

## CATEGORÍAS SOSPECHOSAS Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

GUILLERMO F. TREACY\*

**Resumen:** El trabajo se refiere a los criterios utilizados por la CSJN en los casos en los que se interpreta el derecho de igualdad, mostrando las reglas que subyacen en la jurisprudencia de nuestro alto tribunal. Para ello, el autor aborda los distintos tipos de análisis de constitucionalidad que se han aplicado y sus diversos grados de intensidad. Afirma que la consagración constitucional del derecho de igualdad y la incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos permiten sostener criterios de análisis más exigentes en los casos en que existe una transgresión a este derecho. El autor examina las denominadas categorías sospechosas y, en particular, se refiere a los casos judiciales relativos al tratamiento desigual de los extranjeros frente a los nacionales, con el fin de demostrar cómo el escrutinio estricto constituye un método de análisis que garantiza la efectiva realización del derecho de igualdad.

**Palabras clave:** Derecho de igualdad – Análisis de constitucionalidad – Principio de razonabilidad – Escrutinio estricto – Categorías sospechosas

**Abstract:** This work refers to the criteria applied by the Argentine Supreme Court of Justice in cases in which the right to equality is at stake and shows the rules underlying the current case law. To that effect, the author considers the different methods of constitutional analysis that have been used, each of which has a different degree of intensity. According to the author, the constitutional position of the right to equality and the incorporation of Human Rights treaties allow courts to apply a more intense level of scrutiny when there is an allegation that this right has been violated. He also refers to the so called suspect categories and focuses on the case law dealing with situations of unequal treatment towards aliens, in order to show how the strict scrutiny method of analysis can ensure the effective enforcement of this right.

**Key words:** Right to equality – Judicial review – Rational basis test – Strict scrutiny test – Suspect categories

\* **Profesor Adjunto regular de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho-UBA). Master of Laws (Harvard Law School). Abogado Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (Facultad de Derecho-UBA).**

## I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es reconstruir algunas reglas utilizadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en casos en los que aparece en juego el derecho constitucional de igualdad y examinar sus modalidades de aplicación.

En buena medida, puede sostenerse que la igualdad ocupa un papel transversal en relación con otros derechos, de modo que los casos que examinaremos a menudo no presentan la igualdad en estado “puro”, sino vinculada con otros derechos. En cierto modo la Ley Antidiscriminatoria N° 23.592 recoge esta idea, al referirse en su artículo 1° al “pleno ejercicio *sobre bases igualitarias* de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución”, para luego referirse a ciertos motivos especialmente prohibidos de discriminación. Es decir, los casos jurisprudenciales a menudo presentan al derecho de igualdad junto a otros derechos, cuyo ejercicio se ve amenazado o lesionado por conductas del Estado o de particulares.

La Constitución Nacional ha consagrado este derecho bajo diferentes manifestaciones (igualdad ante la ley, prohibición de fueros personales, igualdad entre nacionales y extranjeros, etc.). Tal consagración se ha visto enriquecida con la incorporación de instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 75 inc. 22 CN), que, con diversas formulaciones, permiten sostener criterios más exigentes de análisis en casos en que se alega una violación de este derecho.

En lo que sigue, examinaremos la formulación del derecho en el plano constitucional y el abordaje que se ha hecho de él por parte de los tribunales, mostrando los distintos tipos de análisis que ha empleado la Corte Suprema de Justicia de la Nación para decidir cuándo se verifica una transgresión del derecho de igualdad constitucional. Al respecto se observa que, partir de una situación de trato desigual concreto (la de los extranjeros, frente a los nacionales), la Corte ha elaborado —o, tal vez, adaptado—<sup>1</sup> un método de análisis más estricto (o intenso) que permite una protección más eficaz de los grupos vulnerables dentro de la sociedad.<sup>2</sup> Sobre esa base intentaremos reconstruir tales métodos de análisis y examinar algunas de sus

1. En rigor, la jurisprudencia de la Corte Suprema de EE.UU. reconoce un tipo de análisis que denomina “escrutinio estricto”, elaborado a partir de la interpretación de la Enmienda XIV de la Constitución de aquel país, que consagra la “igual protección de las leyes”. El análisis aplicado por la Corte argentina presenta similitudes con este último. Sin embargo, en el caso “Hoof” se menciona como antecedente a la jurisprudencia europea relativa a la interpretación del artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, suscripto bajo los auspicios del Consejo de Europa.

2. En rigor, los problemas derivados de la discriminación exceden de un abordaje exclusivamente jurídico; a menudo están involucrados prejuicios y estereotipos difíciles de erradicar. Sin embargo, el Derecho puede, aun con limitaciones, aportar mecanismos para avanzar en la construcción de una sociedad igualitaria.

implicancias y problemas, a la luz de los desafíos que presenta la efectiva realización del derecho de igualdad.

## II. EL DERECHO DE IGUALDAD EN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD FEDERAL

El artículo 16 de la Constitución Nacional consagra un principio general: “todos son iguales ante la ley”. Teniendo en cuenta la doctrina de la Corte Suprema, el principio puede formularse del siguiente modo: la ley debe ser para los iguales en igualdad de circunstancias.<sup>3</sup> La cuestión, así planteada, obliga a ciertas disquisiciones en torno a los alcances de este derecho: ¿quiénes son “iguales”? ¿cuándo se verifica una “igualdad de circunstancias”?<sup>4</sup> La elaboración de un estándar de análisis de constitucionalidad claro es importante, ya que siempre es posible encontrar una diferencia fáctica entre personas o entre situaciones. De este modo, si se aceptara cualquier justificación –sin tomar en cuenta la relevancia de la distinción–, podría vaciarse de contenido el derecho de igualdad. Ello conduce el problema a establecer cuándo una distinción es relevante.

Antes de ingresar a los diferentes estándares de análisis de constitucionalidad en esta materia, conviene referirse a las normas, tanto de fuente interna como internacional, que se refieren al derecho de igualdad.

Además del mencionado artículo 16 de la Ley Fundamental, el derecho internacional de los derechos humanos ha profundizado los alcances del principio de igualdad y no discriminación. Tales desarrollos son insoslayables en nuestro derecho interno, atento a la jerarquía constitucional que poseen los principales instrumentos de derechos humanos (art. 75 inc. 22 segundo párrafo CN). En tal sentido merecen mencionarse la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. II), la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2° y 7°); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1 y 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2° y 3°) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1 y 24). Además, tienen pertinencia para este tema una serie de instrumentos que abordan la problemática en campos específicos, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 2°, 3°, 5° a 16) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2°). Otros instrumentos internacionales, de jerarquía suprallegal en virtud del artí-

3. GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Tomo I, Buenos Aires, La Ley, pág. 232.

4. Ver BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1993, pp. 53-56, donde aborda algunos problemas conceptuales en la caracterización general de la igualdad.

culo 75 inciso 22 primer párrafo CN, también consagran este principio en ámbitos específicos, tales como la Convención relativa a la Lucha contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza (adoptada bajo los auspicios de la UNESCO, 1960), el Protocolo en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador; art. 3°), la Convención Internacional sobre la Represión y Castigo del Crimen de Apartheid (1973), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará, art. 6°.a) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Sobre la base de este conjunto normativo, puede postularse el paso desde un concepto formal de igualdad a un concepto material, entendida como la necesidad de que el Estado adopte medidas tendientes a remover los obstáculos que impidan de hecho la igualdad. El constituyente ha evolucionado desde una concepción más formal, hacia una igualdad fáctica o real que obliga a tomar en cuenta los condicionantes que impiden un efectivo goce de los derechos. Se puede así hablar de un cambio en el paradigma, ya que la visión tradicional de la igualdad se ve complementada (y a veces, en tensión) con otra más moderna que advierte que la mera supresión de ciertos obstáculos normativos no se traduce necesariamente en un resultado igualitario, sino que es necesario realizar acciones positivas a fin de asegurar la igualdad real.

En cuanto a la igualdad en sentido formal, la Corte Suprema ha empleado diversas fórmulas tendientes a caracterizarla. Así ha señalado: “La verdadera igualdad consiste en aplicar la ley a los casos ocurrentes según las diferencias constitutivas de ellos” (Fallos 16:118; 101:401; 123:106; 124:122; 126:280).

“Es un derecho a que no se establezcan excepciones y privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias” (Fallos 124:122; 126:280; 127:118; 151:359; 157:28; 184:592).

“La garantía de igualdad no impide que se contemplen en forma distinta, situaciones que se consideran diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria, ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo”.

“La garantía del artículo 16 de la Constitución Nacional no impone una rígida igualdad, pues entrega a la discreción y sabiduría del poder legislativo una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación, siempre que las distinciones o clasificaciones se basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas” (Fallos 315:1190).

Estas fórmulas han sido utilizadas a menudo en forma negativa, es decir, para concluir que en el caso concreto no se verificaba una lesión al derecho de igualdad. Sin embargo, la reforma constitucional de 1994 ha incorporado otras dimensiones de este derecho, que obligan a superar la concepción formal de la igualdad. Ejemplo de ello son disposiciones como la del artículo 75 inciso 23 CN, en tanto faculta al Congreso a legislar en materia de medidas de acción positiva, identificando algunos grupos desaventajados como posibles beneficiarios de este tipo de tutela (mujeres, niños, ancianos, personas con discapacidad), o el artículo 43 segundo párrafo de la Ley Fundamental, en tanto prevé la acción de amparo colectivo como vía para remediar situaciones de discriminación. La jerarquización de este derecho a la no discriminación patentiza un cambio de paradigma, en el sentido de que no se limita a enfocar los problemas de igualdad desde el punto individual, sino que también ofrece una base normativa para postular que el constituyente se ha interesado en las situaciones de desigualdad estructural y en la necesidad de superarlas a través de políticas adecuadas.

Con sus limitaciones, el principio de razonabilidad permite hallar un límite a cierto tipo de argumentaciones que, sobre la base de que las personas son desiguales en alguna característica, intentan, por esa sola razón, justificar diferencias de trato entre ellas. El análisis de mera razonabilidad –una de las formas que puede asumir el análisis de razonabilidad– parece estar vinculado a este concepto de igualdad formal, al menos en cuanto a que, debido a la deferencia al criterio del legislador, muchas veces llevaba a justificar la distinción efectuada.

Sin embargo, la Corte ha ido elaborando pautas de análisis algo más exigentes, para establecer que determinadas categorías resultan incompatibles con la vigencia igualitaria de los derechos. En general, se ha tratado de discriminaciones de iure, esto es, explícitamente consagradas en las normas, ya que a criterio del Alto Tribunal, la desigualdad debe provenir del texto mismo de la ley, y no de la interpretación que le haya dado la autoridad encargada de hacerla cumplir (Fallos 294:87; entre otros).<sup>5</sup>

### III. UN PANORAMA DE LOS TIPOS DE ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD

Frente al hecho de que el legislador (en sentido amplio) realiza distinciones, colocando a las personas en diferente posición frente a la adquisición de un derecho, una exención o una obligación, corresponde establecer cuándo tal distinción puede superar el test de constitucionalidad. En tal sentido, el artículo 28 de la Constitu-

5. Esta regla tiene, sin embargo, algunas excepciones, cuyo análisis puede verse en: GARAY, Alberto F., *La igualdad ante la ley*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, esp. Cap. III.

ción Nacional consagra el principio de razonabilidad, que constituye un estándar genérico para establecer cuándo una restricción a un derecho resulta compatible con la Ley Fundamental. Con arreglo a este principio, los principios, garantías y derechos constitucionales “no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.<sup>6</sup>

Desde el punto de vista terminológico, cabe aclarar que, bajo la denominación común de “razonabilidad” se pueden presentar diferentes tipos de análisis, que poseen diversos grados de intensidad o, si se prefiere, de deferencia hacia el criterio del legislador y correlativamente, se coloca el peso de la argumentación en mayor grado sobre el impugnante de la norma.

En lo que sigue, procuraremos ver cómo funciona este estándar frente a determinadas clasificaciones que realiza el legislador. Creemos que una suerte de “caso testigo” lo ofrecen las normas en que, por alguna razón, el legislador ha dispensado un tratamiento diferente a los nacionales y extranjeros, permitiendo a aquellos acceder a determinados derechos que deniega a estos. Del mismo modo nuestros tribunales han abordado el caso de normas que distinguen según la forma de adquisición de la ciudadanía, colocando en diferente posición a los argentinos nativos (o por opción) y a los argentinos naturalizados. Más allá de estas clasificaciones, creemos que el tipo de análisis realizado en esos casos se puede extender a otras situaciones, aún no abordadas por la jurisprudencia.

### III.a. El estándar débil de revisión judicial

La Corte Suprema se ha referido tradicionalmente al control de razonabilidad, que deben superar las normas cuando se controvierte su compatibilidad con la Ley Fundamental. Un nivel de análisis (o escrutinio) judicial lo ofrece el llamado “test de mera razonabilidad”. Sólo en épocas relativamente recientes la Corte ha denominado de este modo a este análisis (*mera* razonabilidad), para contraponerlo a otro tipo de examen más riguroso (o estricto o intensivo), que veremos en el siguiente apartado.

6. El principio, así enunciado, se refiere a la relación que debe existir entre los derechos constitucionales y las leyes que los reglamentan. Una emanación del mismo principio aparece en el artículo 99 inciso 2 CN, para referirse a la relación entre las leyes y los decretos reglamentarios, en tanto establece que éstos deben dictarse “cuidando de no alterar su espíritu [el de las leyes] con excepciones reglamentarias”. Por su parte, el elemento *finalidad* de los actos administrativos (art. 7° inc. f) de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos permite realizar un control de razonabilidad sobre éstos, en tanto establece que el acto debe cumplir “con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes al órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. *Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad*” (lo destacado no es del original).

Como aproximación general, puede sostenerse que el test de mera razonabilidad se caracteriza por la mayor deferencia de los tribunales hacia la validez de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona. El análisis puede presentarse a partir de la dicotomía entre fines y medios: ambos elementos son valorados en principio desde una perspectiva favorable al criterio del legislador.

A fin de presentar una reconstrucción de esta regla, nos serviremos de la argumentación constitucional empleada por la mayoría del Alto Tribunal en el caso “Cine Callao” de 1960 (Fallos 247:121). Cabe observar que el punto de partida es la validez constitucional de la norma, presunción que puede ser revertida por el impugnante.<sup>7</sup> En otras palabras, este tipo de análisis exige que quien cuestione la validez constitucional de una norma acredite su irrazonabilidad, ya que, de otro modo, prevalece la posición a favor de la validez de aquella.<sup>8</sup> Para ello “la repugnancia con la cláusula constitucional que se invoca [debe ser] manifiesta y la incompatibilidad inconciliable, debiendo resolverse cualquier duda a favor de la constitucionalidad, máxime si ello es posible sin violación de los textos” (considerando XIII último párrafo del fallo citado).

Establecido ese punto de partida, veamos qué debe demostrar –o sobre qué aspectos debe argumentar– quien cuestiona la constitucionalidad de la norma.

El primer aspecto es el relativo a los fines de la ley (o, más ampliamente, de la norma que se cuestiona). En el precedente analizado, el Alto Tribunal dio relevancia al hecho de que, teniendo en cuenta la “naturaleza y propósitos que le dan contenido”, la norma cuestionada perseguía un objeto “de carácter inequívocamente público o general”, en contraposición con normas que persiguen “el provecho de un grupo de personas obtenido merced al sacrificio patrimonial de otro grupo”. Este fin se relaciona con los propósitos del poder de policía, en un sentido amplio: puede comprender no sólo la seguridad, la moralidad y la salubridad pública, sino también, la defensa y promoción de los intereses económicos de la colectividad. Por consiguiente, en la evaluación de la razonabilidad de una norma, deben considerarse en primer lugar los fines específicos perseguidos por ésta, los cuales deben conectarse con los propósitos más generales que justifican el dictado de normas de policía, que siempre serán fines de carácter público.

7. En el precedente mencionado, la Corte Suprema se refirió al principio de constitucionalidad de las leyes, “lo que, naturalmente supone la de su razonabilidad” (considerando XIX). En el Derecho Administrativo suele hablarse del principio de presunción de legitimidad del acto administrativo (recogido por el art. 12 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos), el cual es una emanación del principio más general de presunción de validez de los actos estatales.

8. Así, se sostuvo que “[c]orrespondía al impugnante...evidenciar de modo concreto y categórico la irrazonabilidad de la ley [...] en su relación con las modalidades del caso; y de conformidad con las consideraciones que anteceden, es obvio que no ha dado cumplimiento a ese deber procesal” (considerando XX).

El otro aspecto del análisis de mera razonabilidad se vincula con los medios elegidos por el legislador para alcanzar el fin perseguido. En el caso, la Corte consideró que cuando se trata del desarrollo del país —un fin permisible bajo la óptica del artículo 67 inciso 16 (actual art. 75 inc. 19) CN—, el legislador está habilitado para elegir los “recursos o técnicas” que resulten *aptos* para impulsarlos, dentro de los límites constitucionales. La Corte expresa que las restricciones a los derechos (esto es, los medios escogidos por el legislador) deben ser *adecuadas* a las necesidades y fines públicos que las justifican, de manera que no aparezcan infundadas o arbitrarias. Es decir, la aptitud o idoneidad de los medios para alcanzar el fin perseguido constituye un aspecto a considerar en este análisis.

Ahora bien, existen algunos lineamientos para evaluar esa aptitud. Por un lado, está la afirmación de que los medios deben ser adoptados “con sujeción a los límites fijados por la propia Constitución” (considerando VIII). Por lo tanto, un requisito que, aunque evidente, no puede omitirse, es que los medios no estén prohibidos por la Ley Fundamental.

En este orden de ideas, uno de esos límites constitucionales consiste en la no afectación de la *sustancia* de los derechos en juego (considerando XIV), recaudo que puede conectarse con la “prohibición de alterar” los derechos por medio de su reglamentación (art. 28 CN) o, en el caso de los reglamentos, de “alterar el espíritu” de las leyes al reglamentarlas (art. 99 inc. 2 CN). Posiblemente, la alteración más grave, en cuyo caso no habría dudas de su irrazonabilidad, sería el caso en que la restricción tiene tal entidad que equivale a la supresión de un derecho.<sup>9</sup>

Señalado ello, aparece una limitación, ya no dirigida al legislador, sino a los tribunales y radica en que en este juicio de aptitud (del medio para alcanzar el fin perseguido) “el análisis del mérito o eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos, la cuestión de saber si debieron elegirse los de la ley [...] u otros procedimientos, son ajenos a la competencia de esta Corte, a la que sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso, es decir, que sólo debe examinar *si son o no proporcionados a los fines* que el legislador se propuso conseguir y en consecuencia decidir si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados” (considerando XIII; lo destacado no es del original).

Esta última precisión es importante, dado que en principio parece excluir del análisis de los tribunales la cuestión de si podrían existir medios alternativos, menos restrictivos del derecho, para alcanzar los fines perseguidos. En efecto, la Corte

9. Esta idea queda ejemplificada con el temperamento adoptado en materia de restricciones a derechos en situaciones de emergencia: una *postergación* en el tiempo del ejercicio de un derecho no resulta inconstitucional (siempre que se verifique una efectiva situación de emergencia) (v. gr., “Avico c/ De la Pesa”, Fallos 172:21; “Iachemet c/ Armada Argentina”, Fallos 316:779; entre muchos otros).



hace referencia a que “la cuestión de saber si debieron elegirse los [medios] de la ley [...] u otros procedimientos” es ajena a la competencia judicial. Más adelante, expresa que “el tribunal nunca ha entendido que pueda sustituir su criterio de conveniencia o eficacia económica o social al del Congreso de la Nación, para pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes”. Precisamente esta prescindencia del análisis respecto de la posible existencia de otros medios alternativos, lleva a que resulten tolerables categorías sobreinclusivas y subinclusivas: el análisis de mera razonabilidad no permite descartar supuestos en que la categoría establecida por el legislador abarca más casos de los que debería o menos, ya que puede tratarse de razonables opciones legislativas.<sup>10</sup> En casos en que se aducía una violación del derecho de igualdad, la Corte recordó su doctrina tradicional, señalando que tal garantía “no resulta afectada cuando se confiere un trato diferente a personas que se encuentran en situaciones distintas, con tal que la discriminación no sea arbitraria u obedezca a razones de indebido privilegio de personas o grupos de personas o se traduzca en ilegítima persecución, *aunque su fundamento sea opinable*” (Fallos 315:135; 323:2054; 329:5567; entre muchos otros; lo destacado no es del original). Ello significa que la configuración de la categoría por parte del legislador no necesita ser, al menos bajo este estándar de análisis, estrictamente ajustada a la situación fáctica. Quien alega haber sido excluido de una categoría debería acreditar sus circunstancias de una manera que vaya más allá de lo meramente opinable.

Las consideraciones precedentes, que se extraen del precedente “Cine Callao” representan una formulación clásica y creemos que, en general, es válida respecto de aquellos casos en que se alega una restricción de derechos de contenido económico. En efecto, la Corte parece ser más deferente hacia la validez de normas que “regulan trabajos, comercios o industrias con fines de policía” –como las que estaban en juego en dicho precedente– o de las que establecen impuestos o tasas (v. considerando XIII, primer párrafo).

Posiblemente, el análisis exhiba una mayor intensidad, en cuanto a la evaluación de medios alternativos, cuando los derechos que están en juego no son de naturaleza económica (v.gr. derecho de enseñar y aprender, derecho a la igualdad,

10. Un ejemplo es aquél en que se establecen requisitos mínimos de edad: v. gr. para obtener la licencia para conducir vehículos o para el derecho de voto. Aun cuando una persona menor de esas edades pudiera demostrar la aptitud suficiente, el legislador puede (creemos) válidamente establecer esas edades, en la medida en que no se frustra el derecho, sino que importa una postergación temporal, cuya arbitrariedad no parece manifiesta. Una situación semejante se verifica cuando una norma impositiva distingue contribuyentes desde el punto de vista de sus ingresos, a fin de determinar las distintas alícuotas. El límite entre una categoría de ingresos y otra no siempre será justificable con precisión, pero quien alegue su inconstitucionalidad deberá argumentar que la distinción adolece de algún tipo de arbitrariedad manifiesta, ya que de otro modo prevalecerá la presunción favorable a su validez.

derechos derivados de la autonomía personal), los tribunales aparecen más dispuestos a revisar si los medios realmente guardan conexión con los fines perseguidos por el legislador, y si existen otras alternativas.<sup>11</sup>

A la luz de lo expuesto, podemos sistematizar el análisis de mera razonabilidad, señalando que la argumentación debe versar sobre los siguientes aspectos: a) fines compatibles con la Constitución; b) medios que sean: b1) adecuados: es decir, aptos o idóneos para el fin (sin evaluar medios alternativos) y b2) proporcionales: es decir, que no desnaturalicen el derecho, debido a la intensidad de la restricción. De este modo, en esta reconstrucción del análisis, podemos decir que la adecuación apunta a un aspecto cualitativo (aunque de alcances limitados), mientras que la proporción se refiere a un aspecto cuantitativo (la medida en que se restringe el derecho).<sup>12</sup> Por último, cabe señalar que el análisis de mera razonabilidad involucra una regla epistémica: en caso de que, al final del proceso argumentativo, subsistan las dudas, debe estarse a favor de la validez constitucional de la norma cuestionada.

Aunque otros fallos pueden aportar algunas precisiones, la descripción precedente es suficiente a nuestros fines. Más adelante veremos el funcionamiento de este examen en relación con el derecho de igualdad constitucional que fueron abordados desde esta óptica.

### **III.b. Un estándar exigente de revisión judicial**

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha venido desarrollando un estándar de revisión exigente cuando el derecho en juego es el derecho de igualdad y las personas son tratadas de manera desigual a partir de determinadas características. Aunque los precedentes se refieren a la garantía de igualdad, se trata de un criterio de análisis en evolución, con lo que cabe plantearse la posibilidad de extensión de este análisis a otras hipótesis que involucran la restricción de derechos.<sup>13</sup>

11. Veamos algunos ejemplos. En el caso “Bazterrica” (Fallos 308:1412) la Corte sostuvo que existían medios alternativos a la criminalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal (como lo son los tratamientos de rehabilitación), con el fin de tutelar la salud pública, sin vulnerar el principio de autonomía personal; en “Dessy” (Fallos 318:1894) se declaró inconstitucional la ley penitenciaria entonces vigente, en tanto los medios cuestionados (la censura de correspondencia de las personas detenidas) no guardaba una vinculación razonable con los objetivos perseguidos por la ley (la seguridad de los internos y su readaptación social).

12. Optamos por diferenciar de este modo la adecuación, por un lado, y la proporción por otro, aunque en el considerando XIV parece mezclar ambos conceptos, al referirse a “la adecuación de las restricciones que se les impone [a los derechos] a las necesidades y fines públicos que los justifican, de manera que no aparezcan infundadas o arbitrarias, sino razonables, esto es, proporcionadas a las circunstancias que las originan y a los fines que se procura alcanzar con ellas”.

13. En el caso “Massa” (Fallos 329:5913) la ministra Argibay desarrolla un criterio semejante

### III.b.1.- El nacimiento del test

Si bien podrían hallarse antecedentes en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, este estándar de análisis se ha venido desarrollando en algunos casos de la Corte argentina con matices propios, particularmente en casos en que las personas recibían un trato desigual en virtud de su origen nacional.<sup>14</sup>

El primer antecedente lo hallamos en un voto en concurrencia emitido por los ministros Petracchi y Bacqué en el precedente de Fallos 311:2272.<sup>15</sup> En esa oportunidad se estableció que “ante los categóricos términos del art. 20 de la Constitución Nacional (...) toda distinción 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”. Sobre esa premisa, en este voto se señaló que “aquél que sostenga la legitimidad de la citada distinción debe acreditar la existencia de un ‘interés estatal urgente’ para justificar aquélla, y no es suficiente, a tal efecto, que la medida adoptada sea ‘razonable’” (considerando 7°).

---

cuando se trata de evaluar la validez constitucional de un decreto de necesidad y urgencia. Al respecto, sostuvo que la prohibición de emitir disposiciones de carácter legislativo (contenida en el art. 99 inc. 3 primer párrafo CN) importa que “[c]ualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo debe reputarse prima facie inconstitucional, presunción esta que sólo puede ser abatida por quien demuestre que se han reunido las condiciones para aplicar la única excepción admitida en la Constitución a la prohibición general antes sentada, a saber, la descripta en los dos párrafos siguientes del art. 99 inc. 3 [...]” (considerando 3 del voto mencionado).

14. Bajo esta categoría se podrían englobar dos grupos de casos: a) aquellos en que la norma daba un trato desigual a ciudadanos argentinos y a extranjeros; y b) aquellos en que se distinguía entre argentinos nativos (o por opción), por un lado, y argentinos naturalizados, por el otro.

15. In re “Repetto, Inés María c/ Buenos Aires, provincia de s/ inconstitucionalidad de normas legales”, del 8/11/1988. En el caso se debatía la validez constitucional (en particular, frente al art. 20 CN) de una norma provincial que ponía como requisito la nacionalidad argentina para acceder a un cargo docente en la enseñanza preescolar en un instituto particular.

Este voto pone de relieve el nacimiento de un tipo de test de razonabilidad distinto del que venía aplicando la Corte argentina. Al menos, aquí aparece en forma explícita la contraposición entre dos tipos de análisis: uno, en el que se presume la inconstitucionalidad de la norma y otro, en el que no rige tal presunción y examina, simplemente, la razonabilidad de la medida cuestionada. Respecto del “nuevo” estándar, no se explicita en el voto en qué casos se considera que existe un “interés estatal urgente”, o “interés estatal insoslayable”, como se lo denomina en otra parte del voto.<sup>16</sup> Este tipo de examen resulta comparable al que en la jurisprudencia norteamericana se denomina “escrutinio estricto”.<sup>17</sup>

16. Dicha expresión es una traducción literal de la expresión “*compelling (u overriding) state interest*”, que emplea la jurisprudencia norteamericana al referirse al escrutinio estricto. En cuanto al voto suscripto por los ministros Caballero y Belluscio, cabe señalar que había llegado a una conclusión similar, pero parte de un análisis distinto (el de razonabilidad). En el considerando 5° de ese voto, tras reconocer el principio de que los derechos constitucionales (entre ellos, el desempeño por parte de los extranjeros de su empleo, industria o profesión, contemplado en el art. 20 CN) no son absolutos, sino susceptibles de reglamentación, se señala que “esa reglamentación, en lo que hace a los derechos civiles, no puede ser dictada, reglamentando entre argentinos y extranjeros, pues entonces no constituiría un ejercicio legítimo de la facultad reglamentaria, porque entraría en pugna con una norma de igual rango que la reglamentada, y no puede constituir criterio interpretativo válido el de anular unas normas constitucionales por aplicación de otras, sino que debe analizarse el conjunto como un todo armónico, dentro del cual cada disposición ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás [citas omitidas]. En efecto, si se prohibiese a los extranjeros el ejercicio el derecho a enseñar –no sólo en el ámbito estatal, sino también en el de la privada– ese derecho, o sea, el ejercicio de la profesión de maestro, les estaría totalmente vedado, lo que implicaría privar de todo efecto al art. 20 de la Constitución en cuanto les asegura los mismos derechos civiles que a los argentinos, y, en el caso, el ejercicio de la profesión de maestra con título reconocido por la autoridad competente”. En los términos expuestos en el punto anterior, puede decirse que este voto considera que la restricción cuestionada era irrazonable por ser desproporcionada, al privar de contenido el derecho asegurado por el art. 20 CN.

17. En “*Korematsu v. United States*” 323 US 214 (1944), la Corte norteamericana aplicó este tipo de análisis en un caso vinculado con clasificaciones basadas en la raza y el origen nacional (se trataba de la reubicación de personas de origen japonés en otros centros durante la Segunda Guerra Mundial). Paradójicamente, se concluyó que la medida cuestionada era constitucional, aunque la formulación de principio parecía sugerir una respuesta diferente: “Todas las restricciones que retacean los derechos civiles de un grupo racial son inmediatamente sospechosas. Eso no significa que todas ellas sean inconstitucionales. Significa que los tribunales deben someterlas al escrutinio más estricto. Una necesidad pública imperiosa puede a veces justificar la existencia de tales restricciones; el antagonismo racial nunca puede justificarlas”.

### III.b.2.- El desarrollo del análisis estricto de constitucionalidad

La Corte argentina tuvo oportunidad de visitar este test, al aplicarlo, en diferentes composiciones del tribunal, a otros casos en que estaba en juego el derecho de igualdad. Paulatinamente ha ido estableciendo los elementos que debe justificar quien defiende la constitucionalidad de una norma (se trate de una ley o cualquier otro tipo de norma general<sup>18</sup>). Antes de explicar el funcionamiento del análisis, conviene referenciar los casos en que la Corte ha venido haciendo aplicación de este tipo de examen.

El primer caso posterior a “Repetto” donde se aplicó un examen más estricto de constitucionalidad es “Calvo y Pesini”<sup>19</sup> en que se confrontó la validez constitucional de una norma provincial que exigía la nacionalidad argentina para ingresar a trabajar como psicóloga en un hospital público de la provincia de Córdoba. Aquí el Alto Tribunal consideró que la restricción era inconstitucional, en tanto la provincia demandada no había dado una “justificación suficiente” de la restricción contenida en la ley. En cambio, se advirtió que la provincia se había “limitado a una dogmática afirmación de su postura que excluye la acreditación de su razonabilidad o del interés estatal que la ampare” (considerando 9°). De ello se infiere que quien está interesado en defender la constitucionalidad de la medida debía acreditar su razonabilidad o bien el interés estatal que la justificaba. Hasta ese momento el Tribunal no proporcionó más detalles acerca del nuevo test, aunque era claro que se estaba dejando de lado la habitual presunción de constitucionalidad.

En “Hoof”<sup>20</sup> se cuestionaba una norma de la Constitución de la provincia de Buenos Aires que establecía que, para ser juez de cámara, era necesario ser ciudadano argentino, nativo o por opción, excluyendo de este modo a los naturalizados. La posición mayoritaria de la Corte fue la de exigir una “justificación suficiente” a la provincia, que tampoco cumplió dicha carga en este caso. En esta oportunidad, proporcionó algunos elementos adicionales para estructurar una argumentación que tome en cuenta este estándar estricto de análisis constitucional. Más adelante se volverá sobre el punto.

18. Puede tratarse de una norma reglamentaria emanada del poder administrador (“Repetto”), de una ley provincial (“Calvo y Pesini”), de una norma constitucional (“Hoof”), de una disposición reglamentaria del Poder Judicial (“Gottschau”, “Mantecón Valdez”), de una ley nacional (“Reyes Aguilera”).

19. In re “Calvo y Pesini, Rocío c/ Córdoba, Provincia de s/ amparo” del 24/02/1998 (Fallos 321:194). El valor del caso radica en que ya no se trató de un voto en concurrencia, sino del voto unánime de la Corte en su integración de ese momento.

20. In re “Hoof, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” del 16/11/2004 (Fallos 327:5118). Nos hemos referido a este caso en el artículo: “El principio de igualdad y las personas nacidas en el exterior: problemas y perspectivas”, JA 2005-IV-517.

El siguiente caso fue “Gottschau”,<sup>21</sup> donde estaba en juego la validez de una disposición del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que exigía la nacionalidad argentina para poder concursar como secretario de un juzgado de primera instancia. La actora, de nacionalidad alemana, cuestionó la validez del requisito. Al llegar a la Corte Suprema, el tribunal consideró aplicable el “test de Hooff”, exigiendo al Estado local que justificara las razones de la restricción, carga procesal que no había cumplido, por lo que la restricción cuestionada fue reputada inconstitucional.

En esta familia de precedentes, el siguiente caso es “Reyes Aguilera”,<sup>22</sup> donde, además de una distinción normativa entre nacionales y extranjeros, estaban en juego otras características: la actora, además de extranjera (aunque con residencia en el país) era discapacitada y estaba en una situación de extrema pobreza, de modo que se presentaba una situación de vulnerabilidad que podía justificar el análisis estricto. Por ahora, nos interesa resaltar que en el voto de los ministros Petracchi y Argibay, luego de advertir que la norma en juego establecía requisitos diferentes para acceder a un beneficio de la seguridad social, según el peticionario fuera nacional o extranjero, hizo aplicación del escrutinio estricto. Ante ello, se consideró que la demandada no había podido revertir la presunción de inconstitucionalidad que pesaba sobre la norma cuestionada. En “Mantecón Valdez”<sup>23</sup> se discutía la validez del requisito de nacionalidad argentina para concursar para el cargo de Auxiliar en la Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, establecido en una resolución del Alto Tribunal y en el artículo 11 del Reglamento para la Justicia Nacional. En este punto, el fallo consideró que tal requisito era inconstitucional, por remisión al dictamen del Procurador General de la Nación, que hacía explícita aplicación del criterio sostenido en “Hooff” y “Gottschau”.

21. In re “Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo” del 8/08/2006 (Fallos 329:2986). Hemos abordado este caso en: “La utilización de categorías sospechosas como técnica para controlar la discriminación hacia los extranjeros”, JA 2006-IV-603.

22. In re “R.A., D. c/ Estado Nacional” del 4/09/2007 (Fallos 330:3853).

23. In re “Mantecón Valdés, Julio c/ Estado Nacional – Poder Judicial de la Nación – Corte Suprema de Justicia de la Nación – resol 13/IX/04 (concurso biblioteca)” del 12/08/2008 (Fallos 331:1715). El voto mayoritario de la Corte se remitió al dictamen del Procurador General de la Nación, en cuanto analizó la constitucionalidad del requisito de nacionalidad argentina, aplicando los estándares de “Hooff” y “Gottschau”.

### III.b.3.- El funcionamiento del examen estricto de constitucionalidad

Tal vez en “Hoofst” es donde aparecen con mayor nitidez los alcances de este tipo de análisis. Como hemos visto, las normas infraconstitucionales que distinguen entre nacionales y extranjeros o entre ciudadanos nativos (o por opción) y naturalizados, están afectadas por una presunción de inconstitucionalidad, a menos que la parte interesada en defender su validez constitucional proporcione una “justificación suficiente”.

Ello obliga a una argumentación de tres pasos, que se refieren a los siguientes aspectos:

- a) la existencia de fines sustanciales (y no meramente convenientes)
- b) la existencia de medios que promueven efectivamente esos fines
- c) la inexistencia de medios alternativos, menos restrictivos de los derechos en juego.

Resulta difícil definir a priori algunos de los conceptos que entraña la aplicación de este tipo de examen, ya que, en los casos reseñados, las autoridades públicas demandadas han omitido satisfacer la carga argumental que se les imponía. Tal vez sea posible interpretar que la locución *finés sustanciales* es equivalente a la de *interés estatal urgente* (o insoslayable) que se empleó en algunos precedentes como “Repetto”, pero se trata de un concepto que puede resultar oscuro, ya que determinar si el fin es sustancial o meramente conveniente será una cuestión a evaluar en concreto.<sup>24</sup> Tampoco resulta claro en qué medida la Corte se sentirá satisfecha respecto de si un fin es o no sustancial.

Los recaudos relativos a los medios empleados resultan algo más simples de explicar, al menos en teoría. De todos modos su mera enunciación revela las diferencias con el tipo de análisis que exigía el examen de mera razonabilidad: el examen no se satisface con una simple apariencia de que el medio guarda *alguna* relación con el fin perseguido. Por otra parte, la evaluación de medios alternativos es en principio ajena al análisis de mera razonabilidad, como se ha visto más arriba.

Lo cierto es que este tipo de análisis conlleva una exigencia muy difícil de levantar por parte del Estado (o de quien sostenga la constitucionalidad de la norma).

24. A partir de ciertas consideraciones efectuadas por la Corte en los precedentes mencionados en el texto, puede considerarse fines sustanciales: el ejercicio de la jurisdicción (como en “Gottschau”), la promoción de políticas antidiscriminatorias (“Partido Nuevo”) o el “interés superior del Estado en la educación” (“Repetto”). Sin embargo, debe recordarse que la existencia de un fin sustancial no necesariamente llevará a convalidar la distinción, toda vez que se trata de solo uno de los elementos que es necesario acreditar en cada caso.

En tal caso, debe recordarse que la regla epistémica es que, si luego de la argumentación, subsisten las dudas acerca de la validez de la norma, prevalece la presunción de que ésta es inconstitucional.

### III.c. ¿Un estándar intermedio?

El examen de razonabilidad en su aplicación práctica presenta varios matices, y más allá de que importa una presunción favorable a la validez constitucional de la norma aplicada, en algunos casos este examen ha exhibido cierta vitalidad en cuanto a realizar un control más eficaz sobre normas cuestionadas como inconstitucionales. Ello ha sido así, en especial, cuando no estaban en juego derechos de contenido económico.

Ahora bien, en materia de igualdad, resulta de interés rescatar en el caso “Gottschau” el voto en concurrencia suscripto por los ministros Maqueda y Highton de Nolasco, ya que parece marcar algunos matices respecto del análisis a aplicar cuando existe un trato desigual de extranjeros. Sería prematuro indicar si el análisis allí realizado puede ser extendido a otras hipótesis de clasificaciones sospechosas, ya que las referencias normativas del voto parecen estar ligadas íntimamente a la distinción entre nacionales y extranjeros, cuando no están en juego derechos civiles. Ello, en tanto en el caso no estaba regido por el artículo 20 CN, donde la equiparación entre ambos grupos en cuanto ese tipo de derechos parece ser completa, sino por el artículo 16 CN, que consagra el derecho de todos los *habitantes* de ser admitidos en los empleos sin otra condición que la idoneidad. En este voto se reconoce explícitamente que en materia de igualdad se debe aplicar un estándar intenso de control, y se aclara que éste no es coincidente con el efectuado en el caso “Hooff”.

Según este voto, sólo la distinción entre ciudadanos argentinos, por los orígenes de su nacionalidad (es decir, según sean nativos o naturalizados) acarrea la presunción de inconstitucionalidad, tal como había sido aplicada en el caso “Hooff”. En cambio, la distinción entre extranjeros y nacionales para el acceso a cargos públicos es, en principio, constitucional, de modo que el legislador está habilitado a emplearla, siempre que el criterio de ponderación entre el medio elegido y los fines específicos que se persiguen con la distinción supere el test de constitucionalidad.<sup>25</sup> Sobre esta premisa, la cuestión a analizar se planteó en los siguientes términos: si la condición de argentino –ciudadanía que no están obligados a admitir los extranjeros, conforme al art. 20 de la Ley Fundamental– supone un requisito de idoneidad en relación directa con las funciones del cargo al que se pretende acceder, con jus-

25. El ministro Maqueda reitera esta concepción, en el sentido de que son en principio admisibles ciertas distinciones entre nacionales y extranjeros, en su voto en concurrencia en el caso “Reyes Aguilera”, al que nos referimos más adelante en el texto.



tificación suficiente entre el medio elegido –requisito de nacionalidad argentina– y el fin perseguido por la norma (considerando 6°).

De este modo, el análisis aplicado en este voto particular exige:

- a) que el fin perseguido por la norma represente *algún* interés estatal razonable
- b) que se expongan las razones por las cuales resulta *conveniente* exigir ese requisito (la nacionalidad argentina) para alcanzar el fin perseguido.
- c) la demandada es la que debe probar dicha relación (en el caso, acreditar las razones por las cuales es conveniente que dicho cargo sea desempeñado por argentinos).

Como puede verse, se trata de un examen intermedio entre el de mera razonabilidad y el escrutinio estricto. Se aproxima al primero en cuanto a que el punto de partida es la constitucionalidad de la medida (esto es, no se presume su inconstitucionalidad), pero se exige la acreditación de las razones por las cuales el medio empleado es conveniente para alcanzar el fin perseguido. De esta descripción del análisis, puede aparecer como dudoso el punto de partida: si bien no se presume la inconstitucionalidad de la medida, lo cierto es que en el voto se exige que sea *la demandada* quien acredite la razonabilidad. Si es así, parece que existe, al igual que en el caso del análisis anterior, una inversión de la carga de la argumentación.

#### IV. LAS CONDICIONES DE APLICACIÓN DEL EXAMEN ESTRICTO

¿En qué casos se aplica el examen estricto de constitucionalidad? En la argumentación de la Corte ha sido clave el hecho de que el actor perteneciera a una categoría o grupo que recibía un trato diferente y ese trato provenía de una norma general.

Teniendo en cuenta los precedentes, el tratamiento diferencial entre nacionales y extranjeros (como en “Repetto”, “Gottschau”, “Mantecón Valdés” o “Reyes Aguilera”), o bien entre distintos tipos de ciudadanos argentinos (nativos o naturalizados) (como en “Hooft”) parece dar lugar a la aplicación de este examen.

Queda abierto el interrogante acerca de qué otras distinciones (o categorías) pueden merecer una presunción de inconstitucionalidad, que invierta la carga de la argumentación –o coloque una carga de argumentación agravada– en cabeza de aquel que defiende la norma.

En el caso “Hooft” la Corte vinculó la aplicación de esta presunción a los motivos expresamente prohibidos de discriminación contenidos en instrumentos inter-

nacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), refiriéndose puntualmente al artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y al artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ello, en tanto el “origen nacional” aparece mencionado expresamente en tales disposiciones.

Ahora bien, las disposiciones internacionales citadas mencionan otros criterios de distinción especialmente prohibidos, respecto de los cuales podría postularse la aplicación del análisis estricto. En ellas se mencionan: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Esta enumeración no es taxativa, sino que contiene una cláusula de apertura (“cualquier otra condición social”), que permite abarcar situaciones análogas.<sup>26</sup> La prohibición de determinadas categorías aparece reforzada por la inclusión, dentro del artículo 75 inciso 22 CN de ciertos tratados internacionales específicamente diseñados para proteger contra determinados tipos de discriminación. Tal es el caso de la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial o la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Por otra parte, ciertas cláusulas constitucionales han sido tomadas por la Corte para justificar la fuerte presunción en contra de la validez de ciertas distinciones, como lo es el artículo 20 CN respecto de los extranjeros y su equiparación a los nacionales a los fines de los derechos civiles.<sup>27</sup>

26. Otros instrumentos internacionales de derechos humanos, también dotados de jerarquía constitucional, también contemplan un listado (no taxativo) de motivos prohibidos de discriminación, en general coincidentes con los mencionados precedentemente. Tal es el caso de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (cuyo art. II se refiere a la raza, el sexo, idioma, credo ni otra distinción), la Declaración Universal de Derechos Humanos (cuyo art. 2.1 se refiere a: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (cuyo art. 2.2 contiene una enumeración semejante a la del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En la Convención sobre los Derechos del Niño se mencionan los siguientes motivos prohibidos: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. En España se ha entendido que los motivos expresos contemplados en el artículo 14 de la Convención Europea en la materia no son exhaustivos, ya que el criterio ha sido no dejar afuera ninguna discriminación presente o futura. En función de ello el Tribunal Constitucional ha considerado incluidas entre las causas de discriminación a la edad o la discapacidad (FERNÁNDEZ, Encarnación, *Igualdad y Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 88-89).

27. Esta cláusula aparece mencionada explícitamente en “Repetto” y en “Calvo y Pesini”, donde las actoras eran extranjeras y aspiraban a ejercer su profesión (una, como maestra; la otra, como

Antes de avanzar con el examen de las categorías sospechosas, cabe preguntarse cuál es la nota común a todas ellas, ya que ello permitirá reconocer situaciones en las que es factible aplicar este análisis, máxime teniendo en cuenta que las normas internacionales de derechos humanos contienen una cláusula de apertura que permite contemplar situaciones análogas. En general, puede sostenerse que la nota común es que estas categorías se refieren a un grupo vulnerable o desaventajado, en tanto encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, en razón de circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, o bien en razón de su edad, género, estado físico o mental. En el caso de los motivos de discriminación especialmente prohibidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, existe una presunción de que quienes pertenecen a alguna de las categorías así definidas se encuentran en una situación vulnerable.

El examen estricto, con su exigencia agravada de justificación, permite que a través del control judicial se detecte si la distinción efectuada carece de justificación racional, por obedecer a prejuicios o estereotipos. En rigor, ello no necesariamente debería llevar a concluir que siempre una medida que distinga entre nacionales o extranjeros será inexorablemente inconstitucional. En tal sentido, la fuerte presunción establecida por la Corte con base en el artículo 20 CN permite vincular este análisis con la finalidad de esa cláusula, que se relacionaba con una política de fomento de la inmigración. Teniendo en cuenta que los migrantes suelen padecer situaciones de discriminación en el acceso a los derechos, este tipo de análisis puede constituir una respuesta jurídica frente a las condiciones de discriminación que suelen afectar a estos grupos. Recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la situación de los migrantes indocumentados, que es un grupo de extranjeros en condiciones particularmente vulnerables.<sup>28</sup>

Veamos algunas de los criterios que permiten definir categorías sospechosas de inconstitucionalidad y el abordaje de la cuestión que ha realizado la Corte Suprema de Justicia de la Nación.<sup>29</sup>

---

psicóloga), derecho que les era reconocido por el artículo 20 CN y que era restringido por las normas impugnadas.

28. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17/09/2003 sobre "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados".

29. Debe señalarse que en el panorama de casos que sigue se pone el énfasis en el criterio de distinción empleado, aun cuando no siempre la solución judicial utilizó el argumento igualitario en su análisis. También debe tomarse en cuenta el momento histórico en que los fallos se dictaron, ya que el problema de la discriminación o la promoción de la igualdad, que podrían haber llevado a otro tipo de argumentos, constituyen una preocupación más reciente en la jurisprudencia del Tribunal, que comenzó a manifestarse con más fuerza luego de la reforma constitucional de 1994.

## a) Sexo

La distinción en razón del sexo, cuando es explícita, trasunta el acogimiento de estereotipos o prejuicios que tornan atendible la pretensión de considerar que las normas que la contengan resultan prima facie “sospechosas” de inconstitucionalidad.

En los casos en que ha sido puesta de relieve una discriminación en razón del sexo, la Corte ha acudido al análisis de mera razonabilidad. Un ejemplo de ello es el caso “Carballo”,<sup>30</sup> en que la Corte confrontó la validez constitucional de una norma que distinguía entre el personal masculino y el femenino de la Prefectura Naval, permitiendo a aquel optar por mantener el estado policial o bien pasar a revistar como personal civil. Tal opción se denegaba al personal femenino, que debía pasar obligatoriamente a revistar como personal civil. El tribunal, sobre la base de informes agregados al expediente, consideró que la norma “carece de base que la sustente”, pues “no existía razón valedera alguna que autorizara a suponer que el personal femenino, sólo por ser tal, se encontraba impedido de desempeñar sus funciones conservando aquel estado policial” (considerando 7°).

En cambio, en un voto en concurrencia en el caso “González de Delgado”, en que un grupo de padres impugnaban una resolución de la Universidad Nacional de Córdoba que convertía al Colegio Nacional de Monserrat en un colegio mixto, el ministro Petracchi presenta un estándar de análisis que resulta traspolable a situaciones en las que el sexo resulta la característica diferencial, que lleva a tratar en forma diferente entre mujeres y varones.<sup>31</sup> En ese voto, cuyo principal fundamento normativo reposa en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), se introducen consideraciones valiosas acerca de la forma de controlar la compatibilidad constitucional de disposiciones que discriminan en contra de las mujeres, acudiendo al derecho comparado. En este punto se refiere a la jurisprudencia europea, conforme a la cual una exclusión en el goce de un derecho fundada en alguna de las categorías prohibidas en el artículo 14 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, da lugar a una presunción de ilegitimidad que tiene por efecto el desplazamiento de la carga de la prueba. Asimismo, se refiere a la jurisprudencia norteamericana que establece un exigente estándar de revisión para juzgar las clasificaciones basadas en el sexo. Conforme a este estándar, aun cuando tales

30. “Carballo, María Isabel y otros c/ Nación Argentina (Prefectura Nacional Marítima) s/ contenciosoadministrativo”, Fallos 287:42 (1973).

31. “González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba”, del 19/09/2000, Fallos 323:2659 (2000). La pretensión fue rechazada, pero la postura mayoritaria lo hizo en base a fundamentos que no se vinculaban con la igualdad, sino con la competencia de la demandada para dictar esa norma.

clasificaciones no están proscriptas, no podrían utilizarse para crear o perpetuar la inferioridad legal, social o económica de la mujer.

## b) Religión

Varios de los casos abordados por la Corte en esta materia se vinculan con los testigos de Jehová y la vulneración de derechos como la educación (en el caso de niños por no reverenciar símbolos patrios) y la autonomía personal (en el caso de objeciones de conciencia al servicio militar). Estos casos fueron evaluados bajo el prisma de la mera razonabilidad que, debido a la índole de los derechos involucrados, llevaron en algunos casos a soluciones favorables a la posición de los actores. En “Carrizo Coito”, por ejemplo, en que se había denegado la radicación definitiva en el país de un extranjero, en razón de ser testigo de Jehová, la cuestión fue abordada desde la perspectiva de las “acciones privadas de los hombres” (art. 19 CN) y de la violación del derecho de entrar, permanecer y salir del territorio argentino.<sup>32</sup>

En “Lopardo”, en cambio, el resultado no fue favorable a la pretensión de quien, perteneciendo a aquella confesión religiosa, alegaba la inconstitucionalidad de normas que lo obligaban a realizar el servicio militar. Aquí el enfoque se basó en una compatibilización del deber contemplado en el artículo 21 CN y el derecho de profesar libremente el culto. En este balanceo de derechos la Corte dio preeminencia a aquel deber, omitiendo toda consideración respecto de la autonomía personal en juego.<sup>33</sup>

En fechas más recientes, con motivo del reconocimiento de un partido político, la Corte efectuó un análisis en términos de la alegada violación del derecho de igualdad y no discriminación.<sup>34</sup> En esa oportunidad, al denegar el reconocimiento al Partido Nuevo Triunfo, el Alto Tribunal observó que tal decisión –tomada por la justicia electoral– superaba los cuestionamientos basados en el derecho de igualdad, “tanto desde el punto de vista del criterio amplio como del más estricto impuesto por las cláusulas antidiscriminatorias”. En tal sentido, observó que la Ley de Partidos Políticos diferenciaba a aquellas organizaciones cuyo programa político incluía la promoción del desprecio u odio racial, religioso o nacional, respecto de las demás. En función del escrutinio estricto, advirtió que ese distingo respondía a “una finalidad sustantiva que el Estado no puede en modo alguno soslayar ni demorar”. Dicha finalidad se conectaba con una política estatal destinada a desalentar y

32. “Carrizo Coito, Sergio c/ Dirección Nacional de Migraciones”, Fallos 302:604 (1980).

33. “Lopardo, Fernando Gabriel”, Fallos 304:1524 (1982).

34. “Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento – Distrito Federal” del 17/03/2009, Fallos 332:433.

contrarrestar el odio racial o religioso.<sup>35</sup> De este modo, entendió que la distinción realizada era constitucionalmente válida, pues no sólo era “conveniente, sino imperativo” la adopción de políticas orientadas a impedir el proselitismo de este tipo de organizaciones.

En este último caso, entonces, la Corte volvió sobre el escrutinio estricto, al enfocar la cuestión desde la perspectiva del principio de igualdad, entre otros argumentos. La aplicación de esta modalidad de análisis constitucional fue en este caso favorable a la validez constitucional de la norma, toda vez que ella se vinculaba en forma necesaria con un fin sustancial del Estado. En otras palabras, no obstante la presunción de inconstitucionalidad de la que se parte, la existencia de un fin de la mayor relevancia permitía justificar la restricción que se imponía.

### c) Edad

La Corte Suprema ha abordado casos en los que se establecían límites máximos de edad para ejercer una actividad. En ellos no se consideró que se tratara de un grupo vulnerable, al menos en lo que se refería al derecho que estaba en juego y aplicó un examen de razonabilidad, con resultados variables.

Tal vez una precisión pueda hacerse en lo relativo al derecho que se encuentra en juego. Los ancianos pueden experimentar dificultades de acceso a determinados derechos de prestación (el derecho a la salud o a beneficios previsionales) y en tales casos podrían ser pensados como una categoría vulnerable, que exige un estándar más exigente de análisis que el de mera razonabilidad. Cabe señalar que el constituyente identificó a este colectivo como digno de una mayor protección, al punto que los menciona como posibles beneficiarios de medidas de acción afirmativa (art. 75 inc. 23). Algunos ordenamientos locales incluyen a la edad como motivo especialmente prohibido de discriminación.<sup>36</sup>

En el caso “Domínguez”,<sup>37</sup> en que se discutía la constitucionalidad de la nor-

35. Específicamente, señaló que “[u]n fin que debe necesariamente alcanzar el Estado es, entonces, desalentar y contrarrestar el desarrollo de prácticas que promuevan el odio racial o religioso, y la sujeción o eliminación de personas por el hecho de pertenecer a un grupo definido por algunas de las características mencionadas” (esto es, los grupos nacionales o religiosos perseguidos por el nazismo) (v. considerando 7°).

36. Tal es el caso del artículo 11 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad tuvo oportunidad de referirse a la edad, fijada como requisito restrictivo de derechos, en el caso “Salgado, Graciela B. c/ GCBA” del 21/11/2001 (disponible en [www.tsjbaires.gov.ar](http://www.tsjbaires.gov.ar)). Para una crítica de la aplicación de este análisis a las distinciones por edad, véase: SCHVARTZMAN, Sebastián, “¿Debe ser la edad considerada una categoría sospechosa?”, *La Ley* 2002-F-455.

37. In re “Domínguez, Alberto Roberto c/ U.N.R. s/ recurso de amparo” del 15/10/1985 (Fallos

ma que impone el cese de los docentes universitarios al cumplir 65 años de edad, la Procuración General de la Nación –a cuyos fundamentos se remitió la Corte– sostuvo que “se trata de una limitación que se impone sobre la generalidad unánime del claustro, sin atender a diferencias personales de especie alguna y no obedece a ánimo persecutorio de ninguna índole, sino que está concebida al margen de su eventual grado de acierto, que no cabe aquí analizar, únicamente como una pauta no irrazonable de organización de la carrera docente universitaria”. En esta oportunidad, el Tribunal siguió un estándar leve de escrutinio, deferente al criterio legislativo.

Pareció ir hacia un análisis algo más intenso –aunque sin abandonar el examen de mera razonabilidad– en el caso “Franco”.<sup>38</sup> En esa oportunidad se discutía la validez constitucional de la normativa que exigía el retiro de los escribanos de la provincia de Buenos Aires que alcanzaran los 75 años de edad. La Corte enuncia que el estándar que aplicará es que una reglamentación es válida en cuanto guarde adecuada proporción con la necesidad de tutelar el interés público comprometido, y no desnaturalice el derecho constitucional en juego (en el caso, el derecho de trabajar). En el caso, la Corte entendió que la norma provincial cuestionada estableció una suerte de presunción *iuris et de iure* de que quienes alcanzaban esa edad estaban imposibilitados para ejercer la función notarial y que, por esa razón, resultaba arbitraria debido a su generalidad y falta de sustento racional, además de vulnerar el derecho de trabajar y el de igualdad ante la ley, consagrados en la Constitución Nacional y en tratados internacionales de jerarquía constitucional. Según la Corte, tal arbitrariedad radicaba en que la limitación temporal para el ejercicio de la profesión de escribano no guardaba adecuada proporción con la necesidad de tutelar el interés público comprometido, pues se entendió que el solo hecho de alcanzar los 75 años de edad no revela ausencia de condiciones para cumplir dicha función; además, la propia ley que regulaba el notariado preveía mecanismos para separar a los escribanos que eran inhábiles para desempeñar la profesión. Por tal razón, la Corte estimó irrazonable la existencia de un requisito de edad máxima para ejercer la actividad. Posiblemente ello fuera así porque, aun dentro de las limitaciones del análisis de mera razonabilidad, se consideró que la restricción cuestionada traía aparejada la total supresión del derecho, lo cual importa un umbral que, de no ser superado, acarrea la inconstitucionalidad de la restricción.

Ahora bien, en estos casos la Corte aplicó un examen de mera razonabilidad, aunque con resultados diferentes. No hizo falta acudir a un test que contemplara categorías sospechosas con la carga agravada que significa. Ello es así, en tanto la

---

307:1963).

38. Un comentario crítico al fallo puede verse en: CLÉRICO, Laura, “Las ausencias argumentativas de la Corte Suprema en el caso ‘Franco’: sobre las limitaciones a las concesiones de los registros públicos notariales provinciales”, JA 2003-II-467.

edad no necesariamente implica la consagración de un estereotipo o la existencia de una situación de vulnerabilidad social. Ello puede ocurrir, sin embargo, en relación con el acceso a ciertos derechos, donde ciertos grupos etarios (en particular, personas mayores o niños y adolescentes) pueden verse en situación de desprotección. Ello es particularmente así en el caso del derecho a la salud o en el derecho a la educación, donde la existencia de barreras de hecho para su ejercicio por parte de esos colectivos podría justificar el empleo de un test más exigente.

Cabe agregar que, a partir de la previsión del artículo 75 inciso 23 CN, que menciona a los niños y ancianos, podría construirse la noción de que estos colectivos se encuentran en situación de vulnerabilidad y deberían conducir a la aplicación, frente a determinado tipo de derechos necesarios para el desarrollo de su personalidad, de un escrutinio estricto.

#### **d) Pueblos originarios**

Aunque no existen casos que aborden la situación de este colectivo desde el punto de vista de la igualdad, existen fuertes razones constitucionales para considerarlos un grupo vulnerable y necesitado de especial protección desde el sistema jurídico.

En rigor, algunos precedentes recientes abordan la situación de este colectivo desde la perspectiva de sus derechos más esenciales, que son desconocidos en forma sistemática. En un caso reciente, la Corte Suprema concedió una medida cautelar, ordenando al Estado nacional y a la provincia del Chaco la provisión de agua potable y alimentos a comunidades de pueblos originarios que habitaban una región de esa provincia afectada por una emergencia extrema, así como la provisión de medios de transporte y comunicación adecuados hacia los puestos sanitarios.<sup>39</sup> Aunque se trataba de una medida cautelar, la decisión toma en cuenta la particular vulnerabilidad de este grupo, que por sus características puede constituir una categoría sospechosa de discriminación, en tanto existe una situación de omisión o acción insuficiente por parte de los poderes públicos. Tal conducta estatal debería ser evaluada a la luz del escrutinio estricto.

Este criterio de análisis constitucional se justifica tanto más cuanto que la situación de estos pueblos ha sido objeto de especial atención por parte del constituyente. En efecto, el artículo 75 inciso 17 CN reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y consagra una serie de derechos específicos, tales como el respeto de su identidad, la educación bilingüe e intercultural, la personería jurídica de sus comunidades, la propiedad comunitaria de sus tierras,

39. "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento", del 18/09/2007, Fallos 330:134.



así como su participación en la gestión de sus recursos naturales. El reconocimiento constitucional se complementa con las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos, que específicamente mencionan al origen étnico o racial como motivos expresamente prohibidos de discriminación.

### **e) Personas con discapacidad**

En general, el abordaje de esta problemática resulta susceptible de ser analizado bajo los cánones del escrutinio estricto. Existen fundamentos que pueden extraerse tanto de la Constitución como de los tratados de derechos humanos. En cuanto a la primera, podría sostenerse que el constituyente considera que se trata de un grupo vulnerable, que ve seriamente dificultada su participación plena en la vida económica, social y cultural. En función de ello, se habilita al legislador a adoptar medidas de acción afirmativa a su respecto (art. 75 inc. 23 CN). Por otra parte, también puede construirse, a partir de la interpretación de los instrumentos internacionales, que la discapacidad constituye un motivo prohibido de discriminación<sup>40</sup>. Además, en el plano infraconstitucional, la situación de las personas con discapacidad puede vincularse con la prohibición de discriminación por caracteres físicos, que están previstos como motivos de discriminación explícitamente prohibidos en el artículo 1° de la Ley N° 23.592.

La situación de este colectivo justifica la utilización de un análisis más intensivo ante distinciones que los desfavorecen. La Corte, sin embargo, ha utilizado un criterio de mera razonabilidad que, en su aplicación al caso concreto, no impidió llegar a una solución favorable a las personas que sufrían algún tipo de restricción a sus derechos derivada de sus condiciones físicas.

El primer caso sobre el cual interesa detenerse es “Almirón”,<sup>41</sup> en el que se cuestionaba la denegatoria de un certificado de aptitud psicofísica exigido por una resolución ministerial, a fin de ingresar al profesorado de geografía, en razón de que la aspirante carecía completamente de visión en un ojo. La Corte aplicó un análisis de mera razonabilidad, y sostuvo que “la exigencia de visión en los dos

40. En tal sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General N° 5, se refirió a las personas con discapacidad y entendió que estaban implícitamente protegidas por la Declaración Universal de Derechos Humanos (que sienta el principio de que todas las personas son iguales en dignidad y derechos) o el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su art. 2.2, al referirse a “cualquier otra condición social” permite extender sus disposiciones a este grupo de personas (v. párrafo 5). En el plano suprallegal, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, está en consonancia con esta comprensión del tema.

41. In re “Almirón, Gregoria c/ Nación Argentina”, Fallos 305:1489 (1983).

ojos no guarda *relación de proporción con el objetivo* de estudiar el profesorado de geografía, y por el contrario, significa un atentado, en el caso, al pleno ejercicio de los derechos de aprender y enseñar consagrados por el artículo 14 de la Constitución Nacional” (considerando 6°; lo destacado no es del original), añadiendo que “ello se agrava aun más cuando, como surge del escrito del recurso [presentado por la dependencia estatal demandada], no se presentan argumentos que justifiquen un mayor debate sobre el tema y las razones que se esgrimen para avalar la prohibición son inconsistentes –presunta dificultad para distinguir una maqueta de relieve– e irrelevantes –eventual ceguera por la entrada de un cuerpo extraño en el ojo sano o irritación del mismo debido al polvo que se desprende del pizarrón al borrar–” (considerando 7°).

Al respecto, debe hacerse un señalamiento en cuanto a que el caso no fue abordado como una hipótesis de violación de la igualdad, sino como una restricción irrazonable del derecho de enseñar y aprender. Sin embargo, la solución puede ser construida como una restricción a la igualdad, en tanto se restringe el acceso sobre bases igualitarias del derecho de aprender en perjuicio de una persona que padece una discapacidad. En tal contexto, debe advertirse que, aun aplicando el examen de razonabilidad –todavía faltaban años para que la Corte desarrollara el escrutinio estricto como método de análisis– el Alto Tribunal pudo extraer la conclusión contraria a la validez de la reglamentación estatal, no obstante la regla epistémica que establece que, en caso de dudas, prevalece la presunción de constitucionalidad.

Otro caso que puede resultar ilustrativo presenta puntos de contacto con el anterior, en tanto se cuestionaba la misma norma general (la resolución ministerial que establecía requisitos de aptitud psicofísica para estudiar el profesorado), es “Arenzon”.<sup>42</sup> Aquí el requisito cuestionado era la exigencia de una altura mínima para obtener el certificado pertinente. Nuevamente, aparece aquí un requisito que puede ser considerado como discriminatorio –en razón de los caracteres físicos–, en tanto impedía al actor el goce de un derecho constitucional. Al respecto, la Corte siguió un razonamiento parecido al del caso anterior, pues sostuvo que “la negativa de extender el certificado de aptitud psicofísica, fundada exclusivamente en la estatura del actor –1,48 m– *no guarda razonable relación con el objetivo* de estudiar el profesorado de matemáticas y astronomía e importa una limitación arbitraria de los derechos de enseñar y aprender, contemplados en el artículo 14 de la Ley Fundamental, que excede la facultad reglamentaria de la Administración” (considerando 5°; lo destacado no es del original). También aquí se emplea un análisis de razonabilidad y se añade que “la recurrente no puso de manifiesto a lo largo del proceso los estudios y fundamentos técnicos que invoca y que justificarían una mayor amplitud de debate o de prueba” y observó que las razones aportadas por la Administración

42. In re “Arenzon, Gabriel Darío c/ Nación Argentina”, Fallos 306:400 (1984).

eran insustanciales. Aunque el caso podría ser leído en clave de violación del derecho de igualdad, nos interesa observar que el análisis de razonabilidad no prescinde de evaluar las razones que puedan justificar la medida, y que la ausencia de tales razones puede llevar a sostener que ella es inconstitucional.

#### **f) Motivos gremiales**

En fecha reciente la Corte Suprema tuvo oportunidad de referirse a un supuesto de discriminación basado en motivos gremiales. En el caso “Alvarez”<sup>43</sup> el Tribunal se refirió a los fundamentos del principio de igualdad y no discriminación, de conformidad con la Constitución Nacional y el derecho internacional de los derechos humanos. Dado que desde el punto de vista fáctico se consideró demostrado que la empleadora había despedido a un grupo de trabajadores en razón de su pertenencia a una entidad gremial, la cuestión se orientó hacia la aplicación de la Ley N° 23.592 al ámbito de las relaciones laborales. Dicha ley prevé como remedio, frente al acto discriminatorio, que los tribunales dispongan el cese de dicha conducta. Parte de la fundamentación del fallo radicó en establecer que era admisible la reincorporación del trabajador como remedio frente a un despido basado en causas discriminatorias. Sin embargo, en el caso no fue necesario acudir al escrutinio estricto: ante la comprobación de que la demandada había incurrido en discriminación, la cuestión se redujo a establecer cuál debía ser el remedio adecuado: la reinstalación en el puesto de trabajo –criterio que sostuvo la mayoría– o una indemnización agravada –criterio que sostuvo la disidencia.

#### **g) Orientación sexual**

En lo relativo a la orientación sexual, algunos han postulado que podría considerarse que las normas que desfavorecen a minorías sexuales deben ser valoradas a la luz del escrutinio estricto. Un fundamento normativo para ello podría extraerse de las normas internacionales que, al referirse a los motivos especialmente prohibidos de discriminación, se refieren a “cualquier otra condición social”.<sup>44</sup> Tal posición resulta plausible, pues se verifica respecto de estos grupos una situación de vulne-

43. In re “Alvarez, Maximiliano y otros c/ CENCOSUD S.A. s/ acción de amparo”, del 7/12/2010.

44. Art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sostiene esta interpretación, por la que la orientación sexual podría ser incluida en dicha prohibición, Clérico, Laura, “El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía” en ALDAO, Martín y CLÉRICO, Laura (coordinadores), *Matrimonio Igualitario. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010, p. 145, esp. p. 159.

rabilidad como resultado de prejuicios y estereotipos que impiden el pleno ejercicio de sus derechos.

El argumento igualitario jugó un papel sustancial en los debates acerca de la inconstitucionalidad de las normas civiles que impedían el matrimonio entre personas del mismo sexo. Buena parte de los argumentos de quienes defendían esa restricción se basaban en prejuicios o estereotipos respecto de las minorías sexuales que no podían ejercer su derecho a contraer matrimonio. Aunque el tema no llegó a debatirse en la Corte Suprema,<sup>45</sup> algunos fallos de instancias anteriores utilizaron un análisis estricto a fin de examinar la validez constitucional de las normas impugnadas.<sup>46</sup>

## h) Pobreza

Existen buenos fundamentos normativos para sostener que la pobreza puede constituir una categoría sospechosa. En tal sentido, entre los motivos especialmente prohibidos de discriminación previstos en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, aparece la “posición económica”. Esta categoría suele aparecer más en supuestos de discriminaciones de facto, en los que el acceso a ciertos derechos por parte de ciertos sectores de la población puede verse excluido por razones socioeconómicas.<sup>47</sup> Una hipótesis común es la del acceso a la justicia, derecho que a la vez es la puerta para reclamar por otros derechos: la inexistencia de servicios legales gratuitos puede ser determinante de la imposibilidad de acceder a ciertos derechos.<sup>48</sup>

45. Existían dos casos pendientes de tratamiento ante el Alto Tribunal: “Rachid, María de la Cruz y otro c/ Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ medidas precautorias” (Fallos 333:1474) y “Vannelli, Alejandro Jorge y otro c/ Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ medidas precautorias”. Ante el dictado de la Ley N° 26.618 (que consagró el matrimonio igualitario) la Corte declaró inoficioso el pronunciamiento sobre la cuestión federal planteada (sentencias del 24/08/2010).

46. Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a cargo de la Dra. Gabriela Seijas, autos “Freyre, A. c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, del 10/11/2009.

47. Argumenta a favor de considerar a la pobreza como categoría sospechosa: Maurino, Gustavo, “Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes”, en ALEGRE, Marcelo y GARGARELLA, Roberto (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, p. 313.

48. Este enfoque está presente en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad, adoptadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (2008), donde no sólo se menciona a la pobreza como limitante del acceso a la justicia, sino también a categorías de personas vulnerables de acuerdo con los criterios de edad, discapacidad, pertenencia a comunidades indígenas, víctimas de delitos, migrantes, género, pertenencia a minorías y privados

Las situaciones de pobreza plantean una cuestión de estrategia: podrían abordarse desde la perspectiva del derecho de igualdad (y construir a partir de ahí la existencia de una categoría sospechosa) o bien la cuestión puede ser analizada desde la perspectiva del otro derecho en juego. Así, en “Reyes Aguilera” el voto de los ministros Zaffaroni y Fayt abordó la cuestión desde el punto de vista del derecho a la seguridad social (intrínsecamente vinculado al derecho a la vida), donde tradicionalmente se ha sostenido un criterio amplio, a fin de evitar que el rigor de los razonamientos pueda llevar al desconocimiento de algún derecho. En tal sentido, el análisis de razonabilidad del requisito que se ponía en tela de juicio (la residencia en el país durante 20 años) fue considerado equivalente a la supresión del derecho, sin referirse a la cuestión como un problema de igualdad.

## V. ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES EN LOS ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD

### V.a. Argumentación constitucional y carga de la prueba

En aquellos casos en que se aplicó el escrutinio estricto la Corte habló de una inversión de la carga de la prueba (o, lo que es lo mismo, del *onus probandi*). Tal vez sea más apropiado hablar de carga de la argumentación, en la medida en que lo que se exige de quien defiende la validez de la norma es que proporcione las razones que la justifican. Ello es, en realidad, una cuestión de derecho<sup>49</sup>, que los tribunales pueden suplir a través de los métodos habituales de interpretación jurídica, en particular, el análisis de las fuentes de la norma o de los propósitos del legislador que resulten de los debates parlamentarios, o bien de la motivación en el caso de actos de alcance general.

Al referirse a la carga de la prueba en el proceso administrativo, observa Hutchinson que el principio de presunción de legitimidad del acto administrativo no altera la obligación de probar a cargo de quien alega hechos constitutivos o los impeditivos, extintivos y excluyentes. Por ello, si el particular afirma un hecho o alega la existencia de vicios en el acto administrativo, es a él a quien corresponderá demostrarlo. Del mismo modo, si la Administración alega un hecho (por ej. que un empleado incurrió en una falta disciplinaria), también debe demostrarlo,<sup>50</sup> lo que

---

de la libertad.

49. Ver en este sentido, la posición de Ibarlucía, Emilio, “Acerca de los nuevos escrutinios de control de constitucionalidad”, ED 2006-434.

50. HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, Tomo III, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, pp. 57-61.

generalmente ocurrirá a través del expediente administrativo donde se debía recabar la prueba pertinente que daba sustento a su accionar.

Precisamente, en “Arenzón”, en que la Administración demandada alegaba la existencia de “estudios y fundamentos técnicos” que justificaban la exigencia reglamentaria de una altura mínima en los aspirantes a estudiar un profesorado de matemática, la Corte puso de relieve que aquella no los había puesto de manifiesto a lo largo del proceso. Tal omisión fue fatal para la suerte del recurso interpuesto por el Estado.

En este orden de consideraciones, resulta ilustrativo el dictamen del Procurador General de la Nación en el antes mencionado caso “Almirón”. Allí puso de relieve que “*el Ministerio demandado debió acreditar de manera fehaciente, contra la decisión del a quo de estimarla irrazonable, la razonabilidad de la medida en cuestión*” (lo destacado no es del original). Añadió que “*debe distinguirse entre la potestad excluyente del poder administrador de fijar las pautas reglamentarias en las materias de su incumbencia, de la necesidad insoslayable que tiene de fundar, ante los estrados de la justicia, adonde ha sido llevado a pleito, las razones tenidas en cuenta al fijar tales pautas, a fin de que el juzgador pueda valorarlas en el ejercicio de su contralor*” (lo destacado no es del original). Aunque la Corte no lo expresa con igual contundencia, sí señaló que los argumentos expuestos por la demandada eran insuficientes para justificar la restricción impuesta, ya fuera por ser inconsistentes o irrelevantes.

En otras palabras, tanto en el análisis de mera razonabilidad como en el denominado escrutinio estricto, existe una *carga de argumentar* que estará a cargo de la Administración en la medida en que sea ésta quien se encuentre en mejores condiciones de brindar las razones que justifiquen su accionar. Sin embargo, no sólo las razones expuestas en el juicio tendrán relevancia, ya que, tratándose de leyes, los antecedentes parlamentarios constituyen una fuente de interpretación valiosa a fin de conocer la intención legislativa (doctrina de Fallos 325:2386; 328:2627; entre otros). En el caso de un reglamento, la motivación del acto constituirá un elemento de la mayor importancia a fin de establecer si los medios previstos resultan “proporcionalmente adecuados” a su finalidad.<sup>51</sup> Ello es particularmente así cuando están en tela de juicio normas que imponen restricciones a los derechos constitucionales.

51. El artículo 7° inciso e) de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, aplicable tanto a los actos administrativos de alcance general como particular, se refiere a la motivación como la expresión concreta de las razones que inducen a emitir el acto, así como de los hechos y antecedentes que sirven de causa y el derecho aplicable. Además, el artículo 7° inciso f) de dicho cuerpo legal señala que el acto debe cumplir “con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad”.

Lo que variará es la mayor o menor deferencia que tendrán los tribunales hacia las razones que surjan del desarrollo argumental que tenga lugar en el proceso. En un test de mera razonabilidad, razones de conveniencia administrativa pueden desempeñar algún papel relevante, mientras que en el caso del escrutinio estricto, la carga de justificación resulta particularmente agravada.

En realidad, los dos tipos de análisis brindan cada uno una regla epistémica diferente. En el escrutinio estricto, si luego de la argumentación subsisten las dudas, la regla es que la norma es inconstitucional. En cambio, en los supuestos en que se aplica un test de mera razonabilidad, la regla es la inversa: la duda es a favor de la validez de la norma que realiza la distinción.

### **V.b. El objeto de la argumentación**

Al presentar el análisis estricto de constitucionalidad, la Corte Suprema indica una forma de estructurar el debate constitucional cuando se alega una inconstitucionalidad.

El debate gira en torno a los fines de la medida cuya razonabilidad se cuestiona y la validez de los medios empleados para alcanzarlos. En el análisis de mera razonabilidad, los fines pueden ser convenientes, lo cual supone un examen leve o deferente, y los medios deben tener una relación adecuada con la consecución de este fin. En relación con esto último, las clasificaciones no prohibidas, aunque sean opinables, resisten el examen de mera razonabilidad. En estos casos, el juzgador puede desentenderse de que las categorías resulten sobreinclusivas o subinclusivas.

En el escrutinio estricto el test presenta mayores exigencias. Se exige un fin sustancial y medios que promuevan el fin perseguido y que no existan maneras menos restrictivas de alcanzarlo. Tal examen conlleva una presunción de inconstitucionalidad que es *casi* irrefutable.

Aunque no siempre quienes defendían la postura del Estado presentaron una argumentación que considerara los distintos extremos señalados por la Corte, lo cierto es que el planteo efectuado por el Tribunal en precedentes como “Hoofit” y “Gottschau” permite encauzar el debate constitucional a partir de ciertas pautas imparciales. Es oportuno recordar, con el Tribunal Constitucional alemán, que “la interpretación, en particular del derecho constitucional, ... [tiene] el carácter de un discurso, en el que se hacen valer argumentos a los que se contraponen otros argumentos, debiendo darse finalmente predominio a los mejores argumentos”.<sup>52</sup>

En este plano de la argumentación jurídica, el planteamiento de los dos tipos de análisis —que pueden ser vistos como los extremos de un continuo, en que la

52. ALEXY, Robert, *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 35, donde se cita del precedente BVerfGE 82, 30 (p. 38 ss.).

intensidad de la revisión judicial varía según los derechos en juego— permite a las partes de un proceso conocer de qué modo deben presentar las razones en que basan las respectivas posiciones.

## VI. ALGUNAS PERSPECTIVAS DEL ESCRUTINIO ESTRICTO

### VI.a. Las desigualdades de iure y de facto

Ahora bien, los casos a los que nos hemos referido plantean la existencia de una clasificación que proviene del texto de la norma. Es ésta, al imponer determinados requisitos, la que crea una distinción entre quienes lo poseen y quienes carecen de él, generando así una clasificación que, en ciertos casos especialmente previstos, puede ser considerada sospechosa de inconstitucionalidad.

Un desafío para una agenda igualitaria es combatir la discriminación que resulta de estereotipos, prejuicios o prácticas sociales, que no están expresadas en una norma. En otras palabras, cuando la norma es neutral, pero su aplicación conduce a resultados desiguales, afectando en forma desproporcionada a algún grupo desaventajado. El legislador ha procurado identificar algunos de estos ámbitos estableciendo medidas de acción afirmativa, que ahora tienen una base constitucional expresa en el artículo 75 inciso 23 CN.

Aquí la jurisprudencia de la Corte presenta alguna deficiencia, al menos cuando se trata de desigualdades en que incurre la autoridad administrativa, ya que en diversos casos ha adoptado un principio restrictivo, que sólo examina violaciones a la igualdad que surgen del texto de la norma (esto es desigualdades de iure).<sup>53</sup> En cambio, tratándose de particulares, la existencia del trato desigual debe ser probada. En caso de que se verifique alguno de los motivos explícitamente prohibidos, corresponderá aplicar el análisis estricto, con la carga de justificación agravada que trae aparejada. Sin embargo, es necesario que se demuestre el trato desigual, fundado en alguno de esos motivos; no basta la alegación de discriminación para que opere el escrutinio estricto.

Un caso reciente de la Corte puede ilustrar el punto. En “Alvarez, Maximiliano”, ya citado, se consideró probado —o, al menos, se consideró que ello estaba firme— el hecho de que el despido del trabajador por una empresa privada había tenido su origen en motivos gremiales. En un caso con alguna arista similar —“Pellejero”<sup>54</sup>—

53. Ver GARAY, op. cit. en nota 5.

54. “Pellejero, María Mabel s/ amparo s/ apelación”, del 7/12/2010.



el Alto Tribunal advirtió que la interpretación de normas federales estaba unida a la valoración de determinados extremos fácticos, por lo que consideró necesario examinar estos últimos. En función de ello, se señaló que “en ningún tramo del fallo se explica de qué modo o mediante qué hechos o circunstancias concretas habría quedado patentizado la conducta discriminatoria de la empleadora. Tampoco se individualizan los elementos de juicio incorporados al expediente cuya ponderación podría conducir a tener por probado ese extremo”.<sup>55</sup>

En otras palabras, si bien la aplicación del escrutinio estricto importa una carga difícil de revertir por parte de quien defiende la validez de una clasificación, lo cierto es que, antes de llegar a su aplicación, es menester que quien alegue una situación de discriminación la demuestre fehacientemente. Sólo si tiene éxito en tal cometido, podrá exigirse a su contraria una “justificación suficiente”.

En este punto, es interesante advertir que la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer define la discriminación como “toda distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo, *que tenga por objeto o por resultado* menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” (art. 1º; lo destacado no es del original). La definición da cuenta de que la distinción, que puede provenir de una norma o de patrones socioculturales de conducta, puede tener una finalidad o, simplemente, tener un impacto discriminatorio. El planteo que realiza la Convención, y que podría extenderse a otros grupos desaventajados, pone el énfasis en remediar situaciones de discriminación, no sólo jurídica sino también, y especialmente, fáctica. En este último caso, la discriminación se considera configurada aun cuando no pueda acreditarse que los autores del acto discriminatorio hayan tenido la *intención* de discriminar. En consecuencia, a la luz de la Convención, no es exigible, ante un planteo de discriminación, que se demuestre la finalidad de discriminar a un grupo determinado, siempre que se acredite que la medida tiene un impacto discriminatorio. En este sentido, el caso “Fundación Mujeres en Igualdad c/ Freddo S.A.”<sup>56</sup> resulta paradigmático en cuanto al reconocimiento de un grupo en situación de desventaja (en este caso, por una política empresarial que excluía a

55. Añadió la Corte que “la falta de solidez de la imputación de discriminación que se efectuó en la demanda ha quedado claramente en evidencia en la audiencia celebrada ante el Tribunal, especialmente a través de las respuestas dadas por el representante de la actora a las diversas preguntas que le fueron realizadas”.

56. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, del 16/12/2002. Publicado en La Ley 2003-B-970.

las mujeres en la contratación de personal).<sup>57</sup> Ante la evidencia de una situación de desigualdad, el tribunal actuante exigió que fuera el demandado el que acreditara “con argumentos razonables” su conducta. La omisión de hacerlo llevó a que la sentencia impusiera a la demandada una modificación de sus criterios de contratación de personal.

Aquí interesa destacar que, frente a una distinción, sea ésta de iure o de facto, que se base en alguna de las categorías sospechosas, será posible la aplicación del examen estricto. Desde luego, las dificultades probatorias pueden ser mayores en el caso de las desigualdades de facto, pero el precedente mencionado revela que tal prueba no es de imposible producción. Por lo demás, cabe postular que, las medidas o prácticas que tengan como efecto perjudicar un grupo desaventajado –cualquiera fuera la intención del autor– deberían ser abordadas a la luz de este examen más exigente de constitucionalidad.

#### **VI.b. La aplicación del análisis estricto en las relaciones privadas**

En nuestro país, los derechos constitucionales tienen como característica ser bifrontes: son exigibles no sólo frente a la autoridad, sino también frente a las demás personas. La Constitución Nacional se refiere en su artículo 43 al amparo como vía procesal para remediar violaciones de derechos, tanto por parte de autoridades públicas como de particulares. Tal posición frente a los derechos había sido firmemente establecida en el caso “Kot” (Fallos 241:291), donde se sostuvo que “[n]ada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados ‘derechos humanos’ –porque son los derechos esenciales del hombre– esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, *lato sensu*, carezca de la protección constitucional adecuada [...] por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos”.

En el derecho internacional de los derechos humanos se reconoce que los Estados tienen una obligación de garantizar el goce y pleno ejercicio de los derechos humanos. Tal obligación es entendida en el sentido de que los Estados tienen

57. El tribunal interviniente advirtió que en el caso sometido a su consideración “la discriminación no se encuentra en las normas sino en los hechos, esto es, en la conducta desplegada durante años por la demandada, prefiriendo la contratación de empleados de sexo masculino, en una proporción tan considerable que torna irrazonable el margen de discrecionalidad que cabe concederle al empleador en la selección de su personal. Más aún si se tiene presente la presunción de discriminación referida precedentemente, que se produce cuando quienes se encuentran en la situación desigual pertenecen a grupos que históricamente se encontraron en desventaja” (lo destacado no es del original).

el deber de “organizar todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, si es posible, el restablecimiento del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de derechos humanos”.<sup>58</sup>

Es posible interpretar que, en un sentido convergente con la interpretación de la Corte Suprema, que esta obligación de *garantizar* los derechos exige del Estado una conducta atenta en cuanto a la prevención y sanción de violaciones a los derechos (entre los cuales se encuentra, obviamente, el derecho de igualdad y no discriminación), sea que tal violación provenga del Estado o de particulares.

En el caso “Alvarez”, ya mencionado a propósito de la discriminación por motivos gremiales, se planteó la aplicación de las normas antidiscriminatorias al ámbito de las relaciones laborales privadas. En tal oportunidad, luego de recordar que el principio de igualdad y no discriminación pertenece al *ius cogens*, de carácter imperativo para los Estados, acarrea para éstos entre otras obligaciones, “el ejercicio de un ‘deber especial’ de protección con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias” (considerando 4° del voto mayoritario).

Ello abre la perspectiva de que, frente a una situación de discriminación en el ámbito privado, se pueda aplicar no sólo el examen de mera razonabilidad, sino también, y muy especialmente, el escrutinio estricto, con su carga agravada de justificación.

## VII. CONSIDERACIONES FINALES

La construcción jurisprudencial del escrutinio estricto, como una forma más exigente de análisis judicial, se alinea con una concepción más robusta de los derechos y con un papel más activo de los jueces en la solución de problemas de discriminación.

Hasta ahora, los casos en que fue empleado este tipo de análisis partían de una concepción individualista de la igualdad, en la que una persona, como integrante de uno de los grupos sospechosos, recibía un trato desigual frente a otras personas que no compartían esa característica. Sin embargo, este tipo de análisis tiene un poten-

58. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Velásquez Rodríguez”, sentencia del 29/07/1988, párrafo 166.

cial valioso como una forma de combatir situaciones de desigualdad estructural, en que son grupos de personas que, en razón de su nacionalidad, sexo, origen nacional o condición económica (o, a menudo, todas ellas combinadas), padecen situaciones discriminatorias.

Una expansión posible del escrutinio estricto puede orientarse hacia la remoción de obstáculos fácticos que impidan el pleno goce de los derechos, en particular debido a la existencia de prácticas, prejuicios o estereotipos. Otro ámbito de aplicación de este test puede referirse a las relaciones privadas, en donde la desigualdad asume contornos más ambiguos. En estos casos será esencial la labor de los operadores jurídicos, en especial los litigantes, en cuanto a la presentación de casos que permitan avanzar una agenda igualitaria en línea con el mandato de no discriminación que es una exigencia no sólo constitucional sino también del derecho internacional de los derechos humanos.