

*Categorías sospechosas, pobreza  
y derecho a la alimentación*  
*Suspicious Categories, Poverty  
and Right to Food*

Jorge Alejandro Amaya\*

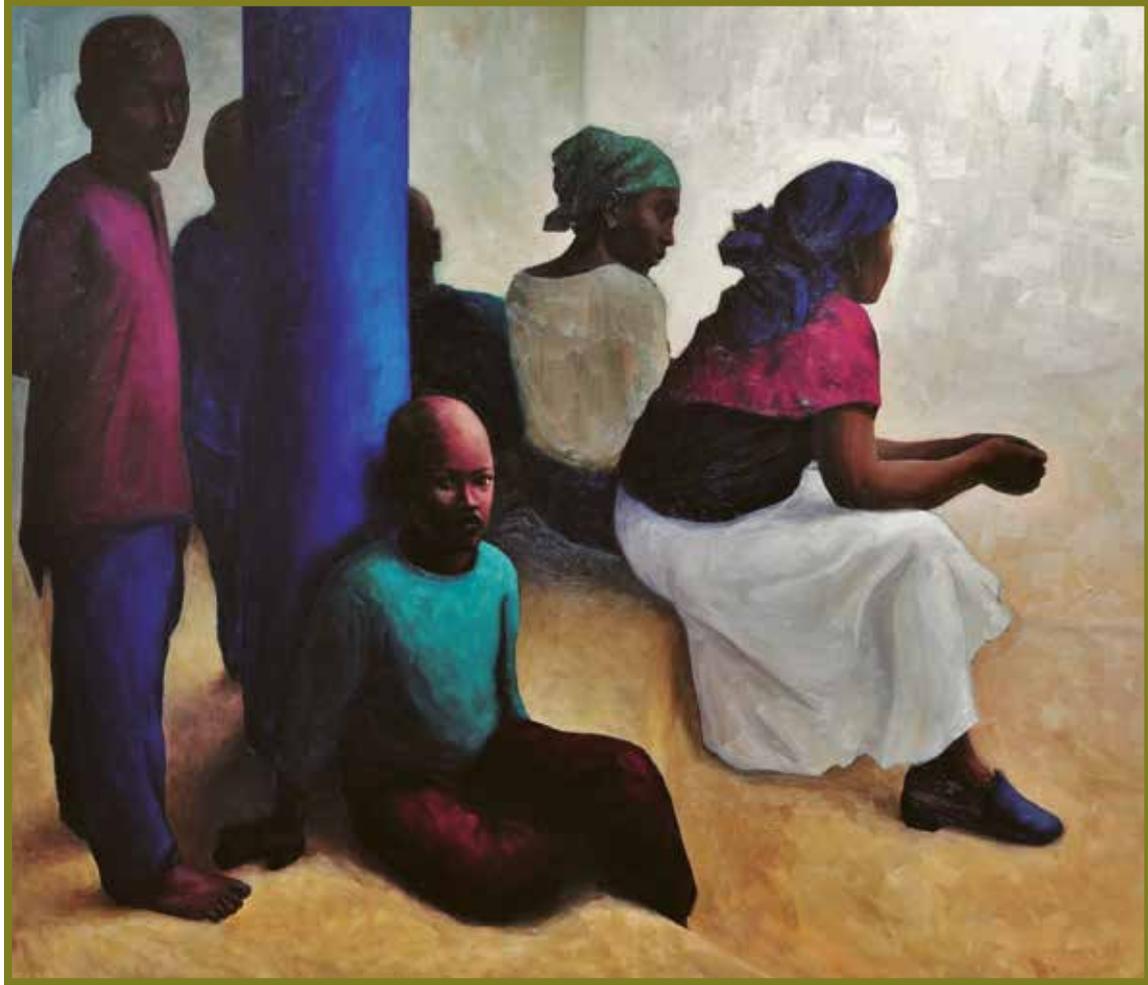
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v14i17.925>

\* Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor ordinario de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), de la especialización en Derecho Constitucional, y del doctorado regular e intensivo que dicta dicha Facultad. Director del curso intensivo de Control de Constitucionalidad que dicta la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional y miembro del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. E-mail: [jaamaya@jaamaya.com.ar](mailto:jaamaya@jaamaya.com.ar); [jaamaya@fibertel.com.ar](mailto:jaamaya@fibertel.com.ar)

Lex



© Los autores. Artículo publicado por la Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual 4.0 Internacional. (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>), que permite el uso no comercial, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre que la obra original sea debidamente citada.



*La espera* (120 cm x 150 cm). Diego Alcalde Taboada.

## RESUMEN

En el presente trabajo, el autor revisa la evolución del principio de igualdad y su relación con los criterios de control de constitucionalidad en la jurisprudencia del Sistema Interamericano, distinguiendo en qué casos opera el test de mera razonabilidad y en qué casos un test estricto que ha conducido al nacimiento en la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos de Norteamérica de las llamadas “categorías sospechosas de inconstitucionalidad”. Sostiene que el test estricto se ha aplicado en la jurisprudencia para diferencias de sexo, raza, nacionalidad y, en contados casos, ideas políticas, y se interroga sobre la posible aplicación del mismo en el futuro a discriminaciones de situación social o económica en razón de la creciente judicialización de la pobreza y el contenido de los tratados de derechos humanos, con jerarquía superior o igual al Derecho interno en la mayoría de los países latinoamericanos.

**Palabras clave:** *igualdad, control de constitucionalidad, test de razonabilidad y proporcionalidad, categorías sospechosas, discriminación, pobreza.*

## ABSTRACT

In this work, the author reviews the evolution of the principle of equity and its relation to the constitutionality control criteria in jurisprudence of the Interamerican System, distinguishing in which cases the reasonableness test operates and in which ones the extrict test, which has led to the birth in the jurisprudence of the United States Court, of the so called “suspicious categories of unconstitutionality”, does. He supports that the extrict test has been applied in jurisprudence to differentiate sex, race, nationality and, in counted cases, political ideas, and it is questioned about its possible future application to situations of social or economic discriminations due to the increasing judicialization of poverty and the contents of human rights treaties, with a superior or equal inner Right hierarchy in most of Latin American countries.

**Key words:** *equity, constitutional control, reasonableness and proportion test, categorías suspicious categories, discrimination, poverty.*

## I. INTRODUCCIÓN. LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POBREZA

Desde hace varios años y de manera incesante la pobreza estructural se ha extendido sobre millones de hogares en todo el mundo y particularmente en Latinoamérica.

En Argentina, el tema ha llegado a la agenda pública y previsiblemente permanecerá en ella en el futuro próximo. De manera inevitable, han comenzado a ocupar a los tribunales casos sin precedentes en el país, dando lugar a decisiones judiciales ampliamente comentadas y que conmueven las concepciones clásicas sobre el alcance de los derechos, la protección constitucional y el rol del Poder Judicial.

Este fenómeno, que podemos llamar a los fines de este trabajo “judicialización de la pobreza”, resulta todavía incipiente en términos absolutos pero su crecimiento es significativo. Y ello no debería sorprender a la comunidad jurídica nacional, dado que a partir de 1994 la Constitución Argentina es una de las más generosas de Iberoamérica en términos de reconocimiento normativo de derechos con jerarquía constitucional.

Ahora bien, “¿dice algo la Constitución Argentina sobre la pobreza, o se trata de una cuestión propia de la política?”; “los derechos constitucionales ¿amparan contra la pobreza y sus manifestaciones típicas?”, “y, si lo hacen ¿de qué manera?”.

Si bien estas interrogantes no han sido trabajadas en profundidad por el Derecho Constitucional argentino, la cuestión es significativa en la medida que atañe al destino de millones de habitantes, particularmente en Iberoamérica, donde existe una situación de grave injusticia distributiva de tipo estructural.

Si concluyéramos que la Constitución Nacional consiente tal estado de cosas, o que nada tiene que decir contra tal injusticia, sería muy difícil defender la legitimidad moral del Estado constitucional que nos gobierna. No solo viviríamos en una situación general de hecho injusta, sino que nuestra propia Constitución y nuestro sistema jurídico serían también injustos.

Bajo esta concepción y convencimiento, este trabajo formula algunos aportes interpretativos que vinculan derechos básicos (como la alimentación), la igualdad o (desigualdad estructural)<sup>1</sup> y los criterios de interpretación constitucional.

América Latina es la región más desigual en el mundo desde el punto de vista de la distribución de riqueza.<sup>2</sup> La discriminación de hecho y de derecho afecta a muchos grupos vulnerables o desaventajados, como los pueblos originarios, los afrodescendientes o los trabajadores migrantes.

Muchos de estos grupos están sumidos —junto con otros sectores de la sociedad— en la marginalidad, que en algunos casos alcanza la pobreza extrema que se proyecta sobre la negación o abstracción de gran parte del espectro de los derechos constitucionales.

De modo que el análisis jurídico y la interpretación de las cláusulas de igualdad y no discriminación que se encuentran incluidas en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no es un mero ejercicio académico, sino una imperiosa necesidad política y moral para avanzar en la creación de sociedades más equitativas y democráticas.

El principio de igualdad y no discriminación no ha generado mucha jurisprudencia de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, no por ello se pueden pasar por alto las importantes contribuciones que ambos órganos han realizado, ni algunas de las discusiones teóricas que ellas generan.

De las múltiples aristas de análisis alrededor del principio de igualdad y no discriminación en la jurisprudencia interamericana y de la Corte Suprema argentina, nos detendremos en dos temas que no han sido suficientemente estudiados.

Analizaremos primero los motivos prohibidos de discriminación contenidos en la Convención Americana y la interpretación que de ellos se ha hecho. Seguidamente, determinada la existencia de un listado de criterios prohibidos de discriminación, analizaremos cuál es el estándar que los órganos del Sistema Interamericano (Corte y Comisión) utilizan o deberían utilizar frente a las distinciones basadas en ellos, así como los casos fallados por la Corte Suprema Argentina en esta línea. En particular, exploraremos si el estándar debe ser o ha sido más estricto que el aplicado frente a otras distinciones no expresamente prohibidas por el texto convencional.

Finalmente, aportaremos algunas reflexiones sobre la interrelación entre motivos prohibidos de discriminación, criterios o estándares de control y el derecho a la alimentación de los integrantes de los sectores marginados de la sociedad.

<sup>1</sup> Un completo trabajo sobre este tema puede verse en Roberto Saba, “Des(igualdad) estructural”, en *Visiones de una Constitución*, coord. por Jorge Alejandro Amaya (Buenos Aires: Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, 2004).

<sup>2</sup> Ver los datos publicados por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

## II. LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO DE IGUALDAD Y LAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS<sup>3</sup>

La igualdad como derecho ocupa un papel transversal en relación con otros derechos, de modo que los casos no presentan la igualdad en estado “puro”, sino vinculada con otros derechos, como los del consumo. Por ejemplo, la Ley Antidiscriminatoria Argentina N° 23.592 recoge esta idea, al referirse en su artículo 1° al “pleno ejercicio *sobre bases igualitarias* de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución”, para luego referirse a ciertos motivos especialmente prohibidos de discriminación.

La Constitución Nacional Argentina ha consagrado este derecho bajo diferentes manifestaciones: igualdad ante la ley (art. 16 CN), prohibición de fueros personales (art. 16 CN), igualdad entre nacionales y extranjeros (art. 20 CN), etc. Asimismo, nuestro texto constitucional se ha visto enriquecido con la incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 75 inc. 22 CN), que, con diversas formulaciones, permiten sostener criterios más exigentes de análisis en casos en los que se alega una violación de este derecho.

Por consiguiente, la reforma constitucional de 1994 deja a la luz que el constituyente ha evolucionado desde una concepción formal hacia una igualdad fáctica o real, que obliga a los poderes públicos a la formulación de acciones positivas para asegurar la igualdad real.

Inicialmente, la Corte Suprema Argentina empleó diversas fórmulas para definir a la igualdad formal. Dijo que “la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley a los casos ocurrentes según las diferencias constitutivas de ellos”;<sup>4</sup> que “es un derecho a que no se establezcan excepciones y privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias”.<sup>5</sup>

Pero la reforma constitucional de 1994 incorporó, como vimos, la tesis positiva obligando a superar la concepción formal de la igualdad. Así, el artículo 75 inciso 23 CN faculta al Congreso a legislar en materia de medidas de acción positiva, identificando algunos grupos desaventajados como posibles beneficiarios de este tipo de tutela (mujeres, niños, ancianos, personas con discapacidad), y el artículo 43 segundo párrafo prevé el amparo colectivo como vía para remediar situaciones de discriminación.

<sup>3</sup> Sobre la doctrina de las “categorías sospechosas”, ver, entre otros, Fernando Rey Martínez, “Igualdad, diferencia, discriminación”, en *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo* (Madrid: Mac Graw-Hill, 1995), 39-61. También Víctor Ferreres Comellas, *Justicia constitucional y democracia* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997), 242-268; Hernán V. Gullco, “El uso de las categorías sospechosas en el Derecho argentino”, en *El Derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, coord. por Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (Buenos Aires: LexisNexis, 2007); Guillermo F. Treacy, “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad”, *Lecciones y Ensayos*, 89 (2011); Roberto Saba, “Des(igualdad) estructural”, en *Visiones de una Constitución*, coord. por Jorge Alejandro Amaya (Buenos Aires: Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, 2004).

<sup>4</sup> Fallos 16:118; 101:401; 123:106; 124:122; 126:280.

<sup>5</sup> Fallos 124:122; 126:280; 127:118; 151:359; 157:28; 184:592.

Nuestro Alto Tribunal, siguiendo pautas marcadas con anterioridad por la Corte Suprema de los Estados Unidos y la Jurisprudencia Europea, ha ido elaborando distintos criterios de análisis del control de la reglamentación de los derechos, en su cruce con la igualdad como principio.

### III. LA PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS. EL “TEST DE MERA RAZONABILIDAD”

El test de mera razonabilidad se caracteriza por la mayor deferencia de los tribunales hacia la validez de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona. El análisis puede presentarse a partir de la dicotomía entre fines y medios: ambos elementos son valorados —en principio— desde una perspectiva favorable al criterio del legislador. Este tipo de análisis exige que quien cuestione la validez constitucional de una norma acredite su irracionalidad, ya que, de otro modo, prevalece la posición a favor de la validez de aquella.

Para ello, “la repugnancia con la cláusula constitucional que se invoca [debe ser] manifiesta y la incompatibilidad inconciliable, debiendo resolverse cualquier duda a favor de la constitucionalidad, máxime si ello es posible sin violación de los textos”.<sup>6</sup>

Quien cuestiona la inconstitucionalidad de la norma debe argumentar en torno a dos aspectos: los fines públicos de la ley, que deben conectarse con los propósitos más generales que justifican el dictado de normas del poder de policía; y los medios elegidos por el legislador para alcanzar el fin o los fines perseguidos, que deben ser adecuados a las necesidades y fines públicos que los justifican, de manera que no aparezcan infundados o arbitrarios.

### IV. LA PRESUNCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS. LAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS

Así como la Corte Suprema de los Estados Unidos ha desarrollado un escrutinio estricto del control de constitucionalidad de las normas (*strict scrutiny*), la Corte Suprema Argentina y los órganos del Pacto de San José de Costa Rica vienen elaborando un estándar de revisión exigente cuando el derecho en juego es el derecho de igualdad y las personas son tratadas de manera desigual a partir de determinadas características.

La Convención Americana contiene un catálogo de criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar. Su artículo 1.1 menciona los siguientes criterios prohibidos de discriminación: raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

<sup>6</sup> CSJN, fallos 247:121, considerando XIII.

De modo que, siguiendo las pautas tradicionales de interpretación de cualquier tratado internacional, el texto convencional como principal punto de partida para analizar cuáles situaciones constituyen alguna forma de discriminación, presenta un listado claro de categorías prohibidas, y todos los destinatarios de las normas de derechos humanos saben a qué criterios pueden o no acudir a fin de establecer diferencias.

Así, ante una situación que se plantea como discriminatoria, en primer lugar, debe observarse si la cláusula, práctica, norma, acción u omisión estatal que se analiza establece directa o indirectamente diferenciaciones o distinciones basadas en algunas de las categorías vedadas por la Convención.

La tendencia jurisprudencial está avanzando en el sentido de que las diferencias basadas en los factores prohibidos explícitamente en los instrumentos de derechos humanos deben estar sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto.

Los Estados, a fin de que las distinciones no sean consideradas discriminatorias, deben demostrar la existencia de un interés particularmente importante, de una necesidad social imperiosa, a la par de demostrar que la medida utilizada es la menos restrictiva posible.

La Convención, al incluir una referencia expresa de criterios prohibidos de discriminación, representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones desventajadas y, en muchos casos, como la pobreza extrema, contrarias a la dignidad humana.

El catálogo convencional representa un reconocimiento expreso de la especial gravedad de las distinciones basadas en tales criterios y un llamado a que los grupos tradicionalmente discriminados con base a ellos reciban una protección especial mediante un estándar de revisión más estricto.

El tratamiento de los motivos incluidos en los catálogos, denominados “categorías sospechosas” de discriminación, establece que todo trato desigual basado en alguna de esas circunstancias debe ser sometido a un escrutinio especialmente riguroso para evaluar su convencionalidad o constitucionalidad, y a su vez requiere un plus de fundamentación de su objetividad y razonabilidad.

La Comisión Interamericana comenzó a utilizar este criterio estricto de revisión en casos de discriminación de sexo.

Así, sostuvo que “se espera un tratamiento equitativo de la ley para hombres y mujeres, a menos que se hayan aducido motivos justos, legítimos y razonables imperiosos para justificar una diferencia de tratamiento”.<sup>7</sup> Luego, introdujo la idea de que las distinciones previstas en la

<sup>7</sup> CIDH, *María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala*, Caso 11.625, *Informe N° 28/98*, párr. 36.

ley y basadas en criterios relativos a la condición, como, por ejemplo, la raza, necesariamente dan lugar a un examen minucioso.<sup>8</sup>

En el caso “*Morales de Sierra*”<sup>9</sup> indicó que el artículo 24 de la Convención Americana ha establecido como regla que ciertas formas de diferencia en el trato, como aquellas que se basan en el sexo, resultan “fuertemente sospechosas de ilegalidad,” y que el Estado tiene que brindar razones de mucho peso para su justificación. Siempre que la distinción obedezca a algunos de los factores o categorías sospechosas, la norma o la política que la utiliza serán observadas bajo un criterio de escrutinio intenso o estricto.<sup>10</sup> Esta tesis fue reafirmada en el *Informe sobre Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de la Violencia*.<sup>11</sup>

La necesidad de que existan razones de una relevancia especial para justificar distinciones basadas en ciertos motivos, clases o categorías, es utilizada también en la jurisprudencia comparada de varios países de la región.

Así, en los Estados Unidos, como anticipamos, este concepto se desarrolló alrededor de la teoría de la existencia de “categorías sospechosas”. En el caso *Korematsu v. United States*, la Corte Suprema consideró que: “...todas las restricciones legales que limitan los derechos civiles de un determinado grupo racial son inmediatamente sospechosas. Esto significa que los tribunales las deben someter al escrutinio más estricto. Una urgente necesidad pública puede, a veces, justificar la existencia de tales restricciones; el antagonismo racial, nunca”.<sup>12</sup>

La Corte Constitucional de Colombia explicó que ha aplicado un test estricto de razonabilidad en ciertos casos, como por ejemplo:

- 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en la Constitución;
- 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas;

<sup>8</sup> Ver CIDH, “Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación”, en *Informe Anual de la CIDH 1999*, OEA/Ser.L/V/II.106, dic. 3 rev., 13 de abril de 2000, capítulo VI, sección II, punto B.

<sup>9</sup> CIDH, *Informe de Fondo No. 4/01*, Guatemala, 19 de enero de 2001, párrs. 31 y 36.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> CIDH, *Informe sobre Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 80.

<sup>12</sup> 323 US 214. A pesar del estándar utilizado, la Corte Suprema consideró constitucional la reclusión de ciudadanos americanos y latinoamericanos de origen japonés en campos de internamiento durante la Segunda Guerra Mundial. En *Palmore v. Sidoti* agregó que las clasificaciones raciales “están sujetas al escrutinio más exhaustivo y para salvar la exigencia constitucional, deben justificarse en virtud de un interés gubernamental apremiante y deben ser necesarias (...) para la consecución de sus fines legítimos”. En *Loving v. Virginia*, la Corte Suprema estipuló que la cláusula sobre igual protección de la Constitución “demanda que las clasificaciones raciales, especialmente en los estatutos penales, deben estar sujetas al escrutinio más riguroso”.

- 3) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos *prima facie* afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; o
- 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio.<sup>13</sup>

Estableció la Corte Constitucional que las categorías señaladas como sospechosas (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de los cuales estas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen *per se*, criterios que permitan efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.<sup>14</sup>

En lo que hace a la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina, los primeros antecedentes de este criterio de revisión estricto se vincularon con la distinción entre nacionales y extranjeros,<sup>15</sup> tales los casos “Repetto, Inés María c/ Buenos Aires, provincia de s/ inconstitucionalidad de normas legales”, del 8/11/1988; “Calvo y Pesini, Rocío c/ Córdoba, Provincia de s/ amparo” del 24/02/1998; “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” del 16/11/2004; y “Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo” del 8/08/2006.

Pero la Corte Suprema fue ahondando en esta intensidad del control en otros casos, como “Reyes Aguilera”,<sup>16</sup> donde la actora, además de extranjera era discapacitada y estaba en una situación de extrema pobreza, de modo que se presentaba una situación de vulnerabilidad que justificaba el análisis estricto.

En resumen, mientras en el criterio de “razonabilidad” se advierte una importante tolerancia respecto de los medios y los fines elegidos por la autoridad que establece las distinciones, en el criterio más estricto existe una presunción de invalidez respecto del objetivo perseguido por el Estado que se funda en una pauta considerada “sospechosa”.

En consecuencia, el Estado debe presentar fuertes razones (“una necesidad social imperiosa” o “razones de mucho peso”) para justificar la utilización de la categoría “sospechosa”.

<sup>13</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-673/01, Magistrado ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>14</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-101/05.

<sup>15</sup> CSJN, fallos 311:2272, in re “Repetto, Inés María c/ Buenos Aires, provincia de s/ inconstitucionalidad de normas legales”, del 8/11/1988. En el caso se debatía la validez constitucional (en particular, frente al art. 20 CN) de una norma provincial que ponía como requisito la nacionalidad argentina para acceder a un cargo docente en la enseñanza preescolar en un instituto particular. CSJN, fallos 321:194, in re “Calvo y Pesini, Rocío c/ Córdoba, Provincia de s/ amparo” del 24/02/1998. CSJN, fallos 327:5118, in re “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” del 16/11/2004. CSJN, fallos 329:2986, in re “Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo” del 8/08/2006. Puede verse un análisis completo en Amaya Jorge Alejandro, *Control de constitucionalidad* (Buenos Aires: Astrea, 2015).

<sup>16</sup> CSJN, fallos 330:3853, in re “R.A., D. c/ Estado Nacional” del 4/09/2007.

Desde el punto de vista del control constitucional y convencional, esta presunción de ilegitimidad se traduce en la inversión de la carga justificadora y en su sometimiento a un estándar de escrutinio elevado.

Acreditado el empleo de una clasificación sospechosa, la inversión de la carga justificadora pone en cabeza del Estado la fundamentación de la medida impugnada.

Cabe entonces al Estado demostrar las razones concretas que condujeron a acudir a dicha clasificación para establecer una distinción legal. A falta de demostración suficiente por parte del Estado, la presunción de ilegitimidad queda confirmada y la medida no supera el examen de convencionalidad y constitucionalidad.

#### V. LAS NORMAS Y LOS HECHOS. ¿ES APLICABLE LA CATEGORÍA A LAS RELACIONES PRIVADAS?

Los casos referidos en torno a la jurisprudencia de la Corte Argentina plantean la existencia de una clasificación que proviene de una norma, la que al imponer determinados requisitos crea una distinción generando una clasificación que, en ciertos casos, puede ser considerada sospechosa de inconstitucionalidad.

Pero los problemas más difíciles se encuentran cuando la discriminación no emerge de la norma, sino de prejuicios o prácticas sociales, es decir, no nace de las distinciones o clasificaciones efectuadas por la “ley” sino de la conducta de las personas. En este sentido, las acciones afirmativas (artículo 75 inciso 23 CN) procuran apuntar y combatir dicha situación.

La constitución y su contenido son de orden público. Por consiguiente, los derechos constitucionales son exigibles frente al poder público y a las demás personas. El artículo 43 que consagró constitucionalmente el amparo como acción de tutela rápida de los derechos constitucionales merita, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema que le dio nacimiento,<sup>17</sup> que la acción procede contra actos de autoridades públicas y de particulares.

Pero lógicamente, tratándose las prácticas discriminatorias de hechos, el trato desigual debe ser probado. Es decir, que antes de llegar a la aplicación del escrutinio estricto es necesario que quien alegue una situación de discriminación la demuestre fehacientemente. No basta la alegación de discriminación para que opere el escrutinio estricto.

En “Álvarez, Maximiliano y otros c/ CENCOSUD S.A. s/ acción de amparo” se consideró probado el hecho de que el despido del trabajador por una empresa privada había

<sup>17</sup> Obviamente nos referimos a los casos “Miguel Ángel Siri” y Samuel Kot SRL, de 1957 y 1958, con especial énfasis en este último.

tenido su origen en motivos gremiales,<sup>18</sup> es decir, se planteó la aplicación de las normas antidiscriminatorias al ámbito de las relaciones laborales privadas.

Por su parte, en el caso “Fundación Mujeres en Igualdad c/ Freddo S.A.”,<sup>19</sup> donde se planteó la discriminación del colectivo femenino a través de una política empresarial que excluía a las mujeres en la contratación de personal, el tribunal actuante exigió que fuera el demandado —una empresa particular— el que acreditara “con argumentos razonables” su conducta. La omisión de hacerlo llevó a que la sentencia impusiera a la demandada una modificación de sus criterios de contratación de personal.

En conclusión, podemos afirmar que frente a una situación de discriminación en el ámbito privado se puede aplicar el escrutinio estricto con su carga agravada de justificación.

## VI. CATEGORÍAS SOSPECHOSAS, POBREZA Y DERECHO A LA ALIMENTACIÓN

Como vimos, las calificaciones prohibidas son notoriamente amplias, ya que se refieren a la nacionalidad, al sexo, a la religión, a la raza, a la edad, al idioma, a la opinión política, los impedimentos físicos, la orientación sexual, *y al origen social y la posición económica*<sup>20</sup> (el destacado es propio).

Justamente, *el origen social y la posición económica*, como calificaciones prohibidas (de *iure* o de *facto*) contenidas en todos los tratados de derechos humanos se relacionan estrechamente con el acceso de la población a los bienes y servicios.

La superación de las desigualdades provenientes del origen socioeconómico han sido parte del proyecto constitucional originario de la Argentina (rechazo de la Constitución a las prerrogativas de sangre o de nacimiento, a los fueros personales o los títulos de nobleza) y han sido actualizadas y revitalizadas a partir de la reforma constitucional de 1994 y de la incorporación de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, al haberse consagrado la igualdad de oportunidades y el compromiso de implementación de políticas preferenciales para superar las desigualdades en el desarrollo.

<sup>18</sup> CSJN, sentencia del 7/12/2010.

<sup>19</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, del 16/12/2002. Publicado en *La Ley* 2003-B-970.

<sup>20</sup> Ver en torno a la distinción de sexo CSJN, fallos 287:42, in re “Carballo, María Isabel y otros c/ Nación Argentina (Prefectura Nacional Marítima)”; fallos 323:2659 in re “González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba”; en torno a la religión fallos 302:604 in re “Carrizo Coito, Sergio c/ Dirección Nacional de Migraciones”, fallos 302:604 in re “Lopardo, Fernando Gabriel”; fallos 332:433 in re “Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento – Distrito Federal”; en torno a la distinción de edad, fallos 307:1963 in re “Domínguez, Alberto Roberto c/ U.N.R. s/ recurso de amparo”; en torno a la característica de pueblos originarios, fallos 330:134 in re “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento”; en torno a la discapacidad, fallos 305:1489 in re “Almirón, Gregoria c/ Nación Argentina”, fallos 306:400 in re “Arenzon, Gabriel Darío c/ Nación Argentina”; en torno a discriminación sobre motivos gremiales, “Álvarez, Maximiliano y otros c/ CENCOSUD S.A. s/ acción de amparo”, del 7/12/2010.

La condición social o la posición económica aluden conceptualmente a situaciones estructurales vinculadas a las necesidades generales para la vida digna y autónoma. Deben entenderse con el universo de variables que en su conjunto determinan la “calidad de vida” de las personas y que se refieren al nivel de acceso y disfrute de los bienes y servicios básicos que sustentan el ejercicio de la ciudadanía moral de una sociedad.

Las condiciones de dignidad se refieren al goce de bienes básicos como alimentación, vivienda, salud, servicios públicos, etc., dado que es la situación frente a ellos la que configura la situación socioeconómica de las personas.

Aclarados estos conceptos, podemos avanzar a la luz de los fundamentos que justifican la inclusión del origen social y la condición socioeconómica como criterios sospechosos.

Existiendo en muchos países grandes sectores marginales de la sociedad, sumidos en una pobreza estructural que los inhibe o limita del acceso a los bienes y servicios más elementales, las categorías sospechosas deberían constituir una herramienta de protección judicial de quienes se encuentran en situación de alta vulnerabilidad dentro de la comunidad política, dado que esta situación de exclusión que posterga sus necesidades y derechos se origina en su origen social y condición socioeconómica y, por consiguiente, en una categoría prohibida. Asumidos estos conceptos desde una perspectiva estructural y más allá de cuál sea la conformación de la canasta de bienes y servicios básicos y los niveles de acceso y disfrute que sean postulados como umbrales de dignidad, su aplicación operativa para identificar a las personas protegidas resulta medianamente sencilla.

Conforme hemos visto en puntos precedentes, la tutela antidiscriminatoria opera tanto frente a comportamientos de hecho como a actos normativos de alcance general o individual. También protege frente a conductas positivas (como la implementación de un servicio público) u omisiones (como la falta de implementación de un servicio público). A su vez, tanto el obrar estatal como el de los sujetos privados pueden potencialmente afectar la prohibición de discriminación.

En algunos casos, la utilización de criterios de exclusión vinculados a la condición socioeconómica de las personas es evidente, por ejemplo, cuando se hace depender el goce de ciertos derechos u oportunidades de la capacidad de pago de las personas. Esto puede tomar diversas formas (tributos, contribuciones o servicios prestados por privados) pero cuando operan barreras económicas de acceso a bienes o derechos básicos como la alimentación, la desigualdad por condición social o posición económica aparece manifiesto. También las restricciones económicas sospechosas pueden revestir las formas de prácticas estructurales omisivas, cuando no se destinan recursos suficientes para la provisión de los bienes más básicos a las personas en extrema pobreza.

## VII. VÍAS OPERATIVAS PARA ACTIVAR LA PROTECCIÓN

Los remedios extrajudiciales y judiciales disponibles en el Derecho incluyen la prevención, la cesación y la recomposición de las consecuencias de las prácticas antijurídicas, y todas ellas pueden funcionar en la protección antidiscriminatoria, tanto individual como colectivamente.

En el ámbito no judicial, la intervención de las Defensorías del Pueblo o los institutos antidiscriminatorios ante los órganos de la administración pueden contribuir a la revisión de las prácticas que violen los compromisos de no discriminación, aunque no debe olvidarse el deber de las propias dependencias administrativas de ajustar sus decisiones a los principios constitucionales en el marco del “principio de legalidad” que informa los procedimientos administrativos.

Podría afirmarse que los órganos de la administración son, en principio, los mejor situados para asumir la prevención de las prácticas discriminatorias y para actuar a gran escala en el cambio cultural y social que mejore el nivel de respeto por los principios constitucionales, mientras que el Poder Judicial está en mejor posición para operar en situaciones específicas de discriminación individuales o colectivas generadas por una práctica o norma determinada y proveer a su cesación y recomposición, al actuar en el contexto de casos.

El sistema constitucional de frenos y contrapesos requiere y alienta el diálogo entre los poderes, descansando en la idea de que el Poder Judicial les señalará a los órganos políticos la existencia de fallas estructurales en el cumplimiento de los derechos constitucionales, resolverá las situaciones de afectación que lleguen a su conocimiento y generará así los incentivos para que la administración y el Poder Legislativo lleven adelante las políticas constitucionales.

Esta forma de considerar la relación entre los poderes del Estado tiene la ventaja de ofrecer una vía de superación a la sobredimensionada discusión acerca del activismo o la restricción judicial frente a las ramas democráticamente responsables del Gobierno. Cuando consideramos a la arena pública como el escenario de un diálogo entre los diversos órganos de decisión estatal, el eje de la discusión se traslada de la tensión “todo o nada” (propia de la dicotomía activismo- restricción) hacia otro más constructivo, relativo a las modalidades y alternativas institucionales para la generación de los mecanismos del diálogo entre poderes.

Este aspecto de la discusión es especialmente relevante en la protección antidiscriminatoria, dada la habilitación constitucional a su defensa judicial con carácter colectivo que consagra en Argentina en el artículo 43 párrafo 2º de la Constitución Federal, en cuyo marco el Poder Judicial puede adoptar remedios estructurales y de largo plazo para superar una práctica discriminatoria concreta.

La protección judicial colectiva de derechos fundamentales que consagró la reforma constitucional de 1994 ha dado lugar a valiosos precedentes, tales como el caso “Verbisky”<sup>21</sup> (un *habeas corpus* colectivo en el que se tutelaba fundamentalmente a los menores y enfermos detenidos en comisarías de la provincia de Buenos Aires), un esclarecedor precedente sobre el rol del Poder Judicial en el control de las prácticas y políticas públicas relativas a la estructura constitucional.

Por otra parte, cuando la discriminación se manifieste respecto de una relación de consumo (prestación de servicios públicos, prácticas de comercialización o publicidad, etc.), el amparo del consumidor constituye una vía de protección judicial apta para combatir la vía discriminatoria.<sup>22</sup>

Cuando la práctica discriminatoria tiene carácter estructural, el remedio judicial suele requerir mecanismos más sofisticados, complejos y prolongados. En estos casos la participación de las ramas administrativas involucradas y de la sociedad civil dedicada a la defensa de los grupos afectados es conveniente para la adopción de soluciones constitucionales.

De hecho, en algunos casos de discriminación por condición social y posición económica se han comenzado a generar experiencias novedosas y no menos exentas de fuertes debates. Estos casos tienen la virtud de mostrarnos la efectividad de la actuación judicial frente a situaciones diversas, pues en ellos se solicitó la tutela individual y la colectiva frente a acciones, omisiones, actos normativos y vías de hecho, tanto del Estado como de particulares.

En el caso conocido como “aulas containers”,<sup>23</sup> se consideró que la práctica implementada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires de utilizar contenedores acondicionados como aulas de diversas escuelas de la ciudad ubicadas exclusivamente en establecimientos próximos a villas de emergencia y a las que concurrían con exclusividad niños provenientes de tales villas, implicaba objetivamente una discriminación en el goce al derecho a la educación, con independencia de que el Estado tuviera o no una finalidad discriminatoria, obligándolo a remover y reemplazar las “aulas containers”.

En el caso “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Secretaría de Transporte”,<sup>24</sup> se condenó a la empresa concesionaria y al Estado Nacional por trato discriminatorio a los usuarios más humildes, al comprobarse que la empresa demandada operaba la concesión de dos ramales

<sup>21</sup> CSJN sentencia del 03/05/2005, recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa “Verbisky Horacio s/Habeas corpus”.

<sup>22</sup> El artículo 42 de la Constitución Argentina establece el derecho de los consumidores a la protección de sus intereses económicos y a la libertad de elección; y la obligación de las autoridades de proteger dichos derechos y la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y el control de los monopolios naturales y legales.

<sup>23</sup> Autos “Iglesias José A. u otros c/GCABA s/ amparo”, fallo del 10/07/2006, sentencia firme del Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 11 de la Ciudad de Buenos Aires.

<sup>24</sup> Fallo del 07/11/2005, Juzgado Federal Contencioso Administrativo N° 1.

ferroviarios que prestaban servicios a dos zonas con significativas diferencias socioeconómicas, y las condiciones del servicio brindado a la más aventajada eran notoriamente superiores a las que se ofrecía a la más humilde.

Otro caso muy comentado, vinculado directamente con el derecho a la alimentación, ha sido un fallo dictado en el momento más agudo de la crisis socioeconómica que sufrió Argentina en el año 2002, por el que se ordenó al Estado de la provincia de Entre Ríos a la provisión de recursos para asegurar la alimentación adecuada de una familia humilde con hijos menores cuya salud estaba en riesgo por desnutrición; a lo que añadió una medida cautelar por la que se dispuso que un supermercado otorgara a la familia un conjunto de alimentos cuyo precio podía repetirse del Estado provincial, incluso mediante la compensación de sus deudas fiscales en caso de mora de la provincia.<sup>25</sup>

## VIII. CONCLUSIONES

El desarrollo del principio de igualdad y no discriminación en la jurisprudencia de los tribunales ha perfilado distintos niveles de protección o de intensidad en el escrutinio, de lo que se concluye que no siempre las cláusulas de no discriminación sitúan al intérprete frente a una categoría sospechosa respecto de todas las categorías contenidas expresamente en la norma constitucional o internacional.

Todo dependerá de un análisis contextualizado que se haga de la categoría respectiva y de la acreditación de la conducta discriminatoria en las llamadas discriminaciones de facto, ya que la mera invocación de la discriminación no autoriza la interpretación restrictiva en estos casos.

La consideración de una clasificación como sospechosa y el escrutinio estricto que implica la inversión de la carga de la prueba y la sospecha de inconstitucionalidad de la norma o la conducta de las autoridades públicas o los particulares tienen que ser utilizados de manera muy restrictiva y argumentada por el intérprete de forma profunda y convincente.

En caso contrario, pondríamos en riesgo el principio de división de poderes; incrementaríamos peligrosamente las facultades del Poder Judicial al otorgarle un amplio margen discrecional, y transformaríamos a la Constitución y a las leyes dictadas en su consecuencia, en textos maleables por la ideología personal o por el gusto del intérprete de turno.

Asimismo, las enumeraciones de categorías en razón de las cuales se prohíbe discriminar a las personas contenidas en las normas de derechos humanos con rango constitucional son enunciaciones de carácter orientativo.<sup>26</sup> Es que el grupo discriminado que en un momento

<sup>25</sup> “Defensor del Superior Tribunal de Justicia c. Provincia de Entre Ríos”, pub. en LL-2002-E- 271.

<sup>26</sup> El hecho de que en el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se utilice la expresión “y cualquier otra condición social” es una pauta clara acerca del carácter abierto del listado de motivos prohibidos de diferenciación. Véase Ariel E. Dulitzky, “El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia

necesitó de la protección judicial puede dejar de existir, o bien, si continúa existiendo, puede ocurrir que se modifiquen las circunstancias que motivaron aquella fuerte protección, por ejemplo porque su posición política o socioeconómica mejoró de modo tal que deja de encontrarse en la condición de grupo especialmente desaventajado.<sup>27</sup>

En la realidad actual de muchos países, donde la pobreza constituye un germen estructural, parecería haber buenos fundamentos filosóficos, deontológicos, constitucionales y normativos para sostener que la misma y por consiguiente el derecho a una canasta básica de alimentos de las personas en dicha situación podrían avalar la aplicación de los criterios sospechosos de control, en los términos en que los hemos expuesto.

Esta categoría suele aparecer tanto en supuestos de discriminaciones de *facto* como de *iure*, por acción u omisión, por parte del Estado o de los particulares, en los que el acceso a los derechos básicos de los sectores más desprotegidos de la población pueden verse excluidos por razones socioeconómicas,<sup>28</sup> entre los cuales aparece prioritario —y conexo al valor vida— el derecho a la alimentación.

## REFERENCIAS

- Amaya Jorge, Alejandro. *Control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Astrea, 2015.
- Dulitzky, Ariel E. “El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana”. *www.anuariocdh.uchile.cl*
- Ferreres Comellas, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- Fiss, Owen. “Grupos y la Cláusula de la Igual Protección”. En *Derecho y grupos desaventajados*, ed. por Roberto Gargarella. España: Gedisa, 1999.
- Gullco, Hernán V. “El uso de las categorías sospechosas en el Derecho argentino”. En *El Derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, coord. por Marcelo Alegre y Roberto Gargarella. Buenos Aires: LexisNexis, 2007.

Interamericana”, *www.anuariocdh.uchile.cl*

<sup>27</sup> Owen Fiss, “Grupos y la Cláusula de la Igual Protección”, en *Derecho y grupos desaventajados*, ed. Por Roberto Gargarella (España: Gedisa, 1999), 145.

<sup>28</sup> Argumenta a favor de considerar a la pobreza como categoría sospechosa: Gustavo Maurino, “Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes”, en *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, coord. por Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (Buenos Aires: LexisNexis, 2007), 313.

- Maurino, Gustavo. “Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes”. En *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, coord. por Marcelo Alegre y Roberto Gargarella. Buenos Aires: LexisNexis, 2007.
- Rey Martínez, Fernando. “Igualdad, diferencia, discriminación”. En *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, 39-61. Madrid: Mac Graw-Hill, 1995.
- Saba, Roberto. “Des(igualdad) estructural”. En *Visiones de una Constitución*, coord. por Jorge Alejandro Amaya, 479-514. Buenos Aires: Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, 2004. <http://dx.doi.org/10.5354/0719-2517.2005.17057>
- Treacy, Guillermo F. “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad”. *Lecciones y Ensayos*, 89 (2011).

Recibido: 27/02/2016  
Aceptado: 15/04/2016