

# IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO

## IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO

Gonzalo Salerno<sup>1</sup> 

<sup>1</sup>Universidad Nacional de Catamarca (UNCA), Catamarca, Argentina.  
Doutor em Direito. E-mail: gonzalosalerno@hotmail.com

**Resumen:** Desde hace muchos años en Argentina, y en general en Latinoamérica, se observa una realidad de pobreza crónica y dramática desigualdad social, manifestándose constantes prácticas discriminatorias estructurales que constituyen una permanente y cruenta vulneración, a gran escala, de derechos fundamentales para la vida en sociedad. La discriminación puede generar o consolidar realidades desiguales y, a la vez, a mayor desigualdad social es mayor la propensión a que determinados grupos excluidos y en situación de vulnerabilidad sean mucho más relegados, acentuándose la inequidad estructural. El constitucionalismo social propone que el Estado no debe permanecer impasible esperando que el mercado sea quien genere condiciones de igualdad real. Debe abandonar su rol abstencionista e indiferente, y comprometerse activamente para remover los obstáculos estructurales de carácter económico, cultural y social que impiden el efectivo goce de los derechos. Se asume entonces la convicción de que sin igualdad de las condiciones sociales de existencia, la pretendida igualdad ante la ley es utópica y/o engañosa. El derecho constitucional argentino, a partir de la reforma de 1994, ha ampliado y fortalecido el ideal de igualdad y el principio de no discriminación, con perspectiva estructural y una mirada más sensible a las necesidades sociales de inclusión. En este nuevo paradigma el art. 75 inc. 23 aporta elementos muy importantes promoviendo la implementación de medidas de acción positiva, a los fines de intentar reducir las desigualdades y proteger a los grupos históricamente discriminados de nuestra sociedad. A 25 años de la reforma constitucional corresponde realizar un análisis reflexivo de esta preocupante realidad.



DOI: /10.20912/rdc.v15i35.3314

Autores convidados

**Palabras clave:** Igualdad y no discriminación. Desigualdad estructural. Acciones positivas.



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

**Abstract:** For many years in Argentina, and in general in Latin America, there is a reality of chronic poverty and dramatic social inequality, manifesting constant discriminatory structural practices that constitute a permanent and bloody violation, on a large scale, of fundamental rights for life in society. Discrimination can generate or consolidate inequitable realities and, at the same time, the greater the social inequality the greater the propensity for certain excluded and vulnerable groups to be much more relegated, accentuating the structural inequality. Social constitutionalism proposes that the State should not remain impassive waiting for the market to generate conditions of real equality. It must abandon its abstentionist and indifferent role, and actively commit to remove the structural obstacles of an economic, cultural and social nature that impede the effective enjoyment of rights. The conviction is assumed that without equalizing the social conditions of existence, the alleged equality before the law is utopian and / or misleading. Argentine constitutional law, since the 1994 reform, has expanded and strengthened the ideal of equality and the principle of non-discrimination, with a structural perspective and a more sensitive look at the social needs of inclusion. In this new paradigm art. 75 inc. 23 provides very important elements promoting the implementation of positive action measures, in order to try to reduce inequalities and protect historically discriminated groups in our society. After 25 years of the constitutional reform, a reflective analysis of this worrisome reality must be made.

**Keywords:** Equality and non-discrimination. Structural inequality. Positive actions.

## **1 Discriminación y desigualdades desde una mirada estructural. Reflexiones iniciales**

La pobreza, la desigualdad e inequidad social, las múltiples manifestaciones de prácticas discriminatorias, la exclusión de muchas personas al efectivo goce y ejercicio de derechos humanos, la insatisfacción de necesidades jurídicas básicas, constituyen preocupaciones fundamentales del Derecho Constitucional Latinoamericano en los últimos tiempos.

La discriminación frecuente y sistemática, en sus diversas maneras y modos de manifestarse, provoca graves daños al tejido social, configurando no solamente una violación a principios y derechos constitucionales y convencionales esenciales del ser humano, sino también importa una agresión contra individuos o grupos sociales y, en definitiva, contra todo el sistema constitucional y democrático de gobierno.

Desde hace muchos años en nuestro país, y en general en Latinoamérica, se observa una realidad de pobreza crónica y dramática desigualdad social, manifestándose constantes prácticas discriminatorias estructurales que constituyen una permanente y cruda vulneración, a gran escala, de derechos fundamentales para la vida en sociedad.

La CIDH considera que la pobreza constituye un serio problema que se traduce en obstáculos para el goce y ejercicio de los derechos humanos en condiciones de igualdad real por parte de las personas, grupos y colectividades que viven en dicha situación. En determinados supuestos, implica además violaciones de derechos humanos que pueden ser atribuidas a la responsabilidad internacional del Estado<sup>1</sup>.

Para la CIDH, teniendo en cuenta los estudios de CEPAL, en 2015 la pobreza habría crecido 4,1% respecto al año anterior. La tendencia es más que alarmante. La región estaría caminando en sentido contrario a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (2015-2030), aprobado por Naciones Unidas, cuya meta número 1 es erradicar la pobreza. Las cifras sobre 2016 y 2017 aún están siendo sistematizadas, pero cabe referir que otros organismos como la FAO y el PNUD, también han manifestado preocupaciones similares<sup>2</sup>.

---

1 CIDH: Informe sobre pobreza 2017. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>

2 América Latina y el Caribe representa la región más desigual del mundo. Diez de los quince países más desiguales del planeta son Latinoamericanos. Ciento setenta y cinco millones de personas son pobres. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>. CIDH: Informe sobre pobreza 2017.

La discriminación puede generar o consolidar realidades desiguales y, a la vez, a mayor desigualdad social es mayor la propensión a que determinados grupos excluidos y en situación de vulnerabilidad sean mucho más relegados, acentuándose la inequidad estructural.

Para Bidart Campos: “la postración desigualitaria es uno de los peores enemigos para el sistema de derechos”. Considera el autor que una sociedad es desigualitaria cuando hay estratificaciones sociales muy endurecidas o rígidas que traban la movilidad social, cuando tiene poblaciones marginales en situaciones de pobreza extrema, miseria, insalubridad, analfabetismo, carencia de bienes elementales para sus necesidades, cuando no existe la igualdad de oportunidades<sup>3</sup>.

Teniendo en cuenta el uso y significado pertinente a la tutela antidiscriminatoria y el sentido normativo-valorativo<sup>4</sup> que, consideramos, debe ser el seleccionado de acuerdo a nuestros fines, citamos el aporte conceptual de Rabossi. El autor considera que: “discriminar supone adoptar una actitud o llevar a cabo una acción prejuiciosa, parcial, injusta, o formular una distinción que, en definitiva, es contraria a algo o a alguien. Discriminar es practicar un tratamiento desigual que no resulta admisible<sup>5</sup>”.

La Constitución Argentina, la Convención Americana, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contienen una definición explícita del concepto de “discriminación”. Así, tomando como base las definiciones establecidas en el Art. 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las

- 
- 3 BIDART CAMPOS, Germán: *Teoría general de los derechos humanos*, Astrea, Bs. As., 1991, p. 292ss.
  - 4 MAURINO, Gustavo: “Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes”, en “*El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*”. ALEGRE y GARGARELLA (coord.). Lexis Nexis, Bs. As., 2007.
  - 5 RABOSSO, Eduardo en: “*El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*”. ALEGRE y GARGARELLA (coord.). Lexis Nexis, Bs. As., 2007, p. 50ss.

Formas de Discriminación Racial y el Art. 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Comité de Derechos Humanos la ha definido como:

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

Según INADI, las conductas sociales discriminatorias pueden consistir en acciones tales como:

a) Crear y/o colaborar en la difusión de estereotipos de cualquier grupo humano por características reales o imaginarias, sean éstas del tipo que fueren, sean positivas o negativas y se vinculen a características innatas o adquiridas.

b) Hostigar, maltratar, aislar, agredir, segregar, excluir, marginar a cualquier miembro de un grupo humano del tipo que fuere por su carácter de miembro de dicho grupo<sup>6</sup>.

Sostiene Sabsay que la discriminación, como conducta contraria al art. 16 de la Carta Magna Argentina, ha alcanzado a partir de la segunda mitad del siglo veinte una nueva y dramática vigencia<sup>7</sup>. Para el autor, la protección del derecho a no ser discriminado y la tutela de los grupos vulnerables, como derecho de tercera generación, se ha visto fortalecida a partir de la reforma de 1994 con la incorporación de la figura del amparo colectivo, la inclusión de la cláusula 23 del art. 75 y las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>8</sup>. Avancemos para analizarlo con mayor profundidad.

6 INADI – APDH: *Discriminación*. Un abordaje didáctico desde los Derechos Humanos. Ministerio de Justicia, Seguridad y DD.HH. de la República Argentina. 2008.

7 SABSAY, Daniel A.: *Tratado Jurisprudencial y doctrinario*. LA LEY, 2010, Tomo I, Págs. 489 y ss.

8 SABSAY, Daniel: *La Argentina estructural*. Proyecto de políticas públicas para el

## 2 Reforma constitucional de 1994. La necesidad de incorporar la tutela colectiva

La reforma de 1994 fue la oportunidad constitucional propicia para la inclusión de una nueva categoría de derechos a la que pertenece el derecho al ambiente, los derechos del consumidor, de los usuarios de servicios públicos, el derecho al desarrollo humano, a una mayor y mejor participación democrática, a no ser discriminado, a la inclusión social, a la paz, a una calidad de vida digna, a la información, al patrimonio cultural, a la tecnología, a la justa distribución de la riqueza, a la eliminación de la pobreza estructural, etc.

Se ha dicho acertadamente que estos intereses tutelados resultan de un consenso en torno a valores que enlazan a los seres humanos a escala universal frente a amenazas también globales. Ya no estamos solamente frente a la presencia de necesidades o prerrogativas individuales dignas de protección constitucional, ni tampoco se tutela únicamente la función social de la persona en su rol de trabajador o de miembro de una familia, por ejemplo, sino que estamos además frente a derechos de “incidencia colectiva”, cuyo titular es la sociedad<sup>9</sup>.

El auge del neoliberalismo en el contexto de la mundialización de la economía profundizó la lógica de los extremos, acentuando las asimetrías sociales a escala global. Los avances muy acelerados de la informática, la tecnología y la comunicación; las transacciones comerciales electrónicas y el flujo de divisas; el protagonismo de las multinacionales<sup>10</sup>; los agresivos parámetros de producción, consumo y crecimiento económico; etc., fueron provocando directa e indirectamente su contracara: pobreza, desigualdad, desempleo, desintegración social, situaciones lesivas a los consumidores y usuarios, discriminaciones a

---

mediano y largo plazo. Justicia. EDICON. Bs. As. 2018, p. 85ss.

9 BAIGORRÍ, José Antonio: *Los Derechos Humanos*. Un proyecto inacabado”. Ediciones del Laberinto, España, 2001, p. 46ss.

10 LORENZETTI, Ricardo Luis: *Justicia colectiva*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 13 ss.

grupos vulnerables, alteraciones ambientales y puesta en peligro de la vida útil y funcionalidad de los recursos naturales y culturales, entre otras implicancias.

Según Bidart Campos, la tan esperada reforma respondió a esta realidad ampliando, actualizando y reforzando el núcleo ideológico de la CN, su sustrato axiológico. Se afianzó el constitucionalismo social, “*aggiornado*” con visiones modernas, en las que la comunidad toda y los colectivos sociales adquieren una dimensión fundamental, sin dejar de prestar atención a la persona individualmente considerada y al hombre en su rol y actuación social. Comenzamos a hablar de una nueva etapa del constitucionalismo, en su versión contemporánea, con vocación y mirada colectiva<sup>11</sup>.

Así, entonces, reconociendo el piso axiológico ya afirmado en las sociedades contemporáneas, que tiene origen en el liberalismo clásico de la Constitución originaria, adhiere definitivamente al constitucionalismo social, pero no solamente al de hace varias décadas, que se había introducido livianamente en 1957, sino además a este movimiento contemporáneo que se basa también en la solidaridad, la participación democrática, la justicia social y distributiva, la igualdad real de oportunidades, los derechos colectivos, etc<sup>12</sup>.

Además, ya no solamente será la CN la norma máxima en Argentina, sino que esa posición superior estará compartida con los instrumentos internacionales de derechos humanos que en el art. 75 inc. 22 se incorporaron expresamente. Por otra parte, se dispuso también la posibilidad de que luego el Congreso le asigne a otros Tratados y Convenciones sobre derechos humanos jerarquía constitucional<sup>13</sup>. Ello

---

11 GIL DOMÍNGUEZ, Andrés: *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Ediar, Bs. As., 2005.

12 *Constitución de la Nación Argentina. A 25 años de la reforma de 1994. Evolución doctrinal y jurisprudencial*. Coord. MANILI, Pablo. Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

13 Fueron incorporados, desde la reforma hasta la fecha: Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas; Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad; Convención Internacional sobre los

provocó un fortalecimiento del marco axiológico y una reconfiguración positiva del bloque de constitucionalidad federal<sup>14</sup>.

Por último, debe mencionarse la incorporación constitucional de la acción de amparo como herramienta de garantía para la tutela de los derechos colectivos. Con relación a lo que en esta oportunidad nos interesa puntualmente, destacamos lo dispuesto por el art. 43 en cuanto dispone que: "...podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general...".

### 3 Los nuevos paradigmas igualitarios en la Constitución Nacional

Prácticamente coincide la doctrina en reconocer que el tratamiento constitucional a la igualdad (originariamente art. 15 y especialmente art. 16 de la CN de 1853/60), ha sido considerablemente ampliado y enriquecido en los últimos años con los aportes de los arts. 14 bis (1957), 37, 43 y 75 incisos 17, 19 y 23 (1994)<sup>15</sup>. Debemos agregar los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados con jerarquía constitucional, que han contribuido significativamente a reforzar el plexo normativo en materia de tutela de este principio/derecho fundamental del constitucionalismo<sup>16</sup>.

Nos dedicaremos a analizar especialmente el art. 75 inc. 23, que establece: corresponde al Congreso... "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta

---

derechos de las personas con discapacidad.

14 BIDART CAMPOS, Germán J.: *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Bs. As., 1995.

15 MEDINA, Graciela: Vulnerabilidad, control de constitucionalidad y reglas de prueba. *Revista LA LEY*, 2016-F.

16 Por ej.: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. 2); Declaración Universal de DD. HH. (Arts. 1º y 7); Convención Americana sobre DD. HH. (Arts. 1.1., 1.2, 24); Pacto I. de DESC (Arts. 2.2, 3); Pacto I. de D. Civiles y Políticos (Arts. 2.1, 3, 24, 26, 27).

Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

El constitucionalismo social, como vimos, postula que el Estado no debe permanecer impasible esperando que el mercado sea quien genere condiciones de igualdad real. Debe abandonar su rol abstencionista e indiferente, y comprometerse activamente para remover los obstáculos estructurales de carácter económico, cultural y social que impiden el efectivo goce de los derechos. Se asume entonces la convicción de que sin igualación de las condiciones sociales de existencia, la pretendida igualdad ante la ley es utópica y/o engañosa<sup>17</sup>.

El principio de igualdad se vio fortalecido a partir de 1994. A través del art. 75 inc. 23 la CN promueve la implementación de medidas de acción positiva que deben atender preferentemente la situación de grupos identificados como especialmente sensibles y desaventajados, destinatarios de acciones que promuevan una mayor posibilidad de goce y ejercicio de derechos fundamentales.

Consideramos pertinente recurrir a un importante sector de la doctrina que, en los últimos años, ha comenzado a proponer la necesidad de un análisis, interpretación y aplicación de la igualdad con una mirada estructural y no solamente la óptica individual como venía prevaleciendo. Para Saba, la visión estructural se incorporó con el objetivo de comenzar a dar respuestas a la falta de acceso a derechos que padecen muchos grupos de personas debido a una práctica social compleja y sistemática, cargada de prejuicios y creencias, que desplaza a mujeres, discapacitados, indígenas u otros grupos excluyéndolos de empleos, funciones, actividades, espacios, servicios, etc.<sup>18</sup>.

---

17 ROSATTI, Horacio: *Tratado de Derecho Constitucional*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, p. 169ss.

18 SABA, Roberto: *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Siglo veintiuno. Bs. As. 2016.

El autor propone distinguir entre la idea tradicional de igualdad como no-discriminación y la igualdad como no-sometimiento. Consiste en la incorporación de una nueva estrategia, complementaria al ideal constitucional de igualdad, que permite la posibilidad de que el Estado realice distinciones y justifique la adopción de medidas tendientes a la búsqueda de una igualdad estructural, evitando la conformación o consolidación de grupos que excluyen sistemáticamente a otros impidiendo el goce y ejercicio de sus derechos.

Las dos miradas no se excluyen; todo lo contrario, se necesitan y, de algún modo, se complementan y monitorean una a la otra. A nosotros nos interesa concentrarnos, en esta oportunidad, en la estrategia que aconseja preocuparse por la desigualdad estructural y la subordinación sistémica que se observa de determinados grupos en situación de vulnerabilidad en nuestra sociedad. Y es el modelo que, como venimos mostrando, se ha pretendido plasmar en 1994<sup>19</sup>. El Estado, y los particulares, deberán evitar que por acciones u omisiones se consoliden o acentúen estas situaciones de subordinación y, además, deberán implementarse medidas que garanticen la disminución de las desigualdades.

Para Grosman, la igualdad real de oportunidades que contempló la CN a partir de la reforma es la igualdad estructural de oportunidades. Atiende a la estructura social y aspira a modificarla mediante la provisión de beneficios sociales financiados con fondos públicos<sup>20</sup>. Más que una faceta de la igualdad antidiscriminatoria, o una idea complementaria, para el autor es un paradigma más amplio y superador<sup>21</sup>. Es un

---

19 SALERNO, Gonzalo: *Constitución de la Nación Argentina. A 25 años de la reforma de 1994. Evolución doctrinal y jurisprudencial*. Coord. MANILI, Pablo. Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

20 HOLMES – SUNSTEIN: *El costo de los derechos*. Siglo veintiuno, Bs. As., 2011.

21 GROSMAN, Lucas S.: *Escasez e Igualdad*. Los derechos sociales en la Constitución. LIBRARIA, Bs. As., 2008, pág. 79.

ideal social y colectivo de desarrollo humano, un mandato que fue incorporado en 1994<sup>22</sup>.

El Estado se propone no mantenerse neutral e indiferente ante la vulneración de derechos de las minorías desaventajadas. No debiera contentarse con ofrecer igualdad de oportunidades en el punto de partida sin prestar atención a los resultados que luego se obtienen y, por tanto, al mayor o menor aprovechamiento de esas oportunidades supuestamente garantizadas al inicio. Deberá procurar una mirada más social del fenómeno discriminatorio, con su complejidad, que se armonice con los demás ideales constitucionales y que acompañe al sector de atención prioritaria hacia la satisfacción de sus necesidades<sup>23</sup>.

En este sentido, considera Cayuso que la norma que estamos analizando introdujo el concepto jurídico indeterminado de igualdad real de oportunidades con el fin u objetivo de alcanzar la igualdad fáctica considerada, de tal modo, un fin constitucionalmente legítimo. Reconoce al Estado como sujeto obligado a su implementación<sup>24</sup>.

Para Freedman, según el esquema de tutela de la igualdad luego de la reforma de 1994, debe garantizarse que los grupos desventajados accedan de igual manera a la educación, a la enseñanza, al ejercicio de la función pública, a los cargos electivos, y participen de forma igual en las cuestiones públicas<sup>25</sup>.

Reafirma Maurino la valoración que venimos haciendo del cambio cualitativo consagrado en nuestra CN, en 1994. Destaca, por un lado, la incorporación explícita de la igualdad de oportunidades como valor constitucional y la correlativa habilitación de las acciones

---

22 ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed. Trotta, Madrid, 2014.

23 ROSSETTI, Andrés; ÁLVAREZ, Magdalena: *Derecho a la igualdad*. Un análisis desde el método de casos. Advocatus, Córdoba, 2010.

24 CAYUSO, Susana en SABSAY, Daniel A.: *Tratado Jurisprudencial y doctrinario*. LA LEY, 2010, Tomo I, Págs. 489 y ss.

25 FREEDMAN, Diego en. *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*. ALONSO REGUEIRA, Enrique, (Director). LA LEY. Bs. As. 2013.

afirmativas como medidas legítimas para neutralizar y rectificar situaciones, prácticas o patrones de desigualdad. Por el otro, la asignación de jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos<sup>26</sup> y la inclusión de una vía procesal específica, como el amparo colectivo, para la tutela antidiscriminatoria<sup>27</sup>.

De la misma manera, el sistema interamericano no sólo propone una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas afirmativas de equiparación.

La CIDH ha sostenido que, de acuerdo con la normativa interamericana para garantizar la igualdad y el principio de no discriminación, los Estados están en la obligación de adoptar medidas de acción afirmativa y de establecer distinciones basadas en desigualdades de hecho para la protección de quienes deben ser protegidos. Caso contrario, la omisión de medidas de acción afirmativa para revertir o cambiar las situaciones discriminatorias, de iure o de facto, en perjuicio de determinado grupo de personas, genera la responsabilidad del Estado<sup>28</sup>.

---

26 Además de las cláusulas antidiscriminatorias en los tratados generales de derechos humanos -que referimos- podemos destacar también aquellos instrumentos específicos, dedicados a la protección de grupos sociales que -por distintos motivos- han requerido una protección reforzada que vaya más allá de la enunciación genérica de la prohibición de discriminación. Por ej.: la Convención sobre la eliminación de discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Interamericana para la Eliminación de discriminación contra las personas con discapacidad, la Convención Interamericana de protección de los adultos mayores. ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed. Trotta, Madrid, 2014.

27 MAURINO, Gustavo: *Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes*, en “El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario. ALEGRE y GARGARELLA (coord.). Lexis Nexis, Bs. As., 2007.

28 La CIDH ha analizado situaciones de discriminación estructural y ha señalado que: “los principios generales de no discriminación e igualdad” reflejados en los artículos

#### 4 La vulnerabilidad estructural como fundamento de protección prioritaria

En Argentina, desde 1994, la Constitución Nacional le asigna al Congreso de la Nación la competencia para el dictado de normas y medidas de acción positiva que promuevan la igualdad real de oportunidades y de trato, en general para toda la sociedad, y en particular especialmente a los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad<sup>29</sup>.

La vulnerabilidad se relaciona con la situación o condición de las personas que le impide gozar y ejercer sus derechos humanos en un pie de igualdad con otras. Su pertenencia a grupos históricamente discriminados o desaventajados le asigna un estatus que debe considerarse preferencial o prioritario al momento de la sanción de las normas, la definición y ejecución de políticas públicas y las decisiones judiciales.

Consideramos que la enumeración que realiza la cláusula que estamos analizando no es taxativa y que la permanente dinámica social puede incorporar nuevos grupos en situación de vulnerabilidad que merezcan tutela prioritaria. A la vez, coincidimos con Amaya y Maurino, en la necesidad de incluir expresamente en nuestro país a la pobreza estructural y crónica como factor prohibido de discriminación<sup>30</sup>.

El art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se refiere a los siguientes factores: “raza, color, sexo, idioma,

---

1 y 24 de la Convención Americana requieren la “adopción de medidas destinadas a superar las desigualdades en la distribución interna y las oportunidades”. Por su parte, la Corte Interamericana ha interpretado que los Estados deben adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”.

29 SALERNO, Gonzalo. *Constitución de la Nación Argentina. A 25 años de la reforma de 1994. Evolución doctrinal y jurisprudencial*. Coord. MANILI, Pablo. Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

30 AMAYA, Jorge Alejandro: Categorías sospechosas, pobreza y derecho a la alimentación. *Revista de Derecho Público*. Los DESC. Rubinzal Editores, Bs. As. 2017.

religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Los obstáculos que deben enfrentar cotidianamente las personas, grupos y colectividades que viven en situación de pobreza se amalgaman entre sí, generando: condiciones de trabajo degradantes y peligrosas; viviendas insalubres; alimentación inadecuada; enfermedades; etc. Todos estos factores repercuten gravemente en el goce efectivo de los derechos<sup>31</sup>. Estos obstáculos se agravan cuando existen acumulación de situaciones de vulnerabilidad, en el caso de grupos históricamente discriminados como: mujeres, niños, indígenas, migrantes, afrodescendientes, personas con discapacidad, población LGBTI, entre otros, sumada la condición de pobreza<sup>32</sup>.

Así, de manera correlativa a la obligación de preservar la libertad y no interferir en el desarrollo de la vida autónoma de las personas, el Estado debe promover las mejores oportunidades para que los ciudadanos puedan elegir y llevar adelante sus planes de vida, modificando o neutralizando las desigualdades que resultan de circunstancias que no deberían determinar o condicionar el desarrollo y vida de las personas<sup>33</sup>.

Excede el marco del presente realizar un pormenorizado desarrollo de cada uno de los grupos vulnerables con tratamiento prioritario referidos en el art. 75 inc. 23, que abarque la observación jurisprudencial correspondiente, el marco legal nacional e internacional

---

31 Para INADI, el sector de la sociedad más desfavorecido encabeza las encuestas como el grupo social más discriminado cotidianamente. INADI. Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo: *Mapa nacional de la discriminación*. 2. ed. CABA, 2014.

32 CIDH: Informe sobre pobreza 2017. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>.

33 MAURINO, Gustavo: Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes, en *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. ALEGRE y GARGARELLA (coord.). Lexis Nexis, Bs. As., 2007.

específico para su tutela y las políticas públicas implementadas en estos 25 años transcurridos desde la reforma.

Por lo tanto, también estamos limitados, en esta oportunidad, para dedicarnos con especial atención al análisis minucioso de la jurisprudencia de nuestro país, que muestre la evolución de los criterios, estándares y pautas establecidas en los últimos años a los fines de la tutela antidiscriminatoria, y que contribuya a aportar material de reflexión con relación a lo que venimos desarrollando. Sin embargo, expondremos una breve reseña de los aspectos más significativos y de los principales fallos de referencia.

Siguiendo a Amaya, observamos que nuestra CSJN, adoptando pautas marcadas con anterioridad por la jurisprudencia de EE.UU. y Europa, ha ido elaborando diferentes criterios de análisis del control de constitucionalidad de las normas respecto del principio de la igualdad. Así, desde hace unos años adquiere cada vez mayor presencia el reconocido criterio del estándar estricto o categoría sospechosa. Consiste, a grandes rasgos, en un formato de revisión exigente que presume la inconstitucionalidad de la norma, práctica, acción u omisión estatal, cuando se realizan distinciones o diferenciaciones basadas en alguna categoría prohibida por el derecho antidiscriminatorio<sup>34</sup>. Deberá el Estado demostrar las razones concretas que fundaron la decisión adoptada, caso contrario no superará el examen de constitucionalidad y convencionalidad.

La Corte ha utilizado este criterio en: “Repetto” (antes de la reforma de 1994); “Calvo y Pessini”; “Hooft”; “Gottschau”; “Mantecón Valdez”. Por citar algunos de los fallos más frecuentemente señalados por la doctrina<sup>35</sup>. A su vez, destacamos otros casos analizados por el

---

34 AMAYA, Jorge Alejandro: Categorías sospechosas, pobreza y derecho a la alimentación. *Revista de Derecho Público*. Los DESC. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017.

35 “Repetto Inés María c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallo 311:2272. “Calvo y Pessini c/Provincia de Córdoba”, Fallo 321:194. “Hooft, Pedro Cornelio c/ Pcia. de Bs. As.”, Fallo 327:5118. “Mantecón Valdés, Julio c/ Estado Nacional”, Fallo 331:1715. Ver

más alto Tribunal, en los que se han utilizado criterios de razonabilidad o escrutinios más leves o intermedios. Por ej.: en situaciones de vulnerabilidad por discapacidad (“Reyes Aguilera”; “Arenzón”)<sup>36</sup>. En cuanto a discriminación basada en el sexo en “González de Delgado” la Corte comienza a delinear una posición tutelar con mirada estructural respecto de la mujer, que luego continúa con “Freddo”<sup>37</sup>.

Más recientemente en “Sisnero” se aplica el control de constitucionalidad estricto y se falla con perspectiva de género y de vulnerabilidad estructural<sup>38</sup>. Con respecto a este último caso, MEDINA opina, y adherimos, que cuando se juzguen hechos en los cuales se encuentra comprometido el derecho a la igualdad y no discriminación de grupos vulnerables, se debe invertir la carga de la fundamentación y de la prueba. Así es como el demandado deberá probar que el acto no es inconstitucional, porque se encuentra justificado por una razón sustancial que no puede ser cumplida de una forma menos restrictiva<sup>39</sup>. Además, en el dictamen de la Procuración en este caso se destaca, entre otros puntos, la necesidad de que las empresas demandadas adopten medidas adecuadas para equilibrar la desigualdad entre hombres y mujeres (convocatorias para mujeres, campañas, cupos, difusión de la sentencia, etc.).

---

análisis de estos fallos en ROSSETTI, Andrés; ÁLVAREZ Magdalena: *Derecho a la igualdad*. Un análisis desde el método de casos. Advocatus, Córdoba, 2010.

36 Reyes Aguilera, Daniela c/ Estado Nacional, Fallo 192:260. “Arenzón, Gabriel c/ Estado Nacional”, Fallo 306:400. Se recomienda ver: MEDINA, Graciela: Vulnerabilidad, control de constitucionalidad y reglas de prueba. *Revista LA LEY*, 2016-F.

37 “González Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba”, Fallo 323:2659. “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo”, Sala H, CNCiv. Bs. As., 16/12/02. SALERNO, Gonzalo: *Constitución de la Nación Argentina. A 25 años de la reforma de 1994. Evolución doctrinal y jurisprudencial*?. Coord. MANILI, Pablo. Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

38 “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Tadelva SRL y otros”, Fallo 337:611.

39 MEDINA, Graciela: Vulnerabilidad, control de constitucionalidad y reglas de prueba. *Revista LA LEY*, 2016-F.

Es en este tipo de situaciones en las que Saba, como vimos, sostiene que debe juzgarse con visión estructural y en tutela del principio de no sometimiento, en el que la pertenencia a este grupo históricamente discriminado y excluido (en este caso la mujer) le asigna un marco de preferencia y protección especial al sector vulnerable, y se “sospecha” que el grupo vulnerador está pretendiendo perpetuar una situación de subordinación sistémica<sup>40</sup>.

Como ejemplo de lo que venimos desarrollando, podemos mencionar a la Ley Nacional 24013, de cupo femenino (cuota de género), sancionada en 1991. Es una clara manifestación de medidas de acción positiva en beneficio de un sector desaventajado, en este caso para garantizar un mayor acceso de la mujer a los cargos políticos, y así disminuir una histórica asimetría estructural y sistémica<sup>41</sup>. En el 2017 la estrategia de discriminación positiva para la participación electoral de la mujer se ve fortalecida con la sanción de la Ley 27412 de paridad de género<sup>42</sup>.

Además, en los últimos tiempos se diseñaron, articularon y comenzaron a implementar una serie de programas, estrategias y métodos, intervenciones, protocolos de acción, organizaciones

40 SABA, Roberto: “*Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*”. Siglo veintiuno. Bs. As. 2016.

41 Nos vemos imposibilitados de analizar los diferentes grupos de atención preferencial, sus características y rasgos particulares, así como las medidas o acciones positivas que se han implementado en los últimos años, en el sentido que venimos analizando.

42 La Ley 24013 permitió un aumento significativo de la participación de la mujer en el ámbito legislativo. El cupo permitió también incorporar perspectivas sociales silenciadas y feminizar la agenda legislativa con miradas y preocupaciones derivadas de la experiencia social de las mujeres. Ha sido fundamental para la aprobación de leyes que amplían derechos de las mujeres, como las de Cupo Sindical Femenino (Ley 25674/02), Salud Sexual y Procreación Responsable (Ley 25673/02), Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley 26061/05), Contracepción Quirúrgica (Ley 26130/06), aprobación del Protocolo Facultativo de la CEDAW (Ley 26171/06) y Protección integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Ley 26485/09). La ley de paridad de género aspira a lograr un nivel mayor de participación igualitaria. CAMINOTTI, Mariana - DEL COGLIANO, Natalia: “*La paridad política en Argentina: avances y desafíos*”. PNUD, Bs. As., 2017.

gubernamentales específicas, observatorios, unidades judiciales, entre otras acciones concretas dirigidas a evitar, prevenir, sancionar prácticas y conductas discriminatorias contra la mujer, y promover en diferentes ámbitos la actuación con perspectiva de género, con vistas a reducir las desigualdades estructurales que los patrones y estándares discriminatorios por motivos de género provocan, con graves consecuencias hacia el grupo determinado y todo el tejido social<sup>43</sup>.

Cabe destacar que en múltiples aspectos es mucho lo que se ha avanzado positivamente, sin embargo también es demasiado lo que todavía queda por hacer, en especial en materia de violencia contra la mujer. El análisis de toda esta compleja realidad excede, evidentemente, los límites de este trabajo.

Por otra parte, debemos destacar que todos los colectivos vulnerables referidos en el art. 75 inc. 23 (niños, ancianos, personas con discapacidad y mujeres) cuentan con una normativa regional específica y actual de protección de sus derechos. Además, a nivel nacional y provincial en los últimos años se han sancionado importantes normas destinadas a regular diferentes aspectos de interés de cada uno de estos grupos sociales.

## 5 A modo de conclusión

El derecho constitucional argentino, a partir de la reforma de 1994, ha ampliado y fortalecido el ideal de igualdad y el principio de no discriminación, con perspectiva estructural y una mirada más sensible a las necesidades sociales de inclusión. En este nuevo paradigma el art. 75 inc. 23 aporta elementos muy importantes a los fines de intentar reducir las desigualdades y proteger a los grupos históricamente discriminados de nuestra sociedad.

Ahora bien, consideramos que todavía es mucho el camino que queda por recorrer, tanto en el ámbito administrativo, como en

---

43 LLOVERAS, Nora: *Violencia y vulnerabilidad. Abordaje transversal y multidisciplinario de las intervenciones*. Alveroni, Córdoba, 2014.

el judicial, y en el diseño, definición e implementación de políticas públicas, para lograr satisfacer los objetivos y fines planteados por el constituyente de 1994.

El escenario socio económico de nuestro país, a 25 años de aquella reforma, nos muestra una imagen tan alarmante como la que, sin dudas, preocupó en su momento al constituyente. La fragmentación social, la dramática desigualdad y asimetría estructural, la pobreza crónica, la exclusión de millones de argentinos que ven insatisfechos derechos elementales caracterizan a una sociedad que demanda con urgencia respuestas.

Se destaca, con sensato entusiasmo y optimismo, una visible madurez y consolidación del sistema, y de muchos institutos que lo integran, adquirida en todos estos años de vida constitucional y democrática que vienen transcurriendo y que merecen ser celebrados. Se deberá trabajar articuladamente entre los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, con firme compromiso y acciones concretas, conjuntamente con los sectores más favorecidos de la sociedad, para intentar alcanzar estándares más elevados de cumplimiento del mandato constitucional, en busca de una sociedad más justa, equitativa, inclusiva y menos desigual.

## **Referências**

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Ed. Trotta, 2014.

ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA Roberto (coord.). *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Lexis Nexis, Bs. As., 2007.

ALONSO REGUEIRA, Enrique (Director). *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*. LA LEY, Bs. As., 2013.

AMAYA, Jorge Alejandro. Categorías sospechosas, pobreza y derecho a la alimentación. *Revista de Derecho Público*. Los DESC. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017.

BAIGORRÍ, José Antonio. *Los Derechos Humanos*. Un proyecto inacabado. Ediciones del Laberinto, España, 2001.

BIDART CAMPOS, Germán. *Teoría general de los derechos humanos*, Astrea, Bs. As., 1991.

CAMINOTTI, Mariana; DEL COGLIANO, Natalia. *La paridad política en Argentina: avances y desafíos*. Buenos Aires: PNUD, 2017.

CIDH. *Informe sobre pobreza 2017*. CIDH: Informe sobre pobreza 2017. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>.

DABOVE, María Isolina (Dir.). *Derechos humanos de las personas mayores*. Acceso a la justicia y protección internacional. ASTREA, Bs. As., 2017.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Ediar, Bs. As., 2005.

GROSMAN, Lucas S. *Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*. LIBRARIA, Bs. As., 2008.

HOLMES – SUNSTEIN. *El costo de los derechos*. Siglo veintiuno, Bs. As., 2011.

INADI – APDH. *Discriminación. Un abordaje didáctico desde los Derechos Humanos*. Ministerio de Justicia, Seguridad y DD.HH. 2008.

INADI. Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo: *Mapa nacional de la discriminación*. 2. ed. CABA, 2014.

JIMÉNEZ, Eduardo. *Igualdad, no discriminación y discapacidad*. EDIAR. Bs. As. 2006.

LLOVERAS, Nora. *Violencia y vulnerabilidad. Abordaje transversal y multidisciplinario de las intervenciones*. Alveroni, Córdoba, 2014.

- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Justicia colectiva*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010.
- MEDINA, Graciela. *Vulnerabilidad, control de constitucionalidad y reglas de prueba*. Revista LA LEY, 2016-F.
- PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons, Madrid, 2012.
- ROSATTI, Horacio. *Tratado de Derecho Constitucional*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017.
- ROSSETTI, Andrés; ÁLVAREZ Magdalena. *Derecho a la igualdad. Un análisis desde el método de casos*. Advocatus, Córdoba, 2010.
- SABA, Roberto. *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*. Siglo veintiuno. Bs. As. 2016.
- SABSAY, Daniel A. *Tratado Jurisprudencial y doctrinario*. LA LEY, 2010, Tomo I.
- SABSAY, Daniel. *La Argentina estructural. Proyecto de políticas públicas para el mediano y largo plazo. Justicia*. EDICON, Bs. As., 2018.
- SALERNO, Gonzalo. *Constitución de la Nación Argentina. A 25 años de la reforma de 1994. Evolución doctrinal y jurisprudencial*. Coord. MANILL, Pablo. Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Hammurabi, Buenos Aires, 2019.