

MARIANA SÁNCHEZ CAPARRÓS



Categorías sospechosas

Finalidad y alcance en el derecho comparado
Jurisprudencia estadounidense, europea y latinoamericana
Clasificaciones potencialmente sospechosas
Guía de actuación para la Administración pública

Prólogo de
ESTELA B. SACRISTÁN



BUENOS AIRES - BOGOTÁ - PORTO ALEGRE
2020

CORTE SUPREMA BIBLIOTECA	
SIG. TOPOGRAFICA	INVENTARIO
F6465	151032

ÍNDICE GENERAL ✓

<i>Prólogo</i>	IX ✓
----------------------	------

CAPÍTULO PRIMERO

INTRODUCCIÓN

§ 1. Categorías sospechosas de inconstitucionalidad y es- crutinio	1
§ 2. Doctrina de la categoría sospechosa en el ámbito in- ternacional	1
§ 3. Incorporación de la doctrina en el derecho argentino y el problema de su empleo en la práctica	3
§ 4. Finalidad y planteamiento	4

CAPÍTULO II

CATEGORÍAS SOSPECHOSAS Y FIGURAS CONEXAS. SU TRATAMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO

§ 5. Finalidad del capítulo	7
§ 6. Esquema de análisis a seguir	7

**A) JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**

- § 7. Introducción. Orígenes de la doctrina de la categoría sospechosa. Finalidad de su creación 8
- § 8. Doctrina de la categoría sospechosa en la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense. Evolución. Indicios de sospecha. Clasificaciones sospechosas y cuasisospechosas. 12
- § 9. Conclusiones. Dificultades que presenta la aplicación de la teoría en el derecho estadounidense 18

**B) JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS**

- § 10. Introducción. Incorporación de la doctrina por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Particularidades 23
- § 11. Criterios para definir lo sospechoso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 27
- § 12. La clasificación sospechosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 28
- § 13. Origen étnico y raza 28
- § 14. Nacionalidad 29
- § 15. Condición de hijo nacido fuera del matrimonio y de padre de hijo extramatrimonial 30
- § 16. Patologías mentales 31
- § 17. Condición de portador de VIH 32
- § 18. Sexo 33
- § 19. Religión 35
- § 20. Orientación sexual 35
- § 21. Conclusiones. Empleo de la doctrina por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: particularidades y críticas 36

**C) LA TEORÍA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

- § 22. Introducción. La incorporación de la doctrina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estado actual de la jurisprudencia 37
- § 23. La clasificación sospechosa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 38
- § 24. Orientación sexual e identidad de género 38
- § 25. Origen étnico 40
- § 26. Opinión política 41
- § 27. Condición de portador de VIH 42
- § 28. Condición económica. Situación de pobreza 44
- § 29. Conclusiones. La doctrina en los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Situación actual. 45

**D) LAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS EN LA JURISPRUDENCIA
LATINOAMERICANA**

- § 30. Introducción. Jurisprudencia de los países latinoamericanos 45
- § 31. Lo sospechoso en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia 46
- § 32. La categoría sospechosa en los precedentes de la Suprema Corte de Justicia de México 52
- § 33. Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico .. 55

**E) CONCLUSIONES FINALES ACERCA DEL ESTADO
DE LAS COSAS EN EL DERECHO COMPARADO**

- § 34. Orígenes de la doctrina. Jurisprudencia estadounidense. Indicios de sospecha y control estricto 56

§ 35. Pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Factor normativo e indicios de sospecha. Test de las razones de mucho peso	58
§ 36. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	58
§ 37. Estado actual de la jurisprudencia de los países latinoamericanos hispanoparlantes	59

CAPÍTULO III

LA CATEGORÍA SOSPECHOSA EN EL DERECHO ARGENTINO

§ 38. Objetivo del capítulo	61
§ 39. Estructura del capítulo	61

A) INCORPORACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA CATEGORÍA SOSPECHOSA EN EL DERECHO ARGENTINO. CASOS "REPETTO" Y "HOOF". JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS COMO FUENTE DE DERECHO

§ 40. Condición de extranjero como categoría vedada. Primer acercamiento de la Corte Suprema a la categoría sospechosa	62
§ 41. Origen nacional como categoría sospechosa. Cambio en la fuente jurisprudencial para sustentar el empleo de la doctrina	63

B) APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA CATEGORÍA SOSPECHOSA EN PRECEDENTES POSTERIORES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

§ 42. Introducción	66
--------------------------	----

§ 43. Nacionalidad como motivo de distinción vedado	66
§ 44. Nuevamente la nacionalidad como criterio sospechoso	67
§ 45. El sexo como clasificación sospechosa cuando perjudica a un varón	69
§ 46. Religión	70

C) APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA EN MATERIA DE CATEGORÍAS SOSPECHOSAS. INSUFICIENCIA DE LA PRESENCIA DE UN MOTIVO VEDADO PARA DETERMINAR EL CARÁCTER SOSPECHOSO DE UNA CATEGORÍA

§ 47. Incorporación de la doctrina en el régimen jurídico argentino. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como fuente	73
§ 48. Relevancia de la fuente jurisprudencial elegida. El fundamento normativo como elemento de identificación de las categorías sospechosas. Categorías sospechosas y cuasisospechosas	74
§ 49. Insuficiencia del elemento normativo para la precisa identificación de las categorías sospechosas. No toda categoría vedada puede ser considerada sospechosa	75
§ 50. Necesidad de tener en cuenta el fundamento y finalidad de la doctrina para concluir el carácter sospechoso de un motivo de discriminación prohibido	76
§ 51. La norma que contiene un criterio prohibido no será siempre sospechosa, sino potencialmente sospechosa	77
§ 52. Repensando el empleo de la doctrina en el ámbito nacional	78

D) LA DOCTRINA DE LA CATEGORÍA SOSPECHOSA EN LA JURISPRUDENCIA PROVINCIAL

§ 53. Introducción	80
--------------------------	----

§ 54.	Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires	80
	a) Origen nacional	80
	b) La exigencia de tener domicilio y ejercicio de la ciudadanía en la provincia no interrumpida	81
	c) Diferencias de trato que perjudican a personas jurídicas	83
§ 55.	Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	84
	a) La edad como criterio de distinción	84
	b) Condición de extranjero	86
	c) Diferencias de trato en virtud de la situación económica	87
	d) Edad y género como criterios de diferenciación ..	88
§ 56.	Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz. El requisito del mínimo de años en ejercicio de la ciudadanía para el acceso a cargos docentes	89
§ 57.	Corte de Justicia de Salta. Distinción en razón del sexo	91
§ 58.	Tribunal Superior de Justicia de Neuquén. Distinciones en razón del sexo (varones)	92
§ 59.	Conclusiones. La doctrina de la categoría sospechosa en los tribunales provinciales	94
	a) El criterio mayoritariamente seguido en las provincias	94
	b) La postura de los máximos tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Salta. El empleo de factores o indicios de sospecha	94

E) SÍNTESIS. ESTADO DE COSAS EN EL DERECHO ARGENTINO

§ 60.	Incorporación de la doctrina de la categoría sospechosa. Caso "Hooft". El elemento normativo como factor de distinción	96
§ 61.	El test severo en la práctica jurisprudencial nacional ..	96
§ 62.	Insuficiencia del factor normativo. Necesidad de incorporar elementos adicionales	97

F) REPENSANDO LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA EN EL ÁMBITO LOCAL

§ 63.	Garantía de igualdad, tipos de clasificaciones y especies de control judicial	98
§ 64.	Los indicios de sospecha como instrumento complementario para su identificación	101

G) CATEGORÍAS "POTENCIALMENTE SOSPECHOSAS". CONFIRMACIÓN DEL CARÁCTER SOSPECHOSO DE LA CATEGORÍA A PARTIR DEL EMPLEO DE INDICIOS DE SOSPECHA

§ 65.	Preámbulo. Categorías "potencialmente sospechosas" e indicios de sospecha	101
§ 66.	Raza	102
§ 67.	Origen nacional y condición de extranjero	103
§ 68.	Condición de hijo nacido fuera del matrimonio	103
§ 69.	Afecciones mentales	104
§ 70.	Discapacidad	104
§ 71.	Condición de portador del virus de inmunodeficiencia humana	104
§ 72.	Sexo	105
§ 73.	Religión	106
§ 74.	Orientación sexual e identidad de género	106
§ 75.	Edad. Caso de la edad por vejez	107
§ 76.	Recapitulación. Criterios para identificar la categoría sospechosa	108

CAPÍTULO IV

LA ADMINISTRACIÓN FRENTE A LA NORMA PORTADORA DE UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA

A) INTRODUCCIÓN

§ 77.	Finalidad del capítulo	111
-------	------------------------------	-----

- § 78. El control de constitucionalidad en el derecho argentino. Breve repaso de sus orígenes 112

B) LA ADMINISTRACIÓN FRENTE A LA NORMA INCONSTITUCIONAL. LA POSTURA DE LA PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN

- § 79. Preliminar. Interrogantes que se plantean 114
 § 80. Las dos posiciones existentes en torno al tema 115
 § 81. El debate en la doctrina nacional 116
 § 82. La posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 116
 § 83. La doctrina tradicional de la Procuración del Tesoro de Nación 117
 § 84. El cambio en la postura de la Procuración del Tesoro de la Nación a partir de la tesis introducida por Marienhoff 119

C) LA POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN FRENTE A LA NORMA PORTADORA DE UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA

- § 85. Introducción. La incorporación de la doctrina de la categoría sospechosa y su impacto en la teoría del acto administrativo 121
 § 86. Alternativa de inaplicar la norma que porta una categoría sospechosa 122
 § 87. Cómo se ha resuelto la inaplicabilidad de la regulación que contiene una categoría sospechosa 122
 § 88. Qué debería tenerse en cuenta al tiempo de inaplicar la regulación. Indicios de sospecha y corroboración de la imposibilidad de eludir el test severo ... 123

D) GUÍA DE ACTUACIÓN PARA EL ÓRGANO ADMINISTRATIVO QUE CREE ESTAR FRENTE A UNA NORMA PORTADORA DE UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA

- § 89. Opción de inaplicar la norma 129

- § 90. Corroborar que se está frente a una regulación que porta una categoría de tipo sospechosa 129
 § 91. Verificación de que la clase afectada precisa la tutela especial que puede dispararse frente a una norma portadora de un motivo vedado 130
 § 92. Examen de la imposibilidad de sortear el test severo 130
 § 93. Decisión de inaplicar la norma 130

Bibliografía 133 ✓