

# REFORZANDO EL PRINCIPIO DE IGUALDAD: LA ORIENTACIÓN SEXUAL COMO CATEGORÍA SOSPECHOSA EXPRESA EN LA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Lautaro FURFARO <sup>1</sup> y Alejandro FERNÁNDEZ <sup>2</sup>

## I. Introducción

El propósito de este ensayo es analizar el principio de igualdad receptado en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires reforzado por una inédita cláusula constitucional en el Derecho argentino: *la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual*.

El surgimiento de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires obedeció a un contexto de nociones igualitarias más sólidas y enraizadas en el propio debate convencional local. La prohibición de discriminar en razón de la orientación sexual nació, en este orden, de manera expresa y no requiere de una interpretación evolutiva como sucede con otros instrumentos. A partir de la Constitución porteña de 1996 una línea jurisprudencial de los jueces y juezas de la Ciudad de Buenos Aires contribuyó en el avance de este nuevo paradigma de igualdad que reflejó la protección de un sujeto tradicionalmente excluido del acceso a derechos que ostenta el resto de la población.

En adelante, intentaremos reconstruir este proceso normativo y las modalidades de aplicación de la prohibición de discriminar en razón de la orientación sexual de las personas por parte de los jueces y juezas de la Ciudad de Buenos Aires.

---

1 Abogado (UBA). Docente en Derechos Humanos y Garantías, Derecho Constitucional Profundizado (UBA). Prosecretario de Cámara del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

2 Abogado (UBA). Relator del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

## II. La prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual de las personas en las Constituciones local y nacional

El ideal de la igualdad ha ocupado un lugar central en las discusiones filosóficas, y existe una extensa bibliografía que intenta definir su significado<sup>3</sup>. La igualdad ha sido el emblema de una infinidad de reclamos, como la distribución desigual de la riqueza entre ricos y pobres, la discriminación racial, la opresión a la mujer, el antisemitismo, la aversión a las personas del colectivo de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex, entre otras formas de odio y discriminación.

Una forma de conceptualizar la igualdad que presenta un punto de convergencia entre la amplia gama de teorías es lo que Jeremy WALDRON denominó “igualdad básica” en *Basic Equality*, esto es, *la idea de que todos los seres humanos somos moralmente iguales*. La igualdad básica rechaza que se efectúen discriminaciones que asignen un mayor valor a un grupo de personas o que se determine la inferioridad de una persona o grupo. La igualdad básica sólo es negada por postulados manifiestamente discriminatorios (como proponen las corrientes extremistas como el antisemitismo, el ra-

---

3 Algunas discusiones sobre el ideal de la igualdad pueden verse en: WALDRON, Jeremy, *Basic equality*, NYU School of Law, Public Law Research Paper, número 08-06. RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica México, 2011, pp. 67 y sigs. ALEGRE, Marcelo, MONTERO Julio y MONTI, Ezequiel, “Igualdad”, en *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. 2, Capítulo 45, pp. 1595-1637. HELLMAN, Deborah y MOUREAU, Sophia, *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford University Press, United Kingdom, 2013. NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2007. FISHKIN, James, *Justice, Equal Opportunity and the Family*, Yale University Press, New Haven, 1983. SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2016. ALEGRE, Marcelo y GARGARELLA, Roberto, *El Derecho a la Igualdad*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007. FISS, Owen, *Affirmative Action as a Strategy of Justice*, Yale Law School Legal Scholarship Repository, Faculty Scholarship Series, 1997. Paper 1322. WASSERTROM, Richard, Racism, “Sexism and Preferential Treatment: an approach to the topics”, *UCLA Law Review* 24, 1977, pp. 581-622. DWORKIN, Ronald, “La discriminación inversa”, en *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2010, 327-348. FRASER, Nancy, “Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation”, *The Tanner Lectures on Human Values*, Stanford University April 30-May 2, 1996, pp. 30 y sigs.

cismo, el sexismo o misoginia, la homofobia, entre otras formas de intolerancia) <sup>4</sup>.

El concepto de igualdad básica tiene su correlato en la formulación clásica del principio de igualdad constitucional que exige al Estado el deber de asignar igual consideración y respeto a las personas sometidas a su jurisdicción. El principio de igualdad ha sido receptado en muchos textos constitucionales, ejemplos de su raigambre constitucional encontramos en la Constitución Nacional en su artículo 16 y en la Décimo Cuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, entre muchas otras normas que ofrece el Derecho Comparado <sup>5</sup>.

El derecho a la igualdad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires está receptado en dos piezas constitucionales, el artículo 11 de la Constitución de la Ciudad y el artículo 16 de la Constitución Nacional. A su vez, en la Constitución Nacional, el derecho a la igualdad fue reforzado con la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos -artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo II de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros instrumentos-.

En el Sistema Interamericano, cuyos instrumentos jurídicos principales, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ingresaron con jerarquía constitucional con la reforma de 1994, el principio de igualdad es de tal importancia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha definido como una norma imperativa del Derecho internacional o *jus cogens* en su *Opinión Consultiva 18 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* <sup>6</sup>. Este tipo de normas tienen la máxima jerarquía

---

4 ALEGRE, Marcelo, MONTERO Julio y MONTI, Ezequiel, "Igualdad", cit.

5 FURFARO, Lautaro, "Comentario sobre la definición de igualdad", en *Diccionario del Defensor del Pueblo*, en prensa.

6 Cfr. Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

en el Derecho internacional, siendo imperativas para la comunidad internacional <sup>7</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos destacó que el principio de igualdad y no discriminación se desprende de la unidad de la naturaleza del género humano y es inherente a la dignidad de las personas, razón por la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un grupo, conduzca a tratarlo con privilegio y, a la inversa, por considerarlo inferior, se lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación <sup>8</sup>.

La primera parte de la Constitución Nacional contiene los derechos y garantías. Su artículo 16 recoge el principio de igualdad ante la ley. Dicha norma protege de modo genérico “*la igualdad de todas las personas ante la ley*”. Tradicionalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación comprendió que dicha norma receptaba un concepto de igualdad formal <sup>9</sup>. En tal sentido, la CSJN, sostuvo reiteradamente que “[l]a igualdad consiste en que todos

---

7 El art. 53 de la Convención de Viena reza: “[e]s nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. En relación al concepto de norma imperativa, la propia CDI, que otrora elaboró el proyecto de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, sostuvo que las obligaciones que establecen las normas *jus cogens* “(...) surgen de aquellas normas sustantivas de conducta que prohíben lo que ha venido a considerarse intolerable por la amenaza que presenta a la supervivencia de los Estados y de sus pueblos y de los valores humanos más fundamentales”. Cf. ONU, CDI, *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, “Proyecto de artículo sobre la responsabilidad de los Estados”, comentario del artículo 40, párr. 3, *quincuagésimo sexto período de sesiones* (A/56/10), pág. 283.

8 Cf. Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 45 y *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 55.

9 Para un análisis exhaustivo de esta jurisprudencia y su posterior evolución, ver: SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*

*los habitantes del Estado sean tratados del mismo modo siempre que se encuentren en idénticas condiciones, de forma tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias*<sup>10</sup>. Esta noción de igualdad formal proscribía el trato arbitrario del Estado hacia las personas.

A los efectos de analizar la constitucionalidad de las normas que efectúan distinciones, Roberto SABA propone un encuadre de la discusión normativa que permite distinguir dos visiones del principio de igualdad (formal y material). Una interpretación modesta, más cercana al pensamiento liberal clásico, de tipo individualista, comúnmente llamada igualdad formal, asigna al principio de igualdad un sentido limitado a la prohibición de discriminaciones o distinciones arbitrarias por parte del Estado<sup>11</sup>. Roberto SABA sostiene que dicho estándar interpretativo del derecho constitucional a la igualdad de trato ante la ley no ofrece una solución para todos los casos de diferenciaciones por parte del Estado pues nada dice sobre las distinciones que se encuentran permitidas por el artículo 16 de la Constitución Nacional<sup>12</sup>. Por ello, se requiere un segundo estándar que prescriba que esas circunstancias “*deben ser razonables*”, entendiendo dicha noción como funcionalidad entre el fin buscado por la norma y el criterio escogido para justificar el trato diferente<sup>13</sup>. Esta versión del significado de igualdad ante la ley exige un doble juicio: por un lado, es necesario definir cuál es el fin perseguido por la norma y, además, requiere una relación de funcionalidad entre el criterio elegido y el fin buscado<sup>14</sup>. Asimismo, a dicho examen debe agregarse que existen motivos prohibidos de distinción, es decir,

---

10 CSJN: “Cnel. Horacio P. Ballester y Cnel. Augusto B. Rattenbach interponen rec. de hábeas corpus en favor del Cnel. José Luis García” 29/06/1989.

11 SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*

12 SABA, Roberto, “Desigualdad estructural”, en ALEGRE, Marcelo, y GARGARELLA, Roberto, *El Derecho a la Igualdad*, p. 171.

13 SABA, Roberto, “Desigualdad estructural”, en ALEGRE, Marcelo, y GARGARELLA, Roberto, *El Derecho a la Igualdad*, p. 173.

14 SABA, Roberto, “Desigualdad estructural”, en ALEGRE, Marcelo, y GARGARELLA, Roberto, *El Derecho a la Igualdad*, pp. 173/174.

categorías que *a priori* nunca podrían ser motivos razonables de diferenciación salvo que exista un fin imperativo o sustancialmente importante que justifique la distinción<sup>15</sup>. Estos motivos son los que nuestra legislación denomina motivos prohibidos de discriminación o la jurisprudencia de los Estados Unidos llama “*categorías sospechosas*”.

Las categorías sospechosas exigen un escrutinio estricto de constitucionalidad que requiere a los jueces presumir la inconstitucionalidad de las normas y de los actos fundados en motivos prohibidos de discriminación y la inversión de la carga de la prueba a cargo de quien realiza la distinción en demostrar la validez de la norma o acto<sup>16</sup>.

Laura SALDIVIA identifica tres características que suelen reunir las categorías sospechosas para gozar de protección judicial: *i.* Se fundan en rasgos permanentes de las personas, de los cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad. *ii.* Han estado históricamente sometidas como grupo a patrones de valoración cultural que tienden a denostarlas. *iii.* No constituyen *per se* criterios sobre cuya base sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales<sup>17</sup>. Creemos que la orientación sexual reúne estas condiciones. A esta misma conclusión ha arribado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su demanda ante la Corte IDH por el caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile” al establecer

---

15 SABA A, Roberto, “Desigualdad estructural”, en ALEGRE, Marcelo, y GARGARELLA, Roberto, *El Derecho a la Igualdad*, pp. 174 y 175.

16 SALDIVIA, Laura, “Categorías sospechosas, flexibles y contextuadas”, en GARGARELLA, Roberto (Coordinador), *La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

17 SALDIVIA, Laura, “Categorías sospechosas, flexibles y contextuadas”, cit., p. 37. Creemos que la orientación sexual reúne estas tres condiciones. En primer lugar, la orientación sexual es de carácter innato, es un rasgo personal de las personas que ningún ente externo puede modificar. En segundo lugar, tanto a nivel teórico como judicial, se ha reconocido que las personas homosexuales configuran un grupo tradicionalmente discriminado. En tercer lugar, la orientación sexual de las personas no es un dato que pueda utilizarse para cercenar los derechos constitucionales.

que la orientación sexual es una categoría sospechosa de discriminación<sup>18</sup>.

La CSJN no ha elaborado una teorización robusta de escrutinio estricto frente a categorías sospechosas de discriminación, los únicos casos en que los jueces supremos discutieron tímidamente a favor de una mayor intensidad en el examen de constitucionalidad de una norma han sido los casos relativos al origen nacional de los litigantes<sup>19</sup>. En palabras de Roberto SABA “(...) el principio de igualdad ante la ley, según esta interpretación que le ha dado la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, refleja lo que alguna doctrina ha denominado el principio de no discriminación, según el cual la igualdad de trato ante la ley se encontrará violada siempre que no sea posible superar el test de razonabilidad, test que algunas categorías (las sospechosas), se presume, a priori, no pueden superar”<sup>20</sup>. Esta noción de igualdad como no discriminación, impide que las decisiones estatales se realicen sobre la base de prejuicios, estereotipos o ideas estigmatizantes de grupos de personas y propone que el Estado sea “ciego” ante cierto tipo de características o categorías sospechosas de discriminación (vgr. a modo de ejemplo: nacionalidad, género, etnia, condición socioeconómica, identidad de género, creencias religiosas y orientación sexual, entre muchas otras).

El problema en el artículo 16 de la Constitución Nacional es que no contiene una enumeración de motivos prohibidos de discriminación. En dicha cláusula, la orientación sexual no aparece como un motivo literal de prohibición de discriminación. Por ello, la prohibición de la discriminación motivada en la orientación sexual requiere de una interpretación constitucional.

Nadie dudaría de que en el orden federal y provincial el principio de igualdad protege a las personas ante discriminaciones arbitrarias en razón de su orientación sexual. Sin embargo, no siempre

---

18 Cfr. CIDH, Demanda ante la Corte IDH por el caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, 17/09/2010, párrs. 90 y sigs.

19 SALDIVIA, Laura, “Categorías sospechosas, flexibles y contextuadas, cit., p. 41.

20 SABA, Roberto, “Desigualdad estructural”, en ALEGRE, Marcelo, y GARGARELLA, Roberto, *El Derecho a la Igualdad*, p. 177. Con cita de FISS, Owen, *Una comunidad de iguales*, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2000.

hubo consenso en cuanto a dicha prohibición. Sucede que, a diferencia de la Constitución local, la cláusula de igualdad prevista en el artículo 16 de la Constitución de la Nación y las normas sobre igualdad y no discriminación de los Tratados internacionales receptados por el artículo 75 inciso 22 de dicha norma no contienen una regla expresa que prohíba los actos y las normas intolerantes hacia la orientación sexual de las personas.

La inexistencia de una norma expresa en la Constitución Nacional que proteja la orientación sexual de las personas hizo posible que, pese a la protección de todas las personas ante la ley del artículo 16, la Corte Suprema de la Nación convalidara formas extremas de intolerancia, incluso luego del retorno de la democracia, como la denegación de la personería jurídica a la Comunidad Homosexual Argentina, por considerar que la defensa jurídica de la homosexualidad afectaba el bien común <sup>21</sup>.

Luego, la interpretación de la CSJN se modificó con el caso “ALITT” de 2006 <sup>22</sup>. Contribuyó decisivamente en el viraje hacia una interpretación de la igualdad más robusta el ingreso del Derecho internacional de los derechos humanos con la reforma de 1994 y la propia interpretación de sus órganos de interpretación.

Por ejemplo, con el caso “AtalaRiffo y Niñas vs. Chile”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció, por vez primera en una sentencia de fondo en el Sistema Interamericano, que la orientación sexual de las personas se encuentra protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que ningún Estado puede discriminar a las personas por este motivo ni perpetuar la discriminación histórica que este grupo padece <sup>23</sup>. Lo notable es que, en ambas interpretaciones robustas del principio de igualdad, la del artículo 16 de la Constitución Nacional y la del artículo 1.1 de la Convención Americana, se requirió un tipo de interpretación no *originalista* sino, más bien, dinámica o evolutiva para

---

21 CSJN: “Comunidad Homosexual Argentina c/Resolución Inspección General de Justicia”, 22/11/1991.

22 CSJN: “Asociación Lucha por la Identidad Travesti -Transexual c/Inspección General de Justicia”, 21/11/2006.

23 Corte IDH: “AtalaRiffo y Niñas vs. Chile”, 21/11/2012. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas.

adecuar la noción clásica de igualdad <sup>24</sup>. Sería difícil pensar que los constituyentes de la Constitución Nacional en 1853 o los redactores de la Convención Americana en la década del sesenta del siglo XX tenían en miras la protección de las personas contra la discriminación por orientación sexual.

### III. La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires

A diferencia de la Constitución Nacional, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires contiene una cláusula expresa que protege la orientación sexual y la identidad de género de las personas.

*i. La prohibición de discriminar por orientación sexual en el texto escrito*

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires trajo una innovación normativa que la Constitución Nacional de 1853, ni los convencionales de la reforma de 1994, anticiparon: la prohibición de la discriminación fundada en la orientación sexual de las personas.

El artículo 11 de la norma constitucional local estableció desde sus orígenes que todas las personas son iguales ante la ley y reconoce y garantiza “*el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones [de] orientación sexual (...) cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo*”. Dicha norma es el producto de un

---

24 Existen varias modalidades de asignar sentido a la Constitución. Este problema admite, al menos, dos posibles variantes: *originalismo* y *contextualismo*. Uno de los exponentes más relevantes de la primera técnica de interpretación, Antonin SCALIA, sostuvo que el rol de los tribunales al interpretar la Constitución es focalizar en el pensamiento original que se plasmó en el texto normativo desechando la idea de “normas vivas”. Por otra parte, otros autores, como Akhil Reed AMAR, sostienen, desde el contextualismo, que los textos normativos son vacíos si no se analiza el contexto, porque la interpretación constitucional exige analizar las normas según la evolución de los tiempos y su contexto. Ver: SCALIA, Antonin, “Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws”, The Tanner Lectures on Human Values, Princeton University, 1995, p. 112 y AMAR, Akhil Reed, “Rethinking Originalism: Original intent for liberals (and for conservatives and moderates, too)”, 2005. En [http://www.slate.com/articles/news\\_and\\_politics/jurisprudence/2005/09/rethinking\\_originalism.html](http://www.slate.com/articles/news_and_politics/jurisprudence/2005/09/rethinking_originalism.html). (Revisado por última vez el 13/10/2017).

proceso anterior de evolución normativa que no significa que con anterioridad a la Constitución de la Ciudad la discriminación hacia las personas homosexuales estuviera permitida <sup>25</sup>.

La cláusula utiliza expresiones que permiten afirmar que la noción de igualdad que postula no sólo protege de tratos arbitrarios, sino que también refleja el compromiso de la Constitución local con una igualdad sustancial más robusta <sup>26</sup>. Una de esas expresiones es el rechazo de discriminaciones que tiendan a “*la segregación (...) por razones de orientación sexual*”. La Ley Fundamental local enlaza al concepto clásico de igualdad con la protección contra todo tipo de segregación o medidas que posicionen a una persona o grupo en desventaja en razón de la orientación sexual. Es claro, aunque la norma literalmente no lo establezca, que su finalidad es la protección de aquellas sexualidades históricamente discriminadas por no coincidir con la preferencia sexual mayoritaria, la heterosexual. Dicha conclusión se desprende de los debates convencionales y de la experiencia jurisprudencial local que constituyó a dicha norma en una práctica que logró rupturas radicales con un ordenamiento jurídico que negaba iguales derechos a las personas en función de su sexualidad.

#### *ii. Los debates convencionales*

El debate que se desarrolló en el seno de la Convención Constituyente acerca del artículo 11 incluyó algunas referencias a la orientación sexual como categoría de discriminación.

En primer lugar, el convencional Santa María puntualizó la distinción entre la igualdad y lo que el proyecto del artículo 11 consagraba: el derecho a ser diferente. Esta norma no ponía el acento en la igualdad sino en la dignificación de la diferencia como factor de enriquecimiento social. No aspiraba a garantizar la tolerancia, entendida como soportar algo que nos es desagradable, sino la aceptación, es decir, la valorización de lo distinto y su incorporación a lo propio, sin temer la fusión.

---

25 Por ejemplo, el decreto 2184 de la Provincia de Río Negro reconoció el derecho a la orientación sexual de las personas, como derecho innato implícito en la Constitución provincial.

26 SABA, Roberto, “El principio de igualdad en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires” en BASTERRA, Marcela (dir), *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires: edición comentada*, Jusbaire, Buenos Aires, 2016, p. 109.

El convencional Ibarra resaltó la inserción de la *orientación sexual* en el texto de este artículo, reprochando que, pese a debatirse ampliamente y existir un gran consenso a su alrededor, este concepto era normalmente excluido. Advirtió, sin embargo, que la aprobación de esta norma lejos iba a estar de modificar la realidad. Su misión era actuar como guía contra todos los factores de discriminación que operaban en la sociedad, entre los que mencionó los edictos policiales, la exclusión laboral y la marginación contra los portadores de VIH.

El convencional Zaffaroni, por su parte, señaló que el artículo 11 no era una simple repetición del principio de igualdad heredado de la Revolución Francesa, sino una fórmula contemporánea que comprendía la diferencia entre igualdad e igualación, que no buscaba la homogeneización social sino la garantía del derecho de ser diferente. En este orden, la mención de la *orientación sexual* era un extraordinario avance, y una respuesta a la difundida discriminación contra aquellos que se apartaban de la heteronormatividad, discriminación en la que los funcionarios policiales -tal como afirmaba Ibarra- ocupaban una posición protagónica.

Las opiniones de estos convencionales muestran los fundamentos de la inclusión de esta categoría. La incorporación de la orientación sexual como categoría prohibida de segregación tuvo como claro objetivo confrontar la desigualdad histórica y estructural que las personas no heterosexuales han padecido.

### *iii. La jurisprudencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires*

La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación ha sido abordada en la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en varios precedentes como un nuevo capítulo en la ampliación de derechos anteriormente negados a las personas que no profesaban la heterosexualidad.

En la célebre causa “Freyre Alejandro contra GCBA sobre amparo (artículo CCABA)”<sup>27</sup>, resuelta el 10 de noviembre de 2009, la Magistrada a cargo del juzgado de primera instancia N° 15, Gabriela

---

27 Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15: “Freyre Alejandro contra GCBA sobre amparo (artículo CCA-BA)”, 10/11/2009.

Seijas, se pronunció declarando la inconstitucionalidad de las disposiciones del Código Civil que excluían a las parejas del mismo sexo de la institución matrimonial <sup>28</sup>.

El caso se originó con una acción de amparo interpuesta con Alejandro Freyre, con el objetivo de compeler al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires a permitirle contraer nupcias con otro hombre con el que mantenía una relación de pareja desde hacía cuatro años.

La Jueza se propuso dilucidar si la prohibición legal de contraer matrimonio -y la consiguiente privación de los beneficios de diversa índole que esta institución conlleva- constituía una medida discriminatoria en perjuicio de las parejas del mismo sexo.

En primer lugar, reconoció que el principio de igualdad establecido en el artículo 16 de la Constitución Nacional aseguraba un trato idéntico en iguales circunstancias, por lo que no prohíbe la formulación de distinciones. La noción de igualdad fue mutando a lo largo del tiempo, y con ello la normativa infraconstitucional que fijaba diferentes supuestos de discriminación, adaptándose a los progresos sociales.

De esta evolución surgió la inclusión de la orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación en el artículo 11 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tal como lo reflejaron los debates en el seno de la Convención.

Considerar a la orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación implica que, siempre que la ley prevea una determinada desigualdad de trato basada en esta clasificación, es el Estado el que correrá con la carga de probar la constitucionalidad de la discriminación, demostrando que tal distinción sirve a un importante objetivo gubernamental y que existe una relación sustancial (no meramente conveniente) entre este objetivo y los medios discriminatorios escogidos. Este argumento debe ser objeto de una estricta valoración por parte del Poder Judicial, asegurándose de que no existen otras alternativas menos lesivas <sup>29</sup>.

---

28 Vale destacar que aún no se encontraba sancionada y vigente la ley 26.618, conocida como ley de matrimonio igualitario.

29 Este razonamiento es una importación de la doctrina del *strict scrutiny* (escrutinio estricto), que la Corte Suprema de los Estados Unidos introdujo en el caso “Korematsu vs. Estados Unidos” (323 U.S. 214).

Las clasificaciones basadas en la orientación sexual no deben tender a perpetuar la posición de inferioridad o desventaja en que se encuentran las personas no heterosexuales, sino que, por el contrario, deben propender a compensar a estos grupos por las postergaciones que han padecido a lo largo de la historia.

La Dra. Seijas finalmente concluyó que, efectivamente, los artículos 172 y 188 del Código Civil importaban un trato discriminatorio basado en la orientación sexual y resultaban, por ende, contrarios al principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional, el artículo 11 de la Ley Suprema local y numerosos Tratados e instrumentos internacionales de Derechos Humanos (v.gr. el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

En “Bernath Damián Ariel contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)”<sup>30</sup>, del 22 de febrero de 2010, fueron reiterados los fundamentos relacionados con el principio de igualdad y no discriminación expuestos por Seijas, aunque se utilizó una técnica distinta para conceder la petición de los amparistas. La Magistrada Elena Liberatori, en vez de declarar la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil, consideró que el caso evidenciaba un vacío normativo (por cuanto se regulaba el matrimonio entre parejas de distinto sexo, pero no del mismo), que debía ser suplido mediante la aplicación analógica, justamente, de estas previsiones del Código.

El Juez de Primera Instancia Guillermo Scheibler adoptó una decisión similar a “Freyre” en los autos “Canevaro Martín y Otro contra GCBA”, del 19 de marzo de 2010.

El Magistrado comenzó por recordar el reconocimiento constitucional de que goza la institución matrimonial en el artículo 20 de la Carta Magna, por el cual se reconoce a los extranjeros el derecho a casarse conforme a las leyes. A esto se suma la protección del matrimonio en diferentes instrumentos internacionales, y su sujeción al principio de no discriminación. Puntualizó, también, la evidente relación existente entre esta institución y la dignidad humana, con arreglo a la lectura que del artículo 33 de la Constitución efectuara la Corte Suprema.

---

30 Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 4: “Bernath Damián Ariel contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)”, 22/02/2010.

Según Scheibler, el artículo 19 de nuestra Ley Suprema consagra el principio de autonomía de la persona, una máxima que no sólo garantiza la intangibilidad de aquellas acciones que se desarrollen en el seno de la privacidad individual, sino de toda actividad que no trascienda la esfera íntima, afectando los derechos de terceros o el orden social. La pretensión de los amparistas de conformar una sociedad conyugal constituye, al entender del Juez, una decisión típicamente íntima y personal. Desde ya aclara que el hecho de que algunos pueda discrepar con esta elección de vida o considerarla contraria a sus costumbres de modo alguno merma su carácter íntimo.

En segundo lugar, la sentencia abordó el argumento sobre el principio de igualdad, ya utilizado en “Freyre”. Comentó que a la igualdad formal del artículo 16 de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados a partir de la reforma de 1994 añadieron la igualdad real, que obliga al Estado a adoptar las políticas necesarias para eliminar las desigualdades sociales. De la combinación de los principios de igualdad y no discriminación surgió el constructo pretoriano de las categorías sospechosas: un conjunto de clasificaciones cuyo empleo en la ley hace surgir una presunción de ilegitimidad que el Estado tendrá que rebatir con sólidos argumentos, demostrando que se trata del medio menos restrictivo disponible para alcanzar un vital objetivo público. En este orden, el fallo retomó la línea de Seijas en “Freyre”.

La Corte Suprema expresó en los fallos “Hoofi” y “Gottschau” que estas categorías deben buscarse en la misma Constitución o en los Tratados internacionales de derechos humanos. La orientación sexual como supuesto de discriminación se encuentra explícitamente enunciada en el artículo 11 de la Constitución de la CABA, y se infiere de una lectura orgánica de numerosos instrumentos internacionales (v.gr. el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo II de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre).

Formulada esa doctrina, el Juez luego procedió a determinar si la prohibición de matrimonio respecto de las parejas del mismo sexo está justificada por algún fin legítimo, apoyándose en los argumentos que más comúnmente se esgrimían en su contra.

Sobre la supuesta función reproductiva del matrimonio, afirmó que no tendría sentido excluir a las parejas del mismo sexo cuando al mismo tiempo se permite que contraigan nupcias las personas

que no tienen la voluntad o la capacidad biológica de concebir hijos. Aun siendo ése el caso, no es posible constatar una proporción entre la mentada prohibición y el fin perseguido; resultaría absurdo asumir que permitir los matrimonios entre personas del mismo sexo podría de alguna forma conducir al engendramiento de menos hijos.

Tampoco es válido invocar como argumento la protección de la familia, ya que las personas con diversa orientación sexual también conforman familias con un derecho constitucional y supranacional de tutela. El matrimonio, lejos de menguar la protección sobre las familias “tradicionales”, extiende este resguardo a otros modelos de comunidad familiar.

Luego, descartó las reservas acerca de la aptitud de la pareja para adoptar, debido a que sus miembros se encuentran ya individualmente en condiciones de adoptar un hijo conforme a la ley vigente.

Rechazó también los motivos basados en la religión, ya que el Estado argentino, siendo laico, no puede imponer legislativamente a sus ciudadanos los principios de determinado culto, aunque sea mayoritario.

Por último, desechó los argumentos relacionados con la “ancestralidad” de la institución matrimonial, alegando que ningún instituto jurídico es constitucionalmente válido por el simple hecho de ser antiguo.

En la causa “V. A. F. y otros contra GCBA”<sup>31</sup>, del 26 de junio de 2011, las actrices Andrea F. V. y Susana A. C. habían promovido, por sí y en representación de su hijo menor de edad, una acción de amparo contra el Registro Civil, a fin de que se dejara sin efecto la disposición por la cual se negaba a inscribir a ambas como madres en la partida de nacimiento del niño.

La madre gestante había sido Andrea, pero ambas habían estado presentes durante el proceso de fertilización asistida, logrado mediante una donación anónima de semen. Andrea dio a luz en el año 2005, y ambas contrajeron matrimonio en 2010.

Puntualizaron que, no habiendo impedimento para que, en el marco de relaciones heterosexuales, la pareja de la madre pudiera reconocer como propio al hijo nacido a partir de una donación de

---

31 Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15: “V. A. F. y otros contra GCBA”, 26/06/2011.

semen, la negación en este caso no se fundaba en otra cosa más que en la orientación sexual de las accionantes.

La Jueza Seijas, al hacer lugar a la petición incoada, sostuvo que la ley 26.618, que eliminó la diversidad de sexo como requisito del matrimonio, incluyó, en el artículo 172, una cláusula genérica por la cual se exige reconocer a todos los contrayentes iguales derechos y obligaciones, sean del mismo o de distinto sexo, y aplicar de idéntico modo todas las normas relativas a la institución matrimonial.

Dado que las parejas homosexuales no pueden procrear, la filiación adquiere necesariamente en ellas una naturaleza no biológica sino volitiva. La legislación ya ha reconocido el parentesco derivado de técnicas de fertilización artificial -aun a falta de vínculo genético- privilegiando la voluntad o decisión procreacional de los padres. Este reconocimiento a favor de las parejas heteroparentales, no puede negarse a las homoparentales.

La adopción no resulta una opción viable en un caso como éste ya que, en su forma plena, implica una extinción de los lazos de parentesco con la familia biológica, y en su forma simple -adopción del hijo del cónyuge- conlleva un vínculo meramente bilateral, sin incorporar al adoptado a la familia del adoptante.

#### IV. Conclusión

En estas líneas, destacamos que en el ordenamiento jurídico local de la Ciudad de Buenos Aires la prohibición a la discriminación en razón de la orientación sexual es expresa en el artículo 11 de la Constitución local.

A diferencia de esta norma, la igualdad constitucional prevista en el artículo 16 de la Constitución Nacional ha sufrido las oscilaciones entre interpretaciones intolerantes de las minorías sexuales (caso “CHA”) y otras más protectoras de una igualdad más robusta de las personas no heterosexuales (caso “ALITT”).

Asimismo, demostramos que la inclusión de la prohibición a la discriminación en función de la orientación sexual fue un capítulo fructífero de los debates de los convencionales de 1996 quienes decidieron incluir de manera explícita a este motivo como categoría sospechosa en el orden jurídico local.

Finalmente, reconstruimos los principales argumentos de algunos precedentes del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires: “Freyre”, “Bernath”, “Canevaro” y

“F.A.V.”. Estos casos muestran una batería de respuestas judiciales en supuestos en donde estaba en juego el derecho a la igualdad de las personas por distinciones basadas en su orientación sexual. En todos ellos se evidencia un criterio muy exigente por parte de los jueces ante diferenciaciones que portaban un claro motivo prohibido de discriminación, la orientación sexual.

La jurisprudencia del fuero ha avanzado al definir los contornos de la igualdad de la Constitución local al establecer la inconstitucionalidad de las normas que transgredieron una explícita prohibición. Ante un trato desigual concreto motivado en la orientación sexual (*v.gr.* el impedimento a contraer matrimonio a parejas homosexuales) los jueces han esbozado un análisis sobre la validez de las normas más estricto que permitió reforzar, en línea con la Constitución de la Ciudad, el derecho a la igualdad.