

Colección de dictámenes sobre derechos humanos

Cuadernillo 2

Igualdad y no discriminación

Dictámenes del ministerio público fiscal ante
la corte suprema de justicia de la nación (2012 - 2017)



MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL
PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

DIRECCIÓN GENERAL
DE DERECHOS HUMANOS

Colección de dictámenes sobre derechos humanos

Igualdad y no discriminación

Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante
la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012 - 2017)



MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL
PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

DIRECCIÓN GENERAL
DE DERECHOS HUMANOS

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| UN MINISTERIO PÚBLICO FISCAL GARANTE DE LOS DERECHOS HUMANOS..... | 7 |
| I. PRESENTACIÓN | 9 |
| II. INTRODUCCIÓN | 11 |
| III. EL DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY Y EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN LOS DICTÁMENES DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN | 14 |
| A) El derecho de igualdad ante la ley de niños, niñas y adolescentes | 14 |
| B) Discriminación contra las mujeres | 16 |
| C) Discriminación con motivo de la orientación sexual | 27 |
| D) Discriminación con motivo de la discapacidad..... | 29 |
| E) Discriminación por motivos religiosos | 36 |
| F) Discriminación por otros motivos | 40 |

UN MINISTERIO PÚBLICO FISCAL GARANTE DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino que imponen el deber de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar violaciones a los derechos humanos, así como la obligación de asegurar a todas las personas recursos judiciales sencillos y eficaces ante denuncias de violaciones a sus derechos recae, además del Poder Judicial, en el Ministerio Público Fiscal.

De este modo, el Ministerio Público Fiscal —y cada uno de sus integrantes— desempeña un papel central para el respeto y garantía de los derechos humanos en general, y de los de protección judicial y debido proceso en particular.

Desde esta perspectiva, una de las prioridades al iniciar mi gestión en agosto de 2012 fue convertir al Ministerio Público Fiscal en un actor protagónico en la promoción de la actuación de la justicia en la protección de los derechos humanos, tanto en materia penal como no penal. Para ello, se utilizaron los principios y estándares del derecho internacional de los derechos humanos, en especial los del sistema interamericano, como marco jurídico y conceptual de cada una de las reformas internas que emprendí, así como de los dictámenes presentados ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Así, desde la Procuración General de la Nación he promovido políticas institucionales orientadas a prestar un servicio de justicia más eficaz y respetuoso de los derechos de las personas y a prevenir y perseguir prácticas constitutivas de violencia institucional, garantizar el acceso a la justicia de los sectores más vulnerables, lidiar con la persistencia de patrones sistemáticos de impunidad ante determinados crímenes que configuran violaciones a los derechos humanos, avanzar en reformas que garanticen el debido proceso legal y asegurar el derecho a la igualdad y no discriminación, entre otras.

La decisión de crear las Procuradurías especializadas, como las de Trata y Explotación de Personas, de Violencia Institucional y de Crímenes contra la Humanidad y las Unidades Fiscales de Apropiación de Niños durante el terrorismo de Estado y de Violencia contra las Mujeres se inscribe en la línea de fortalecer el rol del Ministerio Público para hacer frente a fenómenos delictivos que representan violaciones de derechos humanos. Del mismo modo, la creación de las Agencias Territoriales de Acceso Comunitario (ATAJO), de la Dirección de Orientación, Acompañamiento y Protección de Víctimas (DOVIC) y de la Dirección General de Políticas de Género resultan medidas concretas del Ministerio Público Fiscal para garantizar el acceso a la justicia de las personas más vulnerables.

A su vez, la puesta en marcha de una Dirección General de Derechos Humanos responde a aquel objetivo de robustecer el rol del Ministerio Público en materia de promoción de la actuación de la justicia en la protección de los derechos humanos. En efecto, se trata de una estructura permanente y especializada, que busca potenciar las distintas políticas que en materia de derechos humanos se

impulsaron y se impulsen a futuro desde el Ministerio Público, y a apoyar la labor de los magistrados y magistradas en todo lo concerniente al respeto y promoción de los derechos humanos reconocidos por nuestra Constitución y por los instrumentos internacionales suscriptos por el Estado argentino.

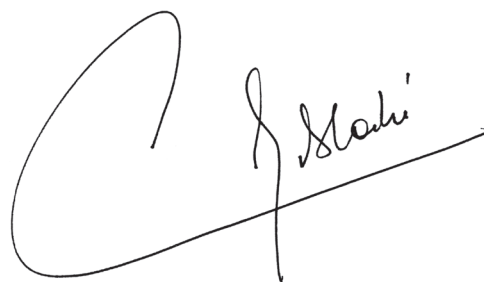
El desafío de fortalecer al Ministerio Público Fiscal como actor protagónico en la promoción de la actuación de la justicia en la protección de los derechos humanos se vio reflejado también en los dictámenes de la Procuración General ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Esta colección, cuya confección estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos, tiene como objetivo presentar los principales pronunciamientos en materia de derechos humanos, mediante una sistematización de los estándares que se desprenden de ellos.

Así, sólo por mencionar algunos temas de trascendencia, la colección comprende dictámenes en materia de libertad de expresión y acceso a la información; derecho a la igualdad y no discriminación; derecho al debido proceso y a la protección judicial; derechos de niños, niñas y adolescentes; derechos de los pueblos indígenas; derechos de las personas con discapacidad, entre otros.

En suma, me complace presentar en esta oportunidad la colección de los principales dictámenes en materia de derechos humanos del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el período 2012 - 2017, que aspira a constituirse en una herramienta útil para la labor diaria de los/as fiscales y de todos/as los/as integrantes del Ministerio Público Fiscal; y en definitiva de todos/as aquellos/as comprometidos con la vigencia de los derechos fundamentales. La colección es también una forma de rendir cuentas a la sociedad sobre el trabajo realizado en defensa del interés general.

Porque el único camino posible para la consolidación de la democracia es la firmeza con el respeto de los derechos humanos, es que continuaremos profundizando en la tarea.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Alejandra Gils Carbó', written over a horizontal line.

Alejandra Gils Carbó
Procuradora General de la Nación
Abril de 2017

I. PRESENTACIÓN

Es una enorme satisfacción presentar esta colección de dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de derechos humanos. La colección pretende ser una herramienta de trabajo para la tarea de los/as fiscales y de todos/as los/as integrantes del Ministerio Público; así como de aquellos/as interesados/as en profundizar sobre la incorporación de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno.

Esta publicación compila, analiza y sistematiza los dictámenes más relevantes elaborados por la Procuradora General y los Procuradores Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los últimos años (desde el 2012), y se actualizará periódicamente, con los nuevos dictámenes que se presenten.

Los dictámenes seleccionados se encuentran clasificados por tema o derecho, y cada cuadernillo incluye una introducción sobre los principales estándares que surgen de instrumentos internacionales y pronunciamientos de organismos internacionales de derechos humanos en la materia. El análisis de cada dictamen comienza con una síntesis de la causa llevada a conocimiento de la Corte Suprema, y luego transcribe textualmente los fragmentos del dictamen que exponen los desarrollos jurídicos del derecho bajo estudio. Corresponde advertir que las transcripciones textuales de las partes pertinentes de los dictámenes no siguen el orden original del documento; por eso, se cita siempre la referencia al dictamen completo, para el/la lector/a que lo precise. También se informa si a la fecha la Corte Suprema se ha pronunciado en el caso, y en ese supuesto, qué ha resuelto.

La colección se inaugura con la temática de libertad de expresión y acceso a la información pública, repasando dictámenes vinculados con conflictos con los derechos al honor, la intimidad y la imagen; con debates surgidos por el uso de Internet; dictámenes en casos en que las expresiones cuestionadas tienen un fin comercial; dictámenes en los que estuvo en discusión el alcance del derecho a la manifestación y asociación; y en los que se analizó el deber estatal de garantizar la pluralidad de voces y evitar la concentración de los medios de comunicación; entre otros.

En materia de igualdad y no discriminación, hay dictámenes ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los que se ponderó la irrazonabilidad de restricciones basadas, por ejemplo, en la orientación sexual de una persona; así como otros en los que se definió el deber de adoptar medidas adecuadas para equilibrar la desigualdad entre varones y mujeres, tanto por parte de privados como de las autoridades públicas. Un cuadernillo está dedicado exclusivamente a los dictámenes emitidos en casos vinculados con los derechos de las personas con discapacidad.

Por otro lado, la colección incluye dictámenes que desarrollan estándares de los derechos de niños, niñas y adolescentes. En varios pronunciamientos el Ministerio Público Fiscal se expidió a favor de

la aplicación del interés superior del niño como criterio rector para la resolución de estos casos; y destacó la obligación de respetar garantías del debido proceso diferenciadas, acorde con el mandato que emana de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El compendio abarca también dictámenes vinculados con los derechos de los pueblos indígenas, en los que se interpretó el alcance del derecho a la posesión y propiedad comunitaria indígena, y el derecho a la consulta previa; entre otras temáticas. Los derechos económicos, sociales y culturales, entre ellos el derecho a la salud y a la previsión social también han sido objeto de tratamientos interesantes en algunos dictámenes ante la Corte Suprema.

Son diversos los dictámenes en los que el Ministerio Público Fiscal se expide sobre las garantías del debido proceso. Por ello, la colección recopila pronunciamientos sobre el derecho a la defensa, al recurso, al plazo razonable, etcétera. Asimismo se analizan dictámenes que especifican el alcance del derecho al acceso a la justicia y la protección judicial.

Por último, y sin consistir en una lista taxativa, la colección abarca dictámenes en materia de crímenes de lesa humanidad; violencia de género; aplicación de decisiones de organismos internacionales de derechos humanos. Estas y otras temáticas merecerán cuadernillos propios.

Las tareas emprendidas para concretar esta obra responden a una de las líneas estratégicas de la Dirección General del Derechos Humanos, que tiene como misión principal colaborar con los/as fiscales, así como con las diferentes áreas y dependencias del organismo para asegurar su actuación de acuerdo con los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales. La colección que se presenta y que, como dije, se actualizará periódicamente ha sido el fruto del trabajo de todo el equipo de la Dirección, bajo la coordinación de María Victoria Meza. A todos/as ellos, mi reconocimiento.

Por último, este compendio resulta una oportunidad para resaltar la labor de la Procuradora General, de los/as Procuradores/as Fiscales y de todos/as sus colaboradores/as en la tarea de dictaminar ante la Corte Suprema. Los dictámenes son una parte esencial del proceso para que el máximo Tribunal decida en la causa. Pero un dictamen es mucho más que una simple opinión fundamentada: en ese documento, el Ministerio Público Fiscal representa los intereses generales de la sociedad en el caso concreto y en el debate público sobre ese conflicto en general. Por ello, los desarrollos jurídicos que se incorporan en cada uno de estos pronunciamientos constituyen un paso fundamental en la protección de los derechos humanos.

Esperamos entonces que la colección pueda ser aprovechada por todos/as.

Andrea Pochak
Directora General de Derechos Humanos

II. INTRODUCCIÓN

El derecho de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación se encuentran previstos en la Constitución Nacional (artículos 16, 37 y 75 incisos 2, 19, 22 y 23) y en diversos instrumentos internacionales que gozan de igual jerarquía.

Entre los instrumentos de protección de derechos humanos vigentes en nuestro país podemos mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (artículos 1, 13.5, 17.4 y 24), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (artículos 2 .1, 3, 20.2, 23.4, 24.1, 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (artículos 2.2 y 3); la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) (artículo 2); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) (artículos 3.b, 4.1.b, 5, 6, 7 y 12); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) (artículos 2 y ss.), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (artículos 2 y ss.) y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 1.1).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) se ha pronunciado en numerosas oportunidades sobre el alcance del artículo 16 de la Constitución. Así, tiene establecido que la igualdad ante la ley involucra la obligación del Estado de tratar igual a aquellas personas que se encuentren en idénticas circunstancias (*Fallos* 16:118) y que “la igualdad ante la ley (...) no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales condiciones se concede a otros” (*Fallos* 153:67).

Es importante tener en cuenta que una discriminación no es solamente una distinción o diferencia, sino que implica un trato desfavorable a una persona por un motivo prohibido. En efecto, ciertos tratamientos diferenciados pueden ser legítimos. En este sentido, en ocasión de determinar los alcances de la Ley de Actos Discriminatorios (ley nº 23.592), la CSJN sostuvo que “...ésta no sanciona toda discriminación, sino exclusivamente aquella que en forma arbitraria restrinja de algún modo o menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional” (*Fallos* 314:1531 y ss.).

Por su parte, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) “[n]o todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva de la dignidad humana. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse en desigualdades justificadas de tratamiento jurídico, que expresen una proporcionada relación entre las diferencias objetivas y los fines de la norma” (Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero

de 1984, Serie A, n° 4, Capítulo IV, párrafos 56 a 58).

Es por ello que las normas constitucionales y los instrumentos de derechos humanos prohíben la discriminación con base en ciertas categorías o criterios de diferenciación expresamente señalados. La lista de “categorías sospechosas o prohibidas” comprende habitualmente la raza, el género, la religión, la opinión política, el origen nacional o social, la posición económica y las características físicas, entre otras.

Para confrontar el respeto de una norma o de una política pública con el derecho de igualdad ante la ley o con el principio de no discriminación se exigen, en consecuencia, diferentes análisis. En el primero de los casos, se aplica el denominado “escrutinio leve”, mediante el cual el tribunal se debe limitar a verificar que el fin buscado y el medio empleado sean adecuados para alcanzar el propósito no prohibido. En este supuesto, quien cuestiona la constitucionalidad de la norma enfrentará la carga de la prueba.

En cambio, la rigurosidad del escrutinio aumenta cuando están involucradas las categorías incluidas en las cláusulas antidiscriminatorias de los instrumentos de protección de derechos humanos (“categorías sospechosas”). En algunos casos, se analiza la norma o práctica mediante un “escrutinio intermedio”, que postula un equilibrio entre las partes en relación con la carga de la prueba, dado que el fin relevante debe ser acreditado por quien defiende la práctica o norma impugnada pero no se presume su inconstitucionalidad. En otros, se utiliza el denominado “escrutinio estricto”: la norma o práctica impugnada se presume inconstitucional y es el demandado quien debe probar que aquella persigue un fin legítimo, relevante e imperioso, y que el medio elegido es idóneo e imprescindible y constituye la alternativa menos lesiva para los derechos de los afectados.

La CSJN ha aplicado el nivel de escrutinio intermedio en *Fallos* 321:194 y en *Fallos* 329:2986 (en este caso, votos de los ministros Elena Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda), entre otros. A su vez, se pronunció acerca de la procedencia del “escrutinio estricto” por ejemplo en *Fallos* 327:5118; 329:2986; 331:1715 y 332:433.

Pero además del mandato de igualdad ante la ley, las obligaciones del Estado en materia de no discriminación exigen la adopción de medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminarla. El artículo 75 inciso 23 de la CN dispone expresamente que el Congreso debe sancionar leyes que establezcan acciones positivas para garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, las personas ancianas y las personas con discapacidad. A su vez, el artículo 37 estipula 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 el régimen electoral.

En el caso de la mujeres, las obligaciones internacionales en materia de no discriminación demandan la adopción por parte del Estado de medidas de acción positiva para contrarrestar la segregación por género y revertir los patrones socioculturales que la explican (art. 2 de la CEDAW).

Por su parte, la garantía del goce y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás requiere implementar “ajustes razonables”, es decir, realizar modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas en normas o políticas públicas para asegurar el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales (artículo 2 de la CDPD).

La Corte IDH ha confirmado la validez de las medidas de acción positiva cuando se aplican como instrumentos para garantizar la igualdad de grupos postergados (Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/2003, del 17 de septiembre de 2003, Serie A, n° 18, párr. 104).

A partir del desarrollo normativo y jurisprudencial sobre el derecho de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación, en los últimos años ha comenzado a tener más fuerza la noción de “igualdad estructural” que, a diferencia de la visión clásica o liberal de igualdad ante la ley, reconoce que ciertos sectores de la población están en desventaja en el ejercicio de sus derechos por obstáculos legales o fácticos y requieren, por consiguiente, la adopción de medidas especiales de equiparación. Para cierta doctrina, la visión “estructural” de la igualdad ha sido incorporada expresamente en el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional.

Paulatinamente el concepto de “igualdad estructural” va comenzando a ser utilizado por la Corte Suprema (cfr. voto del ministro Enrique Petracchi en *Fallos* 323:2659) y la Corte IDH [caso “González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, sentencia del 16 de noviembre de 2009, serie C N° 205, entre otros].

III. EL DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY Y EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN LOS DICTÁMENES DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

A) El derecho de igualdad ante la ley de niños, niñas y adolescentes

 **G., Marisa Graciela y otros c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Gendarmería Nacional¹**

Síntesis

La discusión principal del caso consistió en determinar el alcance del derecho de igualdad ante la ley de niños, niñas y adolescentes. Particularmente se analizó si una norma que solo reconoce a los herederos forzosos la legitimación para reclamar el daño moral por la muerte del damnificado directo causada por un acto ilícito, excluyendo a quienes reciben un trato familiar de hijo, resulta compatible con la Constitución.

El Sr. R. U. murió a raíz de la electrocución generada por la descarga de un rayo sobre un tendido de cables próximo a la vivienda que le había sido asignada en el barrio militar del Escuadrón 11 de Gendarmería Nacional, en la provincia de Misiones. El niño L. M. M., quien recibía del Sr. R. U. un trato familiar de hijo, inició una demanda de daños y perjuicios y reclamó el daño moral derivado del deceso de R. U., contra el Estado Nacional (Gendarmería Nacional) por ese siniestro. En ese contexto, planteó la inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil (hoy reemplazado por el artículo 1741 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación) en tanto determina que únicamente los herederos forzosos tendrán acción por indemnización del daño moral por la muerte del damnificado directo causada por un acto ilícito.

La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal revocó parcialmente la sentencia de primera instancia, declaró la validez constitucional del artículo 1078 del Código Civil y, consecuentemente, rechazó la legitimación de L. M. M. para reclamar por el daño moral. Confirmó, en cambio, en lo que interesa, la condena a favor del infante en concepto de daño material. Contra ese fallo, la Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Federales de Capital Federal dedujo un recurso extraordinario en representación del niño, que fue concedido en lo atinente a la cuestión federal y denegado en cuanto a la tacha de arbitrariedad, sin que medie queja sobre este último aspecto.

¹ “G., M. G. y otros c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Gendarmería Nacional s/ Daños y perjuicios” – S. C. G, 112, L. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2015/MSachetta/septiembre/G_Marisa_G_112_L_L.pdf. Este dictamen se encuentra también analizado en el cuadernillo dedicado a derechos de niños, niñas y adolescentes, donde se desarrollan los estándares específicos de esa temática

En su dictamen de fecha 8 de septiembre de 2015, el Procurador Fiscal subrogante, Marcelo A. Sachetta, opinó que debía declararse admisible el recurso extraordinario federal y revocarse la sentencia recurrida en lo que fue objeto de agravio. Entre sus consideraciones, entendió que la norma que distinguía entre los herederos forzosos de la víctima y quien recibía un trato familiar de hijo por parte de aquella resultaba contraria al derecho de igualdad ante la ley.

Principales estándares del dictamen

a) Para ser válidas, las diferencias de trato deben perseguir un fin legítimo y ser razonables, por constituir medios adecuados para alcanzar esos fines

“...el artículo 1078 del Código Civil —en tanto determina que únicamente los herederos forzosos tendrán acción por indemnización del daño moral por la muerte del damnificado directo causada por un acto ilícito—, no solo configura aquí el ejercicio de una reglamentación irrazonable en los términos del artículo 28 de la Constitución Nacional (*Fallos* 304:972, entre otros) sino, paralelamente, a la luz del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 16 y en los instrumentos internacionales de derechos humanos enumerados en el artículo 75 inciso 22”.

“Al respecto, esa Corte ha indicado que para decidir si una diferencia de trato es legítima procede analizar su razonabilidad, esto es, si la distinción persigue fines legítimos y si constituye un medio adecuado para acceder a los objetivos propuestos (esp. *Fallos* 327:3677 y 330:3853, cons. 8° del voto del juez Maqueda; entre otros)”.

b) Para ser legítimos, los fines buscados por las diferencias de trato deben ser sustanciales

“En el mismo orden de ideas, el Tribunal ha puntualizado que los fines de una regla deben ser sustanciales y que no basta con que sean meramente convenientes...”.

c) Para que la distinción sea legítima, no deben existir alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas en la norma que establece la diferencia de trato

“... Dijo también [la CSJN] que resulta insuficiente una genérica adecuación de medios a fines y que deberá juzgarse si se promueven efectivamente y si no existen alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación que se cuestiona (cfr. *Fallos* 327:5118). Bajo esa óptica, el propósito del artículo 1078, tocante al resguardo del responsable, se presenta como un designio meramente conveniente. Por otro lado, la distinción allí estipulada, en el caso particular, carece de un fin de suficiente entidad como para desconocer el derecho

a la protección de la familia, en su exégesis actual, y la tutela de la niñez. Por último, la restricción a la legitimación activa no es la más adecuada al fin propuesto por el precepto, puesto que el remedio a la proliferación de reclamos se podría alcanzar, asimismo, requiriendo la demostración de un vínculo de tal índole que habilite a concluir que el actor se encuentra legitimado para demandar por el daño moral”.

d) No resulta razonable la diferencia de trato al niño para evitar una afluencia de juicios y para proteger a la familia en su concepción tradicional

“Con el objeto de analizar la finalidad que inspiró el artículo 1078, incorporado por la ley 17.711, en la doctrina nacional se ha expresado, de manera consistente, que la legitimación acotada para reclamar el resarcimiento por daño moral se vinculó con la necesidad de evitar una afluencia de juicios y la consecuente ruina del responsable (Orgaz, Alfredo, El daño resarcible, Marcos Lerner, Córdoba, 1992, p. 241, entre otros). Al mismo tiempo, tal norma, respondiendo a una concepción tradicional de la familia, pretendió tutelar a quienes están unidos por matrimonio o parentesco en línea ascendente o descendente, privilegiando su situación por sobre la de otros miembros del grupo, v. gr., los familiares de hecho. Ninguna de estas finalidades encuentra suficiente sostén a la luz de los derechos involucrados”.

“Sobre esta base, la distinción que se concreta a partir de la norma examinada, entre los herederos forzosos de la víctima —hijos biológicos y esposa— y L. M. M. —quien recibía un trato familiar de hijo por parte del Señor U— carece de sustento”.

B) Discriminación contra las mujeres

Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Tadelva S.R.L. y otros²

Síntesis

En el caso se buscó determinar el alcance del derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación de las mujeres en la selección de personal para ocupar puestos de trabajo. A su vez, se debatió qué obligaciones generan esos derechos en las empresas empleadoras en el contexto de un mercado laboral segregado en perjuicio de las mujeres.

² “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Tadelva S.R.L. y otros s/ amparo” - S 932 L XLVI. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2013/AGilsCarbo/junio/Sisnero_Mirtha_S_932_L_XLVI.pdf. Este dictamen se encuentra también analizado en el cuadernillo dedicado a derechos laborales y de la seguridad social, donde se desarrollan los estándares específicos de esa temática.

Mirtha Graciela Sisnero y la Fundación Entre Mujeres (FEM) habían presentado una acción de amparo colectivo contra la Sociedad Anónima del Estado del Transporte Automotor (SAETA), la Autoridad Metropolitana de Transporte (AMT) y las siete empresas operadoras de SAETA que tienen a su cargo los ocho corredores del transporte público urbano de pasajeros en la ciudad de Salta. Las actoras interpusieron dos pretensiones, una de carácter individual y otra de carácter colectivo. En relación con la pretensión individual, alegaron la violación del derecho a la igualdad y a la no discriminación en razón del género a raíz de la imposibilidad de la señora Sisnero de acceder a un puesto de trabajo como chofer en las empresas demandadas, pese a haber cumplido con todos los requisitos de idoneidad requeridos para dicho puesto. Fundaron la pretensión colectiva en la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación debido a la falta de contratación de choferes mujeres en el transporte público de pasajeros por parte de las empresas operadoras de SAETA.

La Corte de Justicia de Salta revocó la sentencia de la Sala V de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial que había hecho lugar a la demanda por considerar que “no se configuró el presupuesto para que prospere el pedido de una orden de cese de discriminación”. Contra esa sentencia Mirtha Sisnero y FEM interpusieron un recurso extraordinario federal cuya denegatoria motivó la presentación de sendos recursos de queja.

En su dictamen de fecha 24 de junio de 2013, la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, opinó que correspondía hacer lugar a la queja, declarar admisible el recurso extraordinario interpuesto y dejar sin efecto la sentencia impugnada a fin de que se dictara una nueva conforme a derecho. Así, sostuvo en su dictamen que las empresas demandadas debían adoptar medidas adecuadas para equilibrar la desigualdad entre varones y mujeres en la planta de choferes. Asimismo, consideró que se debía instar a que los poderes ejecutivo y legislativo de la provincia implementen medidas propias dirigidas a revertir la discriminación por género. Con fecha 20 de mayo de 2014, la CSJN emitió sentencia en el presente caso y se expidió en concordancia con los fundamentos del dictamen de la Procuradora General de la Nación³.

Principales estándares del dictamen

a) Las obligaciones estatales en materia de igualdad y no discriminación demandan políticas activas para combatir las prácticas discriminatorias

“El derecho a la igualdad y a la no discriminación está consagrado en los artículos 16 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Este derecho implica que el Estado no puede tener en su ordenamiento regulaciones discriminatorias pero, además, que debe asumir una actitud activa para combatir las prácticas discriminatorias (Corte

³ Fallo de la CSJN completo disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7113781>

Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03, 17 de septiembre de 2003, párr. 88). Pues, la discriminación no sólo se produce cuando existen normas o políticas que excluyen a un determinado grupo, sino también por comportamientos que puedan tener efectos discriminatorios”.

b) Las obligaciones en materia de igualdad y no discriminación recaen sobre todos los poderes del Estado y también sobre los particulares

“La obligación de respetar, proteger y garantizar el derecho humano a la igualdad y a la no discriminación recae sobre todos los poderes del Estado, pero también sobre los particulares. Y se extiende tanto respecto de aquellos casos en que la situación discriminatoria es el resultado de las acciones y omisiones de los poderes públicos como cuando es el resultado del comportamiento de los particulares (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03, párr. 104). El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer advirtió que los Estados parte de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer deben garantizar, a través de los tribunales competentes y de la imposición de sanciones u otras formas de reparación, que la mujer esté protegida contra la discriminación cometida tanto por las autoridades públicas como por las organizaciones, las empresas y los particulares (Recomendación general n° 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, párr. 7)”.

“En el marco de las relaciones laborales, la Corte Interamericana ha resaltado que ‘los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares’ (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03, párrs. 139). En el mismo sentido, desde su antigua jurisprudencia la Corte Suprema ha afirmado: ‘Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados derechos humanos [...] esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad’ (*Fallos* 241:291, considerando 3)”.

c) Cuando las diferencias de trato están basadas en “categorías sospechosas” corresponde aplicar un examen riguroso de razonabilidad

“En principio, para decidir si una diferencia de trato es ilegítima corresponde analizar su razonabilidad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03, párr. 89; *Fallos* 332:433, considerando 5°), esto es, si la distinción persigue fines legítimos y si esa distinción es un medio adecuado para alcanzar esos fines (*Fallos* 327:3677, considerando 12°). Sin embargo, cuando las diferencias de trato están

basadas en categorías ‘específicamente prohibidas’ o ‘sospechosas’ —como el género, la identidad racial, la pertenencia religiosa o el origen social o nacional— corresponde aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez (cf. *Fallos* 327:5118; 329:2986; 331:1715; 332:433; y jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos establecida en precedentes tales como ‘United States v. Carolene Products Co.’, 304 U.S. 144, del 25 de abril de 1938, en particular, pág. 152, n. 4; ‘Toyosaburo Korematsu v. United States’, 323 U.S. 214, del 18 de diciembre de 1944; y ‘Graham v. Richardson’, 403 U.S. 365, del 14 de junio de 1971, y sus citas). En estos casos, se invierte la carga de la argumentación y es el demandado el que tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin legítimo (*Fallos* 332:433, considerando 6° y sus citas)”.

d) El género constituye una categoría sospechosa

“El fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas es revertir la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos socialmente desaventajados como consecuencia del tratamiento hostil que históricamente han recibido y de los prejuicios o estereotipos discriminatorios a los que se los asocia aun en la actualidad. Desde este punto de vista, el género constituye una categoría sospechosa”.

“La discriminación en razón del género está prohibida en la Constitución Nacional y en los tratados con jerarquía constitucional (artículos 37, y 75, incisos 22 y 23, de la Constitución Nacional; 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer). Esta extensa protección responde al hecho de que las relaciones de poder entre hombres y mujeres han sido históricamente desiguales. Si bien se produjeron grandes cambios en las últimas generaciones, las mujeres siguen siendo hoy un grupo desaventajado frente a los hombres en múltiples contextos (preámbulo de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, entre otros)...”.

e) La justificación de cualquier distinción en perjuicio de las mujeres deberá estar despojada de estereotipos

“Por otra parte, la defensa planteada por las empresas demandadas con relación a la falta de experiencia en el ejercicio de ese oficio por parte de la actora tampoco desvirtúa la presunción de invalidez. En efecto, dicha falta de experiencia se produce, justamente, a raíz del estereotipo de género que las ha excluido históricamente del oficio de chofer de colectivos. La justificación de cualquier decisión de contratación en perjuicio de las mujeres deberá estar despojada de estereotipos y nociones fijas y arcaicas acerca de los roles y las habilidades de los hombres y las mujeres (cf. Corte Suprema de los Estados Unidos, ‘Mississippi University for Women v. Hogan’, 458 U.S. 718, del 1° de julio de 1982, sección II y sus citas)”.

f) Los motivos de discriminación no explícitos también pueden configurar discriminación

“... cabe notar que exigir —como hace la sentencia recurrida— la constatación de un motivo discriminatorio explícito ofrecería una protección demasiado débil del derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación, ya que volvería casi imposible la acreditación de que se configuró un caso de discriminación. Como lo ha destacado la Corte Suprema, los prejuicios discriminatorios dominantes operan normalmente de modo inconsciente en el comportamiento de los individuos. Cuando figuran entre los motivos conscientes que guían la acción de las personas, éstas normalmente lo ocultan, disfrazando el prejuicio con el ropaje de otras razones aparentes (*Fallos* 334:1387, considerando 9°)”.

g) Las obligaciones estatales en materia de igualdad y no discriminación exigen la adopción de medidas en la esfera del empleo

“... La Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer consagra de forma expresa el deber de los Estados de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar el derecho a las mismas oportunidades (artículo 11; en igual sentido, Convenio 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo)”.

h) El derecho a la igualdad exige que el mercado laboral sea modificado

“El compromiso constitucional con la igualdad importa un rechazo categórico de las instituciones o prácticas que agravan o perpetúan la posición de subordinación de grupos especialmente desaventajados, y la obligación —correlativa al derecho de los desfavorecidos por esas prácticas o instituciones— de hacer de nuestra comunidad una comunidad de iguales (cf. Owen M. Fiss, ‘Groups and the Equal

Protection Clause’, *Philosophy & Public Affairs*, vol 5 [1976], págs. 107 ss.; también, ‘A Community of Equals’, Boston, Beacon Press, 1999; y, en especial, en relación con la discriminación en contra de las mujeres, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ‘Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas’, OEA/Ser. LV /II, Doc. 68, 20 de enero de 2007, párrs. 71, 74, 75 y 77, y sus citas). En su faz colectiva, el derecho a la igualdad exige que el mercado laboral cuestionado sea modificado en la dirección de la igualdad e impone a los actores responsables por la conformación de este mercado —entre ellos, los responsables por las contrataciones— el deber correlativo de modificarlo”.

i) El Estado y los particulares están obligados a adoptar medidas de acción positiva para contrarrestar la segregación por género

“Esta situación reclama la adopción de medidas de acción positiva para contrarrestar la segregación por género y revertir los patrones socioculturales que la explican. La Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer prevé este tipo de medidas en su artículo 4. El Comité respectivo ha destacado que dichas medidas tienen como finalidad acelerar la participación en condiciones de igualdad de la mujer en el ámbito político, económico, social, cultural y civil. En pos de ese objetivo, las medidas pueden consistir en programas de divulgación o apoyo, reasignación de recursos, trato preferencial, determinación de metas en materia de contratación y promoción y sistemas de cuotas (Recomendación General 25, párr. 22). En concreto, el Comité ha recomendado a los Estados que deben hacer mayor uso de medidas especiales de carácter temporal en materia de empleo tendientes a lograr la igualdad (Recomendación general 5 y 25, párr. 18). Asimismo, en sus Observaciones Finales para la Argentina del 16 de agosto de 2010, expresó su preocupación ‘por la persistencia de la segregación ocupacional’ (párr. 35) e instó al Estado a ‘que adopte todas las medidas necesarias para alentar a la mujer a buscar empleo en disciplinas no tradicionales’ (párr. 36)”.

“Por lo tanto, es ineludible que las empresas demandadas adopten medidas adecuadas para equilibrar la desigualdad entre hombres y mujeres en la planta de choferes. Entre tales medidas pueden figurar la realización de campañas y convocatorias dirigidas a las mujeres, el establecimiento de metas progresivas de incorporación de mujeres, el cupo femenino y la difusión de la sentencia. Además, es necesario que desarrollen mecanismos de articulación con la Autoridad Metropolitana de Transporte, a los fines de implementar programas que faciliten la incorporación de la mujer, y para que sean identificados los requisitos de cada empresa para la incorporación de choferes, los mecanismos de convocatoria, los criterios de selección y las vacantes disponibles”.

“A su vez, tal como lo ha destacado la propia decisión de la Corte de Justicia de Salta, en el caso se ventila un asunto de trascendencia institucional y social que amerita la exhortación a las autoridades públicas. Siguiendo la doctrina de la Corte Suprema (*Fallos* 335:197) también corresponde instar a que los poderes ejecutivo y legislativo de la provincia adopten medidas propias dirigidas para revertir la discriminación por género. Entre dichas medidas cabe destacar programas específicos desarrollados al efecto, campañas de información y capacitación laboral, la confección de listados y/o registros de mujeres en condiciones de desempeñarse como chofer, así como la puesta en práctica de acciones articuladas con las empresas prestadoras del servicio”.

 **Ríos Zorrilla, Clara Elena c/ González, Graciela Aida y otro⁴**

Síntesis

La discusión fundamental en este caso consistió en determinar el alcance del derecho de igualdad ante la ley de las trabajadoras domésticas. En particular, si quienes prestan servicios como personal de casas particulares tienen derecho a la protección del embarazo y de la maternidad.

Clara Elena Ríos Zorrilla había promovido una demanda por despido, en la que había solicitado la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 8 y 9 del decreto ley n° 326/56 (hoy derogado por el artículo 75 de la ley n° 26.844), que excluían a las relaciones de servicio doméstico del régimen general del resto de los trabajadores, especialmente en cuanto no reconocían el derecho a tener una licencia por maternidad con goce de sueldo. Peticionó, en consecuencia, la aplicación de las indemnizaciones establecidas en los artículos 232, 245 y 178 de la ley n° 20.744 (Ley de Contrato de Trabajo), y la inconstitucionalidad del artículo 2, inciso b, de esa ley por excluir de su aplicación al trabajo doméstico.

El Juzgado Nacional del Trabajo N° 52 confirmó la resolución del Tribunal de Trabajo Doméstico que había hecho lugar parcialmente a la acción, condenando a los demandados a abonar una indemnización en concepto de Sueldo Anual Complementario (SAC) proporcional, y desestimado el resto de los rubros y montos reclamados. Contra esa decisión, la actora interpuso un recurso extraordinario federal, cuya denegatoria motivó la presentación de un recurso de queja.

En su dictamen de fecha 11 de agosto de 2014, la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, opinó que correspondía hacer lugar a la queja, declarar admisible el recurso extraordinario y

4 Ríos Zorrilla, Clara Elena c/ González, Graciela Aida y otro s/ Tribunal de Trabajo Doméstico” - S.C. R. 452, L. XLVII. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2014/AGilsCarbo/agosto/Rios_Zorrilla_R_452_L_XLVIII.pdf. Este dictamen se encuentra también analizado en el cuadernillo dedicado a derechos económicos, sociales y culturales, donde se desarrollan los estándares específicos de esa temática.

revocar la sentencia. Para ello, consideró que el texto del decreto ley n° 326/56, al no proveer la tutela que la legislación general contempla para las mujeres durante el período de embarazo y maternidad, contradecía lo dispuesto en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en los Convenios de la OIT, por lo que resultaba inconstitucional. Para la Procuradora, tal circunstancia configuraba además una discriminación vedada por el ordenamiento legal puesto que trataba de modo desigual a personas situadas en circunstancias de hecho esencialmente equivalentes. La Corte Suprema de Justicia de la Nación no se expidió sobre el caso dado que la actora desistió del recurso presentado.

Principales estándares del dictamen

a) El derecho a la igualdad y el principio de no discriminación son elementos estructurales del orden jurídico constitucional e internacional

“...el Preámbulo del Convenio 189 de la OIT destaca que ‘el trabajo doméstico sigue siendo infravalorado e invisible’ y que quienes lo realizan ‘se encuentran entre los trabajadores más marginados’. Precisa que los trabajadores del sector son ‘principalmente las mujeres y las niñas, muchas de las cuales son migrantes o forman parte de comunidades desfavorecidas, y son particularmente vulnerables a la discriminación con respecto a las condiciones de empleo y de trabajo, así como a otros abusos de los derechos humanos’”.

“En este contexto, cabe recordar que la Corte tiene dicho que los principios de igualdad y de prohibición de toda forma de discriminación son elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional (*Fallos* 333:2306, considerando 4°; 334:1387, considerando 5°; ‘Sisnero, Mirtha Gracieli y otros c/ Tadelva S.R.L. y otros s/ amparo’, S 932 L XLVI, sentencia del 20 de mayo de 2014, considerando 2°)”.

b) La discriminación en razón del género se encuentra prohibida en los tratados de derechos humanos

“Numerosos tratados internacionales de derechos humanos prohíben expresamente la discriminación por motivos de género, de posición económica y de origen o cualquier otra condición social (arts. 1.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2, 3 y 26, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2 y 3, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; II, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 2, Declaración Universal de Derechos Humanos; y Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer)”.

c) El Estado está obligado a promover la igualdad de trato en materia de empleo y ocupación

“...el Convenio 111 de la OIT establece la obligación de ‘formular y llevar a cabo una política nacional que promueva [...] la igualdad [...] de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto’ (art. 2), y de ‘derogar las disposiciones legislativas y modificar las disposiciones prácticas administrativas que sean incompatibles con dicha política’ (art. 3)”.

“A su vez, el Convenio 189 prevé específicamente el deber de adoptar medidas para ‘asegurar la promoción y la protección efectivas de los derechos humanos de todos los trabajadores domésticos’ (art. 3, inc. 1) y, en particular, para alcanzar ‘la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación’ (art. 3, inc. 2 d).

“Establece la obligación de ‘adoptar medidas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos, como los demás trabajadores en general, disfruten de condiciones de empleo equitativas y condiciones de trabajo decente’ (art 6). Finalmente, precisa que deberá asegurarse ‘que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social, inclusive en lo relativo a la maternidad’ (art 14, inc. 1). Cabe aclarar que si bien el Convenio 189 (ratificado por Argentina el 24 de marzo de 2014) entrará en vigor para el país el 24 de marzo de 2015 (cf. art 21, inc. 2), surge de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados la obligación de no frustrar su objeto y fin (art 18, inc. b)”.

“En este marco, el decreto ley 326/56, en cuanto excluía a un grupo particularmente vulnerable del derecho que tienen el resto de las trabajadoras a gozar de una licencia pagada por motivos de embarazo y maternidad, importa una discriminación prohibida en su contra ya que trata desigualmente a personas que están en circunstancias de hecho esencialmente equivalentes —esto es, en estado de embarazo o de maternidad, y, en consecuencia, temporariamente imposibilitadas de continuar prestando sus servicios— (*Fallos* 332:433, considerando 5° y sus citas)”.

“Considero que a idéntica conclusión cabe arribar respecto del pedido de inconstitucionalidad de la indemnización por antigüedad prevista en el decreto ley 326/56, que es notablemente inferior a la estipulada para el resto de los trabajadores (v. arts. 9, decreto ley 326/56; y 2 y 245, ley 20.744). Pienso que la particular naturaleza de las tareas realizadas por el personal de casas particulares no puede justificar que se disminuya a la mitad la indemnización por antigüedad a percibir en su caso. Por el contrario, ello expresa un menosprecio del valor de la permanencia en su lugar de trabajo por parte de esos trabajadores —y de la experiencia y habilidad

adquiridas como consecuencia— y ciertamente es contrario al deber de asegurar a todos los trabajadores la protección contra el despido arbitrario y condiciones equitativas de labor (art. 14 bis, Constitución Nacional). En este sentido, cabe recordar que el derecho a la igualdad exige, entre otras cosas, que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros (*Fallos* 332:433, considerando 5° y sus citas)”.

d) Las mujeres gozan de una protección especial durante un período de tiempo razonable antes y después del parto

“De este modo, el Estado tiene la obligación de garantizar la protección integral de la familia, especialmente para su constitución (arts. 14 bis y 75 inc. 23, Constitución Nacional; 10, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 17, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 23, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; VI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y 16, Declaración Universal de Derechos Humanos). Tal como se expresa en el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional, el Estado debe ‘[d]ictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”’.

“En el mismo sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre afirma que ‘[t]oda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales’ (art. VII; v., también, art. 25, Declaración Universal de Derechos Humanos)”.

“Más específicamente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en su artículo 10, inciso 2, que ‘[s]e debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”’.

“Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer establece el objetivo de garantizar ‘una comprensión adecuada de la maternidad como función social’ (art. 5, inc. b). Impone a los Estados Partes el deber de asegurar ‘la salvaguardia de la función de reproducción’ (art. 11, inc. 1 y de tomar las medidas adecuadas para ‘[p]rohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad’ (art. 11, inc. 2 a), así como de ‘implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales’ (art. 11, inc. 2 b)”.

Síntesis

La principal cuestión debatida en el caso consistió en determinar si el ejercicio de la facultad de la administración pública de establecer el horario de prestación de tareas es compatible con los derechos a la protección contra la discriminación de la mujer, y a la protección de la familia, la maternidad y el cuidado de los hijos.

María Lilitiana Gallo demandó a la Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Salud) a fin de que se deje sin efecto su resolución n° 1272/2001, mediante la cual se había dispuesto su cesantía como técnica en hemoterapia del Hospital Interzonal General de Agudos Evita y, en consecuencia, se la reincorpore al cargo y se ordene el pago de los salarios caídos. Sostuvo que la administración pública había utilizado un instrumento legítimo, como es el cambio de horarios de tareas, para un fin diverso, esto es, hostigarla laboralmente y aprovecharse de su situación de reciente maternidad y de encontrarse en período de lactancia.

Luego de transitar las instancias provinciales, la Suprema Corte bonaerense rechazó la demanda. Contra tal pronunciamiento, Gallo dedujo un recurso extraordinario federal, cuya denegatoria dio lugar a la presentación de un recurso de queja.

En su dictamen de fecha 21 de septiembre de 2015, la Procuradora Fiscal subrogante, Irma Adriana García Netto, opinó que correspondía hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, revocar la sentencia apelada y ordenar el dictado de una nueva. La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo suyos los fundamentos del dictamen del Ministerio Público y, en su fallo de fecha 23 de febrero de 2016, revocó la sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que había convalidado la cesantía de Gallo⁶.

Principal estándar del dictamen

a) El derecho de las mujeres a la no discriminación debe ser tenido en cuenta al establecer el horario de prestación laboral

“... la decisión recurrida prescindió de valorar esos mismos elementos probatorios que sustentan que la modalidad del cambio horario —a pocos días de que la actora

5 “Gallo, María Lilitiana c/Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Salud – s/ demanda contencioso administrativa” - CSJ 616/2014 (50-G). Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2015/IGarcia/septiembre/Gallo_CSJ_616_2014.pdf. Este dictamen se encuentra también analizado en el cuadernillo dedicado a derechos laborales y de la seguridad social, donde se desarrollan los estándares específicos de esa temática.

6 Fallo completo de la CSJN disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7277202>

se reintegre a su puesto de trabajo, luego de la licencia por maternidad y teniendo un niño lactante— podría haber implicado una violación a sus derechos”.

“Por un lado, a su derecho previsto en el artículo 46, inciso a, del citado estatuto provincial, que dispone que el agente público que tuviera un hijo puede optar por continuar su trabajo en las mismas condiciones en que lo venía haciendo”.

“Por otro, a sus derechos a la protección contra la discriminación de la mujer por motivos de maternidad (cf. art. 11, apartado 2, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer) y a la protección de la familia, la maternidad y el cuidado de los hijos (art. 17, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 23, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 3, 7 y 10, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 4, 5 y 16, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y Comité DESC, Observación General n°16, párrafo 24, *in fine*). De este modo, la facultad de la Administración Pública de establecer el horario de prestación de tareas debía analizarse en forma armónica con la disposición local y los derechos constitucionales precedentemente mencionados”.

C) Discriminación con motivo de la orientación sexual

F. Ana Maria⁷

Síntesis

La cuestión relevante del caso consistió en determinar si la orientación sexual de una persona puede ser motivo suficiente para restringir un derecho, en particular el derecho a la libertad personal. En el caso, entre los argumentos para rechazar una prisión domiciliaria se había considerado la orientación sexual de una mujer condenada por un delito, al ponderar el hecho de que su hijo “tuviera dos madres”.

Ana María F., en pareja estable con otra mujer, había solicitado la prisión domiciliaria establecida en el artículo 32, inciso (f), de la ley n° 24.660 y en el artículo 10 del Código Penal, ambos modificados por la ley n° 26.472, prevista respecto de las madres de niños menores de cinco años.

La Sala de ferias de la Cámara Federal de Casación Penal rechazó el recurso de casación interpuesto

⁷ “F. Ana Maria s/ causa n° 7516” - F 74 L XLIX. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2013/AGilsCarbo/mayo/F_Ana_Maria_F_74_L_XLIX.pdf

por la defensa de Ana María F. —al que el defensor *ad hoc* del niño B.F.A. había adherido en un todo— contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal N° 24 que resolvió denegar la solicitud de prisión domiciliaria a favor de aquélla. Contra este pronunciamiento, la Unidad Funcional de Personas Menores de 16 años de la Defensoría General de la Nación, en representación del niño B.F.A., interpuso un recurso extraordinario federal, cuya denegatoria motivó la presentación de un recurso de queja.

El 29 de mayo de 2013, la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, opinó que correspondía hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, revocar la resolución impugnada y conceder el arresto domiciliario. Sostuvo que la orientación sexual de una persona no es motivo suficiente para restringir un derecho. Con fecha 18 de junio de 2013, la CSJN se expidió en el presente caso no sólo respecto del recurso de la Defensoría General sino también del de la defensa de la imputada, hizo lugar a ambas quejas, declaró procedentes los recursos extraordinarios y dejó sin efecto la sentencia de la Cámara de Casación por considerarla descalificable como acto jurisdiccional válido en los términos de la doctrina de la arbitrariedad⁸.

Principal estándar del dictamen

La orientación sexual de una persona no puede ser motivo para restringir un derecho

“...al emitir su voto en la sentencia impugnada, destacó que los restantes jueces del tribunal oral valoraron la circunstancia de que B.F.A. tiene dos madres. La frase ‘existe otra madre que puede ocuparse de la atención del pequeño y también familia extensa que cubre las necesidades de atención que puede demandar el menor’ (expresada en la sentencia de fs. 313-315 vta. del expediente 33/12) indica que la orientación sexual de la madre fue uno de los motivos que justificó el rechazo de la prisión domiciliaria. En tal sentido, de acuerdo con los artículos 16 de la Constitución Nacional y 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe recordarse que ponderar la orientación sexual de una persona no puede ser motivo para restringir un derecho, si no existe una justificación objetiva y razonable (cf., por ejemplo, Corte IDH, caso ‘Atala Riffo y Niña vs. Chile’, sentencia de 24 de febrero de 2012)”.

⁸ Fallo completo disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7026761>

D) Discriminación con motivo de la discapacidad

 P., A. C.⁹

Síntesis

Una de las cuestiones debatidas en el caso consistió en determinar el alcance del derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones. En particular, el derecho de personas con discapacidad mental a contar con asistencia jurídica adecuada para defenderse en un proceso de internación involuntaria.

El 15 de septiembre de 2007, A.C.P., quien padece una discapacidad psicosocial, había sido internado involuntariamente. En ese contexto, la Defensora Pública de Menores e Incapaces requirió la designación de un letrado de la defensoría pública a los fines previstos por el artículo 22 de la ley n° 26.657.

La Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó el fallo de primera instancia que denegó la solicitud, en virtud de que el causante poseía curadora definitiva, siendo ésta su representante legal y que en su caso podría hacer uso de la facultad del artículo 22 de la ley n° 26.657. En ese contexto, la Defensora Pública de Menores e Incapaces ante los Tribunales Nacionales de Segunda Instancia en lo Civil, Comercial y del Trabajo interpuso un recurso extraordinario que fue concedido parcialmente en razón de la materia federal involucrada.

En su dictamen de fecha 21 de febrero de 2014, la Procuradora Fiscal subrogante, Irma Adriana García Netto, opinó que correspondía admitir el recurso extraordinario y revocar el pronunciamiento en cuestión, sin perjuicio de que se hiciera saber al tribunal de primera instancia que debía adoptar inmediatamente las medidas atinentes a la salvaguarda de la integridad psicofísica y el patrimonio de A.C.P. Así, consideró que se debía asegurar a A.C.P. el acceso efectivo y apropiado a la justicia, lo cual comprendía, entre otros aspectos, la posibilidad cierta de contar con asistencia técnica específica y adecuada. Con fecha 11 de diciembre de 2014, la Corte Suprema de Justicia de la Nación remitió al dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante y ordenó el dictado de una nueva sentencia¹⁰.

9 “P., A. C s/ insanía” – SC. P. 698 L. XLVII. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2014/Igarcia/febrero/PAC_P_698_L_XLVII.pdf
Este dictamen se encuentra también analizado en el cuadernillo dedicado a derechos de las personas con discapacidad, donde se desarrollan los estándares específicos de esa temática.

10 Fallo completo disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7177371>

Principal estándar del dictamen

a) Las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida

“Concretamente, la sustitución o subrogación absoluta de la voluntad fue desplazada por el modelo social de la discapacidad, con el objetivo de promover a la persona y garantizar el goce de derechos, sobre la base de la dignidad humana, la igualdad de oportunidades y la no discriminación”.

“El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, haciéndose eco del cambio de paradigma mencionado, dispone que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida”.

b) El Estado está obligado a asegurar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento.

“... bajo el título ‘Acceso a la justicia’, el artículo 13 [de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad] prescribe: ‘Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos [...]’”.

c) Las internaciones psiquiátricas obligan a extremar la protección de los derechos fundamentales, en especial, la dignidad, la igualdad y la seguridad

“Es que la internación psiquiátrica —si bien puede constituir una herramienta terapéutica necesaria y, en tal caso, jurídicamente procedente— es un escenario sumamente delicado, que puede presentar serias derivaciones en el plano de los derechos humanos. Al afectar principalmente la libertad ambulatoria, obliga al sistema judicial a extremar la protección de los derechos fundamentales vinculados con ella, en especial, la dignidad, la igualdad y la seguridad”.

Síntesis

La cuestión a dilucidar en el caso consistió en determinar si la negativa a inscribir en la carrera de educación física a quien padece una discapacidad motriz, sobre la base de que no reúne las condiciones físicas para cursarla, vulnera el derecho de acceso a la educación de las personas con discapacidad. En el caso se debatió también el alcance del deber de realizar “ajustes razonables” para garantizar el derecho a la no discriminación.

Emiliano Pablo Naranjo, quien padece una discapacidad motriz, inició una acción de amparo contra la Universidad Nacional de La Matanza a raíz de la negativa de esta última a inscribirlo en la carrera de profesor de educación física sobre la base de que no reunía las condiciones físicas necesarias para poder cursar los estudios.

La Sala II de la Cámara Federal de San Martín confirmó la sentencia de primera instancia y ordenó a la Universidad Nacional de La Matanza inscribir a Naranjo en el profesorado universitario en educación física y efectuar los ajustes razonables en los métodos de examen con el fin de que éste no resulte de imposible realización para el actor. Contra ese pronunciamiento, la Universidad interpuso un recurso extraordinario federal, cuya denegación motivó la interposición de un recurso de queja.

En su dictamen de fecha 1 de junio de 2015, la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, opinó que correspondía declarar admisible la queja, rechazar el recurso extraordinario y confirmar la sentencia apelada. Así consideró que el nuevo modelo social de discapacidad al que adhirió el Estado argentino implica la realización de ajustes razonables y la prestación de apoyos técnicos para la realización plena de los derechos, lo que no atenta contra la autonomía universitaria. El 10 de noviembre de 2015, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó el recurso en los términos del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación¹².

Principales estándares del dictamen

a) Las personas con discapacidad deben poder obtener títulos y certificados de estudio en pie de igualdad con los demás estudiantes

11 “Naranjo, Emiliano P. c/ Universidad Nacional de La Matanza” – CSJ 94/2014 50-N CS001. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2015/AGilsCarbo/junio/Naranjo_CSJ_94_2014.pdf. Este dictamen se encuentra también analizado en el cuadernillo dedicado a derechos de las personas con discapacidad, donde se desarrollan los estándares específicos de esa temática.

12 Fallo completo disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=726344>

“... se ha enfatizado que es necesario que las personas con discapacidad obtengan títulos y certificados de estudio en pie de igualdad con los demás estudiantes para poder competir y formar parte de la fuerza de trabajo (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ‘Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación’, A/HRC/25/29, 18 de diciembre de 2013, párr. 9)”.

b) La garantía del goce y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás requiere de la realización de “ajustes razonables”

“El nuevo modelo social de la discapacidad implica la realización de ajustes razonables y la prestación de apoyos técnicos para que las personas con discapacidad puedan realizar plenamente sus derechos. En particular, resulta oportuno recordar que, en los términos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, los ‘ajustes razonables’ son aquellas modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio de todos los derechos fundamentales en igualdad de condiciones con las demás (art. 2)”.

 **F., H. O.**¹³

Síntesis

En el presente caso se analizó el alcance de los principios y garantías inherentes al modelo social de la discapacidad, en particular para determinar si una persona declarada incapaz puede ejercer el derecho al voto.

H.O.F. padece una enfermedad mental discreta y en el año 2000 fue declarado incapaz. Desde el año 2005, comenzó a expresar su deseo de votar en los comicios nacionales, renovando esa manifestación en varias instancias evaluatorias. En el 2011 su curadora pública promovió su rehabilitación apoyándose en los diversos informes sociales e interdisciplinarios que daban cuenta de que si bien H. O. F. requiere supervisión, es una persona autónoma, que se hace entender, que podría prestar su consentimiento informado, que comprende situaciones cotidianas y que ha expresado su deseo de votar.

13“F., H. O. s/ artículo 152 ter. Código Civil” - CIV 83563/1997/CS1. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2016/VAbramovich/abril/FHO_CIV_83563_1997.pdf. Este dictamen se encuentra también analizado en el cuadernillo dedicado a derechos de las personas con discapacidad, donde se desarrollan los estándares específicos de esa temática.

La Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la resolución de primera instancia que había rechazado el pedido de rehabilitación de H. O. F. y mantuvo la declaración de incapacidad absoluta por demencia en los términos del artículo 141 del Código Civil. En ese marco, confirmó la denegatoria del pedido de ejercicio del derecho al voto. Contra dicho pronunciamiento, la curadora pública interpuso un recurso extraordinario que fue concedido por existir cuestión federal.

En su dictamen del 6 de abril de 2016, el Procurador Fiscal ante la CSJN, Víctor Abramovich Cosarín, opinó que debía hacerse lugar al recurso extraordinario y revocar la sentencia recurrida. Para ello, consideró que correspondía llevar adelante un examen estricto de las restricciones en el ejercicio de los derechos políticos de las personas con discapacidad mental, en tanto se trata de un grupo en situación de vulnerabilidad que ha sido objeto de discriminaciones históricas.

Principales estándares del dictamen

a) Cualquier sistema distinto al sufragio universal es contrario al derecho de igualdad ante la ley

“...se ha resaltado la evolución de la legislación argentina en pos de resguardar el sufragio universal como valor fundamental de todo el orden constitucional, evitando la exclusión sistemática de ciertos sectores sociales del ejercicio de la ciudadanía política. Al respecto, los jueces Petracchi y Fayt afirmaron: ‘el sufragio universal hace a la substancia del Estado constitucional contemporáneo. Todo otro sistema electoral niega la igualdad de los ciudadanos y, a diferencia del sufragio restringido, que clausura el acceso al poder al pueblo, su función es hacer posible el gobierno del pueblo o de una de sus mayorías, aproximando el ideal democrático a la realidad de la vida. La historia, la de nuestro país y la de muchos otros, muestra la lucha por su consagración plena y el sucesivo abandono de clasificaciones que reparaban en el sexo, estado o condición del elector, tal como disponía el art. 2° de la ley 8871, conocida como Ley Sáenz Peña’ (*Fallos* 325:524, ‘Mignone’, considerando 10°)”.

b) La restricción de los derechos electorales a las personas con discapacidad mental afecta a quienes resultan marginados y al sistema democrático en su conjunto

“Las personas con discapacidad mental han sido objeto de una exclusión sistemática del cuerpo electoral y la discapacidad mental ha sido considerada históricamente como un factor determinante para negar el ejercicio de la ciudadanía política. Esa exclusión, como otras que han sido referidas, tiene un doble aspecto pues afecta a quienes resultan marginados pero también al pueblo en su conjunto, debilitando la representación y el sistema democrático...”.

c) El Estado está obligado a garantizar a las personas con discapacidad los derechos políticos en igualdad de condiciones con las demás

“... [La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad] estipula: ‘Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a: a) Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas, entre otras formas mediante (...) iii) La garantía de la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores y a este fin, cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar”.

d) El modelo social de discapacidad obliga al Estado a avanzar gradualmente en la superación de las barreras que impiden a las personas con discapacidad el ejercicio de derechos

“... el modelo social de la discapacidad que adopta la Constitución obliga a todo el aparato del Estado a avanzar gradualmente en la superación de las barreras sociales, culturales y jurídicas que impiden la plena participación de las personas con discapacidad mental en el proceso electoral”.

e) La capacidad para ejercer el voto de una persona declarada incapaz debe decidirse a la luz del modelo social de discapacidad y puede incluir la designación de apoyos

“... la capacidad de H. O. F. para ejercer su derecho al voto no debió determinarse en forma automática como consecuencia de su declaración general de incapacidad, en los términos del artículo 141 del Código Civil, y de la aplicación del artículo 3, inciso a, del Código Nacional Electoral, reproduciendo el viejo modelo de incapacitación. Por el contrario, debió decidirse a la luz de los principios y garantías inherentes al modelo social de la discapacidad adoptado por la Constitución Nacional y las normas legales reglamentarias que imponían realizar una evaluación pormenorizada y específica sobre la capacidad de H. O. F. para votar, y designarle apoyos en caso de concluir que presentaba alguna dificultad para el ejercicio autónomo de ese derecho”.

“En ese supuesto, se debió disponer el acceso a los apoyos que se considerasen adecuados para que H. O. F. pudiera tomar decisiones con las salvaguardias apropiadas respetando su voluntad y sus preferencias, e incluso permitirle que una

persona de su elección le prestara asistencia para votar (arts. 12, incs. 3 y 4, y 29, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CPRD), Observación General 1, 19 de mayo de 2014, párrs. 48 y 49 y art. 42, ley 26.657)”.

f) La restricción del ejercicio del derecho al voto de las personas con discapacidad es de carácter excepcional y debe ser fundada

“De acuerdo con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la legislación nacional, H. O. F. es capaz para ejercer el derecho al voto y su restricción es de carácter excepcional. Para que dicha restricción, y su consecuente exclusión del padrón electoral, resultara válida, se debió concluir que carecía de capacidad para realizar ese acto político específico, a través de evaluaciones que brindaran las razones concretas por las cuales no se encontraba en condiciones de ejercer su derecho al sufragio de manera autónoma, y explicitar por qué esa restricción resultaba beneficiosa para su persona y para la protección de sus derechos...”.

g) La limitación del ejercicio del derecho al voto de las personas con discapacidad mental debe estar sujeta a un examen estricto, pues se trata de un grupo históricamente discriminado

“... la limitación del ejercicio del derecho al voto de las personas con discapacidad mental, por la índole del derecho en juego y por el sujeto involucrado, que requiere una protección preferente —artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional— debe estar sujeta a un examen estricto”.

“... [L]es corresponde en particular a los jueces realizar un examen estricto de las circunstancias que podrían fundar excepcionalmente una restricción en el ejercicio autónomo de (...) [los] derechos políticos [de las personas con discapacidad]”.

“En igual sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en un caso sobre el derecho al voto de las personas con discapacidad mental, sostuvo que si la restricción de ese derecho se dispone respecto de un grupo en situación de vulnerabilidad, que ha sido objeto de discriminaciones históricas, el Estado debe esgrimir razones de mucho peso para disponerla. La razón de este enfoque, afirma el tribunal, es que estos grupos han sido objeto de prejuicios con consecuencias duraderas, dando lugar a la exclusión social (TEDH, ‘Caso de Alajos Kiss v. Hungary’, sentencia del 20 de mayo de 2010, párr. 42). Por ende, afirmó: ‘una eliminación indiscriminada del derecho al voto, sin una evaluación judicial individualizada (...) no puede considerarse compatible con fundamentos legítimos para restringir el derecho al voto’ (párr. 44)”.

“Por su parte, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, órgano de interpretación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ha ido aún más allá pues consideró que el artículo 29 de dicho instrumento no prevé ninguna restricción razonable ni permite excepción alguna del derecho al voto respecto de ningún grupo de personas con discapacidad (CRPD, Comunicación 4/2011 CRPD/C/10/D/4/2011, apartados 9.4 y 9.6)”.

E) Discriminación por motivos religiosos

 **Castillo, C. V. y otros C/ provincia de Salta, Ministerio de Educación de la Provincia de Salta¹⁴**

Síntesis

La discusión central de este caso consistió en determinar si la educación religiosa impartida en la escuela pública y dentro del horario escolar vulnera, entre otros, el derecho a no ser discriminado por motivos religiosos.

En el marco de una acción de amparo colectivo contra el Ministerio de Educación de la provincia de Salta, un grupo de padres y madres de niños y niñas que asisten a la escuela primaria en la provincia, junto con la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), peticionaron la declaración de inconstitucionalidad del artículo 27, inciso ñ, de la Ley Educación salteña (ley n° 7.546). Esta cláusula dispone que la enseñanza religiosa integra el plan de estudios y se imparte dentro del horario de clase. Según los/as demandantes, esa ley, tal como ha sido aplicada por las autoridades provinciales, trajo aparejadas algunas prácticas que lesionan los derechos constitucionales a la libertad de religión y de culto, a la igualdad, a la educación sin discriminación y a la intimidad, dado que, en los hechos, la enseñanza religiosa en el horario escolar era realizada de forma coercitiva y discriminatoria. En forma subsidiaria, se planteó también la inconstitucionalidad del artículo 49 de la Constitución de la provincia de Salta, que establece que el sistema educativo contempla el derecho de los padres y tutores a que sus hijos y pupilos reciban en la escuela pública educación religiosa de acuerdo con sus propias convicciones; y del artículo 8, inciso m, de la mencionada ley provincial, que determina que uno de los principios, fines y criterios de la educación es garantizar el derecho previsto en el artículo 49 de la Constitución local.

¹⁴ “Castillo, Carina Viviana y otros c/ provincia de Salta, Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/amparo” - CSJ- - 1870/2014. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2017/NAbramovich/marzo/Castillo_Carina_CSJ_1870_2014.pdf. Este dictamen se encuentra también analizado en los cuadernillos dedicados a derechos económicos, sociales y culturales, y a derechos de niños, niñas y adolescentes, donde se desarrollan los estándares específicos de estas temáticas.

La Corte de Justicia de Salta confirmó la declaración de constitucionalidad del artículo 49 de la Constitución de la provincia de Salta, y de los artículos 8, inciso m, y 27, inciso ñ, de la ley n° 7.546, y revocó parcialmente la sentencia de grado, al ordenar que se arbitre un programa alternativo para quienes no deseen ser instruidos en la religión católica durante el horario escolar y que los usos religiosos como los rezos al comienzo de las jornadas, la colocación de oraciones en los cuadernos y la bendición de la mesa, tengan lugar únicamente durante la clase de educación religiosa. Contra ese pronunciamiento, la parte actora interpuso un recurso extraordinario federal, que fue concedido.

En su dictamen del 10 de marzo de 2017, el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Víctor Abramovich, opinó que correspondía hacer lugar al recurso extraordinario y revocar la sentencia, disponiendo el cese de la enseñanza religiosa dentro del horario escolar y como parte del plan de estudios, y de la realización de prácticas religiosas dentro del horario escolar en el ámbito de escuelas públicas.

Principales estándares del dictamen

a) El derecho a la libertad de religión y conciencia abarca, entre otros aspectos, el derecho a no ser discriminado por las creencias religiosas

“[L]a Corte Suprema sostuvo que [la libertad de religión y conciencia es] (...) un derecho particularmente valioso y que comprende el respeto por quienes sostengan creencias religiosas y por quienes no las sostengan (Fallos 312:496, ‘Portillo’, considerandos 8°, 9° y 10°). Según la Constitución Nacional y los citados instrumentos internacionales, la mayoría de ellos con jerarquía constitucional, la libertad de religión y conciencia tiene diversos aspectos: la libertad de tener o no creencias de la propia elección sin sufrir injerencias ajenas, el derecho a no ser discriminado por las creencias religiosas y la libertad de ser educado de acuerdo con las propias convicciones. Tal como paso a exponer, todos esos aspectos han sido afectados gravemente por la organización de la educación religiosa dentro del horario escolar y como parte del plan de estudios”.

b) El principio de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación prohíbe tanto las regulaciones discriminatorias como las que tengan efectos discriminatorios

“[E]l principio de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación prohíbe tanto las regulaciones discriminatorias como las que tengan efectos discriminatorios (dictamen de la Procuración General de la Nación, S.C. S. 932, L. XLVI, ‘Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/amparo’, emitido el 24 de junio de 2013; Corte Interamericana de Derechos Humanos, ‘Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica’, sentencia del 28 de noviembre de 2011, párr. 286,

y sus citas). En especial, las normas que prohíben la discriminación por motivos religiosos proscriben las disposiciones aparentemente neutras que tienen efectos discriminatorios (art. 2.2, Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones)”.

c) La instrucción en una religión determinada en el horario escolar y como parte del plan de estudios puede vulnerar el derecho de niñas y niños a no ser discriminados por motivos religiosos

“[L]a instrucción en una religión determinada en el horario escolar y como parte del plan de estudios ha resultado, en la práctica, en una grave interferencia en las distintas dimensiones de la libertad de religión y conciencia (arts. 14, 19 y 75, incs. 17 y 22, Constitución Nacional; art. 12, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 18, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 14, Convención sobre los Derechos del Niño; art. 5, Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo)”.

“[L]a organización de la educación religiosa dentro del horario escolar y como parte del plan de estudios tuvo un impacto desigualitario y discriminatorio con relación a un grupo que tiene una especial protección, a saber, los niños y niñas. En efecto, se encuentra acreditado que mientras los alumnos católicos reciben educación religiosa de acuerdo con sus propias convicciones, los alumnos no católicos son instruidos en una religión en contra de sus convicciones, y los pocos que deciden no participar no reciben una instrucción académica alternativa. Para más, el hecho de que algunos niños y niñas sean señalados como ‘no creyentes’ en el boletín de calificaciones configura un elemento de coacción, estigmatización y discriminación”.

“Todo ello comportó una violación al derecho a la igualdad, así como a la libertad de religión, que comprende el derecho a no ser discriminado por las creencias religiosas o por el hecho de no practicar ninguna religión (arts. 16 y 75, inc. 22, Constitución Nacional; arts. 1, inc. 1, y 24, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 3, Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales; arts. 2, inc. 1, 24, 26 y 27 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 2, Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones; art. 1, Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza; art. 2, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial). Los artículos 2 y 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño enfatizan el derecho de los niños a no ser discriminados por motivos religiosos”.

d) La implementación de un sistema alternativo de educación religiosa fuera del horario escolar y del plan de estudios asegura que niños y niñas no padezcan un trato diferenciado y discriminatorio durante la jornada escolar

“[E]xisten medios alternativos —por ejemplo, impartir educación religiosa fuera del horario escolar y fuera del plan de estudios— para garantizar el derecho previsto en la Constitución local, que son menos restrictivos de los derechos garantizados por la Constitución Nacional. De hecho, ese sistema alternativo es adoptado por distintas provincias (por ejemplo, art. 24, Constitución de la provincia de La Pampa; art. 75, inc. 4, Constitución de la provincia de San Luis; art. 11, apart. a, inc. e, Ley de Educación 9870 de la provincia de Córdoba).

“El sistema alternativo propuesto por los actores puede implicar algún esfuerzo adicional para los padres y representantes legales, como implementar una organización familiar específica para que sus hijos permanezcan fuera del horario de clase. También la escuela puede enfrentar algún costo económico mayor al organizar una materia extracurricular. Sin embargo, esos sacrificios se encuentran compensados por las ventajas que acarrea el sistema alternativo en el goce de los derechos constitucionales, en términos de que los niños no reciban educación religiosa en contra de sus convicciones, no padezcan un trato diferenciado y discriminatorio durante la jornada escolar y no se vean obligados a exponer sus creencias, que no son compartidas por la gran mayoría de los niños y maestros, en un ámbito tan sensible como la escuela primaria. En suma, todo ello demuestra que la implementación de la educación religiosa sobre la base del artículo 27, inciso ñ, de la ley 7.546 y la disposición nro. 45/09 ha restringido, en forma innecesaria, derechos fundamentales”.

F) Discriminación por otros motivos

 **Varela, José Gilberto c/ Disco S.A.**¹⁵

Síntesis

En el caso se debatió la aplicación de la Ley de Actos Discriminatorios (n° 23.592) a las relaciones laborales y, en particular, las diferencias en la protección entre quienes se desempeñan como representantes gremiales con o sin reconocimiento formal.

José Gilberto Varela interpuso una demanda contra la empresa Disco S.A. por nulidad del despido discriminatorio y para ser reinstalado en el puesto de trabajo. Alegó que la razón de su despido había estado dirigida a afectar el ejercicio de la libertad sindical y solicitó la aplicación de la Ley de Actos Discriminatorios (n° 23.592).

La Corte de Justicia de la provincia de Catamarca confirmó la sentencia de la Cámara de Apelaciones de Segunda Nominación que había rechazado la demanda. Contra dicha decisión, el actor interpuso un recurso extraordinario federal, cuya denegación motivó la presentación de un recurso de queja.

En su dictamen del 4 de mayo de 2015, la Procuradora Fiscal subrogante, Irma Adriana García Netto, opinó que correspondía declarar procedente el recurso extraordinario, dejar sin efecto la sentencia impugnada y restituir las actuaciones al tribunal de origen para que dictara un nuevo pronunciamiento.

Principales estándares del dictamen

a) La aplicación de la ley antidiscriminatoria no se limita a representantes gremiales reconocidos formalmente

“... en el dictamen S.C. L. 263, L. XLV, ‘Ledema, Florencio c/ Citrus Batalla SA s/ sumarísimo’, del 7 de octubre de 2010, se determinó que si la aplicación de la ley 23.592 estuviese condicionada a que el trabajador se encuentre comprendido en alguna de las previsiones estipuladas en los artículos 48, 50 y 52 de la ley 23.551, se estaría distinguiendo donde la norma no distingue e imponiendo una carga que la ley no exige”.

“En este caso la Cámara local sostuvo que no podía otorgarse una protección a

¹⁵ “Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ Amparo Sindical” - V, 528, XLVII – Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2015/IGarcia/mayo/Varela_Jose_V_528_L_XLVII.pdf. Este dictamen se encuentra también analizado en el cuadernillo dedicado a derechos laborales y de la seguridad social, donde se desarrollan los estándares específicos de esa temática.

quien desempeñare actividades sindicales sin ser representante gremial reconocido formalmente (ver fs. 356, expediente n° 081), tema que el superior Tribunal provincial entendió como opinable, sin examinar que se estaba planteando una cuestión de índole federal (...). Al respecto, cabe señalar que la Corte resolvió en numerosos casos en que trabajadores invocaron el artículo 47 de la ley 23.551 por no tratarse de actividades sindicales encuadrables en los artículos 48 y 52 de la ley 23.551 y les otorgó el amparo federal de la ley 23.592, criterio expuesto en el precedente de *Fallos* 333:2306 (‘Álvarez’). Ese tema, a pesar de haber sido objeto de debate por el accionante e inclusive admitido por el juez de primera instancia, fue soslayado por el *a quo*”.

b) Cuando se alega la existencia de un motivo discriminatorio corresponde al demandado probar que el acto tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación

“... en los casos en que resulta aplicable la ley 23.592, y se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio en el acto en juego, resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, la acreditación de hechos, *prima facie* evaluados, que resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación, y la evaluación de uno y otro extremo, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica (*Fallos* 334:1387, *in re*: ‘Pellicori’).”

MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL

PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA