

# **LA IGUALDAD “DES-ENMARCADA”: A VEINTE AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA DE 1994**

**Por Martín Aldao y Laura Clérico**

## **RESUMEN**

El presente trabajo se propone analizar los cambios en el “marco” de interpretación del texto constitucional a lo largo de sus veinte años de vigencia, con el fin de dar cuenta de los procesos de ampliación jurisdiccional del principio de igualdad. Se analizan además las diferentes formulaciones del principio de igualdad utilizadas durante ese proceso.

## **PALABRAS CLAVE**

Reforma Constitucional – Igualdad – Derechos Sociales – Grupos Desaventajados

# REFRAMING EQUALITY: 20 YEARS OF THE REFORMED CONSTITUTION

By **Martín Aldao** and **Laura Clérico**

## ABSTRACT

In this paper we aim to show the relations between the constitutional principles and the “frames” that shape the constitutional interpretation process, in order to understand the expansion of the equality principle in Argentina since the 1994 Constitutional Reform. We also trace the different formulations of said principle.

## KEY WORDS

Constitutional Reform – Equality – Social Rights – Disenfranchised Groups

# LA IGUALDAD “DES-ENMARCADA”: A VEINTE AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA DE 1994\*

Por Martín Aldao\* y Laura Clérico\*\*

## I. Introducción y planteo del problema

Han transcurrido veinte años de la reforma constitucional del año 1994. Pocos años, tal vez, para hacer historia sobre la reforma. Muchos años, probablemente, para seguir esperando el cumplimiento de las aspiraciones pendientes de la reforma. En un libro reciente sobre la crisis en Europa del año 2008, los coordinadores se preguntaban como objeto del trabajo en qué medida las constituciones podían dar respuesta o no a esa situación, planteaban la sugestiva pregunta: *what happend to you?* Es decir, ¿qué te paso a “vos” en la crisis, qué esperabas o no como respuesta desde el marco constitucional? (CONTIADES y ALKMENE 2013)<sup>1</sup> A veinte años de la reforma constitucional argentina, el interrogante es sugestivo por la apelación a pensar en el otro y a escribir desde el lugar de lo que a ese otro relata le pasó a él. ¿Pero quién ese ese otro? ¿Quién es ese “vos”?

Esto cobra aún mayor relevancia cuando hablamos de igualdad. Todas las fórmulas de igualdad encierran en más o menos algún tipo de comparación entre dos personas, grupos de personas, situaciones. La comparación surge del reclamo de trato igualitario y en dos sentidos:

- (a) alguien que es tratado en forma diferente que otro quiere ser tratado de la misma manera porque considera que no hay razones para ser tratado en forma diferente; o bien
- (b) alguien que es tratado igual que otro considera que debe ser tratado en forma diferente porque hay una circunstancia relevante que justifica un trato diferenciado.

Para examinar si el reclamo debe prosperar se requiere explorar cuáles razones hablan a favor o en contra del planteo igualitario. Justamente la evaluación de estas razones (o sinrazones) es el centro del examen de igualdad y el resultado dependerá de la fórmula y concepción de la igualdad que esté mejor justificada. Y las razones dependen a su vez de las personas que las introduzcan. Por ello la interrogación al otro es fundamental.

\* Agradecemos a Federico de Fazio, Leticia Vita y Liliana Ronconi la lectura crítica y comentarios sobre el texto.

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Teoría del Estado (UBA). Investigador Adscripto del Instituto de Investigaciones “Gioja”, Facultad de Derecho (UBA).

\*\* Doctora en Derecho por la Universidad de Kiel. Profesora de Derecho Constitucional (UBA), Investigadora del CONICET/UBA. Profesora DAAD en la Universidad de Erlangen/Nurnberg.

<sup>1</sup> CONTIADES, Xenophon; ALKMENE, Fotiadou (2013): How Constitutions Reacted to the Financial Crisis, in: Contiades, Xenophon (Hrsg.): *Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis*. Farnham, cap. Introductorio y pp. 9 – 57.

A su vez se puede pensar o teorizar sobre una reforma constitucional desde un enfoque de arriba hacia abajo (*top-down*) o desde abajo hacia arriba (*down-top*). La primera perspectiva se plantea en lo que una elite política o académica pensó para regular una comunidad más o menos imaginada y desde ahí analiza el impacto de la reforma. Por el contrario la perspectiva desde abajo hacia arriba plantea los abordajes de la reforma desde el lugar de las voces que quedan al margen, de las invisibilizadas, de las silenciadas, de las ninguneadas, de las relativizadas, de las despreciadas. Así la construcción de los relatos sobre el constitucionalismo desde abajo se pregunta por las voces que esos arreglos institucionales invisibilizan, silencian, pero que, paradójicamente, las constituciones con derechos sociales potencian a pesar de no tener arreglos institucionales acordes con esos derechos.

Estos dos enfoques son combinables y son los que alientan este trabajo sobre la igualdad en la reforma del año 1994, a veinte años de su vigencia. El abordaje no pretende ser exhaustivo. El objetivo es más modesto, trabajamos con pinceladas por medio de ejemplos.

Se suele utilizar el término "constitucionalismo aspiracional"<sup>2</sup> (GARCÍA VILLEGAS 2013) para referirse a la reforma de 1994, no obstante creemos que es más apropiado el término *constitucionalismo interpelable*. A diferencia del primero, que desde una perspectiva *top-down* pone el foco en el constituyente, el segundo nos permite dar cuenta de un proceso de ida y vuelta, en el cual las interpelaciones al texto constitucional -los procesos *down-top*- resultan esenciales para comprender el alcance efectivo de las reformas introducidas por el convencional. Para comprender mejor esto retomamos el concepto de marco (*framing*) desarrollado por FRASER (2008) en su último libro *Escalas de Justicia*<sup>3</sup> con el fin de dar cuenta de la dimensión político-interpretativa propia de todo proceso constitucional. La función de este dispositivo conceptual es poner sobre la mesa no tanto el sentido sustantivo del principio de igualdad, sino los marcos desde los cuales es interpretado y re interpretado. En esta línea, la tesis de este trabajo afirma que fueron las movilizaciones populares de fines de la década de los noventa y comienzos de la siguiente los que permitieron un "re-enmarcamiento" del texto constitucional reformado, es decir, desde el marco neoliberal esencialmente restrictivo de derechos, hacia un marco democrático emancipatorio que ha permitido desplegar, asimismo, a través del activismo judicial<sup>4</sup> (DELAMATA 2013) y la jurisprudencia el potencial igualitario contenido en la reforma.<sup>5</sup> Ese potencial puede ser leído en forma transversal en casos sobre acceso a la vivienda para personas en situación de emergencia habitacional, casos traccionados desde la defensa pública de la

<sup>2</sup> GARCÍA VILLEGAS, *Constitucionalismo aspiracional*, en GARCÍA JARAMILLO, L. (Coord.) Colombia: Desafíos y posibilidades de una nación en construcción *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 2013 no. 29 p. 77-97. según el autor, este tipo de constitucionalismo "articula las nociones de constitución y progreso; prospera sobre todo en situaciones en las cuales existe una gran inconformidad con el presente y una fuerte creencia en las posibilidades de un futuro mejor."

<sup>3</sup> Fraser, N. *Escalas de Justicia*, Herder, Madrid, 2008.

<sup>4</sup> DELAMATA, G. "Movimientos sociales, activismo constitucional y narrativa democrática en la Argentina contemporánea", en *Sociologías* vol.15 no.32 Porto Alegre Jan./Apr. 2013.

<sup>5</sup> Entendemos que este enfoque resulta especialmente rico para analizar los procesos constitucionales de los '90 (Argentina, y Colombia también) en la medida en que, a diferencia de los casos de Venezuela, Ecuador y Bolivia, los cambios transformadores en el reconocimiento de derechos no ha provenido de cambios en el texto constitucional, sino, justamente, en los marcos desde los cuales éste es interpretado. De ahí la apuesta por la interpretación de los derechos desde las miradas de la igualdad multidimensional (apartado III.3).

Ciudad de Buenos Aires (CARDINAUX y otros 2013);<sup>6</sup> sobre vacantes para el nivel inicial en el ámbito de la Ciudad cuya insuficiencia afecta en especial a aquellos sectores de la población en situación de pobreza, caso motorizado por una organización no gubernamental (RONCONI 2013);<sup>7</sup> sobre acceso de mujeres para ejercer la profesión de conductoras de transportes públicos concesionados en un contexto de discriminación indirecta ya que hasta entonces solo los varones eran (y son) choferes, caso planteado por una mujer y una organización que trabaja con temas de género,<sup>8</sup> entre otros. Esta línea de casos advierte que las cláusulas de igualdad pueden ser utilizadas para intentar desarmar condiciones de exclusión (apartado III.3) y no sólo simplemente para trabajar situaciones de discriminación puntual (apartados III.1 y III.2). Insistimos, ausente en sus primeros años una voluntad política rotunda que sostuviera los desafíos de la igualdad – por el contrario en un ambiente político contrario a los reclamos igualitarios, la reforma constitucional del 94 en materia de igualdad se inscribe en lo que se conoce como el constitucionalismo aspiracional o en términos emancipatorios, interpelable. Esas cláusulas de igualdad son normas, son exigibles; sin embargo, esperan el plumero que las desempolva y las hagan parte de una estrategia de exigibilidad más o menos amplia según el reclamo.

Esa podría ser la trama del relato sobre la suerte de las cláusulas de la igualdad en la constitución reformada de 1994. Es un relato que reconoce velocidades diversas: paso a paso, a cuentagotas, dependiendo de la fuerza y habilidad de los actores que las movilizan y de la eficacia de la estrategia de exigibilidad desplegada.

En este sentido nos proponemos analizar en primer lugar el marco (*framing*) predominante desde el que se piensa la igualdad en la época de la reforma, fuertemente influenciado por la coyuntura política y económica; pero en clave de desenmarcamiento (*misframing*), que luego se verá alterado por la ola de reacciones sociales frente a las consecuencias del neoliberalismo. De este modo se puede dar cuenta de la gradualidad en la efectivización del potencial igualitario de la reforma. Ahora bien, una vez establecido el contexto dentro del cual se establecen los márgenes de la interpretación constitucional, es preciso analizar las herramientas jurídicas que habilitan o cierran el juego de las nuevas demandas. Por ello en la tercera sección analizamos las diversas fórmulas de igualdad que permiten activar, en función de la interpelación ciudadana, los “contenidos dormidos” de la reforma, de menor a mayor, es decir desde la limitada fórmula de la igualdad formal hasta las versiones más complejas que combinan ya aspectos materiales con simbólicos.

<sup>6</sup> V. CARDINAUX, N.; Vita, L.; Aldao, M., Clérico, L.; “Condiciones de posibilidad para la exigibilidad judicial del derecho a la vivienda en el ámbito local”, *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2013 y en: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/vita-condiciones-de-posibilidad-para-la-exigibilidad-judicial-del-derecho-a-la-vivienda.pdf>

<sup>7</sup> RONCONI Liliana M., “El principio de igualdad educativa en la jurisprudencia de los tribunales la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, *Revista Derecho y Ciencias Sociales*. Abril 2013. N°8 .Pgs.37-56, en: [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/27148/Documento\\_completo.pdf?sequence=1](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/27148/Documento_completo.pdf?sequence=1)

<sup>8</sup> CSJN, 20/5/2014, Sisnero, Mirtha Graeila y FEM c. el Taldelva SRL y otros s/ amparo,

## II. El marco de la igualdad en la reforma de 1994

En principio, la reforma de 1994 reconoce un amplia paleta de normas sobre igualdad que va desde el fortalecimiento de la llamada igualdad jurídica material hasta el reconocimiento de desigualdades fácticas de partida que requieren de la intervención estatal por medio de medidas positivas para lograr igualdad real para niños y niñas, personas con discapacidad, personas de edad avanzada, personas en situación de discapacidad, mujeres en estado de embarazo y período de lactancia y pueblos originarios o comunidades indígenas (art. 75 inc. 23 y 17 Const. Nac.). Todo esto robustecido por el reconocimiento de jerarquía constitucional a Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que consagran el principio no-discriminatorio como así también reconocen la desigualdad fáctica, la desigualdad estructural y que requieren de Estados que cumplan con las obligaciones de respetar, proteger y garantizar para desarmar las desigualdades injustificables y lograr igualdad en aquellas situaciones de desigualdad estructural por medidas positivas. Tenemos entonces un poderoso dispositivo igualitario en la reforma, un dispositivo que no obstante su potencial permanecerá anestesiado durante al menos los primeros cinco años de vigencia del texto constitucional reformado. Para entender esto es preciso dar cuenta del marco desde el cual se definía en este período el sentido sustantivo del principio constitucional de igualdad.

El marco de la reforma del año 1994 es complejo. Por un lado estuvo dado por una reforma motorizada con una sola y única finalidad: la reelección presidencial. Como respuesta a ese impulso unívoco, el principal partido de la entonces oposición, respondió en clave de pacto. Se suele contar la historia de que el impulso re-eleccionario era tan fuerte, que la oposición por temor a que esa reforma se llevara otras cosas puestas, accedió a un acuerdo previo para pactar los puntos de reforma. Este pacto conocido por el lugar en que se celebró como "Pacto de Olivos", fue caracterizado por algunos como un pacto de desconfianza.<sup>9</sup> Es decir, por temor a que bajo el manto re-eleccionario se terminara reformando otras cosas, se pactó asegurar la reforma de la cláusula de elección presidencial. A cambio se pactó dejar intacta en forma expresa la primera parte de la constitución, la llamada Declaraciones, Derechos y Garantías, como así también el compromiso de votar como un combo un conjunto de temas en los que se especificaban el contenido de la reforma (cláusula cerrojo) y dejar abierta y "habilitada" para la discusión otros temas en el que no se especificaba en el pacto el contenido detallado ni la modalidad cerrojo de votación. La historia que sigue es conocida. Los convencionales constituyentes del justicialismo y del radicalismo sacaron la mayor cantidad de votos; y en general respetaron lo acordado en el Pacto de Olivos. Esto habla ya de la lógica de la reforma. Les guste o no a los protagonistas fue una reforma pensada y acordada de arriba hacia abajo. En ese marco los artículos que ingresaron a la Constitución fueron "concesiones", pero era claro que no existía la voluntad política ni las fuerzas políticas necesarias para que lo ganado en igualdad en el papel se convirtiera en tal en la práctica en el corto plazo. Por supuesto esto no quiere decir que las normas de igualdad cayeran en saco roto. Son exigibles. Sin embargo, no implicaron cambios estructurales en la distribución del poder económico, social, político, cultural, que

---

<sup>9</sup> V. CSJN, Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento, considerando 10.

empoderara a los grupos más desaventajados. En todo caso las normas sobre igualdad conformaron – como ya adelantamos – lo que se da en llamar “constitucionalismo aspiracional”.

La segunda referencia al “marco” está dada por el momento económico en que ocurre la reforma. Este estuvo dado por fuertes políticas neoliberales recetadas desde los organismos de crédito internacional, léase, entre otros, FMI y Banco Mundial. Esa política se concretizó a través de leyes y varios decretos de necesidad y urgencia sobre emergencia económica y, por el otro lado, reforma del Estado. Estas normas tenían como transfondo la reducción del aparato estatal, la privatización y desregulación de los servicios públicos, la descentralización del sistema de salud, la profundización de la descentralización de sistema de educación básica y terciaria, la flexibilización laboral. Para asegurar los contratos surgidos de las privatizaciones y de otras inversiones el Estado firmó más de cuarenta tratados bilaterales de comercio que, entre otras, cláusulas establecen la sujeción de los conflictos que surge de la implementación de esos contratos al arbitraje del CIADI. En fin, los gobernantes de entonces aceptaron que el Estado perdiera en buena parte el poder regulatorio estatal (BIDART CAMPOS 1999 y VITA 2013).<sup>10</sup> Para PISARELLO<sup>11</sup> (2011) la reforma de 1994 responde a constituciones (interpretamos como constituciones fácticas en el sentido de LASALLE (1964: 61))<sup>12</sup> que incluían una mayor contención del gasto público, la apuesta a las privatizaciones, por la liberación del comercio internacional, las inversiones extranjeras y la retirada de los controles públicos sobre los poderes del “mercado”.

Así nos queda, apenas sancionada la reforma, un mapa amplio de la igualdad, que no obstante permanece encorsetado por un marco neoliberal y por ende incapaz de desplegar todo su potencial. En suma, en qué medida la idea de Constitución actual sea pertinente para pensar en arreglos institucionales eficaces para generar condiciones materiales de existencia digna de cara a la concentración de poder en el ámbito nacional y de concentración de poder económico y financiero en el marco global dependerá, fundamentalmente, de la capacidad de los pueblos para revertir este des-enmarcamiento (*mis-framing*)<sup>13</sup> (FRASER 2008: 43) que mantiene atado el potencial igualitario de la Constitución. Porque este corrimiento del Estado, y por ende de la política tradicional, partidaria asociada a éste, fue precisamente lo que dio lugar al desarrollo de procesos democrático-participativos que tuvieron como protagonistas durante la primera década de este milenio a los pueblos de Latinoamérica.

<sup>10</sup> Ver BIDART CAMPOS, G. *El orden socioeconómico en la Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 1999. También VITA, L. “Modelos de Estado y derecho a la salud en Argentina”, en Clérico, Aldao, Ronconi *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, T. I.

<sup>11</sup> Pisarello, G., *Un largo Termidor*, Madrid, Trotta, 2011.

<sup>12</sup> LASALLE, F., *Qué es una Constitución*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1964, p. 61: “Los factores reales de poder que rigen en el seno de cada sociedad son esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en sustancia, más que tal como son”. “Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de poder”. Si Uds ... “vuelven a verse alguna vez en el trance de tener que darse a sí mismos una Constitución, espero que sabrán ustedes ya cómo se hacen las cosas, y que no se limitarán a extender y firmar una hoja de papel, dejando intactas las fuerzas reales que mandan en el país”.

<sup>13</sup> Fraser, N. *op. Cit.* p.43.

### III. La igualdad en la reforma de 1994 en un marco múltiple: ¿la desigualdad des-enmarcada?

#### III.1 La igualdad formal

Una de las formas de igualdad menos exigente es la fórmula de la **igualdad formal**. Esta fórmula dice que no se viola el mandato de igualdad en tanto aquellos que pertenecen a la categoría surgida luego de la clasificación realizada por el legislador son tratados de igual forma (se les aplique las mismas consecuencias jurídicas). Esta fórmula dice: *si la categoría alcanza a todas las x, entonces sólo se viola si una x no es tratada como una de las x de la categoría*. Es decir, no examina si el criterio y las razones por las que se realizó la clasificación son legítimas y si la clasificación tiene justificación alguna; tampoco nos dice algo sobre la manera en que deben ser tratados qué individuos con qué propiedades. Esta fórmula se encuentra detrás de la criticada - y con razón - fórmula de "separados pero iguales". Bajo esta fórmula se sostuvieron las leyes racistas en los Estados Unidos de Norteamérica.<sup>14</sup> Bajo esta misma fórmula hubiese sido imposible dictar el fallo "*Brown vs. Board of Education*",<sup>15</sup> en el que se decidió que la separación por "raza" en las escuelas públicas violaba el mandato de igualdad. Por ello, resulta cuestionable que alguien utilice en la actualidad esta fórmula de igualdad para sostener la discriminación cuando alguien realiza un planteo serio de no-discriminación arbitraria.<sup>16</sup>

No obstante existen otras fórmulas, cuya introducción y desarrollo dependerá no sólo del que responde la pregunta por el trato igual o desigual (por ejemplo, el tribunal en tanto intérprete de la constitución), sino también de aquellos que elevan la pregunta, que interpelan al texto constitucional. Es justamente a través de las demandas que las nuevas formulaciones (los nuevos sentidos) del principio de igualdad logran introducirse en el debate constitucional, poniendo a la luz el "des-enmarcamiento" producido por el neoliberalismo, motorizadas por la ola de reacciones populares contra los efectos sociales nefastos producidos por la aplicación del "Consenso de Washington."

#### III.2 Igualdad jurídico material: intensidades de control

Por contraposición una de las fórmulas de la igualdad que se pregunta por la legitimidad del criterio de clasificación y las razones de la selección, es la fórmula de la *igualdad jurídica material*. Esta fórmula dice que no se viola el mandato de igualdad si: *a todos los que se encuentran en igualdad de circunstancias relevantes se los trata de igual forma*. Es decir, si no hay ninguna *razón suficiente* para permitir un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual. En suma, y como reitera la Corte IDH, es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> V. U.S.S.C. 163 U.S. 537 (1896).

<sup>15</sup> U.S.S.C. 347 U.S. 483 (1954).

<sup>16</sup> V. esta misma advertencia en el caso "Freyre Alejandro y otro c/ GCBA s/ Amparo (expte. N 34292/0)", Juzgado N°15, Fuero CAyT, en el que se declaró la inconstitucionalidad del art. 172 del Código Civil argentino antes de la reforma de 2010 que no admitía el matrimonio igualitario.

<sup>17</sup> Cfr. Corte IDH, *OC-18/03* (2003), párr. 89; *OC-17/02* (2002), párr. 46; y *OC-4/84* (1984), párr. 56. Esto genera diversas obligaciones a los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.



Ahora bien, *la fórmula de igualdad material implica el desarrollo de tres sub-exámenes* para determinar si existen razones suficientes o no para un trato desigualitario. Esos tres sub-exámenes son los de: idoneidad, medios alternativos menos lesivos y proporcionalidad en sentido estricto. La aplicación de la proporcionalidad en el examen de igualdad determina si el criterio de distinción que genera las categorías o grupos (medida estatal) tiene relación con las finalidades (razones) de la norma. El sub-examen de idoneidad se pregunta si el medio logra promover los fines estatales y si no los logra entonces ya tenemos una primera razón que habla en contra del trato desigualitario. El sub-examen de medios alternativos dice que las razones de la distinción no son suficientes si pudo haberse evitado el trato desigualitario a través de la implementación de algún otro medio alternativo (es decir, uno que evite esa clasificación). El sub-examen de proporcionalidad en sentido estricto supone determinar la intensidad de restricción a la igualdad y a los derechos que produce la clasificación y, por el otro lado, determinar el peso de las razones que hablan a favor de la clasificación y de la promoción del fin estatal. Por ello, no hay razones suficientes para la distinción si la intensidad de restricción es mayor que el peso de las razones justificatorias.

Estos *tres subexámenes de igualdad pueden ser aplicados con mayor o menor intensidad*, esto depende de que tan exigentes nos pongamos para evaluar la relación entre la clasificación, el criterio de clasificación, sus efectos y las razones justificatorias. Por ello, se suele hablar de tres escrutinios de igualdad jurídica material: un escrutinio leve o de mera racionalidad, un escrutinio intermedio y un escrutinio bien exigente.

En el examen de igualdad de mera racionalidad se parte de la presunción de legitimidad/constitucionalidad de la clasificación realizada por el legislador. Esto significa que la carga de la argumentación la tiene quien realiza el reclamo igualitario y sólo se declarará la clasificación y sus efectos como arbitrarios si logra argumentar que no existe relación alguna entre medio y fin y que esa falta de relación justificatoria es evidente y manifiesta; de lo contrario se confirma la presunción a favor de la legitimidad de la clasificación.

El escrutinio intermedio exige una relación más sustancial entre clasificación, criterio de clasificación, efectos de la clasificación y razones justificatorias. La relación tiene que ser plausible, demostrarse una relación estrecha entre clasificación y razones justificatorias y alegarse algún fin estatal importante que justifique la clasificación.

Sin embargo, el más exigente de los exámenes es el estricto. Esto implica:

- (a) partir de la presunción de la arbitrariedad de la discriminación;
- (b) la carga de la argumentación se traslada en cabeza de aquellos que alegan la justificación de la clasificación, por lo general, el Estado;
- (c) una exigencia agravada de justificación, la arbitrariedad sólo puede ser revertida si quien tiene la carga de la argumentación logra alegar y justificar razones más que importantes, por ejemplo, un fin estatal imperioso más que urgente,
- (d) que no existía ningún otro medio alternativo que pudiera evitar la clasificación;
- (e) una regla epistémica, que dice que si persisten dudas al final de la argumentación, queda la clasificación y sus efectos como arbitraria. El examen de escrutinio estricto se aplica, por ejemplo, cuando desde el

vamos del planteo de la cuestión igualitaria se "sospecha" que la exclusión huele a injustificada e inconstitucional porque afecta a un grupo de personas que históricamente ha sido discriminado y que las consecuencias perjudiciales para sus derechos persisten en la actualidad.<sup>18</sup> Nos encontramos frente a una exclusión sospechosa (por ejemplo, discriminación basada en la "raza", la etnia, la nacionalidad, la orientación sexual, etc.)<sup>19</sup> y quien no crea que esas personas no conformen un grupo de personas histórica y sistemáticamente discriminadas tiene la carga de la argumentación y debe justificar por qué no lo son al ser excluidas de lo que se le otorga a otros en igualdad de circunstancias relevantes (SALDIVIA 2012).

El contexto de América Latina y el Caribe presenta un panorama pluripinto relacionado con la movilidad de personas por el territorio de los diversos Estados, léase personas "extranjeras", personas "migrantes". A fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX encontraban a Argentina, Uruguay, Brasil, Estados Unidos como países receptores de inmigración masiva. Los países receptores comenzaron en uso de su "soberanía" estatal a aprobar normas que restringían los derechos de las personas extranjeras que residían en sus territorios —a pesar de que algunas de Constituciones de esos Estados proclamaban los mismos derechos a todas las personas extranjeras residentes en sus territorios (por ejemplo, art. 20 de la Const. Argentina). En este contexto particular surgen en Argentina los reclamos de algunas personas extranjeras frente a situaciones puntuales de discriminación. Ya antes de la reforma de 1994, la Corte Suprema de Justicia argentina había declarado la inconstitucionalidad de una norma provincial que exigía la nacionalidad argentina para ejercer la docencia en un establecimiento privado con reconocimiento oficial de nivel pre-escolar en el caso de una residente de los Estados Unidos que había estudiado en Argentina y tenía título habilitante para el ejercicio de esa profesión.<sup>20</sup> Esta jurisprudencia se reitera —aunque con leves matices— cuando esa misma Corte declara la inconstitucionalidad de un artículo de una ley de la Provincia de Córdoba que exigía la nacionalidad argentina para ingresar como personal permanente al régimen del "equipo de salud humana" de un hospital público.<sup>21</sup> Esta jurisprudencia vuelve a tener relevancia aunque con la impronta de un examen de igualdad más analítico en el caso "Gottschau"<sup>22</sup> sobre la (in)constitucionalidad de una norma de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que establecía el requisito de la nacionalidad argentina para la inscripción a un concurso público para acceder al cargo de secretario de primera instancia del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Y se aplica asimismo para declarar la inconstitucionalidad de una norma provincial que requería la condición

<sup>18</sup> Se aplica examen estricto de igualdad, en materia de discriminación por orientación sexual en: Contencioso Administrativo Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: "Freyre Alejandro y otro c/ GCBA s/ Amparo (expte. N 34292/0)"; "Canevaro Martín y otro c/ GCBA s/ Amparo (expte. N 36410/0)", Juzgado del Fuero N°13; "Fernández Alberto Daro y otro c/ GCBA s/ Amparo (expte. N 36320)", entre otros.

<sup>19</sup> SALDIVIA, L., "La igualdad robusta de las personas de géneros diversos", en Von Opiela, Carolina (coord.), *Derecho a la identidad de género: Ley N° 26.743*, Buenos Aires: La Ley, 2012.

<sup>20</sup> Corte Suprema de Justicia Argentina, Repetto, Inés M. c. Provincia de Buenos Aires s/ Acción de Inconstitucionalidad, 08/11/1988, en Fallos: 311:2272.

<sup>21</sup> Corte Suprema de Justicia Argentina, Calvo y Pesini, Rocío v. Provincia de Córdoba, 24/02/1998, Fallos: 321:194/201.

<sup>22</sup> Corte Suprema de Justicia Argentina, Gottschau, Evelyn P. c/Consejos de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo sentencia del 08/08/2006.

de argentino nativo o por opción para concursar para un cargo de camarista; imposibilitando la inscripción de un juez provincial de primera instancia argentino naturalizado dispuesto a concursar,<sup>23</sup> entre otros.<sup>24</sup>

El perfil de reclamante es distinto en el caso Reyes Aguilera. Se trata de una niña residente argentina de nacionalidad boliviana con una discapacidad severa que le impedía la movilidad de sus miembros, comunicarse verbalmente y alimentarse por cuenta propia; y que además se encontraba en situación de pobreza. El caso se inicia frente a la denegación por la Administración de un pedido de pensión por invalidez porque el art. 1.e del Decreto n. 432/1997 establecía respecto de las personas extranjeras un plazo mínimo de residencia de 20 años, para el otorgamiento de la pensión. Si bien la Corte Argentina declaró que el recaudo de residencia era inconstitucional, cuando se encontraran reunidos los otros requisitos (invalidez y pobreza), los votos de los magistrados tuvieron un eje argumentativo vinculado con cada uno de estos supuestos de discriminación. Los jueces Fayt y Zaffaroni argumentaron que el requisito de veinte años de residencia implica un desconocimiento de la seguridad social, derecho que se encuentra íntimamente vinculado con la vida, "cuya garantía, mediante acciones positivas, resulta una obligación impostergable de las autoridades públicas" (cons. 7), más aun cuando se trata de la protección de los "más débiles".<sup>25</sup> En el caso, aun cuando los jueces no lo mencionan expresamente, la debilidad consistía en ser una niña con discapacidad y pobre (art. 75, inc. 23).

Por otro lado, los jueces Petracchi y Argibay se apoyaron en el argumento de la igualdad. Sostuvieron la presunción de inconstitucionalidad de toda categoría que distingue sobre la base de criterios prohibidos, categoría sospechosa (art. 1.º de la Convención Americana de Derechos Humanos): establecieron que la norma solo sería válida si supera un test de escrutinio intenso, recayendo en cabeza del Estado la carga de justificar que no existían alternativas menos lesivas para los fines sustanciales que se intentaban alcanzar mediante la norma impugnada (con cita de Gottschau, cons. 11). En el caso, los argumentos brindados por el Estado Nacional "resultan ineficaces para revertir la presunción de inconstitucionalidad de la norma en cuestión" (cons. 12).

El juez Maqueda sostuvo si bien la diferencia de trato entre nacionales y extranjeros no está prohibida, esto no releva al legislador de establecer requisitos razonables, es decir que no impliquen desconocer el derecho. En el caso, es la desproporcionalidad de la extensión del plazo lo que es inconstitucional. La irrazonabilidad del plazo consignado importa en los hechos que la aplicación de tal norma se traduzca en una discriminación indirecta ya que por las consecuencias que irroga, en la práctica, el beneficio de la pensión por invalidez estaría vedado para los extranjeros con residencia acreditada en el territorio argentino.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> Corte Suprema de Justicia Argentina Hooft, c/Provincia de Buenos Aires, Fallos 327:5118.

<sup>24</sup> V. el desarrollo de esta línea jurisprudencial hasta la actualidad con inclusión de los recientes casos "Mantecón Valdes" y "Pérez Ortega", en TREACY (2014) y ÁLVAREZ (2010).

<sup>25</sup> Sobre la relación argumentativa del derecho a condiciones de existencia digna, vulnerabilidad e igualdad, v. BELOFF y CLÉRICO (2014).

<sup>26</sup> La minoría formada por los jueces Highton y Lorenzetti sostuvo que la distinción era constitucional ya que el otorgamiento de una "pensión por Invalidez" constituye una facultad discrecional del Congreso, órgano que está facultado para imponer distintos requisitos y condiciones. Para un análisis crítico, v. GARGARELLA (2007).

En general la Corte argentina aplica -en los casos en los que las normas o los actos clasifican en perjuicio de los derechos de los extranjeros, o cuando distingue en perjuicio de argentinos naturalizados-<sup>27</sup> un examen de igualdad jurídica material de escrutinio estricto y declara la inconstitucionalidad de la norma atacada. Sin embargo, en ninguno de estos casos se deja vislumbrar un planteo de fondo de la situación de los extranjeros o migrantes en Argentina que suelen padecer situaciones de desigualdad estructural,<sup>28</sup> con excepción del caso "Reyes Aguilera".

### III.3 Desigualdad estructural, grupo desaventajado

Si bien la intensidad estricta del examen de igualdad jurídica material es mucho más exigente, *nos preguntamos si es una herramienta argumentativa lo suficientemente potente para conmovir un status quo fuertemente desigualitario*. Es decir, un *status quo* en el que la discriminación no es sólo puntual o individual sino que responde a una práctica sistemática de discriminación cuyos efectos no pueden ser revertidos en forma individual por las personas afectadas por los efectos de esa discriminación. Pensemos, por ejemplo, en el contexto interamericano en la situación de exclusión que viven varios pueblos indígenas por falta de acceso a la posesión a sus tierras ancestrales y que incluso implica la muerte de algunos de sus miembros cuando buscan defenderse frente a procesos de desalojo<sup>29</sup> de sus tierras para la explotación sojera o la actividad de las extractivas. O en el contexto más local en la imposibilidad de acceder a una vivienda digna de varios colectivos que se encuentran habitando en viviendas precarias o en situación de calle.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> CSJN, Hooft, c/Provincia de Buenos Aires, Fallos 327:5118.

<sup>28</sup> Los migrantes de países limítrofes (de Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay) y de no limítrofes (Perú) suelen ser maltratados desde el discurso dominante (muchas veces impulsado desde los discursos de ciertos medios de comunicación que en forma más o menos solapada le suele imputar cierto aumento de la "delincuencia y la inseguridad"), así suelen ser llamados "bolitas", "brasucas", "chilotes", "paraguas", "perucas" y "yorugas". Suelen sufrir detenciones arbitrarias por la sola "portación de cara", explotación laboral, denegación de acceso a la atención sanitaria, educación y vivienda. V. VILLALPANDO (2006: 168 y ss.).

<sup>29</sup> Nos referimos por ejemplo a la muerte de integrantes del pueblo *quom* en la provincia de Formosa (Argentina) del 26/11/2010.

<sup>30</sup> Al respecto el caso paradigmático es "Quisberth Castro c. GCABA" resuelto por la Corte argentina en el año 2012. Allí una mujer y su hijo, el cual padecía de una discapacidad severa, solicitaban al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires el acceso a una vivienda adecuada. En su argumentación no sólo estaba implicado el derecho a la vivienda sino, especialmente, el derecho a la salud del niño. En particular, se había probado en la causa que el niño había involucionado en el tratamiento de su enfermedad como consecuencia directa de su deficiencia habitacional. Por ejemplo, el hotel donde vivían carecía de cocina y comedor privado y algunos de los vecinos habían presentado quejas por ruidos causados por el niño en los lugares compartidos. Ello impulsó a que Quisberth Castro cocine y alimente a su hijo en su cuarto, con exclusividad, donde sólo podía prepararle "papilla". Estudios forenses advirtieron que el hecho de que el niño sólo se alimente de "papilla" había traído como consecuencia que no aprendiera a masticar. En este sentido, la falta de evolución del niño respecto a su posibilidad de masticar no era provocada por su discapacidad en sí, sino por esta última razón e implicaba una involución en el tratamiento de su enfermedad. Por tanto, la Corte ordenó, con matices, al gobierno local que garantizara a la actora y su hijo en situación de discapacidad, que se encontraban en "situación de calle", un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada. Agregó que el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberá asegurar la atención y el cuidado del niño y proveer a la actora el asesoramiento y la orientación necesaria para la solución de su problemática habitacional. Si bien Quisberth Castro demuestra que las cláusulas de igualdad pueden ser utilizadas en una estrategia de reclamo con fines emancipatorios y motorizada desde la Defensa Pública local. Ver CARDINAUX y otros (2013) y CLÉRICO (2012). Sin embargo, una sentencia posterior de la misma Corte Suprema demuestra lamentablemente que el camino de la exigibilidad no es fácil de transitar. Luego de dictada la sentencia en el caso "Quisberth Castro", la Corte Suprema de Justicia resolvió en "A.P., L.V. /c GOBIERNO

Algunas de las constituciones incluso identifican a esos grupos desaventajados como mujeres, niños y niñas, ancianos, personas con discapacidad, migrantes, pueblos originarios,<sup>31</sup> entre otros.<sup>32</sup> Varios autores<sup>33</sup> – con razón y con matices – sostienen la tesis que la reforma de 1994 introduce la desigualdad estructural en diversas partes cuando reconoce que algunos grupos desaventajados no se encuentran en igualdad real para el acceso o ejercicio de los derechos. Esto implica un cambio de mirada en cuanto al uso de los criterios que habilitan un examen estricto de igualdad – como fuera trabajado en el anterior apartado y en dos sentidos. Primero como examen de igualdad crítico: El artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional junto con el inciso 17 identifica – en forma no-taxativa - a esos grupos desaventajados. Como explica Saba, se trata entonces de someter a un análisis bien estricto a las normas y actos que pretenden justificar tratos diferentes para perpetuar la condición de exclusión de esos grupos.

Segundo, la desigualdad estructural no es natural, sino que surge como producto de una estructuración<sup>34</sup> social dada. Para que estos grupos desaventajados puedan ejercer sus derechos en condiciones de igualdad, se deben dictar medidas estatales de acción positiva para permitirles salir de la

---

DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Y OTROS /s AMPARO” el 11 /12/2012 la queja presentada por la actora contra varias sentencias del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad sobre derecho a la vivienda incluidas en el expediente. La Corte sostiene que “las cuestiones suscitadas en éstas actuaciones no guardan sustancial analogía con el precedente” Quisberth Castro del 24/4/2012. En “A.P.L.V.” se encuentran comprendidas más de 40 causas sobre acceso a la vivienda. Entonces queda como tarea pendiente revisar cada una de las cuestiones de esas causas para analizar críticamente el fallo reciente de la Corte para ver si guardan o no “sustancial analogía” con Quisberth Castro. Sin embargo, se le puede criticar al fallo de la Corte en “A.P.L.V.” que no haya fundamentado su sentencia en relación con las cuestiones de cada una de las 46 causas. Es claro que no basta con afirmar que no guardan sustancial relación con otra causa, la Corte *nos debe y les debe a los colectivos afectados la justificación de su sentencia*. Las consecuencias de esta ausencia justificatoria ha devenido en una aplicación discrecional del precedente Quisberth Castro en el orden local. A su vez, persiste la jurisprudencia restrictiva del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad en materia de derecho a la vivienda digna, v. “K.M.P. c. GCBA, 21/03/2014. [http://www.tsjbaires.gov.ar/images/stories/fallos/fallo%20vivienda%209205\\_0\\_129.pdf](http://www.tsjbaires.gov.ar/images/stories/fallos/fallo%20vivienda%209205_0_129.pdf)

<sup>31</sup> Ver, por ejemplo, del art. 75, incs. 23 y 17 de la Constitución argentina.

<sup>32</sup> Quien evalúa una acción u omisión estatal tiene que tener en cuenta que la afectada puede converger en más de uno de los grupos desaventajados del art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional. Por ello, es necesario reconstruir, comprender, la situación de la actora teniendo en cuenta el enfoque de la llamada “discriminación interseccional”. Así se interpreta que la discriminación que surge de una combinación de elementos ocasiona un tipo de discriminación diferente de cualquier otra basada en un solo factor. La pertinencia de la aplicación de este tipo de enfoque está dada por la atención que presta a los contextos históricos, sociales y políticos que generan estas discriminaciones, esto permitiría además encontrar soluciones adecuadas a las experiencias particulares de las personas discriminadas. Por ejemplo, mujeres mayores con discapacidad pertenecientes a pueblos originarios pueden sufrir la discriminación en forma diferente que mujeres y varones con discapacidad que viven en zonas urbanas y cerca de centros de atención y rehabilitación. Véase el enfoque de la “discriminación interseccional” aplicado para analizar el derecho a la vivienda de mujeres en: Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, (2006) pár. 47-54. Este tipo de discriminación se examina en el caso Yake Axa, en donde la desigualdad se agudiza respecto de los niños, ancianos y mujeres de la comunidad indígena. S. la discriminación interseccional, v. CRENSHAW (1999).

<sup>33</sup> Roberto Saba, Lucas Grossman, Magdalena Álvarez, entre otros.

<sup>34</sup> A los efectos de este trabajo nos ayuda tener como imagen de trasfondo respecto del concepto de estructura la propuesta de Iris M. Young quien sostiene: “... la injusticia estructural existe cuando los procesos sociales sitúan a grandes grupos de personas bajo la amenaza sistemática del abuso o de la privación de los medios necesarios para desarrollar y ejercitar sus capacidades, al mismo tiempo que estos procesos capacitan a otros para abusar o tener un amplio espectro de oportunidades para desarrollar y ejercitar capacidades a su alcance. ...”. (Young 2011: 69). Esto ha llevado a hablar del carácter relacional y contextual del concepto y, a su vez, ha conducido a la discusión de formas de responsabilidad colectiva (no sólo estatal) para dar respuestas transformadoras (y no sólo reformistas) a esas desigualdades.

situación de sometimiento o de exclusión. Este mandato implica un empezar a hacer positivo, con lo que la norma se viola si el legislador: i) sigue omitiendo, ii) retrocede arbitrariamente sobre lo hecho, o si iii) lo hecho por acción es insuficiente o defectuoso.

Así, esta exigencia de igualdad se presenta como una exigencia de no-dominación o no-sometimiento e implica una mirada crítica sobre la igualdad interpretada como mera igualdad formal o jurídico-material. Esta mirada crítica a su vez invita a volver la mirada sobre los *presupuestos de filosofía política* sobre los que se basa cada una de las *concepciones* de igualdad. Pensar estos presupuestos ayudan para repasar los lugares desde los que puede ser interpelada la constitución reformada de 1994 a partir de las cláusulas sobre igualdad.

#### III.4 Igualdad como redistribución y reconocimiento

Una interpretación meramente formal de la igualdad o incluso como igualdad jurídico-material tiene el defecto de esconder, tras el principio de igualdad ante la ley, una serie de desigualdades de orden material y simbólico que no se corresponden con los exigentes presupuestos normativos de la democracia, pero que a la vez tampoco pueden ser resueltos dentro del estrecho marco de los derechos individuales.

Esto es así en tanto en la idealizada autocomprensión de las sociedades burguesas, que sirvieron de matriz al constitucionalismo liberal, la igualdad es concebida como un presupuesto y no como una meta (ARENDETT 2006: 188 y ss.).<sup>35</sup> Esto tiene al menos dos consecuencias relevantes: en primer lugar se asume que determinado *status quo*, cortado a la medida del hombre de negocios occidental, constituye una suerte de orden natural que determina el alcance de la discusión en materia de igualdad.<sup>36</sup> En este sentido la igualdad es reconstruida en términos de no intervención estatal sobre una sociedad civil que es capaz de regularse autónomamente (HABERMAS 2004: 112 y ss.).<sup>37</sup> En segundo lugar se atribuye al derecho y a la jurisprudencia un papel de preservación y restitución de este "orden natural", restringiendo las discusiones políticas -aquellas que excedan la mera restauración del equilibrio natural entre oferta y demanda por un lado, y derechos individuales (en su formulación clásica) por el otro- a un debate parlamentario que en realidad se desarrolla bajo la supervisión de aquellos que, sin quebrar esta peculiar comprensión del principio de igualdad ante la ley, han logrado ubicarse por encima de sus pares. De este modo no sólo se cristalizan aquellas desigualdades invisibles a la matriz liberal-burguesa, sino que se aumenta la brecha entre unos y otros (FRASER 1997: 38).<sup>38</sup>

En este contexto se habla de la igualdad en los registros del orden y la distribución, y desde la perspectiva de quien observa, por encima y desde afuera: igualdad de trato que "se dispensa", igualdad de

<sup>35</sup> Arendt, H., *Sobre la revolución*, Madrid, Alianza, 2006, pp. 188 y ss.

<sup>36</sup> En este sentido es relevante señalar que lo que habitualmente denominamos "igualdad formal-legal" no es pura forma en términos absolutos, sino sólo para aquellos que no encajan en el molde de la subjetividad liberal-burguesa; en otros términos, que aquellos que sí caben en ésta no pueden sino verla como llena de contenido. Sin embargo, y en tanto es mayor el número de excluidos que el de incluidos en este estrecho molde, decidimos mantener el uso habitual del término.

<sup>37</sup> Habermas, J., *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, Gustavo Gilli, 2004, pp. 112 y ss.

<sup>38</sup> Fraser, N., *Iustitia Interrupta*, Bogotá, Siglo de Hombres Editores/Universidad de los Andes, 1997.

oportunidades que "se distribuyen", ubicando a iguales y desiguales en el rol de sujetos "pasibles" de un reacomodamiento. Esta perspectiva, que ya impregna las miradas académicas sobre la igualdad (ANDERSON 1999)<sup>39</sup>, se ve reforzada en general en el ámbito judicial, en el cual la igualdad aparece configurada como un problema que debe ser resuelto "desde afuera", por el tribunal. Por el contrario, en su desarrollo histórico, la igualdad como problema siempre ha aparecido como un reclamo frente a una jerarquización que es considerada como injusta: si bien la desigualdad es un cierto estado de cosas, la demanda igualitaria es un proceso que no puede ser reducido a una mera redistribución de recursos o derechos, que no dé cuenta del contexto y de los actores involucrados. Anderson distingue dos facetas intrínsecas a toda demanda igualitaria.

En un sentido "negativo" las demandas de igualdad apuntan a la eliminación de situaciones de opresión –a menos que se trate de una pena o de defensa ante un comportamiento violento. En un sentido positivo, las demandas de igualdad *aspiran* a un orden social en que las personas se encuentren en pie de igualdad democrática, esto es, que las decisiones comunes sean tomadas con la participación de todos (*inclusión*), de acuerdo al peso del mejor argumento (ANDERSON 1999).

Así, como apuntan HABERMAS (2009) y SOUSA SANTOS (2009), el ideal normativo de la Ilustración, reconstruido en términos de objetivo, nos permite:

- (a) plantear el problema de la igualdad en términos no ya de restauración sino de emancipación (de no-dominación o no-sometimiento),
- (b) pensar la democracia no tanto como un hecho sino como un proyecto en continua realización y para seguir realizando y
- (c) establecer con mayor claridad la mutua implicación de ambas.

Es en este sentido que tomarse la democracia en serio requiere integrar el principio de igualdad de modo tal que pueda dar efectiva cuenta del ideal de una sociedad de individuos libres e iguales. Es en orden a resolver las falencias del modelo liberal que se han ensayado diversas reconstrucciones del principio de igualdad, entre las que se destacan las nociones de *redistribución* y *de reconocimiento*.

La idea de *igualdad como redistribución* tiene sus orígenes teóricos en el intento de compatibilizar el ideal liberal de libertad individual con las demandas igualitaristas de la social democracia (ARANGO 2009 y 2012); y apunta a los déficits que en, términos de acceso a recursos materiales, fracturan a la sociedad en propietarios, asalariados y desposeídos. Desde esta perspectiva, la naturalización del estado de cosas vigentes y la obturación de los intereses de aquellos que no pertenecen a los grupos dominantes se traduce en legitimación de las desigualdades en términos de acceso a recursos materiales y aumento de la brecha entre ricos y pobres. De este modo se produce un círculo vicioso en el cual las desigualdades de propiedad no pueden ser alteradas por el principio de igualdad formal, reforzando las dificultades de acceso de trabajadores y desposeídos a las instancias de participación política, que son a su vez las únicas que podrían modificar esta estrecha comprensión de la igualdad. Lo que define a esta particular perspectiva de la justicia social es su creencia en que *la transformación de las relaciones de producción constituye el remedio*

<sup>39</sup> Anderson, E.: "What is the point of equality?" *Ethics*, v.109, i2, 1999, p.287. a 312.

*fundamental para la solución de las desigualdades.* En este sentido proponen la redistribución del ingreso o la riqueza, la redistribución de la división del trabajo y la reestructuración de la propiedad privada y de la empresa entre otros. A su vez, identifican en la clase desposeída de recursos al principal grupo afectado; y a la eliminación de las diferencias materiales como la solución a la desigualdad (FRASER 2006: 10-24), a lo que se suma el cuestionamiento, en sus versiones más radicales, de los criterios que se utilizan para definir el acceso a la producción.

Así, la Constitución argentina puede ser interpelada en clave de desigualdad estructural y en clave de redistribución por déficit en el acceso a bienes económicos y sociales.<sup>40</sup> El ejemplo del caso sobre el "Aula Container" <sup>41</sup> demuestra una estrategia de exigibilidad. El argumento de igualdad no es utilizado para atacar un "estado de cosas desigualitario" sino a la política pública desarrollada por el Estado para resolverlo. A lo largo del año 2002, y como medida provisoria para satisfacer el crecimiento de la demanda de espacio en instituciones educativas públicas, el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires comenzó a instalar "aulas" modulares (*containers*<sup>42</sup>) en escuelas cercanas a villas de emergencia. La política, sin embargo, se mantuvo con el correr de los años, y a fines del año 2005 el número de "aulas *container*" había ascendido a 15 y no existían planes concretos de su respectivo reemplazo (NINO y MAURINO 2009: 177).<sup>43</sup> A esto se suma que esta clase de instalaciones solo era utilizada – en general - en las inmediaciones de las denominadas "villas de emergencia", y no en el resto de la ciudad. Un reclamo interpuesto por una ONG consiguió que se ordenara a la administración el retiro de dichas aulas, confirmando la existencia de una situación de discriminación por condición socioeconómica. Lo relevante de esta sentencia es que el test de igualdad se aplica en conjunto con el de satisfacción del derecho a la educación. El accionar insuficiente del estado es injustificado aun cuando la Administración aduzca la realización de una medida de acción positiva en orden a paliar un déficit de derechos: "[...] la demandada parece aducir que el dictado de clases en las condiciones antes aludidas en escuelas cercanas a 'villas miseria' no constituye una discriminación en relación con quienes en ellas moran, sino, muy por el contrario, sería demostrativo de

<sup>40</sup> En una región atravesada por múltiples desigualdades, la inequitativa posesión de los recursos materiales es, probablemente, una de las más extendidas; y no obstante los avances que algunos indicadores arrojan en materia de distribución de los últimos diez años, el panorama regional en términos de pobreza y exclusión social es preocupante: uno de cada tres habitantes de América Latina y el Caribe se encuentra por debajo de la línea de pobreza, y uno de cada diez por debajo de la línea de indigencia. No obstante, aun cuando parece claro que nos enfrentamos a una cuestión de aplicación del principio de igualdad, la pobreza es habitualmente abordada en términos de incumplimiento de cada uno de los derechos económicos, sociales y culturales, lo que dificulta su abordaje como un problema integral. E. Nino afirma que "desde los institutos legales, la pobreza no está enfocada como una cuestión de discriminación sino como una mera realidad socioeconómica que hay que enfrentar con herramientas de ese mismo tipo. El derecho solo está presente --de manera intermitente y a partir de reclamos aislados-- cuando hay vulneraciones manifiestas de derechos básicos, como el acceso al agua o a la alimentación". NINO, E. (2011: 49), MAURINO (2007).

<sup>41</sup> Juzgado en lo contencioso, administrativo y tributario de la CABA n. 11, sentencia del 10 de julio del año 2006.

<sup>42</sup> Estos contenedores son espacios diseñados para transportar mercaderías o guardar materiales de construcción de obras. Los módulos se caracterizan por ser espacios rectangulares reducidos, están contruidos en chapa y revestidos en su interior por *corlock*, sus puertas se cierran con candados, tienen poca ventilación y aireación, y mínimo aislamiento térmico.

<sup>43</sup> Nino/Maurino, "Judicialización de las políticas públicas de contenido social. Un examen a partir de los casos tramitados en la Ciudad de Buenos Aires", en: Abramovich/Pautassi (Comp.). *La revisión judicial de las políticas sociales*. Estudio de casos. Buenos Aires, 2009, p. 177.



una intención de dictar clases especialmente para tal universo de personas, aún frente a la inexistencia en la actualidad de infraestructura a tales efectos. Pues bien: no dudo de que no existe por parte de la Ciudad un ánimo discriminatorio; pero la discriminación existe. Es que aun con la valorable finalidad expresada por la demandada, existen 'soluciones' que no pueden adoptarse por cuanto no resisten el control de razonabilidad planteado en los presentes actuados".<sup>44</sup> En verdad, si bien la sentencia habla de falta de razonabilidad, se está realizando un examen de suficiencia o adecuación de la acción estatal implementada. El fallo es de suma importancia, pues cuando la obligación estatal es de hacer, el fallo advierte que no alcanza con que se haga algo sino que ese accionar estatal positivo debe ser adecuado y suficiente. De esta manera, para determinar si el accionar del Estado es "adecuado", se requiere no solo que el Estado haya hecho algo, sino que ese hacer debe lograr alcanzar el fin perseguido, esto es, gozar del derecho a la educación en condiciones de igualdad (entendida como el principio de no sometimiento) y, al aplicarse un escrutinio bien intensivo, esa adecuación medio-fin debe ser muy fuerte.

La pobreza y en particular la pobreza extrema, en función del cambio de "enmarcamiento" impulsado por las movilizaciones sociales, comienzan a ser consideradas por la jurisprudencia – con marchas y contramarchas- como un obstáculo para el ejercicio pleno de la autonomía de los individuos, y además de constituir una vulneración de los estándares en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales. De esta manera, se la entiende de modo integral, como un quiebre del principio de igualdad. Estos avances denotan un progreso en la fórmula predominante de igualdad, que es cada vez más comprensiva, que exige del Estado medidas de acción positiva ante situaciones de desigualdad fáctica.

Por su parte, la idea de *igualdad como reconocimiento* proviene de la filosofía continental, con más precisión de la fenomenología de la conciencia, y busca resolver el problema de la formación de la subjetividad apuntando a los déficits que, en términos de acceso a los recursos simbólicos, fracturan a la sociedad en subjetividades dominantes y dominadas. Desde esta perspectiva, la naturalización del estado de cosas vigentes y la obturación de los intereses de aquellos que no pertenecen a los grupos dominantes se traduce en la legitimación de las desigualdades de status dentro de la sociedad y el aumento de la brecha entre unos y otros. De este modo también se produce un círculo vicioso en el cual las desigualdades de reconocimiento no pueden ser alteradas por el principio de igualdad formal, ni tampoco por el de igualdad material, reforzando las dificultades de acceso de todos aquellos que no encajan en el molde del hombre blanco occidental a las instancias de participación política, que, de nuevo, son a su vez las únicas que permitirían modificar esta estrecha comprensión de la justicia. Lo que define a esta perspectiva es su creencia en que es *la transformación de los patrones de representación cultural lo que permitiría resolver las injusticias sociales*. En este sentido proponen la revaluación de subjetividades no respetadas y de sus producciones culturales, el reconocimiento y valoración de la diversidad cultural, entre otros. A su vez, ven en aquellos grupos de status con menor respeto, estima y prestigio, respecto al resto de la sociedad, el objeto de la afectación, y buscan la solución del problema de la igualdad a través de la revaluación de las valoraciones

---

<sup>44</sup> Párr. XXII.

de status y, en sus versiones más radicales, la puesta en cuestión de los criterios en los que se asientan estas evaluaciones.<sup>45</sup>

El reconocimiento —y gradual erradicación— de la discriminación por orientación sexual se ha visto determinado en América Latina y el Caribe por el contexto de instauración y consolidación de los estados de derecho y del lenguaje de los derechos humanos, que han favorecido la agenda regional en materia de sexualidad y reconocimiento de la diversidad. Por ejemplo, la Constitución del Ecuador es la segunda en el mundo en reconocer explícitamente la orientación sexual como una forma de discriminación, desde 1996 la Ciudad de Buenos Aires reconoce el “derecho a ser diferente” y la no-discriminación por género ni orientación sexual.<sup>46</sup> Estos avances normativos, no obstante, requieren ser analizados a la luz de las prácticas discriminatorias, aún presentes en una región marcada por una fuerte heteronormatividad, productora de un “desenmarcamiento”.<sup>48</sup> En este contexto, la aplicación jurisprudencial del principio de igualdad a los casos de discriminación por orientación sexual presenta ciertos avances importantes en la región que acompañan —y por momentos impulsan— el gradual reconocimiento legislativo y que se ven impulsados por el cambio de marco consecuencia del activismo del colectivo LGBTTI. En este sentido, el reconocimiento y el respeto de la diversidad sexual constituyen un aporte central a la discusión respecto de la interpretación del principio de igualdad, en tanto permite hacer explícita la diferencia entre igualdad y asimilación, tal como sucede en el fallo “Alitt” resuelto por la Corte Suprema argentina.<sup>49</sup> En “Alitt”, la cuestión debatida se refería a la denegación arbitraria de la personería jurídica de una asociación para la defensa de los derechos de los travestís y transexuales a la luz del derecho a la asociación de los arts. 14 y 19 de la CN. La cuestión presenta similitudes *prima facie* con el caso del derecho a casarse de las personas del mismo sexo, porque en ambos casos se trata del ejercicio de un derecho civil que expresa la voluntad de unión para el desarrollo de un proyecto común y no se les permite ejercerlo por la orientación sexual de los participantes. La Corte advierte en Alitt que si no se otorga trascendencia alguna a una condición de base para una sociedad democrática como es la coexistencia social pacífica, cuya preservación asegura el amparo de las valoraciones, creencias y estándares éticos compartidos por conjuntos de personas, aun minoritarios, cuya protección interesa a la comunidad para su convivencia armónica. La renuncia a dicha función [...] traería aparejado el gravísimo riesgo de que solo aquellas valoraciones y creencias de las que participa la concepción media o la mayoría de la sociedad encontraría resguardo, y al mismo tiempo, determinaría el desconocimiento de otros no menos legítimos

<sup>45</sup> Fraser, N., "Justicia social en la era política de la identidad", en Fraser, N. y Honneth, A. *¿Redistribución o reconocimiento?: Un debate político-filosófico*, Madrid, Morata, 2006, pp. 16-24.

<sup>46</sup> Pecheny, M. y de la Dehesa, R. "Sexualidades y políticas en América Latina: el matrimonio igualitario en contexto". En Aldao/Clérfor, *Matrimonio igualitario. perspectivas sociales, políticas y jurídicas*. Buenos Aires, 2010, p. 35.

<sup>47</sup> En 2008, Nicaragua y Panamá despenalizan las relaciones homosexuales y, en 2009, Bolivia fue el primer país de la región en otorgar rango constitucional explícito a la prohibición de esta clase de discriminaciones. En este mismo sentido, la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México aprobó el reconocimiento de las alianzas entre personas del mismo sexo bajo la figura del matrimonio y finalmente en julio del 2010 la Argentina lo hizo a nivel nacional, entre otros. Aldao/Clérfor, *Matrimonio igualitario. perspectivas sociales, políticas y jurídicas*. Buenos Aires, 2010.

<sup>48</sup> En Argentina el caso CHA, en Colombia las sentencias T-098/96 y SU-623/01 y en Chile el caso Atala entre otros.

<sup>49</sup> Corte Suprema de Justicia argentina, Asociación lucha por la identidad travesti-transexual c. Inspección General de Justicia, sentencia del 21/11/2006.

intereses sostenidos por los restantes miembros de la comunidad, circunstancia ésta que sin lugar a dudas constituiría una seria amenaza al sistema democrático que la Nación ha adoptado (arts. 1 y 33 CN).<sup>50</sup>

En lo que respecta a la orientación sexual como categoría discriminatoria, se ha discutido si la misma exige aplicar un examen leve, intermedio o estricto de igualdad. En el caso de un examen de escrutinio estricto, la orientación sexual sería considerada una "categoría sospechosa" con las implicancias que este trae aparejado (principalmente presunción de inconstitucionalidad). Al igual que lo que sucede con la categoría "edad", esta distinción no ha sido incorporada expresamente en todos los instrumentos internacionales. Sin embargo, la Convención Americana de Derechos Humanos se refiere en su artículo 1 a que queda prohibida toda distinción fundada en "cualquier condición social". Muchos interpretan así, que por esto la orientación sexual no puede ser utilizada para perjudicar los derechos de las personas con una orientación sexual que no responde a la dominante. Así lo sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Karen Atala e hijas sobre violación a la obligación de no-discriminar en que incurrió un tribunal chileno cuando revocó la tenencia de tres niñas en cabeza de una mujer por tener luego de su divorcio una pareja de su mismo sexo.<sup>51</sup> El colectivo LGBTTI utilizó como parte de una estrategia de reclamo igualitario la vía judicial para fortalecer su plan de lucha.<sup>52</sup> Esta jurisprudencia demuestra la aplicación de un examen estricto de igualdad cuando se utiliza la orientación sexual en desmedro del colectivo excluido y desarrolla argumentos referidos a la igualdad como reconocimiento: el 22 de abril de 2009, José María Di Bello y Alex Freyre solicitaron turno para contraer matrimonio ante el Registro Nacional del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ante la negativa de la Administración, presentan una acción de amparo, resuelto favorablemente por el Juzgado de 1.ª Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario n. 15, el día 10 de noviembre del mismo año. No obstante, la Administración decidió no realizar la ceremonia en función de una anulación declarada por un Juzgado Nacional de Familia. Finalmente, Freyre y Di Bello contrajeron matrimonio el día 28 de diciembre de 2009 ante el Registro Civil de la ciudad de Ushuaia, provincia de Tierra del Fuego gracias al Decreto n. 2.996/09 emitido por la entonces gobernadora Fabiana Ríos. En Freyre se analiza si la prohibición legal que impide contraer matrimonio a dos personas del mismo sexo entre sí resulta discriminatoria. Con ese objeto, la jueza descarta en primer lugar la interpretación de la igualdad formal: que la igualdad que garantiza el artículo 16 de la Constitución, tal como lo interpreta el representante del GCBA, no importa otra cosa que la prohibición de que se establezcan exenciones o privilegios que excluyan a uno de lo que se concede a otro en iguales circunstancias. Su formulación resumida suele expresarse en el adagio: "igualdad entre iguales". Así entendido, este derecho estaría emancipado del principio de no-discriminación, al dejar que el Estado determine la noción de igualdad que será fuente de

<sup>50</sup> Clérico, L. "El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía". En Aldao/Clérico, *Matrimonio igualitario*: perspectivas sociales, políticas y jurídicas, Buenos Aires, 2010, p. 166 y 167.

<sup>51</sup> Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C-239. V. sobre esta sentencia los trabajos publicados en: Bogdandy/Piovesan/Morales, *Igualdad y Orientación Sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su Potencial*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2012.

<sup>52</sup> Hiller R., "Matrimonio igualitario y espacio público en Argentina", en Clérico/Aldao, *Matrimonio Igualitario*, EUDEBA, Buenos Aires, 2010.

derechos. Es decir, bajo el amparo de aquel principio se puede justificar la discriminación por origen racial, nacionalidad, por orientación o identidad sexual. Más aún, históricamente, el concepto de "iguales pero separados" ha servido como una forma de camuflar el repudio hacia grupos excluidos.<sup>53</sup> Por otro lado, una interpretación plena del principio de igualdad supone previamente el derecho a ser quien se es, y la garantía de que el Estado solo intervendrá para proteger esa existencia y para contradecir cualquier fuerza que intente cercenarla o regularla severamente. De este modo, se identifica la orientación sexual como categoría sospechosa: "[...] entonces, la Constitución local *reconoce y garantiza el derecho a ser diferente*, no admitiendo discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o por pretexto de *orientación sexual* (art. 11). Así, a fin de facilitar la impugnación de distinciones ilegítimas realizadas por el legislador, el constituyente de la Ciudad ha establecido una lista de clasificaciones sospechosas de ocultar motivos de distinción incompatibles con el principio de no-discriminación".<sup>54</sup> Por ello, "la distinción debe ser sometida a un escrutinio estricto, evaluación que implica una inversión en la carga de la prueba, de modo tal que es la parte que defiende la constitucionalidad de la norma la En este sentido, "la exclusión de los beneficios y responsabilidades del matrimonio [...] representa una forma radical de afirmar que la pareja de los actores no merece el pleno reconocimiento estatal... El principio de igualdad consiste, entonces, en el derecho a ser reconocidos como iguales y tratados dignamente. Es por eso que la opción contemplada en la ley 1.004 [unión civil] no basta, en el caso, para satisfacer el principio de igualdad".<sup>55</sup> Esta sentencia tiene particular relevancia porque nos habla de una interpretación del principio de igualdad en términos de reconocimiento, en una línea que ya había sido abierta por el fallo Alitt de la Corte Suprema argentina.<sup>56</sup>

En este sentido, la unión civil para las parejas de igual sexo, seguiría implicando discriminación porque no implica iguales derechos materiales ni reconocimiento en comparación con las que están habilitadas para el matrimonio.<sup>57</sup> A su vez, la solución de iguales derechos para todas las parejas pero con nombre diferente a la institución matrimonial para parejas de igual sexo sigue siendo expresión de instrumento de discriminación por la sola orientación sexual. La historia de la lucha por el reconocimiento de los grupos discriminados advierte que el nombre no es neutral. Cuando se discutía la inclusión de las

<sup>53</sup> Freyre Alejandro c. GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA), Juzgado 1ra Inst. En lo Contencioso Adm. y Trib. n. 15 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, noviembre de 2009, párrafo VII. En adelante, caso Freyre.

<sup>54</sup> Caso Freyre, párrafo IX.

<sup>55</sup> Caso Freyre, párrafo XIX.

<sup>56</sup> Si bien llegaron a la Corte Suprema de Justicia argentina casos donde se solicitaba la inconstitucionalidad de los arts. del Código Civil que impedían el matrimonio igualitario, los mismos no fueron resueltos antes de la sanción de la Ley n. 26.618.

<sup>57</sup> En ese caso es criticable la posición mayoritaria en el fallo reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Hämäläinen c. Finlandia* del 16/7/2014, que en los hechos equipara a la unión civil con el matrimonio para personas del mismo sexo, habilitando sólo la posibilidad de contraer matrimonio a las parejas de distinto sexo – y basándose en el llamado margen de apreciación de los Estados. Esa sentencia no capta el carácter multidimensional de la igualdad, no recalca en los problemas de igualdad por falta de reconocimiento. En el caso un matrimonio que originalmente era de dos personas de distinto sexo atacan la convencionalidad de la decisión del Estado de Finlandia de convertir esa unión en una unión civil porque un integrante de la pareja cambió su identidad sexual, el Estado no reconoce civilmente el matrimonio entre personas del mismo sexo.

mujeres para el ejercicio del derecho al voto, algunos alegaban que se debía hacer pero con otro nombre, lo cual implicaba persistir en la desigualdad simbólica.<sup>58</sup>

De ambas sentencias surge con claridad la necesidad de conectar los principios de igualdad y de autonomía: "En tren de analizar las razones no-discriminatorias que puede tener el legislador cuando reglamenta el matrimonio, se podría pensar en clave de finalidad asociativa, es decir: otorgar protección jurídica a la unión voluntaria de dos personas mientras dure la relación". Entonces, para promover la finalidad asociativa, se deberían modificar las normas del derecho civil para incluir el reconocimiento del matrimonio igualitario. ¿Por qué excluirlo? El único "pretexto" que les queda a quienes están en contra del matrimonio igualitario es la "orientación sexual" y esto implica dominación de quienes tienen una orientación dominante por sobre los otros. De esta manera, se está privilegiando una interpretación de matrimonio desde un patrón cultural en parte dominante, pero no único y que responde a un posible modelo de decisión autónoma. *El problema es la falta de reconocimiento de la diversidad.*<sup>59</sup> Así, la exclusión viola el principio de autonomía y diferencia. La voluntad de contraer matrimonio solo podría darse entre un varón y una mujer. Esta interpretación se basa sobre una concepción del bien común que apelaría a la 'moral' como 'moral de la mayoría'. Sin embargo, esta interpretación no pasaría, según entiendo, el test de constitucionalidad estricto que exigiría cualquier constitución que reconozca como principio estructurante el de autonomía. *Se trataría del derecho fundamental de vivir libremente la condición de 'pareja'*, obteniendo —en los tiempos, formas y límites establecidos por la ley— el reconocimiento jurídico con los derechos conexos y deberes. ¿Qué implica la autonomía? La posibilidad de determinar el propio plan de vida de acuerdo con las creencias, cosmovisiones de cada persona, y conforme con sus propios estándares morales, esto incluye la decisión de vivir o no en pareja. Por todo ello, sostuvimos (y seguimos sosteniendo) que la exclusión a las parejas del mismo sexo de la posibilidad que se otorga a las de distinto sexo viola el principio de igualdad constitucional y justifica una obligación de hacer suficiente del legislador (desarrollo legislativo y, en su defecto, de activismo judicial) en ordenamientos jurídicos que reconocen como principios estructurantes el de igualdad y el de autonomía.<sup>60</sup>

Hemos propuesto explorar los procesos que producen desigualdad en clave de falta o mala distribución y reconocimiento. Si bien ejemplificamos el tipo de reclamo a continuación del eje redistribución, por un lado, y reconocimiento, por el otro; como muestra Nancy Fraser, resulta cuanto menos difícil, sino contraproducente, disociar las desigualdades materiales de las desigualdades simbólicas, puesto que éstas se potencian mutuamente y deben ser comprendidas como multidimensionales. Así la clase explotada pierde reconocimiento, y las subjetividades despreciadas ven obstaculizado su acceso a los recursos. Esto resulta particularmente evidente en el caso Alitt, anteriormente comentado. Las personas trans ven fuertemente limitadas sus posibilidades de acceso al mundo laboral y el promedio de vida no

<sup>58</sup> Aldao/Clérfor, *Matrimonio igualitario*: perspectivas sociales, políticas y jurídicas. Buenos Aires, 2010, p. 163.

<sup>59</sup> El resaltado es propio.

<sup>60</sup> Aldao/Clérfor, *Matrimonio igualitario*: perspectivas sociales, políticas y jurídicas. Buenos Aires, 2010, p. 166 y ss.

excede los cuarenta años por falta de acceso igualitario a los derechos.<sup>61</sup> En este sentido el reconocimiento de la personería jurídica de Alitt implicaba asimismo una suerte de acción positiva para mejorar sus posibilidades de participación para exigir una mejor calidad de vida, acceso al derecho al trabajo, la educación, la salud, entre otros. La combinación de la perspectiva de redistribución y reconocimiento es necesaria también para la comprensión de la multidimensionalidad de los reclamos de igualdad de las comunidades indígenas en la región como lo demuestra la línea jurisprudencial de la Corte IDH en los casos Sawoxamaya, Yakye Axa, Xakmok Kasek, entre otros.

#### IV. Conclusiones

Este trabajo comenzó con un análisis del marco desde el cual es pensada la constitución en el momento de la reforma, en tanto entendemos que la labor de interpretación constitucional siempre es dependiente del contexto en el cual se despliega esa argumentación. De otro modo sería cuanto menos difícil explicar cómo la misma constitución ha estado vigente desde mediados de la década del '90 hasta nuestros días. Por otro lado este análisis del marco nos permite ver que la principal variable que se ha visto modificada a lo largo de los 20 años de vigencia de la constitución reformada ha sido la participación ciudadana, que realiza un movimiento pendular desde la pasividad de los 90 -inducida por la exclusión estructural- hasta la resistencia generalizada en 2001 ante las políticas de ajuste y el estado de sitio, para luego asentarse en una vigilancia del aparato estatal en la cual la vía judicial ha jugado un papel preponderante.<sup>62</sup>

El uso del examen de igualdad para efectivizar los mandatos de la constitución reformada nos condujo primero a re-visitarse las fórmulas de igualdad (formal, material como principio antidiscriminatorio en sus tres formas de escrutinio que arranca con uno leve pasa por uno intermedio para culminar en uno de tipo estricto), para ampliarlas luego a la igualdad como no-dominación e integrarla con la mirada multidimensional de la redistribución-reconocimiento. Todo esto sirve para re-interpretar el desafío de la igualdad en el contexto del derecho constitucional reformado.

Sostenemos que la igualdad como concepto clave del derecho constitucional latinoamericano no puede ser ciega a *la fórmula de la igualdad, las concepciones*<sup>63</sup> y *alcance de la exigencia igualdad aplicada*.<sup>64</sup> Nuestra propuesta dice: igualdad como redistribución/reconocimiento para lograr paridad participativa en un contexto re-enmarcado por las demandas de la población en un planeta donde las estructuras de

<sup>61</sup> Laura Saldivia Menajovsky, 2014, El Derecho a la Identidad de Género en Argentina: Su contexto, originalidad y necesidad de su difusión global, p. 15, en: SELA (Seminario de Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política), Yale Law School, Lima (Perú), [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/SELA14\\_Saldivia\\_CV\\_SP.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/SELA14_Saldivia_CV_SP.pdf);

<sup>62</sup> Para un análisis de este fenómeno ver Delamata, G. "Movimientos sociales, activismo constitucional y narrativa democrática en la Argentina contemporánea", en *Sociologías*, año 15, n°32, pp. 148-180.

<sup>63</sup> V. sobre diversas concepciones de la igualdad en aplicación de los desarrollos de Walzer para el análisis crítico de sentencias, Meccia, E., "Los peregrinos a la ley. Una tipología sobre discursos de expertos, jueces y legisladores en torno a las demandas LGTB y al matrimonio igualitario", en Aldao/Clérfor (coords.) *Matrimonio igualitario. Perspectivas sociológicas, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, EUDEBA, 2010..

producción de desigualdades están en buena parte cada vez más transnacionalizadas en el contexto de un mundo cada vez más interdependiente.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> El uso de diversas fórmulas de igualdad se puede seguir en el debate que se generó los días 14 y 15 de julio de 2010 en la Cámara de Senadores de la Nación Argentina en ocasión de la aprobación de la inclusión del matrimonio igualitario, que luego fuera promulgada como Ley 26.618, 2010 v. versión taquigráfica en: [www.senado.gov.ar](http://www.senado.gov.ar)

<sup>65</sup> Fraser, N., *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World*. Cambridge - Malden: Polity, 2008. Fraser, N., "La justicia como redistribución, reconocimiento y representación": se pregunta sobre el "marco para pensar cómo las luchas sobre la justicia están organizadas, pero quizá sea mejor decir, [agrega Fraser] desorganizadas en un período en el que no contamos con una gramática de la justicia que pueda reconocerse como hegemónica o, en otras palabras, estamos en un tipo de situación de discurso anormal. Actualmente el incremento de la anormalidad en los discursos en torno a la justicia conduce al incremento de la incertidumbre en la política de las luchas sociales por la justicia y contra la injusticia. Quizá podamos vincular esta idea con aquella de la crisis de la formación social del neoliberalismo y este período de transición e incertidumbre. Vivimos un momento en el que el neoliberalismo está perdiendo su hegemonía no únicamente en el sentido del colapso financiero, sino porque afortunadamente es ampliamente criticado desde distintas posiciones sociales. También tenemos la incertidumbre de los marcos: ¿las luchas por la justicia deben organizarse sobre una base nacional?, ¿sobre una base global?, ¿transnacional?, ¿o las tres a la vez?, y ¿cómo? Todas éstas son formas de incertidumbre y anormalidad en las que la gente no se pone de acuerdo. Pero aun dada esta situación de falta de acuerdo, a pesar de la incertidumbre y la anormalidad, la lucha contra la injusticia continuará y debe continuar, no podemos detenernos y esperar una nueva gramática para resolver estos problemas. Mi idea es que tenemos que ser capaces de hacer las dos cosas a la vez; tendríamos que ser capaces de mantener la lucha contra la injusticia en el sentido concreto en que nos ocupamos de estas nuevas condiciones de incertidumbre." , en: <http://w2.bcn.cat/bcnmetropolis/arxiu/es/pageb69f.html?id=21&ui=181>

**BIBLIOGRAFÍA GENERAL:**

- Aldao/Clérico, *Matrimonio igualitario: perspectivas sociales, políticas y jurídicas*. Buenos Aires, 2010
- Álvarez, M., El principio de igualdad en la Constitución y en la práctica constitucional, en: Rosetti/Álvarez (coords.), *Derecho a la Igualdad*, Advocatus, Córdoba, 2010, pp. 35-62.
- Anderson, E.: "What is the point of equality?" *Ethics*, v.109, i2, 1999, p.287. a 312.
- Arendt, H., *Sobre la revolución*, Madrid, Alianza, 2006.
- Arango, R., "Constitucionalismo social latinoamericano", 2009, disponible en: [biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/6.pdf](http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/6.pdf)
- Arango, R. *Democracia social. Un proyecto pendiente*, México, Fontamara, 2012.
- Beloff, M.; Clérico, L.; "Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana", en: SELA (Seminario de Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política), Yale Law School, Lima (Perú), 21.06.2014, <http://www.law.yale.edu/intellectuallife/SELA.htm>
- Bidart Campos, G. *El orden socioeconómico en la Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 1999.
- Bogdandy/Piovesan/Morales, *Igualdad y Orientación Sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su Potencial*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2012.
- Cardinaux, N.; Vita, L.; Aldao, M., Clérico, L.; "Condiciones de posibilidad para la exigibilidad judicial del derecho a la vivienda en el ámbito local", *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2013.
- Clérico, L. "El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía". En Aldao/Clérico, *Matrimonio igualitario: perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, 2010.
- Clérico, L., Sobre la insuficiencia desde el prisma de la igualdad real: pistas para evaluar una violación del derecho a la vivienda, *Jurisprudencia Argentina*, 2012 III, pp. 25-34.
- Contiades, Xenophon; Alkmene, Fotiadou (2013): How Constitutions Reacted to the Financial Crisis, in: Contiades, Xenophon (Hrsg.): *Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis*. Farnham, cap. Introductorio y pp. 9 – 57.
- Crenshaw, K. "Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color", en: *Stanford Law Review*, Núm. 43, 1999, pp. 1241-1299.
- Delamata, G. "Movimientos sociales, activismo constitucional y narrativa democrática en la Argentina contemporánea", en *Sociologías* vol.15 no.32 Porto Alegre Jan./Apr. 2013.
- Fraser, N., *Iustitia Interrupta*, Bogotá, Siglo de Hombres Editores/Universidad de los Andes, 1997.
- Fraser, N. "Justicia social en la era política de la identidad", en Fraser, N. y Honneth, A. *¿Redistribución o reconocimiento?: Un debate político-filosófico*, Madrid, Morata, 2006,



- Fraser, N. *Escalas de Justicia*, Herder, Madrid, 2008.
- García Villegas, *Constitucionalismo aspiracional*, en García Jaramillo, Leonardo (Coord.) Colombia: Desafíos y posibilidades de una nación en construcción [Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades](#), 2013 no. 29 p. 77-97.
- Gargarella Roberto "Cómo no debería pensarse el derecho a la igualdad. Un análisis de las opiniones disidentes en el fallo 'Reyes Aguilera'", en JA 2007-IV-731.
- Habermas, J., *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, Gustavo Gilli, 2004
- Habermas, J., *Facticidad y Validez*, Barcelona, Trotta, 2009.
- Hiller R., "Matrimonio igualitario y espacio público en Argentina", en Clérico/Aldao, *Matrimonio Igualitario*, EUDEBA, Buenos Aires, 2010.
- Lasalle, F., *Qué es una Constitución*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1964.
- Maurino, Gustavo (2007): "Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes", en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (comp.) *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario* (Buenos Aires, LexisNexis), pp. 313-343.
- Nino/Maurino, "Judicialización de las políticas públicas de contenido social. Un examen a partir de los casos tramitados en la Ciudad de Buenos Aires", en: Abramovich/Pautassi (Comp.). *La revisión judicial de las políticas sociales*. Estudio de casos. Buenos Aires, 2009.
- Nino, E. "La discriminación menos comentada", en Roberto Gargarella, *La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*. Buenos Aires, 2011 Pucciarello, M., "El derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2012.
- Pecheny, M. y de la Dehesa, R. "Sexualidades y políticas en América Latina: el matrimonio igualitario en contexto". En Aldao/Clérico, *Matrimonio igualitario: perspectivas sociales, políticas y jurídicas*. Buenos Aires, 2010.
- Ronconi Liliana M., "El principio de igualdad educativa en la jurisprudencia de los tribunales la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", *Revista Derecho y Ciencias Sociales*. Abril 2013. N°8, pp.37-56. en: [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/27148/Documento\\_completo.pdf?sequence=1](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/27148/Documento_completo.pdf?sequence=1)
- Saldivia, L., "La igualdad robusta de las personas de géneros diversos", en Von Opiela, Carolina (coord.), *Derecho a la identidad de género: Ley N° 26.743*, Buenos Aires: La Ley, 2012.
- Treacy, G., "Igualdad y Nacionalidad", en: Rivera/Legarre/Grossman/Elías, *Tratado de Derechos Constitucionales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Tomo I, 2014.
- Villalpando, W. *La discriminación en la Argentina: diagnóstico y propuestas*. Buenos Aires, 2006.
- Vita, L. "Modelos de Estado y derecho a la salud en Argentina", en Clérico, Aldao, Ronconi *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, T. I.

Young, Iris, *Responsabilidad por la justicia*, Madrid, Morata, 2011.