

---

# **La clasificación como obstáculo para el acceso a los derechos fundamentales.**

## **El derecho de las personas trans a acceder sin discriminación a una vivienda digna**

---

Martín Leonardo Furchi\* y Ramón Trejo\*\*

### **Resumen**

Desde muy temprano, el derecho constitucional desconfió de las clasificaciones que realiza la administración pública sustentadas en el género. En los últimos años, la revisión de las clasificaciones que contuvieran un sesgo discriminatorio se comenzó a aplicar a toda la pléyade de derechos constitucionales, no sólo a aquellos derechos personalísimos. En este artículo, se realiza una revisión del derecho a la vivienda, al solo efecto de continuar el debate jurídico, bajo el prisma teórico propuesto por Dean Spade.

**Palabras claves:** Constitución Nacional – minorías trans – derecho a la vivienda – clasificaciones administrativas.

### **Abstract**

From very early on, constitutional law mistrusted the classifications made by the public administration based on gender. In recent years, the revision of the classifications that contained a discriminatory bias began to be applied to the entire plethora of constitutional rights, not only to those very personal rights. In this article, a review of the right to housing is carried out, for the sole purpose of continuing the legal debate, under the theoretical prism proposed by Dean Spade.

**Key words:** National Constitution – trans minorities – right to housing – administrative classifications.

---

\* Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Nacional de La Matanza, mfurchi@jusbaire.gob.ar

\*\* Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Nacional de La Matanza, rtrejo@unlam.edu.ar

## I.- Introducción

Uno de los paradigmas sobre los que se apoya el moderno Estado Constitucional de derecho es la protección de las minorías, tema de discusión preferente que aparece cuando se debate el contenido y papel de las Constituciones. Si bien la protección de las minorías ha sido un tema central desde la aparición del constitucionalismo, la discusión que se da en la actualidad rompe con el clásico enfoque y ha avanzado por su propia línea tanto normativa como discursiva, principalmente a raíz de la protección internacional en materia de derechos humanos. De ahí que el mismo concepto de Constitución haya cambiado el enfoque, abarcando no sólo el derecho, la soberanía o el federalismo, sino que se ha extendido a otras áreas de conocimiento social que involucra la protección jurídica de diferentes culturas que conviven en un Estado en particular.

Ha operado un descenso del modelo ideal de Constitución producto del romanticismo del siglo XIX, a la observación práctica de desarrollar acciones positivas concretas que tengan por finalidad remover obstáculos en el goce de los derechos que aquellas Constituciones consagraron y que un siglo después sigue siendo, para muchos grupos sociales, una quimera. Ante este panorama, las modernas democracias no pueden seguir tratando a las minorías sexuales –a las cuales nos referiremos en particular- como agregados sociales estandarizados. Dean Spade, en su obra “Una vida normal”, asevera que una clasificación inadecuada es -en sí misma- un grave problema, dado que la segregación por razón de sexo es utilizada para estructurar innumerables servicios e instituciones. En ese contexto, indica que aquellos cuyo historial y documentos identificativos contienen marcadores de género que no coinciden con su identidad, se enfrentan a importantes obstáculos a la hora de acceder a albergues para personas sin hogar, centros para víctimas de violencia de género, hogares de apoyo y hospitales.<sup>2</sup>

El derecho constitucional liberal que dio origen a nuestro primer constitucionalismo en 1853, consideró los estándares de libertad y justicia, junto a la defensa de los derechos individuales, de forma tal en la que el Estado sólo los reconocía, sin preocuparse por su satisfacción material.<sup>3</sup> El reconocimiento expreso y escrito de los derechos individuales, fue exclusivamente destinado para poner un límite al ejercicio del poder por parte del Estado, no como declamación de principios o plan de gobierno, reflejado en la redacción del art 16 CN.<sup>4</sup> La justicia fue entendida así

---

<sup>1</sup> Spade, Dean, *Una Vida Normal, La violencia administrativa, la política trans crítica y los límites del derecho*, Barcelona, Bellaterra, 2015. Señala el autor que la propia lógica clasificatoria es inadecuada y, a la vez, una fuente de desigualdad.

<sup>2</sup> Spade, Dean, *ibid.* pp. 153 y ss.

<sup>3</sup> Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Buenos Aires, Ed. Zavallá, 3ª ed., 2000, p. 3.

<sup>4</sup> García-Mansilla, Manuel y Ramírez Calvo, Ricardo, *Las Fuentes de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006.

en términos de *justicia del procedimiento*, o como modernamente se la denomina en *seguridad jurídica*, y a esto se circunscribía el Estado de Derecho.<sup>5</sup>

La entrada al siglo XX vio de esta manera un esquema legal igualitario, con un país completamente dividido, política y socialmente. Se estableció de hecho una pequeña casta que centralizó las conquistas políticas y económicas fruto de la bonanza que les otorgaba la balanza comercial, sin atender ese bienestar a la totalidad de la población. Conceptualmente, era “normal” que existiera dicha desigualdad, se correspondía, digamos, con el *estándar* reinante para aquél entonces. Después de esa primera aparición, la igualdad ante la ley ha ido ampliando su alcance, hasta significar que la ley no puede discriminar a las personas salvo por circunstancias relevantes, entre las que, en todo caso, no se encuentran la raza, el sexo, el nacimiento, la fe religiosa o las opiniones políticas.

En todo caso, tanto en su sentido original y más estrecho como en su sentido contemporáneo y más amplio, la igualdad ante la ley, en esta segunda acepción, no es más que una determinación sustantiva del valor de la justicia, es decir, una concepción de la justicia. Lo que supone es que, de cara a cómo deben ser tratadas, las personas no son desiguales por su pertenencia a un estamento o a un género o a una raza y, por tanto, sería injusto tratarlas, por alguno de estos motivos, de manera desigual. Por tanto, esta igualdad ante la ley no es sino la conclusión lógica que deriva de las dos premisas: igualdad axiológica (justicia) e igualdad fáctica.

23

De allí que las clasificaciones basadas en sexo se han considerado neutras o igualitarias para la población durante muchos años, sin que se les haya prestado demasiada atención. Dado ello, el presente trabajo tiene por objeto indagar sobre el impacto que suelen tener las clasificaciones basadas en el sexo o género de las personas y su incidencia en los *colectivos sociales* que históricamente han sufrido actos discriminatorios, a los fines de trazar, modestamente, una aproximación.

Para ello, emprenderemos el análisis haciendo el foco en la falta de neutralidad de las clasificaciones basadas en el género, y su sesgo en la obstaculización al acceso a derechos fundamentales que devienen de tales encasillamientos.

## II.- El material jurídico relevante

A nivel normativo, la relación en el sesgo clasificatorio que se aplica sobre aquellas minorías sexuales ha sido contemplado y hoy en día cuenta con una amplia protección, sumada a un cúmulo de acciones tendientes a la concreción de la tan citada igualdad ante la ley.

Al darle rango constitucional a las distintas Convenciones y tratados en materia de derechos humanos en el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, se ha

---

<sup>5</sup> Kelsen, Hans. *¿Qué es Justicia?*, España, Ed. Planeta Agostini, 1993.

allanado parte del camino, evitando la represión y logrando una convivencia pacífica, permitiendo el pasaje a otra etapa, cual es, qué medidas debe llevar a cabo el Estado –y quienes deben ser los responsables de ellas- para su concreción efectiva.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, establece en su art. 2º que *“1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de ...sexo...”*

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone en su art. 2º que *“1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de...sexo...”*; en su art. 4º que *“1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de... sexo...”*; en su art. 24 dispone que *“1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”* y refuerza el concepto requiriendo una acción positiva del Estado en el art. 26 al disponer que *“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo...”*.

24

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone en su art. 2º que *“2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de...sexo...”*.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su art. II que *“Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de...sexo...”*.

Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su art. 24 que *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”*

Este panorama normativo enfoca la protección de las minorías como una política pública, no solamente desde una óptica de respeto o tolerancia, sino de un *hacer* positivo, concreto y actual.

La jurisprudencia internacional confirma ese camino. La recomendación

general de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a los Estados Partes, puntualmente establece la necesidad de “[a]doptar medidas, incluyendo en materia legislativa, de política pública y programas estatales, para abordar las causas subyacentes de la violencia contra las personas trans [...]. Estas medidas deben asegurar, entre otras, que las personas trans tengan acceso sin discriminación al empleo formal, educación, salud y vivienda”<sup>6</sup>También, y con relación al derecho de acceso a una vivienda digna, nos resulta necesario acudir al Principio N° 15 de Yogyakarta en tanto establece que los estados “[a]doptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar la seguridad en cuanto a la tenencia y el acceso a una vivienda asequible, habitable, accesible, culturalmente apropiada y segura, incluyendo refugios y otros alojamientos de emergencia, sin discriminación por motivos de orientación sexual, identidad de género o estado marital o familiar”.

### **III.- La utilización de clasificaciones justificadas en el género. ¿Un análisis de su validez basado estrictamente en el principio de igualdad es suficiente para garantizar la no discriminación?**

Entendemos que existen situaciones en donde la mera utilización de clasificaciones las convierte en *categorías* que organizan la experiencia diaria de las personas, se constituyen en verdaderos obstáculos para el acceso de determinados colectivos sociales a derechos que a nivel normativo son reputados fundamentales.

Con el pasar de los años, clasificaciones que utilizaban las características sexuales aparentemente inocuas que aparecían en cualquier formulario en el cual cada persona incorporaba sus datos personales y que nos acompañan desde una edad temprana, se erigieron como *categorías sospechosas de discriminación* (en los términos indicados por la CSJN en el precedente “Hooft”<sup>7</sup>) en tanto configuraron evidentes métodos de segregación por razón de género, con especial énfasis hacia las personas trans.

Si evaluamos la situación bajo el tamiz del principio de igualdad, considerando

<sup>6</sup> Comisión IDH “Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América” en conjunto con la Organización de Estados Americanos, Informe del 12 de noviembre del 2015, p. 292.

<sup>7</sup> Fallos: 327:5118. Allí sostuvo –entre otras cuestiones- que “En presencia de un caso como el planteado, donde la norma impugnada se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad, el control constitucional exige pasar la prueba de “una justificación suficiente de la restricción” (en referencia a la doctrina del escrutinio estricto, ya aplicada por la Corte en el precedente de Fallos 321:194). Dicha justificación implica una cuidadosa prueba sobre los fines que la Provincia demandada intenta resguardar con la norma impugnada y sobre los medios utilizados al efecto. Los fines deben ser sustanciales, no meramente convenientes. Los medios, no basta que sean simplemente adecuados a los fines, sino que debe demostrarse su eficacia y que no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada.”

el contexto social -histórico y actual- en que se encuentran las personas que sufren este tipo de segregación, será razonable concluir que dicho principio garantice – reforzadamente- la no discriminación.<sup>8</sup>

En ese mismo camino, Spade advierte tal circunstancia y pone de resalto que las demandas de igualdad jurídica que no modifican las condiciones generales de desigualdad pueden hacer que generemos involuntariamente una política trans que apoye y legitime estos mismos sistemas e instituciones que vuelven tan vulnerables a las personas trans.

La problemática que se plantea entonces redundante en que las clasificaciones basadas en el género no deberían ser analizadas de forma aislada o neutral. Debieran considerarse al mismo tiempo una serie de otras variables que exceden el binarismo distintivo, puesto que los integrantes del colectivo social bajo análisis pueden sufrir otras manifestaciones de la desigualdad derivadas -por ejemplo- de la inequidad en la distribución del ingreso. De allí que no se trate de un debate acerca de los efectos del liberalismo o comunismo, sino de observar, en los casos concretos como ese sesgo discriminatorio determina niveles de vida diferenciados en la población. Las personas trans transcurrieron como una minoría discreta –en las palabras del Justice Harlan Stone en el caso *Carolene Products*<sup>9</sup>, una vez que lograron ser visibilizadas, fueron segregadas y en la actualidad, se inscribe su inclusión social en poder participar de un acceso igualitario que otros criterios clasificatorios que les permitan una prioridad en el acceso a determinados derechos, como bien puede ser el acceso a una vivienda digna consagrado en el art. 14 de la Constitución Nacional. No se trata de aquellos grupos regresivos anti-sistema, sino de un grupo cuya adherencia a los principios de la democracia liberal es tan profunda e intensa como los grupos mayoritarios, por lo cual, debemos abandonar la idea de neutralidad estatal y pasar al rol activo del Estado democrático. Una política social que no abandone la neutralidad en su formulación, puede causar de esa manera mayores desigualdades y, por lo tanto, mayores injusticias.<sup>10</sup> De allí, que la carga de la prueba no esté ya del lado de aquellos que defienden las minorías sexuales, sino de los que defienden las reglas que no incorporan las diferencias, y que deben probar que el *status quo* no es la génesis misma de la injusticia.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Conf. Fiss, Owen, "Groups and the Equal Protection Clause", en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 5 citado por Saba, Roberto, "Desigualdad Estructural" en *El derecho a la igualdad*, Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords), Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 184

<sup>9</sup> "United States vs. Carolene Products Company", 304 U.S. 144, 152, n° 4 (1938). Sobre la famosa nota de pie de página n°4, donde surge el *perjuicio contra minorías insulares y discretas*, ver Ackerman, Bruce, "Beyond Carolene Products", *Harvard Law Review*, N° 98, 1985, p. 713.

<sup>10</sup> arbonell, Miguel "Constitucionalismo y Multiculturalismo", en *Derecho y Cultura*, N°13, enero-abril, 2004, p. 21-80.

<sup>11</sup> Así lo sostuvo la CSJN en Fallos 335: 2418 al señalar que "A partir de tal premisa, en situaciones de esta naturaleza el juicio de razonabilidad de la norma (artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional)

En esa tesitura, es razonable inferir que aún con la implementación de políticas públicas de inclusión y reconocimiento con miras a la ampliación al acceso a los derechos fundamentales, aquellas distinciones que únicamente se finquen en el género (sospechosas de discriminación prejuiciosa) atentarán seriamente contra el deber impostergable del Estado de garantizar la *igualdad real de oportunidades* de aquellos grupos sociales que -a lo largo de la historia- se han encontrado en situaciones desventajosas.

#### **IV.- La tutela judicial efectiva como eje central para el abordaje del análisis de la validez de las clasificaciones basadas en el género. Dificultades en el acceso a la justicia. Escrutinio estricto y presunción de invalidez.**

Si bien Spade propone -como elemento central de su planteo- prestar importancia a la reforma jurídica en tanto no sería la principal demanda del movimiento social de que se trata, lo cierto es que el propio autor aclara que, en el transcurso de su vida cotidiana, las personas trans sufren numerosos obstáculos (en especial relacionados con el uso de clasificaciones sobre el género) en el ámbito de los programas estatales de atención social.

En efecto, en el artículo en análisis el autor hace foco en la matriz de programas administrativos que *clasifican* por género a las personas y en la generación de vulnerabilidad que provocan.

La problemática descripta se agudiza si más allá de la ostensible discriminación que sufren tales colectivos debe sumársele una serie de vericuetos y dificultades para hacer valer sus derechos en los diferentes estamentos judiciales, tanto en lo que refiere al *acceso* a la justicia como al término general que lo congloba denominado *tutela judicial efectiva* incorporada y garantida mediante su inclusión en el Bloque de Constitucionalidad Federal antes citado. Ello así, en tanto es el Poder Judicial el encargado de efectuar -aún de oficio- el control de convencionalidad de las clasificaciones que generen discriminación por motivos de género.<sup>12</sup>

Como método de abordaje empírico, Spade propone la utilización de distintas herramientas jurídicas, como por el ejemplo el uso de servicios legales individuales

---

*estará guiado por un escrutinio estricto, evaluación que implica una inversión en la carga de la prueba a fin de demostrar que el trato desigual responde a fines sustanciales —antes que meramente convenientes— y que se trata del medio menos restrictivo y no sólo uno de los medios posibles para alcanzar dicha finalidad (Fallos: 327:5118, considerando 6°; 329:2986, considerando 5°; 331:1715, apartado VII del dictamen del Procurador General que esta Corte compartió). En definitiva, la norma habrá violado el límite constitucional cuando se verifique que el factor o supuesto prohibido es el único fundamento de aquélla y que conlleva un criterio de desvalorización o prejuicio.”*

<sup>12</sup> Fallos:335:2333.

directos, la disposición de un abogado defensor (en el caso de causas penales) y el asesoramiento jurídico. Concretamente, las reformas jurídicas que amplíen el acceso a la jurisdicción sin obstáculos de índole formal o basados en la falta de recursos.

En este sentido, estimamos que en la Ciudad de Buenos Aires y particularmente, en el fuero en lo contencioso administrativo y tributario y de relaciones del consumo existen diversos canales de asesoramiento legal que son accesibles para todas las personas que pretendan articular una demanda tendiente a la protección judicial de derechos fundamentales.<sup>13</sup>

Ahora bien, la labor del juez en los casos en los que se cuestionen las clasificaciones basadas en la identidad de género que actúan como obstáculos para el pleno ejercicio de derechos fundamentales radica en el escrutinio estricto de la validez de dichas diferenciaciones a la luz del Bloque de Constitucionalidad Federal. Al respecto, cabe memorar que la Observación General N° 20 (emanada del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) establece que “[l]os Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales [...] La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos”-v. parágrafo 32-.

28

Ante preceptos tan explícitos, una clasificación que genere discriminación por motivos de género se presentaría afectada por una presunción de inconstitucionalidad que sólo podría ser dejada de lado por la prueba concluyente de que existe un sustancial interés estatal que la justifique y además que no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada.<sup>14</sup>

Pero esto nos lleva a otro terreno en el cual debemos ser muy cuidadosos, que implica observar a la judicatura como un medio alternativo de toma de decisiones sociales. Una revisión hecha por un juez es una reconsideración de una cuestión ya decidida en otra instancia social de decisión. Cuando esta reconsideración conduce a invalidar una acción gubernamental y a adoptar medidas alternativas proyectadas por el magistrado, los jueces están haciendo política social, por lo cual estarían operando como un sistema alternativo de toma de decisiones sociales.

Muy pocas decisiones gubernamentales como las señaladas aquí (piénsese el sinnúmero de veces que se completan formularios donde la opción sexual es

---

<sup>13</sup> Pueden mencionarse los distintos organismos dependientes de la Defensoría General de la Ciudad y el Observatorio de Género dependiente del Consejo de la Magistratura local, brindan asesoramiento jurídico y patrocinio legal gratuito para tramitar planteo de esta índole ante los Tribunal locales).

<sup>14</sup> Ver en particular el voto del Justice Powell en el caso, “Regents of University of California v. Bakke”, 438 US 265, 1978. En el mismo sentido, consultar Fallos: 327:5128.



binaria) tienen potencialmente serias posibilidades de ser revisadas por los jueces.<sup>15</sup> Como cuestión general, los jueces no plantean ninguna amenaza a la mayoría de las resoluciones gubernamentales que diariamente recaen sobre diversas situaciones de los particulares.

La porción revisable de esta actividad administrativa por parte de los jueces es muy inferior a la que año a año es producida. Y la capacidad de los jueces de revisar la actividad administrativa, es menor que la capacidad del gobierno de producir tal acción<sup>16</sup>. El papel central sigue siendo de los organismos elegidos mayoritariamente, sin que ello imposibilite un papel judicial significativo. El cuadro central de toma de decisiones sociales es simple: el proceso mayoritario es el dominante, los jueces dominan de vez en cuando, pero es generalmente inactivo.<sup>17</sup> El concepto de separación de funciones, por su parte, sugiere que los jueces identificarán y aplicarán la cuota de las tres funciones de gobierno dentro de los departamentos<sup>18</sup>.

Como corolario, y en consonancia con lo propuesto por Spade, el camino para efectivizar las disposiciones normativas nacionales e internacionales antes referenciadas, sigue siendo las decisiones mayoritarias que los departamentos del Estado aseguran a la representación social. Lo contrario es quedar a merced de una burocracia ciega a las necesidades de la población y consecuentemente con ello, limitar las garantías constitucionales de los diferentes grupos –binarios o no- que esa misma normativa se preocupa por proteger. De allí que el proceso democrático continúe siendo la principal herramienta con la cual contamos para desbaratar la lógica inconsciente que cercena cotidianamente el legítimo ejercicio de peticionar a las autoridades por parte de aquellos grupos víctimas de una clasificación genérica. Pero ese proceso mayoritario no puede ser omnipotente. La clasificación será

29

---

<sup>15</sup> Inclusive a la altura de la era del debido proceso económico –la era del activismo más grande, o por lo menos el más grande desde lo judicial en materia de revisión- solamente una fracción minúscula de la acción gubernamental estuvo realmente sujeta a la revisión judicial, y mucho menos aún aquella con riesgo de anulación.

<sup>16</sup> Para una cierta porción de la doctrina existe una tensión entre la actividad judicial y la revisión de la esfera administrativa. Por supuesto, si uno se imaginara que los jueces mediante una cierta solución simple pudiera dar solución a los sistemas extensos de producción administrativa, tal tensión sería patente y real, y la limitación judicial no existiría. Es, sin embargo, difícil de imaginar cómo eso puede ser posible ya que los jueces federales tienen un tamaño fijo. Las dificultades atribuidas a los límites físicos, bien podría ser barridas mediante el argumento de aumentar el tamaño de los juzgados y el número de jueces. Pero, para que los límites físicos no sean un problema, el aumento tendría que ser tan dramático que suena alejada la posibilidad que suceda. Sobre la tensión, ver Cassagne, Juan Carlos “Derecho Administrativo II”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 6ª ed., 1998, p. 119.

<sup>17</sup> A través de esta idea tratamos de contrastar el proceso político con el control judicial. Esta división se pone de sobresalto a los fines de reflejar la distinción entre el que produce las decisiones y el que las repasa.

<sup>18</sup> Fue a partir del caso “Youngstown Sheet & Tube Co. v/Sawyer”, 343 U.S.579 (1952), donde se esgrimió el carácter dinámico del concepto.

inconstitucional si resulta inequitativa al remitirse solamente a las preferencias de esa mayoría. No basta que se reconozcan la diversidad de los comportamientos sexuales, sino que, además se contemple el cambio de lógica en la fabricación de clasificaciones. Una discriminación fundada en la diversidad de ciertos comportamientos sexuales no es inconstitucional porque sea inválida cualquier distinción sobre esa base, sino porque dicha discriminación resulta inequitativa al ser sólo justificable por remisión a las aparentes preferencias de la mayoría.

Estos conceptos se desprenden de las palabras del Juez Petracchi en su disidencia en el caso “C.H.A.”.<sup>19</sup> Al señalar los principios constitucionales de “bien común” y “buenas costumbres”, expresó que “...cuando se codifica al ser humano incluyéndolo en minuciosos sistemas totalitarios que, contruidos por sucesivos ideólogos, tienen el denominador común de suprimir el riesgo de elegir (entrañable a la vida misma en tanto tiene de humana), todo supuesto logro se envilece y degrada” por lo cual “las libertades humanas pertenecen a los hombres en particular, y nuestras instituciones son producto de ese principio, y no el principio producto de las instituciones”.<sup>20</sup> Como señala Spade, las normas administrativas a menudo producen más daño al articular las vidas de las personas en su totalidad.<sup>21</sup> De allí que nuestro ordenamiento jurídico “...no autoriza forma alguna de discriminación en razón de las ideas, preferencias, identidades, tendencias u orientaciones en materia sexual, siempre que las prácticas que se sigan no afecten derecho de otros”<sup>22</sup>, por lo cual las barreras administrativas no cuentan con una fuente sustantiva normativa ni jurisprudencial. De la exégesis entre ambas fuentes del derecho, es que bajo el predominio de los procesos mayoritarios producto del libre debate de ideas que otorga la democracia, el concepto de *tutela judicial efectiva* conlleva un refuerzo de ese sistema representativo.

30

## V.- Breve conclusión

El artículo de Spade pone de relieve cómo a través de clasificaciones -que podrían aparecer en simples formularios de la administración- se obstaculiza el acceso a derechos fundamentales a colectivos sociales históricamente desaventajados. En ese entendimiento, en este trabajo se intentó aclarar que un análisis de la cuestión limitado al principio de igualdad en su interpretación más restringida (igualdad formal o material) no resultaría suficiente para garantizar la no discriminación

---

<sup>19</sup> Fallos: 314:1521.

<sup>20</sup> *Ibíd.*, voto del Juez Petracchi, considerando 19.

<sup>21</sup> Spade, D., *op. cit.*, p. 39.

<sup>22</sup> Fallos: 314:1521. Voto del Juez Petracchi, considerando 21.

de aquellas personas que han sufrido a lo largo de la historia las gravísimas consecuencias de la segregación sexual.

Debido a ello, nos resultó prudente remarcar que es el Poder Judicial quien tiene la obligación de efectuar el escrutinio de este tipo de *distinciones sospechosas de discriminación*, que conlleva un refuerzo al sistema de representación democrático. Dicho análisis debe realizarse en los términos más estrictos, esto es, considerando el contexto social en que se encuentran las personas que sufren ese tipo de discriminación y haciendo recaer la carga de la prueba en la parte que defiende la validez de las clasificaciones de que se trata.

Entendemos que esa tarea judicial se revela como esencial en la dinámica de la división de poderes del Estado para la tutela de derechos inherentes a las personas, en este caso, aquellas que han sufrido las consecuencias negativas de discriminaciones basadas en el género o la orientación sexual.

## VI.- Referencias

Ackerman, Bruce, *Beyond Carolene Products*, Harvard Law Review, N° 98, 1985.

Carbonell, Miguel “Constitucionalismo y Multiculturalismo”, en *Derecho y Cultura*, N°13, enero abril, 2004, p. 21-80.

Cassagne, Juan Carlos, “Derecho Administrativo II”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 6ª ed., 1998.

Comisión IDH “Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América” en conjunto con la Organización de Estados Americanos, Informe del 12 de noviembre del 2015, p. 292.

Fiss, Owen, *Groups and the Equal Protection Clause*, Philosophy and Public Affairs, vol. 5.

García-Mansilla, Manuel y Ramírez Calvo, Ricardo, *Las Fuentes de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006.

García-Mansilla, Manuel y Ramírez Calvo, Ricardo, *Las Fuentes de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006.

Kelsen, Hans. *¿Qué es Justicia?*, España, Ed. Planeta Agostini, 1993.

Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Buenos Aires, Ed. Zavalía, 3ª ed., 2000.

Saba, Roberto, “Desigualdad Estructural” en *El derecho a la igualdad*, Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords), Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

Spade, Dean, *Una Vida Normal, La violencia administrativa, La política trans crítica y los límites del derecho*, Barcelona, Bellaterra, 2015.