

MARCELO ALEGRE
ROBERTO GARGARELLA
(Coordinadores)

El Derecho a la Igualdad

Aportes para un
constitucionalismo igualitario

.....
Segunda edición ampliada

 **igualitaria**
Centro de Estudios sobre
Democracia y Constitucionalismo


Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia

 **AbeledoPerrot®**

ÍNDICE GENERAL

Prólogo a la segunda edición	XXV
Introducción.....	XXIX

PRIMERA PARTE PERSPECTIVAS FILOSÓFICAS

CAPÍTULO I

LIBERALISMO CONSERVADOR: ¿LIBERAL O CONSERVADOR?

por CARLOS SANTIAGO NINO

I.	3
II.	7
III.	9
1. Condiciones fácticas y normativas.....	9
2. Condiciones intrínsecas y extrínsecas	13
3. Condiciones positivas y negativas.....	15
IV.	19
V.	22
VI.	25

CAPÍTULO II
DERECHOS HUMANOS: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD
Y LA DISCRIMINACIÓN

por EDUARDO RABOSI

I. Introducción	31
II. Igualdad y principio de igualdad.....	31
III. Igualdad y proceso moral.....	33
IV. El concepto de discriminación.....	35
V. La normativa internacional y el principio de discriminación	36
VI. La normativa internacional y el concepto de discriminación.....	37
VII. Preferencias razonables <i>versus</i> discriminación	41
VIII. Las modalidades de la discriminación	45
IX. Comentarios finales	46

CAPÍTULO III
¿QUIÉN LE TEME A LA IGUALDAD?

por MARCELO ALEGRE

I. Un ideal bajo sospecha	47
II. Consecuencias, restricciones deontológicas y virtudes. Tipología del antiigualitarismo.....	50
III. El argumento de la nivelación hacia abajo	51
1. Casos puros e impuros de nivelación hacia abajo	54
2. ¿Exige la igualdad nivelar para abajo?	55
3. Luchar por justicia y nivelar para abajo	60
IV. Igualdad, libertad y derechos	61
V. Igualdad y envidia	68
1. ¿Está el igualitarismo basado en la envidia?	68
2. ¿Causa envidia la igualdad?.....	73
VI. Conclusión	74

CAPÍTULO IV
DE LA REDISTRIBUCIÓN
AL RECONOCIMIENTO

por JOEL COLÓN-RÍOS y MARTÍN HEVIA

I. El igualitarismo rawlsiano.....	79
II. La política de la diferencia	81
III. Conclusión	88

CAPÍTULO V
IGUALDAD, LIBERTAD Y MÉRITO.
¿VALORES EN CONFLICTO?

por EDUARDO RIVERA LÓPEZ

I. Introducción	91
II. El trilema	92
III. Los presuntos principios liberal-igualitarios.....	95
1. La autonomía familiar.....	95
2. La igualdad de oportunidades	97
3. El principio del mérito.....	99
IV. La fuerza del trilema	101
V. Conclusión	105
VI. Bibliografía.....	106

CAPÍTULO VI
LA UTOPIA FEMINISTA:
IGUALDAD Y DIFERENCIA

por DIANA MAFFÍA

.....	107
-------	-----

**SEGUNDA PARTE
PERSPECTIVAS CONSTITUCIONALES**

CAPÍTULO VII

**LA IGUALDAD Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL
DE 1994 EN ARGENTINA: ¿CAMBIOS?**

por ANDRÉS ROSSETTI

I. Introducción	121
II. La igualdad en la Constitución histórica	124
III. La reforma constitucional de 1994 y los cambios en materia de igualdad	125
IV. Después de la reforma: ¿Cambios?.....	132
V. Conclusiones	134
VI. Bibliografía citada	135

CAPÍTULO VIII

(DES)IGUALDAD ESTRUCTURAL

por ROBERTO SABA

.....	137
I. El trato igual y el principio de no-discriminación	141
II. El principio de no-discriminación puesto a prueba: el caso de las acciones afirmativas	152
III. Las versiones “individualista” y “estructural” de la igualdad y su correspondencia con los principios de no-discriminación y de no-sometimiento (o de no-exclusión).....	159
IV. Dos conceptos de igualdad; dos conceptos de categorías sospechosas	167
V. La igualdad ante la ley en la Constitución argentina a 150 años de su sanción originaria	170

CAPÍTULO IX

**EL USO DE LAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS
EN EL DERECHO ARGENTINO**

por HERNÁN VÍCTOR GULLCO

I. Introducción	173
II. El concepto tradicional de la cláusula de la igualdad.....	175
III. Las categorías sospechosas.....	178
IV. La aplicación de las “categorías sospechosas” a otros supuestos no previstos expresamente en el texto de la Constitución	180
V. La discriminación por edad en la Ciudad de Buenos Aires.....	184
VI. Conclusión	188

CAPÍTULO X

**IGUALITARISMO, DEMOCRACIA
Y ACTIVISMO JUDICIAL**

por MARCELO ALEGRE

I. Igualitarismo	191
II. Igualdad y democracia	199
III. Conclusión	207

CAPÍTULO XI

**LA IGUALDAD ESTRUCTURAL DE OPORTUNIDADES
EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA**

por LUCAS SEBASTIÁN GROSMAN

I. Aspiraciones e instituciones.....	209
II. La igualdad como ideal constitucional	214
III. Un nuevo ideal constitucional.....	221
IV. Oportunidad y competencia.....	227
V. Desventajas y deberes.....	229

CAPÍTULO XII

**EFFECTO O INTENCIÓN: CUÁL DEBERÍA SER
EL REQUISITO EN LOS CASOS DE DISCRIMINACIÓN**

por EZEQUIEL NINO

I. Introducción	237
II. Precedentes de tribunales estadounidenses	239
1. Requisito de intención en casos regidos por la cláusula de igual protección de las leyes	241
2. Aplicación del principio.....	242
3. "Bush v. Gore".....	244
4. Decisiones estatales	246
4.1. "Serrano v. Priest".....	247
4.2. "Sheff v. O'Neill".....	247
III. Alguna jurisprudencia argentina reciente en materia de discriminación	249
1. Las posturas más recientes de la Corte Suprema.....	249
2. Otras decisiones recientes de tribunales argentinos.....	252
IV. ¿Qué hace al requerimiento de demostrar la intención censurable?	254
1. Irrelevancia de la distinción	256
2. Dificultad de prueba	257
V. Consideraciones finales	259

TERCERA PARTE

POBREZA Y GRUPOS DESVENTAJADOS

CAPÍTULO XIII

**POBREZA Y DISCRIMINACIÓN:
LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL
PARA LOS MÁS HUMILDES**

por GUSTAVO MAURINO

I. El entendimiento clásico de la igualdad constitucional	265
II. La refundación del principio igualitario. La reforma de 1994	268
III. Caracterización de la tutela constitucional antidiscriminatoria	270
1. Aclaraciones terminológicas	270

2. Los criterios de discriminación prohibidos y los grupos protegidos. Las categorías sospechosas en el marco constitucional argentino. Una propuesta interpretativa	272
3. La operación jurídica de la protección antidiscriminatoria. Niveles diferenciados de escrutinio	279
IV. El origen y la condición socioeconómica como categorías sospechosas	282
1. La configuración conceptual de la categoría sospechosa	283
2. El universo de conductas frente a las que se proyecta la tutela...	286
V. Las vías operativas para activar la protección de los socioeconómicamente más desfavorecidos	289
VI. La discriminación por condición socioeconómica en la Justicia. Tres casos colectivos.....	292
VII. Conclusiones	295

CAPÍTULO XIV

**LAS VILLAS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES:
POLÍTICAS, DERECHOS E INTERVENCIÓN JUDICIAL**

por VICTORIA RICCIARDI y ALEJANDRO SEHTMAN

.....	297
I. Un recorrido por la política de villas del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	298
1. De la era de las erradicaciones a la refundación democrática.....	300
2. El hemiciclo peronista: de la urbanización participativa al desalojo forzado.....	301
3. La autonomía y los gobiernos progresistas: un nuevo marco institucional y jurídico sin efectos inmediatos.....	302
4. El macrismo: cambio del marco, fragmentación institucional e ineficacia administrativa de la política de villas	305
II. Las villas en los tribunales	308
1. Casos sobre programas de vivienda para habitantes de villas	311
1.1. "Villa La Dulce"	311
1.2. "Villa El Cartón"	312
1.3. "Villa Rodrigo Bueno".....	315
2. Casos sobre la representación en las villas	316
2.1. "Villa 20"	316
2.2. "Elecciones"	318
2.3. "Villa 20 - Cementerio de Autos"	320
2.4. "21-24: La toma"	322

2.5. "Villa 31 bis: Agua potable"	324
2.6. "Villa 1-11-14: Agua potable"	324
III. El funcionamiento de la intervención judicial en la política de villas.....	325
1. El control judicial sobre la implementación de la política de villas.....	325
2. Implementar lo establecido.....	328
3. De los efectos de las sentencias.....	331
4. Sobre el impacto de la intervención judicial en la política de villas.....	335
IV. Bibliografía	336

CAPÍTULO XV

**IGUALDAD, GÉNERO Y ACCIONES AFIRMATIVAS.
LA JUSTICIA SALTEÑA Y LA INCLUSIÓN DE LAS MUJERES
EN EL MERCADO LABORAL**

por MARIELA PUGA y ROMINA OTERO

I. Introducción	341
1. Importancia de la decisión judicial en el contexto salteño.....	342
II. El caso de las <i>colectiveras</i> salteñas.....	344
1. Legitimación activa	345
2. Territorios, suelos y techos ocupacionales.....	348
3. Una cuestión de idoneidad.....	351
4. Discriminación <i>vis à vis</i> violencia	353
5. La discriminación inversa y el cupo.....	358
III. Cierre	359
IV. Bibliografía	361
Publicaciones periódicas.....	362
Sentencias.....	362

CAPÍTULO XVI

**¿DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y JUDICIALIZACIÓN
DE LOS DERECHOS SOCIALES?**

por ROBERTO GARGARELLA

I. Introducción	363
-----------------------	-----

II. De la democracia pluralista a los derechos sociales	365
III. De la democracia populista a los derechos sociales	368
IV. De la democracia deliberativa a la revisión judicial.....	373
V. Revisión judicial, democracia deliberativa y derechos sociales: tres ejemplos	376
VI. Revisión judicial, supremacía judicial y motivación judicial.....	382
VII. Bibliografía	386

CAPÍTULO XVII

**IGUALDAD COMO EMANCIPACIÓN:
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

por SILVINA RAMÍREZ

I. Introducción	389
II. Un concepto (reduccionista) de igualdad.....	391
1. El universalismo y los enfoques liberales	393
III. Un concepto (genuino) de igualdad (1)	398
1. Jerarquías y valores en el Sistema Internacional de los Derechos Humanos.....	399
2. Perspectiva historicista	401
3. Derechos colectivos y derechos individuales	404
IV. Un concepto (genuino) de igualdad (2).....	405
1. Igualdad como emancipación: carta de navegación del Sistema Internacional de Derechos Humanos	405
V. Principio de igualdad y Pueblos Indígenas: su recepción en la administración de justicia y en los instrumentos normativos internacionales	409
1. Gestión de la conflictividad y administración de justicia.....	409
2. Convenio 169 de la OIT, Declaración Universal de los Derechos Humanos y Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	411
VI. Conclusiones	414

CAPÍTULO XVIII

**LAS DISTINCIONES ENTRE NACIONALES Y EXTRANJEROS
EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA NACIÓN: LA SAGA "HOOF" , "GOTTSCHAU" Y "REYES AGUILERA"
(Y ALGUNOS INTERROGANTES PENDIENTES)**

por FEDERICO ORLANDO

I. Introducción	417
II. El Principio de Igualdad y No Discriminación y las categorías sospechosas: un breve "repaso"	418
III. Las categorías en juego: "nacionalidad", el "origen nacional" y el "lugar de nacimiento"	424
IV. El comienzo: el caso "Hooft"	429
1. Los hechos.....	429
2. El dictamen del procurador	431
3. La Corte dice.....	432
V. El caso "Gottschau": ¿un caso de igualdad? (I)	434
1. Los hechos.....	434
2. La "nueva mayoría" de la Corte dice	435
3. Highton y Maqueda: un voto "sorprendente".....	437
VI. El caso "Reyes Aguilera": ¿un caso de igualdad? (II)	439
1. Los hechos y la normativa aplicable	439
2. El voto de Fayt y Zaffaroni	441
3. Las categorías sospechosas en el caso: los votos de Petracchi y Argibay	442
4. El voto de Maqueda: la amplitud en la reglamentación de los derechos sociales	443
5. Las disidencias de Lorenzetti y Highton	446
VII. ¿Qué nos queda?	447
1. Los estándares de protección antidiscriminatoria de la "saga" ...	448
2. Las consecuencias de una teoría deficiente sobre la igualdad	449

**CUARTA PARTE
SALUD Y DISCAPACIDAD**

CAPÍTULO XIX

IGUALDAD Y DERECHOS BÁSICOS: EL CASO DEL DERECHO A LA SALUD

por GRACIELA VIDIELLA

.....	453
I.	455
II.	457
III.	459
IV.	465

**QUINTA PARTE
EDUCACIÓN**

CAPÍTULO XX

**"REPETTO" REVISITADO: A PROPÓSITO DEL FALLO
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES
SOBRE ACCESO A LA DOCENCIA EN EL CASO DE LOS EXTRANJEROS**

por MARÍA LAURA CLÉRICO y SEBASTIÁN SCHVARTZMAN

I. Introducción	473
II. La cuestión central que se discute en "ADC v. GCBA"	475
III. Las reglas-resultado de la sentencia "ADC v. GCBA"	476
1. Las reglas de la mayoría	476
2. Las reglas de la disidencia.....	480
IV. Relevancia del precedente "Repetto" para la solución del caso.....	483
1. Recapitulando "Repetto"	484
2. Aplicación de "Repetto" a "Calvo y Pesini". Valiosa pauta de interpretación en casos relativos a extranjeros	486
3. Argumento de la mayoría. La diferencia con "Repetto".....	487
4. Crítica de esta posición. Justificación de la tesis.....	488

V. Dos críticas más al fallo	492
1. El argumento de la clase subinclusiva	493
2. Falta de relación directa	494
VI. Conclusiones	495

CAPÍTULO XXI

POSGRADO PAGO: UN TRATO DESIGUAL SIN JUSTIFICACIÓN

por HORACIO J. ETCHICHURY

I. Introducción	497
II. La expansión del posgrado arancelado.....	497
III. Posgrado arancelado y desigualdad.....	500
1. El alcance del derecho a la educación gratuita en la CN	501
1.1. La gratuidad en el PDESC	502
1.2. La gratuidad en el articulado de la CN.....	502
1.3. Gratuidad y progresividad	502
2. Posgrado arancelado: intentos de justificación.....	504
IV. La necesidad de alternativas respetuosas de la gratuidad.....	510

SEXTA PARTE

CUESTIONES DE GÉNERO Y SALUD REPRODUCTIVA

CAPÍTULO XXII

**ENTRE LA JUSTICIA REAL Y LA JUSTICIA FORMAL:
LA DISCRIMINACIÓN POR GÉNERO EN LA JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA**

por MARCELA V. RODRÍGUEZ

I. Introducción	515
II. Algunas consideraciones sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la temática de género.....	519
1. Caso "D. de P. V., A. v. O. C. H."	519
2. Caso "Cristina González de Delgado y otros v. Universidad Nacional de Córdoba" (Fallos 323:2659, 19/9/2000).....	528
3. Caso "T., S. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo".....	535

4. Caso "Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro v. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo" (5/3/2002)	547
III. Algunas consideraciones finales	553

CAPÍTULO XXIII

**¿UN TECHO DE CRISTAL EN EL PODER JUDICIAL?
SELECCIÓN DE LOS JUECES FEDERALES Y NACIONALES
EN BUENOS AIRES**

por PAOLA BERGALLO

I. Introducción	555
II. El empleo femenino. Posibles explicaciones de las desigualdades entre los sexos	562
III. Las mujeres en el mundo argentino del derecho	567
1. El género en la Magistratura de Buenos Aires y el procedimiento de selección de jueces.....	567
1.1. Segregación por sexo en la Magistratura de Buenos Aires... ..	567
2. Diferencias en el grupo de aspirantes potenciales y reales	570
2.1. El mecanismo de selección actual de los jueces	570
2.2. El sexo de las nominaciones y los nombramientos	572
2.3. El grupo de los aspirantes reales	573
2.4. El grupo de los aspirantes potenciales.....	573
2.5. Diferencias en el grupo de aspirantes potenciales, aspirantes reales y nombramientos	577
IV. El género en el procedimiento de selección de los jueces.....	578
1. Los perfiles biográficos de hombres y mujeres designados	578
2. Credenciales de mérito obtenidas en un sistema altamente informal.....	581
3. La situación de las mujeres en la enseñanza del derecho	583
4. Ausencia de consideraciones específicas de género en el procedimiento de selección.....	585
5. La presencia de las mujeres en el órgano de selección de jueces .	587
V. El contexto: las mujeres en el mercado de trabajo y en la práctica profesional de la abogacía	588
1. Mujeres trabajadoras y abogadas	589
2. Las abogadas en el empleo judicial	592
3. La división sexual del trabajo doméstico	594
VI. Conclusión	595
Apéndice	600

CAPÍTULO XXIV

**ENTRE LA ACCIÓN Y LA ESPERA:
EL ACCESO AL ABORTO LEGAL EN AMÉRICA LATINA**

por AGUSTINA RAMÓN MICHEL

I. Introducción	611
II. El debate sobre el aborto.....	612
III. El tratamiento legal del aborto.....	618
IV. Un panorama de la legislación sobre aborto en América Latina ...	620
V. Los actuales ámbitos de debate y movilización.....	622
VI. La implementación de las normas permisivas sobre aborto.....	627
VII. Comentarios finales.....	634
Anexo	636

CAPÍTULO XXV

**SOBRE LA PERMISIVIDAD DEL DERECHO PENAL ARGENTINO
EN CASOS DE ABORTO**

por MARCELO FERRANTE

I. Peligro para la vida y la salud	642
II. Abusos sexuales	644
III. Aborto temprano	648

CAPÍTULO XXVI

**RAZONES PARA EL MATRIMONIO IGUALITARIO:
EL ARGUMENTO DE LA IGUALDAD**

por ROBERTO GARGARELLA

I. El argumento igualitario	655
II. Los argumentos de desafío al argumento igualitario	656

CAPÍTULO XXVII

**LA POLÍTICA FISCAL DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO:
UN ANÁLISIS PRELIMINAR A PARTIR DEL IMPUESTO
A LAS GANANCIAS EN LA REPÚBLICA ARGENTINA**

por CORINA RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ y NATALIA GHERARDI

.....	663
I. Las políticas macroeconómicas y la equidad de género	665
II. Herramientas para analizar el impacto del gasto público en las relaciones de género: presupuestos sensibles a la equidad de género y uso del tiempo	668
III. El sistema impositivo y la equidad de género	675
1. Los sesgos de género en la tributación sobre los ingresos personales	676
2. Los sesgos de género en la tributación indirecta	679
3. Las implicancias de género de los impuestos a las empresas y al comercio exterior	681
IV. El impuesto a las ganancias sobre personas físicas en Argentina: un análisis desde la perspectiva de género	682
1. Una nota previa: la organización de las familias y la autonomía económica de las mujeres	684
2. Breve descripción del impuesto a las ganancias sobre personas físicas: tributación individual o conjunta	689
3. Algunas precisiones conceptuales: definición de ganancias, categorías impositivas y ganancias exentas del tributo.....	694
3.1. Definición de ganancias y categorías previstas en la ley	694
3.2. Las exenciones del impuesto a las ganancias.....	695
4. El impuesto a las ganancias de las personas físicas: su alcance según las modalidades de contribuyentes.....	696
4.1. Distintas modalidades: contribuyentes autónomos, trabajadores asalariados y monotributistas.....	696
4.2. Cálculos para el pago del impuesto a las ganancias: contribuyentes autónomos, trabajadores asalariados y monotributistas.....	698
4.3. Deducciones admitidas por la Ley del Impuesto a las Ganancias	699
a. Deducciones admitidas por las normas del impuesto a las ganancias: el caso de trabajadores autónomos y asalariados.....	700
b. Deducciones contempladas en normas específicas: pagos a personal de servicio doméstico.....	702

c. La situación de los contribuyentes bajo el régimen del monotributo	703
d. La protección social de asalariados, trabajadores/as independientes y monotributistas	704
V. Reflexiones finales: recomendaciones para mejorar las estructuras tributarias en función de la equidad de género	705
VI. Referencias bibliográficas	711

CAPÍTULO XXVIII

LA IGUALDAD EN ESPERA: EL ENFOQUE DE GÉNERO

por LAURA PAUTASSI

.....	715
I. Enfoque y compromisos internacionales.....	718
II. Enfoque e institucionalidad: reduciendo brechas.....	723
III. Público y privado: la cuestión olvidada.....	727
IV. La igualdad en la agenda pública	732
V. Referencias bibliográficas.....	734

CAPÍTULO XXIX

LA IGUALDAD ROBUSTA DE LAS PERSONAS DE GÉNEROS DIVERSOS

por LAURA SALDIVIA

I. Introducción	737
II. Transitando hacia una igualdad robusta	741
1. Desarrollo histórico de la igualdad	741
2. Elementos para un análisis de la igualdad estructural	745
III. Deconstruir la binariedad de género	756
IV. La situación de vulnerabilidad de las personas transgéneros, travestis, transexuales e intersexuales.....	768
V. Algunos comentarios finales	774

**SÉPTIMA PARTE
DERECHOS HUMANOS**

CAPÍTULO XXX

**EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA TRANSICIÓN.
EL APORTE DEL DERECHO INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS
A LA DELIBERACIÓN IGUALITARIA**

por LEONARDO FILIPPINI

I. Introducción	779
II. El caso	780
III. El derecho internacional en la transición.....	781
IV. Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Constitución Nacional	785
V. Comunidades permeables y comunidades refractarias	788
VI. La actuación de organismos de control internacionales	791
VII. Jurisdicciones extranjeras e internacionales	792
VIII. El desafío argumental.....	794
IX. Derecho internacional y activismo judicial	795
X. Observaciones finales	798

CAPÍTULO XXXI

**LOS DERECHOS HUMANOS COMO DIMENSIÓN
DE LA IGUALDAD**

por JULIO MONTERO

I. Introducción	799
II. ¿Cómo pensar sobre los derechos humanos?.....	800
1. Principio de operatividad.....	800
1.1. Coherencia	800
1.2. Explicación.....	801
1.3. Obligatoriedad	802
1.4. Distinción	803
1.5. Contexto	803

III. Localizando los derechos humanos	805
1. Una práctica centrada en los estados	806
2. ¿Cuestiones de interés internacional?.....	808
2.1. Dignidad.....	814
2.2. Distintos de la justicia social.....	815
IV. Dándole sentido a la dignidad.....	817
1. Principio de igualdad.....	817
2. Principio de dignidad.....	818
V. Conclusión	823