Más allá de la igualdad formal ante la ley

Roberto Saba

Durante las últimas décadas, la promesa de igualdad y su búsqueda han sido una constante en las prácticas, las normas y la reflexión jurídicas, lo que reafirma que ni el Estado ni los individuos deben decidir o realizar acciones discriminatorias guiadas por prejuicios y estigmatizaciones. De ahí que nuestras democracias consideren irrazonables y prohíban aquellos requisitos que puedan restringir el goce de derechos constitucionales: una estatura mínima para ejercer la docencia, determinada apariencia física para obtener un empleo o pautas de edad, género o nacionalidad para acceder a cargos en la función pública. Sin embargo, los remedios con que pretenden contrarrestar el trato arbitrario ¿contribuyen realmente a desterrar las situaciones de desigualdad estructural que condenan a mujeres, personas con discapacidad, minorías raciales, ancianos o pobres a la exclusión perpetua y transgeneracional?

En este notable libro, Roberto Saba despliega un magistral análisis de las constituciones de América Latina, el derecho internacional de los derechos humanos y la doctrina de las cortes supremas estadounidense y argentina, para proponer una concepción inédita en el campo del derecho, en cuanto considera la igualdad como no subordinación de grupos. Desde esta perspectiva, los órganos de justicia deben involucrarse en la exigencia de espacios fundamentales para la vida de la comunidad: sus decisiones tienen que tomar en consideración al conjunto de ciudadanos cuyos derechos se ven afectados, en vez de limitarse a casos individuales.

A partir de un sólido y claro desarrollo conceptual, el autor analiza el modo en que ese nuevo paradigma de igualdad puede regular no sólo la acción del Estado, sino también las relaciones entre particulares (como sucede con los contratos o el derecho de asociación) y los estándares para la decisión judicial. A la vez, propone que los tribunales se involucren en el reclamo de políticas públicas que desmantelen las situaciones en que normas y prácticas del Estado –y de los particulares– someten a ciertos grupos. El lector encontrará en estas páginas una reflexión ineludible para promover el desarrollo de la autonomía de todos los integrantes de la sociedad y una auténtica igualdad ante la ley.

ISBN 978-987-629-672-4
9 789876 296724

siglo veintiuno editores

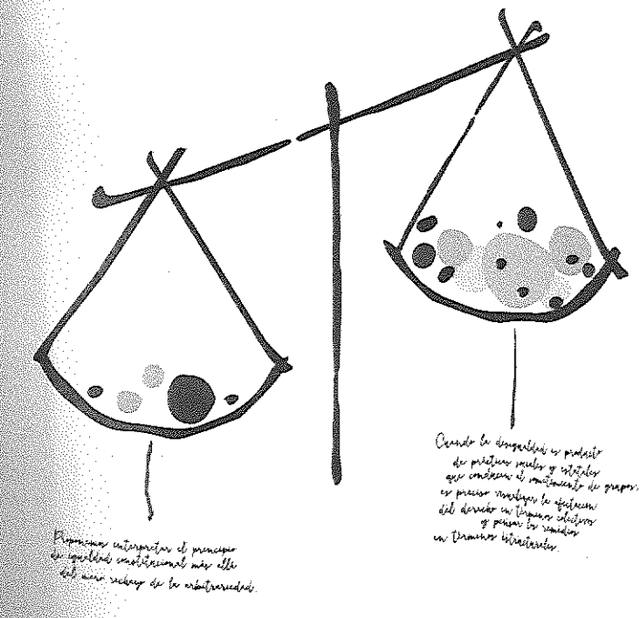
Roberto Saba

Más allá de la igualdad formal ante la ley

Más allá de la igualdad formal ante la ley

¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?

Roberto Saba



siglo veintiuno editores

colección
derecho y política

iero Ricar-
es de Dere-
San Andrés,
chos de los
ich, Marcelo
er, Christian
Gargarella,
Miguel Ángel

eridos profe-
ó transmitir-
enorme com-
su amor por
ar ese legado
hacia quien
e aprendí de
ad estructural
propio pensa-
realidad más
lo porque fue

te docente en
ien me ayudó
as fuentes que
gradecimiento
er decidido in-
como a Carlos
anente genero-
a editorial, y en
z por haberme
ante la etapa de
aducción de las
volumen.
da, Andrea, por
mi voluntad de-
i este ni muchos
odo.

1. Desigualdad estructural

El 6 de diciembre de 1810, Mariano Moreno, uno de los líderes de la revolución independentista argentina, proyectó un decreto que luego dictaría la Primera Junta, en el cual se afirmaba que

> la libertad de los pueblos no consiste en palabras, ni debe existir en los papeles solamente. Cualquier déspota puede obligar a sus esclavos a que canten himnos de libertad, y este canto maquinal es muy compatible con las cadenas y opresión de los que lo entonan. Si deseamos que los pueblos sean libres, observemos religiosamente el sagrado dogma de la igualdad.[1]

El principio expresado en este decreto fue antecedente del art. 1 del Capítulo V y del art. 5 del Capítulo XIV del Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata de 1812;[2] del art. VIII del Capítulo II del Proyecto de la Sociedad Patriótica;[3]

1 Cit. en Jonathan Miller, María Angélica Gelly y Susana Cayuso, *Constitución y derechos humanos*, t. II, Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 1524 (en pp. 1523-1528 consta una reseña histórica sobre el principio de igualdad en los orígenes de nuestra historia constitucional).

2 Art. 1 del Capítulo V: "Todos los ciudadanos gozan de igualdad ante la ley [...] bajo la inmediata protección de las leyes"; art. 5 del Capítulo XIV: "No podrá [el Congreso] conceder títulos de nobleza".

3 Art. VIII del Capítulo II: "La igualdad consiste en que la ley –bien sea preceptiva, penal o aflictiva– es igual para todos y asiste igualmente al poderoso que al miserable, para la conservación de los derechos que cada uno disfruta".

del Decreto del 12 de marzo de 1813 y de las leyes del 21 de mayo y del 13 de agosto de 1813, todos sancionados por la Asamblea General Constituyente reunida ese año.[4] Por último, el principio fue incorporado al Proyecto de Constitución para la República Argentina redactado por Juan Bautista Alberdi en 1853 y cristalizado en el art. 16 de la Carta Magna.

La afirmación de Moreno refiere a una idea de igualdad construida sobre el rechazo del sometimiento de aquellos a quienes él llamaba esclavos por aquellos a los que identificaba como déspotas. Moreno entendía la igualdad como un principio opuesto a la opresión y la imposición de cadenas visibles o invisibles. Pero la intuición fuerte del revolucionario de Mayo no reflejaba la tantas veces aludida tensión entre libertad e igualdad. La igualdad de la que hablaba Moreno no contradecía la idea de libertad sino que, por el contrario, se encontraba estrechamente vinculada a ella. La igualdad entendida como inexistencia de opresión, sometimiento o –para usar un léxico más moderno– exclusión alude al imperativo moral de igual libertad como precondición de la autonomía de las personas.[5]

4 El decreto del 12 de marzo de 1813 dio por extinguida la mita, las encomiendas, el yanaconazgo y el servicio personal de los indios a las iglesias, sus párrocos y ministros. En él se estableció que los indios debían ser tenidos por "hombres perfectamente libres y en igualdad de derechos a todos los demás ciudadanos que pueblan [las Provincias Unidas] debiendo imprimirse y publicarse este soberano decreto en todos los pueblos de las mencionadas provincias, traduciéndose fielmente en los idiomas guaraní, quechua y aymará, para la común inteligencia". Véase Helio Zarini, *Constitución de la Nación Argentina. Aportes para el estudio de derecho e historia constitucionales*, 2ª ed. ampliada, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 36, cit. por Jonathan Miller, María Angélica Gelly y Susana Cayuso en *Constitución y derechos humanos*, t. II, ob. cit., p. 1525.

5 Véanse Ronald Dworkin, "¿Entran en conflicto la libertad y la igualdad?", en Paul Barker (comp.), *Vivir como iguales. Apología de la justicia social*, Buenos Aires, Paidós, 2000, pp. 57-80; Carlos S. Nino, "Liberalismo conservador: ¿liberal o conservador?", en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, pp. 17-44; Norberto Bobbio, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós - ICE UAB, 1993, pp. 53-96.

En 1958, Isaiah Berlin dictó una conferencia inaugural en la Universidad de Óxford presentando una idea de la igualdad coincidente con la que Moreno había desarrollado en su proyecto de decreto un siglo y medio antes en Sudamérica. Berlin proponía allí su teoría acerca de la libertad positiva que, lejos de limitarse a la idea de libertad entendida como no injerencia estatal en las decisiones de las personas –concepción de la libertad que calificaba de *negativa*–, se funda sobre la necesidad de que estas participen en igualdad de condiciones en la empresa colectiva del autogobierno:

> A mí me parece que lo que preocupa a la conciencia de los liberales occidentales no es que crean que la libertad que buscan los hombres sea diferente en función de las condiciones sociales y económicas que estos tengan, sino que la minoría que la tiene la haya conseguido *explotando* a la gran mayoría que no la tiene o, por lo menos, despreocupándose de ella. Creen, con razón, que si la libertad individual es un último fin del ser humano, nadie puede privar a nadie de ella, y mucho menos aún deben disfrutarla a expensas de otros. Igualdad y libertad, no tratar a los demás como yo no quisiera que ellos me trataran a mí, resarcimiento de mi deuda a los únicos que han hecho posible mi libertad, mi prosperidad y mi cultura; justicia en su sentido más simple y más universal: estos son los fundamentos de la moral liberal.[6]

El pensamiento del filósofo de Óxford coincide con el del revolucionario sudamericano, incluso en el ejemplo:

> El triunfo del despotismo es forzar a los esclavos a declararse libres. Puede que no sea necesaria la fuerza, puede que los esclavos proclamen su libertad sinceramente;

6 Isaiah Berlin, "Dos conceptos de libertad", en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Universidad, 1993, p. 195. El destacado me pertenece.

> pero por eso no son menos esclavos. Quizá para los liberales el valor principal de los derechos políticos –"positivos"–, de participar en el gobierno, es el de ser medios para proteger lo que ellos consideraron que era un valor último: la libertad individual "negativa".[7]

Berlin confronta con la idea de libertad individual defendida por John Stuart Mill[8] y sostiene que ese valor debe comprender el dato de la pertenencia de la persona a un colectivo libre de autodeterminarse: en eso consiste el régimen democrático de gobierno.

Alcanzado este punto es necesaria una aclaración sobre el propósito de este libro para evitar equívocos. Si bien en principio no resulta correcto definirlo por la negativa, ciertas características adquiridas por el debate sobre pobreza y desigualdad en la Argentina y otros países de América Latina me obligan a hacerlo. Aquí no me referiré a la distinción entre igualdad formal e igualdad de hecho, tema tan discutido. Sólo intentaré proponer un nuevo marco para discutir el significado de la "igualdad ante la ley" que establece la Constitución argentina y que podría servir de referencia para interpretar cláusulas similares en cuerpos normativos de otros países de la región o incluso en tratados internacionales de derechos humanos. Propondré un encuadre relativamente novedoso, según creo, del debate sobre igualdad constitucional en nuestros países; esto permitirá detectar dos visiones divergentes del significado del principio de igualdad. Una, más cercana a la del pensamiento liberal clásico, de cariz *individualista* y que ha dominado la escasa discusión al respecto en la Argentina y en varios países de la región. La otra, sobre la cual intentaré atraer la atención de los lectores, tiene un claro componente *estructural*. Este segundo enfoque considera fundamental incorporar datos históricos y sociales acerca del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática al que están sometidos amplios sectores de la sociedad. Se apoya en la idea de que el derecho no puede ser

7 Ibíd., p. 236.
8 John Stuart Mill, *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1993, cap. 1.

completamente ciego a las relaciones existentes en determinado momento histórico entre diferentes grupos de personas de una comunidad.

Dicha perspectiva incorpora la preocupación que ya expresaba Moreno en cuanto a la posibilidad de que los déspotas *sometan* a los esclavos, dado que estas categorías generales expresan una relación de sometimiento de un grupo por parte de otro individuo o por el resto del colectivo; o, según Berlin, que la libertad de algunos se logre gracias a la explotación de otros. Por fortuna en los países de América Latina ya no hay esclavos clara e incluso legalmente identificables cuya relación de sometimiento se manifieste de forma explícita. Sin embargo, existen en nuestras sociedades colectivos de personas que, a causa de esa misma pertenencia a determinados grupos, carecen de acceso a ciertos empleos, funciones, actividades, espacios físicos o a la práctica del autogobierno, dada la situación de sometimiento que padecen. Mi supuesto inicial será que esas personas no se autoexcluyen en forma voluntaria y autónoma. En la Argentina casi no hay[9] normas que excluyan a las mujeres, las personas con discapacidades, a los indígenas o a otros grupos –a veces llamados "vulnerables"– del ejercicio de los derechos a ser elegidos para cargos públicos, trabajar en la administración pública, acceder a la educación, a la salud o a la alimentación. Sin embargo, *de hecho*, alcanzar esas metas es para ellos "sólo palabras" –como podría afirmar Berlin–, y esto se debe a una situación sistemática de exclusión social o de sometimiento de esos grupos por otros o por el resto de la comunidad surgida de complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias que los desplazan de ámbitos que, desde luego, ellos no controlan.

9 Digo "casi" porque en nuestro país afirmar esto de un modo más contundente podría ser un tanto arriesgado, ya que nunca se puede estar positivamente seguro de que no existan normas específicas que establezcan la exclusión de alguno de estos grupos de ciertas actividades. Este ensayo apunta a demostrar que esas normas, de existir, serían inconstitucionales.

Este libro aspira a sugerir una interpretación del principio de igualdad ante la ley del art. 16 de la Constitución argentina un tanto diferente de aquel que la visión *individualista* le ha dado y que actualmente se acepta de un modo casi natural. A modo de alternativa propondré una visión *estructural* de la desigualdad que, en lugar de tomar como elemento único de juicio la relación de funcionalidad entre la categoría escogida para hacer diferencias y la actividad regulada, considera relevante la situación individual de la persona, pero entendiéndola siempre como integrante de un grupo que ha sido sistemáticamente excluido y sojuzgado. Además intentaré demostrar que, a la luz de las modificaciones introducidas en la Constitución argentina en 1994, en particular en su nuevo art. 75, inc. 23[10] –pero también en los arts. 37, 75, inc. 2 y 75, inc. 19–[11] la visión *estructural* de la igualdad ha sido

10 Art. 75, inc. 23 C. N.: "[Corresponde al Congreso] legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la *igualdad real* de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad". El destacado me pertenece.

11 Art. 37 C. N.: "Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral"; art. 75, inc. 2 C. N.: "[Corresponde al Congreso] imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan"; art. 75, inc. 19 C. N.: "[Corresponde al Congreso] proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen. Sancionar leyes de organización

expresamente incorporada. Esto confirma la intuición de Moreno expresada, aunque muchas veces olvidada, en el viejo art. 16. Esta relectura de la Ley Fundamental argentina a más de un siglo y medio de su sanción puede dar por resultado una respuesta a situaciones individuales y colectivas de exclusión que se han perpetuado. Dicha visión de la igualdad es consistente con una tradición constitucional liberal igualitaria que se inicia en 1810, se refleja en 1853 y se perfecciona en la reforma de 1994.

EL TRATO IGUAL Y EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

Empecemos por lo básico. El art. 16 de la Constitución nacional establece:

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

Este artículo se complementa con lo establecido en el Preámbulo acerca de los beneficios de la libertad, "para nosotros, para nuestra posteridad y *para todos los hombres del mundo* que quieran habitar el suelo argentino". Ambas expresiones normativas reflejan un

y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales".

principio de igual libertad para todas las personas, que reaparece en el art. 14 cuando establece que "*Todos los habitantes de la Nación* gozan de los siguientes derechos" y en el art. 20, que reconoce a nacionales y extranjeros los mismos derechos civiles [en ambas referencias, el destacado me pertenece].

Si bien es posible identificar la propuesta constitucional de 1853 con el ideal de igualdad ante la ley expresado en el art. 16, establecer con claridad el significado de este ideal normativo no es tarea sencilla. Debemos comenzar por descartar posibles versiones de su significado a las que, por consenso, se considera inadecuadas. Por supuesto que el principio de igualdad ante la ley no implica el derecho de los habitantes de la Argentina a que el Estado[12] no realice *ningún* tipo de distinción en la aplicación de la ley. Las leyes que regulan el ejercicio de los derechos, según lo establece el art. 14 de la Constitución nacional con los límites que al Congreso le impone el art. 28,[13] siempre establecen tratos diferentes hacia las personas. No es cuestión de dilucidar si el Estado puede o no realizar distinciones entre las personas mediante las leyes que sanciona el Poder Legislativo y reglamenta el Ejecutivo. El interrogante, en verdad, apunta a establecer si existe alguna posibilidad de identificar los criterios que ayudan a diferenciar las distinciones permitidas por la Constitución nacional de aquellas que no lo son.

Veamos un ejemplo hipotético. El Estado establece un requisito para el ejercicio del derecho a estudiar: sólo podrán ingresar en las universidades públicas aquellas personas que hubieren completado sus estudios secundarios. Resultaría difícil sostener que este tipo de distinciones es contrario al ideal de igualdad expresado en el art. 16. Como señalé más arriba, al no estar prohibida la facultad de fijar distinciones, esta parecería ser, en principio, una distinción que no despierta sensación alguna de rechazo. Pero no ocurriría lo mismo si el Congreso de la Nación estableciera una regulación del derecho a la educación que distinguiera entre varones y mujeres de modo que reconociera sólo a los primeros el derecho a ingresar en la universidad y se lo prohibiera a las segundas. Todos, o al menos muchos de nosotros –espero no pecar de ingenuo–, reaccionaríamos de inmediato contra este trato diferente por considerarlo contrario a lo que postula el art. 16. Esta intuición sobre la irrelevancia del sexo para realizar distinciones válidas no resulta excepcional, dado que algunas decisiones judiciales de nuestros tribunales y de las cortes de otros países nos acompañan. La Corte Suprema de los Estados Unidos, por ejemplo, se ha pronunciado en este mismo sentido en su clásica decisión en el caso "Cleburne c. Cleburne Living Center, Inc.".[14] Allí el juez White sostuvo:

> Las clasificaciones legales realizadas sobre la base del género requieren un estándar más alto de revisión. *Ese factor usualmente no provee fundamento relevante alguno para un trato diferenciado.* "Lo que diferencia al sexo de otros criterios no sospechosos, tales como la inteligencia o la discapacidad física [...] es que *el sexo no suele guardar relación con la habilidad para desempeñarse o contribuir con la sociedad.*" Es probable que, en lugar de basarse en consideraciones significativas, las leyes que distribuyen beneficios o cargas entre los sexos de modo diferente *reflejen nociones anacrónicas acerca de las capacidades relativas de hombres y mujeres.* Una clasificación basada sobre el género no se sostiene a menos que esté relacionada con un interés del gobierno lo suficientemente importante. [El destacado me pertenece.]

12 En este capítulo me referiré exclusivamente al modo en que el art. 16 C. N. y sus concordantes limitan la acción del Estado. No me detendré en las decisiones tomadas por particulares que podrían resultar contrarias a la igualdad ante la ley, aunque las posiciones aquí defendidas son extensibles a esos casos con algunas prevenciones que no se analizarán en este capítulo, pero a las que me referiré en el capítulo 3.

13 Art. 28 C. N.: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

14 473 U. S. 432 (1985).

La igualdad de trato ante la ley establecida en el art. 16 de la Constitución nacional argentina no requiere que el Estado trate a todas las personas *del mismo modo*. "Tratar igual" no significa "tratar a todos los individuos como si fueran idénticos". Es correcto distinguir aquí entre dos conceptos que muchos autores anglosajones identifican con las nociones de *equality* y *sameness*,[15] que serían equivalentes a "trato igual" versus "trato idéntico". El Estado tiene la facultad constitucional de tratar a las personas de modo diferente, siempre y cuando se funde sobre un criterio justificado. Por supuesto, lo que entendamos por *justificado* es central en esta cuestión y en el tema que me preocupa en este capítulo.

Desde 1875, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha interpretado en numerosas oportunidades que la igualdad de trato ante la ley implica la obligación del Estado de tratar igual a aquellas personas que se encuentran en igualdad de circunstancias.[16] Así, en el caso "Caille"[17] (1928) ha sostenido que

> la igualdad ante la ley establecida por el art. 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" (1957), [18] la Corte ha sostenido que

15 K. Anthony Appia, "Stereotypes and the shaping of identity", en Robert C. Post y otros, *Prejudicial Appearances. The Logic of American Antidiscrimination Law*, Durham, Duke University Press, 2003, p. 56.
16 *Fallos*, 16:118.
17 *Fallos*, 153:67.
18 *Fallos*, 238:60.

> la garantía del art. 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.

De forma equivalente se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, cuya jurisprudencia en la materia ha servido de guía al tribunal argentino en muchas ocasiones. En el caso "F. S. Royster Guano Co. c. Virginia" (1920),[19] esa Corte sostuvo que

> la clasificación debe ser razonable [*reasonable*], no arbitraria, y debe fundarse la diferencia de trato sobre 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.

Esta Corte también ha dicho en "Reed c. Reed" (1971), [20] que

> Cualquier clasificación debe ser razonable [*reasonable*], no arbitraria, y debe descansar sobre algún tipo de base de diferenciación que tenga vinculación, sustancial y justa, con el propósito de la legislación, de manera tal que todas las personas en similares circunstancias sean tratadas de igual forma.

19 253 U. S. 412.
20 404 U. S. 71. Una versión traducida de este fallo consta en Jonathan Miller, María Angélica Gelly y Susana Cayuso, *Constitución y derechos humanos*, t. II, ob. cit., p. 1524.

Cabe destacar que la Corte Suprema de los Estados Unidos distingue aquí entre la razonabilidad [*reasonableness*] de la relación entre la clasificación realizada y el fin buscado [*classifications-ends relationships*], de la "racionalidad" [*rationality requirement*] como principio más amplio y general atinente a la relación entre medios y fines y vinculado con el debido proceso. Si bien ambos principios están relacionados –uno es más abarcador y el otro, más específico– no son exactamente lo mismo. Mientras el primero se refiere a la *proporcionalidad de medios a fines*, el segundo indica la necesidad de *no establecer clasificaciones arbitrarias*. Y este último principio será el utilizado por ambas cortes para establecer un criterio que les permita distinguir los tratos permitidos de los prohibidos por la Constitución.[21]

Si bien el principio de "igualdad de trato en igualdad de circunstancias" parece aportar un estándar interpretativo aceptable del derecho constitucional a la igualdad de trato ante la ley, la cuestión no encuentra solución definitiva y completa. Sólo nos hemos aproximado a una respuesta medianamente satisfactoria respecto del significado del art. 16. Lo único que parece dejar en claro este criterio de interpretación es que el Estado puede tratar de modo diferente a las personas siempre y cuando lo haga en forma homogénea, uniforme y no arbitraria; pero este principio-guía no se expresa sobre qué es lo que califica a esa distinción homogéneamente aplicada como una distinción permitida por el art. 16. Volvamos a nuestro ejemplo hipotético sobre el ingreso a la universidad pública. Antes dijimos que –a la luz del principio de igualdad de trato ante la ley– establecer que sólo podrán estudiar en la universidad aquellas personas que hayan completado los estudios secundarios constituiría una distinción válida. Ahora imaginemos que se presenta ante un juez una persona sin título secundario y reclama su derecho a ingresar en la universidad requiriendo que se declare inconstitucional la regulación mencionada. El fundamento de su

21 Gerald Gunther, *Individual Rights in Constitutional Law*, 5ª ed., Westburg, Nueva York, The Foundation Press, "University Case Series", 1992, pp. 279-283.

reclamo radica en lo que, al entender de esa persona, es su derecho a ser tratada igual que aquellos que sí completaron sus estudios secundarios; así, interpreta la premisa "trato igual" como "tratar a todas las personas del mismo modo". Enfrentada a este reclamo, la Corte –ahora armada con su criterio interpretativo– rechazará el reclamo del querellante con el siguiente argumento:

> "Igualdad ante la ley" significa "igualdad de trato en igualdad de circunstancias". Aquí, la *circunstancia* escogida por el Congreso como *relevante* para hacer una distinción fue la de "haber terminado los estudios secundarios". Todas las personas que cumplan con dicha condición podrán ejercer su derecho a la educación universitaria, mientras que aquellas no lo hagan no podrán acceder a ese nivel superior de formación. Así, la distinción no viola la igualdad ante la ley. Atentaría contra ella, desde luego, si negara el acceso a la universidad a alguien encuadrado dentro de la clasificación, es decir, a una persona que hubiera completado satisfactoriamente sus estudios secundarios.

El razonamiento parece impecable. Sin embargo, no lo es. La respuesta hipotética del tribunal no contesta la pregunta que se le plantea. La cuestión central del caso no se refiere a la aplicación homogénea o general de la norma regulatoria del derecho, sino a la validez constitucional del criterio escogido para hacer la distinción. El razonamiento parece correcto porque ese criterio es demasiado relevante para el fin que busca la regulación.

Intentemos aclarar este punto con otro caso hipotético que expone de modo más contundente el problema. Imaginemos que, además de tener completos los estudios secundarios, la regulación establece como requisito de ingreso "ser varón". De acuerdo con la regla de este nuevo ejemplo, el estudio en la universidad pública estaría vedado a las mujeres, incluso a las que hubieran completado sus estudios secundarios. Ante esta regulación, se presenta una mujer que reclama la declaración de inconstitucionalidad de la norma que establece la distinción porque viola

el principio de igualdad de trato ante la ley. El Estado, ateniéndose a la interpretación acotada del principio de "igualdad de trato en igualdad de circunstancias" sostenida en el ejemplo anterior, podría argumentar que no ha hecho nada contrario al mandato constitucional. En ese sentido, podría aducir que todos aquellos alcanzados por esa circunstancia ("ser varón") gozarán de un trato igualitario, mientras que aquellas personas que no lo estén también serán tratadas en forma igualitaria, es decir, no ingresarán en la universidad.

Una vez más, y conforme a un razonamiento afín al del juez White en el caso "Cleburne", esta solución no resulta convincente, dado que "ese factor [ser mujer] usualmente no provee fundamento relevante alguno para un trato diferenciado".[22] Se vuelve necesario completar el estándar "igualdad ante la ley como igualdad de trato en igualdad de circunstancias" para que responda de manera adecuada a situaciones como la del último ejemplo. Se requiere *calificar* la circunstancia seleccionada como relevante para realizar la distinción que el Estado desea llevar a cabo al regular el ejercicio de un derecho. Con la aspiración de perfeccionar la formulación del principio de "igualdad de trato en igualdad de circunstancias", debemos agregar un segundo estándar que prescriba que esas circunstancias *deben ser razonables*, en el sentido de que guarden una relación de *funcionalidad* o *instrumentalidad* entre el fin buscado por la norma y el criterio o categoría escogido para justificar el trato diferente. Este argumento es similar a lo que la Corte Suprema de los Estados Unidos articula en "Reed c. Reed" cuando sostiene que

> cualquier clasificación debe ser razonable, no arbitraria, y debe descansar sobre algún tipo de base de diferenciación que tenga vinculación, sustancial y justa, con el propósito de la legislación, de manera tal que todas las personas en similares circunstancias sean tratadas de igual forma.

22 473 U. S. 432 (1985).

Esta idea de "razonabilidad funcional" se asemeja al concepto rawlsiano de razonabilidad apropiado para su posición original. En este sentido, John Rawls sugiere interpretarla en su versión más limitada y acotada posible, característica de la teoría económica: "Adoptar los medios más efectivos para alcanzar determinados fines".[23] En un sentido similar se expresa Robert Post cuando, respecto de la aplicación del principio de igualdad ante la ley al caso de los contratos de empleo, sostiene que lo que debe justificar los "tratos diferenciados" es la posibilidad del empleador de argüir una "razón instrumental". "Desde esta perspectiva" –dice Post–, "los empleados pueden ser percibidos como meros medios para el logro de los propósitos gerenciales del negocio del empleador".[24]

Esta versión reformulada del significado de la igualdad de trato ante la ley requiere un doble juicio. Por un lado, establecer cuál es el fin que persigue la norma (en nuestro ejemplo podría ser admitir en la universidad a personas que hayan recibido la educación básica necesaria e indispensable para pasar a un estadio educativo superior) y por otro, encontrar una relación de *funcionalidad* o de *instrumentalidad* entre el criterio escogido (haber completado los estudios secundarios) y el fin buscado (identificar mediante ese *criterio indicativo* a aquellas personas que podrán realizar estudios universitarios). El criterio "haber completado los estudios secundarios" supera esta prueba, mientras que los criterios "ser varón" o "no ser mujer" no la superan, por ejemplo, por las razones que dio White en el caso "Cleburne": no hay modo de poder afirmar que "ser mujer" obra como criterio indicativo del hecho de no

23 Véase John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1971, p. 14 [hay ed. cast.].

24 Robert C. Post, "Prejudicial appearances: The logic of American Antidiscrimination Law", en el vol. homónimo al cuidado de Robert C. Post y otros, ob. cit., p. 18. Post se refiere aquí a las relaciones de empleo entre particulares, tema que analizaré en el capítulo 3 de este libro, pero el principio descripto puede aplicarse también a las relaciones de empleo público en que el contratista es el Estado.

tener la formación básica necesaria para poder iniciar estudios de nivel superior.[25]

Este tipo de razonamiento fue adoptado por la Corte Suprema argentina, que, siguiendo a la Corte de los Estados Unidos, no sólo reconoció que criterios como "ser varón" no son adecuados para establecer una relación funcional con el fin de la regulación (supongamos: "tener la formación adecuada para ingresar a etapas formativas superiores"), sino que ese criterio se percibe *a priori* como irrelevante para *cualquier* relación de funcionalidad o instrumentalidad que podamos imaginar, entendiendo que, en principio, el criterio "ser varón" (casi) *nunca* superará la prueba de razonabilidad en el sentido estrecho que Rawls le asignaría y que sólo podría utilizarse si el Estado demostrara un "interés urgente o insoslayable"[26] para imponerlo. Ninguna de las dos cortes se limita a prescribir que la categoría sobre la cual se funda el trato diferente debe guardar una relación de funcionalidad o de instrumentalidad; además, establecen *a priori* ciertas categorías que (casi) *nunca* podrán ser consideradas razonables. En este sentido, afirman que sólo serían razonables si se fundaran sobre prejuicios anacrónicos en cuanto a los roles que les corresponden a mujeres y varones en nuestra sociedad, como sostenía White.[27]

25 Esto es así a menos que se logre demostrar que, por razones genéticas o biológicas, las mujeres no están "naturalmente equipadas" para realizar este tipo de estudios, lo cual resulta inadmisible. Sin embargo, no olvidemos que hubo intentos semejantes impulsados por autores racistas, entre ellos el que surge de Richard J. Herrnstein y Charles Murray, *The Bell Curve. Intelligence and Class Structure in American Life*, Nueva York, Oxford University Press, 1994. Para una crítica a estas posiciones asociadas con el determinismo genético, véase Orlando Patterson, *The Ordeal of Integration*, Washington D. C., Civitas Counterpoint, 1998, en especial el cap. 4: "For whom the Bell curves: The intellectual and cultural contradictions of genetic determinism", pp. 125-145.

26 Voto del juez Petracchi en "Repetto, Inés María c. Provincia de Buenos Aires s. inconstitucionalidad de normas legales", *Fallos*, 311:2272.

27 Véase el apartado "El trato igual y el principio de no discriminación" de este capítulo.

En los casos "Repetto, Inés María c. Provincia de Buenos Aires s. inconstitucionalidad de normas legales"[28] y "González de Delgado, Cristina y otros c. Universidad Nacional de Córdoba",[29] decididos por el máximo tribunal argentino a partir de los votos de los jueces Enrique Petracchi y Jorge Bacqué, la Corte no sólo adhirió a esta idea de categorías no razonables por no ser funcionales, sino que comenzó a identificar algunas categorías que, en principio, *nunca* parecerían ser razonables (o bien son irrazonables *a priori*). Ellas son similares a aquellas que la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de los Estados Unidos han denominado "categorías sospechosas".[30] Lo que se deriva de esta identificación y calificación lleva a los magistrados a establecer una presunción de inconstitucionalidad de la regulación sólo superable si el Estado logra demostrar *un interés estatal urgente o insoslayable.*

Así, en el caso "Repetto", en el cual se debatía si el requisito de ser nacional para ejercer la docencia en jardines de infantes privados estaba en conflicto con la igualdad ante la ley protegida por la Constitución, Petracchi y Bacqué sostuvieron que

> ante los categóricos términos del art. 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, aquel que sostenga la legitimidad de la citada distinción debe acreditar la existencia de un "interés

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

29 CSJN, "González de Delgado, Cristina y otros c. Universidad Nacional de Córdoba", 19 de septiembre de 2000, *Fallos*, 323:2659.

30 Sobre la doctrina de las "categorías sospechosas", véase Fernando Rey Martínez, "Igualdad, diferencia, discriminación", en *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, pp. 39-61. También Víctor Ferreres Comellas, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 242-268.

> estatal urgente" para justificar aquella, y no es suficiente, a tal efecto, que la medida adoptada sea "razonable".[31]

En un sentido similar, en el caso "González de Delgado, Cristina y otros c. Universidad Nacional de Córdoba", en que se debatía si el sexo de las personas podía ser un requisito impuesto por un colegio público para limitar el ingreso de estudiantes, Petracchi sostuvo que:

> El tribunal [de los Estados Unidos] sostuvo que quienes intenten defender una acción gubernamental que impone categorías, clasificaciones o exclusiones basadas en el sexo, deben demostrar una "justificación (de dicha acción) sumamente persuasiva". Los actos gubernamentales (federales o estaduales) no son compatibles con la "Equal Protection Clause" cuando una ley o una política oficial niega a la mujer, simplemente porque es mujer, un rango de plena ciudadanía, es decir la oportunidad –igual a la del hombre– para participar y contribuir al desarrollo social de acuerdo con sus talentos y a sus capacidades. Quien defienda una clasificación o exclusión basada en el género sexual deberá probar que aquella 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 –afirma la Corte–, *pero no para denigrar a los miembros de alguno de estos sexos,* [ni tampoco] para establecer restricciones artificiales a las oportunidades de una persona.

31 Caso "Repetto", cit., considerandos 6 y 7.

> El exigente estándar de revisión que se aplica a las clasificaciones basadas en el sexo no convierte a aquellas en una categoría totalmente proscripta; pero, sí significa que *las categorías fundadas en el sexo no deben usarse para crear o perpetuar la inferioridad legal, social y económica de la mujer.* En todo caso, las clasificaciones fundadas en el sexo pueden ser utilizadas para compensar a las mujeres por las inhabilidades que ellas han sufrido a través de la historia.
> En el fallo norteamericano se propone un estándar de escrutinio que, si no llega a ser tan estricto como el empleado para las clasificaciones basadas en la raza o la nacionalidad, es sumamente exigente (es revelador que el único juez que hizo disidencia lo encuentre indistinguible del "escrutinio estricto" aplicado para estas dos últimas clasificaciones: 518 U. S. 515, 596).[32]

En ambos casos la Corte estableció que en principio las circunstancias –o categorías– "ser extranjero" y "ser varón" nunca constituyen categorías razonables y por ende no superan la prueba que se desprende del art. 16 para establecer qué distinciones puede realizar el Estado sin violar el principio de igualdad ante la ley. En el primer caso, "ser nacional" no es un buen *criterio indicador* para deducir que una persona será una buena maestra, y, en el segundo, "ser varón" no es la característica personal que asegura que una persona será un buen estudiante en la escuela secundaria.[33] En cuanto a esto cabe recordar que debe existir una relación entre aquella habilidad, característica, condición o atributo de la persona que el Estado considera funcional para lograr los fines de la regulación y, por otro lado, el criterio o requisito que escoge

32 CSJN, "González de Delgado,", cit. El destacado me pertenece.
33 Sobre un análisis de la doctrina de las "categorías sospechosas" en nuestra Corte Suprema, véase Hernán Gullco, "El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino", en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El derecho a la igualdad...*, ob. cit.

como indicador de esa cualidad o atributo instrumental a los fines de la política pública en cuestión.

Por ejemplo, si el Estado lleva adelante una política pública de seguridad vial, es lógico que distinga entre aquellas personas que son capaces de manejar automóviles en forma segura y aquellas que no lo son, en el momento de otorgar licencias de conducir. Sin embargo, para poder identificar a unas y otras, por lo general el Estado requiere la aprobación de un examen de manejo. El buen desempeño en ese test es un *indicador* de que la persona puede conducir de manera correcta un automóvil, pero no es *exactamente lo mismo* que poseer la habilidad de conducir correctamente un vehículo. Es probable que algunas personas aprueben el examen pese a no saber conducir un automóvil como corresponde –por obra de la suerte o el azar en el momento de rendir el examen–, y asimismo es posible que una persona a la que ponen nerviosa los exámenes no lo apruebe aunque sepa manejar un vehículo. Con todo, como las políticas públicas son generales y masivas, el Estado no puede diseñar mecanismos específicos para cada persona cuando llega el momento de identificar si cumple la condición que se busca, por lo cual es necesario encontrar un indicador específico. Ese indicador o *proxy*, sin embargo, puede ser más o menos eficaz para indicar la existencia de la cualidad, condición o atributo buscado.

Esta relación casi siempre imperfecta entre el indicador que fija el Estado como requisito (para ejercer un derecho o ser beneficiario de una política pública) y aquella condición, habilidad o característica que busca (para hacer distinciones en el trato) puede generar situaciones contrarias al respeto de la igualdad ante la ley. Me refiero a aquellas situaciones en que los indicadores escogidos no *encajen*[34] a la perfección con el grupo de personas que reúnen esas condiciones, habilidades o características. Es posible que el indicador sea *subinclusivo* (que identifique menos personas que las que debería) o *sobreinclusivo* (que identifique a más personas de las debidas). Si retomamos el ejemplo de las

34 Fernando Rey Martínez, "Igualdad, diferencia, discriminación", cit.

licencias de conducir, un examen demasiado exigente que busque saber si el aspirante es capaz de manejar un auto Fórmula 1 otorgará menos licencias y excluirá a muchas personas hábiles para conducir un vehículo común. Esta sería una regulación subinclusiva. Por otro lado, si el examen fuera muy sencillo y requiriera exclusivamente conducir un vehículo más o menos correctamente cien metros en línea recta, el indicador –la aprobación del examen– posibilitaría que personas incapaces de conducir un automóvil en la ciudad obtuvieran su licencia.

El problema de los indicadores sub- y sobreinclusivos es que se constituyen en indicios de tratos desiguales irrazonables. En el primer caso, el indicador es irrazonable porque impide acceder a la licencia de conducir a personas que reúnen las capacidades buscadas por el Estado para lograr los fines de la regulación; y, en el segundo caso, permite acceder a esa licencia a algunas personas que no saben conducir un vehículo, mientras que excluye por completo de dicha posibilidad a otras que tampoco saben conducir, que ni siquiera aprobaron ese examen simplificado. No es razonable que el criterio "saber conducir" deje sin licencia a las personas del primer grupo, pero tampoco resulta razonable que quienes no saben hacerlo las obtengan (así, incluso se genera una desigualdad de trato irrazonable entre quienes no aprobaron el examen sencillo y quienes lo aprobaron sin saber manejar, pues los primeros obtendrían su licencia y los segundos no, cuando en realidad ninguno debería obtenerla si lo que se busca es otorgarla a quienes saben manejar). En resumen, a fin de escrutar la razonabilidad del criterio escogido para realizar tratos diferentes, es necesario, además de un análisis de funcionalidad del requisito, una prueba del *encaje* o *fitness* del indicador escogido, para así identificar si los candidatos reúnen los requisitos exigidos.[35] Dado que las políticas públicas y las regulaciones deben ser generales, siempre habrá que convivir con cierto nivel de desajuste "tolerable". Sin embargo, cuando el desajuste excede ese nivel, estamos ante un caso de irrazonabilidad.

35 Íd.

La última prueba que habrá que realizar se refiere a la legitimidad del fin buscado por la regulación, ya que podría suceder que incluso en el caso en que el medio escogido para lograrlo sea funcional o instrumental a los objetivos de la regulación, el fin propiamente dicho sea, sin embargo, contrario a derechos reconocidos por la Constitución. El debate que se dio en la Argentina en torno a los requisitos para contraer matrimonio (que impedían a las parejas del mismo sexo acceder al ejercicio de ese derecho) puede ilustrar este nuevo desafío.[36] El Código Civil establecía en su art. 172 que era

> indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe.

A partir de la aplicación del test de razonabilidad del requisito, que podríamos denominar "de diversidad de sexos de los contrayentes", había que establecer si este era razonable en virtud del fin buscado por la regulación del matrimonio. Parecería serlo si se da por sentado que el requisito surgió de cierta concepción del matrimonio como la unión voluntaria de dos personas con miras a concretar un sacramento religioso propio de la Iglesia católica que tiene entre sus objetivos principales la procreación y si sólo se juzgara la funcionalidad del requisito con el fin de la regulación.[37] Sin embargo, el requisito es inconstitucional, pero no sólo por

36 Roberto P. Saba, "'Sejean' y la concepción liberal de la sociedad", en Aída Kemelmajer, Marisa Herrera y Nora Lloveras (dirs.), Natalia de la Torre (coord.), *Máximos precedentes. Derecho de familia*, Buenos Aires, La Ley, 2014, pp. 38-60.

37 Sin embargo, si la razonabilidad del criterio para justificar tratos diferentes hacia aquellas personas del mismo sexo que quisieran contraer matrimonio consistiera en esto, podrían imponerse otras restricciones a los contrayentes, como el compromiso de procrear o, incluso, la posibilidad de que el Estado disuelva los matrimonios que no procreen,

las restricciones que impone el principio de igualdad ante la ley. Según sostuvo la Corte Suprema argentina en el caso "Sejean",[38] el fin de la regulación del matrimonio tal como constaba en el Código Civil establecía una serie de obligaciones –entre otras, su indisolubilidad– que se correspondían con un ideal de vida afín a las creencias de la grey católica –recordemos la influencia del derecho canónico en la pluma de Vélez Sarsfield cuando redactó el proyecto de ese corpus legal–.[39] Fundada sobre ese dato, la Corte indicó en su decisión que si el Estado impusiera esos requisitos por medio de su ley civil, estaría obligando a las personas a llevar adelante planes de vida ideales diferentes de los que ellas desean para sí, lo cual implicaría afectar su autonomía personal, protegida por el art. 19 de la Constitución –según la propia Corte sostuvo en reiteradas ocasiones–.[40] Estos fines de la regulación del matrimonio podrían considerarse *perfeccionistas* por las razones indicadas y, por eso, inconstitucionales, de modo que invalidan el requisito de la alteridad de sexos que apunta a lograrlos. El trato desigual fundado sobre un requisito funcional a un fin ilegítimo e inconstitucional se considera también inconstitucional, ya no sólo porque viola la igualdad de trato ante la ley al no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino también y sobre

todos supuestos jamás pensados ni admitidos por los defensores del requisito de la alteridad de sexos.

38 *La Ley*, 1986-E, p. 648.

39 Abelardo Levaggi, *Dalmacio Vélez Sarsfield y el derecho eclesiástico*, Buenos Aires, Perrot, 1969.

40 Véanse las decisiones de la Corte Suprema argentina en "Bazterrica, Gustavo Mario s. tenencia de estupefacientes", 29 de agosto de 1986 (*Fallos*, 308:1392); "Sejean, Juan B. c. Zaks de Sejean, Ana M. s. inconstitucionalidad del art. 64 de la Ley 2393", 27 de noviembre de 1986 (*Fallos*, 308:2268); "Portillo, Alfredo s. infracción art. 44 Ley 17 351", 18 de abril de 1989 (*Fallos*, 312:496); "Saguir y Dib, Claudia Graciela s. autorización para transplante de órganos" (*Fallos*, 302:1284); "Arriola, Sebastián y otros s. causa nº 9080", 25 de agosto de 2009 (*Fallos*, 332:1963); "Bahamondez, Marcelo", 6 de abril de 1993 (considerandos 8, 9 y 13 del voto conjunto en disidencia de los jueces Enrique S. Petracchi y Augusto C. Belluscio; *Fallos*, 316:479); "Albarracini Nieves, Jorge W. s. medidas precautorias", 1º de junio de 2012 (*Fallos*, 335:799).

todo porque persigue un fin contrario al mandato constitucional expresado en el art. 19.[41]

En síntesis, el principio de igualdad ante la ley, según la interpretación de la Corte Suprema de Justicia argentina, refleja el principio que alguna doctrina ha denominado "de no discriminación":[42] se viola la igualdad de trato ante la ley siempre que no sea posible superar el test de razonabilidad, que supone que algunas categorías –las sospechosas– *a priori* no pueden superar, como veremos en detalle en el capítulo 2. Esta visión de la igualdad ante la ley, que algunos han dado en calificar de individualista –porque analiza la situación del individuo independientemente de la situación del grupo que este integra– genera la posibilidad de hacer distinciones basadas sobre criterios razonables, es decir, aquellos que logran establecer una relación de funcionalidad con el fin buscado por la regulación. Esta concepción de la igualdad tiene por objeto impedir que el Estado tome decisiones sobre la base de prejuicios e ideas estigmatizantes de las personas y dé lugar a tratos arbitrarios. Desde esta perspectiva, un artículo como el 16 de la Constitución argentina tendría como finalidad que se trate a las personas de modo que lo único relevante sea su capacidad para cumplir con el objeto que busca la regulación en cuestión, siempre que dicho objeto sea constitucional. El Estado debe ser ciego a las características de nacimiento, físicas o de otro tipo que resulten irrelevantes para los fines de la actividad que la persona aspira a realizar; por ejemplo, desempeñarse en un empleo.

Esa meta es noble y sencilla de entender. Sin embargo, esta idea de igualdad como trato imparcial entraña algunas debilidades

41 Véase mi testimonio experto ante la Cámara de Diputados en el contexto del debate sobre la Ley de Matrimonio que finalmente derogó el requisito de la alteridad de sexos en la Argentina: <rpsaba.blogspot.com/2009/11/matrimonio-presentacion-de-roberto-saba.html>.

42 Owen Fiss, *A Community of Equals. The Constitutional Protection of New Americans*, Boston, Beacon Press, 1999, pp. 3-29 [ed. cast.: *Una comunidad de iguales*, Buenos Aires, Miño y Dávila, 2002].

importantes. Analizaremos ahora un caso por demás gráfico que pondrá a prueba esta noción de igualdad y hará evidente el mayor de los desafíos que ella no parece capaz de enfrentar. En los Estados Unidos, en los años setenta, con el fin de evitar una extendida práctica discriminatoria en la conformación de las orquestas municipales, las audiciones de selección de los candidatos se realizaban detrás de paneles opacos que los separaban de los miembros del jurado. Incluso, en algunos casos, se tendían alfombras en el piso para que no pudiera deducirse el sexo de la persona sometida a prueba por el sonido de sus pasos, dado que hombres y mujeres suelen usar diferentes tipos de calzado que producen distintos sonidos identificables. De este modo, el sexo, la raza, la religión, el color de piel, el origen nacional o la apariencia física de la persona quedaban detrás del velo de ignorancia –en un sentido no metafórico– del comité examinador; esto hacía que la decisión de contratar a una de esas personas se basase pura y exclusivamente sobre la calidad del sonido musical. Según Post, "el músico se convertía en un instrumento perfectamente descorporizado [*disembodied*]".[43] El objeto de las normas protectoras de la igualdad y, en especial, la interpretación del art. 16 en esta versión individualista intentan construir desde el derecho la misma opacidad virtual que se exige que exista entre el sujeto que hace la distinción justificada y el sujeto cuyo trato igual se aspira a proteger. Esto busca evitar el prejuicio que conduciría a elegir a los candidatos sobre la base de criterios ajenos a los funcionales. La idea de la mampara opaca evoca la metáfora de la ceguera de la ley como garantía de neutralidad en el trato. Si la ley es ciega –y sorda– a todo, salvo a aquellas cualidades que indicarían la idoneidad de los candidatos y candidatas para cubrir un puesto, entonces la neutralidad de trato, su razonabilidad y su falta de prejuicio estarían aseguradas. Sin embargo, hay algo incorrecto en esta manera de evaluar la igualdad ante la ley. En el apartado

43 Robert Post da este ejemplo en "Prejudicial appearances", cit., pp. 18-19. Véase también "American orchestras: All ears", *The Economist*, 30 de noviembre de 1996, p. 89.

siguiente veremos que la ignorancia o la ceguera no siempre son señales de neutralidad y que la aplicación de un derecho ciego a las diferencias puede tener como consecuencia cierto tipo de trato desigual no justificado desde un enfoque diferente del principio de igualdad.

EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN Y LOS EFECTOS NO IGUALITARIOS

La noción de igualdad como no discriminación parece haber identificado el carácter y la ubicación de esa línea que el Estado –y quizá también los particulares –[44] no puede cruzar al establecer distinciones entre personas dentro de los límites impuestos por la Constitución. Por su intermedio, aparentemente hemos construido un estándar de razonabilidad que interpreta la igualdad ante la ley de modo tal que lograría desterrar y combatir prejuicios y estigmas. Sin embargo, no todas son buenas noticias. Intentaré señalar que en una gran cantidad de casos el principio de no discriminación, sostenido por una visión individualista del principio de igualdad ante la ley, no provee suficientes herramientas para evitar los *efectos* no igualitarios de los tratos supuestamente neutrales. Me refiero a aquellas situaciones en que se realizan diferencias *de hecho* en el trato que reciben las personas y que derivan en exclusión o sometimiento sistemático, a pesar de la intención formal de la autoridad estatal de no guiarse por prejuicios e impulsos arbitrarios.

En el caso descripto, referente a la selección de integrantes para la orquesta municipal, vimos que la mampara opaca permitía aislar el único atributo relevante para la selección de músicos: su idoneidad como tales. La ceguera respecto de cualquier otra condición o característica de los postulantes debía desterrar todo vestigio de prejuicio y arbitrariedad y conducir a una selección que

44 Véase el capítulo 3 de este libro.

por fin incluyera a personas provenientes de otros grupos presentes en la comunidad, como las mujeres o los afrodescendientes que no habían tenido presencia alguna en la historia previa de la orquesta. Sin embargo, para sorpresa de los seleccionadores, al correr la mampara vieron que, una vez más, todos los elegidos por este nuevo método de selección eran varones blancos, precisamente aquella opción contra la cual habían diseñado el sistema de evaluación ciego. ¿Qué había conspirado contra la concreción de una selección más inclusiva que permitiera un acceso igualitario a todos los miembros de la sociedad?

Algo parecido sucede, por ejemplo, en la designación de bomberos de rango superior en la ciudad de New Haven, Connecticut, en los Estados Unidos, según se debatió en la Corte Suprema de ese país en el caso "Ricci".[45] Allí se tomaba examen a los bomberos para determinar los ascensos a las máximas jerarquías, que no sólo implican mejores salarios y beneficios sino más prestigio y reconocimiento social. La tendencia histórica era que no resultaban ascendidos los miembros de las minorías. Las autoridades correspondientes, a fin de que la mampara de la razonabilidad operara de manera correcta, solicitaron a una empresa especializada que diseñara los exámenes, los tomara y los evaluara. Nada parecía indicar que el proceso de selección se apoyaba en criterios irrazonables como la raza o el sexo de las personas. Sin embargo, la última vez que realizaron ese procedimiento, el resultado fue el que querían evitar: todos los seleccionados eran caucásicos, tal como ocurría desde hacía años. Las autoridades decidieron no aplicar los resultados del concurso para evitar que las acusaran de violar las leyes antidiscriminatorias, pero fueron demandadas por los supuestos ganadores del concurso por trato desigual irrazonable.

¿Qué funcionó mal si la mampara era tan opaca como para evitar cualquier trato arbitrario? Es difícil establecer en cada uno de estos casos cuáles fueron los factores reales que influyeron en el resultado del proceso de selección, aunque hay indicios. Para ofrecer una explicación genérica que nos ayude a pensar el pro-

45 "Ricci c. DeStefano", 557 U. S. 557 (2009).

blema propongo reflexionar sobre un par de casos hipotéticos adicionales: supongamos que el ingreso a la universidad pública estuviera limitado a diez vacantes por año y que la selección se hiciera mediante un examen que evaluara los conocimientos adquiridos en el colegio secundario. Demos por sentado, además, que, si bien es verdad que no existe norma alguna que establezca un impedimento para que las mujeres ingresen a la universidad, las estadísticas indican que, *de hecho*, las mujeres no acceden a este nivel educativo. Esto puede suceder por diferentes motivos, entre otros, la autoexclusión de ese género (como consecuencia de bajos niveles de autoestima derivados de un discurso degradante sostenido por décadas por los varones –y también por las propias mujeres– de la sociedad) o ciertas características estructurales derivadas de la distribución de roles en la familia ("la mujer se encarga de las cosas del hogar"). Observemos ahora el caso de las personas que integran los tribunales de justicia en América Latina. Es sencillo determinar estadísticamente que la mayoría de los jueces son varones. En muchos países, la selección de esos funcionarios se realiza por obra de órganos técnicos que toman exámenes anónimos o evalúan con un puntaje universal los logros profesionales de los postulantes. Sin embargo, a pesar de esta ceguera en el proceso de selección, la cantidad de mujeres que llegan a ser juezas es abrumadoramente pequeña.

La exclusión *de hecho* de las mujeres del ejercicio del derecho a estudiar en el primero de los dos últimos ejemplos no se modificaría si el Estado aplicara con rigor el método de la mampara opaca, es decir, la total ceguera respecto de la situación de hecho de los postulantes. En el caso de los músicos es posible que el test se haya diseñado sin intención alguna de excluir a miembros de un grupo específico, de modo que fuera más fácil de aprobar para los miembros de determinado colectivo. Es posible que, por ser más ricos que los afrodescendientes, los blancos pudieran haber estudiado música en conservatorios y universidades y los otros no. Es posible que las mujeres se hayan autoexcluido de la postulación a la orquesta lisa y llanamente porque nunca una mujer había obtenido una posición allí en el pasado y no creían que esa vez sería diferente. Es posible que, en el caso de los tribunales argentinos, la evaluación de los antecedentes profesionales sea "neutral" y ciega al hecho de que las mujeres, si en un momento de sus vidas optan por ser madres, interrumpen su formación o abandonan el mercado laboral durante unos años, y eso impacta sobre su experiencia profesional y hace que su educación aparezca siempre como menos rica que la de los varones de su edad. Tomemos en cuenta que, si el examen que se les tomó a los bomberos de New Haven era escrito, para los afrodescendientes resultaría más difícil aprobarlo, dados los déficits estructurales en su educación primaria y secundaria, de acuerdo con algunos estudios expertos. Así, incluso con tests iguales para todos, los resultados alcanzados por los competidores serían siempre muy diferentes. La situación *de hecho* de estas personas es que el trato que reciben resulta sistemáticamente excluyente, a pesar de ser razonable.

El principio de igualdad ante la ley entendido como no discriminación tiene su raíz en una versión *individualista* de los derechos. Este enfoque se vincula, por un lado, con una visión descontextualizada de la situación de cada individuo, como contraria a una visión sociológica o contextualizada de una realidad social más amplia que contempla la pertenencia de ese individuo a un grupo sometido a ciertos tratos o prácticas sociales. La persona recibe determinado trato como consecuencia de *ser parte* de ese grupo. Por otro lado, la versión individualista de la igualdad requiere una supuesta *intención* de discriminación reconocida a partir de la irrazonabilidad del criterio seleccionado, mientras que la igualdad de trato podría interpretarse de modo tal que exija también frustrar prácticas que, sin buscarlo, tienen efectos adversos para un solo grupo, no para otros.

Vale la pena aclarar que la versión sociológica de la igualdad no se asocia necesariamente con una perspectiva holista –y, por eso, no liberal–[46] que identifica la existencia de entes superiores y diferentes a las partes que los componen. Esta visión no individualista de la igualdad reconoce a las personas como fines en sí mismas y valio-

46 Carlos S. Nino, *Ética y derechos humanos*, 2ª ed. ampliada y revisada, Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 344-345.

sas en términos individuales, pero además incorpora el dato de su pertenencia a determinado grupo que permite reconocer su identidad, tanto a ella como a los terceros que comparten su condición e incluso a aquellos que no. Sostener que el grupo de las mujeres resulta segregado de la actividad política, que el grupo de las personas con discapacidad motora es excluido de los espacios públicos (y privados) o que los afectados por el VIH tienen más dificultades para acceder a los empleos, no implica necesariamente presumir que esos grupos conforman entes diferentes de las partes que los integran y, por lo tanto, que esos individuos son "sacrificables" por el bienestar del grupo como totalidad, faceta que para un liberal sería criticable por partir de una visión holista del grupo.[47] En este sentido, el reconocimiento de la existencia de grupos, se limita a reconocer que la identidad individual de las personas autónomas se constituye, entre otras cosas, por su condición de *ser mujer, ser una persona con discapacidad* o *ser afectado por una enfermedad*, que tiene implicancias para las prácticas sociales dirigidas a tratar con ellas.

También merece un comentario especial la relación entre la versión individualista de la igualdad y la requerida *intención* de trato desigual irrazonable (y por ende, discriminatorio). Si bien este rasgo parece fundamental en el momento de desplegar una estrategia que enfrente el prejuicio, en la práctica no parece posible ni efectivo identificar la intención discriminatoria. Owen Fiss y Ronald Dworkin, por ejemplo, sostienen que la constitucionalidad de las leyes no puede juzgarse según la *intención* de los legisladores, dadas las dificultades que surgen en el proceso de identificación de *esa particular* intención.[48] ¿Es la intención originaria del legislador que propuso el proyecto de regulación? ¿O la

47 Jürgen Habermas, "Struggles for recognition in the Democratic Constitutional State", comentario en Charles Taylor, *Multiculturalism*, ed. ampliada al cuidado de Amy Gutmann, Princeton, Princeton University Press, 1994, p. 107-134; la cita corresponde a p. 132.

48 Owen Fiss, *A Community of Equals*, ob. cit., p. 29. Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue*, Cambridge, Harvard University Press, 2000, cap. 12: "Affirmative action: Is it fair?", pp. 409-426, en especial p. 411. También Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, cap. 9.

de los legisladores que votaron a favor de ella al sancionarse la ley en cuestión? Y si los votantes en el Congreso apoyaron la sanción por diferentes razones, ¿cuál de ellas es relevante para realizar ese juicio? Si reconocemos el fracaso de esta estrategia originalista o subjetivista,[49] entonces, desde una visión de la igualdad como no discriminación, sólo nos resta juzgar la regulación, según dice Fiss en referencia a las situaciones de los inmigrantes en los Estados Unidos,

> sobre la base del propósito social concebido objetivamente, y no de la motivación real. Desde esta perspectiva sería difícil impugnar una ley que impone discapacidades a los inmigrantes [o a otros grupos "sometidos"] alegando discriminación arbitraria, ya que casi siempre puede imaginarse un propósito social legítimo.[50]

Teniendo en cuenta estas críticas a la versión individualista de la igualdad –en especial, su falta de atención al contexto y a los efectos del trato propinado, así como la visión de la situación de la persona desconectada de su pertenencia a un grupo–, autores como Fiss,[51] Post,[52] Siegel[53] o MacKinnon,[54] entre otros, proponen una visión diferente de la igualdad ante la ley. Una versión que no se asocia necesaria o exclusivamente al principio de no discriminación, aunque no siempre debe percibirse como opuesto

49 Para conocer críticas a este tipo de interpretación "originalista" realizada sobre la base de la identificación de intenciones, véase Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 59-80.

50 Owen Fiss, *A Community of Equals*, ob. cit., p. 29.

51 Owen Fiss, "Groups and the Equal Protection Clause", en Marshall Cohen, Thomas Nagel y Thomas Scanlon (eds.), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton, Princeton University Press, 1977, pp. 84-154, .

52 Reprod. por Robert C. Post, "Prejudicial appearances", cit.

53 Reva B. Siegel, "Discrimination in the eyes of the Law: How 'color blindness' discourse disrupts and rationalizes social stratification", en Robert C. Post y otros, *Prejudicial Appearances*, ob. cit., pp. 99-152.

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

a él. Fiss denomina "estructural" a esta perspectiva acerca de la desigualdad, y cabe mencionar que tiene fuertes parentescos con lo que Post llama versión "sociológica" de la igualdad.

En este sentido, Fiss sugiere que

> el principio de no discriminación supone una concepción muy limitada de igualdad [y por ese motivo propone] delinear otro principio intermedio –el principio de grupo desaventajado– que tenga un buen argumento, si no uno mejor, para representar el ideal de la igualdad, un principio que dé mejor cuenta de la realidad social, y que haga foco más claramente sobre las cuestiones que deben decidirse en los casos de igual protección de la ley.[55]

Esta lectura estructural de la desigualdad y su consiguiente visión de la igualdad ante la ley no se vincula con la irrazonabilidad disfuncional o la no instrumentalidad del criterio escogido para realizar la distinción, sino que entiende que el objetivo que la igualdad ante la ley persigue es el de evitar la constitución de grupos *sometidos, excluidos* o *sojuzgados* en una sociedad. Fiss nos alerta sobre la contradicción existente entre el principio de igualdad y la cristalización de *castas* o grupos considerados *parias* como consecuencia de una práctica sistemática de exclusión social, económica y, según Ely, sobre todo política.[56] Evitar que se genere un grupo excluido, sometido o sojuzgado y se perpetúe esa condición[57] sería entonces el fundamento del principio de igualdad ante la ley. Es probable que esta idea de igualdad subyaciera a la afirmación de Moreno que cité al comienzo, cuando el revolucionario rioplatense la identifica con la lucha contra la opresión y las cadenas con que los déspotas *someten* a los esclavos que cantan, forzados, himnos de libertad sin ser libres. Es la idea de igualdad

55 Owen Fiss, "Groups and the Equal Protection Clause", cit.
56 John H. Ely, *Democracia y desconfianza*, Bogotá, Siglo del Hombre - Universidad de los Andes, 2001, cap. 4, pp. 97-131.
57 Fiss las denomina "castas" (*A Community of Equals*, ob. cit., p. 12).

como libertad respecto de cualquier opresión que Berlin postuló al formular su concepto de libertad positiva en la Universidad de Óxford en 1956. El concepto de grupo, que se define a partir de su condición de sometido o sojuzgado, es central en esta idea. Así, resulta fundamental la teoría de Fiss respecto de qué convierte a un conjunto de personas en un grupo en este sentido. De acuerdo con este autor, el grupo reviste las siguientes características: tiene una identidad propia diferente de las identidades de los miembros específicos que lo componen; la identidad y el bienestar del grupo y la identidad y el bienestar de sus miembros son interdependientes; los miembros del grupo se identifican por su pertenencia a este y su estatus se ve determinado –al menos en parte– por el estatus del grupo.[58] Fiss agrega –en referencia a los afroamericanos en los Estados Unidos aunque también podría aplicarse a otros grupos en otros contextos nacionales– que son un grupo pauperizado y que esa condición se ha prolongado durante generaciones y ha producido una deuda social.[59]

Esta concepción de la igualdad estructural emerge también en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, sobre todo en la opinión del juez Brennan acerca de varios casos; por ejemplo, "Plyler c. Doe"[60] (1982). En este pleito se debatió la existencia de un derecho a la provisión mínima de recursos educativos a las personas. En 1975, el Congreso del estado de Texas modificó su legislación para autorizar a las escuelas locales a negar la inscripción a aquellos niños que no hubieran ingresado legalmente a los Estados Unidos, es decir, los hijos e hijas de inmigrantes denominados "ilegales". El caso había sido promovido mediante una acción de clase que reclamaba la inconstitucionalidad de una ley de Texas ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. El argumento de la defensa texana se centró en sostener que la Decimocuarta Enmienda establece "que ningún estado [...] negará *a ninguna persona bajo su jurisdicción*

58 Owen Fiss, "Groups and the Equal Protection Clause", cit.
59 Íd.
60 457 U. S. 202.

la protección igual de las leyes" (cláusula emparentada con la idea de igualdad de trato ante la ley del art. 16 de la Constitución argentina y tantas otras de América Latina) y que, debido a su estatus legal en materia inmigratoria, quienes hubieran ingresado ilegalmente a los Estados Unidos no eran, en sentido estricto "personas bajo su jurisdicción". Brennan se opuso a este argumento y sostuvo que, más allá del estatus que tuvieran esos inmigrantes para las leyes de migraciones, ellos eran "'personas' en el sentido más usual del término". En referencia al tema que nos ocupa, Brennan desarrolla con claridad una interpretación de la Decimocuarta Enmienda fundada sobre una visión de la igualdad ante la ley similar a la idea de igualdad como no subordinación, que opone a la constitución de grupos excluidos que se cristalicen como castas o parías sociales:

> La más completa incapacidad o la aplicación laxa de las leyes que impiden el ingreso ilegal a este país, acompañadas por el frustrado establecimiento de una barrera efectiva contra el empleo de inmigrantes indocumentados, ha dado por resultado la creación de una significativa "población en las sombras" [*shadow population*] de inmigrantes ilegales –que llega a sumar millones– dentro de nuestras fronteras. Esta situación agita el espectro de una *casta permanente* de residentes indocumentados, alentados por algunos a permanecer aquí como mano de obra barata, pero negándoles los beneficios que nuestra sociedad pone a disposición de los ciudadanos y residentes legales. La existencia de este grupo marginado [*underclass*] representa uno de sus problemas más complejos para una Nación que se enorgullece por su adhesión al principio de igualdad ante la ley. [El destacado me pertenece.]

Los demandantes en este caso no eran los "padres ilegales", sino los niños y niñas que, con la nueva ley de Texas, resultaban afectados por la decisión de sus padres de ingresar ilegalmente a los Estados Unidos. En este sentido, Brennan define con mayor precisión a este grupo peculiar de "marginados" cuando, citando el caso "Trimble c. Gordon" (1977),[61] sostiene que estos niños

> no tienen la posibilidad de influir en la conducta de sus padres, como tampoco en su propio estatus. [Además,] utilizar la responsabilidad de la conducta ilegal de los padres contra sus hijos no se condice con las más elementales concepciones de justicia.

De esta última afirmación podría desprenderse un rasgo adicional que permitiría identificar a este grupo marginado: su falta de responsabilidad respecto de su propia situación precisamente por encontrarse en ella más allá de su voluntad; por ejemplo, los niños del caso "Plyler" no eran responsables de su condición, ya que era la consecuencia de la decisión de sus padres de ingresar ilegalmente a un país. Es interesante señalar que el voto de Brennan podría reflejar una teoría de los grupos sojuzgados similar a la de Fiss. En ese sentido, el magistrado señala que los hijos de inmigrantes ilegales, de aplicarse la ley de Texas en debate, pasarían a constituir una "casta permanente", y con esto no sólo alude a la cristalización de un grupo que recibe un trato desventajoso sino también a la perpetuación de esa condición en la cual sus integrantes no pueden influir, ya que la han generado las acciones de sus padres, no las suyas propias.

Por último, y por los rasgos peculiares del caso que se refería al derecho de acceso a la educación, Brennan, luego de aclarar que la educación pública no es un derecho reconocido a los individuos por la Constitución de su país, cita "San Antonio School District"[62] y, en consistencia con la tradición de rechazo al reconocimiento de los derechos sociales por el derecho constitucional de los Estados Unidos,[63] agrega que la Corte Suprema de ese

61 430 U. S. 762, 770.
62 411 U. S. 1 (1973).
63 Sobre la relación entre el reclamo por el respeto de los derechos sociales y el principio de igualdad ante la ley como estrategia de exigi-

país ha reconocido "a la escuela pública como una institución cívica vital para la preservación del sistema democrático de gobierno", de acuerdo con lo sostenido por el propio Brennan en su voto concurrente en "Abington School District c. Schempp" (1963)[64] y en "Wisconsin c. Yoder" (1972)[65], en que la Corte estableció que "algún grado de educación es necesario para preparar a los ciudadanos para participar de una manera eficaz e inteligente en nuestro sistema político abierto si aspiramos a preservar la libertad y la independencia". Estas afirmaciones suman mayor nitidez a la caracterización del grupo inconstitucionalmente marginado, al considerar un rasgo asociado a la "libertad positiva" –en términos de Berlin– y a la idea de inclusión en la toma de decisiones colectivas en un sistema democrático que, según John Ely,[66] también consta en la famosa nota de pie de página número 4 del caso "United States c. Carolene Products Co." decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1938.[67] En esa nota el tribunal señala la posibilidad de ejercer el control judicial de constitucionalidad cuando hubiere exclusión de lo que llama "minorías insulares" del proceso de toma de decisiones políticas.

En su libro de 1979 sobre el acoso sexual de las mujeres trabajadoras,[68] MacKinnon, siguiendo el marco conceptual ofrecido por Fiss en su crucial artículo de 1976,[69] sostiene que

> la posición social de las mujeres tiene un lugar particular en el análisis de la desigualdad, mientras que *no lo tiene* en el análisis de la diferenciación arbitraria. Desde esta

bilidad indirecta de los primeros, véase Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 168-178.

64 374 U. S. 203, 230.

65 406 U. S. 205, 221.

66 John H. Ely, *Democracia y desconfianza*, ob. cit., cap. 4, pp. 97-131.

67 304 U. S. 144, 152-153, n. 4.

68 Catharine A. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women*, ob. cit., pp. 102-103.

69 Owen Fiss, "Groups and the Equal Protection Clause", cit.

> perspectiva, la prohibición de la discriminación por sexo aspira a *eliminar la inferioridad social de un sexo respecto del otro, y a desmantelar la estructura social que sostiene una serie de prácticas que, en términos de Owen Fiss, se acumulan sobre las mujeres "desaventajadas"*.[70]

Fiss y MacKinnon rechazan la versión de la igualdad asociada a la idea de no discriminación porque no incorpora el dato sociológico de la situación social de las mujeres como grupo desplazado por el resto de la sociedad (que en este caso son los varones). A diferencia de la noción de no discriminación (entendida como trato no arbitrario fundado sobre prejuicios), la versión de la igualdad como no sometimiento refiere a un trato segregacionista y excluyente tendiente a consolidar una situación de grupo marginado (la casta o *underclass*). La idea de igualdad como no sometimiento no se opone al ideal de no arbitrariedad que subyace a la idea de igualdad como no discriminación, sino que lo concibe como insuficiente o incompleto. Volvamos un instante a nuestro ejemplo de la selección de músicos para la orquesta municipal. La mampara opaca, símbolo de ignorancia desprejuiciada, permite evaluar a los candidatos sólo sobre la base de sus aptitudes como instrumentistas. Como sostiene Post, cada postulante *es en sí una suerte de instrumento*. En un mundo ideal, este modo de seleccionar a los miembros de la orquesta permitiría elegir a los mejores músicos sin el influjo de prejuicios discriminatorios hacia, por ejemplo, las mujeres o los afroamericanos. El jurado es ciego a las diferencias irrelevantes para juzgar el desempeño de los músicos. Sin embargo, esta decisión en apariencia neutral, imparcial y desprejuiciada, fundada sobre el principio de igualdad como no discriminación, es también ciega y, por ende, no neutral, respecto del tipo de personas que se presentan como aspirantes.

70 Catharine A. MacKinnon, *Sexual Harassment*, ob. cit., pp. 103. El destacado me pertenece.

Supongamos que, debido a ciertas condiciones y prácticas sociales, las mujeres se autoexcluyen de este concurso. Esto no distaría mucho de la realidad si recordamos que algunas sociedades asignan informalmente a las mujeres un rol social limitado, por ejemplo, a las actividades domésticas. Si damos por sentado que –hasta el momento de la selección bajo análisis– la mayoría de las orquestas no contaba con mujeres, estas podrían haber supuesto que, incluso de ser aceptadas, su situación no sería sencilla, ya que deberían enfrentar prejuicios y maltratos cotidianos en el ejercicio de sus obligaciones. Ahora supongamos que las cosas suceden de este modo y que los postulantes para la orquesta, cuyos rostros son invisibles para los jurados del otro lado de la mampara opaca, son todos varones. ¿Podríamos afirmar sin ningún grado de duda que esa selección ha sido totalmente neutral? Desde el punto de vista de la igualdad ante la ley, ¿es *por completo* irrelevante quiénes llegan (y quiénes no llegan) a participar en la selección detrás del "velo de ignorancia" del jurado? Desde la perspectiva de la igualdad entendida como no sometimiento o no exclusión, este dato no es irrelevante. Todo lo contrario. Es el dato de mayor relevancia contra cuyas causas y efectos se articula el principio de igualdad ante la ley.

Rasgar el velo y tratar de modo diferente a las personas según 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 constituiría un requisito de ese principio, aunque es correcto considerar que podría resultar inadmisible desde la perspectiva de la igualdad como no discriminación. El sexo de las personas no sería entonces un criterio permitido para hacer distinciones en el trato en el caso específico de que ese requisito, de manera implícita o explícita, redundara en un trato que perpetuara la exclusión de las mujeres de ámbitos relevantes de la vida social. Por otro lado, el requisito "ser mujer" podría estar justificado si condujera al desmantelamiento de la situación de subordinación, porque sería relevante –y constitucionalmente requerido– para brindar un trato privilegiado justificado a las mujeres. Es más, en un contexto de exclusión de las mujeres como el descripto sería inconstitucional –por contrario a la idea de igualdad como no sometimiento– establecer algún tipo de privilegio para los varones. Por este motivo el principio de igualdad requiere acciones afirmativas respecto de las mujeres y no justifica las acciones afirmativas para varones en dicho contexto.[71]

En la Argentina esta distinción entre las dos versiones del principio de igualdad ante la ley y su consiguiente tensión quedó de manifiesto en unas pocas causas judiciales, como sucede con el caso "González de Delgado, Cristina y otros c. Universidad Nacional de Córdoba". Este caso es un tanto extraño, pues llegó a los estrados de la Corte Suprema de Justicia a instancias de los padres de los alumnos varones de un prestigioso colegio público que luego de más de dos siglos de no admitir mujeres, de acuerdo con una tradición y no por imposición de la ley, comenzó a hacerlo. Los padres de los estudiantes alegaban un supuesto derecho de sus hijos a continuar asistiendo al colegio sin mujeres en las aulas. Más allá de la curiosidad del planteo y la extrañeza de que la Corte hubiera hecho lugar al caso, el debate de fondo se centró en la constitucionalidad del criterio de género para la admisión de estudiantes en el colegio. La mayoría de los argumentos de los ministros de la Corte se articularon en torno al principio de no discriminación e identificaron al "sexo" como criterio irrazonable apoyado en la tradición dominante de interpretación del principio de igualdad ante la ley. Sin embargo, es en el voto del juez Enrique Petracchi donde se reconocen los rasgos emergentes de una idea diferente de igualdad, más cercana a la de no sometimiento:

> Que lo expuesto evidencia que la Universidad Nacional de Córdoba, al disponer que las inscripciones en

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

> 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.[72]

Y agrega:

> Las categorías fundadas en el sexo no deben usarse para crear o perpetuar la inferioridad legal, social y económica de la mujer. En todo caso, las clasificaciones fundadas en el sexo pueden ser utilizadas para compensar a las mujeres por las inhabilidades que ellas han sufrido a través de la historia.[73]

Al afirmar Petracchi que el Estado no puede "perpetuar la inferioridad legal, social y económica de la mujer", incorpora al análisis sobre la igualdad de trato ante la ley mucho más que el limitado principio de razonabilidad funcional o instrumental. La idea de "no perpetuación de la inferioridad" de un grupo nos acerca a la aspiración de desmantelar un sistema de castas cristalizado en el tiempo que se prolonga durante generaciones, como dirían Fiss o MacKinnon, y que deja a ese grupo en una condición permanente de exclusión e inferioridad. Con este argumento, Petracchi pasó del campo de la igualdad como no discriminación, predominante en la interpretación histórica de la Corte del art. 16, al de la igualdad como no sometimiento. Aquí Petracchi está más cerca del Brennan de "Plyer" que de la Corte Suprema de los Estados Unidos en "Reed c. Reed".

72 Caso "González de Delgado", cit.
73 Íd.

LAS DOS CONCEPCIONES DE IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El debate en torno al significado de la igualdad ante la ley y la posibilidad de que este principio sea leído desde las perspectivas de igualdad como no discriminación o igualdad como no sometimiento no es privativo de tribunales nacionales como las cortes supremas a las que hice referencia. Los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (la Corte y la Comisión) se han enfrentado a dilemas equivalentes y llegado a conclusiones similares.

El artículo específico de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que se refiere a la protección del derecho a la igualdad de trato, el 24,[74] no es muy diferente a su homólogo en la Constitución argentina, el 16. Sin embargo, el resto de los artículos y el lenguaje del tratado aspiran a lograr mayor precisión que la buscada por la Carta Magna argentina en 1853. La Convención ofrece más detalles sobre casos, criterios y reglas que elucidan el contenido de la igualdad ante la ley. Esa información sugiere que la norma internacional se apoya sobre el principio de igualdad como no discriminación, en especial cuando en su art. 1.1 prescribe una serie de criterios que, según la doctrina, fungen como categorías no razonables y, por lo tanto, no utilizables por los Estados firmantes para justificar tratos diferentes:[75]

> Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opi-

74 "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley."
75 Véase Ariel E. Dulitzky, "El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana", *Anuario de Derechos Humanos* (Facultad de Derecho, Universidad de Chile), nº 3 (2007), pp. 15-32.

> niones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.[76]

Por su parte, el art. 24, sobre todo leído en consonancia con el art. 1.1, suscitó interpretaciones de la Corte Interamericana, la Comisión y la doctrina especializada que están muy en línea con el principio de igualdad como no discriminación, lectura que se focalizó en la exigencia de razonabilidad de los criterios escogidos para que los Estados firmantes pudieran brindar tratos diferentes. En este sentido, la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos han hecho propia la jurisprudencia de su par, la Corte Europea, según la cual los tratos diferentes debían perseguir un fin legítimo y los criterios adoptados debían sostener una razonable relación de proporcionalidad entre el medio utilizado (el criterio o requisito exigido) y el fin buscado.[77] La Corte Europea ha dicho, respecto de la cláusula de igualdad de la Convención Europea, que

> es importante, entonces, buscar los criterios que permitan determinar si una diferencia de trato, relacionada, por supuesto, con el ejercicio de uno de los derechos y libertades establecidos, contraviene el art. 14. Al respecto, la Corte, fiel a los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos, sostiene que el principio de igualdad de trato se viola si la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración, para lo cual deben tomarse en cuenta los principios que usualmente prevalecen en las

76 Art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

77 Sobre esta jurisprudencia de la Corte IDH, véase Claudio Nash Rojas y Valeska David, "Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos", en Claudio Nash Rojas e Ignacio Mujica Torres (eds.), *Derechos humanos y juicio justo*, Lima, Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos, s.f., pp. 159-212.

> sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho establecido por la Convención no sólo debe buscar un fin legítimo: el art. 14 se viola igualmente cuando se establece de manera clara que no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se desea concretar. [...]
>
> En su intención de descubrir si hubo o no una distinción arbitraria en un caso concreto, la Corte no puede pasar por alto los aspectos jurídicos y fácticos que caracterizan la vida de la sociedad en el Estado que, como Parte Contratante, debe responder por la medida en discusión. Al hacerlo, no puede asumir el papel de las autoridades nacionales competentes, ya que perdería de vista el carácter subsidiario del mecanismo internacional de aplicación colectiva establecida por la Convención. Las autoridades nacionales son libres de elegir las medidas que consideren apropiadas en las materias sometidas a la Convención. El análisis de la Corte se limita a la conformidad de dichas medidas con los requisitos de la Convención.[78]

Según estos lineamientos interpretativos, la Corte Interamericana sostiene en la Opinión Consultiva 4/84:

> 56. Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose "sobre los principios que pueden deducirse de la prácti-

78 TEDH, Caso "Relativo a ciertos aspectos de las leyes referentes al uso de idiomas en la educación en Bélgica", 23 de julio de 1968, vol. 6, Serie A, párr. 10.

> ca jurídica de un gran número de Estados democráticos" definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable" [Caso "Relativo a ciertos aspectos de las leyes referentes al uso de idiomas en la educación en Bélgica", ya citado]. Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. Mal podría, por ejemplo, verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio.[79]

Esta adopción del principio de razonabilidad, asociado al principio de igualdad como no discriminación, como estándar para identificar tratos desiguales prohibidos se reitera en los conceptos vertidos por la Corte en la Opinión Consultiva OC-18/03:

> 105. En razón de los efectos derivados de esta obligación general, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables cuando estas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.[80]

La visión de la igualdad como no discriminación se ve reflejada, por ejemplo, en las afirmaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-4/84:

79 OC-4/84 del 19 de enero de 1984, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.*
80 OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.*

> 53. El art. 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos "sin discriminación alguna". Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma.

Por su lado, el art. 24 (Igualdad ante la Ley) de la Convención establece:

> Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.
> Aunque las nociones no son idénticas y quizá la Corte tendrá en el futuro la oportunidad de precisar las diferencias, dicha disposición reitera en cierta forma el principio establecido en el art. 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley, se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el art. 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, estos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley.[81]

Sin embargo, tanto la Corte Interamericana como la Corte Suprema argentina, enfrentadas a casos de desigualdad estructural –tal

81 OC-4/84, cit.

como sucedió con Petracchi en el caso "Delgado"– corrigen su noción de igualdad como no discriminación con ideas que parecen más cercanas a la noción de igualdad como no sometimiento, de modo que este giro también redunda en una noción diferente de categoría sospechosa, que resulta coherente con la noción de grupo sojuzgado que supone, precisamente, esa idea de igualdad como no sometimiento. Veamos lo que la Corte Interamericana sostuvo en la Opinión Consultiva OC-18/03:

> 103. En cumplimiento de dicha obligación, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales.[82]

Si bien la referencia a los *grupos* que hace la Corte en esta OC-18/03 presume que los criterios prohibidos tienen un alcance o impacto simétrico en el universo de las personas referidas, pues no agrega que el grupo debe encontrarse en una situación de desventaja estructural, las referencias a la *discriminación de facto* y la mención de *prácticas* prohibidas de funcionarios públicos introduce aquel factor *sociológico* que Owen Fiss consideraba esencial para la idea de igualdad entendida como no sometimiento. Sin embargo, hasta aquí no consta la noción de grupo puesto en situación de desigualdad estructural que parece emerger en el caso "González y otras (Campo Algodonero) c. México", cuando la Corte Interamericana sostiene:

82 OC-18/03, cit.

> 401. En similar forma, el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado (*supra*, párr. 398), es posible asociar la *subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas*, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer. [...]
> 450. La Corte recuerda que el concepto de "reparación integral" (*restitutio in integrum*) implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización [en] compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de *discriminación estructural* en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado (*supra* párrs. 129 y 152), las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que [...] tengan un efecto no sólo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la situación estructural de violencia y discriminación. Del mismo modo, la Corte recuerda que la naturaleza y [el] monto de la reparación ordenada dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus familiares.[83]

83 Corte IDH, "González y otras (Campo Algodonero) c. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas", sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C n° 205, párr. 401. El destacado me pertenece.

Esta cita evidencia la incorporación de la noción de desigualdad estructural al pensamiento y el lenguaje de la Corte Interamericana. La referencia a la subordinación de la mujer a prácticas que obedecen a estereotipos de género "dominantes" y "persistentes" en la sociedad, el reconocimiento de que esas condiciones "se agravan cuando los estereotipos se reflejan [...] en políticas y prácticas", más la mención del concepto de "desigualdad estructural" en el párrafo siguiente demuestran que la Corte se ha inclinado por leer el art. 24 de la Convención a la luz del principio de igualdad como no sometimiento y no –o al menos no exclusivamente– a través del prisma de la noción de igualdad como no discriminación.

Asimismo, en 2012 la Corte Interamericana decidió el caso "Atala Riffo y Niñas c. Chile"[84] en el que se debatía la responsabilidad internacional del Estado por el supuesto trato discriminatorio hacia la señora Atala, a quien, debido a su condición sexual, se le había retirado la custodia de sus hijas. El tribunal, apoyándose en decisiones propias previas,[85] relacionó la noción de igualdad ante la ley con la situación relativa de los grupos en la estructura social según el mandato de la igualdad entendida como no subordinación. En palabras de la Corte,

> 79. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a [lo] cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación.

84 "Atala Riffo y Niñas c. Chile", Corte IDH, 24 de febrero de 2012.
85 OC-4/84, cit., párr. 55, OC-18/03, cit., Serie A n° 18, párr. 101 y caso "Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay", párr. 269, disponible en <ww.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2>.

Sobre la base de esta concepción de la igualdad como no subordinación, y recurriendo una vez más a su doctrina,[86] justifica la obligación del Estado de instrumentar medidas de acción afirmativa para desmantelar las condiciones que generan la situación de desigualdad estructural, ya sea esta consecuencia de la existencia de normas jurídicas o bien de prácticas llevadas a cabo por el Estado o por particulares:

> 80. Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.

Si bien hasta aquí la Corte es clara en cuanto a que la interpretación correcta de la Convención Americana del principio de igualdad debe sustentarse en el principio de no subordinación, remata su argumento con palabras que no dejan lugar a dudas de su postura cuando se refiere de manera explícita al carácter *perpetuo, histórico y estructural del trato desigual* que caracteriza a la noción de igualdad como no sometimiento:

> 92. En lo que respecta al argumento del Estado de que, para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema, no habría existido un consenso respecto a la

86 OC-18/03, cit., párr. 104; caso "Comunidad Indígena Xákmok Kásek", cit., párr. 271, y Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General n° 18, "No discriminación", 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37, párr. 6.

> orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede [considerarse] un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o *para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural* que estas minorías han sufrido.[...]
>
> 267. La Corte resalta que algunos actos discriminatorios analizados en capítulos previos se relacionaron con la reproducción de estereotipos [...] asociados a la *discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales* (*supra*, párr. 92), particularmente en cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y la aplicación del derecho interno. Por ello, algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que [...] tengan un efecto no sólo restitutivo sino también correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI. En esta línea a continuación se analizarán las solicitudes de la Comisión y los representantes. [Los destacados me pertenecen.]

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, transitó esa senda en su informe "Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas":

> 72. El principio de no discriminación aplicado a los problemas de género puede tener diferentes significados que denotan distinto alcance en su protección. Una primera formulación de este principio, más restringido en términos de su protección, condena las normas, las prácticas y [las] políticas por las cuales un hombre, [por el solo hecho de serlo] o por supuestos rasgos o condiciones que serían inherentes al hombre, es elegido para un trabajo o un cargo. Por

> ejemplo, son discriminatorias aquellas normas que postulan que sólo los hombres podrán estudiar una carrera profesional, ejercer determinado trabajo o ser administradores de los bienes de la sociedad conyugal. En consecuencia, en este sentido, el principio de no discriminación postula que las personas no deben ser tratadas desigualmente sobre la base de su sexo, ya que está comprometido con la equidad de distribuir oportunidades escasas entre un conjunto de candidatos competitivos independientemente de su sexo. Este enfoque presupone un mundo de individuos autónomos que compiten en una carrera o que toman decisiones libres.[...]
>
> 75. Una concepción más amplia del principio de no discriminación se vincula con la idea de terminar con la subordinación de las mujeres como grupo. Esta concepción (que [bajo] esta luz algunos llaman principio de antisubordinación) condena las prácticas que tienen el efecto de crear o perpetuar en nuestra sociedad una posición subordinada para ciertos grupos desaventajados, como es el caso de las mujeres. En esta concepción, la discriminación de las mujeres no sólo debe ser rechazada porque presupone un trato injusto para algunas personas individualmente consideradas, sino porque, además, tiene por función subordinar a las mujeres como grupo para, de este modo, crear y perpetuar una jerarquía de género. La discriminación es considerada uno de los tantos procesos sociales responsables del orden jerárquico de los sexos que coloca a las mujeres en la base de dicha pirámide.[87]

87 Comisión IDH, informe "Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas", OEA/Ser. L/V/II., Doc. 68, 20 de enero de 2007.

El párrafo no podría ser más claro. La toma de partido de la Comisión por una concepción de igualdad construida sobre el principio de no subordinación o no sometimiento es explícita y no deja lugar a dudas. Si bien el primer párrafo parece adoptar una noción de igualdad como no discriminación, asociada a la razonabilidad de los criterios y el impacto simétrico que esa idea conlleva, el segundo corrige esa noción y remata con la aceptación explícita de la noción de desigualdad estructural y la consiguiente justificación de las medidas de acción afirmativa que favorecen en el trato al grupo sistemáticamente sometido. Esto resulta aún más evidente cuando afirma:

> 99. El sistema interamericano no sólo recoge una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la igualdad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio o un bien o el ejercicio de un derecho.[88]

En síntesis, también los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos encargados de interpretar los principios y derechos humanos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y otros pactos internacionales, han terminado por entender, no sin atravesar dudas y debates, que la noción de igualdad ante la ley recogida en esos instrumentos no se agota en la prevención y persecución de la arbitrariedad y el trato desigual irrazonable, sino que además exige a los Estados firmantes acciones tendientes a desmantelar todas aquellas normas y prácticas que producen situaciones de desigualdad estructural en los respectivos países. La confluencia de criterios entre tribunales nacionales e internacionales en cuanto al significado del principio de igualdad –de modo que complementa la noción de igualdad como trato no arbitrario con el principio de igualdad como no subordinación– reconstruye el alcance del valor protegido en los momentos fundacionales de las democracias latinoamericanas y que se ha consolidado con el paso del tiempo, las reformas constitucionales y las interpretaciones que realizan los tribunales y los congresos nacionales.

88 Íd.

LA IGUALDAD COMO NO SOMETIMIENTO Y SUS DERIVAS

En suma, dos concepciones están en debate: una asocia igualdad con no arbitrariedad –igualdad como no discriminación–, otra la entiende como contraria a la creación o perpetuación de grupos en situación de subordinación –igualdad como no sometimiento–. La idea de igualdad como no discriminación responde al ideal básico de igualdad de trato ante la ley, libre de caprichos, arbitrariedades o prejuicios por parte del Estado. Es lo menos que podemos exigir como trato igualitario. Sin embargo, esta perspectiva acerca de la igualdad parece desatender aquellas situaciones en que la desigualdad de trato no se funda sobre la arbitrariedad o el prejuicio, sino que es consecuencia de situaciones de inequidad estructural a las que están sometidos algunos grupos de la sociedad. El primer enfoque nos protege del capricho y la irrazonabilidad, el otro pretende revertir prácticas sociales de exclusión y perpetuación de situaciones de subordinación. Como sostiene Post, la razonabilidad funcional puede, en ocasiones y por ser ciega al contexto, perpetuar prácticas sociales desigualitarias.[89] La mampara opaca es neutral, pero obra de manera desprejuiciada en una estructura social que impide

89 Robert Post, "Prejudicial appearances", cit., p. 40.

que todos los grupos por igual tengan acceso a la audición para postularse en busca de un lugar en la orquesta. La mampara, sin embargo, resulta muy eficaz para impedir que el jurado seleccione al músico por su elegancia o porque es amigo del mayor donante del teatro municipal donde se presenta la orquesta; y esa neutralidad contribuye a evitar cierto tipo de trato desigual, aunque no todos.

La Constitución argentina, debido a su raíz liberal igualitaria, incorpora la idea de igualdad fundada sobre el principio de no sometimiento. Sin embargo el art. 16 no ofrece muestras claras e irrefutables en ese sentido. Su redacción es escueta y débil y en esa misma cláusula la referencia a la idoneidad para ocupar cargos públicos puede inducirnos a pensar que a esa norma subyace en forma excluyente la idea de igualdad como no discriminación. También podemos decir que expresiones como las de Moreno confirman la intuición de que el ideal igualitario implícito en la noción de igualdad como no sometimiento estaba presente en los debates constitucionales en la Argentina del siglo XIX. Además, la protección de la autonomía que se desprende del art. 19 de esa Constitución y las interpretaciones de esa provisión por parte de la Corte Suprema de Justicia dan cuenta del fuerte vínculo que une los ideales de igualdad y libertad con la necesidad de desmantelar todas aquellas estructuras que esclavizan y someten a las personas.[90]

La reforma constitucional de 1994 es una contribución más, y bastante contundente, a la construcción de la perspectiva que aquí defiendo. El reconocimiento constitucional de las acciones afirmativas incluido en esa reforma confirma que la concepción de no sometimiento debe complementar la de no discriminación y, de este modo, esa versión combinada de la igualdad ante la ley debe guiar la interpretación del art. 16 de la Constitución nacional y la resolución de aquellos casos en que esa igualdad se

90 Véanse las ya citadas decisiones CSJN, "Bazterrica", "Sejean", "Portillo", "Saguir y Dib", "Arriola", "Bahamondez" (considerandos 8, 9 y 13 del voto conjunto en disidencia de los jueces Enrique S. Petracchi y Augusto C. Belluscio) y "Albarracini".

ve vulnerada por actos u omisiones del Estado o los particulares. La introducción del nuevo inc. 23 del art. 75 y su implícito reconocimiento de la igualdad como no sometimiento, además de artículos como el 37 y el 75, inc. 19 mencionados al comienzo de este capítulo –sumado al camino que la Corte ha empezado a transitar en cuanto a la "no perpetuación de la inferioridad" de grupos en el caso "Delgado"–, deben guiar nuestra más moderna interpretación del principio de igualdad ante la ley del art. 16 de la Constitución nacional.

Ahora bien, la noción de igualdad entendida como no sometimiento impacta sobre el modo en que concebimos y entendemos otros derechos reconocidos en las Constituciones y los tratados internacionales, así como sobre las obligaciones estatales surgidas a partir del compromiso constitucional del Estado de proteger a las personas contra la desigualdad estructural. La noción de igualdad como no sometimiento obliga a redefinir la concepción de categorías sospechosas, como asimismo a trazar los límites al ejercicio de derechos fundamentales asociados con la libertad personal, como la libertad de contratar y la de asociarse. Esta visión de la igualdad también operaría como guía para el diseño de políticas públicas que, por un lado, no deberían contribuir a perpetuar la situación de subordinación de grupos y, por el otro, deberían tender a desmantelar las estructuras sociales que producen esa subordinación. Por último, la igualdad como no sometimiento obliga a reformular el rol de los tribunales y sus posibles respuestas cuando, en ejercicio de su facultad de proteger la igualdad ante la ley como derecho constitucional, afrontan demandas de personas pertenecientes a grupos sojuzgados que esperan del Estado una postura enérgica contra esos atropellos. A estos temas me referiré en los tres capítulos siguientes.