

Citar como:

Roberto Saba, “Desigualdad estructural y acciones afirmativas”, en Augusto Varas y Pamela Díaz-Romero (editores), Fundación Equitas, Ril Editores, Santiago, Chile, 2013, pp. 85-125.

Desigualdad Estructural y Acciones Afirmativas*

Por Roberto P. Saba[#]

Dos concepciones acerca de la igualdad de trato ante la ley compiten tanto en el discurso experto de los juristas, como en el de aquellos que no lo son. La primera de ellas se asocia con la intuición extendida de que la igualdad exige un trato no-arbitrario o, según la jurisprudencia de los tribunales de la mayoría de los países que se rigen por un sistema de democracia liberal, un trato denominado “razonable”. Esta concepción de igualdad rechaza cualquier trato diferente entre las personas, ya sea por parte del estado o incluso, en algunos casos, también proveniente de particulares, que se base en un trato arbitrario, en el sentido de que el criterio que justifique ese trato no guarde una relación de funcionalidad con el fin buscado al efectuarse ese trato. Por ejemplo, si el estado regula el ingreso a las universidades públicas, no puede establecer como requisito de admisión, desde la perspectiva de la igualdad como no arbitrariedad, el de ser varón, pues éste no es un criterio razonable para seleccionar alumnos universitarios al no observar la relación de medio (sexo) – fin (seleccionar estudiantes idóneos).

Las acciones afirmativas son regulaciones o políticas estatales que tienen como finalidad brindar un trato preferencial a una persona por ser ella parte de un grupo de individuos que ha resultado – y sigue siendo – víctima de un trato excluyente, sistemático e histórico. Por ejemplo, el trato que han recibido los afrodescendientes en los Estados Unidos durante casi dos siglos desde la época en la que se permitía la esclavitud hasta la década de 1950, según el cual se los excluía de una enorme cantidad de ámbitos relevantes para

* Una versión expandida y original de este ensayo fue publicada bajo el título “Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en Roberto Gargarella (ed.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008. Sin embargo, el argumento aquí presentado tiene algunas variantes que modifican en parte la idea allí expuesta, como por ejemplo el mayor desarrollo referido a las acciones afirmativas.

[#] Profesor de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos de las Universidades de Buenos Aires y de Palermo.

desarrollar sus planes de vida, tales como la política, la educación, la salud, el transporte, etc¹. En ese contexto, las políticas de acción afirmativa le darían a los integrantes de ese grupo un trato preferencial de modo de revertir la práctica de exclusión, que puede darse tanto a través de normas jurídicas como de acciones colectivas motivadas o no en un acuerdo conciente de quienes la desarrollan. Por ejemplo, en el ámbito universitario, el establecimiento de cuotas para ingresantes que provengan del grupo excluido de la educación superior. Esas cuotas exigirán como requisito, no sólo la idoneidad, sino la pertenencia al grupo “sojuzgado” para poder ser admitido. En un contexto de vacantes limitadas para ingresar a la universidad, los individuos favorecidos por la política de acción afirmativa estarían ocupando lugares en las aulas de las universidades que algunos considerarán le corresponden a los más idóneos que no sean necesariamente parte del grupo sojuzgado. En otras palabras, el criterio del más idóneo sería derrotado por el de la pertenencia al grupo excluido, por lo que algunos individuos que fueran más idóneos que los más idóneos del grupo sojuzgado, no serían admitidos. Esta intuición se apoya en la noción de igualdad como no arbitrariedad – también denominada igualdad como no discriminación – o como la expresión excluyente de tratos razonables. Si ella fuera correcta, entonces las acciones afirmativas estarían en conflicto con la igualdad ante la ley de un modo que parecería ser inevitable y ello es, en cierto modo, cierto. Lo que sucede es que la noción de igualdad que manejan nuestras constituciones liberales es compleja y no se agota exclusiva y excluyentemente en la premisa de la no-arbitrariedad del trato desigual. Aquí es donde entra en escena la segunda de las concepciones de igualdad según la cual la existencia de un grupo de personas que resulta histórica y sistemáticamente tratado de un modo desigual que provoca la imposibilidad de que esas personas desarrollen sus planes de vida autónomos, es contradictorio con el ideal de la igualdad y, por lo tanto, éste último exige acciones estatales tendientes a dismantelar las condiciones estructurales que provocan el sometimiento de un grupo por otro o por el resto de la sociedad. A diferencia de la noción de igualdad como no-arbitrariedad, esta concepción de la igualdad se asocia al imperativo de que ningún grupo de personas puede ser sometido, excluido o sojuzgado por otro grupo de personas. Mientras la igualdad como no-arbitrariedad se asocia al rechazo del trato parcial y al favoritismo injustificado, la igualdad como no sometimiento se asocia al imperativo moral que se opone a la esclavitud o a la instalación de un sistema de castas. La acción afirmativa puede entrar en conflicto con la primera noción de igualdad, incluso, según algunos, de un modo en el que resulta imposible superarlo, mientras que es exigida por la segunda concepción de igualdad. En este breve ensayo presentaré ambas nociones de igualdad para luego mostrar de qué modo las acciones afirmativas se vinculan con cada una de ellas, con el fin de proponer una justificación de las acciones afirmativas que resulte compatible con el ideal de la igualdad.

¹ La fecha que propongo como corte es la de 1954 cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos ordenó por medio de su decisión en el caso *Brown v. Board of Education* la segregación racial de escuelas públicas en todo el país.

El principio de no discriminación y el principio de no sometimiento

Discriminar es hacer distinciones². Es trazar una línea que permite distinguir grupos de personas a las que se tratará de un modo diferente en función de algún criterio. Ese criterio, que determina por dónde pasa la línea clasificatoria puede ser una conducta (cómo las diferencias en el trato que establece el Código Penal entre personas que realizan ciertos y aquellas que no los llevan a cabo con miras a aplicar sanciones a las primeras y no a las segundas), una capacidad o habilidad (saber manejar un vehículo nos hace merecedores de una licencia de conducir mientras que aquellos que no posean esa habilidad o conocimiento no obtendrán el permiso), o un rasgo de la personalidad (ser simpático para la audiencia televisiva nos puede hacer elegibles para conducir el noticiero del canal estatal, mientras otras personas que no posean esa cualidad no lo lograrán). Nadie objeta que el estado tiene la facultad de tratar a las personas de un modo diferente basándose en algunos criterios, categorías o requisitos. Como sucede con toda facultad legalmente reconocida, el estado debe respetar ciertos límites en el ejercicio de su poder para trazar esas líneas que justifican los tratos diferenciados que prescribe la ley, o son el producto de prácticas del gobierno o de prácticas y acciones de los particulares reguladas (permitidas o prohibidas) desde el poder estatal. Detectar por qué la distinción que hace el estado en un caso concreto es un trato diferente constitucionalmente prohibido es una tarea compleja, más aún cuando la norma constitucional, como el artículo 16 de la Constitución Nacional de Argentina, u otras no menos imprecisas normas constitucionales o

² La Corte Interamericana de Derechos Humanos diferencia entre “distinguir” y “discriminar”. Respecto del primero, señala que “se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará (...) para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable (...). La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración, tomando en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas (...) una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho (...) no sólo debe buscar un fin legítimo (...) el art. 14 [de la Convención Americana sobre Derechos Humanos] se viola igualmente cuando se establece de manera clara que no hay relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo (...) no habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente (...). De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del estado frente al individuo siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de las normas, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, puntos 82 al 96. Esta diferencia entre “distinguir” y “discriminar”, pese a que el uso de las palabras es diferentes, no se distingue de la aquí propongo pese a que creo que discriminar es siempre hacer distinciones.

de derecho internacional como el artículo 1ro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, poseen un lenguaje con una textura por demás abierta. Esta inevitable indeterminación radical del texto legal (constitucional o internacional)³ requiere de ser precisada por medio de la interpretación de ese texto para que la norma que él expresa pueda ser aplicada.

Desde 1875 la Corte Suprema de Justicia de Argentina, por ejemplo, ha recurrido al principio de razonabilidad para reconocer los tratos diferentes permitidos y diferenciarlos de los prohibidos, y así asignar significado al artículo 16. Algo similar sucede con las interpretaciones realizadas por tribunales de otros países con normas similares. Según el tribunal argentino, este principio exige que el criterio escogido por el estado (en actos propios o en regulaciones que obliguen a particulares) si aspira a concretar distinciones válidas (constitucionales), debe guardar una relación de funcionalidad con el fin buscado al realizar esa acción o al establecer la regulación. En otras palabras, la Corte ha escogido como *principio intermedio*⁴ rector entre el texto constitucional y la interpretación judicial al principio de igualdad como no discriminación.

El principio de no discriminación entiende que la obligación constitucional de trato igual está guiada exclusivamente por la correcta relación entre medios y fines, una relación que algunos autores llaman de *funcionalidad*⁵. Como lo he tratado de demostrar en otro trabajo⁶, el principio de no discriminación no refleja correctamente la aspiración igualitaria del artículo 16, sobre todo, pero no solamente, después de la incorporación constitucional en 1994 de la obligación estatal de “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad 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 derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.”⁷ El principio de no discriminación y el principio de razonabilidad que lleva implícito, entendido como expresión de la relación de funcionalidad entre medios y fines, no considera relevante tomar en cuenta

³ Carlos Nino, *La constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1997, p. 30 y ss.

⁴ Un “principio intermedio”, concepto acuñado por el Profesor Owen Fiss, es aquel que se yergue entre los jueces que deben aplicar la Constitución y el texto constitucional, a fin de dar significado y contenido al ideal establecido en ese texto. Ver Owen Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause”, en Marshall Cohen, Thomas Nagel, and Thomas Scanlon (eds.), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1977, p. 84. Ver también, Roberto Saba, “Desigualdad estructural” en Roberto Gargarella y Marcelo Alegre (coordinadores), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007

⁵ 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. 18.

⁶ Roberto Saba, “Desigualdad estructural” op.cit.

⁷ Artículo 75.23 de la Constitución Nacional incorporado en la reforma llevada a cabo en 1994.

la situación que afecta *de hecho* a aquellas personas que forman parte de ciertos grupos que han sido histórica y sistemáticamente excluidos de ámbitos tales como el mercado laboral, la actividad política, la educación universitaria o de calidad superior, o de los más básicos servicios públicos por el sólo hecho de ser miembros de ese grupo. Dicho en otras palabras, el principio de no discriminación (o de razonabilidad, o de relación medio-fin) lejos de ser incorrecto, es relevante sólo si se presume que se dan ciertas condiciones de igualdad de oportunidades y de no sometimiento de algunos grupos (en el sentido de trato desigual grupal histórico, sistemático y, por ello, estructural). Si no se dan estas condiciones, el principio de no discriminación “llega tarde” y puede ser un excelente instrumento, a menudo utilizado sin conciencia de sus efectos, perpetuador y reforzador de aquellas prácticas que generan situaciones de desigualdad estructural. El siguiente ejemplo grafica lo que señalo.

En los Estados Unidos, en la década del ‘70, con el fin de evitar una extendida práctica discriminatoria en la conformación de las orquestas municipales, las audiciones en las que se probaban a los postulantes para formar parte de ellas, se realizaban con paneles opacos que separaban al candidato o candidata 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, todas ellas características irrelevantes para la selección de que se trataba (sólo sería relevante tener la habilidad necesaria para ejecutar un instrumento musical), 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 por el instrumento ejecutado. Según Robert Post, “el músico se convertía en un instrumento perfectamente descorporizado (*disembodied*)”⁸. Este sistema de selección, absolutamente ciego de las diferencias entre las personas que no fueran relevantes para la selección de que se trata (la raza, la nacionalidad, el sexo, la religión, la apariencia física, la condición social, etc), resulta ser el método correcto de selección de acuerdo con las exigencias del principio de igualdad como no discriminación. La línea que se traza repartiendo a las personas a uno u otro lado de ella es aquella que aisla la única característica relevante en este caso para justificar un trato diferente: la idoneidad como ejecutor o ejecutora de un instrumento musical.

El objeto de las normas protectorias de la igualdad entendida como garantía contra la arbitrariedad del estado y desde una interpretación individualista del artículo 16 de la Constitución argentina, por ejemplo, es el de intentar construir desde el derecho el mismo tipo de panel opaco, pero normativo y virtual, entre el sujeto que hace la distinción justificada, ya sea el estado o un particular (sometido a regulaciones estatales), y el sujeto cuyo

⁸El 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.

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. El principio de no discriminación (construido sobre el estándar de razonabilidad) se funda en la idea de que la ignorancia o la capacidad de ignorar aquellas condiciones irrelevantes para el fin de la selección o de la regulación, aseguran su neutralidad en la toma de decisiones. La misma idea de un derecho ciego a las diferencias, imagen que se asocia a la idea de una justicia ciega canónicamente representada como una mujer con sus ojos vendados, se apoya sobre esta idea de razonabilidad y perfecta relación de medio y fin⁹. La referencia a la inexistencia de prerrogativas y a la idoneidad como única condición para el empleo que establece el artículo 16 de la Constitución Nacional, se acomodan perfectamente con este principio de no discriminación. La mampara opaca de nuestro ejemplo es el símbolo de la ignorancia de las diferencias irrelevantes y de la carencia de prejuicios que permite evaluar a los candidatos y candidatas 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*¹⁰. En un mundo ideal, este modo de seleccionar miembros de una orquesta, permitiría elegir a los/as mejores músicos sin resultar influenciados por prejuicios discriminatorios hacia, por ejemplo, mujeres o afroamericanos, que correspondían a grupos históricamente ausentes de estas orquestas municipales en los Estados Unidos, y de muchos otros ámbitos de la vida social, económica, cultural y política de ese país. El jurado debe ser completamente ciego o ignorante respecto de las diferencias que sean irrelevantes para juzgar el desempeño de los músicos. Sin embargo, la selección aparentemente neutral y desprejuiciada, fundada en el principio de igualdad como no discriminación, es también ciega, y por lo tanto no neutral, respecto del tipo de personas que se presentan como postulantes para formar parte de la orquesta.

Supongamos que debido a ciertas condiciones y prácticas sociales las mujeres no se presentaran a este concurso para cubrir puestos vacantes en la orquesta. Esto es perfectamente imaginable si pensamos que algunas sociedades asignan cultural e 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 en el caso de ser aceptadas, su situación dentro de la orquesta no sería 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. En este caso, resulta difícil afirmar sin algún grado (importante) de duda que esa selección ha sido totalmente neutral. Quizá fue neutral por no haber mediado acción o intención

⁹ Ver Martin Jay, "Must Justice Be Blind? The Challenge of Images to the Law", en *Law and the Image. The Authority of Art and the Aesthetics of Law*, Costas Douzinas and Lynda Nead (eds.), The University of Chicago Press, Chicago, 1999, p. 19.

¹⁰ 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. 18.

de desplazar a postulantes pertenecientes a ciertos grupos como el de las mujeres, pero no fue neutral en el sentido de que se *omitieron* tomar medidas paliativas de una situación de segregación estructural. Desde el punto de vista de la igualdad ante la ley, no parece ser *absolutamente* irrelevante el dato de quiénes llegan a participar de la instancia de selección detrás del “velo de ignorancia” del jurado.

Existe otra forma de entender el mandato constitucional de evitar tratos desiguales y ella se refiere a la idea de igualdad como no sometimiento o no exclusión. Para esta visión de la igualdad, lo que sucede *de hecho* antes del momento de la selección ciega, es un dato para nada irrelevante. Todo lo contrario. Ese es exactamente el dato de mayor relevancia contra cuyas causas y efectos se articula el principio de igualdad ante la ley (entendido como contrario al sometimiento de un grupo por otro¹¹). Correr el velo y tratar de modo diferente a las personas de acuerdo con el grupo 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 ello resultaría muy probablemente inadmisibles desde la perspectiva de la igualdad como no discriminación. Con aparente paradoja, “ser mujer” sería un criterio insostenible para hacer distinciones y desplazarlas del acceso a ciertas (o a todas las) actividades, como el empleo, al tiempo que sería relevante – y constitucionalmente requerido – para brindarles a las mujeres un trato privilegiado justificado para acceder a esas mismas actividades¹². Sin embargo, la paradoja es sólo aparente, pues el criterio no puede ser utilizado para perpetuar situaciones de exclusión y debe ser usado para revertirlas y desmantelarlas.

La función regulatoria del estado, así como el desarrollo de algunas de sus facultades, como por ejemplo la de contratar personal para su planta de empleados, requiere hacer distinciones entre las personas. Esas distinciones se hacen sobre la base de criterios o categorías que identifican grupos de personas con características comunes. El principio de no discriminación limita la discrecionalidad del estado para hacer esas diferencias y tiende a evitar su arbitrariedad en el ejercicio de sus facultades. Según Owen Fiss, el principio de no discriminación se construye en tres pasos. En primer lugar, reduce el ideal de la igualdad al principio de igualdad de trato (“las situaciones similares deben ser tratadas en forma similar”¹³). Esta es la misma idea que subyace a la

¹¹ Sobre una idea similar crítica del principio de no discriminación y que llama la atención sobre situaciones en las que la discriminación no es el principal mal que un cierto grupo sufre, sino males “más profundos” como la explotación, la marginalización, la pérdida de poder, el imperialismo cultural y la violencia, ver Iris Marion Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1990. Ver especialmente el Capítulo 7, “Affirmative Action and the Myth of Merit”, pp. 192-225.

¹² Ruth B. Ginsburg, *Constitutional Aspects of Sex-Based Discrimination*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1974, p.89.

¹³ Owen Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause”, en Marshall Cohen, Thomas Nagel, and Thomas Scanlon (eds.), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1977, p. 84, en p. 85.

doctrina tradicional de la Corte Suprema argentina, inspirada en la Corte Suprema de los Estados Unidos, y conocida bajo el estándar de “igualdad de trato en igualdad de circunstancias”. De este modo, el Máximo Tribunal argentino 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 circunstancias¹⁴. En el caso *Caille*¹⁵ (1928), por ejemplo, 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*¹⁶ (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”.

La Corte Suprema argentina ha seguido en este punto la tradición interpretativa de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, por ejemplo, en el caso *F.S. Royster Guano Co. v. Virginia*¹⁷ (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”¹⁸.

En segundo término, según Fiss, el principio de no discriminación exige como necesario considerar un hecho aceptable que el estado deba hacer distinciones, teniendo que tratar a algunas personas de un modo diferente a como trata a otras. Por ejemplo, continúa, el menos controvertido de los Códigos Penales establece distinciones entre las personas sobre la base de sus conductas diferentes¹⁹. De este modo, resulta inevitable e incluso justo que se tracen líneas que permitan hacer estas distinciones. La finalidad del principio de no discriminación es identificar qué líneas o distinciones son permisibles. Las únicas distinciones prohibidas, de acuerdo con este principio, son las arbitrarias²⁰.

¹⁴ *Fallos*, 16:118

¹⁵ *Fallos*, 153:67

¹⁶ *Fallos*, 238:60

¹⁷ 253 U.S. 412

¹⁸ La traducción es mía.

¹⁹ Owen Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause”, en Marshall Cohen, Thomas Nagel, and Thomas Scanlon (eds.), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1977, p. 84, en p. 86.

²⁰ Owen Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause”, en Marshall Cohen, Thomas Nagel, and Thomas Scanlon (eds.), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1977, p. 84, en p. 86.

El tercer paso está dado por el método que debe seguir el juez para determinar cuándo la distinción es arbitraria, dado que ello no surge explícitamente de la cláusula que establece la protección de la igualdad en la Constitución (ni en la de los Estados Unidos ni en la de Argentina). El método tiene dos fases: a) la identificación de la discriminación dada por el criterio sobre el cual está basada; y b) considerar que la discriminación es arbitraria si el criterio sobre el que está apoyada no se relaciona con el fin o propósito que persigue el estado²¹. La selección de empleados de la administración pública nacional sobre la base de la raza de las personas, por ejemplo, sería una distinción arbitraria y por lo tanto inadmisibles a la luz del artículo 16 interpretado a través del principio de no discriminación.

Por otro lado, para completar el panorama, Tussman y tenBroek han señalado que la relación entre medio y fin no es siempre tan clara como para dar lugar a una opción dicotómica, es decir, si hay una relación entre el medio y el fin, o si no la hay. La cuestión no se reduce a si el medio está relacionado con el fin o si no lo está, sino que el interrogante es acerca de *en qué medida* el medio (o el criterio escogido) está relacionado con el fin o propósito del estado. Los autores mencionados explican que, dado un cierto propósito estatal, existen dos modos en los que el medio puede no ajustarse al fin (que sea *ill-fit* o desajustado): o bien que sea sobreinclusivo (abarcando más personas que las necesarias dentro del grupo que recibe el trato diferente), o bien subinclusivo (alcanzando con la distinción en el trato a menos personas que las que correspondería)²². Un ejemplo de categoría sobreinclusiva sería la de aislar geográficamente a todos los japoneses que vivían en los Estados Unidos durante la Segunda Guerra Mundial porque se tenía evidencia de que algunos de ellos eran espías que tramaban una conspiración contra los Estados Unidos en beneficio de su país de origen en guerra con su país de residencia. Un ejemplo de subinclusión estaría dado en el mismo caso, por no ordenar el aislamiento de los alemanes en una situación y contexto similares. En estos casos, el juez debe, por un lado, determinar cuál es el criterio escogido para hacer la distinción. Luego, es preciso que establezca cuál es el propósito de la regulación o de la decisión. Una vez logrado esto, debe determinar la legitimidad del propósito y, finalmente, debe establecer si existe una relación de funcionalidad entre el criterio y el propósito. Sin embargo, como esa relación no responde a una opción dicotómica, será necesario saber si, en caso que no haya una perfecta y directa relación entre el criterio y el propósito, el criterio fue sobre o subinclusivo y en qué medida, pues, como veremos más adelante, no en todos los casos de desajuste habrá una arbitrariedad tal que invalide la clasificación. En ciertos casos en los que la arbitrariedad no sea palmaria o que se den otros requisitos, se podrá permitir algún nivel de desajuste (*ill-fitness*) y, por lo tanto, de arbitrariedad. Como señalaré más adelante, si el criterio escogido para realizar el trato diferente es “sospechoso”, estos autores no tolerarán ningún grado de desajuste, a menos que el estado demuestre un interés perentorio que desplace a la presunción de arbitrariedad.

²¹ *Ibid.*

²² Tussman y tenBroek, “The Equal Protection of the Laws”, en 37 *Calif. L. Rev.* 341 (1949).

He aquí la relevancia de determinar qué hace a una categoría ser considerada como sospechosa.

Ahora bien, si el ajuste (*fit*) entre el medio y el fin no es perfecto, y existe una gradación de posibilidades que van de un ajuste paupérrimo a uno óptimo, no siendo todas esas posibilidades inválidas (algún nivel de sub o sobreinclusión sería, como vimos, tolerable en este tipo de casos), la cuestión a determinar será cuál es el estándar que nos permitirá establecer que un cierto desajuste es tan grave que hace al criterio inválido y, por este motivo, catalogar su elección de arbitraria y, por lo tanto, inválida, o que no es lo suficientemente grave (la relación medio-fin no es perfecta pero es tolerable) y por lo tanto constitucionalmente correcta. En este punto es donde la Corte Suprema de los Estados Unidos genera los estándares de “categoría sospechosa” (como la raza) y “derecho fundamental” (como el voto) con el fin de presumir inconstitucional algunas distinciones en la que no sería tolerable un ajuste imperfecto de medio a fin (a menos que el estado demuestre su interés urgente). Al contrario de lo que sucede con el “escrutinio mínimo” o el estándar de “mera racionalidad”, según los cuales los niveles de sub y sobreinclusión tolerables son muy altos, en los casos de la categoría sospechosa y del derecho fundamental el ajuste del medio al fin debe ser el máximo. De este modo, cualquier nivel de sub o sobreinclusión “evitable” sería inadmisibles. El rasgo de “evitable” establecido por la Corte de los Estados Unidos le deja al estado una ventana de trato arbitrario justificado en casos de categorías sospechosas o de derechos fundamentales afectados cuando no hay otro modo de lograr el propósito buscado que no sea a través del recurso a un criterio que no se ajuste perfectamente al propósito²³, que es el interés estatal urgente que el gobierno alegó en *Korematsu* y que además de existir dudas de que pudiera serlo de haber existido la amenaza, hoy los historiadores coinciden en que ella no existió²⁴.

En la jurisprudencia argentina, el concepto de categoría sospechosa y su consecuente escrutinio estricto no se incorpora como consecuencia de la aplicación de la idea de desajuste inadmisibles cuando lo provoca la aplicación de una categoría sospechosa, en principio por considerarla irrazonable en todos los casos. Su incorporación se da, en forma implícita pues no usan la terminología aludida, por medio del voto conjunto de los jueces Petracchi y Bacqué, de una forma un tanto dogmática y como consecuencia de la aplicación de la regla del artículo 20 de la Constitución que prohíbe tratos diferentes entre nacionales y extranjeros en cuanto al ejercicio de los derechos civiles, evitando dar mayores explicaciones acerca de cómo fundan su surgimiento y cuáles son los criterios para asignar a una categoría el status de sospechosa:

²³ Owen Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause”, en Marshall Cohen, Thomas Nagel, and Thomas Scanlon (eds.), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1977, p. 84, en p. 90-91.

²⁴ Gerald Gunther, *Individual Rights in Constitutional Law*, Quinta Edición, University Casebook Series, Westbury, New York, The Foundation Press, Inc., 1992, p. 310.

“...cabe concluir – ante, los categóricos términos del artículo 20 de la 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, aquél 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”²⁵.

Hasta este caso la presunción de inconstitucionalidad parece apoyarse casi dogmáticamente en la provisión constitucional que exige un trato igual de nacionales y extranjeros, de modo que los magistrados no elaboran sobre el carácter sospechoso de la categoría “nacionalidad”. Sin embargo, Petracchi sí desarrolla el embrión de una teoría de las categorías sospechosas en el caso *Delgado* cuando se pronuncia sobre la procedencia constitucional del “sexo” como categoría para justificar tratos diferentes por parte del estado:

“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”.

Si bien me referiré en detalle a la posición de Petracchi en el caso *Delgado* más adelante, es preciso resaltar aquí que el lenguaje de “medios” “relacionados” con “objetivos” y la simétrica referencia a “hombres” y “mujeres” resuena a la jerga asociada al principio de igualdad como no discriminación y su prima, la idea de categoría sospechosa como irrazonable *a priori*, muy en contraste con la idea de remover los obstáculos que impiden el libre desarrollo de un grupo sojuzgado, en las propias palabras del mismo Petracchi: [La Universidad de Córdoba, al erradicar el requisito de ser varón para ingresar al Colegio Monserrat] “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*”²⁶. ¿Es posible hablar de dos Petracchis, uno que ve a la categoría como sospechosa de ser irrazonable y otro que la considera sospechosa por ser la manifestación de una práctica de sometimiento de un grupo? Esta yuxtaposición de argumentos basados en principios diferentes parece estar impidiendo el buen desarrollo de la doctrina de las categorías sospechosas en nuestra Corte Suprema, aunque ella no es más que una indefinición respecto de cuál es la idea de igualdad que la propia Corte está dispuesta a sostener cuando interpreta el principio constitucional.

²⁵ Caso *Repetto*, cit. Considerando 7 del voto de los jueces Petracchi y Bacqué.

²⁶ Caso *González de Delgado*, cit. Considerando 12 del voto del Juez Petracchi.

¿Clasificaciones o Clases?

No parece carecer de sentido identificar ciertas categorías y, luego de hacer un ejercicio mental que arroje como resultado que ellas no podrían ser razonables en ningún caso hipotético, las calificamos de sospechosas justamente porque no podemos imaginarnos de qué modo podrían justificar tratos desiguales que sean constitucionales. En este sentido, frente a este tipo de categorías, entre las cuales podemos imaginar al sexo, la raza o la nacionalidad, parece útil forzar al que las utilice, como por ejemplo el estado, ha demostrar su razonabilidad o la existencia de un interés estatal urgente que supere la presunción de inconstitucionalidad que pesa en su contra. Sin embargo, no todas son buenas noticias, ni nuestro invento, las categorías sospechosas, son una herramienta que sirve para arreglar todos los desperfectos que podemos tener en materia de tratos desiguales injustificados. Tomando prestada una imagen propuesta por Genaro Carrió²⁷ cuando nos mostraba los límites del lenguaje normativo, así como no podemos tomar la sopa con el tenedor, la categoría sospechosa como expresión del principio de no discriminación y su correspondiente centro de gravedad en la exigencia de razonabilidad entre medio y fin, es muy útil para intentar detener tratos desiguales irrazonables, como el tenedor resulta útil para comer alimentos sólidos, pero inútil para dismantelar tratos desiguales estructurales. Es más, ellas podrían ser un obstáculo en el proceso de dismantelamiento si no se estableciera un límite al principio de razonabilidad sobre el que se apoya.

El problema central de las categorías sospechosas como expresión del principio de no discriminación se relaciona justamente con los problemas que presenta este principio respecto del objetivo exigido por el derecho a ser tratado igual constitucionalmente reconocido, de dismantelar situaciones de desigualdad estructural. Como sostuve en otro trabajo²⁸, el principio de no discriminación soslaya el dato sociológico de la segregación o exclusión de grupos y presupone una situación ideal de igualdad de oportunidades que, cuando no se da, no sólo no contribuye a revertirla sino que parece contribuir a perpetuarla. Como en el ejemplo de la orquesta que presenté anteriormente, la ceguera frente a lo que *de hecho* sucede puede hacernos creer que la *neutralidad* dada por la opacidad de la mampara es lo que necesitamos para evitar tratos desiguales prohibidos constitucionalmente. Sin embargo, es esa misma aspiración de neutralidad entendida como ceguera frente a las diferencias y tratos desiguales estructurales que se dan de hecho, lo que contribuye a que la segregación y exclusión de ciertos grupos, rechazadas por el principio de igualdad constitucional, se perpetúen. La mampara opaca no usaba criterios irrazonables en la selección de músicos, pues sólo era relevante que los y las postulantes fueran buenos/as ejecutando sus instrumentos,

²⁷ Genaro Carrió, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Ed. Astrea (1° reimpresión), Bs. As., 2000 p. 21.

²⁸ Roberto Saba, “Desigualdad estructural” op.cit.

aplicando el principio de razonabilidad y comprobando exclusivamente la relación funcional necesaria de medio a fin, pero esa misma razonabilidad no contribuía a que los grupos históricamente desplazados de la actividad dejaran de serlo. El problema del principio de no discriminación, y que se traslada a la categoría sospechosa cuando ella se apoya en él para justificarse o cuando lo usamos para identificar cuáles son esas categorías sospechosas, es que aspira a un cierto ideal de universalidad en la aplicación de la ley (del principio y de las categorías) que no es posible en contextos de grupos sojuzgados o excluidos. El principio de no discriminación y el concepto de categoría sospechosa que se le asocia, rechazan, en términos ontológicos, la existencia misma de los grupos y, en consecuencia, también la existencia de grupos estructuralmente desiguales y la consiguiente exigencia normativa (constitucional) de dismantelar situaciones de exclusión y segregación que afectan a sus integrantes.

El principio de no discriminación autoriza al estado a hacer diferencias en el trato entre las personas sobre la base de clasificaciones no arbitrarias. Es decir, el estado puede tratar de un modo diferente a los grupos A y B, pero el criterio que los distinga debe ser razonable, entendiendo por ello que la relación que une al medio (el criterio escogido) con el fin (el propósito de la decisión o de la regulación) debe ser de funcionalidad. El trato diferente justificado desde el principio de no discriminación identifica a un grupo de personas a las que trata de manera diferente que no se corresponde con una *clase* de personas (una clase sojuzgada o excluida, por ejemplo), sino que se conforma a partir de una *clasificación* basada en un criterio razonable, como puede ser el de aquellas personas que recibirán la licencia de conducir porque han demostrado contar con la habilidad necesaria para manejar un vehículo sin poner en grave riesgo la vida de otras personas. El conjunto de personas capaces de conducir un vehículo no conforma una clase, sino un grupo surgido a partir de una clasificación, que es algo muy diferente. El principio de no discriminación permite un trato diferente basado en una clasificación razonable y no arbitraria (“los que saben manejar” y “los que no saben manejar”), pero no representa la aspiración de proteger a un grupo o clase (las mujeres, los afrodescendientes, las personas con discapacidad, etc.). El trato desigual justificado en el caso de la regulación del otorgamiento de licencias de conducir, sólo aspira a lograr el propósito regulatorio de una mayor seguridad vial, sin que se utilicen medios arbitrarios (como podría suceder si se escogiera el sexo, la raza o las ideas políticas para decidir si se otorga la licencia, o si ella sólo se le diera a quienes depositen un millón de dólares en el banco). Es claro que esa clasificación razonable no busca “proteger” a ningún grupo. Ella sólo aspira a evitar tratos desiguales arbitrarios, de un modo equivalente a lo que el jurado de la orquesta trataba de lograr al instalar la mampara opaca para seleccionar a los músicos. De esta manera, las categorías sospechosas entendidas como la expresión del principio de no discriminación se referirán sólo a categorías que casi nunca podrían justificar clasificaciones razonables (como el sexo o la nacionalidad) y, por ello, arbitrarias, pero no están asociadas con la protección de un grupo o clase (ser mujer, o ser afrodescendiente, o ser homosexual, como forma de proteger a las mujeres, los afrodescendientes o los homosexuales). De esta manera, es posible sostener que, para el principio de no discriminación, la permisibilidad

de la clasificación en la que se funda el trato desigual se apoya exclusivamente en la relación de medio a fin, y por ello es que es posible calificar al principio de no discriminación como individualista²⁹, pues no supone o incluso niega el reconocimiento de clases o grupos sociales. Este razonamiento se extiende a las categorías sospechosas cuando se apoyan en ese principio para justificarse. Sin embargo, esta supuesta universalidad e individualismo (por negar la existencia o relevancia de las clases y sólo reconocer la existencia de *individuos*) oculta la implícita necesidad de referirse a esas clases y su situación de sometimiento, al evaluar la legitimidad de los fines o propósitos de la acción o regulación estatal. El estado, por omisión, en el caso de la orquesta, perpetúa la exclusión de mujeres de entre sus miembros. La opacidad de la mampara (y la clasificación fundada en el criterio de capacidad técnica para tocar apropiadamente un instrumento musical) es el modo en que se persiste con la práctica de exclusión. Si el propósito del estado no es sólo el de conformar una excelente orquesta, sino el de tener una buena orquesta *al mismo tiempo* que se evita excluir a todo grupo de esa actividad, entonces se vuelve relevante el reconocimiento de la existencia del grupo segregado para juzgar la legitimidad del fin y la propiedad del medio³⁰.

De este modo, creo que es posible afirmar que el principio de no discriminación tiene una falla estructural para lograr el ideal de igualdad como no sometimiento, y esa falla se traslada a las categorías sospechosas cuando se fundan en él. La negación implícita que conlleva el principio de no discriminación respecto de la existencia de grupos (y por ende de grupos sojuzgados o excluidos) no permite, o incluso se opone a, la posibilidad de llevar adelante tratos preferenciales respecto de grupos sistemática o estructuralmente segregados o tratados desigualmente. Estos tratos preferenciales se apoyan y justifican en términos opuestos a los del principio de no discriminación, pues parten de la base del reconocimiento del *hecho* de la existencia de grupos estructuralmente desiguales, segregados o excluidos por otro u otros grupos sociales. De este modo, las categorías sospechosas que refieren a criterios supuestamente universales e individualistas (por negar la existencia de grupos o clases) y centrados en la necesidad de realizar clasificaciones no arbitrarias y razonables, como el sexo o la raza (en lugar de proteger a las mujeres o los afrodescendientes), oculta la resistencia a los tratos preferenciales. En palabras de Fiss:

“Una de las deficiencias del principio de antidiscriminación se relaciona con el problema del trato preferencial para negros [en los Estados Unidos]. Este es un tema difícil, pero el principio de antidiscriminación lo hace aún más difícil de lo que es: la permisibilidad del trato preferencial está atada a la permisibilidad del trato hostil contra los negros. El principio de antidiscriminación no reconoce formalmente a los grupos sociales, como los negros; así como tampoco ofrece dispensa alguna de aquellas conductas que benefician a un grupo desaventajado. Este principio sólo reconoce criterios o

²⁹ Fiss, op. cit., p. 100.

³⁰ *Ibidem*.

clasificaciones; y el color negro es un criterio racial al igual que lo es el color blanco. El régimen que introduce es simétrico del de “ciego respecto del color” [o *color blindness*], tornando al criterio del color, cualquier color, presuntamente impermissible. La discriminación inversa, de acuerdo con este argumento, es una forma de discriminación e igualmente arbitraria desde que está basada en la raza”.³¹

Ahora bien, si las categorías sospechosas fundadas en el principio de no discriminación conllevan la falla estructural que heredan de este último, lejos de posibilitar el respeto de la igualdad ante la ley parece que contribuirían a perpetuar situaciones de desigualdad estructural. En respuesta a este problema que presenta la empresa de asociar las categorías sospechosas al principio de no discriminación, creo que vale la pena explorar la posibilidad de justificarlas sobre la base del principio de igualdad como no sometimiento.

El Principio de No-Sometimiento y las Categorías Sospechosas

Si bien existen categorías, como las escogidas por la Corte Suprema argentina en algunos de sus casos, a saber, el sexo o la nacionalidad, que parecen responder a la idea de que ellas son sospechosas por ser palmariamente irrazonables y, por ello, justificadas en el principio de no discriminación, esta Corte, en forma similar a la de su par de los Estados Unidos, ha dejado aflorar intermitentemente, a veces a través de votos particulares de sus miembros, indicios de que esas categorías sospechosas no se refieren a clasificaciones no arbitrarias, sino que, en realidad, se yerguen como un mecanismo de protección de grupos específicos que requieren de una acción estatal para dejar de ser segregados y excluidos. En otras palabras, ambos tribunales, o, al menos, algunos de sus miembros, parecen no estar del todo cómodos con la asociación de las categorías sospechosas con el principio de no discriminación. Estos magistrados sugieren que ellas en realidad se justifican en el principio de no sometimiento, incluso cuando no presentan en sus votos objeción alguna a identificar como categorías sospechosas a criterios tales como el sexo o la nacionalidad, que claramente no se refieren a ningún grupo en particular y cuyo alcance simétrico a todos los grupos parece reconocer implícitamente aquella aspiración de universalidad negacionista de la idea de clases (esta es una contradicción en la posición de estos jueces de la que no parecen ser concientes). Lo que llama la atención es que esos intérpretes constitucionales no perciban que esta yuxtaposición de una visión de las categorías sospechosas como la expresión e implementación del principio de no discriminación y también, al mismo tiempo, como manifestación del principio de no sometimiento, encierra las contradicciones y tensiones propias de mixturar en la justificación de las categorías sospechosas

³¹ Fiss, op. cit., pp. 106-107.

principios que responden a objetivos y valores dispares y, a veces, en conflicto.

Veamos algunos ejemplos. Resulta ilustrativo el voto del Juez Petracchi de la Corte Suprema de Argentina en el caso *Delgado*. Allí el magistrado vincula la aplicación de la categoría sospechosa del sexo con la protección de grupos sojuzgados o estructuralmente desiguales, como las mujeres, refiriéndose expresamente a la relación de la categoría sospechosa (el sexo) con la condición de la discriminación histórica y sistemática. En su voto en el caso *Delgado* sostuvo:

“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*”³².

Esta alusión a “las jóvenes cordobesas” sometidas a una situación de ejercicio “no pleno” de sus derechos, no sólo asume la existencia de un grupo o clase de personas, sino que supone a ese grupo en condiciones de trato desigual estructural y en situación de sometimiento por otro grupo. La idea misma de “remover un valladar discriminatorio abominable” resuena al lenguaje de desmantelamiento de las prácticas que perpetúan la desigualdad estructural de ese grupo y que es propio del principio de igualdad como no sometimiento, no del principio de no discriminación. Luego, reforzando esta línea de pensamiento, Petracchi agrega:

“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, *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*

³² Caso *González de Delgado*, cit. Considerando 12 del voto del Juez Petracchi.

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 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”³³.

En el primero de los dos últimos párrafos citados, el Juez Petracchi se refiere a la exigencia de no denigrar a “alguno de estos sexos” y rechaza distinciones basadas en “generalizaciones” y “restricciones arbitrarias”, lenguaje que resuena al de la igualdad como no discriminación, ideal contrario al trato arbitrario contra cualquier sexo en forma simétrica y no necesariamente de las mujeres en particular. Sin embargo, en el párrafo siguiente, se refiere con claridad a lo que hemos dado en llamar en este trabajo igualdad como no sometimiento, al sostener 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”. No queda claro, entonces, si para Petracchi el principio interpretativo intermediario que debe guiar nuestra asignación de significado al artículo 16 de la Constitución argentina, es el de no sometimiento o el de no discriminación. O en verdad, parece sugerir que ambos pueden funcionar al mismo tiempo como justificación de las categorías sospechosas. Es cierto que cuando sostiene que “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”, parece querer combinar la idea de categoría sospechosa (“sexo”) prohibida por irrazonable, y la categoría sospechosa (“ser varón” como requisito de ingreso al Colegio) entendida como tal por perpetuar la situación de sumisión de las mujeres. Además, parece estar tratando de mostrar el particular juego que debe existir, según él, entre las categorías sospechosas como irrazonables y las categorías autorizadas que generan tratos desiguales irrazonables (por no funcionales) pero que se establecen con el fin de “compensar” tratos desiguales estructurales (históricos, sistemáticos e incontrolables por las víctimas de ese trato) y que identificamos con los tratos preferenciales (como por ejemplo el hipotético establecimiento del requisito de “ser mujer” para completar una cuota de ingresantes al Colegio como forma de contrarrestar y dismantlar la práctica de exclusión de las mujeres del ingreso al colegio en cuestión). Sin embargo, no es claro cuál es el principio intermediario por el que opta, dejándonos con la incógnita acerca de cuál de las siguientes dos posibilidades considera apropiada: o bien las categorías sospechosas son aquellas que son palmariamente irrazonables (salvo que el estado demuestre un interés estatal urgente) o son aquellas que se refieren a grupos históricamente sojuzgados o excluidos de ciertos ámbitos o prácticas sociales que requieren de protección. En otras palabras, ¿la categoría sospechosa en el

³³ *Idem*, Considerando 9 del voto del Juez Petracchi. El énfasis agregado es mío.

caso *Delgado*, para Petracchi, ¿es el “sexo” o la prohibición de ingresar al Colegio por “ser mujer”? Si el principio que sustenta la categorización de un criterio como sospechoso es el de no discriminación, parece ser que el “sexo” debería ser la categoría sospechosa. Si cree que la categoría es sospechosa porque profundiza una práctica de segregación y exclusión de un grupo, entonces la prohibición de que ingresen las mujeres, es lo sospechoso – sospechoso de querer perpetuar la segregación de las mujeres de la educación de excelencia de la Provincia de Córdoba. ¿Es posible que para Petracchi el recurso a la categoría del “sexo” sea sospechoso, y por ende ella deba ser sometida al más estricto de los escrutinios y que la categoría “ser mujer” pueda ser utilizada, sin temor a incurrir en trato desigual injustificado, en caso de instrumentar acciones positivas o afirmativas tendientes a “compensar” el trato desigual histórico de ese grupo? ¿Es posible plantear las dos cosas al mismo tiempo como lo hace el Juez Petracchi? Si la categoría “sexo” es sospechosa, ¿no sería inaceptable hacer distinciones sobre la base del sexo para otorgar un trato preferencial a las mujeres? ¿O será que para Petracchi el desmantelamiento de la situación de exclusión de las mujeres de la enseñanza secundaria de excelencia en la Provincia de Córdoba será un interés estatal urgente que permite derrotar la presunción contra la categoría sospechosa del sexo? Responderé estas preguntas al final de este artículo a modo de propuesta interpretativa de la Constitución y de los votos del Juez Petracchi.

La ambigüedad que se percibe en el caso de la Corte Suprema argentina respecto de cuál es el principio que justifica y determina cuáles son las categorías sospechosas, parece existir también en la Corte Suprema de los Estados Unidos. En el caso *Strauder v. West Virginia*³⁴ este tribunal pareció adherir al principio de no sometimiento, y no al de no discriminación, cuando sostuvo que era inconstitucional excluir a los afrodescendientes de la integración de los jurados para casos penales, basándose en la Enmienda XIV, entendiendo que esa cláusula constitucional tiene por objeto “asegurar a la raza recientemente emancipada, una raza que había sido sometida durante muchas generaciones a la esclavitud todos los derechos civiles de que goza la raza dominante”³⁵. Los conceptos de “raza sometida por generaciones” y “raza emancipada”, así como el reconocimiento de la existencia de una “raza dominante”, son todas manifestaciones muy fuertes respecto de la creencia de la Corte de que la categoría sospechosa es aquella que se utiliza para justificar tratos desiguales que perpetúan esa dominación y sometimiento por la raza dominante respecto de la sojuzgada. Esta visión de la categoría “ser blanco” para poder ser jurado, es un indicio sospechoso, no de ser irrazonable, sino de ser parte de una serie de acciones y prácticas sociales y legales tendientes a perpetuar la situación de sojuzgamiento de un grupo por otro, en este caso de los afrodescendientes por los blancos. Esta asociación del principio de igualdad con la necesidad de dismantelar situaciones de sometimiento o exclusión, y su consecuente relación con una concepción particular de categoría sospechosa, es retomada por el Juez Brennan en el caso *Hernández v. Texas*³⁶, en el que la Corte Suprema declaró inconstitucional la selección discriminatoria de jurados en perjuicio de Mexicanos-Americanos. El

³⁴ 100 U.S. 303 (1879)

³⁵ El énfasis agregado es mío.

³⁶ 347 U.S. 475 (1954)

Presidente del Tribunal sostuvo que “los prejuicios de una comunidad no son estáticos, y de tiempo en tiempo otras diferencias [distintas de las “diferencias de raza o color”] de aquello que es norma en una comunidad pueden definir a otros grupos que necesitan de la misma protección”.³⁷ Es importante señalar que esta cita de Brennan ilustra la necesidad de identificar grupos sojuzgados o excluidos para luego asignarles a esos grupos una protección constitucional tal que justifica la identificación como sospechosos de aquellos tratos diferentes que perpetúen el trato excluyente. En lugar de indentificar *a priori* las categorías sospechosas (¿irrazonables?), Brennan nos invita a detectar los grupos que en cada momento merecen la protección especial que se desprende de la igualdad constitucional. De este modo, las categorías sospechosas podrán variar de acuerdo con las variaciones que se den en los prejuicios de una comunidad respecto de grupos particulares. Volveré sobre este punto hacia el final de este artículo.

De este modo, el máximo tribunal de los Estados Unidos introdujo implícitamente el standard de categoría sospechosa entendiéndola como expresión del principio de no sometimiento. Sin embargo, luego, a partir de los casos *Korematsu v. United States*³⁸ (referido a la relocalización y confinamiento de personas sobre la base de su raza u origen nacional, claras categorías sospechosas) y *Hirabayashi v. United States*³⁹ (referido a toque de queda y restricciones a los derechos de esas mismas personas), esa Corte acuñó explícitamente el concepto de “categoría sospechosa”, pero lo hizo sobre la base de un estándar diferente, esta vez aparentemente asociado a la igualdad como no discriminación. En estos casos la Corte sostuvo que “las restricciones legales que limitan los derechos civiles de *un determinado grupo racial* son inmediatamente sospechosas. Esto significa que los tribunales las deben someter al escrutinio más estricto. Una urgente necesidad pública puede, a veces, justificar la existencia de tales restricciones; el antagonismo racial, nunca”⁴⁰. Es llamativo el abandono del lenguaje del “sometimiento histórico”, las “razas emancipadas”, “dominadas” o “dominantes”, para pasar al lenguaje más universal e individualista, en los términos que describí anteriormente, de la razonabilidad y la falta de arbitrariedad presente cuando identifica como sospechosas a las categorías que encierran “restricciones legales que limitan los derechos civiles de un determinado grupo racial”. Muy lejos quedaron las clases para dejar paso a las clasificaciones. La referencia a que el “antagonismo racial” no podrá justificar “nunca” un trato diferente, resuena a la idea de arbitrariedad que rechaza el principio de no discriminación, dando lugar a la creencia de que la raza nunca puede ser un criterio razonable. Sin embargo, afirmar esto implica también afirmar que la prohibición de ese criterio que es irrazonable *siempre* no supone el objetivo de dismantelar una situación de sometimiento de una raza en particular. La raza como categoría sospechosa *en todos los casos* tiene un alcance simétrico a

³⁷ La traducción es mía.

³⁸ 323 U.S. 214 (1944)

³⁹ 320 U.S. 81 (1943)

⁴⁰ En *Korematsu*, 323 U.S. 214 (1944). La traducción esta tomada de Hernán Gullco, “El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino”, en Roberto Gargarella y Marcelo Alegre (coordinadores), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

“todas” las razas y no supone una situación de hecho de sometimiento de un grupo o la misma existencia de ese grupo como clase sometida.

La justificación de las categorías sospechosas como manifestación del principio de no sometimiento parece volver a emerger en el caso *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*⁴¹ donde se discutía si la edad, dado que se establecía como límite para desempeñarse como policía uniformado y acogerse al régimen de retiro obligatorio el de contar con más de cincuenta años, constituía una categoría sospechosa. Allí la pregunta acerca de qué es lo que convierte en sospechosa a una cierta categoría o criterio parece responderse, de nuevo, con argumentos alimentados por el principio de no sometimiento. La Corte sostuvo que la edad no era una categoría sospechosa:

“La clase de los Policías Estatales uniformados mayores de 50 años no constituye una clase sospechosa a los fines de un análisis de la exigencia de igual protección de la ley. Si bien es cierto que el trato de las personas por su edad no ha estado completamente libre de discriminación, tales personas, a diferencia, digamos, de aquellas que han sido discriminadas por su raza u origen nacional, no han experimentado una “historia de trato desigual intencional”, ni se les han denegado habilitaciones particulares sobre la base de características estereotipadas que no se desprendan de sus habilidades. La clase sujeta a retiro obligatorio según la ley de Massachusetts esta formada por policías uniformados estatales mayores de 50 años. No puede decirse que esa norma discrimina a las personas mayores. En verdad, traza una línea a una cierta edad en la mitad de la vida. Pero incluso la edad avanzada no define a un grupo “discreto e insular” [*Carolene Products, nota al pie nro.4*] que necesite de una “extraordinaria protección respecto del proceso político mayoritario”. En lugar de ello, esa categoría señala un instante al que cada uno de nosotros llegará si vivimos un tiempo promedio.”

Marshall, en su voto disidente, señala en el mismo sentido cuando se refiere a la discriminación por edad:

“[La] Corte está en lo cierto cuando sugiere que hay una diferencia entre el grupo de las personas mayores de edad y las tradicionales clases sospechosas tales como los negros [*Negroes*], así como también la hay entre los mayores de edad y las clases ‘quasi-sospechosas’, tales como las mujeres o los hijos ilegítimos. Las personas mayores de edad no sólo están protegidas por cierta legislación antidiscriminatoria, sino que también lo están por una legislación que les provee beneficios positivos de los que no disfruta el resto de la gente. Además, las personas mayores de edad no están aisladas en la

⁴¹ 427 U.S. 307 (1976)

sociedad, y la discriminación contra ellos no alcanza a todos los ámbitos y actividades [en su idioma original: no es *pervasive*] sino que está centrada principalmente en el empleo. La ventaja de un estándar de protección de la igualdad flexible [por el que aboga Marshall en este voto], es que justamente puede conciliar estas variables. No hay duda de que las personas mayores de edad son discriminadas, y cuando la legislación les niega un beneficio importante – como el empleo – estimo que, con miras a mantener la legislación en cuestión, [Massachusetts] debe mostrar la existencia de un interés razonablemente sustancial y que el modo que eligió para lograr ese interés es razonable y apropiado”.⁴²

Marshall cree que al no ser la edad en este caso una categoría sospechosa (en términos de igualdad como no sometimiento), el caso debe resolverse en términos de razonabilidad de medio-fin, aunque reconoce que el estado es el que debe demostrar el “interés estatal razonable y apropiado.

Categorías sospechosas: ¿Simétricas o asimétricas?

Desde la perspectiva de la igualdad como no discriminación, la relevancia del estándar de la categoría sospechosa se relaciona con la aparente posibilidad de establecer cuáles son las categorías que no pueden dar lugar a ningún margen de desajuste entre el fin legítimo buscado y el medio o criterio escogido. Este trato privilegiado que las categorías sospechosas reciben respecto del resto de las categorías tiene que ver con su evidente irrazonabilidad o disfuncionalidad, dado que resulta casi imposible imaginar esa categoría como causa razonable de un trato diferente justificado. Las categorías más usualmente identificadas como sospechosas, como la raza, la nacionalidad, el sexo o las ideas políticas o religiosas, se corresponden con características de las personas que no parecen ser relevantes para ninguna distinción o diferencia que el estado desee hacer para lograr ningún propósito legítimo. Sin embargo, ninguna de ellas se corresponde necesariamente con la protección de un grupo estructuralmente desigual. Las categorías sospechosas, así entendidas, son “simétricas” en el sentido de que se aplican, por ejemplo, en el caso del sexo, tanto a varones como a mujeres; o a negros, blancos u otros grupos en el caso de la raza. A menos que presupongamos que cuando hablamos de sexo nos referimos a un “uso” de esa categoría que redunde en un trato particular de las mujeres en sociedades dominadas por los varones; o que cuando hablamos de raza, nos referimos a un “uso” de esa categoría que implique un trato especial de las personas descendientes de Africa en sociedades racistas que segregan a los afrodescendientes, los criterios raza o sexo son irrazonables pero no necesariamente son criterios asociados con grupos histórica o sistemáticamente excluidos. Aquí reside, desde mi punto de

⁴² La traducción es mía.

vista, la principal confusión respecto de lo que hace sospechosas a las categorías sospechosas. Tanto la Corte de los Estados Unidos como la Corte Suprema de Argentina han fundido, en el sentido de “agregado”, ambos criterios (el de razonabilidad como freno a la arbitrariedad y el de protección e inclusión de grupos excluidos) provocando alguna incertidumbre sobre el contenido de ese supuesto listado de categorías sospechosas y las consecuencias derivadas de la elección del rasgo que las convierte en sospechosas (su irrazonabilidad o su identificación con grupos excluidos). ¿Qué criterios deberían formar parte de ese listado de categorías sospechosas? ¿Debería haber un listado de categorías sospechosas? La idea misma del listado de categorías sospechosas, ¿no está estrictamente asociado a la idea de igualdad como no discriminación, a la creencia de que ellas se asocian a medios intolerablemente desajustados de los fines buscados por la regulación, y la negación de la existencia de grupos excluidos?

En suma, si las categorías sospechosas se asocian a la irrazonabilidad palmaria del criterio escogido, entonces es claro que ellas se vinculan con una idea de igualdad como no discriminación. La consecuencia práctica de este razonamiento, es que la categoría “ser mujer” sería tan sospechosa como la categoría “ser varón” en cualquier caso, pues no es la referencia a la existencia de un grupo sojuzgado lo que convierte a la categoría en sospechosa, sino su irrazonabilidad palmaria. En cambio, si lo que hace a una categoría sospechosa es la identificación de un grupo al que se ha sojuzgado históricamente con miras a *protegerlo*, entonces “ser varón” o “ser mujer” serán categorías sospechosas sólo en la medida en que sean utilizadas para perpetuar la situación de subordinación de la mujer. Por ejemplo, si el Estado sólo contratara varones para cajeros del banco público, excluyendo a las mujeres del empleo, el requisito de ser varón sería sospechoso. Pero si el requisito fuera “ser mujer” para contratar empleadas del mismo Banco para trabajar como promotoras en la vía pública usando ropa sexualmente atractiva y llamativa con el objeto de atraer la atención de clientes o clientas atraídos por aquellas, perpetuando la estigmatización de las mujeres como objetos en display, entonces, en este caso, el requisito “ser mujer” sería el sospechoso. La sospecha reside, desde el punto de vista de la igualdad como no sometimiento, en que la categoría contribuye a perpetuar una situación de histórica desigualdad estructural. Al dejar de ser la irrazonabilidad palmaria la que torna sospechosa a la categoría, y pasar a ser relevante su relación con la perpetuación de una situación de desigualdad estructural, exclusión o marginalización que la Constitución ordena dismantelar, no habría categorías sospechosas *a priori*, sino que se deberá analizar cada categoría en particular y el impacto del trato diferente operado en función de ella en la situación del grupo específico del que se trate. Si ese grupo es un grupo sistemática e históricamente excluido segregado o marginalizado, estructuralmente tratado en forma desigual y si el trato derivado del recurso a esa categoría perpetúa o profundiza su condición, entonces esa categoría será sospechosa. Lo que deberá haber, entonces, en lugar de un listado de criterios sospechosos *a priori* (aspiración que parece capturar la imaginación de jueces, legisladores y juristas), será una identificación de grupos “protegidos” (contra tratos desiguales que perpetúen su marginalización y sometimiento) que disparará un escrutinio estricto sobre la procedencia de los criterios utilizados para

justificar tratos diferentes que perpetúen su condición. Estos grupos, en virtud de su derecho a la igualdad ante la ley, podrán recibir un trato desigual al recibido por el resto de las personas, y no deberán ser tratados del *mismo modo, como si* no fueran estructuralmente desiguales. En suma, deberán ser tratados en forma desigual con el fin de dismantelar la situación de exclusión estructural. En este sentido, es interesante volver sobre las palabras de Brennan en el caso *Hernández v. Texas*⁴³: “los prejuicios de una comunidad no son estáticos y, de tiempo en tiempo, otras diferencias [distintas de las “diferencias de raza o color” en el caso de los Estados Unidos] de aquello que es norma en una comunidad pueden definir a otros grupos como aquellos que necesitan de la misma protección”.⁴⁴ Resulta claro que Brennan no estaba pensando en una lista de criterios prohibidos *a priori* y *per se* para hacer clasificaciones, sino en la identificación de grupos que requieren de protección estatal para superar una situación de sometimiento. Esa condición de grupo protegido es la premisa necesaria para que opere la sospecha respecto de aquellos criterios utilizados por el estado para justificar diferencias en el trato y cuya aplicación se juzga contribuye a perpetuar el trato que justifica la protección. De este modo, no es necesario pensar en criterios de alcance simétrico (como el sexo o la raza), o de cariz individualista (en el sentido que le dimos precedentemente y que desconoce la existencia de grupos necesitados de protección), sino que el criterio se convierte en sospechoso por el impacto que tiene el trato que en el se sustenta sobre un grupo histórica y sistemáticamente excluido. En este sentido, siguiendo a la profesora Catherine A. MacKinnon, en referencia a la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos, la protección del derecho a ser tratado igual supone entender que el predominio de un grupo por sobre otro u otros grupos en el “espacio histórico” es el enemigo de la igualdad⁴⁵. MacKinnon, a fin de sustentar su posición, se refiere al famoso precedente de la Corte Suprema de su país, *United States v. Carolene Products*⁴⁶ y en particular a la nota número 4 sobre la cual dirigió nuestra atención John H. Ely⁴⁷, en el que tribunal sostuvo que ante una demanda de protección por trato desigual inconstitucional, el trato deparado a las “minorías discretas e insulares”⁴⁸ requiere un escrutinio más severo que el que reciben otros tipos de distinciones hechas por el estado. MacKinnon afirma que esta nota 4 se apoya sobre la misma idea de que la igualdad constitucional es acerca de que ningún grupo predomine sobre el resto de las personas de la comunidad política u otros grupos. Esta protección especial de las “minorías discretas e insulares”, sostiene la profesora, ya había sido aplicada para grupos que no era el de los afrodescendientes (por ejemplo, en *Yick Wo v. Hopkins*⁴⁹) e incluso fue aplicada a otros grupos que no eran minoritarios pero que también eran tratados desigualmente en el sentido por

⁴³ 347 U.S. 475 (1954)

⁴⁴ La traducción es mía.

⁴⁵ Catherine MacKinnon, “Catherine MacKinnon, J., concurring in the judgment”, en Jack Balkin (ed.), *What ‘Brown v. Board of Education’ Should Have Said*, New York University Press, New York, 2001, p.143, p. 149.

⁴⁶ 304 U.S. 144, 153 n.4 (1938)

⁴⁷ John Ely, *Democracia y desconfianza*, Universidad de los Andes, Capítulo 4, pp. 97-131.

⁴⁸ “*Discrete and insular minorities*” en el idioma original.

⁴⁹ 118 U.S. 356 (1886)

ella aludido, como es el caso de las mujeres (ejemplo de lo cual es el caso *Lesser v. Garnett*⁵⁰, en el que consideró que la Enmienda Novena que otorgaba el derecho del voto a las mujeres era una norma válida de la Constitución Federal). En síntesis, la categoría no es sospechosa por ser una categoría *a priori* inaceptable *per se*, sino que, para recibir ese calificativo, dependerá de su impacto sobre la situación de un grupo que resulte necesitado de protección contra tratos desiguales sostenidos, históricos y sistemáticos que provocaban su exclusión y sometimiento. Según MacKinnon, no todo trato diferente por parte del estado respecto de los afrodescendientes será prohibido por discriminatorio, pero todos esos tratos, “por una historia que está lejos de haber sido superada”, debe ser tratado con “sospecha”, haciendo referencia a la doctrina de *Korematsu*.⁵¹

En el recurso de nuestra Corte Suprema al concepto de categorías sospechosas, al igual que el tratamiento que le dan a ellas algunos autores⁵², hay una ambigüedad quizá no percibida por sus miembros o esos autores acerca de qué es lo que le da a las categorías referidas su carácter de sospechosas. Esta indefinición acerca del principio que resulta más apropiado para interpretar el artículo 16 de la Constitución no es inocua y trae aparejada una serie de problemas que sólo se pueden resolver erradicando la ambigüedad. El establecimiento del principio que subyace a las categorías sospechosas nos permitirá dos cosas. En primer término, asumir una posición crítica respecto de su justificación. En segundo lugar, nos despejará el camino para poder establecer la relación entre las categorías sospechosas y los tratos preferenciales como las acciones afirmativas. La tendencia mayoritaria a interpretar el artículo 16 a la luz del principio de no discriminación (como razonabilidad de medio-fin) lleva a asignar el calificativo de “sospechosa” a toda categoría palmariamente irrazonable, en conflicto con la implementación de políticas de trato preferencial como las acciones afirmativas o de discriminación inversa fundadas justamente en esas categorías sospechosas por ser palmariamente irrazonables. Por otro lado, la asignación de significado al artículo 16 (y su lectura complementada con el nuevo artículo 75.23) a través del tamiz del principio de no sometimiento (que asigna relevancia a la situación de hecho de grupos estructuralmente excluidos), obliga a limitar la asignación del adjetivo “sospechosa” a las categorías que se refieren a los grupos que merecen un trato preferencial con miras a dismantelar la situación de exclusión y sólo cuando esa categoría es utilizada para perpetuar la situación de exclusión.

En suma, es necesario, entonces, llamar la atención sobre la necesidad de una mayor definición en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema respecto del principio que subyace a las categorías sospechosas. En segundo término, podemos afirmar que las categorías sospechosas, si asociadas al

⁵⁰ 258 U.S. 130 (1921)

⁵¹ Catherine MacKinnon, “Catherine MacKinnon, J., concurring in the judgment”, en Jack Balkin (ed.), *What ‘Brown v. Board of Education’ Should Have Said*, New York University Press, New York, 2001, p.143, p. 150.

⁵² Hernán Gullco, “El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino”, en Roberto Gargarella y Marcelo Alegre (coordinadores), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

principio de no discriminación, no sólo no ofrecen un estándar demasiado útil para resolver situaciones de desigualdad estructural, sino que parecen incluso conspirar contra la aplicación de políticas de trato preferencial a ciertos grupos, como las acciones positivas, tendientes a dismantelar situaciones de desigualdad estructural. Creo que es posible esbozar una justificación de las categorías sospechosas que no sea incompatible con las políticas de trato preferencial.

Categorías Sospechosas y Trato Preferencial: Dos Propuestas para Superar la Tensión

Como sostuve al comienzo de este ensayo, las acciones afirmativas son políticas impulsadas desde el estado que tienen por finalidad revertir una situación de exclusión o segregación de un grupo de ciertas actividades, prácticas o espacios de la comunidad a los cuales ese grupo no puede acceder como consecuencia de prácticas sociales⁵³. En este sentido, no es necesario, de hecho no es un prerrequisito para que el estado desarrolle estas acciones afirmativas, que existan normas de derecho positivo que provoquen esa exclusión o segregación. Las acciones afirmativas requieren, entonces, de la identificación de tres situaciones que deben darse para que ellas estén justificadas: a) que se acepte la existencia de un grupo como entidad individualizable (afrodescendientes, mujeres, asiáticos, bolivianos, descendientes de inmigrantes, pobres estructurales, etc); b) que existen y son identificables algunos ámbitos relevantes para el desarrollo autónomo de las personas que forman parte de ese grupo o para el ejercicio de sus derechos (como los ámbitos de la política, el mercado laboral, las universidades, etc.); y c) que ese grupo resulte o haya resultado excluido de alguno o algunos de esos ámbitos por un tiempo considerable de modo que su situación de sometimiento se perpetúe, cristalice y naturalice.

Las acciones afirmativas, también denominadas políticas de discriminación positiva o inversa, implican entonces la implementación de tratos diferentes entre las personas sobre la base de criterios habitualmente reconocidos como irrazonables (en el sentido de no funcionales en lo que se refiere a la relación del medio con el fin), pero que se encuentran autorizados constitucionalmente porque persiguen el efecto de dismantelar una situación de exclusión y segregación que se contradice con la idea de igualdad como no sometimiento⁵⁴. Veamos un ejemplo. El recurso a la categoría del sexo para justificar tratos diferentes entre las personas, es considerado irrazonable, en principio, pues no es posible establecer una relación de funcionalidad entre la categoría y prácticamente ningún fin regulatorio (salvo excepciones). Sin embargo, esta categoría irrazonable se convierte en una categoría permitida para hacer distinciones cuando está dirigida a revertir y dismantelar una situación tal que segrega a las personas que pertenecen a un grupo de

⁵³ La acción afirmativa, ejemplo de trato preferencial, se encuentra reconocida constitucionalmente desde 1994 en el artículo 75.23 de la Constitución Nacional.

⁵⁴ Roberto Saba, "Desigualdad estructural" op.cit.

terminado por ser miembros de ese grupo de actividades, prácticas y ámbitos relevantes para su desarrollo autónomo o el ejercicio de sus derechos. Si, en un caso hipotético, percibimos que no hay mujeres titulares de cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y que nunca las hubo en toda la historia de la Universidad, aunque no haya una sola norma que bloquee su designación, el estado parecería estar obligado a llevar a cabo políticas de acción afirmativa tendientes a poner como requisito, en ciertos casos, que las ingresantes *deban* ser mujeres, incluso en detrimento de varones con antecedentes superiores desde el punto de vista de los criterios tradicionales (títulos alcanzados, publicaciones, experiencia laboral, etc.)⁵⁵. Esta política, evidentemente, genera un trato diferente entre las personas que se funda en un criterio que no responde al principio de funcionalidad (relación medio a fin entendida desde la perspectiva estrecha de la idoneidad para el empleo) y que además perjudica a los varones en sus aspiraciones de acceder a esas posiciones sobre la base de criterios “razonables” como la idoneidad, que resultan desplazados por la acción afirmativa. Sin embargo, ese perjuicio no es evaluado como una violación del principio de igualdad desde la perspectiva de la igualdad como no sometimiento porque, por el contrario, ese trato diferente es la consecuencia de la aplicación de un trato igual, entendido como aquel que tiende al desmantelamiento de una situación en la que un grupo somete sobre domina sobre otro.

El artículo 16 de la Constitución argentina hace referencia a la idoneidad como condición exclusiva para acceder a los empleos. La idoneidad evoca el principio de igualdad como no discriminación, pues resulta razonable, en el sentido de la relación de medio a fin, que las personas sean seleccionadas para realizar un trabajo sobre la base de su capacidad para poder realizarlo. La idoneidad como requisito opera como antídoto contra la arbitrariedad y la selección de personas para los empleos sobre la base de criterios irrazonables y fundados, quizá, en sentimientos y tendencias racistas, sexistas, xenófobos o de similar característica. Esta forma de presentar el principio de igualdad, como no discriminación, ha llevado a muchos, incluso a la Corte Suprema argentina, a interpretar las obligaciones estatales derivadas del derecho a la igualdad de trato ante la ley, como obligaciones asociadas al fin de evitar tratos desiguales arbitrarios. Si bien este principio y esta interpretación de la igualdad ante la ley no es totalmente incorrecta, ella es incompleta por no tomar en cuenta los datos de la realidad sobre los que me referí en las secciones anteriores de este ensayo. El principio de igualdad como no discriminación, opuesto a decisiones arbitrarias y exigiendo razonabilidad, supone la inexistencia de grupos sojuzgados, excluidos o sometidos.

En 1994 se incorporó a la Constitución Nacional de argentina el artículo 75.23. Según esta cláusula, el Congreso está facultado y obligado a “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos

⁵⁵ Para un recorrido por los principales temas relacionados con contratación preferencial, ver Judith Jarvis Thomson, “Preferential Hiring”, en en Marshall Cohen, Thomas Nagel, and Thomas Scanlon (eds.), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1977, pp. 19-39.

reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.”⁵⁶ Esta adición incorporó a la Carta Magna un elemento faltante (o hizo explícito un elemento implícito) en el artículo 16, referido a la necesidad de combinar el principio de no discriminación con el principio de no sometimiento. El derecho a ser tratado igual, por supuesto, exige del estado tratos no arbitrarios, pero también exige que, de existir situaciones de sometimiento o exclusión de grupos de un modo estructural y sistemático, ese estado no puede actuar como si ellas no existieran. La neutralidad y ceguera estatal respecto de las diferencias irrelevantes entre las personas para hacer distinciones en el trato no puede aplicarse cuando existen esas situaciones. La mampara opaca que sólo mide la idoneidad de las personas para los empleos, debe correrse y así el estado podrá cumplir con su deber de tomar nota de las situaciones de desigualdad estructural existentes y llevar a cabo las medidas correspondientes que se dirijan a su desmantelamiento. En otras palabras, la razonabilidad de medio a fin se aplicará sólo en condiciones de igualdad que no existen cuando un grupo es sojuzgado y sistemáticamente excluido de ciertos ámbitos como el mercado laboral, la política o la educación. Si ellas no se dan, entonces el estado está habilitado y hasta obligado a tomar “acciones positivas” que tengan por objeto desmantelar los obstáculos que impiden la igualdad de oportunidades. Sin igualdad en el sentido de no exclusión y no sometimiento, con grupos sojuzgados, no es posible aplicar el principio de razonabilidad *como si* ellos esas situaciones de no exclusión y no sometimiento no existieran.

Por todo esto, es necesario realizar algunos ajustes en la teoría que justifica las categorías sospechosas, de modo que éstas se acomoden con una lectura constitucional que le dé sentido de un modo armónico tanto al artículo 16 como al artículo 75.23 de la Constitución Nacional o, para plantearlo de un modo más universal, que concilie la noción de igualdad como no arbitrariedad con la de igualdad como no sometimiento, implícita en las políticas que expresan acciones afirmativas. La idea de que las categorías sospechosas son tributarias del principio de no discriminación no es correcta por las razones que desarrollé a lo largo de este ensayo. Creo que asociarlas con ese principio conspira contra la posibilidad de realizar una lectura e interpretación constitucional acorde con el principio de igualdad como no sometimiento expresado en las medidas de acción afirmativa. El artículo 16, en principio, al exigir razonabilidad (como por ejemplo al establecer la idoneidad como requisito para los empleos), no parecer permitir tratos preferenciales fundados en criterios no funcionales, pero necesarios para desmantelar situaciones de sojuzgamiento. Si las categorías sospechosas son universales e individualistas, negatorias del reconocimiento de las clases sojuzgadas y si ellas expresan la necesidad de no permitir *nunca* criterios no razonables, entonces esas categorías son un obstáculo a los tratos preferenciales y por lo tanto inconstitucionales por no permitir la aplicación del artículo 75.23 en lo que se refiere a la obligación estatal de implementar acciones positivas que hagan

⁵⁶ Artículo 75.23 de la Constitución Nacional incorporado en la reforma llevada a cabo en 1994.

real la igualdad ante la ley. Ahora bien, ¿es posible reconstruir el concepto de categorías sospechosas de modo de conciliarlas con los tratos preferenciales? Creo que sí, pero para eso será necesario repensar el significado, justificación y propósito de las categorías sospechosas. En ese sentido, propongo pensar sobre dos opciones interpretativas que mejorarían la actual doctrina de la Corte Suprema de Argentina en materia de categorías sospechosas y que podría extenderse a los sistemas jurídicos de otros países cuyas constituciones reconocen el principio de igualdad y, además, incorporen implícita o explícitamente, el ideal de la igualdad como no sometimiento estructural. La primera se refiere a considerarlas como expresión del principio de igualdad como no sometimiento y por lo tanto no vinculadas a la razonabilidad de medio a fin. La segunda es insistir sobre ellas como manifestación de relaciones en principio inadmisiblemente desajustadas de medio a fin, pero que serán permitidas sólo cuando el interés estatal urgente sea el de dismantelar una práctica de exclusión y sometimiento estructural de una clase. Ambos caminos interpretativos propuestos se apoyan sobre el reconocimiento de que la Constitución argentina exige al estado no sólo evitar tratos desiguales irrazonables, sino que también debe hacerse cargo de las situaciones de hecho que perpetúan la exclusión y sometimiento de clases de personas, por medio de la implementación de acciones positivas. A continuación me extiendo en estos dos argumentos.

a) La categoría sospechosa como expresión del principio de no sometimiento

Si la categoría sospechosa fuera tributaria del principio de no sometimiento, entonces el conflicto entre razonabilidad y trato preferencial se disiparía. Sin embargo, esta asociación entre la categoría sospechosa y la igualdad como no sometimiento nos obliga a realizar un cambio bastante radical en nuestra forma de concebir la categoría sospechosa. Estamos acostumbrados a pensar, a partir de los casos referidos – *Korematsu*, *Repetto*, *Delgado*, *Hoof*, *Gottschau* y *R.A., D.* –, que las categorías sospechosas conforman una *lista de criterios* que reciben un trato particular derivado de ser considerados sospechosos (el escrutinio estricto es la expresión concreta de ese trato). Sin embargo, como vimos anteriormente, esos criterios tienen una aspiración de universalidad que afecta simétricamente a todas las personas que entren dentro de la *clasificación*, pero niega la existencia de *clases sojuzgadas*. Las categorías sospechosas entendidas como un desprendimiento del principio de no sometimiento, operarían de un modo diferente. En este sentido, estamos obligados, en primer lugar, a determinar cuáles son los grupos sojuzgados, sometidos, sistemáticamente excluidos o víctimas de tratos desiguales estructurales, para luego establecer que serán sospechosos todos aquellos criterios utilizados para hacer distinciones entre las personas que contribuyen a perpetuar la situación de desigualdad estructural de esos grupos. Aquellos criterios que fueran *irrazonables*, pero no fueran una contribución a la perpetuación de la situación de sometimiento y que, por el contrario, sirvieran para realizar tratos diferentes tendientes a dismantelar esas situaciones de desigualdad estructural, no sólo no serían sospechosos, sino que ni siquiera serían ilegítimos. Veamos un ejemplo. Para la igualdad como no discriminación, el sexo, cualquier sexo, en cualquier circunstancia, sería una

categoría sospechosa, por no ser razonable desde la perspectiva, por ejemplo, de la exigencia de idoneidad para los empleos. Para la igualdad como no sometimiento, el requisito de “ser varón” para acceder a un empleo sería casi siempre una categoría sospechosa asumiendo que las mujeres son un grupo estructuralmente desigual y sistemáticamente excluido del mercado laboral. El requisito de “ser mujer” para acceder a un empleo con miras a reestablecer una situación de inclusión de la mujer en el mercado laboral, incluso cuando no sea un requisito *razonable* (pues se trata de una aplicación del criterio del sexo que es *a priori* irrazonable por no asociarse con la idoneidad que sería un criterio razonable), en el sentido de relación de medio a fin, no sería sospechoso. Sin embargo, desde esta perspectiva, si el requisito de “ser mujer” fuera funcional a la perpetuación de una situación de exclusión y sometimiento, entonces, en ese caso particular, sería una categoría sospechosa (estoy pensando en el caso de un empleo donde se utilice a la mujer como “objeto de marketing” reiterando una estigmatización de su grupo funcional a la situación de sometimiento). Es necesario enfatizar, entonces, que la categoría sospechosa como manifestación del principio de no sometimiento no puede ser señalada *a priori* y en abstracto, pues ella será sospechosa sólo si fuera funcional en un caso concreto a la perpetuación del sometimiento de un grupo. Es verdad que esto abre un debate sobre quién está mejor posicionado para determinar cuáles son esos grupos sometidos o excluidos, si el Congreso o el juez, pero este sería un debate de carácter epistémico acerca de quién es capaz de realizar la identificación de esos grupos y no, como sugieren algunos autores, un debate sobre cuáles son las categorías sospechosas. Afirmar esto último, supone ver a las categorías sospechosas como tributarias del principio de no discriminación.

b) El trato preferencial como interés estatal urgente

Si la categoría sospechosa fuera entendida como expresión del principio de no discriminación, lectura que insisto acarrea problemas de todo tipo y que ya mencioné, entonces queda un camino alternativo para que ella no opere como obstáculo a los tratos preferenciales y, de este modo, opere de forma tal que concilie las aspiraciones del principio de igualdad ante la ley (como resulta expresado en el artículo 16 de la Constitución argentina redactado en 1853) y el principio de igualdad como no sometimiento de grupos que son víctima de una situación de desigualdad estructural (como expresa el artículo 75.23, incorporado a la Constitución argentina en 1994 otorgando la facultad al Congreso de implementar medidas de acción afirmativa). Me refiero a la necesidad de establecer la existencia de *un interés estatal urgente que consista en el desmantelamiento de situaciones de desigualdad estructural*. Este planteo requiere, una vez más, de la identificación de grupos sometidos, sojuzgados o excluidos, igual que en el caso del párrafo anterior. Una vez identificados esos grupos, y sobre la base de la obligación constitucional que se desprende del artículo 75.23, el estado puede alegar un interés estatal urgente en no aplicar el principio de razonabilidad (como relación medio-fin) y aplicar un requisito que, si bien es irrazonable por no funcional al fin de la regulación (contratar personas para realizar una tarea específica), es el requisito necesario para desmantelar la

situación de desigualdad estructural. De este modo, el sexo podría continuar siendo una categoría sospechosa (por palmariamente irrazonable), pero ella cedería y dejaría de serlo si contribuyera a revertir la situación de desigualdad estructural. De acuerdo con esta línea de interpretación, si el requisito para ingresar a un colegio público es el de “ser varón”, la categoría es sospechosa por ser irrazonable, pero si el requisito para contratar empleados públicos es “ser mujer”, asumiendo que las mujeres resultaron histórica y sistemáticamente excluidas del empleo público, entonces ese criterio presuntamente irrazonable (por no funcional) se convierte en legítimo por ser parte de una política de desmantelamiento de las condiciones de hecho que excluyen a las mujeres del mercado de empleo público. Ahora bien, *nunca* podría el estado argüir que existe un interés estatal urgente en sostener una categoría clasificatoria que perpetúa situaciones de desigualdad estructural.

Nuestra interpretación sobre el significado de la protección de la igualdad en las constituciones de las democracias liberales impacta sobre otras doctrinas, tales como la de las categorías sospechosas y aquella que intenta justificar las acciones afirmativas. El debate en la jurisprudencia y la doctrina de esos sistemas jurídicos nacionales en torno a la igualdad ante la ley y, más específicamente, sobre el concepto de categoría sospechosa – así como su consecuencia, el escrutinio estricto – y su relación con los tratos preferenciales (como las acciones afirmativas), está aún en ciernes y requiere de mucho trabajo interpretativo. No es mi intención terminar aquí un debate, sino provocarlo. Creo que una mayor definición sobre aquello que hace sospechosas a las categorías sospechosas puede ser muy útil para disipar uno de los obstáculos más potentes que se levantan desde la noción de la igualdad como no arbitrariedad contra un instrumento, quizá el más poderoso que conozcamos a la fecha, que podría sernos de enorme utilidad en la lucha contra la desigualdad estructural: las acciones afirmativas.