

Este artículo fue publicado en:

Roberto Saba, "(Des)igualdad Estructural", en Jorge Amaya (ed.), *Visiones de la Constitución, 1853-2004*, UCES, 2004, pp. 479-514

Roberto Saba, "(Des)igualdad estructural", en *Revista Derecho y Humanidades* N°11, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2005.

Roberto Saba, "(Des)igualdad estructural", en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

(DES)IGUALDAD ESTRUCTURAL

Por Roberto Saba¹

El 6 de diciembre de 1810, Mariano Moreno proyectó un decreto que luego sancionaría la Primera Junta según el cual “la libertad de los pueblos no consiste en palabras, ni debe existir en los papeles solamente. Cualquier déspota puede obligar a sus esclavos a que canten himnos de libertad, y este canto maquinal es muy compatible con las cadenas y opresión de los que lo entonan. Si deseamos que los pueblos sean libres, observemos religiosamente el sagrado dogma de la igualdad”². El principio expresado en este decreto fue antecedente del art. 1ro, Capítulo V y del artículo 5to del Capítulo XIV del Proyecto de Constitución para las Provincias del Río de la Plata de 1812³; del art. 8vo

¹ Abogado (Universidad de Buenos Aires), Master en Derecho (Universidad de Yale). Profesor de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos en las Universidades de Buenos Aires y de Palermo. Director Ejecutivo de la Asociación por los Derechos Civiles, Buenos Aires, Argentina (www.adc.org.ar). Agradezco a Marcelo Alegre, Martín Böhmer, Roberto Gargarella, Daniel Lago, Mariela Puga, Fernando Racimo, Laura Saldivia y Sebastián Schwartzman por sus comentarios al manuscrito de este ensayo. También agradezco a los estudiantes y profesores participantes del Coloquio sobre Derecho, Moral y Política del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, que dirige el profesor Alegre, por la riqueza de sus preguntas y observaciones, y a los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en particular a Claudio Ruiz, por los productivos intercambios que me permitieron repensar algunos aspectos de este trabajo en el marco de la Congreso Estudiantil de Derecho y Teoría Constitucional organizado por ellos en Santiago en agosto de 2003. Finalmente, les estoy agradecido a Micaela Alterio y a Carlos Rosenkrantz por una estimulante conversación que terminó de convencerme de la necesidad de escribir estas líneas.

² Citado en Jonathan Miller, María Angélica Gelly y Susana Cayuso, *Constitución y derechos humanos*, Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 1524. Para una reseña histórica sobre el principio de igualdad en los orígenes de nuestra historia constitucional, ver este volumen en pp. 1523 a 1528.

³ Capítulo V, artículo 1ro: “Todos los ciudadanos gozan de igualdad ante la ley..., bajo la inmediata protección de las leyes”.

Capítulo XIV, artículo 5to: “...no podrá [el Congreso] conceder títulos de nobleza”.

del Capítulo II del Proyecto de la Sociedad Patriótica⁴; del Decreto del 12 de marzo de 1813, las Leyes del 21 de mayo y del 13 de agosto de 1813, todos sancionados por la Asamblea General Constituyente reunida ese año⁵. Finalmente, el principio fue receptado por el proyecto de Constitución de Juan B. Alberdi de 1853 y cristalizado en el artículo 16 de la Carta Magna⁶. En aquella afirmación de Moreno se hace referencia a una idea de igualdad que construida sobre el rechazo del sometimiento de esclavos por déspotas. Moreno entendía la igualdad como principio opuesto a la opresión y a la imposición de cadenas visibles o invisibles. La intuición fuerte del revolucionario de Mayo, no reflejaba la tantas veces aludida tensión entre libertad e igualdad. La igualdad de la que nos hablaba Moreno no se contradecía con la idea de libertad sino que se encontraba estrechamente vinculada a ella. La igualdad entendida como inexistencia de opresión, sometimiento o, usando un lenguaje más moderno, exclusión, alude al imperativo moral de una igual libertad como precondition de la autonomía de las personas.

En 1958, Isaiah Berlin, uno de los pensadores liberales más importantes del siglo XX, distinguido internacionalmente por haber dedicado su vida a la defensa de los derechos civiles, ofreció una Conferencia Inaugural en la Universidad de Oxford, donde fue profesor hasta su muerte en 1997. En ella, sin saberlo, claro, coincidió con aquella visión de la igualdad que Moreno presentó en su proyecto de decreto un siglo y medio antes. Allí, Berlin propone su teoría acerca de la existencia de una libertad positiva que, lejos de limitarse a la idea de libertad entendida como no-injerencia estatal en las decisiones de las personas (libertad negativa), se funda en la necesidad de que éstas participen en igualdad de condiciones de la empresa colectiva del autogobierno:

“A mí me parece que lo que preocupa a la conciencia de los liberales occidentales no es que crean que la libertad que buscan los hombres sea diferente en función de las condiciones sociales y económicas que éstos tengan, sino que la minoría que la tiene la haya conseguido *explotando* a la gran mayoría que no la tiene o, por lo menos, despreocupándose de ella. Creen, con razón, que si la libertad individual es un último fin del ser humano, nadie puede privar a nadie de ella, y mucho menos aún deben disfrutarla a expensas de otros. Igualdad y

⁴ Capítulo II, Artículo 8: “La igualdad consiste en que la ley –bien sea preceptiva, penal o aflictiva—es igual para todos y asiste igualmente al poderoso que al miserable, para la conservación de los derechos que cada uno disfruta”.

⁵ El decreto del 12 de marzo de 1813 dio por extinguida la mita, las encomiendas, el yanaconazgo y el servicio personal de los indios a las iglesias, sus párrocos y ministros. En él se estableció que los indios debían ser tenidos por “...hombres perfectamente libres y en igualdad de derechos a todos los demás ciudadanos que pueblan [las provincias unidas] debiendo imprimirse y publicarse este soberano decreto en todos los pueblos de las mencionadas provincias, traduciéndose fielmente en los idiomas guaraní, quechua y aymará, para la común inteligencia”. Ver Helio Zarini, *Constitución de la Nación Argentina. Aportes para el estudio de derecho e historia constitucionales*, 2da edición ampliada, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 36, citado por Jonathan Miller en *Constitución y derechos humanos*, Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, p. 1525.

⁶ Artículo 16 de la Constitución Nacional: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”

libertad, no tratar a los demás como yo no quisiera que ellos me trataran a mí, resarcimiento de mi deuda a los únicos que han hecho posible mi libertad, mi prosperidad y mi cultura; justicia en su sentido más simple y más universal: estos son los fundamentos de la moral liberal.”⁷

De un modo que nos deja perplejos, Berlin se acerca sorprendentemente a Moreno, incluso en el ejemplo: “‘El Triunfo del despotismo es forzar a los esclavos a declararse libres.’ Puede que no sea necesaria la fuerza, puede que los esclavos proclamen su libertad sinceramente; pero por eso no son menos esclavos. Quizá para los liberales el valor principal de los derechos políticos —‘positivos’—, de participar en el gobierno, es el de ser medios para proteger lo que ellos consideraron que era un valor último: la libertad individual ‘negativa’”.⁸

Berlin, confrontando con la idea de libertad individual defendida por John Stuart Mill⁹, sostiene que la libertad de las personas incorpora el dato de la pertenencia a un colectivo libre de autodeterminarse, en eso consiste el régimen democrático de gobierno. De todos modos, y para ser justo con Mill, esta visión individualista de la libertad (y de la igualdad) no encuentra correlato en el reconocimiento de la dimensión “social” de la libertad de expresión que se pone de manifiesto cuando Mill reconoce que, en verdad, ese derecho podría ser mejor descrito como el derecho a la “libertad de discusión”¹⁰.

A 193 años de aquella aspiración igualitaria de la revolución de mayo y a 150 años de la sanción de nuestra Constitución originaria depositaria final de ella, Argentina enfrenta la peor situación de su historia en cuanto a la posibilidad de que millones de nuestros compatriotas puedan ejercitar la mayoría de sus derechos más elementales y, entre ellos, los instrumentalmente vitales derechos políticos que son consecuencia directa de la posibilidad de acceder a una mínima educación, alimentación o atención sanitaria. Para la gran mayoría de ellos, parafraseando a Moreno y a Berlin, la libertad sólo “consiste en palabras”.

En este punto, es preciso hacer una aclaración sobre las limitadas aspiraciones de este ensayo a fin de intentar evitar ser malinterpretado. Si bien no creo correcto definir el alcance de un trabajo “por la negativa”, ciertas características alcanzadas por el debate sobre pobreza y desigualdad en nuestro país me obligan a hacerlo. En este trabajo no me referiré a la distinción entre la igualdad formal y la igualdad de hecho. No es mi intención llamar la atención sobre un tema tan discutido. En estas líneas sólo intentaré proponer un nuevo marco para discutir la “igualdad ante la ley” que establece la Constitución Nacional. Un encuadre de la discusión que nos permita distinguir entre dos visiones de la igualdad. Una, más cercana a la del pensamiento liberal clásico, de cariz *individualista* y que ha dominado la (a mi modesto entender, poca) discusión sobre el principio de

⁷ Isaiah Berlin, “Dos conceptos de libertad”, en su libro *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Universidad, Madrid, 1993, p.195. El énfasis es mío.

⁸ *Ibidem*, p. 236.

⁹ John Stuart Mill, *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, Capítulo 1.

¹⁰ Owen Fiss, “A Freedom Both individual and Political”, en David Bromwich and Geroge Kateb (eds.), *John Stuart Mill. On Liberty*, Yale University Press, New Haven, 2003, p.179.

igualdad en Argentina. La otra idea de igualdad, y sobre la cual intentaré atraer la atención de la lectora, se relaciona con una visión de aquélla a la que llamaré *estructural*. De acuerdo con esta perspectiva, resulta relevante la incorporación de datos históricos y sociales que dé cuenta del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática a la que se encuentran sometidos amplios sectores de la sociedad. Esta segunda concepción del principio de igualdad ante la ley, relativamente ausente de la discusión constitucional local – salvo contadas excepciones que emergen en forma aislada en escasas sentencias judiciales y en trabajos de doctrina a los que me referiré –, se apoya en la idea de que el derecho no puede ser completamente “ciego” a las relaciones existentes en un determinado momento histórico entre diferentes grupos de personas. Esta perspectiva recepta la preocupación de Moreno acerca de la posibilidad de que los “déspotas” *sometan* a los “esclavos” (siendo éstas categorías generales que expresan una relación de sometimiento de un grupo por otro) o, siguiendo a Berlin, que la libertad de algunos se logre gracias a la explotación de otros. Afortunadamente, hoy ya no contamos en nuestro país con esclavos y déspotas claramente identificables cuya relación de sometimiento se manifieste de forma explícita. Sin embargo, sí existen en nuestra sociedad grupos que carecen de acceso a ciertos empleos, funciones, actividades, espacios físicos o a la empresa colectiva del autogobierno. Partiré del presupuesto de que estos grupos no se excluyen de esas actividades o prácticas en forma voluntaria y completamente autónoma. En Argentina, no hay prácticamente¹¹ normas que excluyan a las mujeres, los discapacitados, los indígenas, u otros “grupos vulnerables” (como podrían serlo los pobres estructurales, aunque esto merecería mayor discusión) del ejercicio de los derechos a ser elegidos para cargos públicos, de trabajar en la administración pública, del derecho a la educación, a la salud o a la alimentación. Sin embargo, *de hecho*, esos derechos son para ellos “sólo palabras”. Y ello, no como consecuencia de la “desigualdad de hecho”, sino como resultado de una situación de exclusión social o de “sometimiento” de estos grupos por otros que, en forma sistemática y debido a complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias, desplazan a mujeres, discapacitados, indígenas u otros grupos de personas de ámbitos en los que ellos se desarrollan o controlan.

Este ensayo de carácter exploratorio aspira a sugerir una interpretación un tanto diferente del principio de igualdad ante la ley del artículo 16 de nuestra Constitución de aquél que la visión “individualista” le ha dado. Como alternativa propondré una visión “estructural” de la igualdad que, en lugar de tomar como elemento único de juicio la relación de funcionalidad entre la categoría escogida para hacer diferencias y la actividad regulada, considera relevante la situación de la persona individualmente considerada pero como integrante de un grupo sistemáticamente excluido. Además, intentaré demostrar que, a la luz de las modificaciones introducidas en 1994, y en particular en su nuevo artículo 75, inciso 23¹², la visión “estructural” de la igualdad ha sido expresamente

¹¹ Digo “prácticamente” porque en nuestro país afirmar esto de un modo más contundente podría ser un tanto arriesgado, pues uno nunca puede estar positivamente seguro de que no existan normas específicas que establezcan la exclusión de alguno de estos grupos de ciertas actividades. De todos modos, este ensayo apunta a demostrar que esas normas, de existir, serían inconstitucionales.

¹² Artículo 75, Inciso 23 de la Constitución Nacional: “[Corresponde al Congreso] Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la *igualdad real* de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre

incorporada a la Constitución confirmando la intuición de Moreno presente, aunque muchas veces olvidada, en nuestro artículo 16. Esta “relectura” de nuestra Constitución a 150 años de su sanción originaria puede constituirse en una posible respuesta a situaciones individuales y colectivas puestas en mayor evidencia como consecuencia de la crisis social que enfrenta nuestro país en el presente. Esta visión de la igualdad es consistente con una tradición constitucional liberal igualitaria que se inicia en 1810, se refleja en la Carta Magna de 1853 y se perfecciona en la reforma constitucional de 1994.

EL TRATO IGUAL Y EL PRINCIPIO DE NO-DISCRIMINACIÓN

Empecemos por lo básico. El artículo 16 de nuestra Constitución Nacional establece que “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”. Este artículo se complementa con lo establecido por el Preámbulo cuando asegura los beneficios de la libertad “para nosotros, para nuestra posteridad y *para todos los hombres del mundo* que quieran habitar el suelo argentino”. Ambas expresiones normativas dan cuenta de un principio de igual libertad para todos los habitantes de la Nación, el cual reaparece en el artículo 14 cuando establece que “*Todos los habitantes de la Nación* gozan de los siguientes derechos (...)” y en el artículo 20, al reconocer a nacionales y extranjeros los mismos derechos civiles¹³.

Si bien es posible identificar la propuesta constitucional de 1853 con el ideal de igualdad ante la ley expresado en el artículo 16, sin embargo, establecer con claridad el significado de este ideal normativo no es tarea sencilla. Empecemos por descartar posibles versiones de su significado sobre las que parece haber cierto consenso acerca de *no* ser ellas adecuadas. Es claro que el principio de igualdad ante la ley *no* implica un derecho de los habitantes de nuestro país a que el estado¹⁴ no realice *ningún* tipo de distinción en cuanto a la aplicación de la ley. Las leyes que regulan el ejercicio de los derechos, según lo establece el artículo 14 de la Constitución Nacional con los límites que al Congreso le impone el artículo 28¹⁵, *siempre* establecen “tratos diferentes” de las personas. La cuestión no radica en dilucidar si el estado puede o no puede realizar distinciones entre las personas por medio de las leyes que sanciona el Congreso y que reglamenta el Poder Ejecutivo. El interrogante, en verdad, apunta a establecer si existe

derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”. El énfasis es mío.

¹³ El énfasis es mío en ambas referencias al articulado de la Constitución Nacional.

¹⁴ En este artículo me referiré exclusivamente al modo en que el artículo 16 y sus concordantes limitan la acción del estado. No me referiré a las decisiones tomadas por particulares que podrían resultar contrarias a la igualdad ante la ley, aunque las posiciones aquí defendidas son extensibles a esos casos con algunas prevenciones que no se analizarán en este ensayo.

¹⁵ Artículo 28 de la Constitución Nacional: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

posibilidad alguna de identificar cuáles son los criterios que permiten diferenciar las “distinciones” permitidas por nuestra Constitución Nacional de las que no lo son. Veamos un ejemplo: el estado puede establecer un criterio regulatorio del derecho a estudiar según el cuál sólo podrán ingresar a las universidades públicas aquellas personas que hubieren completado sus estudios secundarios. Dificilmente, si hacemos caso aunque más no sea, por ahora, a nuestras intuiciones, podamos sostener que este tipo de distinciones resultarían ser contrarias al ideal de igualdad del artículo 16. Como dije más arriba, no encontrándose prohibida la facultad de hacer distinciones, ésta parecería ser, en principio una distinción que no despierta en nosotros ninguna sensación de rechazo. Sin embargo, ello no parece suceder si el Congreso de la Nación estableciera una regulación del derecho a la educación que distinguiera entre varones y mujeres de modo que reconociera sólo a los primeros el derecho a ingresar a la universidad y prohibiera a las segundas la posibilidad de hacerlo. Muchos de nosotros –espero no pecar de ingenuo–, reaccionaríamos intuitivamente contra este trato diferente como contrario a lo que el artículo 16 permite. Esta intuición sobre la irrelevancia del sexo para realizar distinciones válidas no resulta ser tan excepcional dado que algunas decisiones judiciales de nuestros tribunales y de los de los Estados Unidos, nos acompañan. El juez White, en su clásica decisión en el caso *Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*¹⁶ sostuvo que:

“Las clasificaciones legales realizadas sobre la base del género requieren un estándar más alto de revisión. *Ese factor generalmente no provee ningún fundamento relevante para un trato diferenciado.* ‘Lo que diferencia al sexo de otros criterios no-sospechosos, tales como la inteligencia o la discapacidad física... es que *el sexo frecuentemente no guarda ninguna relación con la habilidad para desempeñarse o contribuir con la sociedad.*’ En lugar de basarse en consideraciones de alguna significancia, las leyes que distribuyen beneficios o cargas entre los sexos de modo diferente muy probablemente *reflejan nociones anacrónicas acerca de las capacidades relativas de hombres y mujeres.* Una clasificación basada en el género no se sostiene a menos que ella se encuentre sustancialmente relacionada con un interés suficientemente importante del gobierno”¹⁷

Como dije más arriba, la igualdad de trato ante la ley establecida en el artículo 16 de la Constitución Nacional no requiere del estado tratar a todas las personas *del mismo modo*. “Tratar igual” no significa “tratar a todos los individuos como si fueran los mismo”, estableciendo una distinción, que cuesta traducir fielmente al español, entre *equality* y *sameness*¹⁸ que sería equivalente a algo así como “trato igual” versus “trato idéntico”. El estado está constitucionalmente facultado a tratar a las personas de modo

¹⁶ 473 U.S. 432 (1985)

¹⁷ *Ibidem*. La traducción y el énfasis son míos.

¹⁸ K. Anthony Appia, “Stereotypes and the Shaping of Identity”, en Robert C. Post et al., *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham, 2003, p. 56. La traducción es mía.

diferente, siempre que ese trato diferente se funde un criterio justificado. Por supuesto, lo que entendamos por “justificado” hace al centro de la discusión sobre esta cuestión y al tema que me preocupa en este ensayo.

De este modo, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha interpretado en numerosas oportunidades desde 1875 que la igualdad de trato ante la ley implica la obligación del Estado de tratar igual a aquellas personas que se encuentren en igualdad de circunstancias¹⁹. Así, en el caso *Caille*²⁰ (1928) ha sostenido que “la igualdad ante la ley establecida por el artículo 16 de la Constitución (...) no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros; de donde se sigue que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los casos ocurrentes, según las diferencias constitutivas de ellos y que cualquier otra inteligencia o excepción de este derecho es contraria a su propia naturaleza y al interés social”. En un sentido similar, en el caso *García Monteavaro c/ Amoroso y Pagano*²¹ (1957), la Corte sostuvo que “la garantía del artículo 16 de la Constitución Nacional no impone una rígida igualdad, pues entrega a la discreción y sabiduría del Poder Legislativo una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando objetos de la legislación, siempre que las distinciones o clasificaciones se basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas”.

En la misma dirección se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, por ejemplo, en el caso *F.S. Royster Guano Co. v. Virginia*²² (1920), cuando sostuvo que “la clasificación debe ser razonable (*reasonable*), no arbitraria, y debe fundarse la diferencia de trato en una relación justa y sustancial entre ella y el objeto buscado por la legislación, de modo que todas las personas ubicadas en circunstancias similares deben ser tratadas del mismo modo”²³. También, en el mismo sentido, esta Corte ha dicho en *Reed v. Reed*²⁴ (1971), que “Cualquier clasificación debe ser razonable (*reasonable*), no arbitraria, y debe descansar sobre algún tipo de base de diferenciación que tenga vinculación, sustancial y justa, con el propósito de la legislación, de manera tal que todas las personas en similares circunstancias sean tratadas de igual forma”. Es preciso destacar que la Corte Suprema de los Estados Unidos distingue aquí entre la razonabilidad (*reasonableness*) de la relación entre la clasificación realizada y el fin buscado (*classifications-ends relationships*), de la “racionalidad” (*rationality requirement*) como principio más amplio y general que se refiere a la relación entre medios y fines y que se vincula con el debido proceso. Si bien ambos principios, el más abarcativo de racionalidad (*rationality*) y el más específico de razonabilidad (*reasonableness*), se encuentran relacionados, no son exactamente lo mismo. Mientras el primero se refiere a la *proporcionalidad de medios a fines*, el segundo indica la necesidad de *no establecer clasificaciones arbitrarias*. Es este último principio el que ambas Cortes

¹⁹ *Fallos*, 16:118

²⁰ *Fallos*, 153:67

²¹ *Fallos*, 238:60

²² 253 U.S. 412

²³ La traducción es mía.

²⁴ 404 U.S. 71. Una versión traducida de este fallo se puede encontrar en Jonathan Miller, María Angélica Gelly y Susana Cayuso, *Constitución y derechos humanos*, Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 1524.

utilizarán para poder establecer un criterio que les permita distinguir los tratos diferentes constitucionalmente permitidos de los prohibidos²⁵.

Si bien el principio de “igualdad de trato en igualdad de circunstancias” parecería proveer de un estándar interpretativo del derecho constitucional a la igualdad de trato ante la ley, lamento señalar que la cuestión no encuentra solución definitiva y completa en él. Este estándar interpretativo sólo ayuda a acercarnos un poco a una respuesta satisfactoria respecto del significado del artículo 16, pero aún resulta relativamente “vacío”. Lo único que parece dejar en claro este criterio de interpretación de la norma es que es posible tratar de modo diferente a las personas siempre y cuando se lo haga en forma homogénea, uniforme y no arbitraria, pero este “principio guía” sigue sin decirnos nada respecto de lo que califica a esa distinción homogéneamente aplicada como una distinción permitida por el artículo 16. Volvamos a nuestro ejemplo hipotético sobre el ingreso a la universidad pública. En él dijimos que la regla que establece que sólo podrán estudiar en la universidad aquellas personas que hubieren completado los estudios secundarios constituiría una distinción válida a la luz del principio de igualdad de trato ante la ley. Ahora imaginemos que se presenta una persona que no completó sus estudios secundarios y que reclama su derecho a ingresar a la universidad requiriendo, para ello, se declare inconstitucional la regulación mencionada. El fundamento de su reclamo se encuentra en lo que ella dirá es su derecho a ser tratada igual que aquellos que sí completaron sus estudios secundarios (entendiendo “trato igual” como “tratar a todas las personas del mismo modo”). Frente a este reclamo, la Corte, ahora armada con su criterio interpretativo, rechazará el reclamo de la quejosa sosteniendo algo así como lo siguiente:

“Igualdad ante la ley” significa “igualdad de trato en igualdad de circunstancias”. En este caso, la “circunstancia” escogida por el Congreso como “relevante” para hacer una distinción fue la de “haber terminado los estudios secundarios”. En este sentido, todas las personas que se encuentren encuadradas en esa “circunstancia” podrán ejercer su derecho a la educación universitaria, mientras que aquellas que no lo estén no podrán hacerlo. Esta distinción no viola, entonces, la igualdad ante la ley. Lo haría, claro está, si se le negara el derecho a estudiar en la universidad a alguien que se encontrara encuadrado en esa “circunstancia”, es decir, si no se le permitiera el ingreso a la universidad a una persona que hubiera completado satisfactoriamente sus estudios secundarios”.

El razonamiento parece impecable. Sin embargo, no lo es. La respuesta hipotética del tribunal no se encuentra dirigida a responder la pregunta que se le plantea. La cuestión central del caso no se refiere a la aplicación “homogénea” o “general” de la norma regulatoria del derecho, sino a la validez constitucional del criterio escogido para hacer la distinción. El razonamiento “parece” correcto porque el criterio escogido para hacer la distinción es demasiado claramente, a primera vista, relevante para el fin que busca la regulación. Tratemos de aclarar este punto con el siguiente caso hipotético que expone más desnudamente el problema al que me refiero. Imaginemos que la regulación

²⁵ Gerald Gunther, *Individual Rights in Constitutional Law*, Fifth Edition, The Foundation Press, New York, 1992, pp. 279-283.

estableciera que, además de tener completos los estudios secundarios, también se impondrá como requisito de ingreso “ser varón”. De acuerdo a la regla de este nuevo ejemplo, el estudio en la universidad pública le estará vedado a las mujeres, incluso cuando hubieran completado sus estudios secundarios satisfactoriamente. Frente a esta regulación, se presenta una mujer que reclama la declaración de inconstitucionalidad de la norma que establece la distinción, por violar el principio de igualdad de trato ante la ley. El Estado, ateniéndose a la estrecha interpretación del principio de “igualdad de trato en igualdad de circunstancias” sostenida hipotéticamente en el ejemplo anterior, podría argumentar que él no ha hecho nada contrario al mandato constitucional entendido de ese modo. En ese sentido, podría argumentar que “todos los que se encuentren bajo esa circunstancia (“ser varón”) gozarán de un trato igualitario, mientras que aquellas que no lo estén, también serán tratadas en forma igualitaria, es decir, no ingresarán a la universidad”. Una vez más, y siguiendo un razonamiento similar al sugerido por el Juez White en el caso *Cleburne*, esta solución no resulta convincente desde que “ese factor [ser mujer] generalmente no provee ningún fundamento relevante para un trato diferenciado”²⁶. El estándar “igualdad ante la ley como igualdad de trato en igualdad de circunstancias” requiere ser completado, si intentamos que sea capaz de responder adecuadamente a situaciones como la del último ejemplo. Es necesario algo más, y ello es una *calificación* de la circunstancia seleccionada como relevante para realizar la distinción que el Estado desea llevar a cabo al regular el ejercicio de un derecho. De este modo, y con la aspiración de perfeccionar el principio de “igualdad de trato en igualdad de circunstancias”, debemos agregar un segundo estándar que prescriba que esas circunstancias *deben* ser razonables, entendiendo por “razonables”, por ejemplo, que ellas guarden una relación de “funcionalidad” o “instrumentalidad” entre el fin buscado por la norma y el criterio o categoría escogido para justificar el trato diferente. Esto es algo similar a lo que la Corte Suprema de los Estados Unidos hace en *Reed v. Reed* cuando sostiene que “cualquier clasificación debe ser razonable, no arbitraria, y debe descansar sobre algún tipo de base de diferenciación que tenga vinculación, sustancial y justa, con el propósito de la legislación, de manera tal que todas las personas en similares circunstancias sean tratadas de igual forma”. Esta idea de “razonabilidad funcional” se asemeja al concepto rawlsiano de razonabilidad “apropiado” para su “posición original”. En este sentido, John Rawls sugiere interpretar esa razonabilidad funcional, en su versión más limitada y estrecha posible, característica de la teoría económica, es decir, “adoptar los medios más efectivos para alcanzar determinados fines”²⁷. En un sentido similar se manifiesta Robert Post cuando, analizando la aplicación del principio de igualdad ante la ley aplicado al caso particular de los contratos de empleo, sostiene que lo que debe justificar los “tratos diferenciados” es la posibilidad, por parte del empleador de argüir una “razón instrumental”. “Desde esta perspectiva –dice Post– los empleados pueden ser

²⁶ 473 U.S. 432 (1985)

²⁷ Ver John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1971. Precisamente, Rawls sostiene que “Moreover, the concept of rationality must be interpreted as far as possible in the narrow sense, standard in economic theory, of taking the most effective means to given ends.”, p. 14. La traducción al español de este párrafo que se incluye en el texto principal es mía.

percibidos meramente como medios para el logro de los propósitos gerenciales del negocio del empleador”²⁸.

Esta versión reformulada del significado de “igualdad de trato ante la ley” requiere de un doble juicio. Por un lado, es preciso establecer cuál es el fin que persigue la norma (en nuestro ejemplo, podría ser, según sostendrían algunos, el de admitir en la universidad personas que hayan recibido el entrenamiento básico necesario para poder pasar a un estadio educativo superior sin el cual éste último no sería posible) y, por el otro, es necesario poder encontrar una relación de “funcionalidad” o “instrumentalidad” entre el criterio escogido (haber completado los estudios secundarios) y el fin buscado (identificar por medio de ese “criterio indicativo” a aquellas personas que podrán efectivamente realizar estudios universitarios). El criterio “haber completado los estudios secundarios” supera este test, mientras que los criterios “ser varón” o “no ser mujer” no lo superan, por ejemplo, por las razones que dio White en el caso *Cleburne*. Siguiendo el argumento de White, no hay modo de poder afirmar que “ser mujer” opera como “criterio indicativo” de “no tener la formación básica necesaria para poder iniciar estudios de nivel superior”²⁹.

Este tipo de razonamiento fue tomado por nuestra Corte Suprema, que, siguiendo a la Corte de los Estados Unidos, ha avanzado incluso un poco más. El máximo tribunal de nuestro país no sólo reconoció que criterios como “ser mujer” no son adecuados para establecer una relación “funcional” con el fin de la regulación (suponemos, “tener la formación adecuada para ingresar a etapas formativas superiores”), sino que ese criterio se percibe *a priori* como irrelevante para *cualquier* relación de funcionalidad o instrumentalidad que podamos imaginar, entendiendo que, en principio, el criterio “ser mujer” o “ser varón” *nunca* superarán el test de razonabilidad en el sentido estrecho que Rawls le asignaría, a menos que el Estado demuestre un “interés estatal urgente o insoslayable”. Digo que ha avanzado un poco más porque ambas Cortes no se detienen al momento de sostener la prescripción de que la categoría en que se funda el trato diferente debe guardar una relación de funcionalidad o de instrumentalidad, sino que establecen *a priori* ciertas categorías que (casi) *nunca* podrán ser consideradas razonables. En este sentido, afirman que sólo sería razonables si se fundaran en prejuicios anacrónicos sobre los roles que le corresponden a mujeres y varones en nuestra sociedad. Reitero la cita de White: “En lugar de basarse en consideraciones de alguna significancia, las leyes que distribuyen beneficios o cargas entre los sexos de modo diferente muy probablemente reflejan nociones anacrónicas acerca de las capacidades relativas de hombres y mujeres.

²⁸ Robert C. Post, “Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law”, en Robert C. Post et al., *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham, 2003, p. 18. La traducción es mía.

²⁹ Esto es así, a menos que se logre demostrar que por razones genéticas o biológicas, las mujeres no se encuentran “naturalmente equipadas” para realizar este tipo de estudios, lo cual resulta inadmisibles. Sin embargo, no olvidemos que han habido intentos semejantes impulsados por autores racistas tales como el que surge del libro *The Bell Curve: Intelligence and Class Structure in American Life*, de Richard J. Herrnstein and Charles Murray (Oxford University Press, New York, 1994). Para una crítica a estas posiciones asociadas con el determinismo genético, ver Orlando Patterson, *The Ordeal of Integration*, Civitas Counterpoint, Washington D.C., 1998, especialmente el Capítulo 4: “For Whom the Bell Curves: The Intellectual and Cultural Contradictions of Genetic Determinism”, p.125-145.

Una clasificación basada en el género no se sostiene a menos que ella se encuentre sustancialmente relacionada con un interés suficientemente importante del gobierno”.³⁰

En los casos *Repetto*, *Inés María c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad de normas legales*³¹ y *González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba*³², a partir de los votos de los Jueces Enrique Petracchi y Jorge Bacqué, la Corte no sólo ha adherido a esta idea de “categorías no razonables por no funcionales” sino que ha empezado a identificar algunas categorías que, en principio, *nunca* parecen ser razonables o son irrazonables *a priori*. Ellas son similares a lo que la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de los Estados Unidos han denominado “categorías sospechosas”³³. El derivado de esta identificación y calificación de ciertas categorías, lleva a los magistrados a establecer una presunción de inconstitucionalidad de la regulación sólo superable si el Estado lograra demostrar lo que dieron en denominar “un interés estatal urgente o insoslayable”. Así, en el caso *Repetto*, estos jueces sostuvieron que “(...) ante los categóricos términos del art. 20, Constitución Nacional – que toda distinción efectuada entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad. Por tal razón, aquel que sostenga la legitimidad de la citada distinción debe acreditar la existencia de un ‘interés estatal urgente’ para justificar aquélla, y no es suficiente, a tal efecto, que la medida adoptada sea ‘razonable’”³⁴. En un sentido similar, en el caso *González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba*, Petracchi sostiene que:

“El tribunal [de los Estados Unidos] sostuvo que quienes intenten defender una acción gubernamental que impone categorías, clasificaciones o exclusiones basadas en el sexo, deben demostrar una “justificación (de dicha acción) sumamente persuasiva”. Los actos gubernamentales (federales o estatales) no son compatibles con la “Equal Protection Clause” cuando una ley o una política oficial niega a la mujer, simplemente porque es mujer, un rango de plena ciudadanía, es decir la oportunidad -igual a la del hombre- para participar y contribuir al desarrollo social de acuerdo a sus talentos y a sus capacidades. Quien defienda una clasificación o exclusión basada en el género sexual deberá probar que aquélla sirve a un importante objetivo gubernamental y que los medios discriminatorios empleados están relacionados sustancialmente con el logro de aquellos objetivos. La justificación ha de ser “genuina” y no ha de basarse en indebidas generalizaciones sobre los diferentes talentos, capacidades o preferencias de hombres y mujeres. Las diferencias inherentes a hombres y mujeres siguen siendo causa de beneplácito

³⁰ 473 U.S. 432 (1985). La traducción y el énfasis son míos.

³¹ *Fallos* 311:2272. También, en forma similar, *Calvo y Pesini c. Provincia de Córdoba*, *Fallos* 321:194.

³² CSJN, G.653-XXXIII, 20 de septiembre de 2000.

³³ Sobre la doctrina de las “categorías sospechosas”, ver Fernando Rey Martínez, “Igualdad, Diferencia, Discriminación”, en *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Edit. Mac Graw-Hill, Madrid, 1995, pp. 39-61. También Victor Ferreres Comellas, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 242-268.

³⁴ Caso *Repetto*, Considerandos 6to y 7mo.

-afirma la Corte-, *pero no para denigrar a los miembros de alguno de estos sexos*, o para establecer restricciones artificiales a las oportunidades de una persona.

“El exigente estándar de revisión que se aplica a las clasificaciones basadas en el sexo no convierte a aquéllas en una categoría totalmente proscripta; pero, sí significa que *las categorías fundadas en el sexo no deben usarse para crear o perpetuar la inferioridad legal, social y económica de la mujer*. En todo caso, las clasificaciones fundadas en el sexo pueden ser utilizadas para compensar a las mujeres por las inhabilidades que ellas han sufrido a través de la historia.

“En el fallo norteamericano se propone un estándar de escrutinio que, si no llega a ser tan estricto como el empleado para las clasificaciones basadas en la raza o la nacionalidad, es sumamente exigente (es revelador que el único juez que hizo disidencia lo encuentre indistinguible del "escrutinio estricto" aplicado para estas dos últimas clasificaciones: 518 U.S. 515, 596).”³⁵

En ambos casos, la Corte estableció que las circunstancias – o categorías – “ser extranjero” y “ser mujer”, en principio, nunca constituyen categorías razonables de modo que superen el test que entiende se desprende del artículo 16 para establecer cuáles distinciones pueden ser realizadas por el Estado sin violar el principio de igualdad ante la ley. En el primer caso, “ser nacional” no es un buen *criterio indicador* para deducir de él que una persona será una buena maestra, y, en el segundo, “ser varón” no es la característica de la persona que asegura que ella será un buen estudiante de colegio secundario³⁶.

En síntesis, 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”³⁷, 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.

Esta visión individualista de la igualdad ante la ley que establece la posibilidad de hacer distinciones basadas en criterios razonables –entendiendo por “razonables” aquellos que logren establecer una relación de funcionalidad con el fin buscado por la regulación del derecho–, tiene por objeto impedir que las decisiones estatales (y, quizás, también algunas decisiones de particulares) se realicen sobre la base de prejuicios y visiones estigmatizantes de grupos de personas. El objeto de un artículo como el 16 de

³⁵ Caso *González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba*. El énfasis agregado es mío.

³⁶ Para un análisis de la doctrina de las “categorías sospechosas” en nuestra Corte Suprema, ver Hernán Gullco, “El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino”, en AA.VV., *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, SELA 2002, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 287-302.

³⁷ Owen Fiss, *Una comunidad de iguales*, Miño y Avila, Buenos Aires, 2002. Traducido del inglés por Raúl M. Mejía del original *A Community of Equals. The Constitutional Protection of New Americans*, Beacon Press, Boston, 1999, pp. 3-29.

nuestra Constitución Nacional, entendido desde esta perspectiva, aspira a que las personas sean tratadas de modo que sólo sea relevante su capacidad para cumplir con el objeto que busca la regulación en cuestión. El Estado (y, quizás, también los particulares) debe ser ciego a las características de nacimiento, físicas, o de otro tipo que no resulten de relevancia para los fines de la actividad que esa persona aspira a realizar (por ejemplo, un empleo). El objetivo es noble y sencillo de entender. De todos modos, veamos un ejemplo por demás gráfico para terminar de entender esta visión de lo que igualdad ante la ley significa. En los Estados Unidos, en la década del '70, con el fin de evitar una extendida práctica discriminatoria en la conformación de las orquestas, las audiciones en las que se probaban a los candidatos para formar parte de ellas se realizaban con paneles opacos que separaban al candidato de los miembros del jurado examinador. Incluso, en algunos casos, se tendían alfombras en el piso para que no se pudiera deducir el sexo de la persona sometida a prueba por el sonido de sus pasos. De este modo, el sexo, la raza, la religión, el color de piel, el origen nacional o la apariencia externa de la persona se encontraba completamente detrás del “velo de ignorancia” –casi sin metáforas– del comité examinador, de modo que la decisión de contratar a una de esas personas estuviera basada solamente en la calidad del sonido emitido. Según Post, “el músico se convertía en un instrumento perfectamente descorporizado (*disembodied*)”³⁸. El objeto de las normas protectorias de la igualdad, y en particular, la interpretación individualista del artículo 16, intentan construir desde el derecho el mismo tipo de panel opaco virtual entre el sujeto que hace la distinción justificada, ya sea el estado o un particular, y el sujeto cuyo trato igual se aspira a proteger. De este modo, se busca evitar el prejuicio y la selección de personas sobre la base de criterios ajenos a los estrictamente funcionales. ¿Qué tiene esto de malo? ¿Qué puede ser incorrecto acerca de esta visión de la igualdad? Veremos en la sección siguiente que la “ignorancia” no siempre es neutral y que la ceguera respecto de los efectos de un derecho “ciego a las diferencias” puede tener como consecuencia un cierto tipo de trato desigual no justificado desde una visión diferente de la igualdad ante la ley. ¿Podemos pedir más?

EL PRINCIPIO DE NO-DISCRIMINACIÓN PUESTO A PRUEBA: EL CASO DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS

Hasta aquí, todo parece ser muy consistente y casi podemos tener la tentación de relajar nuestros esfuerzos frente a la sensación del deber cumplido. Los avances descritos en la sección anterior parecen indicar que hemos logrado identificar el carácter y ubicación de esa línea que el Estado (y, quizá, los particulares) no puede pasar cuando se dispone a realizar distinciones entre las personas dentro de los límites constitucionales. Hemos logrado construir un estándar que interpreta la “igualdad ante la ley” de modo que destierra los prejuicios y los estigmas.

³⁸El ejemplo es ofrecido por Robert Post en Robert C. Post, “Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law”, en Robert C. Post et al., *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham, 2003, pp. 18-19. La traducción es mía. Ver también “American Orchestras: All Ears”, *The Economist*, 30 de Noviembre de 1996, p. 89.

A modo de introducción del problema que intentaré describir en este apartado, puedo adelantar que el principio de no-discriminación, sostenido por una visión individualista del principio de igualdad ante la ley, no nos provee de suficientes herramientas para decidir en una gran cantidad de casos en los que las diferencias *de hecho* entre las personas, y en particular las diferencias que surgen a partir de un trato sistemáticamente excluyente o de sometimiento, son relevantes para realizar tratos diferentes que no serían tolerados por esa visión individualista de la igualdad. Uno de los desafíos más complejo que en este sentido enfrenta la interpretación individualista de la igualdad ante la ley está dado por el establecimiento de acciones afirmativas o también denominadas “medidas de discriminación inversa”.

Las acciones afirmativas se corresponden con un “trato (estatal) diferente” fundado en la identificación de ciertos grupos a cuyos miembros, exclusivamente por su calidad de tales, se les reconocen prerrogativas o tratos especiales que no les son reconocidos a miembros de otros grupos. Por ejemplo, diremos que el estado lleva a cabo una política de acción afirmativa cuando establece, al regular el derecho a la educación universitaria, que, debido a que *de hecho* las mujeres no acceden a este tipo de educación superior, se les reconocerá prioridad en el ingreso a la universidad, a través, por ejemplo, de un sistema de cuotas que aparta un cierto número (mínimo y nunca máximo) de las vacantes disponibles por las cuales sólo competirán las personas que sean miembros del grupo al que el Estado ha decidido dar un trato preferencial por diferentes motivos que veremos más adelante. Estas cuotas, al apartar esas vacantes a las que sólo podrán acceder los miembros del grupo beneficiado por el sistema, restan posibilidades a candidatos, en este caso varones, que pudieren incluso demostrar *mayor* “idoneidad” o “mérito” para desempeñarse como estudiantes universitarios que las mujeres que accederán a las vacantes. En otras palabras, es posible que como consecuencia de este sistema de cuotas, una mujer “menos idónea” que un varón (es decir, con menos preparación o antecedentes) sea aceptada en la universidad al tiempo que aquél no lo será por haberse completado las vacantes destinadas a varones (y mujeres no beneficiadas por las cuotas) con otros candidatos mejores que él. En resumen, este postulante varón estaría peor calificado que el resto de los varones admitidos, pero mejor que sus competidoras mujeres, una de las cuales tomó una posición que pudiera haber sido suya si se hubiera realizado una competencia “detrás del panel opaco”.

Veamos un ejemplo hipotético: supongamos que el ingreso a la universidad pública estuviera limitado a diez vacantes al año y que la selección se hará por medio de un examen que evalúe los conocimientos adquiridos en el colegio secundario. Asumamos también que, si bien es verdad que no existe ninguna norma que establezca un impedimento para que las mujeres ingresen a la universidad, se puede percibir estadísticamente que, *de hecho*, las mujeres no acceden a este nivel educativo. Esto puede darse por diferentes motivos, tales como la autoexclusión de las mujeres (como consecuencia de bajos niveles de autoestima derivados de un discurso degradante sostenido por décadas por los varones – y también por mujeres – de la sociedad) o por ciertas características estructurales derivadas de la distribución de roles en la familia (“la mujer se encarga de las cosas del hogar”). Esta “exclusión de hecho” de las mujeres del derecho a estudiar, le brindaría al Estado el justificativo para establecer que de las diez

vacantes anuales, tres de ellas estarán sólo destinadas a ser cubiertas por mujeres, incluso en el caso en que las tres mujeres con mejores calificaciones no alcancen los niveles de las calificaciones de los tres varones peor calificados entre los diez mejor calificados. En esta situación, habrá varones con mejores calificaciones que las mujeres mejor calificadas y que, sin embargo, no ingresarán a la universidad por encontrarse ese cupo de tres ingresantes reservado a las mujeres. Claramente, los varones con buenas calificaciones – pero no tan buenas como las de los primeros siete calificados, claro –, apoyados en la doctrina de la igualdad de trato como no-discriminación presentada en el párrafo anterior, sostendrán que su derecho a ser tratados igual ante la ley se encuentra violado por realizar el Estado una distinción fundada en un criterio irrazonable, en el sentido de que el criterio escogido, “el sexo”, no guarda relación funcional o instrumental con el fin buscado, asumiendo que el fin buscado es el de identificar para el ingreso a la universidad a los “mejores estudiantes”. Como ya vimos en la sección anterior, el sexo de los postulantes no opera aquí como “criterio indicativo” de la calidad académica necesaria para comenzar estudios superiores. He aquí el dilema. ¿Cómo es posible justificar el trato desigual fundado en el sexo (más precisamente, “ser mujer”) en el caso de las acciones afirmativas, al tiempo que se sostiene que el criterio a utilizarse debe guardar relación de funcionalidad con el fin buscado por la regulación? Es en este punto en el que las acciones afirmativas, de considerarse justificadas³⁹, entran en conflicto con el principio de igualdad ante la ley entendido como “no-discriminación”. Parece ser que, o bien las acciones afirmativas serían contrarias al principio de igualdad ante la ley; o bien el principio de igualdad ante la ley debería ser redefinido y reinterpretado de modo que sea compatible con medidas semejantes a las que se instrumentan a través de las acciones afirmativas. Este es el dilema que debió enfrentar la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Bakke*⁴⁰ (1978) y, muy recientemente, en los dos casos *Universidad de Michigan*⁴¹ (2003). En ellos, frente a políticas de acción afirmativa llevadas adelante por las universidades respectivas para favorecer el ingreso de estudiantes afroamericanos, alumnos blancos que vieron impedido su ingreso a pesar de haber obtenido mejores calificaciones que sus competidores de raza negra, exigían la declaración de inconstitucionalidad de estas políticas por violar el derecho a ser tratados igual ante la ley entendiendo este derecho como un derecho a no ser discriminados por causas irrazonables, es decir, entendiendo el derecho de igualdad ante la ley como fundado en el principio de no-discriminación. El argumento se construía, básicamente, sobre la idea de que la identificación de la raza como criterio relevante para hacer distinciones en función de la posibilidad de ejercer el derecho a realizar estudios en la universidad no superaba el test de razonabilidad entendido como funcionalidad o instrumentalidad. Para ser gráfico, “ser afroamericano” claramente no operaba como criterio indicativo de “ser mejor estudiante”. Esto era “claro”, pero sobre todo porque en ningún momento las medidas de acción afirmativa aspiran a establecer criterios que permitan establecer esta relación de funcionalidad o instrumentalidad. Todo lo contrario. Estos criterios se erigen con plena

³⁹ Sobre diferentes justificaciones de las acciones afirmativas, ver Michael Rosenfeld, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Yale University Press, New Haven, 1991, pp. 11-163.

⁴⁰ 438 U.S. 265

⁴¹ *Barbara Grutter v. Lee Bollinger et al. and Jennifer Gratz and Patrick Hamacher v. Lee Bollinger et al.*, decididos por la Corte Suprema de los Estados Unidos el 23 de junio de 2003.

conciencia de la imposibilidad de que los beneficiarios de estas acciones afirmativas superen ese test. Ellos asumen la dificultad de personas de ciertos grupos para lograr alcanzar los estándares académicos de sus competidores de otros grupos y, por esa misma razón, reciben un trato preferencial que antepone la pertenencia al grupo favorecido por la política, por sobre la calidad académica del postulante. En este sentido, Dworkin afirma, basado en un estudio empírico⁴², que “si la Corte Suprema declarara inconstitucionales las acciones afirmativas (...) el ingreso de estudiantes negros a universidades de élite se vería drásticamente reducido, y los estudiantes negros serían muy excepcionalmente admitidos a las mejores facultades de derecho o de medicina”⁴³. Planteado en estos términos, la tensión entre las medidas de acción afirmativa y el principio de igualdad ante la ley como principio de no-discriminación queda completamente al descubierto. ¿Cómo rescatar a las acciones afirmativas de su propia “confesión” de apoyarse sobre un criterio irrazonable en términos de funcionalidad o instrumentalidad, es decir, “discriminatorio”?

Ronald Dworkin, sugirió un modo de superar este dilema, en el caso particular del ingreso a las universidades, sin modificar el principio de no-discriminación a la vez que justificaba, fundado en él, la constitucionalidad de las acciones afirmativas. Su estrategia se articula sobre la base de una redefinición de los fines mismos de la regulación. En este sentido, dice Dworkin, el dilema surge a partir de una identificación errónea por parte de los recurrentes de los fines de la regulación que establece distinciones respecto de quiénes pueden acceder al ejercicio del derecho a la educación universitaria. No es cierto, sostiene, que el fin buscado sea el de identificar a aquellos estudiantes que sean capaces, gracias a su formación previa, de desempeñarse satisfactoriamente en los cursos universitarios. Los fines buscados por la regulación del ingreso son otros, asociados a los fines mismos de la universidad. En este sentido, Dworkin sostiene que:

“A veces se dice que los aspirantes a ingresar a la universidad tienen el derecho de ser juzgados sólo sobre la base de estrechos criterios académicos, pero esto no puede sostenerse seriamente. Las vacantes en las universidades que tiene sistemas de selección de los aspirantes no constituyen insignias de mérito o premios a la posesión de talentos innatos o al desempeño logrado en el pasado o en cierta actividad: ellas son oportunidades que son ofrecidas a quienes demuestren una mayor probabilidad futura de contribuir con los fines que la universidad persigue. Estos fines pueden ser, e históricamente han sido [en los Estados Unidos], sociales, además de ser también, en un sentido más estrecho, académicos. Las Universidades dicen que entrenan a los futuros líderes de la nación y del mundo: si es mejor para la nación que los líderes se identifiquen más íntimamente con la diversidad de sus ciudadanos, entonces nadie es afectado por el accionar de universidades que incluyen ese objetivo entre sus aspiraciones. Por supuesto, ellas no deben actuar injustamente o violando los derechos morales de nadie. Particularmente, ellas no deben

⁴² William G. Bowen y Derek Bok, *The Shape of the River: Long Term Consequences of Considering Race in College and University Admissions*, Princeton University Press, 1998.

⁴³ Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue*, Harvard University Press, Cambridge, 2000, p. 410.

excluir estudiantes sobre la base de su raza o cualquier otra forma de prejuicio o estereotipo. Pero los programas de la Universidad de Michigan no reflejan prejuicio racial o de otro tipo. Por el contrario, los estudiantes que eligen esos programas aspiran, entre otras cosas, a reducir el prejuicio en el aula y en el país”.⁴⁴

Para Dworkin, no hay dilema alguno entre las acciones afirmativas y el principio de igualdad ante la ley entendido como no-discriminación tendiente a evitar distinciones realizadas sobre la base de criterios irrazonables. Sólo se trata de una identificación errada de los fines de la regulación, error que se vincula a una identificación equivocada de los fines de la universidad. Una vez redefinidos los fines de la regulación, el criterio de raza se torna una categoría razonable (en lo funcional o instrumental) para efectuar distinciones y, por lo tanto, ellas serían *permitidas* por el principio de igualdad ante la ley (establecido en la constitución de los Estados Unidos) o, incluso, requeridas por él⁴⁵. Sin embargo, más allá de la aparente adhesión de Dworkin al principio de instrumentalidad o de funcionalidad, su redefinición de los fines no se condice perfectamente con la visión individualista de la igualdad asociada a la idea de no-discriminación. La misma redefinición de los fines que él sugiere en el sentido de tornar relevante el contexto social en el que ellos son identificados (es decir, la inclusión de representantes de ciertos grupos nacionales, raciales o de género, de modo que éstos se encuentren reflejados en la composición del aula o tornen posible la generación de líderes para esos grupos con personas provenientes de ellos), convierte a la perspectiva de Dworkin en una mucho más próxima a la que más adelante identificaremos con autores como Post o Fiss en el sentido de que todos ellos consideran relevante el contexto social en el que opera el trato (des)igual, que con la perspectiva individualista y descontextualizada de la Corte norteamericana en *Reed*. En suma, y a riesgo de pecar por superficial en esta consideración de su posición al paso, entiendo que Dworkin intenta permanecer en el terreno de la igualdad como no-discriminación incorporando el dato del contexto social

⁴⁴ Ronald Dworkin, “The Court and the University”, *New York Review of Books*, 15 de mayo de 2003, Volumen L, Número 8, pp. 8-9. La traducción, los agregados y el énfasis son míos. Ver también Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue*, Harvard University Press, Cambridge, 2000, Capítulo 12: “Affirmative Action: Is It Fair?”, pp. 409-426.

⁴⁵ Si bien el caso no es idéntico, puesto que lo que se encontraba en debate era la razonabilidad misma del criterio “ser varón” para poder ingresar a un colegio público, la Corte Suprema de Argentina debió también establecer la correlación entre el criterio de ingreso y el fin de la institución educativa “redefinido”, según el voto de Fayt, en términos “dworkinianos”: “La educación que brindan los colegios universitarios ha sido entendida como “el secreto, el método de la verdadera disciplina que asegure los beneficios combinados del colegio y de la universidad”, “la llave de oro para develar el ansiado tesoro educativo que busca la República y que, sin definirlo, la conciencia nacional anhela para la selección de sus elementos directivos”, en cuyo ámbito “se desarrolla el lazo fraternal y solidario...que es el de la convicción de un destino común en la gran asociación política que es la patria” (conf. Joaquín V. González, “Universidades y Colegios”, conferencia del ministro de Justicia e Instrucción Pública en el aula “Estrada” del Colegio Nacional Central de Buenos Aires antes de su demolición, el 5 de julio de 1905, págs. 249 y sgtes.). De allí la importancia de admitir a esta altura de los tiempos que esta calidad de educación no cuente con limitación alguna en razón del sexo; por el contrario, y como se señaló ya en la oportunidad recién indicada (conf. op. y loc. cit.), la selección de quienes habrán de recibir esa mejor formación destinada a conformar el grupo directivo, “no es deliberada respecto a las personas, ni puede serlo en manos del Estado: éste funda el sistema, le imprime movimientos, y el mecanismo por sí sólo devuelve al artífice el producto depurado.” Caso *Universidad de Córdoba*. El énfasis agregado es mío.

en el que el trato (des)igual se lleva a cabo, pero, para lograrlo, abandona la visión individualista y, casi imperceptiblemente, se desliza hacia una visión de la igualdad más *sociológica* que definiré como estructural.

Sin ánimo de criticar aquí esta estrategia dworkiniana de rescate del principio de no-discriminación por la vía de la redefinición de los fines de la regulación, dado que no es el objetivo de este artículo, y con el objeto exploratorio que domina en este ensayo, propongo asumir que ella no resulta convincente. En su caso, sugiero examinar otro intento de superar este dilema en el contexto del derecho constitucional argentino. Ella se relaciona con una versión diferente del principio de igualdad, ya no como no-discriminación, sino como *no-sometimiento* o *no-exclusión*⁴⁶. Sobre ella me referiré en las próximas dos secciones.

Finalmente, y para concluir este párrafo, es importante señalar que la discusión que se da en el contexto del derecho constitucional de los Estados Unidos y que pone en evidencia la tensión entre el principio de igualdad ante la ley y las acciones afirmativas no es fácilmente extrapolable a nuestro país. Ello es así debido a que, mientras que en los Estados Unidos el principio de igualdad es de carácter constitucional y las medidas de acción afirmativa encuentran su fuente en la ley (y, por ello, son pasibles de ser declaradas inconstitucionales por los tribunales), la incorporación en la propia Constitución Nacional de nuestro país de acciones afirmativas respecto de algunos grupos específicos, como lo es el de las mujeres, según lo establece el artículo 75, inciso 23, torna el debate sobre su “constitucionalidad” irrelevante, dado que *ya tienen* reconocimiento constitucional. En el caso del país del norte, la raíz legal de las acciones afirmativas puede hacerlas vulnerables frente a ataques fundados en la Enmienda XIV de la Constitución, de modo que la discusión tiene sentido al buscar derribar la validez constitucional de la norma legal. En el caso de nuestro país, la inclusión constitucional de las acciones afirmativas *obliga* a conciliar ambas normas, el artículo 16 y el artículo 75, inciso 23, quizá redefiniendo el significado del primero de ellos. A este punto me referiré en la sección siguiente a la próxima.

LAS VERSIONES “INDIVIDUALISTA” Y “ESTRUCTURAL” DE LA IGUALDAD Y SU CORRESPONDENCIA CON LOS PRINCIPIOS DE NO-DISCRIMINACIÓN Y DE NO-SOMETIMIENTO (O DE NO-EXCLUSIÓN)

El principio de igualdad ante la ley entendido como “no discriminación”, tiene su raíz en una versión *individualista* de la igualdad. Esta versión se vincula, por un lado, con una visión descontextualizada de la situación de cada individuo, como contraria a una visión “sociológica” o contextualizada de una realidad social más amplia que contempla

⁴⁶ Owen Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause”, en *Philosophy and Public Affairs*, Volumen 5, p. 107, 1976. También, más reciente y en referencia a la situación de los inmigrantes en los Estados Unidos, Owen Fiss, *A Community of Equal*, Beacon Press, Boston.

la pertenencia de ese individuo a un grupo que se encuentra sometido a ciertos tratos o prácticas sociales como consecuencia de *ser* ese grupo. Por otro parte, la versión individualista de la igualdad requiere de una supuesta *intención* de discriminación reconocida a partir de la irrazonabilidad del criterio seleccionado.

Vale la pena aclarar que la versión sociológica de la igualdad no se asocia necesariamente con una perspectiva holista (y por ello, no liberal) que identifica la existencia de entes superiores y diferentes a las partes que los componen. Esta visión no individualista de la igualdad continúa reconociendo a las personas como fines en sí mismos y valiosos en términos individuales, sólo que incorpora, además, el dato de su pertenencia a un grupo determinado que le permite reconocer su identidad, tanto a ella misma, como a los terceros que comparten su condición y aquellos que no. Sostener que el grupo de las mujeres resulta segregado de la actividad política, que el grupo de los discapacitados motrices resulta excluido de los espacios públicos (y privados) o que los afectados del virus de HIV son segregados de los empleos, no implica necesariamente presumir que estos grupos conforman entes diferentes de las partes que los conforman y, por lo tanto, “sacrificables” por el bienestar del “todo”, que sería lo criticable de una visión holista del grupo por un liberal. El reconocimiento de la existencia de grupos, en este sentido, sólo se limita a reconocer que la identidad individual de las personas autónomas se constituye, entre otras cosas, por su condición de *ser mujer*, *ser discapacitado* o *ser afectado por una enfermedad* que tiene implicancias en las prácticas sociales dirigidas a tratar con aquellos que la han contraído.

También merece un comentario la relación entre la versión individualista de la igualdad y la requerida *intención* de trato desigual irrazonable (y, por ello, discriminatorio). Si bien este rasgo parece ser fundamental al momento de desplegar una estrategia que enfrente el prejuicio, ella no parece ser prácticamente posible o efectiva. Fiss y Dworkin, por ejemplo, sostienen que las leyes no pueden ser juzgadas respecto de su constitucionalidad por la *intención* de los legisladores, dada las dificultades que se encuentran en el proceso de identificación de *esa particular intención*⁴⁷. ¿Es ella la intención del legislador que propuso originalmente el proyecto de regulación? ¿O la de los legisladores que votaron a favor de ella al sancionarse la ley en cuestión? Y si los votantes en el Congreso apoyaron la sanción por diferentes razones, ¿cuál de ellas es relevante para realizar ese juicio? Si reconocemos el fracaso de esta estrategia “originalista” o “subjetivista”⁴⁸, entonces, desde una visión de la igualdad como no-discriminación, sólo nos resta juzgar la regulación, según dice Fiss refiriéndose a las situaciones de los inmigrantes en Estados Unidos, “sobre la base del propósito social concebido objetivamente, y no de la motivación real. Desde esta perspectiva, sería difícil impugnar una ley que impone discapacidades a los inmigrantes [o a otros grupos

⁴⁷ Owen Fiss, *A Community of Equals*, p. 29. Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue*, Harvard University Press, Cambridge, 2000, Capítulo 12: “Affirmative Action: Is It Fair?”, pp. 411. También Ronald Dworkin, *Law’s Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986, Capítulo 9.

⁴⁸ Sobre críticas a este tipo de interpretación “originalista” realizada sobre la base de la identificación de intenciones, ver Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 59-80.

“sometidos”] alegando discriminación arbitraria, ya que casi siempre puede imaginarse un propósito social legítimo”⁴⁹.

Teniendo en cuenta ambas críticas a la versión individualista de la igualdad, autores como Fiss⁵⁰, Post⁵¹, Siegel⁵² o MacKinnon⁵³, entre muchos otros, proponen una visión diferente de la igualdad ante la ley. Una versión de la igualdad que no es de tipo individualista y que, por lo tanto, tampoco se asocia necesaria o exclusivamente al principio de no-discriminación, si bien no siempre debe percibirse como opuesto a él. Fiss denomina a esta versión “*estructural*”, y tiene fuertes parentescos con lo que Post denomina una versión *sociológica* de la igualdad.

En este sentido, Fiss sugiere que “el principio de no-discriminación encierra una concepción muy limitada de igualdad ... [y que por ese motivo propone] delinear otro principio intermedio – el principio del grupo desaventajado – que tenga un buen, si no mejor, argumento para representar el ideal de la igualdad, un principio que dé mejor cuenta de la realidad social, y que haga foco más claramente en las cuestiones sobre las que es preciso decidir en los casos de igual protección de la ley”⁵⁴.

Esta lectura estructural de la igualdad ante la ley no se vincula con la irrazonabilidad (funcional o instrumental) del criterio escogido para realizar la distinción, sino que entiende que lo que la igualdad ante la ley persigue es el objetivo de evitar la constitución y establecimiento de grupos *sometidos*, *excluidos* o *sojuzgados* por otros grupos. Fiss llama nuestra atención sobre la contradicción que existe entre el principio de igualdad y la cristalización de “castas” o grupos considerados “parias”, justamente como consecuencia de una práctica sistemática de exclusión social, económica y, sobre todo, política. Según esta perspectiva, evitar la cristalización de un grupo excluido, sometido o sojuzgado⁵⁵ es lo que parece subyacer como fundamento del principio de igualdad ante la ley. Es ésta posiblemente la idea de igualdad que se encontraba detrás de la afirmación de Moreno citada al inicio de este ensayo, en la que se identificaba a la igualdad con la lucha contra la opresión y las cadenas con las que los déspotas *someten* a los esclavos que cantan, forzados, himnos de libertad sin ser libres. Esta es, probablemente, la misma idea de igualdad como “libre de opresión” que Berlin defendía al presentar su concepto de libertad positiva ante su audiencia en la Universidad de Oxford en 1956.

⁴⁹ Owen Fiss, *A Community of Equals*, p. 29.

⁵⁰ Owen Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause”, en *Philosophy and Public Affairs*, Volumen 5, p. 107, 1976.

⁵¹ Robert Post en Robert C. Post, “Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law”, en Robert C. Post et al., *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham, 2003, p.1-53.

⁵² Reva B. Siegel, “Discrimination in the Eyes of the Law: How “Color Blindness” Discourse Disrupts and Rationalizes Social Stratification”, en Robert C. Post et al., *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham, 2003, p. 99-152.

⁵³ Catharine A. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women*, Yale University Press, New Haven, 1979, pp. 102-103.

⁵⁴ Owen Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause”, en *Philosophy and Public Affairs*, Volumen 5, p. 107, 1976.

⁵⁵ Fiss los denomina “castas”, Owen Fiss, *A Community of Equals*, p. 12.

Esta concepción de la igualdad estructural emerge también en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, sobre todo a través de la opinión del juez Brennan en varios casos, como por ejemplo *Plyler v. Doe*⁵⁶ (1982). En este pleito se encontraba en debate la existencia de un derecho a la provisión mínima de recursos educativos. En 1975, el Congreso del estado de Texas modificó su legislación en materia educativa autorizando a las escuelas locales de distrito a negar la inscripción en ellas de niños que no hubieran ingresado legalmente a los Estados Unidos, es decir, hijos e hijas de inmigrantes ilegales. El caso había sido promovido por medio de una acción de clase que reclamaba la inconstitucionalidad de la ley de Texas ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. El argumento de la defensa se centró en sostener que la Enmienda XIV establece “que ningún estado (...) negará a ninguna persona bajo su jurisdicción una protección igual de las leyes” (una cláusula sumamente emparentada con la idea de “igualdad de trato ante la ley” de nuestro artículo 16) y que, debido a su status legal en materia migratoria, los que hubieran ingresado ilegalmente a los Estados Unidos no eran, estrictamente, “personas bajo su jurisdicción”. Brennan se opuso frontalmente a este argumento sosteniendo que más allá de status que tengan estos inmigrantes de acuerdo con las leyes de migraciones, ellos “son claramente ‘personas’ en el sentido más ordinario del término”. En referencia al tema que nos ocupa, Brennan desarrolla con claridad una interpretación de la Enmienda XIV fundada en una visión de la igualdad ante la ley similar a la idea de igualdad estructural que persigue impedir la constitución de grupos excluidos que se cristalicen como “castas” o “parias” sociales:

“la más completa incapacidad o la aplicación laxa de las leyes que impiden el ingreso ilegal a este país, acompañadas del fracaso en establecer una barrera efectiva al empleo de inmigrantes indocumentados, ha resultado en la creación de una significativa ‘población en las sombras’ (*shadow population*) de inmigrantes ilegales – que llega a ser de millones – dentro de nuestras fronteras. Esta situación levanta el espectro de una *casta permanente* de residentes indocumentados, alentados por algunos a permanecer aquí como fuerza de trabajo barata, pero negándoseles los beneficios que nuestra sociedad pone a disposición de los ciudadanos y residentes legales. La existencia de este grupo marginado (*underclass*) representa uno de sus problemas más complejos para una Nación que se enorgullece por su adhesión al principio de igualdad ante la ley.”⁵⁷

Los demandantes en este caso no eran los padres ilegales, sino los niños y niñas que, por la ley de Texas, resultaban afectados por la decisión de sus padres de ingresar ilegalmente a los Estados Unidos. En este sentido, Brennan agrega mayor definición a lo que es para él este particular grupo de “marginados”, cuando sostiene, citando *Trimble v. Gordon*⁵⁸ (1977), que estos niños “no tienen la posibilidad de influir en la conducta de sus padres, así como tampoco en su propio status (...) utilizar la responsabilidad de la conducta ilegal de los padres contra sus hijos no se condice con las concepciones más fundamentales de

⁵⁶ 457 U.S. 202

⁵⁷ La traducción y el énfasis son míos.

⁵⁸ 430 U.S. 762, 770.

justicia.”⁵⁹ De esta última afirmación se podría desprender un rasgo adicional que permitiría identificar a este grupo marginado, y que podría estar dado por su falta de responsabilidad respecto de su propia situación, por encontrarse éste en la situación en la que se halla (en este caso, los niños no son responsables por una situación que encuentra su raíz en la decisión de sus padres de ingresar ilegalmente a un país), o su contracara, es decir, la ausencia de la posibilidad de influir sobre la decisión o la conducta de aquellos que los condujeran a la situación en la que se encuentran.

Finalmente, y por los rasgos particulares de este caso, que se refería, en última instancia, al derecho de acceso a la educación, Brennan, luego de aclarar que la educación pública no es un “derecho” reconocido a los individuos por la Constitución, citando *San Antonio School District*, y en consistencia con la tradición de rechazo del reconocimiento de los denominados “derechos sociales” por el derecho constitucional de los Estados Unidos⁶⁰, agrega que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha reconocido “a la escuela pública como una institución cívica vital para la preservación del sistema democrático de gobierno”, de acuerdo a lo sostenido por el propio Brennan en su voto concurrente en *Abington School District v Schempp*⁶¹ (1963) y en el famoso caso *Wisconsin v. Yoder*⁶² (1972), en el que la Corte estableció que “algún grado de educación es necesario para preparar a los ciudadanos para participar efectiva e inteligentemente en nuestro sistema político abierto si aspiramos a preservar la libertad y la independencia”⁶³. Estas afirmaciones agregan mayor definición a la caracterización del grupo marginado inconstitucionalmente, agregando un rasgo asociado a lo que Berlin llamaba libertad positiva y que se relaciona con la idea de inclusión en la toma de decisiones colectivas en un sistema democrático y que, según John Ely⁶⁴, también emerge en la famosa nota de pie de página número 4 del caso *United States v. Carolene Products Co.*⁶⁵ decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1938, en la que el tribunal llama la atención sobre la posibilidad del control judicial de constitucionalidad cuando se hubiere operado la exclusión de “minorías insulares” del proceso de toma decisión política.

MacKinnon, siguiendo el marco conceptual ofrecido por Fiss en su angular artículo de 1976⁶⁶, sostiene en su libro de 1979 sobre el acoso sexual de las mujeres trabajadoras⁶⁷, que “la posición social de las mujeres tiene un lugar

⁵⁹ La traducción y el énfasis son míos.

⁶⁰ Para una relación entre el reclamo por el respeto de derechos sociales y el principio de igualdad ante la ley como una estrategia de exigibilidad indirecta de los primeros, ver Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, pp. 168-178.

⁶¹ 374 U.S. 203, 230.

⁶² 406 U.S. 205, 221.

⁶³ La traducción es mía.

⁶⁴ John H. Ely, *Democracia y desconfianza*, Universidad de los Andes, Capítulo 4, pp. 97-131.

⁶⁵ 304 U.S. 144, 152-153, nota 4.

⁶⁶ Owen Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause”, en *Philosophy and Public Affairs*, Volumen 5, p. 107, 1976.

⁶⁷ Catharine A. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women*, Yale University Press, New Haven, 1979, pp. 102-103.

particular en el análisis de la desigualdad, mientras que *no lo tiene* en el análisis de la diferenciación arbitraria. Desde esta perspectiva, la prohibición de la discriminación por sexo aspira a *eliminar la inferioridad social de un sexo respecto del otro, y a dismantelar la estructura social que mantiene una serie de prácticas que se acumulan, en términos de Owen Fiss, sobre las mujeres ‘desaventajadas’*”⁶⁸.

Fiss y MacKinnon rechazan la versión de la igualdad asociada a la idea de no discriminación por no incorporar el “dato” sociológico de la situación social de las mujeres como grupo desplazado por otro grupo. La versión de la igualdad estructural no adhiere sólo y exclusivamente a la idea de no discriminación (entendida como trato no arbitrario fundado en prejuicios), sino a un trato segregacionista y excluyente tendiente a consolidar una situación de grupo marginado (la casta o *underclass*). La idea de igualdad como no sometimiento no se opone al ideal de no arbitrariedad que subyace a la idea de igualdad como no discriminación, sino que lo concibe como insuficiente o incompleto. Volvamos por un momento a nuestro ejemplo de la selección de músicos para una orquesta. La mampara opaca, símbolo de ignorancia desprejuiciada, permite evaluar a los candidatos sólo sobre la base de sus aptitudes como ejecutores de instrumentos musicales. Como sostiene, Post, cada postulante *es como si fuera un instrumento en sí mismo*. En un mundo ideal, este modo de seleccionar miembros de la orquesta, permitirá elegir a los mejores músicos sin resultar influenciados por prejuicios discriminatorios hacia, por ejemplo, mujeres o afroamericanos. El jurado es completamente ciego – pero no sordo, en este caso, por supuesto – a las diferencias que sean irrelevantes para juzgar el desempeño de los músicos. Sin embargo, esta decisión aparentemente neutral y desprejuiciada, fundada en el principio de igualdad como no discriminación, es también ciega, y por lo tanto no neutral, al tipo de personas que se presentan como candidatos para formar parte de la orquesta. Me explico. Supongamos que debido a ciertas condiciones y prácticas sociales las mujeres se autoexcluyeran de este concurso para cubrir puestos vacantes en la orquesta. Esto es perfectamente imaginable si pensamos que algunas sociedades asignan informalmente a las mujeres un rol social que se limita, por ejemplo, a las actividades domésticas. Asumamos que dado el hecho de que la mayoría de las orquestas, hasta el momento, no cuentan con mujeres, éstas pueden bien suponer que, incluso de ser aceptadas, su situación dentro de la orquesta no será sencilla debiendo enfrentar prejuicios y maltratos cotidianos mientras ejecutan sus obligaciones. Supongamos que algo de esto sucediera y que los postulantes para los puestos vacantes en la orquesta, aquellos cuyos rostros no son vistos por los jurados ubicados detrás de la mampara opaca, fueran todos varones, ¿podríamos afirmar sin algún grado de duda que esa selección es totalmente neutral? Desde el punto de vista de la igualdad ante la ley, ¿es *absolutamente* irrelevante el dato de quiénes llegan a participar de la instancia de selección detrás del “velo de ignorancia” del jurado? Para la visión de la igualdad como no sometimiento o no exclusión, este dato no es irrelevante. Todo lo

⁶⁸ Catharine A. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women*, Yale University Press, New Haven, 1979, pp. 103. La traducción y el énfasis son míos.

contrario. Ese es exactamente el dato de mayor relevancia contra cuyas causas y efectos se articula el principio de igualdad ante la ley. Correr el velo y tratar de modo diferente a las personas de acuerdo con el grupo (de personas de un determinado sexo) al que pertenecen, privilegiando, por ejemplo a las mujeres por sobre los varones en un contexto de exclusión sistemática de las primeras de su participación en las orquestas, no sólo no sería contrario al principio de igualdad como no sometimiento, sino que sería requerido por éste, mientras que resultaría inadmisibles desde la perspectiva de la igualdad como no discriminación. No sería el “sexo” el criterio insostenible para hacer distinciones, sino el hecho de “ser mujer” el que no sólo no podría tomarse como relevante para la contratación de músicos, sino que él sería relevante – y constitucionalmente requerido – para brindarles a las mujeres un trato privilegiado justificado. Es más, en un contexto de exclusión de las mujeres como el descrito, sería inconstitucional por contrario a la idea de igualdad como no sometimiento, establecer algún tipo de privilegio para los varones. Es por este motivo que las acciones afirmativas respecto de las mujeres serían requeridas por el principio de igualdad, mientras sería impensable establecer acciones afirmativas para varones⁶⁹.

En nuestro país, esta distinción entre las dos versiones del principio de igualdad ante la ley y su consiguiente tensión, se ha puesto de manifiesto en unos pocos casos, siendo el más representativo *González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba*. Es éste un caso un tanto extraño que llega a los estrados de la Corte Suprema de Justicia a instancia de los padres de los alumnos varones de un prestigioso colegio público que luego de más de un centenar de años de no admitir mujeres, comenzó a hacerlo. Los padres de los estudiantes alegaban un supuesto derecho de sus hijos a continuar asistiendo al colegio sin mujeres en las aulas. Más allá de la curiosidad del planteo y la extrañeza de que caso hubiere sido admitido por la Corte para decidir sobre él, el debate de fondo se centró en la constitucionalidad del criterio “sexo” para la admisión de estudiantes al colegio. La mayoría de los argumentos de los Ministros de la Corte se articularon en torno al principio de no discriminación, identificando al “sexo” como criterio irrazonable apoyado en la tradición dominante de interpretación del principio de igualdad ante la ley. Sin embargo, es en el voto del Juez Enrique Petracchi que se reconocen rasgos emergentes de una idea diferente de igualdad, más cercana a la de no sometimiento:

“Que lo expuesto evidencia que la Universidad Nacional de Córdoba, al disponer que las inscripciones en el Colegio Nacional de Monserrat se efectuarán sin distinción de sexo, no sólo ha actuado como órgano competente dentro de la esfera de sus atribuciones, sino que, más aún, ha removido un valladar discriminatorio -que hoy resulta moral y jurídicamente abominable- que impedía la plena participación de las jóvenes cordobesas en la vida educacional y cultural de su provincia”⁷⁰.

⁶⁹ Ruth B. Ginsburg, *Constitutional Aspects of Sex-Based Discrimination*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1974, p.89.

⁷⁰ Caso *González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba*.

Y agrega:

*“las categorías fundadas en el sexo no deben usarse para crear o perpetuar la inferioridad legal, social y económica de la mujer. En todo caso, las clasificaciones fundadas en el sexo pueden ser utilizadas para compensar a las mujeres por las inhabilidades que ellas han sufrido a través de la historia”*⁷¹.

Al afirmar Petracchi que el estado no puede “perpetuar la inferioridad legal, social y económica de la mujer”, incorpora al análisis sobre la igualdad de trato ante la ley mucho más que el limitado principio de razonabilidad funcional o instrumental. La idea de “no perpetuación de la inferioridad” de un grupo, nos acerca a la aspiración de dismantelar un sistema de castas, como dirían Fiss o MacKinnon, que coloca a ese grupo en condición permanente de exclusión e inferioridad. Con este argumento, Petracchi pasó del campo de la igualdad como no discriminación, que domina la interpretación histórica de la Corte del artículo 16, al de la igualdad como no sometimiento. Aquí Petracchi está más cerca del Brennan de *Plyer* que de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Reed v. Reed*.

DOS CONCEPTOS DE IGUALDAD; DOS CONCEPTOS DE CATEGORÍAS SOSPECHOSAS

La adopción justificada de alguno de los dos conceptos de igualdad presentados en este ensayo tiene implicancias relevantes para discernir la constitucionalidad de una variada gama de decisiones públicas. Según la jurisprudencia y doctrina vigentes, las categorías sospechosas operan como límite al accionar del estado respecto de distinciones que éste desee llevar a cabo entre las personas. Sin embargo, la identificación de esas categorías sospechosas estará controlada por el concepto de igualdad que se adopte. La toma de posición respecto del concepto de igualdad como no-discriminación o como no sometimiento, conduce a dos concepciones muy diferentes de categorías sospechosas. Veamos qué sucede en cada caso.

Desde la perspectiva de la igualdad como no-discriminación, las categorías sospechosas se referirían a aquellos criterios utilizados para realizar diferencias entre las personas y que *nunca* parecerían justificarse como criterios que puedan superar el test de razonabilidad funcional o instrumental. La edad (caso *Salgado, Graciela Beatriz c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*⁷²),

⁷¹ Caso *González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba*. El énfasis agregado es mío.

⁷² Expte. Nro. 826/01, 21 de Noviembre de 2001, Superior Tribunal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *La Ley*, 2002-B, p. 79. Ver el comentario a este fallo de Sebastián Schwartzman, “¿Debe ser la edad

la estatura (caso *Arenzon, Gabriel c/ Gobierno Nacional (Ministerio de Educación)*⁷³), la nacionalidad (caso *Repetto, Inés M. c/Pcia. de Buenos Aires*⁷⁴), o incluso la apariencia exterior o *lookism* (Ordenanza del Municipio de Santa Cruz, California, de enero de 1992 prohibiendo la discriminación en el empleo sobre la base de la apariencia⁷⁵), serían consideradas como categorías sospechosas desde la perspectiva de la igualdad como no discriminación. La calificación de una categoría como “sospechosa” no es una cuestión menor, desde que ella deposita en aquél que realiza la distinción, la carga de la demostración argumentativa de que existe un interés estatal urgente, si se trata del ámbito estatal⁷⁶, o de una excepción basada en lo que la jurisprudencia de los Estados Unidos a denominado “calificación ocupacional de buena fe” (*bona fide occupational qualification* o BFOQ), si la distinción se realizara en la actividad privada⁷⁷, a fin de superar la presunción de inconstitucionalidad. Según el principio de igualdad como no discriminación, estaría vedada la utilización de cualquier tipo de categoría que no fuera estrictamente funcional o instrumental a los fines de la regulación. En este sentido, resulta difícil identificar alguna actividad (laboral, política, deportiva, etc.) que pudiera estar condicionada por la edad, el sexo, la raza, la religión o incluso la apariencia física. Estas categorías refuerzan la “opacidad” de la mampara detrás de la cual se ubica el jurado (o el empleador) para tomar una decisión, por ejemplo, de contratación. Si lo que deseo es contratar una persona para operar la caja de un banco, el jurado sólo necesitará saber si puede cumplir las funciones que se espera realice (contar dinero, atender al público amablemente, etc.). Si esa persona es hombre o mujer, alto o bajo, feo o bonita, resulta ser irrelevante y, por lo tanto, la elección de alguno de estos criterios o categorías pondría en evidencia una decisión fundada en razones “prohibidas” por no ser de tipo funcional o instrumental y, por lo tanto, inconstitucionales.

Desde la perspectiva de la igualdad como no-sometimiento, las categorías sospechosas sólo serían aquellas que se refieran a una condición (“ser mujer”, por ejemplo) que se asocie con la caracterización de un grupo sistemáticamente excluido, sometido o sojuzgado por otro u otros grupos dentro de una estructura social medianamente cristalizada. Este principio no expande ni reduce el universo de las categorías sospechosas, sino que asocia las categorías sospechosas con criterios divergentes o idénticos a los que identifica el principio de no-discriminación, pero por razones diferentes. No cualquier categoría que no pueda superar el test de “funcionalidad” o “instrumentalidad” será calificada de sospechosa, sino que sólo lo serán aquellas categorías que se correspondan con un grupo sojuzgado o excluido. “Ser bajo de estatura” difícilmente pueda corresponderse con la categoría que identifica a un grupo sojuzgado. Las personas de baja estatura no son, generalmente, un grupo sometido. En cambio, “ser mujer”, en la mayoría de los países de América Latina y, por cierto en

considerada una categoría sospechosa?, *Suplemento de Derecho Constitucional, Revista La Ley*, Buenos Aires, 18 de octubre de 2002.

⁷³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15 de mayo de 1984, publicado en *La Ley*, 1984-C, p. 183.

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación 8 de noviembre 1988, publicado en *La Ley*. 1989-B, p. 348

⁷⁵ Ver Robert Post en Robert C. Post, “Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law”, en Robert C. Post et al., *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham, 2003, p. 2.

⁷⁶ Ver Robert Post, “Prejudicial Appearances...”, p. 17.

⁷⁷ Robert Post, “Prejudicial Appearances...”, p. 24.

Argentina, es una categoría sospechosa desde la perspectiva de la igualdad como no sometimiento.

Esta distinción entre categorías sospechosas (que se corresponden con la igualdad como no sometimiento) y categorías irrazonables (que se corresponden con la igualdad como no discriminación) impone en cabeza de los agentes que llevan a cabo el trato diferente sobre la base de unas y otras, distintos niveles de exigencia argumentativa justificatoria del trato desigual, se trate del estado o de particulares, y un tipo de análisis diferente. En el primer caso, deberá demostrarse la no existencia de una situación de sometimiento, sojuzgamiento, exclusión o, en términos de Petracchi, de perpetuación de una relación de inferioridad. En el segundo caso, se deberá demostrar la relación de funcionalidad o instrumentalidad entre el criterio escogido y el fin buscado por la regulación (la estatura no parece ser funcional al buen desempeño como maestro), a menos que se redefinan los fines de la regulación.

Volviendo al caso *González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba*, es interesante observar de qué modo, la falta de claridad respecto de la concepción de igualdad adoptada, condujo a una cierta ambigüedad en la decisión de Petracchi, quien por momentos parece adoptar un criterio de igualdad como no sometimiento (de acuerdo al párrafo citado más arriba) y por momentos funda su opinión en una concepción de igualdad como no discriminación. La versión de igualdad como no discriminación, contribuye a identificar al “sexo” como categoría sospechosa y, por lo tanto, como sostiene Petracchi, pone en cabeza del estado la carga de la argumentación necesaria para derribar la presunción de inconstitucionalidad por no ser un criterio funcional o instrumental con el fin de selección a los mejores estudiantes. Sin embargo, desde la perspectiva de la igualdad como no sometimiento, que parece subyacer a la aspiración de Petracchi de revertir una situación de “perpetuación de la inferioridad” de un grupo respecto de otro, la categoría sospechosa no sería el “sexo” sino la condición de “ser mujer”. No es el “sexo” el criterio sospechoso, sino “ser de sexo femenino” lo que resulta una categoría imposible de ser sostenida como justificatoria de diferencias que se correspondan con el mandato constitucional. Además, desde la perspectiva de la igualdad como no sometimiento, no se trata de demostrar que “ser de sexo femenino” o “ser mujer” no es una categoría que supere el test de razonabilidad funcional o instrumental, sino que es una categoría que contribuye a “perpetuar la inferioridad” del grupo de las mujeres. Una de las razones por la que esta distinción entre tipos de categorías sospechosas es sumamente relevante, es justamente porque en algunos casos las categorías sospechosas fundadas en el principio de igualdad como no sometimiento resultan contradictorias con las categorías sospechosas que se fundan en la igualdad como no discriminación. Veamos un último caso hipotético. Asumamos que vivimos en una sociedad en la que sistemáticamente se excluye a las mujeres de los cargos políticos, de las posiciones más importantes en los órganos de decisión empresarial o de la actividad educativa. Supongamos que, fundados en la concepción de igualdad como no sometimiento consideramos contraria al artículo 16 de la Constitución Nacional la contratación de empleados públicos exclusivamente varones por “perpetuar una situación de inferioridad” de las mujeres. Supongamos que, en este mismo contexto, una determinada agencia del gobierno *sólo* contrate mujeres. ¿Es posible sostener que esta

práctica de contratación es contraria a la igualdad ante la ley del artículo 16? Desde la perspectiva de la igualdad como no discriminación, el “sexo” será la categoría vedada y la contratación deberá *siempre* hacerse sin tener en cuenta esa característica de la persona (como en nuestro ejemplo de la mampara opaca para seleccionar miembros de la orquesta). Sin embargo, desde la perspectiva de la igualdad como no sometimiento, “ser mujer” será la categoría vedada, mientras que “ser varón” no sufrirá la misma suerte.

LA IGUALDAD ANTE LA LEY EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA A 150 DE SU SANCIÓN ORIGINARIA

Dos conceptos de igualdad están en debate: la igualdad como no discriminación y la igualdad como no sometimiento. La idea de igualdad como no discriminación no está necesariamente en el completo error. Todo lo contrario, ella responde al ideal básico de la igualdad de trato ante la ley libre de caprichos, tratos arbitrarios o prejuiciosos. Ello es lo menos que exigimos como trato igualitario. Sin embargo, esta idea de igualdad parece olvidar situaciones en las que la desigualdad de trato no se funda en la arbitrariedad o el prejuicio, sino que es la consecuencia de situaciones de desigualdad estructural a la que se encuentran sometidos algunos grupos de nuestra sociedad. Una idea de igualdad nos protege frente al capricho y la “irrazonabilidad”, la otra se dirige a revertir prácticas sociales de exclusión y “perpetuación de situaciones de inferioridad”. Como sostiene Post, la razonabilidad funcional puede, en ocasiones, por ser “ciega” al contexto, perpetuar prácticas sociales desigualitarias⁷⁸. La mampara opaca es “aparentemente” neutral, sólo que opera desprejuiciadamente en una estructura social que impide tener un real acceso a la audición de prueba para la orquesta a todos los grupos por igual. La mampara, sin embargo, resulta altamente eficaz para impedir al jurado seleccionar al músico fundando la decisión en que es más elegante o que es el amigo del mayor donante al teatro en el que funciona la orquesta, pero esa neutralidad sirve para evitar cierto tipo de trato desigual pero no todos ellos.

La nuestra es una Constitución de raíz liberal igualitaria que incorpora una idea de igualdad relacionada con la idea de no-sometimiento. Sin embargo, es verdad que el artículo 16 no ofrece muestras claras e irrefutables de reflejar ese sentido. Su redacción es muy magra y la referencia a la “idoneidad” para ocupar cargos públicos puede inducirnos a pensar que la idea de igualdad como no-discriminación subyace a esa norma. También podemos decir que expresiones como las de Moreno confirman la intuición del ideal igualitario en el sentido de igualdad como no-sometimiento presente en los debates constitucionales del siglo XIX. Sin embargo, las cosas se han aclarado un poco más a partir de 1994. El reconocimiento constitucional de las acciones afirmativas vino a confirmar que la concepción de igualdad como no sometimiento debe complementar la

⁷⁸ Robert Post en Robert C. Post, “Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law”, en Robert C. Post et al., *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham, 2003, p.40.

idea de igualdad como no discriminación y, de este modo, esta versión combinada de la igualdad ante la ley es la que debe guiar nuestra interpretación del artículo 16 de la Constitución Nacional y la resolución de casos en los que esa igualdad se encuentra vulnerada por actos u omisiones del estado o de los particulares. La introducción del artículo 75, inciso 23 y su implícito reconocimiento de la igualdad como no sometimiento, sumada al camino que nuestra Corte ha empezado a transitar con la idea de “no perpetuación de la inferioridad” de grupos por medio de los votos del Ministro Petracchi, deben guiar nuestra más moderna interpretación del principio de igualdad ante la ley del artículo 16 de nuestra Constitución Nacional.