

---

# RECONCEPTUALIZANDO EL PRINCIPIO DE IGUALDAD SUSTANCIAL Y SU INCIDENCIA EN LAS ACCIONES POSITIVAS DEL ESTADO NACIONAL<sup>1</sup>

---

ELIANA M. VILLAGRA<sup>2</sup>

Instituto Nacional de Asociativismo  
y Economía Social (INAES) - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Otoño 2021 |  
Año 5 N° 5 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 35-52

Recibido: 16/12/2020 - Aceptado: 7/3/2021

**Resumen:** El principio de igualdad guarda directa relación con las medidas positivas previstas en nuestra Constitución Nacional desde 1994, y el derecho internacional de los derechos humanos profundizó los alcances de dicho principio en distintos instrumentos internacionales. Sin embargo, la implementación de este tipo de tutela preferencial no ha sido pacífica y se han generado tensiones formulándose discrepancias tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Así, los debates han llevado a una suerte de reconceptualización que ha generado avances concretos en el abordaje y adopción de las medidas positivas, y en dicha reconceptualización del principio de igualdad comienza a

---

<sup>1</sup> El presente ensayo fue presentado por la autora, Eliana M. Villagra, en diciembre de 2020, en la Diplomatura Superior en Abogacía del Estado, Orientación en Asesoramiento Jurídico del Estado PROFAE, de la Escuela de Abogados del Estado (ECAE), de la Procuración del Tesoro de la Nación. Al texto original se le han agregado algunas notas y referencias que habían sido suprimidas en su momento por falta de espacio, y algunas correcciones mínimas pertinentes.

<sup>2</sup> Abogada y Medidora Prejudicial; Maestranda en la Maestría en Derecho Humanos Universidad Nacional de Lanús (UNLa); Asesora legal del Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES), Ministerio de Desarrollo Productivo, Argentina.



aparecer la noción de “igualdad estructural” frente a la visión liberal de igualdad ante la ley. Siendo que subsiste el debate, cabe plantearse si, ¿el debate puede seguir perpetuando el cercenamiento de los derechos fundamentales de los grupos que histórica y sistemáticamente han sido excluidos y postergados?; y si se perpetua, ¿Qué ocurre con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Argentino, respecto a la adopción inmediata de medidas positivas? El presente ensayo analiza el principio de igualdad desde el enfoque de los derechos humanos, indagando a través de la jurisprudencia y doctrina para contribuir en el avance y aplicación de las medidas positivas.

**Palabras clave:** discriminación positiva; principio de igualdad sustancial; políticas públicas; enfoque de derechos

**Abstract:** The principle of equality is directly related to the positive measures provided by our National Constitution since 1994, and international human rights law has deepened the scope of this principle in various international instruments. However, the implementation of this type of preferential guardianship has not been peaceful and tensions have arisen, formulating discrepancies in both doctrine and jurisprudence. Therefore, debates have led to a sort of reconceptualization that has generated specific advances regarding the approach and adoption of the positive measures, and in this reconceptualization of the principle of equality the notion of “structural equality” has begun to show up as opposed to the liberal vision of equality before the law. Given that the debate continues, it is worth asking whether the debate can continue to perpetuate the curtailment of the fundamental rights of groups that have been historically and systematically excluded and neglected, and if it is so, what happens with the international obligations assumed by the Argentine State regarding the immediate adoption of positive measures? This essay analyzes the principle of equality from a human rights approach, digging through jurisprudence and doctrine to contribute towards the advancement and implementation of positive measures.

**Keywords:** positive discrimination; principle of substantial equality; public politics; rights approach

## INTRODUCCIÓN

La modificación de la Constitución Nacional en 1994 consolidó y reconoció con jerarquía constitucional el corpus iuris del Derecho

Internacional de los Derechos Humanos, receptando en el artículo 75 inciso 22, Declaraciones, Tratados y Pactos Internacionales sobre los derechos humanos que deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías de la primera parte de dicha Carta Magna.

Por otra parte, se incorporó en el inciso 23 las denominadas medidas de acción positiva que tienen como objeto el establecer la igualdad real de oportunidades y de trato, para el pleno goce y ejercicio de derechos de determinados sujetos de derecho, en especial de niños, las mujeres, ancianos y las personas con discapacidad (art. 75 inc. 23). Generalmente descriptas como medidas de impulso y promoción, estas acciones positivas tienen por objeto establecer la igualdad frente a las desigualdades que existen de hecho, permitiendo igualar las oportunidades de grupos que históricamente han sido excluidos, o que se encuentra en una situación de desventaja en la sociedad. Las medidas positivas vienen a tomar en consideración aquellas mismas características que han sido usadas para negarles un tratamiento igualitario, atribuyéndoles una ventaja a través de la discriminación positiva y posibilitando de esta manera, el acceso al pleno ejercicio y goce de sus derechos (Kemelmajer de Carlucci, 2001)

El principio de igualdad comporta un concepto íntimamente relacionado con las acciones positivas, y se encuentra previsto como derecho en los artículos 16, 37, y 75 inc. 2, 19, y los incisos ya mencionados, 22 y 23 de la Constitución Nacional. Asimismo, el derecho internacional de los derechos humanos profundizó los alcances del principio de igualdad en los distintos instrumentos internacionales<sup>3</sup>,

---

<sup>3</sup> Entre las que encontramos: 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). también es lo incorpora en 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), la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2°), la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, y la *Convención Interamericana* sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas *Mayores*. Otros instrumentos

y los órganos de protección de los derechos humanos se han pronunciado al respecto.

Ahora bien, desde la modificación de la Carta Magna hasta el presente, la implementación de este tipo de medida de tutela preferencial no ha sido pacífica, dado que se han generado algunas situaciones de tensión o conflicto con otros derechos fundamentales pertenecientes a otras personas que pueden no ser del colectivo, formulándose discrepancias tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Estos debates llevaron una suerte de reconceptualización del principio de igualdad que ha generado avances concretos en el abordaje y adopción de medidas positivas más acorde con el denominado enfoque de derechos<sup>4</sup>. En tal sentido, en la reconceptualización del principio de igualdad comienza a aparecer la noción de “igualdad estructural” que, a diferencia de la visión liberal de igualdad ante la ley, reconoce la existencia de ciertos sectores de la población que están en desventaja, excluidos y postergados en el acceso al pleno ejercicio de sus derechos, consecuencia de estructuras históricas instauradas y obstáculos legales que los colocaron en una situación de vulnerabilidad. Frente a ello, es que se hace necesario que el Estado adopte medidas positivas que remuevan esas causas estructurales conforme lo previsto por el art. 75 inciso 23 de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de los derechos humanos.

Siendo que subsiste el debate sobre el abordaje del concepto del principio de igualdad y sobre la conveniencia de la aplicación de medidas positivas, cabe plantearse si, ¿puede este debate seguir perpetuando

---

internacionales, pero con jerarquía suprallegal, son 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), y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará, art. 6°.a).

<sup>4</sup> El enfoque de derechos humanos apunta a principios, reglas y estándares que componen e integran los derechos humanos fundamentales, y los mismos sirven para establecer pautas y criterios que ayuden al diseño e implementación de políticas estratégicas de desarrollo sustentable (Pautassi, 2010).

el cercenamiento de los derechos fundamentales de los grupos que histórica y sistemáticamente han sido excluidos y postergados?; y si se perpetua, ¿Qué ocurre con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Argentino, respecto a la adopción inmediata de medidas positivas?

El presente ensayo propone repasar brevemente el concepto de principio de igualdad sustancial, tomando los conceptos propuestos por Saba (2013), y la relación que guardan con la aplicación de las medidas positivas y el concepto sobre “igualdad estructural”. Para ello, se comentará brevemente la evolución del concepto y su abordaje en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la postura que tienen al respecto los órganos de protección del sistema interamericano de derechos humanos, análisis que se realizara desde el denominado enfoque de derechos y el concepto de justiciabilidad<sup>5</sup>.

## I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

Para poder comprender el sentido que tuvo el legislador al redactar el art. 75 inciso 23 de la Constitución Nacional (en adelante CN), se hace imprescindible armonizar la interpretación conjuntamente con lo dispuesto por el artículo 16 CN y las convenciones internacionales que abordan la problemática de determinados sujetos de derecho en campos específicos, como la Ley N° 17.722<sup>6</sup> Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Ley N° 23.179<sup>7</sup> Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículos 2°, 3°, 5° a 16; la Ley

---

<sup>5</sup> El concepto justiciabilidad remite al derecho de hacer justicia, y establece que “... Si un Estado cumple habitualmente con satisfacer determinadas necesidades o intereses tutelados por un derecho social y económico, nadie podría afirmar que los beneficiarios por tal conducta estatal gozan de ese derecho hasta tanto se verifique si se encuentra en condiciones de demandar judicialmente dicha prestación ante un eventual incumplimiento. Ello es lo que calificará la existencia de un derecho social efectivamente protegido y garantizado” (Abramovich y Courtis, 2003).

<sup>6</sup> Publicada en el Boletín Oficial, 8 de mayo de 1968. Argentina.

<sup>7</sup> Publicada en el Boletín Oficial, 3 de junio de 1985. Argentina.

Nº 23.849<sup>8</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 2º; la Ley Nº 25.280<sup>9</sup> Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, y la Ley Nº 27.360<sup>10</sup> Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, entre otras.

En lo que refiere al art. 16 CN, y como muy bien explica el Ministerio Público Fiscal (2017)<sup>11</sup>, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) refirió al alcance y estableció que la igualdad ante la ley consiste en la obligación del Estado de tratar igual a aquellas personas que se encuentren en idénticas circunstancias<sup>12</sup>. También expresó, que la igualdad ante la ley refiere al derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluya a unos de los que en iguales condiciones se concede a otros<sup>13</sup>. Bajo esta línea, se hace necesario realizar ciertos tratamientos diferenciados que resultan legítimos, como la Ley Nº 23.592<sup>14</sup> (t.o.24.782<sup>15</sup>) sobre Medidas contra los Actos Discriminatorios, normativa mediante la cual no se sanciona todo tipo de discriminación sino exclusivamente aquella que menoscabe el pleno ejercicio de derechos y garantías, sobre las bases igualitarias reconocidos en la CN<sup>16</sup>.

Ahora bien, conforme la incorporación del corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos mediante el art. 75 inc. 22 y lo dispuesto respecto a las medidas positivas en el inc. 23 de la Carta Magna, el paradigma de los derechos humanos ingresa para evolucionar de un concepto formal de igualdad a un concepto

---

<sup>8</sup> Publicada en el Boletín Oficial, 8 de mayo de 1968. Argentina.

<sup>9</sup> Publicada en el Boletín Oficial, 4 de agosto de 2000. Argentina.

<sup>10</sup> Publicada en el Boletín Oficial, 31 de mayo de 2017. Argentina.

<sup>11</sup> El Ministerio Público Fiscal (2017) realizó en su colección la publicación de los principales dictámenes en materia de derechos humanos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el período 2012 – 2017, donde explica sobre el derecho a la igualdad y la no discriminación.

<sup>12</sup> Fallo de la CSJN 16:118.

<sup>13</sup> Fallo de la CSJN 153:67.

<sup>14</sup> Publicada en el Boletín Oficial, 5 de septiembre de 1988. Argentina.

<sup>15</sup> Publicada en el Boletín Oficial, 3 de abril de 1997. Argentina.

<sup>16</sup> Fallos de la CSJN 314:1531.

sustancial o material<sup>17</sup>, frente al cual Estado tiene el deber de adoptar medidas activas tendientes a remover los obstáculos que impidan de hecho la igualdad. Dicha evolución hacia una igualdad fáctica o real viene a cambiar la visión tradicional del principio de igualdad para reconceptualizarla a fin de dejar las tensiones existentes entre diversos sujetos de derechos, en especial proteger aquellos grupos y colectivos que vieron postergados el ejercicio pleno de sus derechos a lo largo de la historia, y que se vinculan con injusticias de índole socioeconómico, étnicas, raciales, de género, identidad sexual, discapacidad, etc.

Esta postura se relaciona con el concepto del enfoque de derechos, que “considera los principios y reglas de derechos humanos, provenientes tanto de las constituciones políticas de los Estados como del derecho internacional, como un marco conceptual aplicable al ámbito del desarrollo y al proceso de formulación, implementación y monitoreo de políticas públicas” (Rossi y Moro, 2014). El enfoque viene a marca un deber ser igualitarista postulando un tinte de tendencia universal, mediante un conjunto de pautas y reglas orientadoras para delimitar el contenido de los derechos, y por otra parte posibilitar el cumplimiento de las obligaciones estatales.

En tal sentido, el enfoque recepta al principio de igualdad explicando que comporta un principio transversal y un pilar fundamental del derecho internacional de los derechos humanos, que se inviste como un ideario que debe regir en la acción estatal para ser aplicado en contextos sociales, culturales, económicos y políticos, generalmente signados por desigualdades estructurales originadas en los procesos históricos y modelos de desarrollo anclados bajo un excesivo énfasis

---

<sup>17</sup> Entre muchos de los doctrinarios podemos mencionar a Ferrajoli (1997), quien realiza una clasificación del principio de igualdad jurídica al que le asigna dos significados: aquella concepción de la igualdad que reside en el igual valor asociado de manera indiferenciada a todas las personas, sin distinción a la cual denominara “igualdad formal o política”; y otro concepto de igualdad que radica en el desvalor asociado a otras diferencias que provienen del orden económico y social que denominara “igualdad sustancial o social”, que resulta de los obstáculos que limitan de hecho la libertad e impiden el pleno desarrollo de las personas. Esta segunda conceptualización, refiere a la igualdad real de oportunidades relacionada con los rasgos de las diversas identidades de las personas, y que terminan convirtiéndose en discriminaciones sociales determinando de esta forma la desigualdad social.

en la economía de mercado, y de ahí que plantea un doble desafío para la construcción de igualdad en un plano formal y otro sustantivo. Ello implica, el papel activo estatal "... a través de un modelo de desarrollo basado en el crecimiento con inclusión social que promueve políticas tributarias y fiscales progresivas, políticas sociales universales, medidas de acción afirmativa (también llamadas de discriminación positiva) y enfoques diferenciados dirigidos a grupos históricamente excluidos y/o relegados" (Rossi y Moro, 2014).

## II. LAS ACCIONES POSITIVAS ART. 75 INC. 23, EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y SU EVOLUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Kemelmajer de Carlucci (2001) explica que no existe un acuerdo doctrinal sobre las acciones positivas y que, a fin de poder facilitar un concepto, adopta el emanado del Comité para la igualdad entre hombres y mujeres del Consejo de Europa que dice que comporta "...una estrategia destinada a establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que permitan contrarrestar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o sistemas sociales". Considera que el objetivo de dichas acciones, generalmente son el establecimiento de una igualdad de hecho entre un grupo dominante y un grupo discriminado, y que cada plan de acción positiva puede perseguir objetivos específicos<sup>18</sup>. Explica que las acciones afirmativas tienen distinta terminología según los autores y los países, pero que resultan en algún punto análogas y para su análisis sobre las acciones positivas, indica que existen de tres visiones: la simétrica o formal (noción que resulta independiente de su contexto histórico o político),

---

<sup>18</sup> En su artículo sobre "Acciones positivas" (2001), cita como ejemplo de acciones positivas específicas a los programas universitarios llevados en Estados Unidos, y que favorecen la entrada de los negros a las universidades. Dichas medidas tienen por fin mejorar el nivel profesional, social, y económico de la gente de color y formar, desde la universidad, un ámbito propicio para la ayuda solidaria entre los hombres, cualquiera que sea su raza. Esto lo toma la autora, a su vez del artículo escrito por Welch, S y Gruhl, John "*Affirmative action and minority enrollments in medial and law schools*", Michigan, de 1998, que refleja las problemáticas sociales de Estados Unidos.

la intermedia o de la igualdad de oportunidades (reconoce sombras y dificultades de la noción formal de igualdad, pero su punto de partida sigue siendo el individualismo propio de la visión simétrica), y la visión asimétrica o sustancial (donde la noción de justicia no es formal, hay que sustituirla por la de realidad y verificar que en los hechos hay grupos que surgen de igualdades y perjuicios). Esta última visión es la que comparte lo expresado por otros autores, quienes sostienen que “Cuando el Estado se mantiene neutral frente a la desigualdad o el desequilibrio social, en realidad, deja de ser neutral pues lo que hace es tomar partido por el statu quo” (Kemelmajer de Carlucci, 2001)<sup>19</sup>.

Por su parte Saba (2013), considera que las acciones afirmativas comportan políticas impulsadas desde el Estado y que tienen por finalidad revertir una situación de exclusión o segregación de un grupo de ciertas prácticas o espacios, donde no puede acceder como consecuencia de distintas prácticas sociales. Entiende que este tipo de acciones requieren de la identificación de tres situaciones, las cuales deben darse para que se justifiquen. Ellas son: a) que se acepte la existencia de un grupo como entidad individualizable; b) que existan y sean identificables algunos ámbitos relevantes para el desarrollo autónomo de las personas que forman parte de ese grupo o para el ejercicio de sus derechos (como los ámbitos de la política, el mercado laboral, las universidades, etc.); y c) que ese grupo resulte o haya resultado excluido de alguno o algunos de esos ámbitos por un tiempo considerable de modo que su situación de sometimiento se perpetúe, cristalice y naturalice (Saba, 2013).

Explica el autor que, el artículo 75 inc. 23 CN incorporó un elemento que no estaba, o bien se hizo explícito un elemento implícito del art. 16 CN (conjuntando y armonizando el articulado de la carta magna), y que transformó en necesario combinar el “principio de no discriminación” con “el principio de no sometimiento”. En esta instancia es donde se hace imprescindible distinguir los conceptos sobre un nuevo entendimiento de la garantía de igualdad conforme a la denominada “igualdad estructural”, que se fundamenta en la necesidad de

---

<sup>19</sup> La autora toma lo expresado por Maidowski, citado a su vez por Rey Martínez, Fernando en “El derecho a no ser discriminado en razón del sexo”, Madrid, Ed. Mc Graw Hill, 1995.

transformar las condiciones estructurales históricamente existentes y que determinan la desigualdad en el acceso a derechos vinculados con injusticias de índole socioeconómico, étnicas, raciales, de género, identidad sexual, discapacidad, etc.

Siguiendo la idea de Saba (2013), el principio de no discriminación está construido sobre el estándar de razonabilidad y se funda en la idea de la capacidad de ignorar aquellas condiciones irrelevantes para el fin de la selección o de la regulación, lo que asegura la neutralidad en la toma de decisiones por parte del Estado, y donde la obligación constitucional de trato igual está guiada exclusivamente por la correcta relación entre medios y fines. En tal sentido, el autor explica que lleva implícito el principio de razonabilidad y que debe entenderse como una expresión de la relación de funcionalidad entre medios y fines, remarcando que no considera el tomar en cuenta la situación que afecta de hecho a aquellas personas que forman parte de ciertos grupos, histórica y sistemáticamente excluidos, situación que sí se contempla en el concepto que denomina “principio al no sometimiento”.

A su vez, basándose en Owen Fiss<sup>20</sup>, el autor entiende que la finalidad del “principio de no discriminación” es identificar qué líneas o distinciones son permisibles para realizar una discriminación, siendo las únicas distinciones las prohibidas, que son aquellas que resulten ser arbitrarias. Aquí es donde ingresan los conceptos del “escrutinio estricto”, mediante el cual se pone de relieve el nacimiento del test de razonabilidad<sup>21</sup>, bajo el cual se sostiene la presunción de inconstitucionalidad de una

---

<sup>20</sup> Según Owen Fiss (1997), el principio de no discriminación se construye en tres pasos: 1°) Reduce el ideal de la igualdad al principio de igualdad de trato, donde las situaciones similares deben ser tratadas en forma similar; 2°) el principio de no discriminación exige como necesario considerar un hecho aceptable que el estado deba hacer distinciones, teniendo que tratar a algunas personas de un modo diferente a como trata a otras. Lo único que no se permite son las distinciones arbitrarias; 3°) el método que debe seguir el juez para determinar cuándo la distinción es arbitraria, tiene dos fases: a) la identificación de la discriminación dada por el criterio sobre el cual está basada; y b) considerar que la discriminación es arbitraria si el criterio sobre el que está apoyada no se relaciona con el fin o propósito que persigue el estado.

<sup>21</sup> En el fallo “Repetto”, los ministros Petracchi y Bacqué, refieren a dicho test de razonabilidad, y postulan la existencia de una contraposición entre la

norma discriminatoria respecto de los derechos reconocidos en la CN, y se trató en el fallo de la CSJN “Repetto”<sup>22</sup>.

En esta línea se encuentran las denominadas “categorías sospechosas”; que es un tipo de análisis comparable con el anterior y que sugirió la existencia de ciertas categorías respecto de las cuales no sería apropiada la presunción general de constitucionalidad de ciertas leyes. Este es un examen aplicado por la Corte norteamericana en el año 1944, sobre un caso vinculado con clasificaciones basadas en la raza y el origen nacional<sup>23</sup>.

Repasando brevemente el recorrido jurisprudencial de nuestra Corte Suprema, la doctrina tradicional ha referido al control de razonabilidad señalando que, cuando se cuestiona la validez constitucional de una norma, debe acreditarse su irrazonabilidad. En tal sentido la argumentación debe versar sobre los siguientes aspectos: fines compatibles con la carta magna, y que los medios sean adecuados y proporcionales sin evaluar la existencia de medios alternativos, tal como se argumentó en el caso “Cine Callao” de 1960<sup>24</sup>.

En una segunda etapa de la jurisprudencia, la Corte Suprema aplicó un examen más estricto de constitucionalidad donde frente a una norma discriminatoria, es el Estado quien debe acreditar que la misma es necesaria para alcanzar el fin perseguido, no resultando suficiente para establecer la razonabilidad de la norma la existencia de una mínima adecuación de la ley con el fin que se propone obtener. Conforme esta postura, el Estado deberá probar la finalidad de orden público y la no existencia de otra alternativa menos restrictiva de los derechos que la normativa restringe, así como el daño provocado por la restricción (Rey, 2004).

---

presunción de la inconstitucionalidad de la norma, y el punto de vista donde no rige tal presunción y se examina la razonabilidad de la medida cuestionada.

<sup>22</sup> Fallo de la CSJN 311:2272.

<sup>23</sup> En el caso “Korematsu v. United States” 323 US 214 (1944), la Corte norteamericana sostuvo que “*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 meterlas al escrutinio más estricto. Una necesidad pública imperiosa puede a veces justificar la existencia de tales restricciones; el antagonismo racial nunca puede justificarlas.*”

<sup>24</sup> Fallo de la CSJN 247:121.

Como se mencionó, el fallo “Repetto” marcó una nueva argumentación de la Corte Suprema que se basa en la presunción de la inconstitucionalidad de una norma que resulta discriminatoria de derechos constitucionales, y frente a ello es el Estado el que debe acreditar la existencia de un “interés estatal urgente” para justificar la medida adoptada, no siendo suficiente justificar su razonabilidad<sup>25</sup>. Luego vino el caso “Calvo y Pesini” (Fallo 321:194)<sup>26</sup> donde se aplicó un examen más estricto, y de manera posterior los casos “Hoofft”<sup>27</sup>, “Gottschau”<sup>28</sup>, “Reyes Aguilera”<sup>29</sup> “Mantecón Valdez”<sup>30</sup>, donde los alcances de este tipo de análisis incorporó la evaluación de medios alternativos, que en principio serían ajenos al análisis de la mera razonabilidad, y guarda tres aspectos: la existencia de fines sustanciales; la existencia de medios que promuevan efectivamente esos fines; y la inexistencia de medios alternativos menos restrictivos de los derechos en juego (Treacy, 2011).

Así, la Corte Suprema comienza a realizar diferentes análisis según si se confrontaba el respeto de una norma o de una política pública, con el derecho de igualdad ante la ley, donde quien cuestiona la constitucionalidad de la norma tiene la carga de la prueba. Asimismo, también incorporó el principio de no discriminación relacionada con el “escrutinio estricto” y las “categorías sospechosas”, las cuales se involucran con las categorías incluidas en las cláusulas antidiscriminatorias de los instrumentos internacionales sobre protección de los derechos humanos.

Parte de la doctrina<sup>31</sup> sostiene que la nota común de las denominadas “categorías sospechosas” refiere a un grupo vulnerable o desaventajado,

<sup>25</sup> Voto de los doctores Bacque y Petracchi, considerando 7°.

<sup>26</sup> En este caso 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, frente a lo cual la Corte Suprema sostuvo que dicha restricción era inconstitucional dado que la provincia demandada no había dado una “justificación suficiente” de la restricción contenida en la ley (Treacy, 2011).

<sup>27</sup> Fallo de la CSJN 327:5118

<sup>28</sup> Fallo de la CSJN 329:2986.

<sup>29</sup> Fallo de a CSJN 330:3853.

<sup>30</sup> Fallo de la CSJN 31:1715.

<sup>31</sup> Treacy (2011) explica que estos nuevos criterios de la Corte Suprema permiten definir categorías sospechosas de inconstitucionalidad y el abordaje de la

quienes encuentran en una situación de dificultad para ejercitar plenamente sus derechos, y ello ocurre por razones de circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, o bien debido a su edad, género, estado físico o mental. Y se profundiza el análisis, cuando los motivos de discriminación se encuentran especialmente comprometidos con las prohibiciones establecidas por los instrumentos internacionales de derechos humanos, existiendo una presunción de que quienes pertenecen a dichas categorías se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

Frente al avance doctrinario, el desarrollo normativo, el avance del corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Suprema, sobre el derecho de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación, es que ha comenzado a tener más fuerza la noción de “igualdad estructural”, que como dijimos reconoce la existencia de que ciertos sectores de la población están en desventaja en cuanto a el ejercicio de sus derechos. Y que esta desproporción se debe a obstáculos legales o fácticos que históricamente se fueron estructurando, y es en base a ello que estos grupos y colectivos necesitan la urgente adopción de medidas especiales de equiparación por parte del Estado (acciones positivas).

En esta línea, es donde los conceptos comparativos de Saba (2013), entre el principio de no discriminación y el principio de no sometimiento, comienzan a marcar la importancia de entender que existe otra forma de interpretar el mandato constitucional, armonizando los artículos 16 y 75 inc. 23 CN mediante un enfoque que permite evitar los tratos desiguales por causas reconocidas como históricamente estructurales. Por ello el autor sostiene, que el principal problema para aplicar las acciones positivas por parte del Estado (conforme mandato constitucional), es la tendencia mayoritaria tanto doctrinaria como jurisprudencial en interpretar el art. 16 CN a la luz del principio de no discriminación bajo el análisis que asigna el calificativo de sospechoso a todas las categorías palmariamente irrazonables, en vez de analizar en base a la adopción del principio de no sometimiento, que se basa en causas estructurales.

---

cuestión, pero señala que debe tenerse en cuenta el momento histórico en que los fallos se dictaron, ya que el problema de la discriminación o la promoción de la igualdad constituyen una preocupación más reciente en la jurisprudencia la cual comenzó a manifestarse con más fuerza luego de la reforma constitucional de 1994.

#### **IV. BREVES REFLEXIONES FINALES SOBRE UNA RECONCEPTUALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD SUSTANCIAL Y LA CONSECUENTE APLICACIÓN EFECTIVA DE LAS ACCIONES POSITIVAS EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

En base a lo brevemente expuesto, y reformulando las incógnitas iniciales: ¿Se puede superar la brecha de tensión entre los argumentos del principio de la no discriminación y la “igualdad estructural”? y de reconocerse esta reconceptualización ¿se garantiza la aplicación de las acciones positivas en las políticas públicas (sin tener que recurrir a la justicia para su cumplimiento)?

Queda en claro que existe una brecha entre el reconocimiento de la igualdad en el plano normativo y la consolidación de una igualdad sustancial en el ejercicio efectivo de los derechos, y por ello se plantea superar esta tensión permanente conforme a un cambio en el proceso de construcción política, social y económica más acorde con el enfoque de derechos. Esto nos remite al concepto de la “igualdad estructural” que difiere del concepto de igualdad sustancial, cuyos análisis por parte de la Corte Suprema generalmente se basan en el test del “escrutinio estricto” y las “categorías sospechosas”.

También podemos decir, que algunas interpretaciones sobre la reivindicación de la igualdad han establecido una palmaria contradicción, entre aquellos que sostienen la existencia de una desigualdad en la dimensión económica y social priorizando las políticas distributivas, y aquellos que entienden que la desigualdad está en la dimensión cultural e identitaria que prioriza el reconocimiento y las políticas de identidad (Rossi y Moro, 2014)<sup>32</sup>.

Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) han hecho referencia del concepto, definiéndolo como “discriminación

---

<sup>32</sup> En este sentido Fraser (1997) plantea que esta distinción se trata de una falsa dicotomía, donde ninguna de las dimensiones por separado resulta suficiente para construir la igualdad. Explica que es un binomio ligado tanto a la diferencia y la diversidad como a la justicia distributiva en el acceso a bienes y servicios, y plantea que la necesidad de la regulación y la intervención estatal constituyen un desafío esencial para la consolidación de democracias sustantivas con inclusión social.

estructural”, el cual enfatiza en la necesidad de realizar una valoración amplia del contexto histórico, temporal y geográfico en casos donde se presenten patrones de discriminación. Consideran que existe un deber por parte de los Estados de verificar la existencia de una situación de discriminación estructural, adoptando medidas acordes para disminuir y eliminar la situación de inferioridad o exclusión contra determinada persona o grupo de personas (CIDH, 2019)<sup>33</sup>.

Por su parte, la Corte IDH lo ha argumentado en el caso “González y otras (‘Campo Algodonero’)”<sup>34</sup>, donde se amplía y profundiza la discriminación estructura y recuerda el avance del enfoque de derecho a nivel internacional, y que debería ser receptado a nivel local.

Respecto a los conceptos analizados por Saba (2013), el “principio de no sometimiento” comprende un argumento superador sobre el principio de igualdad sustancial, y podemos decir que se encuentra conforme la línea seguida por la CIDH y la Corte IDH. En base a ello, podríamos compartir la opinión de que el principal problema de la aplicación de políticas de acciones positivas es la falta de reconocimiento expreso y la adopción del concepto de “igualdad estructural” en la normativa que comprende a los grupos y colectivos históricamente más postergados. Sin embargo, hay que reconocer que existen ciertos avances normativos y ello se puede ver en recientes sentencias de la Suprema Corte dictadas bajo el contexto de la actual pandemia, donde las acciones afirmativas comienzan a adoptar el concepto de “igualdad estructural”. Así, tras la declaración de la pandemia por COVID-19<sup>35</sup>, en diversos casos se ha

---

<sup>33</sup> Así lo ha entendido la CIDH en distintos Informes temáticos, como el informe sobre “La situación de las personas afrodescendientes en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62. 5 diciembre 2011; y en el Informe por país, resaltando el informe “La situación de los derechos humanos en la República Dominicana”. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 45/15. 31 diciembre 2015.

<sup>34</sup> Corte IDH, caso “González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, sentencia del 16 de noviembre de 2009, serie C Nº 205.

<sup>35</sup> Dictado conforme la siguiente normativa: Ley Nº 27.541 (B.O. 23/12/2019), los Decretos Nros. 260 del 12 de marzo de 2020 y su modificatorio, 287 del 17 de marzo de 2020, 297 del 19 de marzo de 2020, 325 del 31 de marzo de 2020, 355 del 11 de abril de 2020, 408 del 26 de abril de 2020, 459 del 10 de mayo de 2020, 641 del 2 de agosto de 2020, 677 del 16 de agosto de 2020, 714 del 330 de agosto de 2020, 754 del 20 de julio de 2020, 641 del 2 de agosto de 2020, 677 del 16 de

considerado la inminente aplicación de las acciones positivas, como por ejemplo en el caso “C., J. C. c/ EN - M° Defensa - Ejército s/ daños y perjuicios”<sup>36</sup>, juicio que se encontraba en su etapa de ejecución de sentencia en la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, y donde se había decidido postergar el pago de la indemnización por un lapso prolongado. Como consecuencia de la decisión de la Cámara, el actor interpuso recurso extraordinario ante la Corte Suprema, y en esta instancia se decidió revocar la sentencia de Cámara y se ordenó se dispusiera el inmediato pago de la indemnización. En los fundamentos, la Corte Suprema recordó las distintas disposiciones constitucionales y convencionales que establecen la obligación de legislar y promover medidas de acción positiva en favor de los ancianos y las personas con discapacidad<sup>37</sup>.

Por otra parte, y citando otro ejemplo, podemos hacer referencia al reciente Decreto PEN N° 721/2020<sup>38</sup>, mediante el cual se garantiza el cupo del colectivo tras para trabajar en el Estado, y donde se expresó en sus considerandos que las medidas ahí adoptadas resultan de vital importancia para transformar el patrón estructural de desigualdad que perpetua la exclusión de esta población.

Si bien existen este tipo de acciones positivas por parte del Estado Argentino, la mayoría parecen aplicarse luego de dirimirse su justicia-bilidad ante el poder judicial, situación que pone en mayor retardo el acceso al pleno ejercicio de los derechos cercenados de estos grupos y colectivos.

---

agosto de 2020, 714 del 16 de agosto de 2020, 714 del 30 de agosto de 2020, 754 del 20 de septiembre de 2020, 792 del 11 de octubre de 2020, 814 del 25 de octubre de 2020 y 875 del 7 de noviembre de 2020, sus normas complementarias.

<sup>36</sup> Fallo de la CSJN, “Caldeiro, Juan Carlos c/ EN - M° Defensa - Ejército s/ daños y perjuicios”, sentencia del 30 de abril de 2020.

<sup>37</sup> La CSJN sostuvo que: “*Para decidir de esta forma, en el voto de la mayoría señaló que el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo, la inviolabilidad de la persona constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Asimismo, señaló que diversos pronunciamientos del Tribunal reafirmaron el derecho a la preservación de la salud y destacaron la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas.*”

<sup>38</sup> Publicado en el Boletín Oficial, el 30 de septiembre de 2020.

El adoptar y reconocer este nuevo concepto de “igualdad estructural” o el denominado “principio de igualdad no sometimiento” propuesto por Saba (2013), tal vez pueda dar soluciones inmediatas por parte del Estado, pero también puede poner en jaque ciertas dimensiones políticas, económicas y sociales existentes (y diría estructurales) dentro del Estado. Pero, en la medida en que no se reconozca, se condena a perpetuarles la desigualdad real históricamente instaurada, a los grupos y colectivos desaventajados y en situación de vulnerabilidad.

Las reflexiones sobre los conceptos tratados en este breve ensayo tal vez pueden llevar a maximizar los interrogantes, y en ese sentido el planteo de Boaventura de Sousa Santos<sup>39</sup> sobre las tres dominaciones o luchas existente en nuestra sociedad, comenzarían a mover las estructuras existentes que siguen arraigadas al colonialismo, el patriarcado y el capitalismo.

## BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Ferrajoli, Luigi (1997), “Lecciones de Derecho Constitucional”, Depalma, Buenos Aires.
- Kemelmajer de Carlucci, Aida, (2001) “Las acciones positivas”, Jueces para la democracia, disponible en [www.dialnet.unrioja.es](http://www.dialnet.unrioja.es)
- Rey, Sebastián Alejandro (2004), “El derecho a la igualdad, las acciones positivas y el género”, La Ley, tomo 2004-A, pp. 613-625.
- Treacy, Guillermo F. (2011), “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad”, en Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011, pp. 181-216
- Nogueira, Juan Martin (2019), “Proyecciones de la Discriminación en el Derecho”, en Revista Jurídica AMFJN, nro. 4, agosto 2019.

---

<sup>39</sup> “La dominación social, política y cultural siempre es el resultado de una distribución desigual del poder en cuyos términos quien no tiene poder o tiene menos poder ve sus expectativas de vida limitadas o destruidas por quien tiene más poder. Esta limitación o destrucción se manifiesta de diferentes maneras: desde la discriminación hasta la exclusión, desde la marginación hasta la liquidación física, psíquica o cultural, desde la demonización hasta la invisibilización. Todas estas formas pueden reducirse a una sola: la opresión. Cuanto más desigual es la distribución del poder, mayor es la opresión” Extracto del artículo traducido y publicado en el diario Página 12, fecha 16 de octubre de 2017. Recuperado en: <https://www.pagina12.com.ar/69482-contra-la-dominacion>

- Saba, Roberto (2013), “Desigualdad estructural y acciones afirmativa”, en Augusto Varas y Pamela Díaz-Romero (editores), Fundación Equitas, Ril Editores, Santiago, Chile, 2013, pp. 85-125.
- Rossi, Julieta y Moro, Javier (2014), “Ganar derechos: Lineamientos para la formulación de políticas públicas en derechos”, Serie de documentos de trabajo 2, Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH), septiembre de 2014.
- Fraser Nancy (1997), “¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas en torno a la justicia en una época postsocialista”, en Fraser, N. *Justicial Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición postsocialista*, Universidad de los Andes- siglo del Hombre Editores.
- Ministerio Publico Fiscal, Procuración General de la nación (2017) “Igualdad y no discriminación” Dictámenes del Ministerio Publico Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012-2017), Colección de dictámenes sobre derechos humanos, Cuadernillo 2, dirección General de Derechos Humanos, Ministerio Publico Fiscal.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Compendio sobre la igualdad y no discriminación. Estándares Interamericanos (2019), aprobado por la CIDH el 12 de febrero de 2019, OEA/Ser.L/V/II.170 Doc. 31.