocimiento de este derecho, lo que hoy nos puede parecer una buena razón para un trato inequitativo, mañana puede ser reconocida como irrazonable; asimismo, cierta categoría que hoy no nos parezca sospechosa, mañana puede ser sujeta a un criterio estricto y entendida como causal de trato discriminatorio (1365). Finalmente, cabe concluir que en la interpretación del derecho de igualdad se patentiza el poder político de la agencia

“En el caso argentino, la reforma constitucional de 1994 ha integrado al texto de la norma fundamental las disposiciones de tratados de derechos humanos reconocidos con jerarquía constitucional. El principio general de igualdad se ve así definido en disposiciones que califican de discriminatorias, y por tanto arbitrarias, actos o normas que establezcan diferencias por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, origen nacional o social, económicos o de nacimiento. El mandato es imperativo, acota la libertad del legislador y facilita el test de control. Se está descalificando determinados criterios de selección por atentar contra la igualdad de iure y de hecho”, CAYUSO, *op. cit.*, pág. 1380.

(1363) CADH, art. 27.

(1364) “Si bien no puede desconocerse que las circunstancias de hecho pueden hacer más o menos difícil apreciar si se está o no en presencia de una situación como la descrita en el párrafo anterior, es también cierto que, partiendo de la base de la esencial unidad de la dignidad del ser humano, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones que no se aparten de las consideraciones precedentes. Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso”, Corte IDH, OC 4/84, *ya cit.*, párr. 58.

(1365) “Antes bien, como decía el juez Frankfurter es menester ajustar el significado de dicha garantía a los cambios de los tiempos, a las transformaciones de los puntos de vista y de las circunstancias exteriores. Uno de los efectos de la variación en los sentimientos de los hombres acerca de lo que es correcto y justo es, precisamente, su relevancia en el juzgamiento de cuándo una discriminación niega la igual protección ante la ley”, voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi, CSJN, *González de Delgado, Cristina, ya cit.*

judicial y la influencia que tiene la ideología política en el ejercicio de las funciones.

A continuación, trataremos el problema de realizar políticas igualitarias cuando intentan solucionar las dificultades para el acceso a los derechos de los grupos vulnerables (1366).

(1366) Sin ánimo de hacer una descripción de la falta de políticas públicas encargadas de responder al trato desigualitario y la discriminación, conviene citar la Presentación ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial elaborado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) el Servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación a Refugiados y Migrantes), junto a la Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos (FIDH). En este informe se ha considerado que “En relación con los migrantes se ha considerado que son temas que deben ser abordados ‘Los altos costos y las numerosas trabas burocráticas propias del trámite de radicación que sufren los migrantes en situación de pobreza; la investigación seria y profunda de casos de agresión y violencia xenófoba; y la derogación de una abundante normativa que discrimina irrazonablemente en el acceso a derechos por razones de nacionalidad de la persona’. En relación con los asilados, ‘no se han desarrollado políticas eficientes en zonas fronterizas, de modo de asegurar el principio de no discriminación. Por lo demás, el Estado argentino no promueve medidas dirigidas a facilitar la integración social de los refugiados’. Se agrega que ‘la situación de los pueblos indígenas revela un preocupante retroceso, marcado por la falta de desarrollo de políticas y leyes dirigidas a la protección efectiva de sus derechos, así como por la adopción de medidas que han violado gravemente esos derechos, particularmente el derecho a la tierra y el territorio, el derecho a la consulta, a la participación y a la organización, el acceso a la justicia y el derecho a la identidad cultural y a la educación. Preocupan además casos de violencia, agresión e intimidación hacia miembros de comunidades y pueblos indígenas, así como la ausencia de medidas de prevención, investigación, sanción y reparación ante este tipo de acciones’. Finalmente, respecto de ‘las personas con discapacidad, el Estado argentino no implementa las medidas necesarias tendientes a eliminar la discriminación en el derecho a la educación, al trabajo y a la salud, entre otros, hacia esas personas. No se respeta la obligación de supresión de barreras físicas arquitectónicas, urbanísticas, del transporte —incluso en los propios edificios públicos— y han habido grandes retrocesos en cuanto a la educación *integrada* para niños con discapacidad. A su vez, la crisis de las obras sociales y del sistema de salud en general han dejado sin cobertura a cientos de miles de personas con necesidades especiales. Por último, el Estado incumple su obligación legal de destinar el 4% de los empleos públicos a personas con discapacidad”.

Por su parte, en el informe del Foro de Organizaciones No Gubernamentales que Luchan Contra la Discriminación se registró que “8 de cada 10 casos de discriminación denunciados en Capital Federal y el Conurbano tienen eje en cuestiones de salud, trabajo y etnia” [...] Los tres ejes de discriminación que encabezaron los porcentajes de denuncias son: Salud (43,16 %), Trabajo (27,10%) y Etnia (15,97 %). Otro dato preocupante es que ha reaparecido el conflicto religioso como eje de tensión en las relaciones sociales”, <http://www.periodismosocial.org.ar/notacompleta.cfm?id=1436>, (16-7-09).

Los problemas para igualar

Sólo el santo dogma de la igualdad puede indemnizar a los hombres de la diferencia muchas veces injuriosas, que ha puesto la naturaleza, la fortuna o una convención antisocial. Igualdad de Bernardo Montegudo

La democracia ha llevado a una política de igual de reconocimiento, la cual ha tomado varias formas a través de los años, y ha regresado en la forma de reclamos por el igual status de todas las culturas y géneros. The Politics of Recognition de Charles Taylor

Existen dos problemas para igualar a una persona. El primero es que algunas personas por circunstancias sociales o naturales tienen ciertas desventajas —por ejemplo, las personas discapacitadas—. Por lo tanto, deben disponerse medidas positivas para que accedan a los derechos que el resto de las personas que no tienen estas desventajas (1367). Justamente debe lograrse que no sea relevante las desventajas que sufren este grupo, que no tenga menos chances en la sociedad ser desaventajado.

El otro problema, un tanto más complicado, es que hay diferentes grupos en la sociedad con distintas características —niños (1368), mujeres, indígenas, migrantes (1369), homosexuales—, no podemos considerar que tienen desventajas; pero en algunos casos, en determinadas sociedades, son tratados como inferiores y privados de ciertos derechos. Ellas son personas desaventajadas o tratadas en forma desaventajada porque, como señala el juez Cañado Trindade existe una estructura social discriminatoria (1370). No necesariamente son minorías, pero la característica distintiva es que sus dificultades y la necesidad de medidas de acciones positivas (1371) no devienen de su conformación física, sino del modo en que la trata la sociedad. Esto impone el deber estatal de realizar acciones positivas, al menos por un tiempo (1372), para modificar su estructura institucional para no tratarlas en

(1367) En relación con los niños discapacitados, CSJN, *Lifschitz, Graciela*, 2004, Fallos, 327:2413.

(1368) Corte IDH, OC 17/02, *ya cit.*

(1369) Corte IDH, OC 18/03, *ya cit.*

(1370) *Ibidem.*

(1371) En particular, la Constitución Nacional prevé medidas de acción positiva en el art. 75, inc. 23, definiendo como grupos sociales beneficiarios a los niños, los ancianos, las mujeres y las personas discapacitadas.

(1372) ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General nro. 18, *ya cit.* En relación con el derecho a la salud la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido un tratamiento preferencial al derecho a la salud sobre dos aspectos: a.- la protección de la salud en relación con el interés superior del niño; b.- la protección de la salud en relación con los enfermos de HIV", Ariza Clerici, Rodolfo, *El derecho a la Salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en http://www.juridice.com.ar/doctrina/salud.htm#_ftn68 (16-7-09). Esta línea ha sido mantenida en futuras decisiones judiciales para un niño discapacitado en CSJN, *Martín, Sergio Gustavo*, 2004, Fallos, 327:2127; para una

forma desaventajada y garantizar que la sociedad civil en los ámbitos privados tampoco lo haga (1373).

Obviamente, estamos hablando de categorías. Podrían argumentar que en una sociedad que no se comuniquen por vía oral, el sordomudo no sería una persona discapacitada. Pero entendemos que en la mayoría de las sociedades, por su propia conformación social, tienen desventajas que obligan a medidas públicas para igualarlo.

El trato igualitario para estos grupos no debe significar sólo hacer accesible de igual modo los derechos, sino que también debe significar darles igual participación en la sociedad, no someterlas a un modo de vida o de

niña discapacitada en *Maldonado, Sergio Adrián*, 2004, Fallos, 327:5210. También en un voto de la CSJN se ha sostenido que “en el caso de que una determinada política pública genere, como contrapartida, un grupo vulnerable y desfavorecido (como el que integra el actor), la obligación primigenia del Estado debe consistir en brindarle un mayor nivel de protección, adoptando medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y dando trato preferente apropiado a esas personas, a fin de conseguir los objetivos de la plena realización e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas, logro que jamás podrán alcanzar si no se encuentran satisfechas sus necesidades básicas y mínimas, que resultan inherentes a su condición de seres humanos”, *Ramírez, Juan Carlos*, 2007, Fallos, 330:2548, voto del magistrado Zaffaroni.

(1373) “[L]os Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”, Corte IDH, OC 18/03, *ya cit.*, párr. 104. “El Estado deberá analizar las situaciones que tiene al frente para establecer los medios que permitan el ejercicio, precisamente en esas situaciones, de los derechos universalmente asignados por la Convención Americana. Que éstos tengan un alcance universal no significa que las medidas que deban adoptarse para asegurar el ejercicio de los derechos y las libertades sean uniformes, genéricas, parejas, como si no hubiese diferencias, distancias y contrastes entre sus titulares. Conviene leer con atención el artículo 2 del Pacto de San José: los Estados deben adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y las libertades. La referencia a medidas ‘necesarias’ que ‘hagan efectivos’ los derechos, remite a la consideración de especificidades y compensaciones”, Corte IDH, Caso *Yatama*, *ya cit.*, voto del Juez García Ramírez. En relación con los pueblos originarios, en el ámbito interamericano se ha considerado que “La Corte estima que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención”, *ibídem*, párr. 225.

pensar entendido como dominante. Esto implica reconocer sus diferencias, sus valores, sus visiones y sus metas y permitir su realización en forma equitativa (1374). Esto presupone el reconocimiento de que no hay una persona *moral* universal; sino que son diferentes grupos a los que debe brindársele igual oportunidad para el desarrollo personal de acuerdo a sus particularidades (1375).

(1374) Esta idea puede apreciarse en la obra *La Asamblea de las Mujeres* de Aristófanes. En primer lugar, las mujeres deben disfrazarse y actuar como hombres para poder participar políticamente, ya que les estaba vedado. Uno de los personajes expresa “Mujer B: [...] antes que nada tiré lejos de casa la navaja, para ponerme toda peluda y que no me pareciera a una mujer”. Por su parte, la protagonista, Praxágora dice “Vamos, subíais hacer al marido cuando iba a ir a la Asamblea o a salir, cada vez. Luego, cuando todo esto esté ya bien, ataos las barbas. Y en cuanto os las hayas sujetado bien, echaos encima los vestidos de hombres que sustrajisteis y después apoyaos en los bastones y marchad cantando una canción de esas de viejos, cogiendo las maneras de los hombres del campo”. Pero una vez que se decide en la Asamblea darles el poder a las mujeres, ellas se encargan de gobernar según su propia visión e ideología sustentada en la distribución igualitaria de los bienes y de los placeres sexuales. Esto es expuesto en un discurso de Praxágora, disfrazada de hombre, “Que sus maneras son mejores que las nuestras, os lo voy a hacer ver. Lo primero, tiñen sus lanas en agua caliente de acuerdo con la costumbre antigua; y eso todas y no puedes encontrar que hagan innovaciones. En cambio Atenas, si algo le sale bien, no por ello cree salvarse, sino se mete en alguna otra novelería. Sentadas hacen sus parrilladas como antes, llevan caras en su cabeza como antes, celebran las Tesmoforias como antes, cuecen los pasteles como antes, revienta a los hombres como antes, se sirven los mejores bocados como antes, les gusta el vino puro como antes, disfrutaban cuando las joden como antes. Varones, entreguémosle la ciudad y no andemos hablando ni les preguntemos qué es lo que van a hacer. Dejémoslas gobernar de una vez. Mirando estas cosas solas: lo primero, que como son madres querrán salvar la vida a los soldados; y luego, ¿quién podría enviarles raciones suplementarias más deprisa que una madre? Para procurar dinero, una mujer es lo más hábil y cuando manda, nadie es capaz de engañarla: porque están muy hechas a engañar. Lo demás me lo callo”. Ver ARISTÓFANES, *La Asamblea de las Mujeres*, Madrid, Cátedra, 2000, ps. 221 a 267.

(1375) “Una verdadera política de emancipación, que afirme como valor la diferencia de grupo, involucra una revisión radical del significado mismo de igualdad. El ideal asimilacionista presupone que igualdad social significa tratar a todos en base a los mismos principios, reglas y criterios. La política de la diferencia sostiene, por el contrario, que la igualdad en cuanto es participación e inclusión de todos los grupos, puede requerir a veces un tratamiento diferenciado de los grupos oprimidos o desaventajados”, I. M. YOUNG, *Le politiche della differenza*, Milán, Feltrinelli, 1996, pág. 198. En FACCHI, ALESSANDRA, “El pensamiento feminista sobre el derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl”, Revista *¿Más Derecho?*, Buenos Aires, Di Plácido, 2006, Año 5, nro. V, págs. 62 y 63. Se ha agregado que “[u]na de las críticas más profundas que el feminismo, junto a otras corrientes de pensamiento contemporáneas, ha desarrollado y corroborado en relación con la cultura liberal se vincula con su falsa neutralidad; es decir, al hecho de que en la construcción de teorías, en la afirmación de derechos, en la elaboración de normas se haga referencia genéricamente, al menos a partir del momento en que la igualdad se ha impuesto como principio universal, a un sujeto neutro, sin raza, sexo, clase social, etc. Este sujeto, por el contrario, tiene

Esta participación debe ser garantizada fomentando o simplificando su inclusión en diferentes esferas como la enseñanza, la educación, el ejercicio de la función pública o de cargos electivos. De este modo, se asegura que grupos sociales tradicionalmente desaventajados participen de forma igual en las cuestiones públicas.

El problema final que queremos mencionar es que el desarrollo de políticas igualitarias cuando se enfrentan a tratos inequitativos enraizados en la estructura institucional y cultural de un país o una región requieren medidas intensas (1376). Estas medidas pueden consistir tanto en castigar los actos discriminatorios e indemnizar los daños provocados (1377), pero también conceder ventajas a los sectores tradicionalmente perjudicados, que inmediatamente se constituye en un trato desigual para las personas ajenas a estos sectores (1378). Es decir que resulta necesario discriminar para poder garantizar el derecho a la igualdad (1379). Este tipo de acciones conocidas

características precisas que corresponden a las del grupo dominante, y tomarlo como modelo significa la exclusión de o, en todo caso, la discriminación de otros sujetos: de individuos de culturas y religiones diversas de las dominantes, de clases sociales subordinadas, de las mujeres”.

(1376) Nuestra Constitución Nacional admite medidas de acción positiva para niños, mujeres, ancianos y discapacitados (art. 75, inc. 22).

(1377) Ley 23.592. Sin embargo, la CSJN, en el caso *Yañez, Mónica*, 2004, Fallos, 327:4679, ha considerado que decirle a otra persona que “se tienen que ir, vos sos una negra de mierda que no tendrías que vivir en un departamento [...] tienen que vivir en una tribu, que es el lugar de donde nunca deberían haber salido” no resulta discriminatorio.

(1378) “Como es sabido, las disposiciones legales y constitucionales referidas al llamado cupo o cuota femenina, integran el conjunto de las llamadas acciones afirmativas o de discriminación inversas o benignas. Estas medidas fueron cuestionadas desde diversos ángulos, alegándose que entrañan, en sí mismas, una desigualdad y cristalizan las situaciones discriminatorias. En ese sentido, varios países han comenzado a revisar su legislación sobre el punto, lo que ha generado un intenso debate. De todos modos puede compartirse que las leyes de cuota o cupos constituyen una forma de ‘discriminar o desigualar para igualar’ el modo en que se puede llegar a igualar a quienes no parten de la misma situación’ y que, por otro lado, no implican una modificación del principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional sino ‘colocar a las mujeres en el mismo plano que los hombres mediante las acciones positivas’”, Gelli, María Angélica, *Desarrollo humano, igualdad y constitución. (A propósito del Informe sobre Desarrollo Humano 1995)*, LL, 1996-B, 1096.

(1379) “En determinadas ocasiones es menester adoptar medidas tendientes a equiparar las oportunidades de quienes, por su raza, sexo, religión, condición social, etc., se encuentran en una condición desigual. Es lo que se conoce por discriminación inversa y que nuestra Constitución admite en forma expresa, aunque bien podría sostenerse que ello era posible aún antes de la reforma. Es sumamente razonable que el legislador intente corregir una desigualdad de la realidad a través de una diferenciación jurídica. Existen casos en los que es menester discriminar para igualar, aunque suene contradictorio, cuando han existido patrones o constantes históricas de trato desigual. Se acude así a los llamados ‘programas de acción afirmativa’, cuyo propósito es reparar injusticias pasadas”, CNCiv., 16-12-02, *Fundación Mujeres en Igual-*

como “discriminación inversa” deben ser aceptadas si realmente nos queremos tomar en serio el derecho a la igualdad, de otro modo resulta muy difícil provocar los cambios necesarios en nuestras instituciones políticas y en la sociedad civil para garantizar una mayor efectividad del derecho a la igualdad (1380).

dad y otro c/Freddo SA s/amparo, <http://www.iurisdiccion.com.ar/fallo-freddo-igualdad>, (16-7-09).

(1380) Probablemente, un cambio de las estructuras institucionales y sociales requiera aun de medidas más intensas, que son denominadas redistribución transformativa y reconocimiento transformativo. Al respecto, Fraser ha señalado que “Los remedios transformativos típicamente combinan programas universales de bienestar social, sistemas tributarios progresivos, políticas macroeconómicas dirigidas a la creación de empleo total, un sector público grande, propiedad colectiva y/o pública significativa, y una transición democrática hacia la toma de decisiones sobre prioridades económicas básicas... Por lo tanto, su tendencia es el minar la diferenciación de clase. Los remedios transformativos reducen la desigualdad social sin crear clases de personas estigmatizadas y vulnerables que son percibidas como beneficiarias de un trato especial. Como resultado, tienden a promover la reciprocidad y la solidaridad en las relaciones de reconocimiento. Así, un enfoque dirigido a reparar injusticias distributivas puede ayudar a reparar también (algunas) injusticias de reconocimiento”, FRASER, NANCY, “From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a ‘Post-Socialist’ Age”, *New Left Review* 69, 1995, London, pág. 212 en HEVIA, MARTÍN, COLÓN-RÍOS, JOEL, *El Nuevo y El Viejo Igualitarismo*, *op. cit.* pág. 125.

LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU PROYECCION EN EL DERECHO ARGENTINO



DIRECTOR

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

AUTORES

CRISTINA ADÉN, ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA,
JORGE AMOR AMEAL, CAROLINA S. ANELLO,
MARÍA ELEONORA CANO, AYELEN ARGELIA CASELLA,
JOSEFINA COMUNE, SANTIAGO EYHERABIDE, DIEGO FREEDMAN,
AGUSTINA FREIJO, SANTIAGO J. GARCÍA MELE, LUCAS GUARDIA,
SONIA SOLEDAD JAIMEZ, JESSICA MOIRA KAWON,
FEDERICO LAVOPA, PABLO LEPERE, DANIEL LEVI,
NATALIA M. LUTERSTEIN, ANGELINA GUILLERMINA MEZA,
MARIÁNGELES MISURACA, DIEGO M. PAPAYANNIS,
NICOLÁS M. PERRONE, ROMINA VERÓNICA PETRINO,
MARÍA LUISA PIQUÉ, LUCIANA T. RICART,
VANESA FLAVIA RODRÍGUEZ, SHUNKO ROJAS,
SEBASTIÁN SCIOSCIOLI, FEDERICO THEA,
LEONARDO TOIA, ALEJANDRO TURYN



LA LEY

Alonso Regueira, Enrique M.
Convención Americana de Derechos Humanos y su
proyección en el Derecho Argentino.. - 1a ed. - Buenos Aires :
La Ley; Departamento de Publicaciones de la Facultad de
Derecho, 2013.
608 p.; 24x17 cm.

ISBN 978-987-03-2415-7

I. Derecho Público. I. Título
CDD 340.9

Copyright © 2012 by Facultad de Derecho U.B.A. Av. Pte.
Figuerola Alcorta 2263 (C1425CKB) Buenos Aires

Copyright © 2012 by La Ley S.A.E. e I.
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados Ninguna parte de esta
obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o
mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin
el previo permiso por escrito del Editor

Printed in Argentina

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723