

# EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Demián ZAYAT <sup>1</sup>

## I. Introducción

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires fue estructurada desde una concepción sustantiva de la igualdad. Tanto el principio general establecido en el artículo 11, como las políticas especiales del Título Segundo, tienen su eje en lograr una igualdad sustantiva, real, y no una meramente formal entre las distintas personas y los diversos grupos identitarios que habitan en la Ciudad. Asimismo, en la parte orgánica de la Constitución esta idea sobre la igualdad también se vio reflejada, tanto desde la integración de los organismos colegiados, hasta las obligaciones que se imponen para legislar en materia de acciones afirmativas (art. 80 inc. 7) como en la obligación del Jefe de Gobierno de implementar estas medidas igualitarias (art. 104 incisos 28 y 30 por ejemplo).

Así, la Constitución parte del hecho de que en nuestra sociedad existen diversos grupos con distintos grados de poder, y a partir de este presupuesto, se establecen políticas de reconocimiento y redistribución en base a estas diferencias. Esta concepción de la igualdad relacional tiene un fundamento filosófico claro en las teorías del reconocimiento de la diversidad <sup>2</sup>. Implica, asimismo, la adopción de políticas públicas específicas para cada grupo identitario a fin de igualar las relaciones sociales, sin que determinada pertenencia a un grupo (lo que sería irrelevante desde el punto de vista moral) afecte el alcance del goce de los derechos.

---

1 Abogado (UBA), Master en Derecho (JSM-Universidad de Stanford, 2009). Actualmente es Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Palermo, y profesor de Derecho Antidiscriminatorio en la Maestría de la misma Universidad.

2 Véase entre otros, ANDERSON, Elizabeth, "What is the point of equality", en Revista *Etics*, Vol. 109, No. 2 (enero 1999), 287-337.

Esto es lo que se entiende, como veremos, desde una perspectiva de *igualdad como no sometimiento*<sup>3</sup>, en donde lo que hay que evitar es la desigualdad estructural que afecta a determinados grupos, en razón de una historia de sometimiento política, económica y social. Esta desigualdad estructural fue construyendo un *statu quo* desigual, dando lugar a la existencia de castas o grupos de personas considerados parias, excluidos del goce de derechos. La idea de la igualdad como no sometimiento pretende evitar que se genere un grupo excluido, sometido, sojuzgado y se perpetúe esa condición<sup>4</sup>.

Es por ello que la Constitución de la Ciudad es clara en garantizar el reconocimiento de la diversidad (artículo 11 párrafo 2º), promover la remoción de los obstáculos que impiden un ejercicio igualitario de los derechos (art. 11 párrafo tercero), la promoción de acciones afirmativas (art. 80 inciso 7); y luego establece políticas públicas especiales para, entre otros, (i) superar la situación de pobreza y la exclusión social (artículos 17, y 31 referido al hábitat), (ii) lograr que las mujeres lleguen a una situación de igualdad con los varones (arts. 36, 37 y 38), (iii) proteger especialmente a niños, niñas, adolescentes y adultos mayores (arts. 39, 40 y 41), (iv) integrar y reconocer derechos a las personas con discapacidad (art. 42), (v) reconocer derechos políticos a los extranjeros (art. 62).

Todas estas políticas especiales están basadas en esta idea de la igualdad como no sometimiento, y de este modo, pretenden proteger a un grupo sobre otro. Más allá de alguna discusión sobre la redacción, lo que la Constitución pretende es que no se discrimine a las *mujeres*, que no se discrimine a los *niños, niñas, adolescentes o adultos mayores*, que no se discrimine a las *personas con discapacidad*, que no se discrimine a los *extranjeros*, etc. No son protecciones simétricas, sino específicas. Esto significa que la Constitución va más allá de la igualdad formal, que prohíbe discriminar *a mujeres y a varones, a personas con discapacidad y personas sin discapacidad*,

---

3 Véase SABA, Roberto, *Mas allá de la igualdad formal ante la ley*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2016, p. 58 y ss. Asimismo, FISS, Owen, "Groups and the equal protection clause" *Philosophy & Public Affairs* 5 (1976). Hay traducción al español de la parte IV de ese trabajo en GARGARELLA (comp), *Derecho y Grupos Desaventajados*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 137.

4 Véase FISS, Owen, *Una comunidad de iguales*, Miño y Dávila editores, Buenos Aires, 2002, pp 29-39.

etc., y establece una protección especial para determinados grupos históricamente sometidos. La igualdad sustantiva protege al grupo oprimido sobre el grupo opresor.

Sin embargo esta perspectiva de la igualdad como no sometimiento tuvo reconocimiento normativo recién luego de la reforma de la Constitución Nacional de 1994 <sup>5</sup>, y jurisprudencialmente la Corte Suprema de la Nación comenzó a avanzar en esta dirección hace unos pocos años. En general, el artículo 16 de la Constitución Nacional se entendía únicamente como estableciendo una igualdad formal de todas las personas, de modo individual, sin tomar en cuenta su pertenencia a un *grupo identitario* que la identifica como miembro de cierta comunidad con otros iguales a ella, y las diferencia del resto.

Más allá de la clara opción por la protección de ciertos grupos que establece la Constitución de la Ciudad (especialmente en su Título Segundo de *Políticas Especiales*) el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) interpreta la Constitución del modo más restrictivo posible en materia de igualdad. Si bien en general los jueces suelen votar divididos, no existe una mayoría clara en favor de esta idea de la igualdad como no sometimiento y de la protección a ciertos grupos oprimidos sobre los opresores. La jurisprudencia del TSJ resulta entonces más restrictiva que la de la Corte Suprema, aun cuando la Constitución de la Ciudad es más clara que la Constitución Nacional en este aspecto. Esta jurisprudencia restrictiva llama la atención en este punto y nos debe hacer reflexionar sobre por qué un texto protectorio puede interpretarse del modo contrario al establecido.

En este trabajo intentaré delinear el contorno del derecho a la igualdad de acuerdo a cómo lo interpretaron los jueces del TSJ. Antes de ello, en la próxima sección, revisaré qué implica esta idea de la igualdad como *no discriminación* y cuál es el estándar para analizarlo. En el apartado tercero, revisaré esta idea de igualdad como *no sometimiento*, y cuáles son los estándares que deberían aplicarse. Luego, en la sección cuarta pasaré revista a los avances que ha

---

5 La opción por la igualdad como no sometimiento de la Constitución Nacional, queda de manifiesto en el artículo 75 inciso 23 que establece medidas afirmativas en favor de *mujeres, niños, ancianos y personas con discapacidad*. Así, toma en especial cuenta que estos grupos se encuentran subordinados. Algo similar ocurre con los pueblos originarios del artículo 75 inciso 19, y con el artículo 20 que protege a los extranjeros.

hecho la Corte Suprema en esta línea y cómo sí ha avanzado en la igualdad como no sometimiento. Luego, en la sección quinta analizaré los fallos del TSJ que muestran esta interpretación restrictiva de la igualdad más allá del texto de la Constitución porteña, tanto en la interpretación de las categorías sospechosas, de la desigualdad en los hechos y en la aplicación de acciones afirmativas. Por último, cerraré con algunas conclusiones.

## II. Igualdad como *no discriminación*

La convención constituyente de 1853 estableció en el artículo 16 del texto de la Constitución el principio de igualdad, por el cual “*La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas*”. Esta idea se completa con el artículo 14, que garantiza derechos civiles a “*todos los habitantes*”, con el artículo 8, que garantiza la igualdad entre los ciudadanos de las distintas provincias y el artículo 20 que establece la igualdad entre los nacionales y los extranjeros.

De este modo, la convención constituyente de 1853 estableció un principio igualdad como *no discriminación*<sup>6</sup>, en donde todas las personas deben ser tratadas igual. Y al mismo tiempo, la referencia a la *idoneidad* como condición para ser admitidas en los empleos, da la pauta de que será posible realizar distinciones, pero ellas deberán estar relacionadas con el propósito al que están destinadas. Así, al seleccionar personal, no se puede tener en cuenta cualquier criterio, sino solo aquel que esté vinculado con la funcionalidad del puesto de que se trata. La idoneidad sería, entonces, un criterio *razonable* para seleccionar trabajadores, mientras que -por caso- el sexo no lo sería.

La Corte Suprema, en un viejo precedente, ha dicho que “La igualdad establecida por el artículo 16 de la Constitución... no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que, en iguales circunstancias se

---

6 Véase la descripción del principio de igualdad como no discriminación en FISS, Owen “Groups and the equal protection clause”, cit., pp. 107-177. Esta parte no está en la traducción publicada por GARGARELLA, op. cit.

concede a otros; de donde se sigue que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los casos ocurrentes, según las diferencias constitutivas de ellos...”<sup>7</sup>. Esta fórmula de “igualdad en iguales circunstancias” se sigue aplicando hasta nuestros días.

Sin embargo, esta regla no nos brinda ninguna pauta sobre cuáles serán las “iguales circunstancias” o las “diferencias constitutivas”. Por ejemplo, en aquel precedente de 1928 se discutía una sanción a una persona por haberse enrolado luego de los siete meses de cumplidos los dieciocho años, plazo máximo establecido en la ley. El problema era que la agencia de enrolamiento sólo recibía inscripciones dos veces al año, en enero-febrero y en julio-agosto. Caille, la persona sancionada del precedente citado, cumplió los dieciocho años en mayo, por lo que debió haberse enrolado en julio-agosto (es decir, sólo con tres meses de plazo), ya que al hacerlo en enero-febrero del año siguiente, estuvo fuera de término. En su defensa frente a la sanción, alegó que la ley no respetaba la igualdad, ya que no todas las personas tenían el mismo plazo para enrolarse, sino que algunas tenían seis meses, y otras, como él, sólo tres. El juez de primera instancia, entendió que para respetar el principio de igualdad, todas las personas debían tener el mismo tiempo de inscripción, y resolvió no aplicarle ninguna sanción. Sin embargo, la Corte Suprema revocó esta decisión al entender que el principio de igualdad requería que la ley se aplicara por igual a todas las personas que se encontrasen en “*idénticas condiciones*” y que los distintos plazos eran consecuencia de “*desigualdades naturales imposibles de reparar*”. De este modo, no encontró ninguna objeción constitucional al hecho de que dependiendo de la fecha de nacimiento, algunas personas tuvieran dos meses de lapso y otras seis.

Así, vemos que esta idea de “igualdad en iguales circunstancias” no brinda ninguna pauta clara, ya que dependerá de qué se entienda por “las mismas circunstancias”. En el precedente relatado estaba en discusión si había que comparar a Caille con el resto de las personas que debían enrolarse (como entendió el juez de primera instancia) o si había que compararlo con las personas que debían enrolarse que habían nacido el mismo día que él (como entendió la Corte Suprema).

---

7 CSJN, caso “Caille”, *Fallos*, 153:67 (1928).

Es por esta indeterminación y falta de contenido de esta aproximación al derecho de igualdad que GARGARELLA la considera como superficial e irresponsable <sup>8</sup>, ya que permite hacerle decir al derecho cualquier cosa que querramos hacerle decir. De hecho, lo considera “el peor argumento sobre la igualdad” <sup>9</sup>, ya que dependerá de qué variable escojamos que podamos ser considerados iguales o diferentes. Todos somos iguales en algunos aspectos, y diferentes en otros.

El punto a analizar será si las diferencias encontradas son moralmente relevantes. No cualquier diferencia cuenta, sino aquellas relevantes desde el punto de vista moral. Si analizamos el acceso a la salud, por ejemplo, no será relevante si una persona es varón o mujer, o nacional o extranjera. Si analizamos el derecho a la educación, no será relevante si una persona es alta o baja. En cambio sí será moralmente relevante si una persona es idónea o no es idónea para un determinado puesto de trabajo.

Lo que deberá analizarse, entonces, es la relevancia moral del criterio utilizado al hacer la distinción. Por ejemplo, al seleccionar personal para un puesto de trabajo, será relevante la idoneidad, y entonces puede ser un criterio razonable contratar sólo a quienes superen la realización de un examen o concurso que analice la idoneidad.

Desde una perspectiva de justicia, las diferencias producto de la llamada *lotería natural* no deben ser relevantes en ningún sentido para efectuar clasificaciones <sup>10</sup>. Circunstancias que están más allá de la voluntad de la persona, que son producto de la mayor o peor suerte al momento del nacimiento no deben ser tomadas en cuenta para otorgar o denegar derechos. Hacerlo y utilizar estas diferencias implicaría extraer consecuencias jurídicas de hechos que están más

---

8 GARGARELLA, Roberto “Razones para el matrimonio igualitario”, en ALEGRE-GARGARELLA (comp), *El derecho a la igualdad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª ed., 2012, p. 660.

9 GARGARELLA, “Cómo no debería pensarse el derecho a la igualdad. Un análisis de las opiniones disidentes en el fallo Reyes Aguilera”, Abeledo-Perrot N°: 0003/013552, y también GARGARELLA, “Cómo no debería pensarse el derecho a la igualdad II. Un análisis del fallo ‘P., A. v. ANSES’”, Abeledo-Perrot N°: 0003/013798.

10 Ver RAWLS, John, *A theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, p. 63.

allá de la voluntad de la persona, lo que resultaría violatorio del principio de dignidad <sup>11</sup>.

De este modo, si entendemos la igualdad como *no discriminación* el estándar a utilizar para analizar una distinción será la *mera razonabilidad*. Básicamente, la adecuación de los medios de la norma a los fines buscados.

Para esto podrá seguirse un esquema de tres pasos <sup>12</sup>. En primer lugar, habrá que identificar el criterio utilizado en la clasificación (idoneidad -idóneas/no idóneas-, sexo -mujeres/varones-, nacionalidad -nacionales/extranjeros-, etc). Luego, en segundo lugar, habrá que analizar si la clasificación tiende a un propósito u objetivo legítimo; y por último, si la relación entre medio escogido y fin buscado es adecuada <sup>13</sup>.

### III. Igualdad como *no sometimiento*

La reforma de la Constitución de 1994 introdujo abiertamente una nueva perspectiva del principio de igualdad. El artículo 75 inciso 23 nos habla de igualdad como *no sometimiento*, al establecer que 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 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*”. Aquí la Constitución habla de determinados grupos a los que les otorga una protección especial (niños, mujeres, ancianos, personas con discapacidad), e introduce la idea de que la igualdad individual como *no discriminación* del artículo 16 no fue suficiente para evitar la existencia, en la práctica,

---

11 NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 288.

12 FISS, citado en nota 3, p. 111-112.

13 Para un desarrollo mayor de este esquema, véase ZAYAT, Demián, “El principio de Igualdad. Razonabilidad, categorías sospechosas, trato desigual e impacto desproporcionado”, en RIVERA, Julio César (h) y otros (comps), *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, pp. 895 y ss.

de determinados grupos históricamente desaventajados a los que hay que proteger de modo especial por medio de acciones positivas.

Esto se complementa con el artículo 37 que establece que “*La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral*”. Si bien aquí habla de igualdad real entre varones y mujeres, la Constitución está pensando en acciones afirmativas para las mujeres, y no para los varones<sup>14</sup>. Y a su vez el artículo 75 inciso 17 fija medidas especiales para los pueblos indígenas<sup>15</sup>. Todo esto se suma al ya existente artículo 20, que protege a los extranjeros.

La idea de igualdad como *no sometimiento*<sup>16</sup> tiene en cuenta a los grupos históricamente sometidos o especialmente protegidos y requiere que el Estado promueva medidas especiales para equipararlos en derechos a los grupos mayoritarios. Ya no habrá que tener en cuenta si un empleador está considerando el sexo de los postulantes al momento de contratar, sino si está excluyendo a una mujer como miembro de un grupo protegido. De este modo, no será lo mismo no tener en cuenta el sexo (categoría que podría ser irrelevante desde la perspectiva de *no discriminación*), que tenerlo en cuenta para brindarle una especial protección a las mujeres. Entonces, con esta nueva perspectiva, vuelven a ser relevantes desde el punto de vista moral diferencias de la *lotería natural*, justamente, para equiparar a los grupos históricamente desaventajados o sometidos.

El principio de igualdad como *no sometimiento* parte del hecho de que la sociedad es injusta y que el Estado debe adoptar ciertas medidas positivas, especiales, para revertir esta injusticia. Así, el

---

14 Por esto es sumamente cuestionable el fallo de la Cámara Nacional Electoral en autos “Incidente de Ciudad Futura Nro 202-distrito Santa Fe, en autos Ciudad Futura Nro 202-distrito Santa Fe s/elecciones primarias-elecciones 2017”, del 13 de julio de 2017, que -por mayoría- prohibió la presentación de una lista compuesta íntegramente por mujeres.

15 Silvina RAMÍREZ entiende que ésta sería una perspectiva de la igualdad como emancipación. Véase RAMÍREZ, Silvina, “Igualdad como emancipación: los derechos fundamentales de los pueblos indígenas”, en ALEGRE-GARGARELLA, citado en nota 8, p. 389.

16 Véase una descripción de la igualdad como no sometimiento en SABA, Roberto, *Mas allá de la igualdad formal ante la ley*, citado en nota 3, p. 58.



hecho por el cual históricamente el acceso a cargos electivos no haya sido equitativo entre varones y mujeres, exige una medida especial como el cupo femenino en las listas de elecciones partidarias, para revertir la situación desigualitaria existente. La clave será analizar la situación social en términos de grupos dominantes y sometidos (o grupos sin poder o con él), en virtud de características que de otro modo serían irrelevantes desde el punto de vista moral, que deberán ahora sí ser tenidas en cuenta por el Estado para revertir la situación de hecho. Esta perspectiva de grupos que agregó expresamente la reforma de la Constitución de 1994 permite dar un giro en la visión del trato igual como no discriminación <sup>17</sup>.

Cuando se analiza la igualdad como no sometimiento, esta subordinación podrá darse tanto en las normas como en los hechos. Si existe una discriminación en las normas, el estándar deberá ser el de las categorías sospechosas. En cambio, si la discriminación se da en los hechos o prácticas, se deberá analizar desde un estándar de *trato desigual*. Por otro lado, una norma neutra o una política empresarial neutra pueden tener un impacto desproporcionado sobre determinado grupo históricamente sometido o especialmente protegido. En estos casos, el test deberá ser el del *impacto desproporcionado* <sup>18</sup>.

#### IV. La Corte Suprema y la igualdad como no sometimiento

##### IV.1. Las categorías sospechosas

La Corte Suprema históricamente requirió un análisis de razonabilidad en los casos donde se discutía el principio de igualdad <sup>19</sup>. Sin embargo, en algunos casos, comenzó a exigir un ajuste de

---

17 Véase SABA, Roberto, “Discriminación, trato igual e inclusión” en ABREGU, Martín, y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, del Puerto CELS, Buenos Aires, 1997, p. 561.

18 No tengo espacio suficiente aquí para desarrollar en profundidad estas doctrinas. Véase al respecto ZAYAT, Demián “El principio de Igualdad. Razonabilidad, categorías sospechosas, trato desigual e impacto desproporcionado”, op. cit. en nota 13.

19 Por ejemplo, en el caso “Arenzon, Gabriel Darío c/Nación Argentina”, *Fallos*, 306:400 (1984).

razonabilidad más estricto. Así, en los casos donde estaba en juego algún criterio relacionado con diferencias irrelevantes desde el punto de vista moral, y la norma fuera contraria al interés del grupo sojuzgado, la Corte Suprema realizó un escrutinio estricto, e invirtió la carga de la prueba. Entonces será el Estado quien tendrá que probar que la diferencia persigue propósitos sustanciales, y que el medio escogido es el que mejor se ajusta a lo requerido.

En el fallo “Repetto”<sup>20</sup>, esta idea de un criterio más estricto de razonabilidad para algunas categorías empieza a asomar a través del voto de los jueces Petracchi y Bacqué. Finalmente, esta doctrina llega a la mayoría del tribunal en los casos “Hooft”<sup>21</sup> y “Gottschau”<sup>22</sup> donde la Corte Suprema explicitó lo que entiende por categoría sospechosa. Así, dijo que “cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el ‘origen nacional’ -como sucede en el sub lite-corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar”. En estos casos se invierte la carga de la prueba y el estándar de razonabilidad es agravado, en el sentido de que se requiere “una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica ‘adecuación’ a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada”. De este modo, la doctrina de las categorías sospechosas establece un examen con tres elementos característicos: en primer lugar, el criterio se presume inconstitucional y se invierte la carga de la prueba sobre la constitucionalidad. En segundo lugar, se requiere que el propósito de la clasificación sea sustancial, y no meramente conveniente. Y por último la adecuación

---

20 CSJN, “Repetto, Inés María c/Prov. de Buenos Aires”, *Fallos*, 311:2272, (1988).

21 CSJN, “Hooft, Pedro Cornelio c/Prov. de Buenos Aires”, *Fallos*, 327:5118, (2004).

22 CSJN, “Gottschau, Evelyn Patrizia c/CM CABA”, *Fallos*, 329:2986, (2006).

de los medios al fin debe ser lo más ajustada posible, esto es, que la categoría no sea ni sobre ni subinclusiva.

En los tres fallos mencionados estaba en juego el criterio de la nacionalidad<sup>23</sup>, y la acción había sido presentada por un extranjero, cuestionando una norma que le impedía acceder a un cargo o empleo. La Corte, para establecer el criterio de razonabilidad agravado tuvo en cuenta lo dispuesto expresamente por el artículo 20 de la Constitución, que garantiza los mismos derechos a los extranjeros que a los nacionales. De este modo, entendió que cuando se utilice la calidad de extranjero para denegar un derecho, el Estado debe probar que los fines que se tuvieron en cuenta son sustanciales, y que los medios son aquellos menos restrictivos, es decir, una adecuación lo más ajustada posible.

De este modo, si el Congreso o el Poder Ejecutivo (o el Poder Judicial, como en el caso “Gottschau”) aprueban una norma que incurre en una categoría sospechosa *en contra* del grupo de las mujeres, niños, ancianos, personas con discapacidad, extranjeros o pobladores originarios, resulta claro que esto perpetuará la desventaja del grupo y por ello debe ser presumida inconstitucional, aplicándole el estándar de las categorías sospechosas.

¿Y si utiliza esta misma clasificación para *beneficiar* a estos grupos? Entiendo que en ese caso no se debería aplicar la doctrina de las categorías sospechosas, y habría que analizar la distinción únicamente bajo el estándar de la *mera razonabilidad*.

Esto no es del todo claro y ha dado mucha discusión en la doctrina estadounidense. El punto es si una ley puede utilizar el criterio de sexo, por ejemplo, para favorecer a las mujeres, o si ése es un criterio prohibido. Lo mismo con la raza, estatus nacional, idioma, etc... Si entendemos que utilizar estos criterios está siempre prohibido, aun cuando se lo haga para *beneficiar* al grupo protegido, las acciones afirmativas estarán en problemas ya que no podría justificarse la utilización de la categoría “sexo” para beneficiar a las mujeres, o la categoría “raza” para beneficiar a los afrodescendientes, o la categoría “nacionalidad” para beneficiar a los extranjeros, etc.

---

23 Para un desarrollo mayor de la categoría en juego en cada caso, véase ORLANDO, Federico, “Las distinciones entre nacionales y extranjeros en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: la saga ‘Hooft’, ‘Gottschau’ y ‘Reyes Aguilera’ (y algunos interrogantes pendientes)”, en ALEGRE-GARGARELLA (comps), citado, p. 417.

Los programas de acciones afirmativas fueron cuestionados en la jurisprudencia de los Estados Unidos por miembros de los grupos dominantes. En el caso “Bakke”<sup>24</sup> un candidato blanco que no había sido admitido en la escuela de Medicina de la Universidad de Davis, California, inició una acción judicial cuestionando el programa de acción afirmativa, en tanto -alegó- no se lo había admitido en virtud de su raza. La Corte Suprema, en el voto del juez Powell, entendió que la raza sí podía ser una característica a tener en cuenta por la Universidad, pero que el programa fijado, que establecía una cuota fija para personas afroamericanas, era inconstitucional. Desde entonces, comenzó una seguidilla de acciones judiciales contra diversos programas de acción afirmativa en Estados Unidos.

La discusión pasa sobre todo en analizar qué tipo de escrutinio debe utilizarse cuando la clasificación es *benigna* al grupo protegido. En “Croson”<sup>25</sup> se cuestionó un programa de la Ciudad de Richmond que requería que los contratistas de obra pública subcontraten al menos 30% del monto de la obra con empresas de dueños pertenecientes a minorías, y la Corte Suprema estadounidense estableció que el estándar a utilizar sería el de escrutinio estricto, aun cuando se pretendiera favorecer a un grupo protegido. Al año siguiente, en “Metro Broadcasting”<sup>26</sup> se estableció que si el programa era para favorecer a un grupo protegido el estándar debía ser el de escrutinio intermedio<sup>27</sup>. Sin embargo en

---

24 USSC, “Regents of Univ. of Cal.v. Bakke”, 438 U.S. 265 (1978). Existe edición en español en MILLER, GELLI y CAYUSO, *Constitución y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991, T. II, p. 1555.

25 USSC “Richmond v. J.A. Croson Co.” 488 US 469 (1989).

26 USSC “Metro Broadcasting Inc. v. Federal Communications Commission” 497 US 547 (1990).

27 El escrutinio intermedio no es tan exigente como el estricto ya que requiere un “interés importante” (en lugar de sustancial) y los medios deben estar “sustancialmente relacionados” con el objetivo (en vez de requerir que sean lo más ajustados posibles). En nuestra jurisprudencia, el voto de los jueces Maqueda y Highton en el caso “Gottschau” también refiere a un escrutinio intermedio, como estándar intenso (pero no estricto) donde el fin perseguido debe ser “algún interés estatal razonable” (pero no un interés urgente).

“Adarand”<sup>28</sup> se volvió a requerir un escrutinio estricto para los programas de acciones afirmativas.

Con respecto a los programas de acciones afirmativas en las universidades, en “Grutter”<sup>29</sup> la Corte estableció que el nivel de escrutinio iba a ser el estricto, pero al mismo tiempo efectuó una deferencia hacia el criterio de la universidad sobre la diversidad como un objetivo esencial para su misión educacional. De este modo, el plan de la escuela de Derecho de la Universidad de Michigan logró superar un escrutinio estricto, y fue sostenido. Sin embargo, en “Fisher I”<sup>30</sup> esta deferencia fue dejada sin efecto, y se reafirmó que el estándar a aplicar sería el del escrutinio estricto, con una revisión judicial estricta de los objetivos (sin deferencia al criterio de la Universidad). De todos modos, el programa de la Universidad de Texas logró pasar este test, aun con escrutinio estricto, en “Fisher II”<sup>31</sup>.

Sin embargo, más allá de que algún programa con objetivos concretos y precisos con un criterio sensible a la raza, que lograrse superar el escrutinio estricto (el supuesto en “Fisher II”), entiendo que la utilización de este estándar para clasificaciones benignas es equivocado. Como señaló Ronald DWORKIN, “...Si aquellos a quienes la ley perjudica no constituyen una clase ‘sospechosa’ -si sólo son miembros de un negocio particular y no son diferentes de sus conciudadanos en algún aspecto históricamente asociado con la hostilidad o el prejuicio- entonces esa ley debe ser sometida sólo a un escrutinio ‘relajado’: es constitucional a menos que pueda demostrarse que no sirve en absoluto a ningún propósito o fin”<sup>32</sup>. En los casos en que la clasificación perjudique a una clase históricamente discriminada debe utilizarse el escrutinio estricto, pero en cambio, cuando una ley (sancionada por el grupo históricamente poderoso) perjudique a al-

---

28 USSC, “Adarand Constructors, Inc. v. Peña”, 515 U.S. 200, 227 (1995). En este caso, la disidencia, hace notar que no diferenciar una clasificación *benigna* de una *odiosa* es no poder diferenciar un cartel que diga “no pasar” a otro que diga “bienvenido”.

29 USSC, “Grutter v. Bollinger et al”, 539 U. S. 306 (2003).

30 USSC, “Fisher v. Univ. of Texas at Austin”, 570 U.S. (2013).

31 USSC, “Fisher v. Univ. of Texas at Austin”, 579 U.S. (2016).

32 DWORKIN, Ronald, *Virtud soberana*, Buenos Aires, Paidós, 2003, cap XII “Discriminación positiva: ¿es equitativa?”, p. 453.

guien de este grupo de la mayoría con poder, ya no será sospechosa, y allí el estándar deberá ser el de la mera razonabilidad.

Esta conclusión se deriva de entender el principio de igualdad como no sometimiento. Esto implica que las categorías prohibidas no son simétricas <sup>33</sup>, sino que sólo operan en una dirección: no se puede discriminar por sexo para perjudicar a las mujeres, no se puede discriminar por nacionalidad para perjudicar a los extranjeros, no se puede discriminar por raza para perjudicar a los afrodescendientes, etc.

El artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional adopta expresamente este criterio: hay que crear programas de acción afirmativa para favorecer especialmente a mujeres, niños, ancianos y personas con discapacidad. Por su parte, el artículo 75 inciso 17 nos indica que debemos proteger y respetar especialmente a los pueblos originarios; y el artículo 20 nos indica que debemos proteger a los extranjeros. Nuestra Constitución tiene una clara protección a grupos en particular históricamente víctimas de la discriminación.

Los casos de categorías sospechosas que resolvió nuestra Corte Suprema siempre apuntaban en contra de la clase protegida: “Repetto”, “Hooft” y “Gottschau” eran sobre clasificaciones contra los extranjeros o contra quienes no eran ciudadanos nativos, y “González de Delgado” <sup>34</sup> era un programa a favor de las mujeres. La Corte aún no fijó este argumento de modo expreso, aunque el voto del juez Petracchi en “González de Delgado” puede ser entendido como interpretando el principio de igualdad como no sometimiento <sup>35</sup>.

Sin embargo, en el caso “Z., J.J.” <sup>36</sup> la Corte aplicó el escrutinio estricto de la doctrina de las categorías sospechosas y declaró inconstitucional una ley que no incluía en la nómina de beneficiarios

---

33 Ver SABA, Roberto, *Mas allá de la igualdad formal ante la ley*, citado, p. 122.

34 CSJN, “González de Delgado, Cristina y otros c/Universidad Nacional de Córdoba”, *Fallos*, 323:2659 (2000).

35 Véase SABA, op. cit, p. 116.

36 CSJN, Z.9.XLVIII, “Z., J.J. c/Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba s/plena jurisdicción” del 20/08/2014. Este precedente fue también aplicado al caso CSJ 431/2011 “Salas, Alberto Andrés c/Estado de la Provincia de Corrientes y otro s/Acción contenciosa Administrativa”, sentencia del 13/05/15.

de una pensión al concubino varón y que sólo contemplaba el caso de la conviviente mujer. De este modo, entendió que lo prohibido era el uso de la categoría “sexo” ya sea utilizada contra las mujeres o contra los varones. Bajo una perspectiva de la igualdad como no sometimiento este caso debió haberse fallado de acuerdo al estándar de la *mera razonabilidad*, y no del escrutinio estricto. Sin embargo, es cierto que no era claro que la clasificación no fuera *benigna* hacia las mujeres, ya que las leyes que establecían la pensión para la mujer y no para el varón eran consecuencia de entender que la mujer no podía ser parte del mercado laboral y por ello, al morir el concubino varón quedarían sin protección, lo que ameritaría que sucedieran esa pensión (lo que en definitiva, subestima a las mujeres). De todos modos, habrá que esperar hasta que exista un caso más claro para ver si la Corte aplica de modo expreso la interpretación del principio de igualdad como no sometimiento para las acciones afirmativas.

#### *IV.2. Desigualdad en los hechos. El trato desigual*

En segundo lugar, la Corte Suprema ha adoptado expresamente un test para analizar situaciones de hecho en donde se discrimine a un grupo especialmente protegido que se deriva de la igualdad como no sometimiento. Es el test del *trato desigual*. Siguiendo a su par estadounidense, la Corte Suprema en el caso “Pellicori”<sup>37</sup> y de modo aun más fundamentado en “Sisnero”<sup>38</sup> estableció un test para analizar si estamos en un caso de *trato desigual*, dentro del marco de la igualdad como no sometimiento.

En “Pellicori” la Corte Suprema entendió que la demandada había despedido a la actora en virtud de su afiliación gremial. De este modo, con la prueba de autos, se tuvo por acreditado el caso de discriminación *prima facie* y entonces, era deber de la demandada probar que el despido no respondió a ningún motivo discriminatorio. Al no poder realizarlo, se ordenó a la demandada a reinstalar en el cargo a la actora.

Sin embargo, la ausencia de referencias concretas a los hechos probados en la causa en dicho precedente, dejaba pendiente ver de

---

37 CSJN, “Pellicori Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/Amparo”, 2011, *Fallos*, 334:1387.

38 CSJN, “Sisnero Mirtha Graciela y otros c/Taldelva SRL y otros s/Amparo”, 2014, *Fallos*, 337:611.

qué modo un actor podría acreditar su caso *prima facie*. Al mismo tiempo, al ser un caso individual, también dejaba pendiente la discusión sobre si la doctrina era aplicable a la discriminación de grupos.

Estos dos interrogantes quedaron resueltos en “Sisnero”. Aquí la Corte avanzó en detallar de qué modo un actor puede probar un caso *prima facie*. Así, en el caso se habían acompañado la nómina de empleados de cada empresa, de donde se desprendía que no existía ninguna mujer contratada en ninguna de las empresas. Se tuvo en cuenta que la postulante había solicitado empleo, y que después de ello las empresas contrataron nuevamente a varones.

Acompañar la nómina de empleados tuvo por objeto poder comparar la cantidad de postulantes y la cantidad de contratados, dividido por género. En este caso, una planta totalmente masculina para realizar una tarea donde el sexo no está en relación con el puesto de trabajo, no deja ninguna duda de que al momento de seleccionar personal, la empresa sí tuvo en cuenta el sexo de los postulantes para realizar sus contrataciones. Pero en casos más complejos donde haya algunos trabajadores de los grupos subordinados, podría pensarse un test estadístico que compare cuántas personas del grupo mayoritario y cuántas del grupo minoritario fueron contratadas, para ver si respeta la proporción existente en el mercado de trabajo.

La Corte Suprema de Estados Unidos, por ejemplo, utilizó el test de binomios o de la cantidad de desvíos estándares, en el caso “Hazelwood”<sup>39</sup> de 1977. Así, si la proporción de empleados minoritarios está a más de dos desvíos estándares de la proporción de candidatos minoritarios en el mercado de trabajo, puede concluirse que el criterio tuvo en cuenta la característica discriminatoria. Por su parte, en “Teamsters”<sup>40</sup> (precedente citado en “Sisnero”), la Corte estadounidense aclaró que los análisis estadísticos juegan un papel destacado para acreditar un caso *prima facie* de discriminación. Si bien nuestra Corte Suprema no lo dijo expresamente, puede inferirse que las estadísticas de las contrataciones de la empresa jugaron este papel. En los casos colectivos, para acreditar el caso *prima facie*, habrá que probar que existe una “práctica o patrón discriminatorio”. Las esta-

---

39 USSC “Hazelwood School Dist. v. United States”, 433 U.S. 299 (1977).

40 USSC “Teamsters v. United States”, 431 US 324 (1977).



dísticas son clave para ello, pero deben estar complementadas con relatos individuales, historia de discriminación o que son producto de procedimientos no reglados o subjetivos.

A su vez, la Corte Suprema también cito el precedente estadounidense de “Mc Donnell Douglas”<sup>41</sup>, en donde por primera vez la Corte estadounidense estableció este análisis de tres partes. Allí, se realizó un test para saber si estábamos frente a un caso de discriminación individual en la contratación. Se estableció que si el actor (1) pertenece a un grupo minoritario, (2) había solicitado un trabajo para el cual estaba calificado y el empleador buscaba trabajadores, (3) fue rechazado, más allá de sus calificaciones, y (4) luego de este rechazo, el empleador siguió buscando cubrir el puesto, se tendrá por acreditado el caso *prima facie*.

Ya sea que se haya acreditado este caso *prima facie* de manera individual (los cuatro puntos de “McDonnell Douglas”), o de manera colectiva (“el patrón o práctica discriminatoria”, de “Hazelwood” y “Teamsters”), será el turno del demandado de probar que el trato desigual es producto de una razón objetiva y no discriminatoria. Frente a esto, la actora podrá probar que esta justificación objetiva es en realidad un pretexto<sup>42</sup>.

La Corte Suprema de la Nación ya adoptó esta doctrina que viene a proteger sólo a grupos minoritarios o sus miembros, por lo que hay que encuadrarlo dentro de la perspectiva de la igualdad como no sometimiento.

## V. La jurisprudencia del TSJ

Como señalé en la introducción, la Constitución de la Ciudad abraza la idea sustantiva de igualdad como no sometimiento. Esto se desprende de las políticas especiales del Título Segundo del Li-

---

41 USSC “McDonnell Douglas Corp. v. Green”, 411 US 792 (1973).

42 Por ejemplo, en “McDonnell Douglas”, la empresa alegó que no recontrataba al actor, no porque era afroamericano, sino porque había participado de una toma ilegal del establecimiento en una protesta. Ésa fue la razón objetiva y no discriminatoria que presentó la demandada para desacreditar el caso *prima facie*. Sin embargo, el actor pudo rebatir esa justificación, al probar que otras personas que también participaron de esa protesta u otras similares, pero que eran blancos, sí habían sido recontratados.

bro Primero, y expresamente del artículo 80 inciso 7 que establece que se deben dictar medidas de acción positiva para lograr la “igualdad real entre varones y mujeres” (asumiendo que eso no existe en la actualidad, y que las mujeres son un grupo históricamente subordinado), “niñez, adolescencia y juventud”, “personas mayores” y “personas con necesidades especiales”. A estos mismos grupos destinó políticas especiales entre los artículos 36 y 42.

Por su parte, el artículo 11 desarrolla esta misma idea, pero lo hace a través de categorías sospechosas, que habrá que ver cómo deben aplicarse. El párrafo segundo establece que “*Se reconoce el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo*”. Es decir, este artículo prohíbe la discriminación que produzca segregación, distinción, exclusión, restricción o menoscabo, por cualquier clasificación basada en esos criterios.

Toda esta estructura nos señala que la correcta interpretación de la igualdad, no es aquella formal de “todos somos iguales ante la ley”, sino que existen grupos que han sido segregados y discriminado por criterios irrelevantes desde el punto de vista moral, como son los detallados en el párrafo segundo del artículo 11.

Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia aún no lo entiende así, y abraza una interpretación de la igualdad como no discriminación, esto es, de modo individual. Cuando algunos magistrados pretendieron avanzar en la doctrina de las categorías sospechosas, lo hicieron de modo simétrico, prohibiendo tanto la discriminación contra la mujer como contra el varón. Es decir, sin ingresar en una interpretación de la igualdad como no sometimiento. En lo que sigue, analizaré los distintos precedentes sobre categorías sospechosas, sobre desigualdad en los hechos y sobre acciones afirmativas.

### *V.1. Categorías sospechosas*

Al día de hoy ningún precedente del TSJ ha establecido de modo mayoritario la doctrina de las categorías sospechosas<sup>43</sup>. Sí hay va-

---

43 La búsqueda realizada, obviamente, puede ser incompleta, y en ese caso, estoy dispuesto a modificar las conclusiones si fuera necesario. Realicé la selección de los casos desde el buscador de jurisprudencia de la página del

rios votos de jueces individuales que lo han propuesto, pero lo han hecho desde la perspectiva de la igualdad como no discriminación, es decir, entendiendo las categorías como simétricas, que se aplican tanto para el caso que se segregue a un miembro del grupo oprimido, como del opresor.

*a. “Gottschau” (2000)* <sup>44</sup>

El primer caso que analizó categorías que podrían entenderse como sospechosas fue “Gottschau”, de modo previo a la decisión de la Corte Suprema. Aquí ninguno de los jueces entendió que estaba involucrada una categoría sospechosa. El caso trataba de una funcionaria del Poder Judicial de la Ciudad que fue excluida de un concurso para ser designada Secretaria en virtud de su nacionalidad alemana. La decisión fue de tres votos por rechazar el recurso de inconstitucionalidad y confirmar de este modo la decisión de la Cámara de rechazar el amparo (jueces Casás, Muñoz y Conde), y dos votos por hacer lugar al recurso y revocar la sentencia de Cámara (Maier, Ruiz).

El voto del Dr. Casás se fundamenta en que el artículo 20 de la Constitución Nacional no establece una equiparación rigurosa entre nacionales y extranjeros, y entendió que estaba en juego el desempeño de una función pública, por lo que la nacionalidad como integrante del criterio de idoneidad estaba justificada. Al mismo tiempo entendió que el artículo 11 de la Constitución prohíbe la discriminación injusta, odiosa y arbitraria en contra de los extranjeros, y no era éste el caso del requisito de nacionalidad. Con cita del fallo “Criminal c. Guillermo de Olivar”, de la Corte Suprema de 1875 <sup>45</sup> considera que el principio de igualdad “no es otra cosa que el dere-

---

TSJ, filtrando los resultados por los siguientes términos del tesauro: “Igualdad ante la ley”, “Igualdad de oportunidades”, “Igualdad de trato”, “discriminación”, “discriminación de la mujer”, “discriminación por razones de sexo o género”, “discriminación racial o religiosa”. “discriminación no arbitraria” y “discriminación por edad”. También he seguido las referencias y remisiones que realizaron los jueces en los fallos analizados.

44 TSJ, Expte 361/00 “Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja”, sentencia del 20 de junio de 2000.

45 CSJN *Fallos*, 16:118.

cho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se les concede a otros en iguales circunstancias, de lo que se sigue que la verdadera igualdad consiste en aplicar a los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos, y que cualquier otra inteligencia o acepción de este derecho es contraria a su propia naturaleza e interés social”. Es decir, esta idea de igualdad, como vimos anteriormente, al decir de GARGARELLA es “superficial e irresponsable”, y “el peor argumento sobre la igualdad”<sup>46</sup>.

El juez Muñoz remitió al voto del Dr. Casás, y consideró que la exigencia de la nacionalidad no afectaba el derecho a la igualdad ni podía calificarse como discriminatoria, ya que había sido establecida como requisito en la Constitución para distintas funciones públicas.

Por su parte la Dra. Conde también entiende que la igualdad implica “igualdad en igualdad de circunstancias” y en este caso no sería discriminatoria porque “se da igual trato a todos los extranjeros, cualquiera sea su nacionalidad; esto es, no enuncia distinciones según el origen nacional del postulante extranjero”. Asimismo, entiende que no existe irrazonabilidad ni arbitrariedad.

De este modo, la mayoría realizó un examen de mera razonabilidad y fue superado por el requisito de nacionalidad establecido por el Consejo de la Magistratura.

El Dr. Maier, en disidencia, entendió que no era razonable lo realizado por el Consejo de la Magistratura: “Frente a la cláusula del Art. 11 CCBA, resulta irrazonable sostener que la autoridad reglamentaria de un oficio, por reglamentos internos, o por reglamentación del nombramiento por concurso pueda establecer exigencias de nacionalidad como condición básica para ocupar cargos públicos”. Es decir, realizó el mismo análisis de razonabilidad pero entendió que no podía ser superado. Por último, la Dra. Ruiz entendió que el acto del Consejo de la Magistratura tenía vicios en la causa y en la motivación (ya que no existía un impedimento para que concursara) y era entonces ilegítimo.

Habrà que recordar que la Corte Suprema revocó este fallo, entendió que estaba en juego una categoría sospechosa, y tras realizar un escrutinio estricto concluyó que no lo superaba la reglamentación del Consejo de la Magistratura. Aquí la mayoría aclaró que no es el artículo 20 el que estaba en juego, en virtud de que no sería un

---

46 Véase notas 8 y 9.

derecho civil de Gottschau, sino que había que analizarlo desde el paradigma del artículo 16.

*b. “Sandez” (2000)*<sup>47</sup>

El segundo caso donde podría haberse abordado la doctrina de las categorías sospechosas es “Sandez”, el caso de un candidato a ingresar a la docencia, pero a quién el Estatuto Docente no se lo permitió por tener más de 40 años de edad. Aquí los cinco jueces (Conde, Casás, Muñoz, Maier y Ruiz) entendieron que este requisito era irrazonable, y que el Estado no había dado ni un solo argumento para justificarlo. Entendió el TSJ que “se encuentra prohibido, en cambio, efectuar distinciones irrazonables... Lo dicho significa que debe evaluarse, en cada caso concreto, cuáles son las razones que justifican la distinción, las que deben necesariamente ser aportadas por el órgano estatal que crea la regla que la incluye”. Así, será el Estado quien debe dar las razones de la norma para poder analizar su razonabilidad. Incluso más, en este caso, los jueces entendieron que esta condición “muestra una velada hostilidad hacia las personas comprendidas entre los 40 años y la edad que permite el goce de una jubilación...”. Y agrega que “la cláusula bajo análisis contribuye a excluir a un grupo de personas que, dadas las actuales condiciones económicas, quedan colocadas en una situación social vulnerable”. De este modo, la justificación que dieron los jueces hubiera sido suficiente para analizar la situación como un caso de igualdad como no sometimiento, aunque el estándar utilizado quedó corto para ello, y fallaron el caso aplicando la mera razonabilidad de la igualdad como no sometimiento.

*c. “Salgado” (2001)*<sup>48</sup>

Éste es el primer caso donde algunos jueces del TSJ hablaron de la doctrina de las categorías sospechosas. Era una Acción Declarativa de Inconstitucionalidad (ADI) contra la norma del Estatuto

---

47 TSJ Expte 482/00 “Sandez, Carlos Armando s/GCBA s/amparo s/ recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, sentencia del 29 de noviembre de 2000.

48 TSJ, Expte 826/01, SAO “Salgado, Graciela Beatriz c/GCBA s/Acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 21 de noviembre de 2001.

Docente que excluía a las personas mayores de 35 años del ingreso a la docencia de educación inicial.

Los cinco jueces del Tribunal Superior entendieron que la norma era inconstitucional. Sin embargo, no coincidieron en los fundamentos. Mientras que los Dres. Casás y Conde entendieron que el test que había que realizar era el de la mera razonabilidad, los Dres. Maier y Ruiz entendieron que había que aplicar la doctrina de las categorías sospechosas. El voto que desempató fue el de Muñoz, que aplicó un análisis de razonabilidad, pero aclaró que hubiera llegado a la misma conclusión a través del análisis de las categorías sospechosas. De este modo, el caso se resolvió por el test de razonabilidad, aunque dos jueces quisieron aplicar el escrutinio estricto de las categorías sospechosas.

El control de razonabilidad, en palabras de Casás “está orientado a ponderar la adecuada correlación entre el medio elegido (restricción al acceso a la carrera docente por razones de edad) y la predicada finalidad perseguida por la norma (contar con una planta de maestros idóneos para el desempeño de los cargos)”. La Dra. Conde consideró que debe analizarse que los criterios utilizados respondan a “una finalidad admisible”, y debían existir “razones suficientes”.

El Dr. Maier, por su parte, interpretó el artículo 11 de la CCA-BA con la idea de las categorías sospechosas, de la jurisprudencia estadounidense. Sin embargo, las entendió como parte de la igualdad como no discriminación, esto es, simétricas, protegiendo tanto al grupo oprimido como al opresor. Así, entendió que habrá que realizar un escrutinio estricto, pero que no sería imposible de ser superado, en tanto “un motivo legítimo de uso de clasificaciones sospechosas para efectuar un distingo legal es, justamente, el de remover los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad”. Así, entendió que en los casos de clasificaciones benignas, se debe aplicar un escrutinio estricto, pero que será un fin legítimo el derribar la desigualdad histórica, que podría, entonces, superar este análisis. Éste es un estándar demasiado exigente para las políticas de acción afirmativa. Entendiendo la igualdad como no sometimiento no habría que aplicar el mismo test tanto si se perjudica a un grupo protegido como si se lo beneficia.

La Dra. Ruiz también entendió que en el caso existía una categoría sospechosa, pero lo hizo del mismo modo que el Dr. Maier, es

decir, como parte de la igualdad como no discriminación. De su lado, agregó que no es necesario que exista un componente subjetivo dañoso, es decir, que no debe existir una discriminación odiosa o intencional, sino que tan sólo alcanza con acreditar la exclusión objetiva del goce del derecho.

En este caso la mayoría aplicó un análisis de mera razonabilidad, aunque la disidencia lo entendió como un caso de categorías sospechosas. Empero, todos los jueces lo enmarcaron dentro de una interpretación de la igualdad como no discriminación.

*d. “ADC” (2005)* <sup>49</sup>

En este caso se vuelve a repetir la discusión de “Salgado” sobre qué criterio aplicar, si era suficiente con la mera razonabilidad o las categorías sospechosas. La diferencia es que la composición del Tribunal se había modificado, ya que el juez Lozano había ingresado en reemplazo del Dr. Muñoz. La Asociación por los Derechos Civiles interpuso esta ADI contra el requisito de nacionalidad argentina para ingresar a la carrera docente. El caso se resolvió con tres jueces que consideraron que la clasificación era razonable (Dres. Casás, Conde y Lozano) y dos jueces en disidencia entendieron que la clasificación no superaba el escrutinio estricto de las categorías sospechosas, que había que aplicar al caso (Dres. Maier y Ruiz).

Para llegar a esta conclusión, el Dr. Casás retomó lo que había dicho en “Gottschau” (más allá de que la sentencia había sido revocada por la Corte Suprema). Entendió que el artículo 20 de la Constitución Nacional no prohíbe cualquier diferenciación entre nacionales y extranjeros, sino sólo aquellas irrazonables. Repitió su estándar de “igualdad en igualdad de circunstancias” y la cita del precedente de la Corte Suprema de 1875. Asimismo, diferenció este caso del precedente “Repetto” <sup>50</sup> de la Corte Suprema, que oportunamente había dictaminado como Procurador General ante la Corte Suprema, considerando que, en aquel caso, la actora pretendía dar clases en un establecimiento privado, y aquí la ley regulaba el

---

49 TSJ, Expte. n° 3103/04 “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 31 de marzo de 2005.

50 CSJN, “Repetto, Inés María c/Prov. de Buenos Aires”, *Fallos*, 311:2272, (1988).

ingreso a la docencia en establecimientos públicos. Esta diferencia implicaría -según el magistrado- que no estemos frente a derechos civiles del extranjero, sino que sería un caso de empleo público. El Dr. Casás realizó un control de razonabilidad y tuvo en cuenta que no era una clasificación odiosa o persecutoria. Concluyó que no era inconstitucional.

Por su parte, la Dra. Conde también realizó un test de razonabilidad, y concluyó que no es una reglamentación irrazonable del requisito de idoneidad para el desempeño de la actividad docente. Entendió que la Legislatura había valorado estas razones y habría que deferir a su criterio.

El juez Lozano, en un extenso voto, analizó de modo originalista <sup>51</sup> los antecedentes del artículo 20 de la Constitución Nacional, para concluir que “los derechos civiles” no incluyen el acceso al empleo público. De este modo, habría que deferir a la elección de la Legislatura sobre su posibilidad (o imposibilidad) de ingreso. Analizó luego el artículo 16 y la referencia a la idoneidad, y entendió que una persona que podía nacionalizarse y no lo hizo no podría ser un ejemplo de compromiso con la sociedad argentina para los alumnos. De este modo, con cita del voto del Dr. Casás en “Gottschau” entendió que la nacionalidad sí podía ser parte del criterio de idoneidad. Finalmente, realizó un test de razonabilidad, y decidió que el requisito de la nacionalidad lo superaba.

En disidencia, los Dres. Maier y Ruiz remiten cada uno a su voto en “Salgado” sobre las categorías sospechosas, y aplican ese escrutinio estricto a la clasificación por nacionalidad. Ambos concluyeron que el requisito no lo superaba y votaron por la inconstitucionalidad.

---

51 El originalismo es un método de interpretación de la Constitución por el cual el juez entiende que “la primera y más importante máxima en la interpretación de un texto legal consiste en descubrir el significado que le dieron aquellos que lo redactaron”. Véase GARGARELLA Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Ariel, 1996, pp. 61 y ss. Como menciona el autor de esa obra, aún tenemos problemas en donde el interprete tiene que tomar muchas decisiones, sobre, por ejemplo, a cuál de los constituyentes tomamos en cuenta: ¿a aquellos que participaron activamente del debate, a los que redactaron la cláusula, a los que votaron sin dar sus razones, a los que votaron por razones personales y no políticas, a los que no lo modificaron o corrigieron, etc.? Suele ser un método seguido por jueces conservadores, como por ejemplo, en Estados Unidos, Antonin Scalia. Véase SCALIA, Antonin y Bryan A. GARNER, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul, Thomson/West, 2012.



dad de la norma. Volvieron a interpretar las categorías sospechosas como parte de la igualdad como no discriminación, y que en caso de las acciones afirmativas, o clasificaciones benignas, sí podrían superar este escrutinio estricto. En estos votos se desarrolla ampliamente los elementos del escrutinio estricto, esto es, la presunción de inconstitucionalidad, la inversión de la carga de la prueba, los fines urgentes e insoslayables, y la adecuación de los medios lo más ajustada posible.

*e. “Urbano” (2007)* <sup>52</sup>

En este caso, el actor interpuso una ADI para cuestionar un subsidio para ex combatientes de Malvinas, en donde se había establecido entre los beneficiarios a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas de Seguridad que habían participado de la guerra de Malvinas que no percibieran un haber de retiro. El actor sí cobraba un haber de retiro y entendía discriminatoria la clasificación.

Cuatro de los jueces (Dres. Casás, Maier, Conde y Ruiz) entendieron que el test a realizar debía ser el de mera razonabilidad, y entonces, entendieron que las razones que había dado el Estado para efectuar esa clasificación era razonable.

Sin embargo, el Dr. Lozano votó en disidencia, entendiendo que la clasificación entre oficiales que cobran un haber y aquellos que no lo cobran resultaba sospechosa de discriminación, y por ello, aplicó el test de las categorías sospechosas, con la presunción de inconstitucionalidad.

Esta primera aplicación del test de categorías sospechosas por el juez Lozano nos muestra que también entiende esta doctrina en la interpretación de la igualdad como no discriminación, y no como un modo para desandar situaciones de discriminación contra grupos históricamente sometidos. Resulta difícil entender que en este caso existiera un grupo históricamente sometido que era merecedor de una protección especial por parte de la Constitución. De este modo, la interpretación de que las categorías sospechosas sirven para cualquier caso o cualquier tipo de clasificación es verlas meramente como un modo agravado de razonabilidad. Esto permitiría su análisis no sólo de manera simétrica, sino de aplicación en cualquier tipo de

---

<sup>52</sup> TSJ, Expte. 4973/06. “Urbano, Antonio c/GCBA s/Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, sentencia del 6 de noviembre de 2007.

clasificación, y no en aquellas donde está involucrado un miembro de un grupo identitario históricamente sometido. Con “grupo identitario” me refiero a las características de la *lotería natural* o social que terminan conformando la identidad de la persona, aquello con lo que se autoidentifica como parte de una comunidad o un colectivo. No sucedía esto en el caso “Urbano”, y por ello no había que aplicar la doctrina de las categorías sospechosas, desde una perspectiva de la igualdad como no sometimiento.

f. “Zdanevicius” (2009)<sup>53</sup>

Este precedente dio origen a una sucesión de fallos sobre la misma temática. La actora era una docente de 57 años que había sido clasificada por el Ministerio como JB, “jubilable”, en las planillas y listados de aspirantes a cargos docentes, lo que le impedía concursar por ascensos. Las mujeres podían acogerse a la jubilación si así lo deseaban a partir de los 57 años, y a los 60 ya era obligatorio. Entre los 57 y los 60 años la Administración las clasificaba como JB. Por su parte, los varones se jubilaban a los 65 años y no tenían esta opción, y por lo tanto, no eran clasificados de este modo.

El juez Maier ya se había jubilado y aún no había ingresado la Dra. Weinberg, por lo que el Tribunal estaba integrado por cuatro jueces. Los cuatro entendieron que la norma era inconstitucional, pero los Dres. Ruiz y Lozano entendieron que se trataba del uso de una categoría sospechosa, y los Dres. Casás y Conde entendieron que había que hacer un análisis de razonabilidad.

La Dra. Ruiz entendió que en el caso la actora había acreditado *prima facie* la discriminación por género y edad prohibidas por la Constitución, y el Estado no había acreditado que la opción establecida fuera la menos lesiva de los derechos que se alegaba. Hizo referencia a su voto en “Salgado” y entendió que había que utilizar el escrutinio estricto. Aquí volvió a mantener la interpretación simétrica de la igualdad como no discriminación, por la que una acción afirmativa benigna debía ser sometida a escrutinio estricto.

El Dr. Lozano entendió que la edad no constituía una clasificación sospechosa, pero sí lo era la diferencia de género, en tanto que existía una diferente edad jubilatoria para varones y para mujeres.

---

53 TSJ, Expte 6749/09, “Zdanevicius, Luisa Laimute c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia del 25 de noviembre de 2009.

Con referencia a su voto en “Urbano”, el juez aplicó la teoría de las categorías sospechosas y entendió que el Estado no había podido acreditar razones para la diferenciación. Asimismo entendió que la norma buscaba realizar una discriminación positiva, al pretender favorecer a las mujeres permitiéndoles jubilarse antes, y que por ello, no podría ponerlas en una situación desventajosa vedándole la posibilidad de continuar en la carrera docente si ellas así lo querían.

Por su parte, el Dr. Casás, a cuyo voto adhirió la Dra. Conde, entendió, con remisión a su criterio en el precedente “Sandez” que la edad podía ser utilizada como criterio siempre y cuando fuera razonable. Las razones otorgadas por el Estado no resultaron suficientes para permitir realizar un trato diferente entre los 57 y los 60 años, en tanto durante ese lapso es opción de la docente pedir la jubilación o continuar como trabajadora activa.

De este modo, vimos que dos magistrados entendieron que había una categoría sospechosa al discriminar por género, y otros dos entendieron que había que aplicar el test de razonabilidad a la diferencia de edad. No existe, de este modo, una mayoría clara de fundamentos.

Este precedente fue seguido en “Liskowicz”<sup>54</sup>, “Izaguirre”<sup>55</sup> y “Slaibe”<sup>56</sup>. En todos ellos, la decisión fue en contra del requisito normativo, adoptada por los cuatro jueces, con los Dres Ruiz y Lozano entendiendo que era una categoría sospechosa, y los Dres. Casás y Conde que no superaba el test de razonabilidad.

*g. “Gómez” (2011)*<sup>57</sup>

Este último caso es distinto, en tanto se trata de una acción por daños y perjuicios, por responsabilidad del Estado por un caso de discriminación. El actor es un médico de nacionalidad norteamericana, que había sido propuesto para cubrir un cargo de médico suplente en el Hospital Gutiérrez. Sin embargo no pudo ser desig-

---

54 TSJ, Expte 6859/09, sentencia del 10 de marzo de 2010.

55 TSJ, Expte 8290/10, sentencia del 8 de febrero de 2012.

56 TSJ, Expte 9598/13, sentencia del 26 de noviembre de 2013.

57 TSJ, Expte 7235/10, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Gómez, Jorge Elvio c/GCBA s/ daños y perjuicios (excepto responsabilidad medica)”, sentencia del 23 de marzo de 2011.

nado en virtud de que era extranjero y la ordenanza requería nacionalidad argentina. Ante este hecho, inició por un lado una acción de amparo ante el Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, y solicitó su ciudadanía ante el fuero federal. Este último trámite tuvo acogida favorable antes que la resolución del amparo, por lo que pudieron contratarlo en el Hospital y el amparo devino abstracto. Frente a esto, interpuso una acción por daños y perjuicios en contra de la Ciudad ya que el tiempo por el cual no pudo ser contratado no pudo cobrar los salarios correspondientes, y además por daño moral, tratamiento psicológico y pérdida de chance.

Ante la primera instancia su demanda fue acogida favorablemente, y -apelada- la Cámara confirmó el pronunciamiento. Frente a esto el Gobierno interpuso un recurso de inconstitucionalidad, cuya denegación dio origen a la queja en análisis del TSJ.

El Tribunal entendió, por mayoría, que había que revocar la sentencia de la Cámara y mandó dictar una nueva sentencia. Los jueces Casás, Lozano y Conde entendieron que no existió una conducta discriminatoria que sirviera de nexos causal del daño causado. Esto, en virtud de que la Cámara había entendido que la Administración debía saber que ese requisito era inconstitucional por más que los tribunales aún no hubieran fallado al respecto, razonamiento que era incorrecto para los magistrados del TSJ. Es decir, si la norma se presumía inconstitucional existía este nexo causal, en cambio si no se presumía inconstitucional, no existía dicho elemento.

En este caso, la discusión pasó por entender que existía una categoría sospechosa, que haría caer la presunción de legitimidad de los actos administrativos, y en ese caso, se produciría una actividad ilícita por la que el Estado debe responder, o no. Los jueces de las instancias previas entendieron que sí, pero la mayoría del TSJ entendió que no se podía presuponer la inconstitucionalidad de un acto administrativo y que era necesario que así lo declarase un juez de modo previo.

Por su parte la Dra. Ruiz entendió que por razones formales no procedía el recurso de inconstitucionalidad, y votó por el rechazo del recurso y dejar firme la sentencia de la Cámara.

En este caso podría haberse invocado la ley antidiscriminatoria N° 23.592, cuyo artículo 1 establece que en casos de discriminación, la víctima puede pedir que el acto discriminatorio cese, y que se reparen los daños materiales y morales que se hubieran provocado. Esta ley quizás le hubiera dado un marco normativo más concreto

a la solicitud de indemnización por los daños producidos. Aunque claro, la prueba de la discriminación sigue siendo uno de sus requisitos.

### *V.2. Desigualdad en los hechos*

La mayoría de los casos relevados trataban sobre normas que podían incurrir o no en categorías sospechosas. Sin embargo, quizás el fallo más relevante desde el punto de vista igualitario del TSJ, que veremos a continuación, fue sobre desigualdad en los hechos por parte de la policía a los vendedores ambulantes senegaleses.

#### *a. Bara Sakho (2010)* <sup>58</sup>

Este caso puso de manifiesto muchos de los problemas que suceden con la aplicación del código contravencional de modo discriminatorio por parte de la policía. El caso consistía en un hábeas corpus preventivo y colectivo frente a la práctica de detenciones que realizaba la policía para iniciar actuaciones contravencionales por venta ambulante de un modo desproporcionado contra las personas de nacionalidad senegalesa. Así, el conflicto podía analizarse tanto desde el punto de vista de la doctrina del impacto desproporcionado en la aplicación de una ley neutra en materia de raza sobre una minoría <sup>59</sup>, como dentro de la doctrina del trato desigual <sup>60</sup> en tanto

---

58 TSJ, Expte 6925/09, “Bara, Sakho s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Mbaye, Ibrahima s/inf. Ley 23.098 (Hábeas corpus)”, sentencia del 11 de agosto de 2010.

59 La doctrina del impacto desproporcionado viene de la jurisprudencia estadounidense del caso “Griggs v. DukePower” 401 US 424 (1971). Véase al respecto ZAYAT, op cit. en nota 13. Para acreditar un caso de impacto desproporcionado, el actor debe demostrar (1) que existe una norma neutra que impacta de manera desproporcionada sobre una minoría. En ese caso, el demandado deberá justificar que existe (2) una necesidad del negocio/estado en esa norma, o que está en relación con el puesto de trabajo. Frente a esto, el actor podrá rebatirlo demostrando que (3) existe un medio menos discriminatorio que podría usarse.

60 Como vimos al describir el fallo “Sisnero”, para acreditar un caso de trato desigual estructural, el actor debe probar (1) que existe una práctica o patrón discriminatorio que afecta a una minoría. Frente a esto, el demandado (2) podrá ofrecer una justificación objetiva y no discriminatoria que produjeron esos resultados. Y en tercer lugar, el actor podrá desacreditar la excusa (3)

la aplicación de esa ley se hace teniendo en cuenta la raza del sujeto que será criminalizado <sup>61</sup>.

El fallo fue resuelto afirmativamente con el voto de los Dres. Lozano, Ruiz y Balbín (que fue sorteado entre los camaristas ante la ausencia de una mayoría en el Tribunal). En disidencia votaron los jueces Casás y Conde.

El Dr. Lozano entendió que se había probado el impacto desproporcionado del código contravencional, sin que fuera necesario probar el motivo racial por parte de los policías, y ello bastaba para invertir la carga de la prueba. Es decir, entendió que el actor había probado el caso *prima facie* de discriminación, y entonces, correspondía al Estado desvirtuar esta situación, cosa que no había sucedido en la oportunidad. La Dra. Ruiz, por su parte, entendió que en los casos que se denuncia una violación de derechos humanos por causales discriminatorias, es el Estado quien debe desacreditar la denuncia. Este estándar es aun más amplio ya que el caso *prima facie* del actor es acreditado tan sólo con la denuncia. Por su parte, el Dr. Balbín entendió que la actora había acreditado la práctica discriminatoria en razón de la prueba producida y ordenó remedios al Estado.

Ninguno de los jueces elaboró más la teoría antidiscriminatoria, ni citó los precedentes norteamericanos respectivos. Habrá que tener en cuenta que “Pellicori” y “Sisnero” de la Corte Suprema, donde nuestro tribunal avanzó en la doctrina del trato desigual, fueron posteriores a este fallo.

Por su parte, la Dra. Conde entendió que en el marco de un hábeas corpus no correspondía analizar la supuesta comisión de delitos, y el Dr. Casás señaló que no se podría utilizar un hábeas corpus para dejar por fuera de la aplicación de la ley a cierto grupo de personas. Este último argumento desconoce la posibilidad de la

---

demostrando que es un pretexto. Véase *supra* apartado “4.2 Desigualdad en los hechos. El trato desigual”.

61 En lo personal, entiendo que en la especie se había denunciado un caso de trato desigual estructural. Para una justificación más desarrollada de este punto, véase ZAYAT, Demián, “Voto del juez Demián Zayat en el fallo ‘Bara Sakho’ del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires” en Revista *Igualdad, Autonomía Personal y Derechos Sociales*, de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, sección *En los zapatos de...*, Abril de 2016.

existencia del impacto desproporcionado de una ley, y el desarrollo de su test por la jurisprudencia norteamericana.

### V.3. Acciones afirmativas

En este último apartado analizaré cómo interpretó el TSJ las decisiones legislativas que establecen acciones afirmativas, específicamente, el cupo laboral para personas con discapacidad.

#### a. “V. E, C. L. Ñ.” (2005) <sup>62</sup>

El actor, una persona con discapacidad, le solicitó al Estado un empleo, en tanto la planta administrativa del gobierno no cubría ni el 0,5% de los cargos con personas con discapacidad, en contra de lo establecido por el artículo 43 de la Constitución que asegura un cupo del cinco por ciento a las personas con discapacidad. En la primera instancia se hizo lugar al amparo, pero no se ordenó la contratación del actor sino que se “*lo tuviera en cuenta antes de la designación de alguna persona*”, lo que fue confirmado por la Cámara. El recurso interpuesto por el actor fue rechazado por el TSJ. El voto del Dr. Casás, con cita de Ronald DWORKIN y del jubileo de los discapacitados de Juan Pablo II, concluyó que la Constitución no otorga un derecho de ingreso automático y directo a las personas con discapacidad. El Dr. Lozano, por su parte, entendió que no podían dejarse de lado los mecanismos establecidos en la ley 471 para ingresar a la Administración, y que hacerlo judicialmente provocaría una discriminación dentro del colectivo de personas con discapacidad, ya que no iba a poder abarcarse al universo entero, y por ello la Legislatura debía establecer algún criterio sobre de qué manera y a quiénes entre ellos se beneficiaría. La Dra. Conde entendió que la reciente sanción de la ley 1502 había establecido un procedimiento para ingresar a la Administración Pública que debía seguirse. En tanto, la Dra. Ruiz consideró que correspondía rechazar el recurso por cuestiones formales.

El Dr. Maier, en disidencia, entendió que el artículo 42 de la Constitución no hace mención alguna a los concursos para ingresar a la Administración Pública, como así tampoco los refiere la ley 471 (modificada por la ley 1523) para las personas con discapacidad. En-

---

62 TSJ, Expte 3771/05 “V. E, C. L. Ñ s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en V. E., C. L. Ñ c/GCBA s/Amparo”, sentencia del 14 de septiembre de 2005.

tendió que el reclamo del actor, de más de cuatro años de antigüedad, implicaba una inconstitucionalidad por omisión, y entendió que correspondía ordenar su efectiva incorporación a la planta estatal.

En este fallo puede verse cómo el TSJ interpreta una acción afirmativa establecida en la Constitución. Los constituyentes entendieron que había que garantizar un cupo del 5% de los cargos para remediar una segregación histórica de las personas con discapacidad del empleo estatal, y así lo establecieron. La discusión en la que se embarcan los magistrados muestra que entienden que este cupo no es automático ni que puede dejar de lado el mecanismo ordinario para ingresar a la Administración Pública, es decir, concursos de idoneidad, como si no existiese el cupo.

*b. “Marchesini” (2014)* <sup>63</sup>

En este caso se vuelve sobre el tema del cupo para personas con discapacidad, casi diez años después del fallo relatado anteriormente, y de la vigencia de la ley 1502. Aquí la actora, una médica nutricionista con discapacidad que se había desempeñado en los consultorios externos del Hospital María Curie *ad honorem* durante casi ocho años, se postuló en el mecanismo interno de selección de personal. Sin embargo, su contratación fue desestimada por no ser concurrente ni residente. El Director del Hospital solicitó su contratación de acuerdo al cupo del 5%, ya que la actora se encontraba inscrita en el registro de la COPIDIS de la ley 1502. Sin embargo, del Ministerio de Salud le informaron al Director que debía cumplirse con los requisitos establecidos por la Carrera de Profesionales de la Salud, lo que impedía su contratación. Frente a esto, la actora interpuso un amparo, que fue acogido favorablemente por la primera instancia y por la Cámara de Apelaciones. Recurrido por el GCBA, el caso llegó al TSJ.

En un fallo dividido, el Tribunal Superior rechazó el amparo. El voto de la Dras. Weinberg y Conde, al que adhirió el Dr. Casás, entendió que no se había acreditado la idoneidad de la actora, en tanto no era concurrente ni residente, y tenía un promedio 0,5 pts. debajo del requerido, y que el buen concepto del Director del Hospital no podía suplir estos requisitos. Los jueces entendieron que “la

---

63 TSJ, Expte 9615/13 “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Marchesini, María Elena c/GCBA s/amparo”, sentencia del 14 de mayo de 2014.



obligación del GCBA de garantizar al menos que el 5% de su plantel esté cubierto por personas con necesidades especiales no consagra el derecho de toda persona con necesidades especiales a ser nombrado empleado público porteño ni mucho menos a eludir el procedimiento de ingreso y requisitos de idoneidad pertinentes”. Entendieron así que la inscripción en el Registro de la COPIDIS le permite al aspirante “ser tenido en cuenta” siempre que cuente con idoneidad para la función, y sólo le otorga una prioridad ante igualdad de condiciones con otros postulantes sin discapacidad. Por último, le recomendaron al gobierno, de modo exhortativo “que realice su mayor esfuerzo en facilitar el ingreso de la actora a la Administración pública”.

En disidencia, los Dres. Lozano y Ruiz entendieron que correspondía rechazar el recurso del GCBA (y dejar firme la sentencia de la Cámara) porque las razones brindadas en el recurso de inconstitucionalidad no eran suficientes.

Este fallo nuevamente no se hace cargo de que la existencia de un cupo es una acción afirmativa para reparar una injusticia histórica contra un grupo excluido del mercado laboral. La Constitución de la Ciudad entendió que un modo para lograr la inclusión de las personas con discapacidad era asegurándoles un cupo del 5% de los empleos de la Administración Pública, y ello no podría implicar que deben concursar del mismo modo que si no existiera el cupo, y que sólo en caso de igualdad con otro candidato sin discapacidad se le dará prioridad. Si ése fuera el mecanismo establecido, difícilmente lograríamos llegar al cupo mínimo. Entonces, será que se deberán contratar personas con discapacidad con un mecanismo paralelo al establecido para las personas sin discapacidad, al menos hasta llegar al mínimo establecido constitucionalmente. La interpretación que hace la actual mayoría del tribunal es contraria a este entendimiento, y termina desvirtuando lo establecido constitucionalmente.

## VI. Conclusiones

En el análisis de la recopilación de los fallos del TSJ podemos ver que -aun cuando la Constitución de la Ciudad es claramente protectora de ciertos grupos- la concepción de la igualdad de la mayoría del TSJ es sumamente restrictiva. En ningún caso se aplica esta idea de la igualdad como no sometimiento que pretende equiparar en el goce de derechos a los grupos históricamente subordinados. Ni

siquiera la minoría del Tribunal está desarrollando una doctrina para proteger a los grupos en una concepción de la igualdad como no sometimiento.

Los principios que aplica el TSJ son los del criterio de igualdad formal del siglo XIX. De hecho, siguen citando precedentes que entienden que la igualdad implica “igualdad en iguales circunstancias” por lo que habría que fallar los casos ocurrentes de forma similar, sin que ello nos dé una pauta precisa de qué criterios mirar para saber si un caso es similar a otro. En todo caso, ese criterio podría justificar la aplicación de la regla del *stare decisis* pero no mucho más que eso.

Esta idea formal de la igualdad permite a los magistrados encontrar similitudes o diferencias sin un parámetro claro. Por ejemplo, en “Gottschau”, la Dra. Conde entendió que no se estaba haciendo diferencias, ya que esa norma se aplicaba a todos los extranjeros sin importar su nacionalidad, como si lo que hiciera diferente un caso era la nacionalidad del extranjero, y no la calidad de extranjero.

En la mayoría de los casos, el TSJ aplicó el estándar de la mera razonabilidad, lo que le da al operador una discrecionalidad muy amplia al considerar la relación entre medios y fines. En varios casos vemos que la disidencia pasó porque la mayoría entendía que una clasificación era razonable, y la minoría entendía que no lo era.

En la aplicación de las categorías sospechosas, aún no hubo un fallo mayoritario que los recepte. Sin embargo, esto parece ser sólo cuestión de tiempo, ya que podría verse que existe una mayoría a favor de su recepción, integrada por los Dres. Ruiz y Lozano, a quienes se les sumaría la Dra. Weinberg, que aplicó este estándar cuando era jueza de Cámara <sup>64</sup>. Habrá que ver si en el futuro, y en caso de que esta doctrina sea mayoritaria, se aborda el caso desde una perspectiva de no discriminación o desde una de no sometimiento, que protege sólo a los grupos históricamente oprimidos.

En algunos casos, los jueces Conde y Casás entienden que una clasificación sólo será discriminatoria si es “odiosa o persecutoria”. Por su parte los Dres. Lozano, Maier y Ruiz expresamente dijeron que esto no era un requisito. En el derecho antidiscriminatorio, que la clasificación sea odiosa o persecutoria sólo nos habla de un tipo de

---

64 Por ejemplo en el caso “Melito Héctor Julio c/GCBA y otros s/Amparo (Art. 14 CCABA)”, Expte 35353/0, sentencia de diciembre de 2010.

discriminación, la discriminación irracional, frente a la que podría entenderse como “racional” o “estadística”<sup>65</sup>. En la discriminación “racional”, quien hace la clasificación sólo busca una ganancia económica, y no implica ningún odio de grupo: por ejemplo, “*solo fabrico ropa talles S, M y L no porque tenga un odio contra las personas de mayor talla, sino porque no es tan rentable fabricar XL*”. Esto constituye un caso de “discriminación racional” que también está prohibida<sup>66</sup>, más allá de que el fabricante no tenga un odio contra esas personas, y aun cuando ella sea parte del grupo de las XL. Ambos tipos de discriminaciones están prohibidas.

En relación a la desigualdad en los hechos, el TSJ aún no tuvo un posicionamiento claro en reconocer la doctrina del trato desigual o el impacto desproporcionado, que son parte de una concepción de la igualdad como no sometimiento. El fallo “Bara” no es claro en establecer qué doctrina está siendo utilizada, y cuáles son sus requisitos. Será de esperar también que siga a la Corte Nacional en los parámetros utilizados en el fallo “Sisnero” para delinear concretamente esta teoría.

La interpretación que la mayoría del TSJ hace de las acciones afirmativas, y en especial del cupo para personas con discapacidad es decepcionante. Bajo esta interpretación de que el cupo “no permite hacer ingresar a la Administración Pública a personas por fuera del régimen de la carrera” no le deja ningún alcance a la acción afirmativa. Si el cupo no es un privilegio, que intenta reparar una desigualdad existente, no se entiende qué razón tiene su existencia. El ingreso a través del régimen general, formalmente, ya les permite ingresar a las personas con discapacidad sin necesidad de cupo. Lo que vio el constituyente es que esto en la práctica resultaba en una desigualdad, y por ello, entendió que había que garantizar un cupo mínimo de ingreso, ya sea con el reglamento vigente, o por fuera de él. Lamentablemente la mayoría del Tribunal, con la integración actual, entiende que el cupo nada significa (o a lo sumo, preferencia ante un inverosímil e improbable “empate”) y exhorta al Estado a

---

65 Véase AYRES, Ian, “Venta de autos justa”, en ZAYAT, Demián (comp), *La discriminación en el mercado. Ian Ayres y los estudios empíricos sobre desigualdad*, Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2012, p. 59 y ss.

66 En la Ciudad de Buenos Aires, la ley 3330 garantiza la existencia de al menos 8 talles.

hacer lo posible para incluir a las personas con discapacidad. Justamente, lo que hizo el Estado es garantizar un cupo, que el TSJ termina desvirtuando.

En todos los aspectos, la interpretación del TSJ termina siendo la más formalista y restrictiva. Esto llama la atención, en virtud, por el contrario, de la amplitud de la Constitución de la Ciudad, que adopta una postura clara de igualdad sustantiva como no sometimiento, y protege especialmente a grupos históricamente discriminados. Esperemos que en un futuro cercano esta interpretación comience a ser modificada, y se adecue al mandato constitucional.